

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.50 vom 23. Juni 2017**

BS Appellationsgericht, 2017-06-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2017.50](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.50)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.50 du 23 juin 2017

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.50 del 23 giugno 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zum Rekurs gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei dessen Gutheissung eine reelle Chance haben, den Zuschlag selbst zu erhalten oder wenn die Gutheissung zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in dem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Rekursführung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; VGE VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 1.1). Falls ihre Rügen begründet sind, hat die Rekurrentin eine realistische Chance auf den Zuschlag und damit ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids, womit sie zum Rekurs legitimiert ist (vgl. § 13 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRPG, SG 270.100]). Auf den rechtzeitig erhobenen Rekurs ist daher einzutreten.

1.2 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz, 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 blosser 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).

1.3 Mit Verfügung vom 6. April 2017 teilte der Appellationsgerichtspräsident der Rekurrentin mit, dass ohne entsprechenden Antrag von ihrer Seite der Verzicht auf die Durchführung einer Parteiverhandlung angenommen und der Entscheid auf dem Zirkulationsweg ergehen werde. Die Rekurrentin hat innert der ihr gesetzten Frist keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt und stattdessen mit schriftlicher Eingabe repliziert. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., 2016, § 24 N 105; VGE VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 1.3).

### **E. 2**

2.1 Mit ihrer Begründung des Zuschlagsentscheids vom 7. Februar 2017 hat die Vergabebehörde ausgeführt, die Angebote nach erfolgter Prüfung der Eignungsnachweise eingehend geprüft und auf den "gleichen Nenner gestellt" zu haben. In diesem Rahmen seien Korrekturen am Angebot der Rekurrentin erfolgt. So seien der Preis für das feste Unterdach und die Materialofferte des Firstes im Leistungsverzeichnis nicht aufgerechnet worden. Diese Fehler seien korrigiert worden. Zudem sei die Anzahl der Solarmodule nach

unten korrigiert worden, weil ein Teil der Module die vorgegebene Nettofläche überschritten hätten. Entsprechend seien der Materialpreis und die Anlageleistung angepasst worden. Schliesslich seien zwei Übertragungsfehler in der Rekapitulation korrigiert worden. Auf dieser bereinigten Basis sei die Bewertung der Zuschlagskriterien des spezifischen Preises der Anlage pro Leistung, der Anlageleistung und der Lösungsdetails erfolgt. Dabei hätten die Rekurrentin und die Beigeladene beim spezifischen Preis 2.09 resp. 2.16 Punkte, bei der Anlageleistung 0.87 resp. 0.86 und bei den Lösungsdetails 1.23 resp. 1.26 Punkte erzielt. Insgesamt habe die Beigeladene mit einer Gesamtwertung von 4.28 Punkten vor der Rekurrentin mit 4.19 Punkten am besten abgeschnitten.

## **E. 2.2**

2.2.1 Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist allein die von der Vergabestelle vorgenommene Korrektur des Angebotspreises der Rekurrentin bei Kapitel 5.18 "First" der Ausschreibung. Bei dieser Position verlangte die Vergabebehörde, dass eine komplette, in Kapitel 4.4.2 detailliert beschriebene Firstkonstruktion angeboten wird. Die Leistung setze sich dabei aus den Lieferungen und Dienstleistungen der Firma C\_\_\_\_ GmbH und der restlichen Firstkonstruktion zusammen. Das Formular enthielt in der Folge unter dem Titel "Lieferung Firstschiene inkl. Zubehör" und dem Hinweis, der Preis müsse "das komplette Material, sowie die Entgegennahme und Kontrolle der Lieferung enthalten", wozu "auch die angebotenen Dienstleistungen der Lieferfirma" gehörten, zunächst eine Linie für den Preis gemäss Offerte des Lieferanten C\_\_\_\_ GmbH. Unter dem Titel "Montieren der kompletten Firstkonstruktion", mit dem Hinweis, der Angebotspreis müsse Montagematerial und Arbeit umfassen, folgten je eine Linie für den Preis pro Laufmeter und für die Preise der sechs Trakte. Schliesslich wurde nach dem "Preis komplette Position" gefragt, welcher in die Rekapitulation zu übertragen war.

2.2.2 Die Rekurrentin hat auf der Linie "Preis gemäss Offerte der Firma C\_\_\_\_ GmbH" den Betrag von CHF 33'688.50 eingesetzt. In der Folge hat sie unter dem Titel "Montieren der kompletten Firstkonstruktion" die Preise pro Laufmeter und die Preise für die Trakte A-F eingesetzt. Als Summe hat sie aber allein die Addition dieser sechs Preise für die Trakte im Gesamtbetrag von CHF 55'496.35 ausgewiesen und in die Rekapitulation zur Ermittlung des Angebotspreises aufgenommen. Die von der Vergabebehörde mit der Auswertung der Angebote beauftragte Firma [...] GmbH schloss daraus, dass die Materialofferte des Firstes fälschlicherweise nicht im Leistungsverzeichnis aufgerechnet worden ist und rechnete den Betrag von CHF 33'688.50, wie er der Gemeinde Riehen von der Firma C\_\_\_\_ GmbH selber offeriert worden ist, zum Angebotspreis für die Position 5.18 First hinzu.

