

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.64 vom 25. September 2018

BS Appellationsgericht, 2018-09-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.64

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.64 du 25 septembre 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.64 del 25 settembre 2018

Erwägungen

E. 2

2.1 Die Rekurrentin macht in ihrem Rekurs im Wesentlichen geltend, dass das BVD mit der Festlegung der Eignungskriterien den Wettbewerb gemäss § 1 lit b BeschG bewusst vereitelt habe. Mit dem verlangten Nachweis von bereits zwei ausgeführten vergleichbaren Referenzaufträgen in den letzten 5 Jahren mit einem Leistungsumfang von mindestens CHF 500'000.■ würden alle schweizerischen Unternehmungen diskriminiert, da im besagten ausgeschriebenen Zeitraum (und darüber hinaus) einzelne Auftragsvolumina von mindestens CHF 500'000.■ betreffend Korrektur Schifffahrtsrinne in der Schweiz überhaupt nie vergeben worden seien (Rekursbegründung, Rz. 11). Dies sei eine wettbewerbsrechtlich unzulässige Einschränkung der Vorgaben, die gemäss der Vorinstanz von vornherein nur die Beigeladene habe erfüllen können. Es hätten sich daher auch nur drei Anbieter beworben (Rekursbegründung, Rz. 8 f.). Die von der Vorinstanz festgelegten Kriterien eines Auftragswerts von CHF 500'000.■ in den letzten 5 Jahren erweise sich somit als willkürlich und als unzulässige Begünstigung der Beigeladenen. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz auf den Betrag von CHF 500'000.■ komme und warum eine zeitliche Limite von 5 Jahren gesetzt worden sei. Herr C___ habe im April 2017 die Rekurrentin übernommen und gleichzeitig eine Änderung des Gesellschaftszwecks vorgenommen im Hinblick Projektleitung Wasserbau. Er selbst verfüge über jahrzehntelange Erfahrung. Da die Rekurrentin, bevor Herr C___ Gesellschafter wurde, nicht im Wasserbau tätig gewesen sei, habe sie die willkürlichen Vorgaben betreffend eine Frist von 5 Jahren von vornherein nicht erfüllen können. C___ sei Gründer der D___ gewesen, welche später der E___ gehört habe. Immer aber sei C___ für die Ausführung der Wasserbauarbeiten zuständig gewesen. In der Person von C___ würde bei der Rekurrentin eine kompetente Person Verantwortung tragen, welche sowohl bei der E___ als auch bei der D___ Arbeiten ausgeführt habe. Die D___ habe unter der Leitung von Herrn C___ die gesamten Wasserbauarbeiten beim Kraftwerk [...] ausgeführt. Die D___ habe damals der E___ gehört, womit die Arbeit indirekt für diese erfolgt sei. Es könne daher nicht von einem Subunternehmerverhältnis gesprochen werden. C___ habe in den letzten 20 Jahren regelmässig für die Kraftwerk [...] die Korrekturen in der Fahrrinne ausgeführt, wobei aufgrund des Schiffsunfalls [...] zwecks Vertragserfüllung die Beigeladene habe beigezogen werden müssen. Doch selbst wenn die D___ den gesamten Auftrag der Kraftwerk [...] selber erfüllt hätte ■ was ohne Havarie des Schiffes [...] geplant gewesen sei ■ wären die einschränkenden Voraussetzungen der Vorinstanz nicht erfüllt, welche Einzelaufträge von CHF 500'000.■ und nicht wiederholte Aufträge verlange. Da die Rekurrentin das günstigere Angebot eingereicht habe, sei der Zuschlag ihr zu erteilen.

2.2 Das BVD weist in seiner Rekursantwort zu Recht darauf hin, dass eine Partei, welche ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen möchte, gemäss konstanter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts grundsätzlich bereits vorweg die Ausschreibung anfechten muss und damit nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung zuwarten kann (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 ff., 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.2017.211 vom 4. Juli 2018 E. 2.4.1, VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.5; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 1258).

E. 2.3

2.3.1 Im vorliegenden Fall war es für die Rekurrentin aufgrund der Ausschreibung ohne weiteres ersichtlich, dass sie die darin enthaltenen Eignungskriterien nicht erfüllen kann. Das Eignungskriterium der geforderten vergleichbaren Referenzaufträge war in der Ausschreibung klar umschrieben. Es wird denn auch von der Rekurrentin nicht geltend gemacht, dass sie das Eignungskriterium nicht habe erkennen können oder dass sie im Zeitpunkt der Ausschreibung habe davon ausgehen dürfen, diese Eignungskriterien zu erfüllen. Aus der Rekursbegründung geht vielmehr hervor, dass die Rekurrentin die Eignungskriterien aus verschiedenen Gründen offensichtlich nicht erfüllt. Dies liegt zunächst einmal daran, dass die Rekurrentin gemäss den eigenen Ausführungen selbst keine eigenen Referenzobjekte aufweisen kann. Aber auch die Referenzobjekte, welche ihr gemäss ihren Angaben zugerechnet werden müssten, da bei diesen Projekten der bei der Rekurrentin verantwortliche C_____ ebenfalls tätig gewesen sei, erfüllen das Kriterium des vergleichbaren Auftrages mit einem Volumen von CHF 500'000. unbestrittenermassen nicht.

