

SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2017/84 vom 14. Dezember 2017

Sg Verwaltungsgericht, 2017-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_B_2017_84

FR: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2017/84 du 14 décembre 2017

IT: SG_VERWALTUNGSGERICHT B 2017/84 del 14 dicembre 2017

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 34 Abs. 1 VöB. Die Berechnung der Preisspanne nach der in der Ausschreibung bekannt gegebenen Preisformel hängt von den tatsächlich offerierten Preisen ab. Die Rüge, die Preiskurve gehe von einer unzulässig breiten oder engen Preisspanne aus, kann deshalb erst im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag wirksam erhoben werden. Die hinsichtlich der Zuschlagskriterien „Erfahrung“ und „Qualität“ je am schlechtesten beurteilten Angebote erzielten noch rund die Hälfte der maximalen Punktzahl. Soweit nicht dargelegt wird, dass diesbezüglich realistischerweise auch noch schlechtere Angebote eingehen könnten, erweisen sich diese Bewertungskurven als zu flach. Notendurchschnitte sind bei der Bewertung nicht mehr zu runden. Die Angelegenheit wird im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen (Verwaltungsgericht, B 2017/84).

Erwägungen

E. 1

Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 811.1, EGöB). Da der Zuschlag auf einem Beschluss der Regierung beruht, beurteilt das Verwaltungsgericht die Angelegenheit in Fünferbesetzung (Art. 18 Abs. 3 Ingress lit. b Ingress und Ziff. 2 des Gerichtsgesetzes; sGS 941.1). Das Angebot der Beschwerdeführerinnen hat zwar mit einem Rückstand von 42.4 gewichteten Punkten gegenüber dem Angebot der Beschwerdegegnerinnen bei einem möglichen Maximum von 400 Punkten lediglich den vierten Rang erreicht. Kann die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene Formel zur Preisbewertung im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag noch korrigiert werden und sind bei den übrigen Zuschlagskriterien Bewertungssystem und konkrete Bewertungen – dort erzielten die Beschwerdeführerinnen 95 von maximal möglichen 160 gewichteten Punkten – zu ändern, ist nicht ausgeschlossen, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen diesen Rückstand aufholt. Offen ist auch die Frage, ob das Angebot der Beschwerdegegnerinnen vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Da sich die übrigen – insbesondere auch die im zweiten und dritten Rang platzierten – Anbieterinnen mit der Nichtberücksichtigung abgefunden haben, haben die Beschwerdeführerinnen eine reelle Chance auf den Zuschlag. Sie sind deshalb zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde gegen den am 18. April 2017 versandten Zuschlag wurde mit Eingabe vom 1. Mai 2017 unter Berücksichtigung des Fristenlaufs am Wochenende rechtzeitig erhoben und erfüllt die Anforderungen in formeller und inhaltlicher Hinsicht (Art. 15 Abs. 3 IVöB, Art. 64 in

Verbindung mit Art. 30 Abs. 1 VRP und Art. 142 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten. Zulässig sind im Übrigen entsprechend dem Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs im Sinn von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) die weiteren Eingaben, mit denen die Verfahrensbeteiligten auf die Vorbringen der jeweiligen Gegenpartei antworteten (vgl. BGE 139 I 189 E. 3.2, 138 I 484 E. 2.1 und 2.2).

E. 2

Die Beschwerdeführerinnen machen in erster Linie geltend, bei den Zuschlagskriterien „Erfahrung“, „Qualität“ und „Termine“ seien im Vergleich zur flachen Preiskurve zu „steil“ angelegte Bewertungen vorgenommen worden. Die Vorinstanz hält dem entgegen, es entspreche ihrer langjährigen Praxis, diese Kriterien mit einer Punkteskala von 1-4 zu bewerten, wobei nur ganze Punkte vergeben würden.

