

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.68 vom 18. März 2019

BS Appellationsgericht, 2019-03-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2019.68

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.68 du 18 mars 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2019.68 del 18 marzo 2019

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. f in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz [BeschG], SG 914.100) kann gegen den Zuschlag in einem öffentlichen Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG]).

1.2 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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; VGE VD.2016.251 vom 3. April 2017 E. 1.1). Als zweitplatzierte Anbieterin hat die Rekurrentin eine realistische Chance auf den Zuschlag, falls sich ihre Rügen als begründet erweisen. Damit verfügt sie über ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zuschlagsverfügung vom 18. März 2019 und ist daher zum Rekurs legitimiert (§ 13 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRPG, SG 270.100]). Auf den form- und fristgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.3 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz, soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält. Nach § 8 VRPG ist 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.2018.236 vom 10. Mai 2019 E. 1.2).

1.4 Die Rekurrentin hat auf entsprechende Fristansetzung durch den Instruktionsrichter hin keine Durchführung einer öffentlichen Rekursverhandlung beantragt. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) vorliegt, auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 N 105; VGE VD.2018.64 vom 25. September 2018 E. 1.3).

E. 2

bewertet worden, was eine bessere Punktzahl für die Rekurrentin bei diesem Kriterium verunmöglicht habe. Hingegen seien die anderen beiden Referenzen der Rekurrentin jeweils

als gut bis sehr gut bewertet worden. Dies würde insgesamt zu einer Gesamtbewertung der Referenzen der Rekurrentin mit der Note 4 führen. Dagegen seien die Referenzauskünfte der Beigeladenen ausschliesslich gut ausgefallen und damit mit der Note 5 bewertet worden. Bei den Bewertungen der Schlüsselpersonen habe die Rekursgegnerin eine Kategorisierung in "Erfahrung" und "Tätigkeiten, Praktika, Weiterbildungen" vorgenommen. Dabei seien die Schlüsselpersonen der Rekurrentin in Bezug auf Erfahrung jeweils mit der Note 5 bewertet worden. In Bezug auf die zweite Kategorie sei im Vergleich zu den Schlüsselpersonen der Beigeladenen unter Berücksichtigung der Auslandsfahrung und der Vielseitigkeit der sozialen Tätigkeit eine tiefere Bewertung zwischen 3 und 4 erfolgt. Insgesamt habe dies zu einer durchschnittlichen Bewertung der Schlüsselpersonen zwischen 4 und 5 und damit zu einer guten bis ausgezeichneten Bewertung geführt. Die Schlüsselpersonen der Beigeladenen hätten dagegen alle eine sehr gute Bewertung und somit die Note 5 erhalten. Auch die Präsentation habe aufgrund verschiedener aufgeführter Kritikpunkte (mehrfaches ins Wortfallen innerhalb des Teams, wenig aussagekräftige Beantwortung von Fragen, wenig Hinweise auf neue Aspekte oder Innovation) einen schlechteren Eindruck gemacht. Die Gesamtbewertung der Präsentation mit 3■4 sei hier nicht zu beanstanden. Demgegenüber habe die Präsentation der Beigeladenen in allen geprüften Punkten überzeugt und sei daher zu Recht mit 5 bewertet worden. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin würde nicht jede auch noch so knappe Erfüllung der Zuschlagskriterien zur Höchstnote für die einzelnen Punkte führen.

E. 2.1

Angaben zur Anbieterin

(Teil D1 ■ Referenzauftrag)

(50 %)

100

E. 2.2

Angaben zu Schlüsselpersonen

(Teil D2 ■ CVs, Referenzaufträge)

(50 %)

100

E. 3

Angebotspräsentation

15 %

(50 %)

(50 %)

75

Total

100 %

500

3.3.2 In Bezug auf die Bewertung des Zuschlagskriteriums Qualifikation ist mit der Rekurrentin festzuhalten, dass diese gemäss den Ausschreibungsunterlagen in zwei gleich gewichteten Unterkategorien vorzunehmen war. Sowohl für die Angaben zur Anbieterin (Teil D1 ■ Referenzauftrag) als auch für die Angaben zu den Schlüsselpersonen (Teil D2 ■ CVs, Referenzaufträge) standen je maximal 100 Punkte zur Verteilung an. Die Rekurrentin weist in der Replik zu Recht darauf hin, dass die vom Bewertungsteam vorgenommene Aufteilung der Bewertung in Referenzaufträge unter Einbezug der Referenzangaben der Schlüsselpersonen einerseits und in eine separate Bewertung der Schlüsselpersonen andererseits den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bewertungsvorgaben widerspricht. Beim Unterkriterium "Angaben zur Anbieterin" wird in den Ausschreibungsunterlagen ausschliesslich vom Teil D1 ■ Referenzauftrag gesprochen. Bei dieser Unterkategorie dürfen somit keine anderen Referenzaufträge der Schlüsselpersonen mitberücksichtigt werden. Die Referenzaufträge der Schlüsselpersonen hätten dagegen alleine bei der Bewertung der Schlüsselpersonen berücksichtigt werden dürfen, wobei entgegen den Angaben der Rekurrentin keine weitere Gewichtung innerhalb dieser Unterkategorie verbindlich vorgegeben war. Diese Abweichung von den Gewichtungsvorgaben in den Ausschreibungsunterlagen ist von grundsätzlicher Bedeutung. Sie führt dazu, dass dem in der Ausschreibung verlangten (einzigen) Referenzauftrag eine deutlich weniger hohe Gewichtung zukommt, als dies vorgesehen war, da die Noten von drei Referenzaufträgen gemittelt wurden. Zudem führt es dazu, dass den Unterkriterien Erfahrungen und Tätigkeit/Praktika/Weiterbildung etc. der Schlüsselpersonen eine zu hohe Gewichtung zukam, da bei ihnen die Referenzaufträge der Schlüsselpersonen nicht mit berücksichtigt wurden.

