

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.249 vom 27. Februar 2018

BS Appellationsgericht, 2018-02-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.249

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.249 du 27 février 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.249 del 27 febbraio 2018

Erwägungen

E. 1

1.1 Der vorliegende Rekurs richtet sich gegen die Ausschreibung des BVD und des JSD vom 28. Oktober 2017. Gemäss Art. 15 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB; AS 2003, S. 196, und SG 914.500) ist gegen Verfügungen des Auftraggebers eines öffentlichen Auftrags die Beschwerde an eine unabhängige kantonale Instanz zulässig, welche endgültig entscheidet. Rechtsmittelinstanz ist nach baselstädtischem Recht gemäss § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen vom 20. Mai 1999 (Beschaffungsgesetz [BeschG]; SG 914.100) das Verwaltungsgericht. Auch wenn § 31 BeschG die Ausschreibung als Anfechtungsobjekt nicht explizit erwähnt, ergibt sich deren Anfechtbarkeit doch aus den Bestimmungen der IVöB sowie aus § 31 lit. a BeschG, welcher vorsieht, dass Rekurs erhoben werden kann gegen ■Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt■. Will eine Partei ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen, so hat sie gemäss konstanter Rechtsprechung im offenen Verfahren bereits die Ausschreibung anzufechten und darf damit nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung zuwarten (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.; BGer 2C_919/2014, 2C_920/2014 vom 21. August 2015 E. 6.7; VGE VD.2017.18 vom 29. Juni 2017 E. 4.4.3, VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 6.2 m.w.H., 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; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich etc. 2013, Rz. 389, 1254 ff.; 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. 606). In diesem Sinne erweist sich der Rekurs gegen die Ausschreibung als Anfechtungsobjekt als zulässig.

E. 1.2

1.2.1 Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat, ferner wer durch besondere Vorschriften zum Rekurs ermächtigt wird (§ 13 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRPG; SG 270.100]). Bei der Anfechtung einer Ausschreibung ist als Rekurslegitimation im Sinne der Betroffenheit mit Blick auf § 31 BeschG grundsätzlich zu verlangen, dass, wer eine Ausschreibung anfechtet, als Anbieterin für die Ausschreibung tatsächlich in Frage kommen und somit in der Regel auf dem betreffenden Markt bereits tätig sein sollte (vgl. VGE 625/2002 vom 22. August 2002 E. II.1.b; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1311).

1.2.2 Vorliegend erledigt die Rekurrentin zusammen mit E_____ das Abschleppwesen für die Kantonspolizei, und zwar gestützt auf eine Submission aus dem Jahr 2005, in welcher die beiden Firmen als Bietergemeinschaft aufgetreten waren und als solche den Zuschlag erhalten hatten. Die Rekurrentin verfügt gemäss ihren Angaben über kein eigenes Abschleppfahrzeug für LKWs, ein solches würde gemäss ihren Angaben CHF 0,8 - 1,0 Mio. kosten. Indessen müssen gemäss Ziff. 3.3.2 der Ausschreibungsunterlagen Bergungs- und Transportmittel für nicht mehr fahrbare leichte und schwere Motorfahrzeuge Teil des Fahrzeugparks der Anbieterinnen bilden. Folglich liegt das Interesse der Rekurrentin an der Anfechtung der Ausschreibung, in welcher Bietergemeinschaften (und Subunternehmer; darauf zielen die Rekursanträge indessen nicht ab) ausgeschlossen werden, darin, kein solches kostspieliges Grossabschleppfahrzeug selber anschaffen zu müssen, sondern weiterhin den Abschleppdienst arbeitsteilig mit E_____, welche über ein Grossabschleppfahrzeug verfügt, anbieten zu können. Damit ist die Rekurrentin zum Rekurs legitimiert. Der Rekurs wurde form- und fristgemäss angemeldet und begründet; darauf ist einzutreten.

1.3 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG 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 IVöB; vgl. statt vieler VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 1.3).

E. 2

VöB, wonach durch die Bildung von Arbeitsgemeinschaften ein ausreichender Wettbewerb nicht verhindert werden darf.