2.2.3 Dagegen bringt die Rekurrentin vor, dass diese Aufrechnung zu Unrecht vorgenommen worden sei, da der Materialpreis des Firsts in ihrer Offerte in den Angebotspreis eingerechnet worden sei. Mit der Aufrechnung sei damit der Materialpreis von CHF 33'688.50 zweimal berücksichtigt worden, was zu einem zu hohen Preis geführt habe. Zum Beweis, dass im Total von CHF 55'496.35 auch das Material für den First eingerechnet worden sei, bezieht sie sich in ihrer Rekursbegründung auf das Angebot des beigezogenen Dachdeckers inkl. Materialpreis für den First (act. 3/5). Daher sei der von der Vergabebehörde errechnete spezifische Preis ihres Angebots um CHF 130.53 pro kWp zu hoch. Der spezifische Preis betrage bloss CHF 4'163.72/kWp, weshalb ihrem Angebot beim Zuschlagskriterium spezifischer Preis 2.26 Punkte hätten vergeben werden müssen. Insgesamt habe sie daher ein Total von 4.36 Punkten erreicht, womit ihr der Zuschlag erteilt

werden müsse. In formeller Hinsicht macht sie diesbezüglich replicando geltend, dass vor der erfolgten Berichtigung des vermeintlichen Rechnungsfehlers eine Erläuterung hätte eingeholt werden müssen.

2.2.4 Nach erfolgter Öffnung der Angebote prüft die Vergabebehörde diese nach einheitlichen Kriterien (§ 24 Abs. 6 BeschG). Dazu muss sie die eingegangenen Angebote soweit nötig in technischer und rechnerischer Hinsicht bereinigen und offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler berichtigen, damit die Angebote objektiv vergleichbar sind und einheitlich bewertet werden können (vgl. Art. 28 der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB). Die Durchführung einer genügenden Offertbereinigung ist dabei eine Rechtspflicht der Vergabestelle (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 664 f.; 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 ff., 599 f.). In diesem Zusammenhang sind zur Klärung des Offertinhalts auch Rückfragen zulässig (§ 25 Abs. 2 BeschG). Ein Rechnungsfehler muss offensichtlich sein, um korrigiert werden zu können, da ansonsten mit einer nachträglichen Korrektur eine missbräuchliche Umgehung des Verbots von Abgeboten (vgl. § 25 Abs. 1 BeschG) nach erfolgter Offertöffnung eröffnet werden könnte (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 729). Ein Rechnungsfehler liegt dabei dann vor, wenn eine mathematische Operation nach den Regeln der Mathematik falsch ist. Er ist von Kalkulationsfehlern bei der Berechnung einzelner Preise eines Angebots abzugrenzen (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N 2149 f.). Der Fehler ist dann offensichtlich, wenn er sich als solcher aus dem Angebot selber schon ergibt, ohne dass es eines Hinweises oder sonstiger Erläuterungen des Bieters bedürfte, was bei reinen Rechnungsfehlern meist der Fall ist. Sie dürfen nur dann korrigiert werden, wenn sich der Erklärungsinhalt ohne Nachfrage beim Bieter aus der Offerte selber ergibt (Beyeler, a.a.O., N 2152, 2156 f.).

2.2.5 Entgegen der Auffassung der Rekurrentin war das Ausschreibungsformular offensichtlich so konzipiert, dass der Preis für die Lieferung der Firstschiene inkl. Zubehör, welche zwingend durch die Firma C\_\_\_\_ GmbH erfolgen musste, separat ausgewiesen werden musste. Wie die Vergabebehörde diesbezüglich geltend macht (vgl. Ziff. 10 der Vernehmlassung), musste dieser Betrag trotz der bereits vorliegenden Offerte der Lieferfirma zuhanden der Gemeinde Riehen von den Offerenten abgefragt werden, da die Vergabebehörde nicht ausschliessen konnte, dass einzelne Anbieter von ihr einen günstigeren Preis zugestanden erhalten könnten. Dies ergibt sich aus der systematischen Gliederung der Position 5.18 First im Leistungsverzeichnis. Unter den fett geschriebenen Titeln wurde zunächst nach dem Preis für die "Lieferung Firstschiene inkl. Zubehör", sodann für das "Montieren der kompletten Firstkonstruktion. Der Angebotspreis muss Montagematerial und Arbeit umfassen" bezogen auf sechs Einzelpositionen (und einem Durchschnittspreis pro Laufmeter) und schliesslich nach dem Preis "komplette Position" gefragt. Nachdem die Rekurrentin zunächst den Preis für die Lieferung der Firstschiene inkl. Zubehör eingesetzt hat, musste und konnte die Vergabebehörde nicht davon ausgehen, dass dieser Betrag in der Folge auch in die Einzelpreise für die Montage der Firstkonstruktion eingerechnet worden ist. Vielmehr durfte und musste die Vergabebehörde davon ausgehen, dass sich das Total "Preis komplette Position" aus der Summe aller oben genannten Einzelpreise für die Lieferung der Firstschiene einerseits und der Montage der kompletten Firstkonstruktion andererseits ergeben muss. Sie musste daher davon ausgehen,