3.3.3 Es ist allerdings zu beachten, dass sich diese von der Ausschreibung abweichende Aufteilung der Unterkriterien für die Rekurrentin positiv ausgewirkt hat. Da die Mitglieder des Bewertungsteams den von der Rekurrentin angegebenen Referenzauftrag BVB sehr schlecht bewertet hatten (Gesamtdurchschnitt 1.5), hätte die alleinige Berücksichtigung dieses Referenzauftrags bei dieser Rubrik zu einem deutlich schlechteren Ergebnis der Rekurrentin geführt. Die Berücksichtigung der wesentlich besser bewerteten anderen Referenzaufträge führte dazu, dass die Rekurrentin unter der Rubrik Referenzaufträge trotz der deutlich negativen Bewertung des eigentlichen Referenzauftrags eine insgesamt normale bis qualitativ gute Bewertung und dementsprechend mehr Punkte erhalten hat, als dies bei alleiniger Bewertung des Referenzauftrags BVB der Fall gewesen wäre. Anstelle der 76 Punkte aufgrund der Durchschnittsnote von 3.8 hätte die Rekurrentin unter dieser Rubrik aufgrund der Durchschnittsnote von 1.5 wohl lediglich 30 Punkte erhalten. Bei der von den Mitgliedern des Bewertungsteams bereits mit genügend bis gut bewerteten Schlüsselpersonen (Gesamtdurchschnitt 4) hätte die Berücksichtigung ihrer Referenzaufträge hingegen nur eine geringfügige Verbesserung der Gesamtnote respektive der erhaltenen 80 Punkte bewirkt. Eine Korrektur dieser Abweichung von der vorgesehenen Gewichtung der Unterkriterien würde somit am Ergebnis der Ausschreibung nichts ändern.

3.4 Es ist daher in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die einzelnen Bewertungen bei den Zuschlagskriterien Qualifikation und Angebotspräsentation sachlich begründet sind.

3.4.1 Gemäss den Ausschreibungsunterlagen wurde für die Bewertung der Zuschlagskriterien "Qualifikation" und "Angebotspräsentation" folgende Notenskala mit der entsprechenden Umschreibung verwendet:

Note

Erfüllung der Kriterien

Anmerkung

E. 3.5

3.5.1 Von der Rekurrentin wird weiter die Bewertung der Angebotspräsentation mit 50 von den maximal 75 in dieser Rubrik vergebenen Punkten moniert. Sie habe eine absolut professionelle und über die branchenüblichen Standards hinausgehende Angebotspräsentation abgeliefert, die nichts anderes als eine top Bewertung verdient habe. Gemäss dem Vergabeentscheid habe die Zuschlagsempfängerin eine professionellere Angebotspräsentation mit Erläuterung des internen Qualitätssicherungssystems sowie ein professionelleres Reporting mit Benchmarks und Optimierungsvorschlägen abgeliefert. Diese Kriterien seien allerdings gar nicht unter den Zuschlagskriterien genannt und dürften dementsprechend auch nicht in die Bewertung einfließen. Unabhängig davon habe die Rekurrentin aber auch diese Anforderungen vollumfänglich erfüllt. Die Rekurrentin macht überdies geltend, die Präsentation sei von der Rekursgegnerin kurzfristig um eine Woche verschoben worden, was dazu geführt habe, dass die weibliche Schlüsselperson der Rekurrentin nicht daran teilnehmen können. Die Rekursgegnerin sei darüber informiert worden und habe zugesichert, dass dies in Ordnung sei. Diese Ausführung wird von der Rekursgegnerin nicht bestritten.

3.5.2 Mit der Rekursgegnerin ist festzuhalten, dass das interne Qualitätssicherungssystem nicht bei der Bewertung der Angebotspräsentation sondern als Eignungskriterium massgebend war, welches die Rekurrentin erfüllt hat. Etwas anderes geht aus den Auswertungsbögen des Bewertungsteams auch nicht hervor. Dass unter dem Titel "Inhalt der Präsentation" auch Optimierungsvorschläge bewertet wurden, ist unter Berücksichtigung des Ermessensspielraumes der Vergabebehörde bei der Bewertung von qualitativen Zuschlagskriterien sodann nicht zu beanstanden.

