

SO_GERICHTE VWBES.2017.164 vom 4. Juli 2017

SO Obergericht, 2017-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2017.164

FR: SO_GERICHTE VWBES.2017.164 du 4 juillet 2017

IT: SO_GERICHTE VWBES.2017.164 del 4 luglio 2017

Erwägungen

E. 1

Das Bau- und Justizdepartement, vertreten durch das Hochbauamt, schrieb am 27. Januar 2017 im kantonalen Amtsblatt und auf der Internetplattform SIMAP den Bauauftrag «Wallierhof Riedholz, Ersatz und Umbauten Ökonomiegebäude, BKP 214 Montagebau in Holz» im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 950693). Per Eingabetermin vom 3. März 2017 reichten acht Unternehmungen ein Angebot ein. Die Offertöffnung erfolgte am 7. März 2017.

E. 2

Das Bau- und Justizdepartement überprüfte und beurteilte die eingegangenen Offerten. Der Regierungsrat erteilte mit Beschluss Nr. 2017/744 vom 25. April 2017 den Zuschlag für den Bauauftrag in Riedholz an die B.____ GmbH zum Preis von CHF 405'167.10 (exkl. MwSt.). Mit Schreiben vom 26. April 2017 eröffnete das Hochbauamt den Regierungsratsbeschluss den nicht berücksichtigten Anbietern mit Rechtsmittelbelehrung.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin bemängelt die Wahl des offenen Verfahrens. Sie bringt vor, das Auftragsvolumen liege unter CHF 500'000.00 und hätte somit keine öffentliche Ausschreibung benötigt. Die drei Objekte (Ökonomiegebäude, Wagenschopf und Bienenhaus) hätten aufgesplittet werden müssen. Somit hätten drei Holzbaufirmen berücksichtigt werden können. Für die Solothurner Lehrbetriebe sei das gewählte Verfahren diskriminierend, da sämtliche Ausbildungskurse und Lehrabschlussprüfungen im Wallierhof stattfinden würden.

E. 2.2

Gemäss kantonalem Submissionsrecht vergibt die Auftraggeberin einen Auftrag im offenen oder im selektiven Verfahren, im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren (§ 12 SubG). Der Auftrag wird im offenen oder im selektiven Verfahren vergeben, wenn sein Gesamtwert (Schwellenwert) bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes CHF 500'000 und bei Aufträgen des Baunebengewerbes sowie bei Lieferungs- und Dienstleistungsaufträgen CHF 250'000 erreicht (vgl. § 13 Abs. 1 lit. a und b SubG).

E. 2.3

Damit die Vergabebehörden die Vergabeverfahrensart wählen können, müssen sie den Gesamtwert berechnen. Die mit dem Gesamtwert ermittelte Verfahrensart ist beizubehalten. Den Vergabebehörden ist verwehrt, das einzuschlagende Verfahren nachträglich aufgrund der eingegangenen Offerten zu bestimmen. Die Vergabebehörde muss sich also vorgängig, gestützt auf eine Schätzung oder allenfalls von Richtofferten der mutmasslichen Kosten, für eine Verfahrensart entscheiden (vgl. Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen

Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2013, N 321). Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist einerseits die Art des zu vergebenden Auftrags (Lieferung, Dienstleistung, Bauauftrag) und andererseits der Wert des konkreten Auftrags bzw. das Auftragsvolumen (Peter Galli, a.a.O., N 323).

E. 2.4

Grundsätzlich steht es den Auftraggebenden frei, ein höherstufiges Verfahren durchzuführen, als im konkreten Einzelfall erforderlich wäre. Sie können deshalb auch ein Vergabeverfahren mit öffentlicher Ausschreibung anordnen, wo sie den Auftrag ohne eine solche vergeben dürften, oder ein Einladungsverfahren durchführen, wo direkt vergeben werden dürfte. Ein Anbieter hat bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags keinen Rechtsanspruch darauf, nicht der Konkurrenzierung durch Mitbewerber ausgesetzt zu werden (vgl. Peter Galli et al., a.a.O., N 283).

E. 2.5

Der revidierte Kostenvoranschlag für die vorliegende Vergabe von Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes betrug CHF 584'259.25 (exkl. MWST) und lag demnach klar innerhalb des Bereichs, für welchen das offene Verfahren vorgeschrieben ist. Im Übrigen hätte die Vergabebehörde gemäss vorgenannter Literatur auch eine öffentliche Ausschreibung vornehmen dürfen, wenn der Schwellenwert für das offene Verfahren nicht erreicht worden wäre. Das Auftragsvolumen der Zuschlagsempfängerin spielt für die Wahl des Verfahrens im Übrigen keine Rolle.

