

SO_GERICHTE VWBES.2016.477 vom 31. Januar 2017

SO Obergericht, 2017-01-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2016.477

FR: SO_GERICHTE VWBES.2016.477 du 31 janvier 2017

IT: SO_GERICHTE VWBES.2016.477 del 31 gennaio 2017

Erwägungen

E. 1

Die Stadt Grenchen hat am 3. November 2016 drei Unternehmungen eingeladen, eine Offerte für Betonsanierungsarbeiten für die Tribüne im Schwimmbad einzureichen. Es gingen zwei Offerten ein, nämlich von der B.____ und von der A.____ Solothurn. Die [...] hatte auf eine Eingabe verzichtet. Akzeptiert wurde die Unternehmervariante der B.____. Die Betonsanierungen wurden der Firma B.____ zu CHF 486■347.80 zugeschlagen. Die A.____ hatte für CHF 495■742.30 (exkl. Mehrwertsteuer) offeriert.

E. 2

Die A.____ erhob am 21. Dezember 2016 Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Sie beantragte, der Zuschlag sei aufzuheben und ihr zu erteilen. Die Eignungskriterien nach Position 223.100 seien von der B.____ nicht erfüllt worden.

(Die Position lautet:

Eignungskriterien, Referenzen

Instandsetzung einer vergleichbaren Betonkonstruktion (Ortbeton + Elemente, vorgespannt) in Zusammenarbeit mit der kantonalen Denkmalpflege in den letzten 5 Jahren mit einer Bausumme von mindestens CHF 120■000.00.)

Es sei eine Referenz nachgereicht worden, die Sanierung der Isler-Schalen bei der Autobahnraststätte in Deitingen. Dort sei zwar eine Zusammenarbeit mit der Denkmalpflege erfolgt. Die Isler-Schale bestehe aus nicht vorgespanntem Ortbeton. Vorgespannte Elemente seien keine enthalten. Die Isler-Schalen seien keine mit dem ausgeschriebenen Bauwerk vergleichbare Betonkonstruktion. Bei der Tribüne des Schwimmbads seien vorgespannte Elemente auf vorgespannte Kragträger montiert. Die Auflager seien marode. Die an der Autobahnraststätte ausgeführten Arbeiten seien mit den im Schwimmbad Grenchen zu erbringenden Leistungen nicht vergleichbar.

E. 3

Der Beschwerde wurde vorläufig die aufschiebende Wirkung erteilt.

E. 3.1

Als erstes ist die Frage zu klären, ob die Vergabebehörde telefonisch eine Referenz habe nachverlangen dürfen oder ob sie die Anbieterin wegen Unvollständigkeit der Unterlagen vielmehr hätte ausschliessen müssen.

E. 3.2

Nach der Praxis kann es überspitzt formalistisch sein, eine Offerte ohne Rücksprache wegen eines Formmangels auszuschliessen. Nachgereichte Unterlagen dürfen sich aber

nicht auf das Preis/Leistungsverhältnis auswirken und nicht zur nachträglichen Änderung der Offerte führen. Unter gewissen Umständen besteht sogar eine Rückfragepflicht. Untergeordnete Mängel dürfen bei der Offertbereinigung beseitigt werden (Galli/Moser/Lang/Steiner: Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2013 Rz 439 und 466).

E. 3.3

Das Zürcher Verwaltungsgericht führte Folgendes aus: Wenn bei einem Angebot Unterlagen fehlen, bestehe ein Ermessensspielraum der Vergabebehörde, ob sie diese nachträglich einholen wolle. Sie müsse jedoch vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbieter entstehe und habe sich zudem stets ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu verhalten. Vorliegend betreffe die Unvollständigkeit der Offerte (fehlende Terminliste) keinen wesentlichen Punkt, der sich massgeblich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte auswirken würde (Urteil VB.2015.00082)

