

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.49 vom 8. August 2018

BS Appellationsgericht, 2018-08-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.49

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.49 du 8 août 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.49 del 8 agosto 2018

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss Art. 15 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB; 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 BeschG das Verwaltungsgericht, welches in Anwendung von § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) als Dreiergericht zuständig ist. Gemäss Art. 15 Abs. 1 bis lit. e IVöB und § 31 lit. g BeschG ist der Rekurs u.a. möglich gegen den Widerruf des Zuschlags.

1.2 Die Rekurrentin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung unmittelbar von dieser berührt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt indessen der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist nur rechtsmittellegitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.). Sollte vorliegend der Widerruf des Zuschlags den Rekursbegehren der Rekurrentin entsprechend ungültig sein, so hätte dies voraussichtlich den Fortbestand des ursprünglich ihr erteilten Zuschlags zur Folge. Die Rekurrentin hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Widerrufs, so dass sie gemäss § 13 VRPG zum Verwaltungsrekurs legitimiert ist.

1.3 Das BVD beantragt mit seiner Rekursantwort, auf den Rekurs sei nicht einzutreten.

1.3.1 Zur Begründung verweist das BVD auf das von der Beigeladenen angestrebte Rekursverfahren VD.2018.22. In jenem Verfahren habe das BVD mit Schreiben vom 23. März 2018 dem Verwaltungsgericht die Wiedererwägung des Zuschlags mitgeteilt. Dabei habe es auf die fehlerhafte Bewertung hingewiesen und somit die Wiedererwägungsgründe benannt. In der Folge habe die Rekurrentin als damalige Beigeladene vom Gericht Gelegenheit erhalten, zur Wiedererwägung des Zuschlags Stellung zu nehmen, diese Gelegenheit aber nicht wahrgenommen. Mit der anschliessenden, wiedererwägungsweisen Aufhebung des ursprünglichen Zuschlagsentscheids sei der im damaligen Rekursverfahren angefochtene Entscheid und somit das Anfechtungsobjekt ohne weiteres beseitigt worden, wodurch jenes Verfahren vorübergehend seinen Gegenstand verloren habe.

Der neue Zuschlag könne vom vormaligen Zuschlagsempfänger zwar angefochten werden. Wenn sich dieser aber schon am Rekursverfahren gegen den widerrufenen Zuschlag beteiligt habe, so hätte er allfällige neue Begehren in jenem vorangehenden Verfahren stellen müssen (vgl. Beyeler, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz 2731 in fine und Rz 2735 f.). In Kenntnis der Gründe, die zur damaligen

Wiedererwägung geführt hätten, hätte sich die Rekurrentin nach Auffassung des BVD also bereits im vorangegangenen Verfahren gegen die Aufhebung des Zuschlags wehren müssen. Das BVD hält daher die vorliegende Rechtsmittelvorkehr gegen die ■Widerrufsverfügung■ der Vergabestelle für verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten sei.

1.3.2 Tatsächlich teilte das BVD im Verfahren VD.2018.22 dem Gericht mit Schreiben vom 23. März 2018 mit, dass es den dort angefochtenen Zuschlag *lite pendente* und wiedererwägungsweise widerrufen und den Zuschlag der damaligen Rekurrentin und heutigen Beigeladenen erteilen werde. Das BVD wies darauf hin, dass die Wiedererwägung nötig sei, da sich aufgrund des erhobenen Rekurses und der nochmaligen Überprüfung Fehler in der Bewertung der Zuschlagskriterien gezeigt hätten, die zu einer Neuvergabe an die Rekurrentin führen müssten. Es wurde daher um Abschreibung des Verfahrens ersucht. Jene Eingabe wurde der heutigen Rekurrentin und damaligen Beigeladenen mit Verfügung vom 26. März 2018 zur Kenntnis gebracht. Gleichzeitig wurde den Parteien Gelegenheit eingeräumt, sich innert Frist dazu vernehmen zu lassen. Darauf hat die damalige Beigeladene und nunmehrige Rekurrentin verzichtet. In der Folge hat das Verwaltungsgericht das Rekursverfahren VD.2018.22 mit Entscheid vom 13. April 2018 ohne materielle Beurteilung des aufgehobenen Zuschlags als gegenstandslos abgeschrieben. Eine inhaltliche Beurteilung ist allein im Rahmen des Kostenentscheids erfolgt, und sie war daher auf eine summarische Prüfung der Sachlage beschränkt. Daraus folgt, dass mit Bezug auf den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens nicht von einer bereits abgeurteilten Sache (■*res iudicata*■) gesprochen werden kann.

