

GR_GERICHTE U 2019 46 vom 18. Juli 2019

GR Gerichte, 2019-07-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2019_46

FR: GR_GERICHTE U 2019 46 du 18 juillet 2019

IT: GR_GERICHTE U 2019 46 del 18 luglio 2019

Regeste

Submission | Submissionen

Erwägungen

E. 1

C._____ schrieb am 25. Februar 2019 im offenen Verfahren die Beschaffung eines Softwarepakets für die Webseitenbearbeitung aus, konkret ein Update des CMS von Drupal 7 auf Drupal 8 für das Portal www._____.ch sowie die daran angehängten Instanzen. Zum Leistungsumfang des Auftrages gehören - Update des bestehenden Systems (inkl. aller angehängter Instanzen) auf Drupal 8 - Sicherstellung des laufenden Betriebs (inkl. aller angehängter Instanzen) während des ganzen Prozesses - Vollständige und korrekte Übernahme aller bestehender Inhalte - Berücksichtigung und ggf. Einrichtung der neuen Informationsarchitektur - Abschliessende Schulung der Administratoren u. Redakteure im Umgang mit Drupal 8 Als Zuschlagskriterien definierte C._____ 'Registrierter Drupal Services Provider' (Gewichtung: 30), 'Referenzliste über bereits durchgeführte Drupal Projekte im vergleichbaren Rahmen (Gewichtung: 30)', 'Projektzuweisung eines zertifizierten Drupal 8 Entwicklers (Gewichtung: 30)' und 'Darstellung des Firmenkurzprofils unter Nennung der personellen und sachlichen Ausstattung (Gewichtung: 10). Einzureichen waren die Offerten innert 20 Tagen, die Offertöffnung wurde auf den 18. März 2019 festgelegt. Während laufender Eingabefrist stellte E._____ von der A._____ GmbH am 4. März 2019 per E-Mail Fragen, welche ihm seitens C._____ andern- tags beantwortet wurden.

E. 1.1

Anfechtungsobjekt ist vorliegend der Zuschlag vom 17. April 2019, worin C._____ (Beschwerdegegnerin) den öffentlich ausgeschriebenen Auftrag betreffend Beschaffung eines Softwarepakets für die Webseitenbearbeitung an die D._____ AG (beigeladene Zuschlagsempfängerin) mit der Begründung 'wirtschaftlich günstigstes Angebot' und nicht an die Bietergemeinschaft A._____ GmbH/B._____ gmbh (Beschwerdeführerinnen) erteilte. Damit konnten sich die Beschwerdeführerinnen nicht einverstanden erklären, weshalb sie sich dagegen mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden zur Wehr setzten und die Wiederholung des

- 7 - Vergabeverfahrens mit korrekter Nennung der massgebenden Zuschlagskriterien und die Erstattung der Aufwandkosten für die Angebotserstellung bzw. in der Replik noch explizit den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin samt Wiederholung der Ausschreibung aus wichtigen Gründen verlangte. Die Zuschlagsempfängerin wollte sich am Verfahren nicht beteiligen. Streitgegenstand bildet hier die Rechtmässigkeit des Zuschlagsentscheids und die Vorgehensweise der Beschwerdegegnerin für die Ermittlung des 'wirtschaftlich

günstigsten Angebots'.

E. 1.2

Auf den konkreten Fall finden unbestritten das kantonale Submissionsgesetz (SubG; BR 803.300) sowie ergänzend die Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SR 172.056.5 [BR 803.510]) Anwendung. In Art. 50 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) wird die Legitimation zur Erhebung einer Beschwerde vor Verwaltungsgericht wie folgt umschrieben: Zur Beschwerde ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung hat [...]. Nach Art. 25 Abs. 1 SubG kann gegen Verfügungen (Zuschlagsentscheide) des Auftraggebers (Vergabebehörde) beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden. Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten die Ausschreibung des Auftrags (Art. 25 Abs. 2 lit. a SubG) als auch der Zuschlag und der Ausschluss vom Verfahren (Art. 25 Abs. 2 lit. c SubG). Beschwerden sind schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen (Art. 26 Abs. 1 SubG). Vorliegend ist erstellt, dass der angefochtene Zuschlag vom 17. April 2019 datiert und die Beschwerdeschrift vom 26. April 2019 deshalb korrekt innert der 10-tägigen Anfechtungsfrist beim dafür örtlich, sachlich und auch funktionell zuständigen Verwaltungsgericht erhoben wurde. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher – mit Ausnahme nachfolgend E.1.3. - einzutreten.