E. 3.4

Das basel-landschaftliche Kantonsgericht entschied, es entspreche dem Zweck und Charakter des Submissionsverfahrens, dass sowohl seitens der Offerenten wie auch seitens der Vergabeinstanz bestimmte Formvorschriften eingehalten werden müssten, deren Missachtung den Ausschluss der betreffenden Offerte oder die Ungültigkeit des Vergabeverfahrens nach sich ziehen könne. Nicht jede Unregelmässigkeit vermöge aber eine solche Sanktion zu rechtfertigen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit dürfe und solle vom Ausschluss einer Offerte oder von der Ungültigerklärung des Verfahrens abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig sei und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolge, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt werde. Die Vollständigkeit der Angebote sei für einen korrekten und transparenten Vergleich der Offerten von grundlegender Bedeutung. Unvollständigen Angeboten gegenüber sei deshalb in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes grundsätzlich eine strenge Haltung am Platz. Eine Unvollständigkeit und damit ein Ausschlussgrund sei jedoch nur dann anzunehmen, wenn der Mangel eine gewisse Schwere aufweise. Wegen unbedeutender Mängel dürfe ein Anbieter nicht ausgeschlossen werden. Ab welcher Schwere ein Formfehler zum Ausschluss der Offerte führen müsse, lasse sich nicht allgemein formulieren, sondern sei im Einzelfall zu entscheiden (Urteil 810 15 208 vom 30. September 2015).

E. 3.5

Nach dem bernischen Verwaltungsgericht gilt Folgendes: Die in der Ausschreibung verlangten Nachweise seien grundsätzlich innert der Eingabefrist einzureichen. Ein Ausschluss vom Verfahren sei jedoch unter Verhältnismässigkeitsaspekten nicht ohne weiteres angängig, wenn die Offerte lediglich an einem geringfügigen Mangel leide und dieser noch vor der Vergabe behoben werde. Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus habe die Rechtsprechung die Pflicht der Vergabebehörde abgeleitet, die Anbieterinnen oder Anbieter auf Verfahrensfehler hinzuweisen und Gelegenheit zur Behebung eines Formmangels einzuräumen. Es sei somit nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde die Anbietenden auffordere, ihre Offerte zu verbessern, sofern diese einen bloss geringfügigen Mangel aufweise. Ergänzende Beilagen könnten somit noch nachgereicht werden (VGE 23028 vom 24. September 2007)

E. 3.6

Nach dem Urteil des Bundesgerichts 2P.176/2005 soll und darf aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss einer Offerte oder von der Ungültigerklärung des Verfahrens abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird. Im Urteil des Bundesgerichts 2P.4/2000 wurde es im Ergebnis für zulässig gehalten, die verlangte Bestätigung nachzureichen, wonach eine namhafte Bank oder Versicherung bereit sei, im Falle einer Auftragserteilung eine Erfüllungsgarantie von 10% der Vertragssumme zu leisten.

E. 3.7

Die B.____ hat nicht keine Referenzen eingereicht. Sie reichte die Instandsetzung zweier Einstellhallen, die Beckensanierung eines Freibads und den Umbau einer Volksschule ein. Aus dem Curriculum ihrer Poliere bzw. Bauführer lässt sich entnehmen, dass die Firma zahllose Sanierungsarbeiten an Betonkonstruktionen durchgeführt hat. Den eingereichten Unterlagen liess sich einzig keine Zusammenarbeit mit der Denkmalpflege entnehmen, obschon diese ja vielleicht stattgefunden hatte. Das Versehen ist denn auch erklärbar: Im Unternehmerblatt 3 (Angaben des Anbieters) steht unter dem Titel Referenzen: «Der Unternehmer führt untenstehend mit dem offerierten Arbeitsinhalt Ausführungsreferenzen auf, die durch seine Firma während der letzten 5 Jahre ausgeführt wurden.» Dass die Zusammenarbeit mit der Denkmalpflege ausser Acht gelassen wurde, ist nachvollziehbar. Es ist unter Berücksichtigung der Umstände des vorliegenden Falls nicht zu beanstanden, dass die Vergabebehörde von einem Ausschluss der B.____ abgesehen und den Mangel der Offerte als verbesserlich betrachtet hat.