2.5.2 Wie bereits erwähnt, hat das BVD bereits mit der Rekursantwort geltend gemacht, dass ein minimaler Wettbewerb gewährleistet sei, sofern die beiden in der Region befindlichen Grossabschleppfahrzeuge nicht im Eigentum einer einzigen Firma stünden. Zudem könnten auch überregionale Akteure anbieten. Vor den Schranken wurde dazu weiter ausgeführt, dass die Vergabestelle sicherzustellen habe, dass ausreichend Wettbewerb gewährleistet sei. In der Region gebe es nur wenige Anbieter, die unter den zeitlichen Voraussetzungen, nämlich 30 Minuten bis zum Einsatzort, überhaupt offerieren könnten. Die Anbieter seien zudem verbunden. Das habe für die Vergabestelle zu einem Dilemma betreffend der Zulassung von Bietergemeinschaften geführt. Einerseits könne die Zulassung von Bietergemeinschaften zu einer Stärkung des Wettbewerbs führen, indem die Integration von kleineren Unternehmen in einem Zusammenschluss gefördert werde. Umgekehrt bestehe in einem sehr überschaubaren Markt wie dem vorliegenden die Gefahr, dass durch Zusammenschlüsse der Wettbewerb geschwächt oder ausgeschaltet werde. Die Anbieterliste gemäss Offertöffnungsprotokoll ■ angeboten hätten zwei Offerentinnen, nämlich die Rekurrentin und E_____ ■ zeige, dass diese Befürchtung nicht von der Hand zu weisen sei. Der Ausschluss von Bietergemeinschaften sei daher geboten. Die Situation seit der letzten Ausschreibung des Abschleppwesens im Jahr 2005 habe sich insofern geändert, als mit der Einrichtung der kantonalen Fachstelle für öffentliches Beschaffungswesen eine Professionalisierung einher gegangen sei, womit auch dem Wettbewerbsschutz vermehrte Aufmerksamkeit geschenkt werde.

2.5.3 Diesen Überlegungen des BVD zum Wettbewerbsschutz ist zu folgen. Der Anbietermarkt ist augenscheinlich klein: In Frage kommen nebst der Rekurrentin und E____ offenbar noch G____, denen das zweite in der Region stationierte Grossabschleppfahrzeug gehört (VP), und der überregional tätige H____, von welchem ein Vertreter an der im Zusammenhang mit der vorliegenden Submission stehenden Besichtigung des Sicherstellungsareals der Kantonspolizei vom 16. November 2017 teilgenommen hat. An dieser Besichtigung haben nebst dem Vertreter des H____ lediglich noch die Herren B____ und C____ sowie ein Vertreter der E____ teilgenommen. Gemäss den Ausführungen von B____ ist der Pannendienst für den Kanton Basel-Landschaft zeitlich und örtlich zwischen G____ sowie der Rekurrentin respektive E____ aufgeteilt. Auch das Gebiet des Kantons Basel-Stadt ist bislang zwischen zweien dieser Akteure aufgeteilt, nämlich zwischen der Rekurrentin und E____.

Auch wenn sich damit das Abschleppwesen in der Region seit Jahrzehnten eingespielt hat und wohl auch gut funktionieren mag, so ist dem BVD doch darin zu folgen, dass in einer solchen Situation gerade der Anwendungsfall liegt, auf welchen § 25 Abs. 2 VöB abzielt. Wenn überhaupt nur vier Akteure potenziell als Anbieterinnen in Frage kommen, dann ist bei den vorliegenden engmaschigen Verhältnissen ein hinreichender Restwettbewerb nur schwerlich gewährleistet, wenn Bietergemeinschaften zugelassen werden. Wenn darüber hinaus von diesen vier gerade noch zwei Akteure über je ein Grossabschleppfahrzeug verfügen, wie die Rekurrentin argumentiert, und dies die kritische Grösse darstellt, dann würde jeglicher Restwettbewerb ausgeschaltet, wenn sich die Eigentümer dieser beiden Grossabschleppfahrzeuge zu einer Bietergemeinschaft zusammentäten. Dies sind die Überlegungen, von welchen sich die Vergabestelle ex ante richtigerweise leiten liess. Daraus ergibt sich, dass die Vergabestelle Bietergemeinschaften zu Recht nicht zugelassen hat.

Bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Ausschreibung ist auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Ausschreibung abzustellen. Die nach der Ausschreibung eingetretene Entwicklung kann dafür nicht mehr ausschlaggebend sein. Dennoch ist im vorliegenden Fall festzustellen, dass von den vier potenziellen Anbieterinnen dann doch bloss diejenigen beiden ein Offerte eingereicht haben, die den Dienst bereits seit 19 Jahren gemeinsam versehen. Wenn sich diese beiden nun als Konkurrentinnen konstituieren ■ was ex ante nicht ohne weiteres zu erwarten war, verfügt doch G____ über ein Grossabschleppfahrzeug und hat dennoch nicht angeboten, die Rekurrentin dagegen hat angeboten, obschon sie über kein Grossabschleppfahrzeug verfügt ■, so liegt dies jedenfalls im Interesse der Förderung von wirksamem Wettbewerb. Damit hat sich nachträglich bestätigt, dass der Ausschluss von Bietergemeinschaften für den Erhalt eines Restwettbewerbs nicht nur förderlich, sondern eben notwendig war.

Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin spielt es für die Rechtmässigkeit des Ausschlusses von Bietergemeinschaften keine Rolle, dass dieser dazu führen kann, dass potenzielle Anbieter prüfen müssen, ob sich die Beschaffung der erforderlichen Infrastruktur für sie lohnt. Wirtschaftlich optimiert werden soll gemäss Beschaffungsgesetz die Verwendung öffentlicher Mittel, und zwar durch Förderung des Wettbewerbs. Die optimale Auslastung regional vorhandener Infrastruktur von bisherigen Auftragnehmerinnen, namentlich der beiden in der Region stationierten Grossabschleppfahrzeuge, mithin die Zementierung bestehender Strukturen, ist demgegenüber nicht Zweck des Beschaffungsrechts und läuft dem Ziel der Förderung

wirtschaftlichen Wettbewerbs zuwider.

E. 2.3

2.3.1 Bei der Wahl und Formulierung wie auch der Beurteilung von Zuschlagskriterien kommt der Vergabebehörde wie bei den Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu (BGE 143 II 558 E. 6.3.2 m.w.H.; VGE VD.2017.179 E. 2.5.2, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2; Schneider Heusi, Vergaberecht in a nutshell, Zürich 2014, S. 81 m.H. auf VGer ZH VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012 E. 3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 608, 611). Das Verwaltungsgericht greift nur in den Spielraum der Vergabebehörde ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BVGE B-1823/2017 vom 10. Mai 2017 E. 5.1.1; VGE VD.2017.179 E. 2.5.2, VD.2017.63 vom 4. Dezember 2017 E. 3.4.1, VD.2017.128 vom 19. Oktober 2017 E. 2.4.2, VD.2016.175 vom 16. Dezember 2016 E. 3.1, VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.3.1, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2).

2.3.2 Sowohl Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB als auch § 9 lit. a BeschG verlangen, dass das Submissionsverfahren transparent gestaltet wird, damit unter den Anbietern ein wirksamer Wettbewerb stattfinden kann. Anbietende dürfen in keiner Phase des Verfahrens diskriminiert werden (§ 9 lit. b BeschG). Dadurch sollen der wirtschaftliche Einsatz öffentlicher Mittel sowie ein faires, wettbewerbsneutrales Verfahren gewährleistet werden. Das Transparenzprinzip bezweckt wie auch das Gleichbehandlungsgebot, die Gefahr von Missbräuchen und Manipulationen von Seiten des Auftraggebers zu bannen (BGE 125 II 86 E. 7c S. 100 ff.; VGE VD.2009.665 vom 25. Januar 2010 E. 3.2). Damit die notwendige Transparenz gewährleistet ist, müssen die Ausschreibungsunterlagen alle wesentlichen Angaben enthalten. Namentlich sind die für den Zuschlag massgebenden Kriterien in der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung aufzuführen (§ 22 Abs. 1 BeschG; § 20 Abs. 1 lit. m und § 30 Abs. 3 der Verordnung zum Gesetz über öffentliche Beschaffungen [VöB, SG 914.110]; VGE 719/2003 vom 27. April 2004 E. 2b; Zellweger/Wirz, a.a.O., S. 559, 596). Eine nachträgliche Änderung dieser Kriterien ist unzulässig (BGE 143 II 553 E. 7.7).