E. 2.1

Bei der Bewertung des Preises nach der von der Vorinstanz verwendeten Formel erzielte das um rund ein Drittel über dem billigsten liegende teuerste Angebot noch zwei Drittel des Punktemaximums (156.6 von 240). Bei den übrigen Zuschlagskriterien wurde das jeweils schlechteste Angebot mit (rund) der Hälfte – Erfahrung (37.3 von 80), Qualität (24 von 48) – beziehungsweise einem Viertel – Termine (8 von 32) – bewertet. Die Vorinstanz hat die Formel der Preisbewertung mit der Ausschreibung bekannt gegeben. Die Beschwerdeführerinnen haben diese Formel nicht beanstandet, sondern mit der Einreichung eines Angebots grundsätzlich akzeptiert. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben kann Mängel der Ausschreibung grundsätzlich nicht mehr rügen, wer vorbehaltlos die Ausschreibungsunterlagen akzeptiert und diese zur Grundlage seines Angebots gemacht hat (vgl. Präsidialverfügung B 2016/44 vom 4. März 2016 E. 2.2.3 mit Hinweisen auf VerwGE B 2003/230 vom 23. April 2004 E. 4b/bb, B 2011/22 vom 12. April 2011 E. 2.1, B 2015/75 vom 27. Oktober 2015 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch; BGer 2P.222/1999 vom 2. März 2000 E. 3a mit Hinweis auf BGE 125 I 203). Eine Ausschreibung kann aber Anordnungen enthalten, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlauf des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergeben, wobei die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls sogar erst im Rahmen der Anfechtung der Zuschlagsverfügung erhalten bleibt (vgl. VerwGE B 2010/156 vom 14. Oktober 2010, veröffentlicht in GVP 2010 Nr. 79, E. 2.4 mit Hinweis; VerwGE B 2015/78 vom 17. Dezember 2015 E. 2 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch). Dementsprechend muss es auch im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung möglich sein, ausnahmsweise auf die Ausschreibung zurückzukommen. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn – wie vorliegend – eine Preiskurve erst aufgrund der konkret eingereichten Angebote auf ihre Vereinbarkeit mit dem Vergaberecht beurteilt werden kann (vgl. VerwGE B 2015/270 vom 22. Januar 2016 E. 2 mit Hinweisen). In der vorinstanzlichen Formel für die Preisbewertung hängt die für den Preis vergebene minimale Punktzahl (B_{\min}) von der Bandbreite der tatsächlich offerierten Preise ab, nämlich ($B_{\min} = B_{\max} \times [P_{\min} / P_{\max}] \times [P_{\min} / P_{\text{Durchschnitt}}]$). Je näher die angebotenen Preise beieinander liegen, desto näher liegt ($[P_{\min} / P_{\max}] \times [P_{\min} / P_{\text{Durchschnitt}}]$) bei 1. Dieser Faktor wird umso tiefer und die Differenz zwischen B_{\max} und B_{\min} umso grösser, je weiter die Spanne der tatsächlich offerierten Preise ist und je grösser die Differenz des billigsten Angebots zum durchschnittlichen offerierten Preis ausfällt. Wie steil die – lineare – Preiskurve verläuft

(vgl. dazu die Darstellungen in act. 6/21) und insbesondere bei welchem Preis die minimale Punktzahl erreicht wird, kann erst ermittelt werden, wenn die konkret offerierten Preise bekannt sind. Die Rüge, die Preiskurve gehe von einer unzulässig breiten oder engen Preisspanne aus, kann deshalb erst im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag wirksam erhoben werden. Wird die Preisbewertungsformel der Vorinstanz für die Bewertung mit der minimalen Punktzahl für den Preis von 60 ($b[s] = 60$) unter Berücksichtigung der tatsächlich offerierten Preise nach s aufgelöst, ergibt sich ein Preis von CHF 8'638'530.13. Das Modell generiert damit ausgehend vom tiefsten offerierten Preis von CHF 4'977'609.60 eine Preisspanne von nahezu 75 (73.55) Prozent. Die Vorinstanz legt nicht dar, warum die eingegangenen acht Angebote, deren höchster Preis etwas mehr als ein Drittel (34.18 Prozent) über dem tiefsten liegt, nicht eine realistische Preisspanne abbilden sollen. Hinzu kommt, dass nach dem Modell der Vorinstanz die minimale Punktezahl für den Preis 60 beträgt. Die Begründung dürfte darin liegen, dass die Vorinstanz die Preisbewertung über den Umweg der Note auf einer Skala von 1-4 vornimmt. Dies führt dazu, dass selbst für die Note 1 noch ein Viertel der maximal möglichen 240 Punkte erzielt werden. Dieses System wird indessen auch bei den übrigen Zuschlagskriterien angewendet, so dass die Punkteminima bei sämtlichen Zuschlagskriterien ein Viertel der Punktemaxima, das heisst beim „Preis“ 60 (von 240), bei der „Erfahrung“ 20 (von 80), bei der „Qualität“ 12 (von 48) und bei den „Terminen“ 8 (von 32), betragen. Die Anwendung einer linearen Preiskurve auf der Grundlage der tatsächlich offerierten Preise ($240 \times [P_{\max} - P_{\text{Angebot}}] / [P_{\max} - P_{\min}]$) ergäbe für das Angebot der Beschwerdegegnerinnen 186.6 – statt 221.4 – Punkte. Der Vorsprung des Angebots der Beschwerdegegnerinnen würde sich dementsprechend von 42.4 um 34.8 auf 7.6 Punkte reduzieren.