- 8 -

E. 1.3

Die Beschwerdeführerinnen sind jedoch nicht zur Beschwerde legitimiert mit ihrem Begehren, die Erstattung der Aufwandkosten für die Angebotserstellung sei durch das Verwaltungsgericht festzusetzen. Solche Bemühungen und kostenfällige Aufwendungen der Anbieter/Innen fallen bei jedem öffentlichen Vergabeverfahren an und werden – ohne separate Vereinbarung – grundsätzlich bei einem offenen Submissionsverfahren nicht vergütet. Zudem sind Schadenersatzforderungen und Rückerstattungsansprüche auf den Zivilrechtsweg zu verweisen und allenfalls dort in einem Prozess zu klären, wobei dann die Klägerschaft insbesondere den Eintritt als auch die Höhe des Schadens zu beweisen und zu beziffern hätte. Auf die Beschwerde kann diesbezüglich im Voraus nicht eingetreten werden.

E. 2

Innert Frist sind vier Offerten eingegangen, ein Offertprotokoll wurde offenbar nicht erstellt.

E. 2.1

Laut Art. 21 Abs. 1 SubG erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Es können insbesondere Kriterien wie Qualität, Preis, Erfahrung, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Infrastruktur und Lehrlingsausbildung berücksichtigt werden (Art. 21 Abs. 2 SubG). Um jedoch das wirtschaftlich günstigste Angebot – das offensichtlich eine ökonomische Komponente beinhaltet – ermitteln zu können, ist es allerdings unerlässlich, zumindest das entsprechende Zuschlagskriterium des Preises zu nennen und je nach Komplexität oder Einfachheit des zu erfüllenden Auftrags angemessen zu gewichten. Die Beschaffung von

Standardgütern erfordert eine klar höhere Gewichtung des Preiskriteriums (z.B. 60% - 80% oder sogar noch höher) als die Beschaffung von komplexen Instrumenten oder Gütern, zu denen sicherlich auch die hier interessierenden Informatikprodukte als Gegenstand des Zuschlags vom 17. April 2019 zu zählen sind. Die Informatikbranche ist anders gelagert als beispielsweise die Beschaffung konkret überschaubarer Güter mit hohen Stückzahlen und einfacher Reproduktionsmöglichkeit. Gerichtsnotorisch kommt es zudem in der Informatikbranche häufig zu Budget-Überschreitungen, wodurch das Kriterium des "Preises" relativiert wird. Dieser Umstand ändert jedoch nichts daran, dass das

- 9 - Zuschlagskriterium des Preises – zumindest in Form eines generellen Kostendachens – unabdingbar ist, um das wirtschaftlich günstigste Angebot bei einer Mehrzahl von Anbietern/Innen zu ermitteln. Nebst dem "faktischen Muss-Kriterium des Preises" sollten in der Informatikbranche aber sinnvollerweise die Kriterien der Erfahrung und der Referenzen angemessen gewichtet werden; gerade bei grösseren Informatikprojekten ist es für die Vergabebehörde von erhöhtem Interesse, im Sinne einer Qualitätsgarantie Informationen über frühere Projekte von Anbieterinnen und Anbietern zu erhalten. Das Verwaltungsgericht ist zudem befugt, krass fehlerhafte Ausschreibungen und/oder Verfahrensabläufe zu stoppen, selbst wenn solche Fehler von den Anbietern in der Ausschreibung nicht sofort gerügt wurden. Die gängige Praxis des Verwaltungsgerichts zur (frühzeitigen) Rügeerhebung findet also dort ihre Grenzen, wo das ganze Vergabeverfahren komplett mangelhaft und falsch gelaufen ist und daher von Anfang an keinen Rechtsschutz verdient. Gerade diese Frage hat das Gericht anhand der bekannten Akten und Unterlagen zum vorliegenden Ausschreibungsverfahren letztlich zu beantworten (vgl. zum Ganzen: PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 854 S. 382 f. sowie Rz. 879 ff. S. 394 ff.)

E. 2.2

Zuerst gilt es ganz allgemein festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin sowohl bei den Ausschreibungsunterlagen als bei der konkreten Abwicklung des Vergabeverfahrens erhebliche Lücken und Ungereimtheiten offenbart hat, die nachträglich keiner Korrektur bzw. Heilung mehr zugänglich sind. Als Erstes fällt auf, dass es bereits am Zuschlagskriterium des Preises fehlt. Sodann wurde auch kein Offertöffnungsprotokoll erstellt und das Blatt über die Selbstdeklaration ist nur bei zwei von vier Offerten bei den Unterlagen. Hinzu kommt ein zweifelhafter Kontakt mit der späteren Zuschlagsempfängerin zwischen der Offerteingabe und dem Vergabeentscheid. Die Eröffnung des Vergabeentscheids erfolgte erst in einem zweiten Anlauf so-

