

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.271 vom 9. Februar 2023**

BS Appellationsgericht, 2023-02-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2022.271](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2022.271)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.271 du 9 février 2023

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.271 del 9 febbraio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss § 31 lit. d in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SG 914.100) kann innerhalb von zehn Tagen nach Eröffnung der schriftlichen Begründung gegen den Abbruch eines Vergabeverfahrens Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). 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). Die Legitimation setzt voraus, dass der ausgeschlossene Anbieter bei Obsiegen seiner Anträge eine reelle Chance auf den Zuschlag hätte (BGE 141 II 14 E. 4.6 ff.; VGE VD.2021.40 vom 4. September 2021 E. 1.2, jeweils mit Hinweisen). Sollte in Gutheissung des vorliegenden Rekurses der angefochtene Abbruch als rechtswidrig aufgehoben werden, würde das streitgegenständliche Submissionsverfahren wieder ins Evaluationsstadium zurückversetzt werden (vgl. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2722, 2728, 2731, 2766, 2782 ff.; Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Basel 2010, Rz. 397). Diese Möglichkeit könnte der Rekurrentin grundsätzlich den Weg zu einem allfälligen Vertragsabschluss eröffnen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.7 in fine; BVGer B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 1.4.3.1). Die Rekurrentin als Offerentin im abgebrochenen Verfahren ist damit zum Rekurs legitimiert. Auf den form- und fristgerecht erhobenen Rekurs ist einzutreten.

1.3 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]; vgl. statt vieler VGE VD.2021.248 vom 25. März 2022 E. 1.3).

1.4 Mit Präsidialverfügung vom 29. Dezember 2022 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 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.2017.215 vom 7. März 2018 E. 1.4).

## **E. 2**

2.1 Angefochten ist der Abbruch des Submissionsverfahrens «B\_\_\_\_, Umbau und Sanierung, Gipserarbeiten». § 29 Abs. 1 BeschG sieht vor, dass das Beschaffungsverfahren aus wichtigen Gründen abgebrochen, wiederholt oder neu aufgelegt werden kann, namentlich wenn kein Angebot eingereicht wurde, das die ausgeschriebenen Kriterien oder technischen Anforderungen erfüllt (lit. a), sich die Verhältnisse, unter denen der Wettbewerb ausgeschrieben wurde, wesentlich geändert haben (lit. b) oder wenn am Projekt eine wesentliche Änderung vorgenommen wird (lit. c). Diese Aufzählung der gesetzlich vorgesehenen Abbruchgründe ist allerdings angesichts des klaren Wortlauts der Bestimmung nicht abschliessend (VGE VD.2019.17 vom 9. August 2019 E. 2.2, VD.2011.1 vom 14. Oktober 2011 E. 2.1; Suter, a.a.O., S. 45; Zellweger/Wirz, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, 559 S. 604 f.). Der Abbruch ist vielmehr immer dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund ihn rechtfertigt, kein Missbrauch vorliegt und er nicht einzelne Submittenten gezielt diskriminiert (BGE 134 II 192 E. 2.3; BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 2.3; Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 784; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 798).

2.2 Zur Begründung des Abbruchs der Ausschreibung von Gipserarbeiten für den Umbau und die Sanierung des B\_\_\_\_ hat die Vergabestelle ausgeführt, dass kein Angebot die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen erfülle. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen vom 3. September 2022 (act. 4/1) hatten die Anbieter folgendes Eignungskriterium zu erfüllen:

Nachweis eines bereits ausgeführten vergleichbaren Referenzauftrages des Anbieters, welcher die folgenden Kriterien erfüllt:

Mit ihrer Rekursantwort macht die Vergabestelle geltend, dass keine der Offerierenden diese Eignungsvoraussetzung erfüllt habe. Am 8. November 2022 habe die verantwortliche Fachperson die angegebenen Auskunftspersonen zu den Referenzaufträgen telefonisch kontaktiert. Es sei dabei insbesondere geklärt worden, ob die Referenzaufträge den Eignungsvoraussetzungen entsprechen. Am 9. November 2022 seien nochmals alle Auskunftspersonen kontaktiert worden, da bei der ersten Anfrage nicht explizit nach dem Kriterium «bei laufendem Betrieb» gefragt worden sei. Die von der Rekurrentin angegebene Referenz Auskunftsperson habe auf die konkrete Anfrage am 9. November 2022 nicht bestätigt, dass die Arbeiten bei laufendem Betrieb durchgeführt worden seien.

2.3 Die Rekurrentin macht dagegen geltend, dass ihr Referenzauftrag die Anforderungen erfüllen würde, da in diesem Projekt «Umbau und Sanierung Primarschule C\_\_\_\_» das Schulhaus «D\_\_\_\_» inkludiert gewesen sei und die Arbeiten bei laufendem Betrieb ausgeführt worden seien. Zu prüfen ist damit, ob das Verfahren zu Recht gestützt auf § 29 Abs. 1 lit a BeschG abgebrochen wurde, mit der Begründung, die Rekurrentin habe ■ wie auch die weiteren fünf Anbieterinnen ■ die Eignungskriterien nicht erfüllt.