1.3.3 Es stellt sich indessen die Frage, ob die Rekurrentin nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr (Art. 5 Abs. 3 BV) ihren Anspruch auf Beurteilung ihrer im vorliegenden Verfahren erhobenen Rügen verwirkt hat, weil sie diese bereits im Rekursverfahren VD.2018.22 hätte vorbringen können. Diesen Standpunkt vertritt, wie das BVD insoweit zutreffend ausführt, Martin Beyeler. Dieser geht davon aus, dass der neue Zuschlag zwar grundsätzlich wiederum eine anfechtbare Verfügung sei. Werde der Zuschlag neu dem ursprünglichen Beschwerdeführer erteilt, so sei grundsätzlich auf Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens gegen den ursprünglichen Zuschlag kraft neuen Zuschlags zu schliessen. Aufgrund der Mehrparteienstruktur des Vergabeverfahrens sei allerdings zu beachten, dass der vormalige Zuschlagsempfänger, der nun leer ausgehen soll, die Fortführung des Beschwerdeverfahrens (mit ihm als neuem Beschwerdeführer, der die Zuschlagserteilung verlange) beantragen könne, falls er an diesem Verfahren schon vorher als Partei förmlich beteiligt gewesen sei. Andernfalls könne dieser vormalige Zuschlagsempfänger fristgerecht nach Eröffnung des neuen, nicht mehr zu seinen Gunsten lautenden Zuschlags denselben mit Beschwerde anfechten (vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 2731, 2735).

1.3.4 Zutreffend an dieser Auffassung von Martin Beyeler ist zwar, dass das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) es einer Partei gebieten kann, eine Rüge so rasch als möglich in einem förmlichen Verfahren geltend zu machen, ansonsten sie ihr entsprechendes Rügerecht verwirkt (vgl. etwa zu Ausstandsbegehren Wullschleger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Zürich 2016, Art. 49 N 7, 12a). Der Grundsatz von Treu und Glauben verbietet es einer Partei, einer Instanz bekannte rechtserhebliche Einwände vorzuenthalten und erst in einem späteren Verfahren geltend zu machen (Wullschleger, Schlichtung vor einer örtlich unzuständigen Schlichtungsbehörde,

in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 769 m.H. auf BGE 134 III 334 E. 2.2 S. 336, 133 III 639 E. 2 S. 640 und BGer 6B_1192/2014 E. 2). Vorliegend erscheint aber fraglich, ob es der Rekurrentin, die als Beigeladene im Verfahren VD.2018.22 nicht anwaltlich vertreten war, nach Treu und Glauben klar sein musste, dass sie diejenigen Rügen, welche sich gegen den mit neuer Rechtsmittelbelehrung publizierten Widerruf des vormaligen Zuschlags richten, und ebenso allenfalls solche, die sich gegen den neuen, gleichfalls mit neuer Rechtsmittelbelehrung eröffneten Zuschlag richten, noch im Verfahren VD.2018.22 hätte vorbringen müssen. Bei dieser Sachlage kann trotz dem gesteigerten Beschleunigungsbedürfnis im Vergaberecht nicht von einem treuwidrigen prozessualen Verhalten der Rekurrentin ausgegangen werden. Auf den Rekurs ist daher einzutreten.

