

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.293 vom 4. Februar 2022

BS Appellationsgericht, 2022-02-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.293

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.293 du 4 février 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.293 del 4 febbraio 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. e in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SG 914.100) kann gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG]). Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SG 270.100), soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält.

1.2 Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (§ 13 Abs. 1 VRPG). Der ausgeschlossene Anbieter ist nur dann rechtsmittellegitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, bei Gutheissung seiner Anträge den Zuschlag selbst zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; VGE VD.2020.178 vom 16. Dezember 2020 E. 1.2). Solches ist vorliegend zumindest nicht auszuschliessen. Höhere Anforderungen an die Legitimation können in diesem Verfahrensstadium nicht verlangt werden, da die Angebote der Anbietenden noch nicht ausgewertet sind. Der Rekurrent ist daher zum Rekurs legitimiert.

1.3 Die Frist zur Rekuserhebung beträgt zehn Tage ab der Verfügungseröffnung (§ 30 Abs. 1 BeschG). Der Rekurs gegen die Verfügung vom 15. Dezember 2021 wurde am 27. Dezember 2021 rechtzeitig erhoben. Darauf ist einzutreten. Bei der Frist zur Rekuserhebung handelt es sich um eine gesetzliche Frist, die nicht erstreckt werden kann (Wiederkehr/Plüss, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2020, N 3539; Maitre/Thalmann, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 22 N 4; VGE VD.2015.51/52 vom 20. Oktober 2015). Aus diesem Grund wurde das Gesuch um Gewährung einer längeren Frist für eine Ergänzung der Rekursbegründung zu Recht abgewiesen.

E. 2

2.1 Der vorliegende Rekurs richtet sich gegen die Verfügung des BVD vom 15. Dezember 2021, mit welcher dem Rekurrenten mitgeteilt worden ist, dass er im selektiven Submissionsverfahren nach GATT/WTO betreffend Betriebsorganisation für das Gärtnerhaus Schwarzpark in Basel nicht zur Einreichung eines Angebots zugelassen werde. Die Nichtzulassung zur Einreichung eines Angebots wird im Wesentlichen damit begründet, dass der Rekurrent entgegen den Anforderungen der Ausschreibung keine nicht befangene Auskunftsperson zur Überprüfung der Angaben des Referenzauftrags angegeben habe und dass der Rekurrent entgegen den zwingenden Eignungskriterien weder einen

Gastrobetrieb noch eine zentrale Anlaufstelle betrieben habe. Dies führe dazu, dass der Rekurrent wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden müsse.

2.2 Der Rekurrent führt zunächst aus, dass die Ausschreibung in wichtigen Bereichen äusserst rudimentär gehalten sei und hierdurch viel Interpretationsspielraum enthalte, was nicht zu Ungunsten der Anbietenden ausgelegt werden dürfe. Weiter macht er geltend, dass die als Auskunftsperson angegebene Frau B____ nicht über Referenzen des Rekurrenten selbst habe Auskunft geben sollen, da dieser die Tätigkeiten noch gar nicht im Gartenhaus habe ausüben dürfen. Vielmehr hätte sie Auskunft über Tätigkeiten der Vereinsmitglieder ausserhalb des Vereins erteilen müssen, die für die besagten Aufgaben zuständig gewesen seien. Entgegen den Ausführungen der Vergabestelle sei sie nicht befangen. Die Eignungskriterien seien erfüllt. Der gemäss Ausschreibung vorgesehene erweiterte Betrieb (insbesondere Gastronomie) des Gärtnerhauses sei zwar bisher aufgrund des baulichen Zustands des Gebäudes nicht möglich gewesen. Vor diesem Hintergrund habe der Rekurrent in gewissen Bereichen bisher noch keine Gelegenheit gehabt, die erforderlichen Erfahrungen zu sammeln. Allerdings sei genau zu diesem Zweck eine Betreiberinnengemeinschaft geschaffen worden, die über die entsprechenden Qualifikationen und Fähigkeiten verfüge und seit Jahrzehnten entsprechende Tätigkeiten ausübe. In Bezug auf die Voraussetzung der Führung eines Gastronomiebetriebs werde unter anderem C____ als Mitglied der Betreiberinnengruppe aufgelistet, welcher erfolgreicher Betreiber des notorisch bekannten Cafés D____ sei und über mehr als zehn Jahre Erfahrung in der Gastronomie verfüge. Aus dem eingereichten Projektbeschrieb gehe zudem hervor, dass der Verein bereits zahlreiche Veranstaltungen erfolgreich organisiert habe und während vielen Jahren Dienstleistungen, Angebote, Aktivitäten mit den beteiligten Akteuren koordiniert habe. Überdies verfügten die zuständigen Personen der Betreiberinnen im Bereich der Koordination und Organisation von Anlässen über weitreichende Erfahrungen aus ihren früheren Tätigkeiten. Damit sei aufgezeigt und nachgewiesen, dass die nötige Kompetenz und Erfahrung von weit über zwei Jahren mit der Führung einer Anlaufstelle vorhanden sei.