Inwiefern mit der vorliegenden Ausschreibung das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot als solche nicht beachtet würden, wie die Rekurrentin moniert, ist nicht ersichtlich: Der Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmern ist in der Ausschreibung und in den Unterlagen klar formuliert und gilt für alle als Anbieterinnen in Frage kommenden Strukturen, nicht nur für die bestehende einfache Gesellschaft der Rekurrentin und der E____. Insoweit erscheint die Ausschreibung korrekt.

E. 2.4

2.4.1 Gemäss § 25 Abs. 1 VöB können mehrere Anbieterinnen und Anbieter ein gemeinsames Angebot einreichen, wenn die Bildung von Arbeitsgemeinschaften in der Ausschreibung nicht ausdrücklich ausgeschlossen oder eingeschränkt wird. Bereits aus der Formulierung dieser Bestimmung geht hervor, dass die Vergabebehörde im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessens Bietergemeinschaften ausschliessen darf, wenn dies sachlich begründet ist (vgl. VGE 625/2002 vom 22. August 2002 E. II.2, 733/2001 vom 14. Juni 2002 E. II.4). Dieser Ermessensspielraum gilt aber auch unabhängig von § 25 VöB generell für die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen sowie für die Wahl und Formulierung, aber auch für die Beurteilung von Eignungskriterien (vgl. vorstehend Ziff. 2.3.1).

2.4.2 Anlässlich der Verhandlung vor Verwaltungsgericht am 27. Februar 2018 wurde auf die Thematik der sachlichen Begründung für den Ausschluss von Bietergemeinschaften vertieft eingegangen. Die Argumentation der Vergabestelle in Bezug auf die Auftragsbefreiung erweist sich dabei als nicht allzu stichhaltig. Zunächst ist mit der Darstellung der Rekurrentin davon auszugehen, dass die bisherige Auftragsbefreiung zur Zufriedenheit der Auftraggeberin erfolgt ist (das auf eine gegenteilige Darstellung hinauslaufende Angebot neuer Beweise durch das BVD erst im Rahmen des Plädoyers vor den Schranken des Gerichts ist verspätet erfolgt, nachdem das BVD der Darstellung der Rekurrentin weder in seiner schriftlichen Rekursantwort widersprochen hat noch anlässlich der Sachverhaltsfeststellung vor den Schranken in irgendeiner Weise auf die Thematik eingegangen ist ■ selbst auf den ausdrücklichen Hinweis des Vorsitzenden auf den bevorstehenden Abschluss der Sachverhaltsfeststellung hin nicht ■ und auch keine entsprechende Beweise beantragt hat; vgl. VP S. 2 - 5). Dem Anliegen der Vergabestelle, einen einzigen Ansprechpartner zu haben, wird die derzeit den Auftrag ausführende Bietergemeinschaft mit der bereits im Jahr 1999 eingerichteten zentralen Telefonnummer, gleichsam eine Piketttelefonnummer, gerecht; diese wird von E_____ betrieben, und von dieser Zentrale aus werden hereinkommende Aufträge zwischen den beiden beteiligten Firmen verteilt. Dass abzuschleppende Fahrzeuge allenfalls neu auf ein einziges statt wie bis anhin auf zwei Areale gebracht werden sollten, kann laut B_____ kein Problem darstellen, spielt es beim Abschleppen doch keine Rolle, ob ein Fahrzeug am Ende auf dem einen oder auf dem anderen Areal deponiert wird. Die Rechnungstellung erfolgt derzeit durch beide Firmen separat, aber auch dies liesse sich laut B_____ einfach ändern, sofern das gewünscht sei. B_____ weist überdies darauf hin, dass es bisher zu keinen Fehlleistungen gekommen sei und dass Bietergemeinschaften auch nicht fehleranfälliger seien. Im Gegenteil sei es von Vorteil, wenn zwei Firmen bei grossem Arbeitsanfall zusammen arbeiten könnten, insbesondere bei Unfällen mit vielen beteiligten Fahrzeugen (VP).