dass beim angegebenen und in die Rekapitulation übertragenen Preis für die komplette Position von CHF 55'496.35, welcher der Summe der Einzelpreise für die Montage der Firstkonstruktion entsprach, der daneben zusätzlich genannte Preis für die Lieferung der Firstschiene im Sinn eines Additionsfehlers unberücksichtigt geblieben ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 731 m.H. auf KG FR, FR 602 2008-21 vom 5. Juni 2008). Auch der eingereichten Offerte Nr. 29245 in eigener Aufstellung (vgl. act. 3/4) kann die Berücksichtigung der Offerte der Firma C\_\_\_\_\_ GmbH bei der Berechnung der offerierten Gesamtkosten nicht entnommen werden. Die Rekurrentin macht denn auch mit ihrer Rekursbegründung nicht geltend, in welchen Positionen diese Kosten berücksichtigt worden wären. Kann die Rekurrentin aus dieser Beilage, welche der Vergabebehörde gemäss ihrer Angabe in der Vernehmlassung nicht vorgelegen haben soll, nichts zu ihren Gunsten ableiten, so braucht auch nicht entschieden zu werden, ob diese Eingabe entsprechend dem Antrag der Vergabebehörde aus dem Recht zu weisen ist.

Dasselbe gilt auch für die Behauptung der Rekurrentin, der Betrag von CHF 33'688.50 sei von der als Dachdecker beigezogenen Subunternehmerin, der [...] AG, in ihrer Offerte 1:1 übernommen worden. Wie diese Übernahme erfolgt sein soll, ist aufgrund der Beilage im Rekursverfahren (vgl. RBB 5, act. 3/5) nicht erkennbar und wird von der Rekurrentin auch nicht substantiiert erläutert. Es braucht daher wiederum nicht geprüft zu werden, ob diese erstmals im Rekursverfahren eingereichte Beilage dem Antrag der Vergabebehörde entsprechend aus dem Recht gewiesen werden müsste, respektive im Rahmen der Beurteilung nicht berücksichtigt werden dürfte.

Bei dieser Sachlage braucht auf die weitere, mit der Vernehmlassung erfolgte Begründung der Vergabebehörde für ihre Auffassung nicht weiter eingegangen zu werden. Ebenfalls unerheblich erscheint, dass diese Aufrechnung nicht dem wirklichen Erklärungswillen der Rekurrentin entsprochen haben soll. Die Offerte ist allein aufgrund der objektiv zu verstehenden Erklärungen im detaillierten Angebot auszulegen.

2.3 Die Vergabebehörde durfte im Zusammenhang mit der Korrektur dieses Fehlers im Angebot auch von einer Rückfrage bei der Rekurrentin absehen, hätte eine solche Rückfrage dieser doch aufgrund der ihr nach erfolgter Offertöffnung bekannten, knappen Ausgangslage ermöglicht, ihr Angebot nachträglich zu korrigieren, was dem Verbot von Abgeboten widersprochen hätte (Beyeler, a.a.O., N 2156; Zellweger/Wirz, a.a.O., 600). Bei Rückfragen ist daher Zurückhaltung angebracht (VGE 699/2007 vom 7. Januar 2008 E. 3, VD.2010.192 vom 27. Januar 2011 E. 2.4.2). Soweit die Rekurrentin eine zu bereinigende Unklarheit geltend macht, hat sie diese durch ihr Angebot selber zu vertreten, hat sie doch nirgends erklärt oder erläutert, dass der ins eigene Angebot übernommene Angebotspreis für die Lieferung der Firstschiene in die weiteren, von ihr zusätzlich angegebenen Preise für die Montage der Firstkonstruktion eingerechnet worden ist.

2.4 Daraus folgt, dass das Vorgehen der Vergabebehörde nicht zu beanstanden und der Rekurs abzuweisen ist.

### **E. 3**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 4'000.-. Eine Parteientschädigung steht der anwaltschaftlich vertretenen Vorinstanz nach § 30 Abs. 1 VRPG nicht zu.

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