2.3.2 Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin wäre es für die Rekurrentin unter diesen Umständen möglich und auch zumutbar gewesen, die Ausschreibung mit den darin enthaltenen Kriterien gemäss der Rechtsmittelbelehrung in der Ausschreibung anzufechten. Die Rekurrentin hat aber weder die Ausschreibung angefochten noch die Vergabebehörde in anderer Weise darauf hingewiesen, dass die Ausschreibung ihrer Ansicht nach fehlerhaft resp. diskriminierend sei. An der obigen Rechtsprechung, wonach es einer Anbieterin unter

diesen Umständen verwehrt ist, nach einem für sie negativen Vergabeentscheid die zuvor nicht angefochtenen resp. kritisierten Ausschreibungsbedingungen nachträglich in Frage zu stellen, ist festzuhalten. Es besteht ein öffentliches Interesse daran, dass die Ausschreibungsbedingungen bereits in diesem Stadium geprüft und soweit erforderlich angefochten werden, damit eine allfällig erforderliche Korrektur noch vor dem Eingang von Offerten vorgenommen werden kann. Bei einer allfälligen Änderung der Ausschreibungsbedingungen könnte entgegen dem Hauptantrag der Rekurrentin auch nicht einfach eine Zuschlagserteilung an die Rekurrentin erfolgen. Die Vergabebehörde ist an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 626 ff.; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.1, VD.2011.66 vom 4. November 2011, 699/2007 vom 7. Januar 2008). Bei einer wesentlichen Abweichung von diesen Eignungskriterien müsste im Rahmen einer neuen Ausschreibung geprüft werden, ob bei einer Änderung der Ausschreibungsbedingungen weitere Angebote eingehen. Gerade wegen dieser weitreichenden Bedeutung der nachträglichen Änderung von Ausschreibungsbedingungen müssen diese soweit möglich und zumutbar bereits bei der Ausschreibung angefochten werden. Eine Anfechtung im Zeitpunkt der Ausschreibung war hier möglich und zumutbar. Auf die gegen die Ausschreibungsbedingungen gerichteten Rügen kann daher im vorliegenden Verfahren gegen die Zuschlags- resp. Ausschlussverfügung nicht mehr eingegangen werden.

2.3.3 Lediglich ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, dass entgegen den Ausführungen der Rekurrentin auch nicht ersichtlich ist, dass die von der Vergabebehörde in der Ausschreibung aufgeführten Eignungskriterien unrechtmässig gewesen sein sollen. Die vorausgesetzte Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden (§ 7 Abs. 2 BeschG; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 588; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.1). Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu (VGE 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 mit Hinweis auf VGer ZH VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012 E. 3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 608, 611). Es ist nicht ersichtlich, dass die Vergabestelle mit der Anforderung von zwei Referenzaufträgen, welche mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind, das ihr zustehende Ermessen überschritten haben soll. Dass die einschlägige Erfahrung eines Anbieters ein sachliches Kriterium zur Beurteilung der Qualität seiner Leistungen ist, wurde von der Rechtsprechung wiederholt bestätigt (vgl. VGer ZH VB.2016.00300 vom 10. Februar 2017, VB.2015.00736 vom 4. Februar 2016). Einschlägige Erfahrung gilt praxisgemäss als sachliches Kriterium zur Beurteilung der Qualität der Leistungen von Anbietenden im Submissionsverfahren. Sie kann namentlich dazu geeignet sein, die geforderte fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit zu belegen. Die im vorliegenden Fall geforderten Unternehmerreferenzen stellen ein zulässiges Mittel zur Sicherstellung der Leistungsfähigkeit der Anbieter dar. 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). Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin wurde aber mit den verlangten beiden Referenzen der Wettbewerb nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt, zumal mindestens zwei Offerten eingingen von Anbietern, welche die geforderten Referenzen aufweisen konnten.

E. 3

Zusammenfassend ist der Rekurs abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin gemäss § 30 Abs. 1 VRPG die Kosten des Rekursverfahrens mit einer Gebühr von CHF 4'000.00 (inkl. Auslagen) zu tragen.

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