2.4.3 Bei dieser Ausgangslage sind auf die Aufgabenerfüllung bezogene, sachliche Gründe für den Ausschluss von Bietergemeinschaften nur schwer zu erkennen ■ dies selbst eingedenk des Grundsatzes, dass es der Vergabestelle unbenommen ist, auch bei bisher zufriedenstellender Aufgabenerfüllung Abläufe und Strukturen zu optimieren. Insbesondere ist vorliegend aber nicht ersichtlich, inwiefern eine Bietergemeinschaft der in der schriftlichen Rekursantwort ausführlich beschriebenen Aufgabenstellung (vorstehend Ziff. 2.2) weniger gut gewachsen sein sollte als eine einzelne Anbieterin, und namentlich ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die derzeit mit dem Abschleppdienst betraute Bietergemeinschaft ihrer Aufgabe oder den in der aktuellen Ausschreibung formulierten Anforderungen nicht gewachsen wäre oder sein könnte, oder welches die Vorteile in Bezug auf die Aufgabenerfüllung sein sollen, wenn Bietergemeinschaften ausgeschlossen werden. Immerhin wären Bietergemeinschaften von Dritten denkbar, zwischen welchen die Zusammenarbeit nicht derart reibungslos verlaufen würde wie zwischen der Rekurrentin und E_____; solcherlei Anbieterinnen auszuschliessen kann der Vergabestelle nicht verwehrt sein. Ob dieser Gedanke angesichts des dünnen Anbietermarkts und der de facto seit Jahren zufriedenstellenden Auftragsbefreiung durch die Rekurrentin und E_____ nicht als realitätsfremd bezeichnet werden muss ■ zumal ja auch unbefriedigende Auftragsbefreiung denkbar ist, wenn Firmen nicht in Bietergemeinschaften, sondern einzeln auftreten ■, und ob der vom Vertreter der Rekurrentin im Plädoyer angesprochene und unwidersprochen gebliebene Umstand, nicht nur bisher im Kanton Basel-Stadt, sondern auch in den Kantonen Aargau und Basel-Landschaft würden Arbeitsgemeinschaften den Pannendienst

versehen, nicht nur nicht gegen, sondern gar eher für die Zulassung von Bietergemeinschaften spricht, kann indessen offen bleiben, wie sich nachfolgend ergibt.

2.5 Das BVD beruft sich im Plädoyer vor den Schranken des Gerichts vornehmlich auf die Stärkung des Wettbewerbs als Grund dafür, Bietergemeinschaften auszuschliessen.

2.5.1 Das Ermessen der Vergabebehörde auch bei der Formulierung der Ausschreibung wird durch den Schutz der vergaberechtlichen Prinzipien der Gleichbehandlung, des wirksamen Wettbewerbs und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel begrenzt (§ 1 BeschG; Art. 1 Abs. 2 IVöB; Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 1591 ff.). Die Vergabebehörde muss somit bei der Festlegung der Eignungskriterien auch auf die Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbs (■une concurrence résiduelle suffisante■; vgl. BVGE 2010/58 vom 29. September 2010 E. 6.3; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n° 324) achten. Eignungskriterien dürfen die Zahl möglicher Anbieter nicht derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb mehr verbleibt (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 557). Ausfluss dieser Grundsätze ist die Regelung in § 25 Abs.

E. 3

Zusammenfassend ist der Rekurs abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin dessen Kosten zu tragen.

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