

GR_GERICHTE PVG 2016 23 vom 14. Februar 2017

GR Gerichte, 2017-02-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_PVG_2016_23

FR: GR_GERICHTE PVG 2016 23 du 14 février 2017

IT: GR_GERICHTE PVG 2016 23 del 14 febbraio 2017

Erwägungen

E. 2

b) Im Folgenden gilt es zu klären, ob diese nachträgliche «Änderung der Spielregeln» nach Publikation der Ausschreibung, aber vor Offertöffnung zulässig war. Die Beschwerdeführerin verneint dies unter Hinweis auf das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot und hält dafür, dass die Vergabebehörde an die Ausschreibungsunterlagen gebunden sei, mithin dass die Spielregeln nach Einleitung und Publikation des Submissionsverfahrens nicht mehr geändert werden dürften. Die Anbieter hätten ein schützenswertes Interesse, dass Eignungskriterien nicht während laufendem Verfahren einseitig abgeändert würden. Hätte die Vergabebehörde von diesem Eignungskriterium von Beginn weg abgesehen, wäre die Hürde für Eingaben wesentlich tiefer gewesen und hätten sich deutlich mehr Teilnehmer an der Submission beteiligt. Demgegenüber erachtet die Vergabebehörde diese nachträgliche Anpassung als zulässig, zumal das fragliche Eignungskriterium im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs fallengelassen worden sei, sämtliche Anbieter hinreichend darüber informiert worden seien und die Beschwerdeführerin dadurch – abgesehen vom scheinbaren Nachteil, dass sie sich einer grösseren Konkurrenz stellen muss – keinen Nachteil erleide. Da die wenigsten Anbieter zwei Referenzobjekte im Spitalbereich mit einer Auftragssumme von über Fr. 1 000 000.– hätten benennen können, wäre ein wirksamer Wettbewerb bei einem Festhalten an einer derart einschränkenden Formulierung der Eignungskriterien nicht mehr gewährleistet gewesen, was dem obersten Ziel des Submissionswesens widersprochen hätte. c) In seiner früheren Rechtsprechung erklärte das Bundesgericht eine nachträgliche Änderung der Ausschreibungsunterlagen unter Verweis auf die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens als grundsätzlich unzulässig. Das Leistungsverzeichnis bilde Teil der Ausschreibungsunterlagen und sei (auch) für den Auftraggeber verbindlich (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E.4c, welches sich jedoch auf Änderung nach der Offertöffnung bezog). Diese Haltung kritisierte Stöckli in der Folge als undifferenziert und verwies auf die praktische Erfahrung, dass es aus plausiblen Gründen angezeigt sein

12/23 Submission PVG 2016 190 könne, ein ausgeschriebenes Projekt nachträglich abzuändern. Vor dem Hintergrund der zu beachtenden Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz postulierte er eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Projektänderungen, wobei bei Ersteren – unabhängig davon, ob die Änderung vor dem Eingabetermin oder nach der Offertöffnung erfolgt – sowieso immer ein wichtiger Grund vorliege, welcher eine Wiederholung der Ausschreibung rechtfertige. Demgegenüber könne eine sachlich zwar gebotene, aber unwesentliche Projektänderung – sofern nicht kantonales Recht einer Änderung des Leistungsinhalts überhaupt

entgegenstehe – vor dem Eingabetermin nur dann erfolgen, wenn die Auftraggeberin diese den potenziellen Anbietern gleichzeitig und mindestens in jener Form bekannt gebe, welche sie schon für die Ausschreibung einzuhalten hatte und überdies die Frist für die Einreichung der Angebote nach Massgabe der Komplexität der Änderung erstrecke. Dabei hat sich die Frage nach der Wesentlichkeit einer Projektänderung gemäss Stöckli nicht schematisch nach bestimmten Mehr- oder Minderbeträgen oder technischen Kriterien zu richten. Ausschlaggebend soll vielmehr sein, ob angesichts der konkreten Projektänderung die Wiederholung des Verfahrens als angemessene Rechtsfolge erscheine. Als typische Fälle, in denen diese Rechtsfolge angemessen sei, nannte er die Folgenden: i) Die Projektänderung schlägt sich im Auftragswert nieder, sodass aufgrund der Schwellenwerte ein höherstufiges Verfahren zu wählen ist; ii) Die Projektänderung lässt eine Ausweitung des Kreises potenzieller Anbieter erwarten; iii) Die Projektänderung wirkt sich spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter aus und beschränkt so deren «interne Kalkulationsfreiheit» oder iv) Die Projektänderung zieht eine Veränderung der Zuschlagskriterien nach sich, sei es mit Bezug auf deren Inhalt, deren Reihenfolge oder auf deren Gewichtung (vgl. Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, in: BR/DC 1/2002 S. 9 ff. sowie Galli/MoSer/lanG/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 804 ff.). Dieser Ansatz von Stöckli wurde im Jahre 2008 im Wesentlichen in die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts übernommen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E.3.1.1) und wird auch in der Lehre anerkannt (vgl. leuthold, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Zürich 2009, Rz. 366 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung). An dieser Stelle gilt es anzumerken, dass diese «Änderungsregeln» nicht nur bei der nachträglichen Abän-

12/23 Submission PVG 2016 191 derung von Auftragsumfang, Anforderungen oder Zuschlagskriterien, sondern auch bei einer Modifikation oder – wie im vorliegenden Fall – dem Fallenlassen von Eignungskriterien einschlägig sind (vgl. Stöckli, Urteilsanmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 in BR/DC 2/2009, S. 81). d) Den submissionsrechtlichen Bestimmungen des Kantons Graubünden lassen sich hinsichtlich der zu beurteilende Fragestellung keine expliziten Regelungen entnehmen. Insbesondere wird eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen vor dem Eingabetermin – trotz des Verhandlungsverbots gemäss Art. 19 Abs. 1 SubG und des Verbots einer Änderung der Angebotsgrundlagen gestützt auf nachträglich eingeholte Auskünfte gemäss Art. 25 Abs. 1 SubV – nicht generell untersagt. In diesem Kontext ist jedoch auf Art. 24 Abs. 3 SubG zu verweisen, gemäss welchem ein Verfahren unter anderem dann wiederholt werden kann, wenn die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren (lit. c) oder eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich wird (lit. d). Zudem bestimmt Art. 24 Abs. 4 SubG, dass eine Wiederholung des Verfahrens nach den Vorschriften über die Eröffnung des Zuschlages bekannt zu machen ist. Demnach besteht auch im Submissionsrecht des Kantons Graubünden Raum für eine grundsätzliche Zulässigkeit von vor dem Eingabetermin erfolgenden Änderungen der Ausschreibungsunterlagen unter den von Stöckli postulierten und vorstehend erläuterten Änderungsregeln. U 16 70 Urteil vom 10. Januar 2017