E. 2.2

Davon ausgehend, dass die eingereichten Angebote sowohl hinsichtlich des Preises als auch hinsichtlich der weiteren Zuschlagskriterien gleichermassen repräsentativ sind, erweist sich das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Bewertungskurven seien hinsichtlich der verschiedenen Zuschlagskriterien unterschiedlich steil, mit Blick auf die Rechtsprechung, wonach sowohl beim Preiskriterium als auch bei den Qualitätskriterien von einer realistischen Spanne der zu erwartenden Angebote auszugehen ist (vgl. VerwGE B 2016/168 vom 26. Oktober 2016 E. 3 und 4, B 2016/116 vom 24. November 2016 E. 5, www.gerichte.sg.ch; vgl. dazu Ch. Jäger, Realistische Spanne der Angebote auch bei der Bewertung von Qualitätskriterien, in: BR 2017 S. 231 ff.), als zutreffend. Insbesondere haben die bei den Zuschlagskriterien „Erfahrung“ und „Qualität“ je am schlechtesten beurteilten Angebote noch (rund) die Hälfte – nämlich 37.3 von 80 bei der Erfahrung und 24 von 48 bei der Qualität – der maximalen Punktzahl erzielt. Soweit die Vorinstanz nicht begründet darlegt, dass realistischerweise hinsichtlich dieser beiden Kriterien von grundsätzlich geeigneten Anbietern auch noch schlechter zu beurteilende Angebote eingehen könnten, erweisen sich diese Bewertungskurven im Vergleich mit der – korrigierten (vgl. oben Erwägung 2.1) – Preiskurve und der Bewertungskurve beim Zuschlagskriterium „Termine“, welche für das diesbezüglich schlechteste Angebot mit dem Punkteminimum von einem Viertel des Punktemaximums (8 von 32) rechnet, als zu flach.

E. 2.3

Die Vorinstanz hat sodann bei der Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerinnen die für die Zuschlagskriterien „Qualität“ und „Termine“ ermittelten Durchschnittsnoten von 2.3 und 2.4 jeweils auf die Note 2 abgerundet. Wie bereits in der Zwischenverfügung vom 17.

Mai 2017 unter Hinweis auf die Rechtsprechung ausgeführt, besteht kein Anlass, den rechnerisch ermittelten Durchschnitt auf eine ganze Note zu runden (vgl. Präsidialverfügung B 2017/84 vom 1. Mai 2017 E. 2.2.3.2 und 2.2.3.3). Gleiches gilt im Übrigen für allfällige entsprechende Rundungen bei der Bewertung des Angebotes der Beschwerdegegnerinnen.

E. 2.4

Schliesslich beanstanden die Beschwerdeführerinnen zu Recht, dass das Angebot der Beschwerdegegnerinnen beim Zuschlagskriterium „Qualität“ mit der maximalen Punktzahl bewertet wurde. Die Bewertung der Angebote nach diesem Zuschlagskriterium beruht auf einer Beurteilung des von den Anbieterinnen eingereichten technischen Berichts, dessen Umfang gemäss Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich auf maximal vier A4-Seiten zu beschränken war. Werden Angebote von Anbieterinnen, die sich an diese Vorgabe nicht halten, mit der maximalen Punktzahl belohnt, werden sie gegenüber Anbieterinnen, die sich daran halten und sich damit auch inhaltliche Beschränkungen auferlegen, in einer die Gleichbehandlung der Anbieterinnen verletzenden Weise bevorzugt. Dabei wird die Vorinstanz zu prüfen haben, ob dieser Umstand einen Ausschluss entsprechend Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB rechtfertigt oder ob es genügt, ihm mit einem Punkteabzug bei der Bewertung Rechnung zu tragen.

E. 3

Zusammenfassend ergibt sich, dass die von der Vorinstanz angewandte Preiskurve teure Angebote und damit auch das Angebot der Beschwerdegegnerinnen im Vergleich zu einer linearen Preiskurve auf der Grundlage einer realistischen Preisspanne – vorliegend der tatsächlich offerierten Preise – in einer vergaberechtswidrigen Weise begünstigt. Bei der Bewertung der Angebote nach den Zuschlagskriterien „Erfahrung“ und „Qualität“ sind die Angebote ebenfalls auf der Grundlage einer realistischen Spanne zu bewerten. Zudem besteht bei diesen Zuschlagskriterien ebenso wenig wie beim Zuschlagskriterium „Termine“ Anlass, bei der Berechnung der Punktzahl den ermittelten Notendurchschnitt zu runden. Schliesslich ist bei der Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerinnen zu berücksichtigen, dass diese die formalen Vorgaben beim Zuschlagskriterium der Qualität – technischer Bericht mit maximal vier A4-Seiten – nicht eingehalten haben. Da die Beachtung dieser Bedingungen auch die Ermessensausübung durch die Vorinstanz beschlägt, in welche das Verwaltungsgericht entsprechend Art. 16 Abs. 2 IVöB nicht eingreifen befugt ist, ist die Angelegenheit gestützt auf Art. 64 in Verbindung mit Art. 56 Abs. 2 Satz 1 VRP an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dementsprechend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der angefochtene Zuschlagsentscheid ist aufzuheben. Die Angelegenheit ist zur neuen Bewertung der Angebote der Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerinnen im Sinn der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 4

Die Beschwerdeführerinnen, der Staat (Vorinstanz) und die Beschwerdegegnerinnen bezahlen die amtlichen Kosten des Hauptverfahrens von CHF 9'000 zu je einem Drittel. Der Anteil der Beschwerdeführerinnen ist mit dem von ihnen in der Höhe von CHF 12'000 geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen; CHF 9'000 werden ihnen zurückerstattet. Im Hauptverfahren werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt. Der

Abteilungspräsident Der Gerichtsschreiber Zürn

Scherrer

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