E. 2.6

Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang vor, die Ausschreibung hätte in drei Einzelaufträgen erfolgen müssen.

Die Ausschreibung eines Auftrags gemäss § 30 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 30 Abs. 1 SubG stellt eine anfechtbare Verfügung dar. Mängel und Verletzungen gegen das SubG können somit bereits bei der Ausschreibung geltend gemacht werden. Solche sind von den Anbietern denn auch geltend zu machen oder zumindest vor Eingabe der Offerte bei der Vergabebehörde vorzutragen, wenn sie dieser Rüge nicht verlustig gehen wollen.

Der öffentlichen Ausschreibung lässt sich unter Ziffer 2.6 der detaillierte Projektbeschrieb entnehmen. In Ziffer

E. 2.12

wird ausdrücklich festgehalten, dass Teilangebote nicht zugelassen sind. Die Beschwerdeführerin hätte folglich die Möglichkeit gehabt, vor der Eingabe ihres Angebots die nach ihrer Meinung fehlende Aufteilung des Auftrags bei der Vergabebehörde geltend zu machen. Dies hat sie jedoch unterlassen. Die Beschwerdeführerin brachte die Rüge erst im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens vor, weshalb sie verspätet ist.

Auch inhaltlich erweist sich die Rüge als unbegründet. Gemäss § 4 Abs. 2 SubG darf ein sachlich zusammenhängender Auftrag nicht aufgeteilt werden. In der Literatur wird dazu Folgendes ausgeführt: Der Auftraggeber darf einen Auftrag nicht künstlich, ohne sachliche Begründung, in mehrere kleinere Einzelaufträge unterteilen, damit diese aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes fallen beziehungsweise damit er ein tieferes Verfahren wählen kann. Eine Umgehungsabsicht beurteilt sich nach objektiven Kriterien und liegt dann vor, wenn sich eine Aufteilung nicht sachlich rechtfertigen lässt, d.h. bei einem engen

sachlichen und rechtlichen Zusammenhang der Teilleistungen (Peter Galli et al., a.a.O., N 326/308). Die Vorgehensweise der Vergabebehörde ist in dieser Hinsicht mit Blick auf vorstehende Ausführungen nicht zu beanstanden. Alle drei Objekte unterstehen der Arbeitsgattung Montagebau in Holz. Es besteht ein sachlich zusammenhängender Auftrag, der nicht aufgeteilt werden darf.

E. 3

Mit Beschwerde vom 4. Mai 2017 gelangte die A.____ AG sowie der Präsident der Sektion Solothurn des Branchenverbandes Holzbau Schweiz an das Verwaltungsgericht. Konkrete Rechtsbegehren wurden nicht gestellt.

E. 3.1

Sodann moniert die Beschwerdeführerin, die Ausschreibung sei sehr unprofessionell abgefasst, nicht nach NPK-Normen (Normpositionen-Katalog), sondern praktisch alles mit R-Positionen (abgeänderte, durch Bauführung selber verfasste Positionen). Zudem sei fast jede Position pauschal zu rechnen. Für sie seien die zur Verfügung gestellten Planunterlagen «total ungenügend» gewesen. Es seien keine Detailpläne ausgearbeitet worden und eine Vorstatik über das ganze Gebäude habe gefehlt. Man habe nur Unterlagen zu Einzelbauteilen wie Binder anfordern können. Eine seriöse Preisberechnung sei somit nicht möglich gewesen.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin hätte die Möglichkeit gehabt, vor der Einreichung der Offerte an die Vergabebehörde zu gelangen und die aus ihrer Sicht ungenügende Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes zu beanstanden. Es geht nicht an, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags die Qualität der Ausschreibungsunterlagen zu rügen. Der Einwand erweist sich damit ebenfalls als verspätet (vgl. Peter Galli et al., a.a.O., N 389). Im Übrigen führte die Vergabebehörde in ihrer Vernehmlassung aus, es seien acht vollständig ausgefüllte Angebote eingegangen.

E. 4

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 5. Mai 2017 wurde der Beschwerde vorläufig aufschiebende Wirkung erteilt.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin bringt weiter Folgendes vor: Nach Einsicht in die Bewertung der Eignungs-/Zuschlagskriterien habe sie betreffend Lehrlingsausbildung recherchiert. Eine Nachfrage in den Kantonen Aargau und Luzern habe ergeben, dass das Unternehmen B.____ GmbH keinen Lehrling in einem Ausbildungskurs habe. Somit gehe sie davon aus, dass die Angaben betreffend Lehrlinge falsch seien.