2.3 Den Argumenten des Rekurrenten kann nicht gefolgt werden. In der Ausschreibung wurde ein Referenzauftrag des Anbieters verlangt, welcher unter anderem das Betreiben einer zentralen Anlaufstelle und die Führung eines Gastronomiebetriebs in ähnlichem Umfang wie das geplante Park Café (Bistro, Café, kleines Restaurant, Bäckerei mit Bewirtung o.ä.) beinhaltet. Zur Überprüfung des Referenzauftrags wurde die Angabe entweder eines Auftraggebers bzw. für den Fall, dass kein Auftraggeber vorhanden sei, die Angabe einer nicht befangenen Drittperson verlangt. In den Ausschreibungsunterlagen wurde darauf hingewiesen, dass der Nachweis der Eignung Voraussetzung für eine Teilnahme am Verfahren sei. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass die Eignungskriterien in den Dokumenten Unternehmensangaben, Kapitel 3 Eignungsnachweise, präzisiert würden. Im Dokument Unternehmensangaben wurde ausgeführt, dass die allgemeinen Teilnahmebedingungen insgesamt als «erfüllt» respektive «nicht erfüllt» bewertet würden. Würden die Nachweise nur teilweise und/oder unzureichend erbracht, führe dies zum Ausschluss vom Verfahren (vgl. Ziffer 2 der Unternehmensangaben). Weiter wurde im gleichen Dokument aufgeführt, dass die Angaben des Referenzauftrags beim Auftraggeber bzw. bei einem Dritten (falls kein Auftraggeber vorhanden; der als Auskunftsperson angegebene Dritte dürfen nicht als befangen erscheinen) überprüft würden. Will eine Partei

ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen, so hat sie gemäss konstanter Rechtsprechung bereits die Ausschreibung anzufechten und darf damit nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung resp. Ausschlussverfügung zuwarten (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.; VGE VD.2019.68 vom 11. November 2019 E. 3.1, VD.2017.18 vom 29. Juni 2017 E. 4.4.3, VD.2016.69 vom 20. Juli 2016 E. 6.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 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; jeweils mit Hinweisen). Vorliegend wurden die Ausschreibungsbedingungen nicht angefochten und sind somit verbindlich, was auch vom Rekurrenten zu Recht nicht in Frage gestellt wird.

2.4 Das BVD macht geltend, dass der Rekurrent keinen Referenzauftrag aufzeigen könne, welcher die beiden zwingenden Anforderungen des Betriebens einer zentralen Anlaufstelle und des Führens eines Gastronomiebetriebs in ähnlichem Umfang wie das geplante Park Café (Bistro, Café, kleines Restaurant, Bäckerei mit Bewirtung o. ä.) erfüllen würde. Der Rekurrent hat im Ausschreibungsdokument Unternehmensangaben als Referenztätigkeit auf den Anhang organisierte Anlässe und Porträts Mitgestalter hingewiesen, als Projektname der Referenztätigkeit «[...]», als ausführendes Unternehmen «A_____», als Ausführungszeitraum «seit 2001» und als detaillierter Projektbeschrieb «Soziokulturelle Bespielung in den Bereichen Mensch ■ Kultur ■ Natur; siehe auch beiliegende Liste mit Anlässen von 2021» angegeben. Auf der den Unternehmensangaben beiliegenden Übersicht über Veranstaltungen 2021 werden diverse Veranstaltungen wie etwa ein monatliches Pizzaessen und Brotbacken, Kinderwerkstatt mit grossem Kinderfest, Arbeiten vor Ort mit der Natur, Obst, Trauben, Kräuter vor Ort ernten und gemeinsam geniessen, Austausch und Workshops im Bereich Handwerk, Lesungen, Führungen, Ausstellungen und Theater zum Thema Kultur aufgeführt.