## **E. 2.5**

2.5.1 Mit der Ausschreibung vom 3. September 2022 (Ziff. 3.8) verlangte die Vergabestelle den Nachweis eines bereits ausgeführten Referenzauftrags des Anbieters mit einem Auftragswert von mindestens CHF 200'000.■ exkl. MWST, welcher in den letzten fünf Jahren bei einem schützenswerten Gebäude (oder gleichwertig) bei laufendem Betrieb ausgeführt worden war (act. 4/1). Die Rekurrentin gab als Referenzauftrag das Projekt «Umbau und Sanierung Primarschule C\_\_\_\_\_» mit einem Auftragswert von CHF 1'200'000.■ (Anteil Innenputz CHF 400'000.■) an, welches im Zeitraum von Juni 2019 bis Juli 2020 ausgeführt worden sei (act. 4/2 S. 8). Laut der Referenz Auskunftsperson sind die Gipsarbeiten aber nicht bei laufendem Betrieb getätigt worden. Dies ergibt sich auch daraus, dass die Primarschule C\_\_\_\_\_ im April 2020 in ein bereits saniertes Gebäude ([...]) einzog (vgl. [...]). Die Rekurrentin macht denn auch nicht geltend, die Gipsarbeiten für die Primarschule C\_\_\_\_\_ seien bei laufendem Betrieb erfolgt, sondern diejenigen für das Schulhaus D\_\_\_\_\_.

2.5.2 Laut den von der Rekurrentin mit ihrer Replik eingereichten Werkverträgen (act. 7) umfasste das Projekt mit der Nummer [...] «Umbau und Sanierung Primarschule C\_\_\_\_\_» auch Gipsarbeiten im Schulhaus E\_\_\_\_\_ ([...]) und in der D\_\_\_\_\_ ([...]). Allerdings hat die Referenz Auskunftsperson den laufenden Betrieb auch bei der Sanierung des Schulhauses D\_\_\_\_\_ verneint, wie die Vergabestelle in ihrer Duplik klarstellt. Für die Referenzen als Inhalt der Offerte ist jeder Bieter selber verantwortlich (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 729). Daher darf die Vergabebehörde auf die Angaben der Anbietenden zu ihren Referenzen abstellen, sofern keine begründeten Zweifel an der Richtigkeit dieser Angaben ersichtlich sind. Dasselbe muss auch für Referenz auskünfte gelten, welche die Vergabebehörde entsprechend den Angaben der Anbieterin in der Offerte einholt. Diese Auskünfte liegen im Verantwortungsbereich der Anbieterin und sind durch die Vergabebehörde nur dann durch weitere Abklärungen zu überprüfen, wenn die Vergabebehörde begründete Zweifel an der Richtigkeit der Auskünfte durch die angegebene Referenzperson hatte oder hätte haben müssen (vgl. Urteil des VGR Zürich VB.2020.00903 vom 4. März 2021 E. 4.1). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Wie die Vergabestelle ausführt, hätten auch erneute interne Abklärungen ergeben, dass beim Schulhaus D\_\_\_\_\_ nicht während laufendem Betrieb, sondern während der Ferien gearbeitet wurde, um Arbeiten während dem Schulbetrieb eben gerade zu vermeiden (Duplik Rz. 3).

2.5.3 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Rekurrentin eingereichten Schlussrechnung vom 28. August 2020 (act. 7). Die Schlussrechnung weist auf Regie-Rapporte zwischen dem 11. Mai 2020 und dem 5. August 2020 hin. Vom 11. Mai 2020 bis zum 15. Juni 2020 wurden Leistungen zum Preis von CHF 47'320.■ erbracht, die Daten der übrigen Regie-Rapporte fallen in den Zeitraum der Schulsommerferien. Damit wurde höchstens ein geringer Anteil der Arbeiten noch vor den Schulferien getätigt. Es ist nachvollziehbar, dass die Vergabestelle nicht auf Referenzen für Arbeiten während Schulferien abstellen wollte, da mit der vorliegenden Ausschreibung Gipsarbeiten für die Sanierung eines Vollzugszentrums gesucht wurden, die während laufendem Betrieb ausgeführt werden müssen. Als Eignungskriterium wurde daher in der Ausschreibung ausdrücklich verlangt, dass ein Referenzauftrag mit einem Leistungsumfang von mindestens CHF 200'000.■ bei laufendem Betrieb ausgeführt wurde. Bei allenfalls laufendem Schulbetrieb wurden von der Rekurrentin höchstens untergeordnete Teilarbeiten dargetan.

Die Sanierungsarbeiten der Rekurrentin für «D\_\_\_\_/E\_\_\_\_» betragen sodann auch insgesamt lediglich CHF 126'407.68. Damit liegt der Leistungsumfang unter den geforderten CHF 200'000. Dass die Vergabestelle die von der Rekurrentin am Schulhaus C\_\_\_\_ erbrachten Leistungen, die nicht bei laufendem Betrieb stattfanden, nicht zum Leistungsumfang im Schulhaus D\_\_\_\_ hinzurechnete, auch wenn die Leistungen beider Projekte in einem Werkvertrag abgefasst waren, ist nicht zu beanstanden. Ein Gesamtprojekt bei laufendem Betrieb beinhaltet andere Herausforderungen als eine Sanierung, die zur überwiegenden Mehrheit bei einem nicht-laufenden Betrieb vorgenommen wurde. Wie dargelegt ist zu beachten, dass der Vergabestelle bei der Bewertung von Eignungskriterien ein Beurteilungsspielraum zukommt, in welchen das Gericht nicht eingreift. Es ist nicht ersichtlich, dass sie im vorliegenden Fall die Grenzen ihres Ermessens überschritten hat.

2.5.4 Insgesamt ist es nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle zum Schluss kam, die Rekurrentin habe die Referenzarbeiten nicht während eines laufenden Betriebs ausgeführt und damit das Eignungskriterium Ziff. 3.8 nicht erfüllt. Ist ein Eignungskriterium nicht erfüllt, ist der entsprechende Anbieter vom Verfahren auszuschliessen (§ 8 Abs. 1 lit. c BeschG). Da kein Angebot eingereicht wurde, das das ausgeschriebenen Eignungskriterium erfüllte, durfte die Vergabestelle das Beschaffungsverfahren gemäss § 29 Abs. 1 lit. a BeschG abbrechen.

### **E. 3**

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass der Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin 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.