1.4 Die recurrierende Partei hat nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ihren Standpunkt in der Rekursbegründung substantiiert vorzutragen und sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen. Aus der Rekursbegründung muss hervorgehen, weshalb der angefochtene Entscheid antragsgemäss aufgehoben oder abgeändert werden soll. Das Verwaltungsgericht prüft einen angefochtenen Entscheid nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht dem Rügeprinzip entsprechend nur die rechtzeitig und konkret vorgebrachten Beanstandungen (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 305; VGE VD.2017.176 vom 28. Februar 2018 m.H.).

1.5 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. In Ermangelung von solchen ist gemäss § 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).

1.6 Mit Verfügung vom 14. Juni 2018 wurde der Rekurrentin mitgeteilt, 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 eine Replik eingereicht und damit implizit auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 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 Der Zuschlag kann widerrufen werden, wenn ein Verfahrensausschlussgrund vorliegt, der vor dem Entscheid noch nicht bestand oder der Vergabestelle nicht bekannt war (§ 28 BeschG). Ein Ausschlussgrund liegt etwa dann vor, wenn die Offerentin falsche Auskünfte erteilt (§ 8 lit. d BeschG), Angaben und Nachweise nicht rechtzeitig beibringt (§ 8 lit. e BeschG), ein Angebot einreicht, das ungenügende Sachkenntnis oder Merkmale unlauteren Wettbewerbs erkennen lässt (§ 8 lit. i BeschG), oder wenn sie ein unvollständiges Angebot einreicht (§ 23 BeschG). Die Ausschlussgründe sind nicht abschliessend im Gesetz

verankert (Galli/Moser/ Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 433 ff.).

2.2 Die Rekurrentin macht mit ihrem Rekurs geltend, dass kein Widerrufsgrund im Sinne von § 28 BeschG vorliege. Dies ist unbestritten. Daraus leitet sie ab, dass der Widerruf nicht zulässig sei. Darin kann der Rekurrentin nicht gefolgt werden.

Das Recht des Kantons Basel-Stadt kennt keine explizite Regelung der Wiedererwägung eines angefochtenen Entscheids durch die Vorinstanz während dem bereits angehobenen Rekursverfahren (■lite pendente■). Gemäss der seit dem 1. Juli 2016 geltenden Fassung von § 21 Abs. 1 VRPG gelten für die Verhandlung und das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ergänzend die Vorschriften des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) sowie die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), soweit deren Anwendung auf die im VRPG vorgesehenen Rekurse und Beschwerden möglich ist und das VRPG nichts anderes bestimmt. Daraus ergibt sich die analoge Anwendung von Art. 58 Abs. 1 VwVG, wonach die Vorinstanz den angefochtenen Entscheid bis zu ihrer Vernehmlassung in Wiedererwägung ziehen kann. Zumindest solange wird der Devolutiveffekt des Rekurses beschränkt (Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, 2013, N 1066; Rhinow/Koller/Kiss/ Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, N 1624 f.; VGE VD.2017.199 vom 15. Dezember 2017, VD.2013.222 vom 17. Dezember 2014 E. 1.2). Darüber hinaus wird für das Verwaltungsverfahren des Kantons Basel-Stadt sogar eine Befugnis zur Wiedererwägung des angefochtenen Entscheids bis zum neuen Entscheid der Rechtsmittelinstanz postuliert (Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 34, 168).

Die lite pendente Wiedererwägung eines angefochtenen Entscheids steht im pflichtgemässen Ermessen der Verwaltungsbehörde. Sie ermöglicht ihr, bei besserer Erkenntnis im Interesse einer raschen und ökonomischen Erledigung des Streitgegenstands auf den angefochtenen Entscheid zurückzukommen, wenn sich dieser als Ergebnis der Selbstüberprüfung als unrichtig erweist (Pfleiderer, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 58 N 2 ff., 28; Mächler, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Zürich 2008, Art. 58 N 2). Eine solche lite pendente Wiedererwägung ist auch mit Bezug auf den vergaberechtlichen Zuschlag anerkannt (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1376 ff.). Mitunter wird in diesem Zusammenhang von der Rücknahme des Zuschlags gesprochen (Beyeler, a.a.O., Rz 2731).