Es ist entgegen den Ausführungen des Rekurrenten nicht zu beanstanden, dass das BVD in seiner Auswertung der Offertunterlagen zum Schluss gekommen ist, dass die angegebene Referenztätigkeit das zwingende Kriterium des Betriebens einer zentralen Anlaufstelle und des Führens eines Gastronomiebetriebs nicht erfüllt. Aus den in der Teilnahmeofferte aufgeführten Tätigkeiten geht der Betrieb einer zentralen Anlaufstelle und die Führung eines Gastronomiebetriebs nicht hervor. Dies wird vom Rekurrenten zumindest in Bezug auf das Führen eines Cafés auch gar nicht bestritten. Der Rekurrent bestätigt vielmehr selbst, dass der Betrieb des Gärtnerhauses mit Gastronomie bisher gar nicht möglich gewesen sei und dass der Rekurrent in gewissen Bereichen bisher noch keine Möglichkeit gehabt habe, die erforderlichen Erfahrungen zu sammeln (Rekurs, S. 8). Es ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, dass das BVD zum Schluss gekommen ist, dass die Eignungskriterien nicht erfüllt sind. Dabei ist auch zu beachten, dass der Vergabestelle bei der Bewertung von Eignungskriterien ein Ermessenspielraum zukommt, in welchen das Gericht nicht eingreift (vgl. statt vieler BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BVGer B-1823/2017 vom 10. Mai 2017 E. 5.1.1, B-1688/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.4; VGE VD.2020.192 vom 12. Mai 2021 E. 2.2.5, VD.2017.249 vom 27. Februar 2018 E. 2.3). Es ist nicht ersichtlich, dass im vorliegenden Fall die Grenzen dieses Ermessens überschritten wurden.

Daran ändert entgegen den Ausführungen des Rekurrenten nichts, dass sich im Rahmen einer Betreibergruppe resp. Betreiberinnengemeinschaft Personen engagieren würden, welche über die gemäss Ausschreibung erforderliche Erfahrung verfügen würden. Die in

der Ausschreibung verbindlich festgelegten Eignungskriterien beziehen sich nicht auf die Erfahrungen von einzelnen bei den Anbietenden tätigen Personen, sondern auf die Tätigkeit der Anbietenden selbst (Referenzaufträge). Grundsätzlich hat jeder Anbieter die Anforderungen der Ausschreibung und insbesondere die Eignungskriterien selber zu erfüllen (VGE VD.2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 3.4.1, VD.2019.132 vom 27. März 2020 E. 2.3.3). Es wäre mit den Vorgaben des Vergaberechts nicht vereinbar, wenn von diesen verbindlichen Vorgaben abgewichen und auf Referenzaufträge resp. allgemeine Erfahrung von Drittpersonen abgestellt würde, auch wenn diese sich für die Anbietenden engagieren. Vorliegend hat sich der Rekurrent als Einzelanbieter um Teilnahme an der Ausschreibung beworben. Eine Betreiberinnengruppe wurde bei den Unternehmensangaben nicht aufgeführt. In den Statuten dieses Vereins wird eine solche Gruppe ebenfalls nicht erwähnt. Bei den im Anhang zu den Unternehmensangaben aufgeführten Personen handelt es sich gemäss den Unternehmensangaben um «Mitgestalter». Der Rekurrent vermag in keiner Weise aufzuzeigen, inwiefern die individuelle Tätigkeit der dort aufgeführten Personen respektive zugeordneten Unternehmen als Referenzaufträge des Rekurrenten qualifiziert resp. diesem zugeordnet werden können. Vom Rekurrenten wird in seinem Rekurs vielmehr anerkannt, dass es sich dabei um Tätigkeiten von Vereinsmitgliedern ausserhalb des Vereins handelte (Rekurs, S. 9). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das BVD die Tätigkeit der Mitglieder einer BetreiberInnengruppe nicht als Referenztätigkeit des Rekurrenten selbst qualifiziert hat. Da der Rekurrent somit die erforderliche eigene Referenztätigkeit nicht nachweisen konnte, wurde er vom BVD zu Recht vom weiteren Verfahren ausgeschlossen.

E. 3

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass der Rekurs in allen Punkten abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Rekurrent gemäss § 30 Abs. 1 VRPG dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 2'000.■ (einschliesslich Auslagen) zu tragen.

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