E. 4.2

Zur Beurteilung des mit 5 % gewichteten Zuschlagskriteriums «Lehrlingsausbildung» war gemäss Ausschreibungsunterlagen der Nachweis für die Ausbildung von Lernenden, welche zum Zeitpunkt der Offerteingabe im Betrieb beschäftigt waren, zu erbringen. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Zuschlagsempfängerin wurden mit den maximal möglichen 5 Punkten bewertet. Die Vergabebehörde darf und muss bei ihrer Bewertung auf die Angaben der Anbietenden in den Offerten abstellen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2016.00312 vom 9. Februar 2017, E. 3.4). Die

Beschwerdeführerin vermag keine Beweise zu erbringen, welche ihre Behauptung stützt. Das Argument erweist sich auch sonst als nicht stichhaltig: Die Gesamtpunktzahl der Beschwerdeführerin beträgt 86 Punkte, während die Zuschlagsempfängerin total 98 Punkte erhielt. Die Gesamtpunktzahl der zweitplatzierten Anbieterin beträgt 96 Punkte. Mit Blick auf diese Ausgangslage vermag eine andere Bewertung des Zuschlagskriteriums Lehrlingsausbildung bei der Zuschlagsempfängerin am dritten Gesamtrang der Beschwerdeführerin nichts zu ändern.

E. 5

Mit Eingabe vom 9. Mai 2017 nahm die B.____ GmbH Stellung zur Beschwerde.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin moniert weiter, mit 28 Mitarbeitern sei sie durchaus in der Lage, die Arbeiten termingerecht auszuführen. In der Bewertung «Terminplan und Kapazität» sei sie jedoch trotz ausgefüllten Angaben mit 0 Punkten bewertet.

E. 5.2

Im Rahmen des mit 10 % gewichteten Zuschlagskriteriums «Terminplan und Kapazität des Anbieters» erhielt die Beschwerdeführerin gesamthaft 6 Punkte. Diese erhielt sie für den eingereichten Terminplan als erstes Unterkriterium. Als Grundlage zur Beurteilung des zweiten Unterkriteriums «Kapazität» verlangte die Vergabebehörde einen Ressourcenplan. Im Schreiben vom 3. März 2017 gab die Beschwerdeführerin einzig an, sie würde für das Projekt eine Arbeitsgemeinschaft mit der C.____ AG bilden. Die beiden Unternehmen hätten zusammen vierzig Mitarbeitende inklusive sieben Lehrlinge. Ein eigentlicher Ressourcenplan lag damit nicht vor, weshalb die Beschwerdeführerin für das Unterkriterium «Kapazität» zu Recht 0 Punkte erhielt. Selbst wenn das Angebot der Beschwerdeführerin im Unterkriterium «Kapazität» mit 2 Punkten (und damit gleich wie dasjenige der Zuschlagsempfängerin) oder mit der Maximalpunktzahl 4 bewertet würde, würde dies am Gesamtergebnis nichts zu ändern vermögen. Mit Blick auf den Rückstand von 12 Punkten zur Zuschlagsempfängerin resp. von 10 Punkten zur Zweitplatzierten würde das Angebot der Beschwerdeführerin in der Gesamtbewertung auf dem 3. Rang bleiben.

6. 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 3'000.00 festzusetzen sind.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 3'000.00 zu bezahlen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Mit der Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden. 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

Die Gerichtsschreiberin

Gottesman

E. 6

Das Hochbauamt liess sich am 26. Mai 2017 zur Beschwerde vernehmen. Es beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Der Zuschlag sei zu bestätigen und die mit Verfügung vom 5. Mai 2017 gewährte aufschiebende Wirkung sei aufzuheben; unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

E. 7

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 31. Mai 2017 wurde der Beschwerdeführerin A.____ AG Frist zur Verbesserung der Beschwerde gesetzt und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass der Branchenverband Holzbau Schweiz nicht an der Submission teilgenommen habe und damit nicht zur Beschwerde legitimiert sei.

E. 8

Mit Eingabe 6. Juni 2017 beantragte die Beschwerdeführerin, die Zuschlagsverfügung vom 26. April 2017 sei aufzuheben und eine Neubeurteilung der Zuschlagsverfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolge sei vorzunehmen.

E. 9

Am 14. Juni 2017 nahm das Hochbauamt Stellung zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin.

E. 10

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird, soweit für die Entscheidungsfindung wesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II.

1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 31 Submissionsgesetz, SubG, BGS 721.54). Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin und nicht berücksichtigte Anbieterin durch den angefochtenen Entscheid beschwert und damit zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

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