2.3 Mit ihrer Replik beanstandet die Rekurrentin, dass die Vergabestelle im Zusammenhang mit der Wiedererwägung der angefochtenen Zuschlagsverfügung nicht von einer Rücknahme, sondern von einem Widerruf gesprochen habe. Sie versuche nun, ihren Entscheid entsprechend umzudeuten.

Es ist nachvollziehbar, dass diese Wortwahl die Rekurrentin bei ihrer Überprüfung der Zulässigkeit des vorinstanzlichen Vorgehens irritiert haben mag. In der Sache geht aber sowohl aus dem Schreiben des BVD vom 23. März 2018 im Verfahren VD.2018.22 wie auch aus dem weiteren Entscheid des BVD vom 27. April 2018 klar hervor, worauf sich die Wiedererwägung des Zuschlags stützt. Wie im privatrechtlichen Rechtsverkehr ist auch im öffentlichen Verfahrensrecht bei Parteierklärungen nicht auf eine allenfalls unrichtige

Bezeichnung oder Ausdrucksweise, sondern auf den wirklichen, nach dem Vertrauensprinzip auszulegenden Erklärungswillen abzustellen (vgl. VGE VD.2015.90 vom 30. Juni 2015 E. 3.1).

2.4 Die Rekurrentin unterlässt es, im vorliegenden Rekursverfahren auf den Wiedererwägungsentscheid in der Sache einzugehen. Sie hat auch nach dem Erhalt des ■ materiell begründeten ■ weiteren Entscheids gemäss § 27 Abs. 2 BeschG darauf verzichtet, ihre Rekursbegründung in materieller Hinsicht zu ergänzen (vgl. Replik der Rekurrentin vom 5. Juli 2018; act. 13). Darauf ist daher nicht weiter einzugehen (vgl. oben E. 1.4).

E. 3

Daraus folgt, dass die Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 1■500.■ aufzuerlegen. Zudem hat sie der anwaltlich vertretenen Beigeladenen eine Parteientschädigung auszurichten (§ 30 Abs. 1 Satz 2 VRPG). Mit ihrer Vernehmlassung hat die Beigeladene die Einreichung einer Kostennote zwar in Aussicht gestellt, es in der Folge aber unterlassen, dem Gericht eine solche zu unterbreiten. Entsprechend der Rechtslage im Zivilprozess sprechen die Gerichte auch im Verwaltungsprozess Parteientschädigungen nach Tarif und angemessenem Aufwand zu, wobei die Parteien Kostennoten einreichen können (Art. 105 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272; BGE 140 III 444 E. 3.2.2 S. 447 ff.). Es ist somit nicht Sache des Gerichts, bloss offerierte Honorarnoten einzufordern. Daher ist der angemessene Aufwand vom Gericht zu schätzen. Für die vierseitige Stellungnahme zum Rekurs und die Kenntnisnahme der gerichtlichen Zustellungen erscheint vorliegend ein Aufwand von zweieinhalb Stunden angemessen. Dieser ist zum praxisgemässen Überwälzungstarif von CHF 250.■ zu entschädigen. Unter Berücksichtigung notwendiger Auslagen ergibt sich somit eine Parteientschädigung von CHF 660.■. Da die Beigeladene gemäss UID-Register selber mehrwertsteuerpflichtig ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit führt, kann sie die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in der Regel als Vorsteuer abziehen (Art. 28 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer [MWSTG; SR 641.20]). In diesem Fall wird die Parteientschädigung deshalb ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, sofern die betroffene Partei nicht ausdrücklich einen Zuschlag für die Mehrwertsteuer beantragt und nachweist, dass sie durch die Mehrwertsteuer belastet ist (AGE ZB.2017.1 vom 29. März 2017 E. 4.3; vgl. zum Ganzen Honauer/Pietro-paolo, Die Krux mit der Mehrwertsteuer, in: plädoyer 1/2011 S. 73 f.; Schmid, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 95 N 26; Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 95 N 39 und Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). Da hier eine solche Ausnahme nicht vorliegt, ist der Beigeladenen die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

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