

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.166 vom 20. Oktober 2017

BS Appellationsgericht, 2017-10-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.166

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.166 du 20 octobre 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.166 del 20 ottobre 2017

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. e in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SG 914.100) kann innerhalb von zehn Tagen nach Eröffnung der schriftlichen Begründung gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des basel-städtischen Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.2 Die Rekurrentin hat als vom abgebrochenen Verfahren ausgeschlossene Offerentin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids (§ 13 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRPG, SG 270.100]) und ist daher zum Rekurs legitimiert.

1.3 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält. In Ermangelung von solchen ist nach § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine blosse Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SG 914.500]; statt vieler: VGE VD.2016.183 vom 5. Januar 2017 E. 1.2).

1.4 Die Rekurrentin beantragt in ihrer Eingabe vom 21. Juli 2017 den Beizug der Akten der neuen Ausschreibung vom 8. Juli 2017. Da sie diese Ausschreibung nicht selbständig angefochten hat, gehören die Akten dieser neuen Ausschreibung nicht zu den Vorakten des hier strittigen Ausschreibungsverfahrens. Da die (neue) Ausschreibung aber erst nach Rekuserhebung durch die Rekurrentin gegen den Ausschluss von der hier streitgegenständlichen Ausschreibung erfolgt ist, muss es für die Rekurrentin zulässig sein, auf dieses echte Novum hinzuweisen und daraus Argumente für ihre Rekursbegründung abzuleiten. Für die Prüfung dieser Argumente ist aber der Beizug des Textes der neuen Ausschreibung, welchen die Rekurrentin erhältlich gemacht und dem Appellationsgericht mit Eingabe vom 21. Juli 2017 eingereicht hat, genügend. Es ist nicht ersichtlich, welche zusätzlichen Dokumente für welche Beweisführung beigezogen werden sollten, weshalb der Editionsantrag der Rekurrentin abzuweisen ist. Damit erweist sich auch das diesbezügliche Gesuch um Fristansetzung zur Stellungnahme als obsolet.

E. 2

2.1 Das BVD hat den Ausschluss der Rekurrentin damit begründet, dass diese beim zweiten Referenzauftrag das Kriterium ■Ausführungszeitraum■ nicht erfüllt habe, da das von der Rekurrentin angegebene Projekt entgegen den geforderten Eignungskriterien nicht in den letzten zehn Jahren ausgeführt worden sei. Dies führe insgesamt zur Nichterfüllung der Eignung und damit zum Ausschluss der Rekurrentin vom Verfahren.

2.2 Die Rekurrentin macht geltend, dass der Ausschluss wegen des ■möglicherweise etwas zu lange zurückliegenden Referenzauftrag[s] 2 als überspitzer Formalismus zu werten■ sei und das Verhältnismässigkeitsprinzip schwer verletze. Es handle sich nur um eine geringfügige Abweichung, welche die erforderliche Schwere als Ausschlussgrund nicht aufweise. Es sei zudem treuwidrig, dass das BVD im gegenseitigen E-Mail-Verkehr nie Nachfragen zu den Aufträgen im Zeitrahmen gestellt habe. Darüber hinaus sei davon auszugehen, dass mangels abbruchreifer Kamme im vorgegebenen Zehnjahresrahmen keine der anderen Konkurrenzofferten diese Vorgaben erfülle. Die Rekurrentin sei für die ausgeschriebene Tätigkeit gut geeignet und habe das günstigste Angebot eingereicht, was bei der Zuschlagsgewichtung von 100 % Preis zur Zuschlagserteilung an sie selber führen müsse. Weiter sei der Ausschluss der Rekurrentin auch ■formaljuristisch unkorrekt■ erfolgt, da die Offerte von einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) eingereicht worden sei, was bei der Ausschlussverfügung jedoch nicht berücksichtigt worden sei.