Das Bewertungsteam der Vergabestelle hat eine nach vier Unterkategorien differenzierte Bewertung (Auftreten insgesamt einschliesslich Präsentation, Teamgeist, Fragen-Beantwortung, neue Aspekte/Innovation) der Angebotspräsentation vorgenommen. Wie sich aus den Bewertungsbögen ergibt, hat das Fehlen der weiblichen Schlüsselperson tatsächlich Auswirkungen auf die Notengebung gehabt. Die Mitglieder des Bewertungsteams haben das Auftreten der Vertreter der Rekurrentin als durchschnittlich respektive nicht immer sehr souverän bis nicht überzeugend qualifiziert. Weiter wurde negativ gewertet, dass der Leiter die eine anwesende Schlüsselperson oft unterbrechen, ergänzen oder korrigieren würde; die Vertreter der Rekurrentin würden nicht als Team wirken. Aufgrund der Abwesenheit der einen Schlüsselperson haben jedoch bei dieser Unterkategorie drei der vier Mitglieder der Bewertungskommission eine Notenkorrektur um einen Punkt nach oben vorgenommen. Formell wurde damit jedoch keine ordnungsgemässe Bewertung durchgeführt. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen müssen die von der Anbieterin vorgesehenen Schlüsselpersonen bei der Präsentation des Angebots anwesend sein (Ausschreibungsunterlagen Teil A Ziff. 2.2). Fehlt eine Schlüsselperson, kann weder ihr Auftreten noch ihre Teamfähigkeit beurteilt werden. Selbst wenn die Vergabestelle anlässlich der telefonischen Terminverschiebung mitgeteilt haben sollte, dass das Fehlen der weiblichen Schlüsselpersonen keinen Einfluss auf die Bewertung habe, war das nicht der Fall. Insgesamt konnte die Rekursgegnerin die Angebotspräsentation nicht nach denselben Standards prüfen und bewerten wie bei der Beigeladenen. Daher muss die

Angebotspräsentation der Rekurrentin wiederholt und neu bewertet werden.

4.

4.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rekursgegnerin bei der Bewertung der Angebote der Rekurrentin und der Beigeladenen von den Gewichtungsvorgaben in der Ausschreibung abgewichen ist und dass sie zudem bei der Bewertung des Referenzobjekts BVB der Rekurrentin deutlich ungenügende Noten gegeben hat, ohne dass diese Beurteilung sachlich nachvollziehbar begründet wird. Auch bei der Bewertung der Schlüsselpersonen fehlt für die vorgenommene Bewertung zumindest teilweise eine sachliche Begründung. Sodann wurde die Angebotspräsentation nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechend durchgeführt, weshalb sie nicht sachgemäss bewertet werden konnte und zu wiederholen ist. Aufgrund der fehlerhaften Einordnung der Bewertung der Referenzobjekte ist aber unklar, ob eine bessere Bewertung des Referenzobjekts BVB zu einer Änderung des Zuschlagsentscheids führen würde. Da es nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts ist, eine eigenständige (abweichende) Bewertung von Zuschlagskriterien vorzunehmen und damit sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Rekursgegnerin als Vergabestelle zu setzen, muss die Sache zur neuen Durchführung der Angebotspräsentation der Rekurrentin sowie zur neuen Bewertung an die Vergabestelle zurückgewiesen werden. Diese wird die Qualifikation sowie die Angebotspräsentation der Rekurrentin unter Beachtung der obigen Ausführungen neu beurteilen und benoten müssen.

4.2 Daraus folgt, dass der angefochtene Zuschlag in teilweiser Gutheissung des Rekurses aufzuheben und die Sache zum neuen Entscheid in Sinne der Erwägungen an die Rekursgegnerin als Vorinstanz zurückzuweisen ist.

E. 5

Die Rückweisung der Sache an die Vergabestelle gilt für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als Obsiegen der Rekurrentin (BGE 137 V 210 E. 7.1 S. 271). Da sich die Beigeladene im verwaltungsgerichtlichen Verfahren trotz Beiladung nicht geäußert und auch keine Anträge gestellt hat, kann sie nicht als kostenpflichtige, unterliegende Partei im Sinne von § 30 Abs. 1 VRPG qualifiziert werden. Folglich sind für das Verwaltungsgerichtsverfahren keine ordentlichen Kosten zu erheben und es ist der Rekurrentin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Rekursgegnerin zuzusprechen. Da die Rekurrentin darauf verzichtet hat, eine Honorarnote ihres Vertreters einzureichen, ist dessen angemessener Aufwand praxisgemäss vom Gericht zu schätzen. Dabei ist aufgrund der Eingaben und der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen von einem angemessenen Aufwand von 25 Stunden auszugehen, welcher bei Anwendung des Überwälzungstarif von CHF 250.■ pro Stunde zu einer angemessenen Parteientschädigung von CHF 6'250.■ führt. Da die Rekurrentin im UID-Register als Mehrwertsteuerpflichtig aufgeführt ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit führt, kann sie die von ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in der Regel als Vorsteuer abziehen. Aus diesem Grund wird die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zugesprochen (vgl. VGE VD.2018.236 vom 10. Mai 2019 E. 3.2).

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