- 10 - wie auf telefonische Rückfrage einer der zwei Beschwerdeführerinnen korrekt. Die Unerfahrenheit und Unbedarftheit der Beschwerdegegnerin in Sachen Submissionswesen offenbart sich denn auch in der Begründung des Zuschlags, in welcher die Beschwerdegegnerin der Zuschlagsempfängerin "... den weitergehenden Auftrag [erteilt], die Offerte gemeinsam mit der Auftraggeberin auszuarbeiten. Ziel dieser Ausarbeitung ist die Kostenreduktion auf ein optimales Kosten-Nutzen-Verhältnis." Dem Gericht erscheint es aufgrund der Abwicklung des Vergabegeschäfts daher weder möglich noch angezeigt, ein solches Vorgehen zu schützen, nachträglich zu legitimieren noch sonst wie verfahrensrechtlich zu retten.

E. 2.3

Im Grundsatz zutreffend ist allerdings, dass der krasse Makel des fehlenden Preiskriteriums in der Ausschreibung bereits damals und sofort dort hätte gerügt werden müssen und nicht erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen den Zuschlag. Eine bündnerische Gerichtspraxis zum Fehlen des Preiskriteriums gibt es nicht, weil ein derartiger Streitfall ohne Preiskriterium zur Ermittlung des 'wirtschaftlich günstigsten Angebots' laut Art. 21 Abs. 1 SubG noch nie – soweit ersichtlich – zur Beurteilung stand. Ein Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich (VB.2005.00155) vom 19. Oktober 2005 äusserte sich zu dieser Thematik – unter Verweis auf eine Praxis der damals bestehenden Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (seit 2007 Bundesverwaltungsgericht) –, wonach es sich bei "komplexen Dienstleistungsaufträgen" rechtfertigen könne, das wirtschaftlich günstigste Angebot dadurch zu ermitteln, dass ein festes Kostendach vorgegeben und nach der überzeugendsten Leistung gefragt werde; nachfolgend wurden zwei Literaturstellen aufgeführt (DENIS ESSEIVA, Zuschlagskriterien und Preis, in: Baurecht 4/2001, S. 153 Ziff. 3; ROBERT WOLF, Der Angebotspreis, in Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 17), welche die Ansicht vertraten, dass das Zuschlagskriterium "Preis" niemals fehlen dürfe (VGer ZH VB 2005.00155 E.7.2). Das Verwaltungsgericht Zürich kam gestützt darauf in seinem Entscheid zum Schluss,

- 11 - dass mit dem Fehlen des Zuschlagskriteriums "Preis" und anderen Unzulänglichkeiten grundlegende Vergabevorschriften verletzt seien; diese elementaren und konzeptionellen Fehler der umstrittenen Submission verlangten eine vollständige Wiederholung des Vergabeverfahrens mit neuer Ausschreibung (VGer ZH VB 2005.00155 E.7.4). Dieser Schlussfolgerung vermag sich das streitberufene Verwaltungsgericht aufgrund der eingangs aufgezählten Versäumnisse (vorstehend E.2.2) sowie insbesondere dem Fehlen eines Preiskriteriums (samt Gewichtung) oder zumindest der Vorgabe eines Preiskostendaches (kombiniert mit anderen, aussagekräftigen Zuschlagskriterien, wie der "Erfahrung und Referenzen" mit entsprechenden Rückmeldungen (siehe vorstehend E.2.1) – im Interesse eines fairen, transparenten, rechtsgleichen und nachvollziehbaren Vergabeverfahrens anzuschliessen. Um die Korrektheit der vorliegenden Auftragsvergabe sicherzustellen, erachtet es das Verwaltungsgericht als unerlässlich, den angefochtenen Zuschlag vom 17. April 2019 an die Zuschlagsempfängerin aufzuheben und die Angelegenheit zur Wiederholung der gesamten Auftragsvergabe (mit Nennung aller benötigten Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen für eine einwandfreie und vorhersehbare Geschäftsabwicklung) an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Die Beschwerde wird demzufolge im Ergebnis gutgeheissen.