2.3 Es ist zwar richtig, dass das BVD im angefochtenen Beschluss lediglich die A____ und nicht die ARGE C____, bestehend aus der A____ und der D____, vom Verfahren ausgeschlossen hat. Daraus kann aber keine Fehlerhaftigkeit der angefochtenen Verfügung abgeleitet werden, welche zu deren Aufhebung führen müsste. Das BVD weist in der Rekursantwort zu Recht darauf hin, dass die Rekurrentin bei den Unternehmensangaben zwar die ARGE, unter dem Titel ■Unternehmen■ jedoch lediglich die A____ aufgeführt hat. Für die ARGE C____ war somit erkennbar, dass sie vom Ausschluss betroffen ist, zumal bei einer anbietenden Arbeitsgemeinschaft nicht nur ein Teil derselben vom Verfahren ausgeschlossen werden kann. Dass sich die Rekurrentin als federführende Partei innerhalb der Arbeitsgemeinschaft ansieht, wird auch daraus ersichtlich, dass lediglich sie (und nicht die beiden Gesellschaften der ARGE) den Rekurs erhoben hat und die Erteilung des Zuschlages alleine an sich selber beantragt. Die falsche Bezeichnung der auszuschliessenden Offerentin auf der angefochtenen Verfügung kann daher nicht zur Aufhebung der Verfügung führen.

E. 2.4

2.4.1 In materieller Hinsicht ist unbestritten, dass die Rekurrentin das Eignungskriterium von zwei vergleichbaren Referenzaufträgen, welche in den letzten zehn Jahren ausgeführt worden sind, in zeitlicher Hinsicht nicht erfüllt. Der Referenzauftrag 2, ■[]■, wurde vielmehr siebzehn Jahre vor der Ausschreibung ausgeführt.

2.4.2 Die ausschreibende Behörde kann von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre fachliche Qualifikation und ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nachweisen (§ 7 Abs. 1 BeschG). Die Erfüllung solcher Eignungskriterien ist eine unerlässliche Voraussetzung für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. Anbieter, welche die verlangten Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllen oder den entsprechenden Eignungsnachweis nicht erbringen, werden in der Regel vom Verfahren ausgeschlossen (§ 8 lit. c BeschG; vgl. VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5; VD.2014.113 vom 30. September 2014 E. 2.3).

2.4.3 Die vorausgesetzte Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbareren Eignungskriterien umschrieben werden (§ 7 Abs. 2 BeschG; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, N 588; VGE VD.2015.198 vom 2. Mai 2016 E. 3.1; VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.1). Die Vergabestelle ist aufgrund des Transparenzgebots (§ 9 lit. a BeschG) und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 9 lit. b BeschG) an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 626 ff.; VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 3.3; VD.2015.198 vom 2. Mai 2016 E. 3.1). Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu (VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 3.3; VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 608, 611). Das Ermessen der Behörde bei der Beurteilung von Eignungskriterien wird aber durch die Rahmenbedingungen, wie sie in der Ausschreibung formuliert worden sind, begrenzt. Wenn die Vergabebehörde bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, so handelt sie vergaberechtswidrig (VGE VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016 E. 3.1; VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5; VD.2014.113 vom 30. September 2014 E. 2.3; VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1; VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.3; B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4).

2.4.4 Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin kann im vorliegenden Fall keine Rede davon sein, dass von einem Eignungskriterium nur geringfügig abgewichen wird. Das Eignungskriterium der beiden geforderten Referenzaufträge wurde im einen Fall in zeitlicher Hinsicht vielmehr sehr deutlich nicht erfüllt. Es wäre mit der Bindung der Vergabebehörden an die Eignungskriterien nicht vereinbar, wenn trotz der unmissverständlichen Ausführungen in der Ausschreibung, wonach die Referenzaufträge in den letzten zehn Jahren ausgeführt worden sein müssen, auch Referenzaufträge als genügend qualifiziert würden, welche siebzehn Jahre zurückliegen. Aufgrund der Tatsache, dass Angebote nachträglich nicht abgeändert werden dürfen und aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes kann die Rekurrentin ferner nichts zu ihren Gunsten ableiten, wenn sie geltend macht, dass sie in der E-Mail-Korrespondenz während des laufenden Vergabeverfahrens nicht auf die Nichteinhaltung eines Eignungskriteriums hingewiesen worden sei.