4. Als zweites stellt sich die Frage, ob das Kriterium «Referenzen» von der B.____ erfüllt worden sei. Die Stadt Grenchen hat sicher niemanden zur Offertstellung eingeladen, den sie nicht für fähig hielt, die Arbeiten auch auszuführen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, der Vergabebehörde ein sogenanntes technisches Ermessen zuzubilligen, in welchem eine gerichtliche Instanz die Beurteilung durch die fachkundigen Stellen nur mit Zurückhaltung überprüft (Urteil der Bundesgerichts 2C_346/2013). Die Vorinstanz verfügt über Fachwissen und kennt die Verhältnisse. Es ist ihr ein grosser Beurteilungsspielraum zuzubilligen (Grundlegend: BGE 125 II 86; E. 6 S. 98; Häfelin/Müller/Uhlmann: Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2016, Rz 419 f.; Obergericht Uri, Urteil vom 5. Mai 1999, OG V 99 24). Die Kompetenz, vorgespantten Ortbeton zu sanieren und mit Elementen zu arbeiten, kann angesichts der Referenzobjekte und der beruflichen Erfahrung der Mitarbeiter nicht angezweifelt werden. Eine erfolgreiche Zusammenarbeit mit der Denkmalpflege ist ebenfalls ausgewiesen, wenn auch bloss in einem Fall. Dies genügt, zumal wohl kein zu sanierendes Objekt 1:1 mit der denkmalgeschützten Tribüne im Schwimmbad direkt vergleichbar ist. Über absolut einschlägige Erfahrung verfügt bloss die Beschwerdeführerin. Das kann aber nicht dazu führen, dass ihr deshalb der Zuschlag erteilt werden muss.

E. 4

Die Stadt Grenchen beantragte am 11. Januar 2017, die Beschwerde sei abzuweisen. Die Stadt besitze ein denkmalgeschütztes Gartenschwimmbad. Dessen Tribüne müsse durch Betonsanierungsarbeiten instandgesetzt werden. Die A.____ habe bereits einen Teilabschnitt als Pilotprojekt ausgeführt. Im Einladungsverfahren werde zum Vornherein geprüft, ob eine

Unternehmung grundsätzlich geeignet sei. Es wäre nicht angängig, der A.____ zwei ungeeignete Unternehmen gegenüberzustellen. Die B.____ habe auch eine Unternehmervariante eingereicht. In ihrer Offerte habe der Nachweis gefehlt, in den letzten fünf Jahren eine vergleichbare Betonkonstruktion in Zusammenarbeit mit der Denkmalpflege saniert zu haben. Die B.____ sei telefonisch aufgefordert worden, den entsprechenden Nachweis nachzuliefern. Die Firma habe das Referenzprojekt «Autobahnraststätte Süd Deitingen» nachgeliefert. Man sei verpflichtet gewesen, dem Anbieter Gelegenheit zu geben, ein Dokument nachzureichen, denn es sei klar gewesen, dass dessen Fehlen auf einem Versehen beruhe. Die Argumentation der Beschwerdeführerin gehe auch ins Leere, wenn sie behaupte, Isler-Schalen seien keine vorgespannten Elemente. Die Auflager seien mit einem Spannkabel verbunden. Auch in den beiden Betonschalen befänden sich im Auflagerbereich Spannkabel. Es sei darauf hinzuweisen, dass die Vorakten vertrauliche Dokumente enthalten würden.

E. 5

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 2■000.00 festzusetzen sind. Der B.____ ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da sie nicht durch einen Anwalt vertreten war.

Demnach widerkannt:

- 1.Die Beschwerde wird abgewiesen.
- 2.Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 2■000.00 zu bezahlen.
- 3.Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Rechtsmittel:Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Der Gerichtsschreiber

Schaad

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