E. 2.4

Zusammengefasst ergibt sich, dass der strittige Zuschlagsentscheid infolge krasser Fehler sowohl in der Ausschreibung als auch in der Vergabeabwicklung aufzuheben ist und die Beschwerde daher gutgeheissen wird, soweit darauf zuständigkeitshalber vom Gericht eingetreten werden kann. Die Angelegenheit wird somit zur Wiederholung des gesamten Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

E. 3

C._____ orientierte die A._____ GmbH am 15. April 2019 per E-Mail, dass ihre Offerte viele interessante Aspekte enthalte, aufgrund der vergleichsweise hohen Kosten und der aufgeführten Referenzen aber schliesslich die

- 3 - Offerte eines anderen Dienstleisters besser habe überzeugen können. Nach telefonischer Rücksprache räumte C._____ ein, dass der Vorgang vom Vortag fehlerhaft sei und eine korrekte Vergabemittelung für alle Offerten publiziert werde.

E. 3.1

Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind die Gerichtskosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Angesichts der Tatsache, dass sich das Verwaltungsgericht nur zur Frage

- 12 - des fehlenden Preiskriteriums und dessen Auswirkungen äussern musste, wird die Staatsgebühr ermessensweise auf Fr. 3'000.-- festgelegt, obwohl die Streitsumme in der Grössenordnung von Fr. 400'000.-- liegen dürfte.

E. 3.2

Aussergerichtlich wird keine Parteientschädigung gesprochen, da die ob-siegenden Beschwerdeführerinnen nicht anwaltlich vertreten waren (vgl. dazu Art. 78 Abs. 1 VRG) und lediglich im ureigenen Interesse handelten. Demnach erkennt das Gericht:

E. 4

Am 17. April 2019 wurde sodann in schriftlicher Form allen Offerenten mitgeteilt, dass der Zuschlag an die D._____ GmbH (recte: AG) geht. Begründet wurde die Auftragsvergabe damit, dass das berücksichtigte Angebot das wirtschaftlich günstigste sei. Obschon sich die Offerte als teurererweise als das preisgünstigste Angebot, weisen sie punkto Erfahrung und Referenzen wesentliche Vorteile auf. Im Übrigen werde die Preisangabe bei der Bewertung nicht berücksichtigt, sondern lediglich für die Transparenz aufgeführt. Von dieser Grundlage ausgehend erteile C._____ der Firma D._____ GmbH (recte: AG) den weitergehenden Auftrag, die Offerte gemeinsam mit der Auftraggeberin auszuarbeiten. Ziel dieser Ausarbeitung sei die Kostenreduktion auf ein optimales Kosten-Nutzen-Verhältnis. Dem Vergabeentscheid war ein Auswertungsblatt beigelegt, welchem die Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien entnommen werden kann. Bei den Bemerkungen steht als allgemeiner Hinweis, dass sich die Kostenschätzungen aller Anbieter für C._____ über dem für das Budget realistischen Niveau befänden; daher sei nach der Vergabe die Kostenreduktion auf ein optimales Kosten-Nutzen-Verhältnis das oberste Ziel. Ausserdem spiele die Höhe der Preisangabe bei der Bewertung der Eingaben keine Rolle. Bei den Bemerkungen zu den einzelnen Angeboten schreibt C._____ zur Offerte der A._____ GmbH, dass diese ein breites Know-how bezüglich Drupal aufweise; hingegen besitze die angegebene Referenzliste (visuell) keine Schnittmenge mit der Vision von C._____; an dieser Stelle befürchte C._____ ein mögliches Konfliktpotential, welches ambitionierten Weiterentwicklungen im Frontend im Weg stehen könnten. Zum Angebot der Zuschlagsempfängerin schreibt C._____, dass diese bereits viel Vorerfahrung mit der Betreuung des aktuellen Portals _____ch besitze und

- 4 - über zertifizierte Drupal Entwickler verfüge, welche bereits mit dem Projekt vertraut seien; durch ein umfangreiches Team in verschiedenen Disziplinen könne sich das Team bei Bedarf austauschen und dadurch Synergien nutzen.

E. 5

Mit Beschwerde vom 26. April 2019 beantragt die Bietergemeinschaft A._____ GmbH und B._____ gmbh (Beschwerdeführerinnen) die Erstattung des Aufwandes für die Angebotserstellung sowie der Verfahrenskosten und weiterer Aufwände im Verfahren;

weiter beantragen sie die Berücksichtigung der Kriterien auf den beschriebenen Umfang der Ausschreibung oder die Wiederholung des Vergabeverfahrens mit korrekter Beschreibung des Umfangs, der Kriterien und vollständiger Unterlagen. Sie begründen ihre Begehren damit, dass die Ausschreibung unvollständig und fehlerhaft gewesen sei. Die Vergabebehörde habe willkürlich die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerinnen u.a. mit den sehr hohen Kosten begründet, obschon der Preis gar kein Zuschlagskriterium sei. Auch die Zuschlagskriterien 'Referenzen' und 'Firmenkurzprofil' seien mit von der Ausschreibung abweichenden Bedürfnissen bewertet und die bisherige Anbieterin bevorteilt worden. Schliesslich habe die Vergabebehörde aus nicht nachvollziehbaren Gründen nur eine eingeschränkte Akteneinsicht gewährt.