2.4.5 Wenn die Rekurrentin geltend macht, dass die Eignungskriterien gar nicht hätten erfüllt werden können, kritisiert sie die in der Ausschreibung aufgeführten Eignungskriterien. Will eine Partei ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen, so hat sie im offenen Verfahren zwar grundsätzlich bereits vorweg die Ausschreibung anzufechten und darf damit nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung zuwarten (vgl. VGE.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 3.1; VD.2015.132 vom 30. November 2015 E. 2.4.1; VD.2015.83 vom 19. August 2015 E. 3; VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.8; VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 2.4.1; VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; Zellweger/Wirz, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 559, 606). Ein Anbieter, der eine Unregelmässigkeit in der Ausschreibung feststellt, ist nach Treu und Glauben verpflichtet, diese der Vergabestelle sofort zur Kenntnis zu bringen und sie zu rügen. Er kann daher in einem späteren Rekursverfahren gegen den Zuschlag auf der Grundlage der gerügten Ausschreibungsbedingungen zumindest dann mit der entsprechenden Rüge

ausgeschlossen werden, wenn ihm die gerügte Unregelmässigkeit bereits früher bekannt gewesen ist oder bei Beachtung gehöriger Sorgfalt hätte bekannt gewesen sein müssen (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.). Dabei dürfen aber aufgrund des Zeitdrucks, der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren bezüglich der Geltendmachung von Mängeln der Ausschreibung keine strengen Anforderungen gestellt werden (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.7 S. 316). Ob eine solche Rüge verspätet erfolgt ist, beurteilt sich danach, ob aufgrund der gesamten Umstände nach Treu und Glauben Anlass zu einer früheren Rüge bestanden hat (VGE VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.5; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1258).

Der vorliegende Rekurs richtet sich gegen die Ausschluss- und Abbruchverfügung vom 23. Juni 2017 und somit nicht gegen die Ausschreibung selbst. Bei dieser Ausgangslage hätte die Rekurrentin der Vergabestelle gemäss zitiertes bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber unmittelbar nach der Ausschreibung zur Kenntnis bringen müssen, dass ihrer Ansicht nach die Eignungskriterien nicht erfüllt werden können. Dass sie von der im vorliegenden Rekursverfahren gerügten Unregelmässigkeit bereits früher Kenntnis hatte, kann nicht zweifelhaft sein. Da eine entsprechende Information unterblieben ist, kann die Rekurrentin Rügen, welche bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung hätten erhoben werden können, im vorliegenden Rekursverfahren gegen ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren nicht mehr vorbringen. Es ist im Übrigen auch nicht nachvollziehbar, weshalb es keine geeigneten Anbieterinnen oder Anbieter geben sollte, welche in den letzten zehn Jahren zwei verschiedene Abbrüche von hohen Kaminen oder hohen Gebäuden bzw. Silos ausgeführt haben, zumal der Raum der Referenzaufträge gemäss der Ausschreibung geografisch nicht begrenzt zwar. Immerhin hat die Rekurrentin selbst im genannten Zeitraum einen Referenzauftrag ausgeführt, welcher unbestrittenermassen als vergleichbar qualifiziert worden ist.

2.4.6 Da die Rekurrentin die Eignungskriterien nicht erfüllt hat, wurde sie zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen. Daran ändert auch nichts, dass sie allenfalls dennoch zur Ausführung des Auftrages geeignet sein könnte und das günstigste Angebot eingereicht hat. Die Bindung der Vergabebehörde an die von ihr festgelegten Ausschreibungskriterien führt vielmehr dazu, dass das BVD unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebots gehalten war, die Rekurrentin respektive die ARGE, zu welcher die Rekurrentin gehört, vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Für den Vorwurf der Rekurrentin (Replik, Ziff. 8; Triplik Ziff. 6), dass mit nicht erfüllbaren Voraussetzungen ausgeschriebene erste Verfahren habe bloss dazu gedient, von Offerierenden detaillierte Submissionsunterlagen und Abbruchvorschläge zu erhalten, um diese für das neue Submissionsverfahren zu nutzen, bestehen keinerlei objektivierte Hinweise. Der diesbezügliche Vorhalt muss deshalb als unsubstantiierte Behauptung unberücksichtigt bleiben.

E. 3

3.1 Da die Rekurrentin gemäss den vorherigen Ausführungen zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen worden ist, hat sie auch kein Rechtsschutzinteresse mehr an der Prüfung, ob das Vergabeverfahren insgesamt zu Recht abgebrochen worden ist (§ 31 Abs. 1 lit. d BeschG). Selbst bei einem ausgebliebenen Abbruch des Verfahrens hätte die Rekurrentin aufgrund ihres Ausschlusses keine Aussicht darauf gehabt, den Zuschlag zu erhalten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.