E. 6

Die D._____ AG (Beigeladene) schrieb dem Verwaltungsgericht am 2. Mai 2019, dass sie sich am Verfahren nicht beteilige.

E. 7

In der Vernehmlassung vom 8. Mai 2019 beantragte die Vergabebehörde kostenfällig die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Die Rüge betreffend unvollständige Ausschreibung erfolge verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Die Beschwerdeführerinnen seien zudem zur Beschwerde gar nicht legitimiert, weil sie bloss den dritten Rang erreicht hätten und nicht darlegten, inwiefern eine Wiederholung ein

- 5 - anderes Resultat zur Folge hätte. Ein ersatzfähiger Schaden sei den Beschwerdeführerinnen gar noch nicht entstanden, die Zuschlagskriterien seien bei der Bewertung der Angebote korrekt berücksichtigt worden und eine Wiederholung der Ausschreibung sei weder Anfechtungsobjekt noch würde sie den Beschwerdeführerinnen etwas bringen, weil sie mit einer Gewichtung des Preises noch schlechter abschneiden würden.

E. 8

Die Beschwerdeführerinnen ändern im Rahmen ihrer Replik die Rechtsbegehren aufgrund neuer Erkenntnisse aus der Akteneinsicht. So beantragen sie neu den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin und die Wiederholung der Ausschreibung aus wichtigen Gründen. Der Ausschluss der Zuschlagsempfängerin habe zu erfolgen, weil diese unzulässigerweise zwischen Einreichen der Offerte und der Vergabe Verhandlungen mit C._____ geführt habe; dies ergebe sich aus den eingereichten Unterlagen, insbesondere der D._____ Roadmap S32 Fazit Roadmap Varianten: "Detail-Besprechung wird am D._____ Pitch am 29. März 2019 erfolgen", "D._____ arbeitet bis dahin an der weiteren Verfeinerung der Varianten", "D._____ pitcht Drupal 8 am 29. März 2019", "C._____ prüft Roadmap-Varianten", "C._____ und D._____ fahren in der Bearbeitung der dringendsten Website-Anpassungen weiter". Ein weiterer Ausschlussgrund ergebe sich aus der intensiven Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin, welche einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil bewirkt habe. Zudem sei das Vergabeverfahren aus verschiedenen wichtigen Gründen zu wiederholen, etwa weil nach eigener Ansicht der Vergabebehörde die gültigen Angebote den Kostenrahmen erheblich sprengten, oder weil die Vergabebehörde in ihrem Zuschlag erkläre, dass nicht der Gegenstand der Ausschreibung zur Umsetzung vorgesehen sei, sondern eine materiell stark angepasste sowie im Preis reduzierte Variante.

E. 9

In ihrer Duplik vom 27. Mai 2019 hält die Vergabebehörde unverändert an ihren Rechtsbegehren fest. Sie weist darauf hin, dass es unklar sei, ob die

- 6 - neuen Rechtsbegehren die alten ersetzen oder ergänzen. Die Vergabestelle beteuert, dass es mit der Zuschlagsempfängerin keine Verhandlungen in Bezug auf die strittige Vergabe gegeben habe. Es treffe zwar zu, dass die Zuschlagsempfängerin am 29. März 2019 bei der Vergabebehörde eine Präsentation gehalten habe, doch sei es dabei nicht um einen "Pitch" gegangen, sondern um die Vorstellung eines zweiten Projekts und Begründung der Kosten der Offerte im strittigen Vergabeverfahren. Die Zuschlagsempfängerin habe aber ihre Eingabe nicht mehr ändern können. Verhandlungen oder andere unzulässige Wettbewerbsvorteile seien der Zuschlagsempfängerin nicht zugekommen. Weiter habe die Zuschlagsempfängerin weder bei der Ausarbeitung noch bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens mitgewirkt, sodass sie über keinen unzulässigen Wissensvorsprung verfüge. Eine Wiederholung des Vergabeverfahrens sei zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr zulässig und käme einer verpönten Angebotsrunde gleich. Eine Verfahrenswiederholung sei nur bei Verdacht auf eine Manipulation anzuordnen, die aber nicht konkret behauptet werde; selbst ein Formfehler der Vergabestelle führe nicht zur Wiederholung der Vergabe. Das Gericht zieht in Erwägung:

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