

SO_GERICHTE VWBES.2017.334 vom 13. Dezember 2017

SO Obergericht, 2017-12-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2017.334_d20171213

FR: SO_GERICHTE VWBES.2017.334 du 13 décembre 2017

IT: SO_GERICHTE VWBES.2017.334 del 13 dicembre 2017

Regeste

Submissionsverfahren

Erwägungen

E. 1

Die Einwohnergemeinde B.____ lässt ihre Informatik in einem externen Rechenzentrum betreiben. Der bestehende Vertrag mit der C.____ AG läuft am 28. Februar 2018 aus. Mit Publikation im kantonalen Amtsblatt und auf simap vom 2. Juni 2017 schrieb die Einwohnergemeinde B.____ den Dienstleistungsauftrag «Betrieb Gemeindeinformatik in einem Rechenzentrum» im offenen Vergabeverfahren aus. Innert Frist reichten die bisherige Anbieterin und die A.____ AG ein Angebot ein. Die Offertöffnung erfolgte am 7. August 2017.

E. 2

Mit Beschluss vom 17. August 2017 erteilte der Gemeinderat B.____ den Zuschlag an die bisherige Anbieterin, die C.____ AG. Dieser Entscheid wurde der nicht berücksichtigten A.____ AG mit Schreiben vom 24. August 2017 eröffnet.

E. 3

Mit Beschwerde vom 1. September 2017 gelangte die A.____ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin genannt) an das Verwaltungsgericht und beantragte, der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen, eventualiter sei die Sache mit verbindlichen Weisungen zur Neuurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um Akteneinsicht ersucht.

E. 3.1

Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist legitimiert, wer durch eine Verfügung oder einen Entscheid besonders berührt wird und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. § 12 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG, BGS 124.11]).

E. 3.2

Gemäss Praxis des Bundesgerichts setzt die Beschwerdelegitimation im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts voraus, dass der Beschwerde führende Anbieter seinerseits überhaupt eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag zu erhalten. Andernfalls fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse. Die formelle Beschwer bzw. der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, kann zur Legitimation nicht genügen (vgl. BGE 141 II 14, E. 4.1 - 4.9).

E. 3.3

Diese reelle Chance hat ein Anbieter - was auf der Hand liegt - nur dann, wenn er die vorgegebenen Eignungskriterien erfüllt. Es muss also derjenige, der ■ wie hier ■ den Zuschlag an sich beantragt, dem angerufenen Gericht als Legitimationsvor-aussetzung glaubhaft machen, dass er selber die Eignungskriterien erfüllen würde (BGE 141 II 14, E. 5.1). Die Frage, ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist bei der vorliegenden Konstellation nicht nur vorfrageweise im Rahmen der Prozessvoraussetzungen von Bedeutung, sondern auch zentraler Streitpunkt in materieller Hinsicht. Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn die Beschwerdeführerin glaubhaft macht («mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht», «rende vraisemblable»), dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht eine der vor ihr platzierten Mitbewerberinnen den Zuschlag erhalten würde (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-82/2017 vom 24. April 2017, E. 4.4.3 mit Hinweis auf BGE 141 II 14, E. 5.1).

E. 3.4

Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, es sei nicht sachgerecht, für den Betrieb des Rechenzentrums das Datenschutzlabel «GoodPriv@cy®» als Eignungskriterium zu fordern. Im Übrigen verfüge sie zwar nicht über das verlangte Label, erfülle hingegen inhaltlich dessen Vorgaben. Die Vergabestelle hätte diesen gleichwertigen Nachweis anerkennen müssen. Der Zuschlag sei somit rechtsverletzend erfolgt. Im vorliegenden Fall wurden insgesamt lediglich zwei Angebote eingereicht, wobei die Offerte der Beschwerdeführerin preislich deutlich günstiger war. Folglich hätte die Beschwerdeführerin, sofern sie das Datenschutzlabel erfüllen sollte, eine reelle Chance, selbst den Zuschlag zu erhalten. Demnach ist die Legitimation der Beschwerdeführerin gemäss bundesgerichtlicher Praxis wohl gegeben. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

4. Die Beschwerdegegnerinnen monieren, die Einwände der Beschwerdeführerin seien verspätet. Diese hätten bereits mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung geltend gemacht werden müssen.

E. 4

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

E. 4.1

Gemäss § 30 Abs. 2 lit. b SubG bzw. Art. 15 Abs. 1 bis lit. a Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; BGS 721.521) gilt die Ausschreibung des Auftrages als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung. Bei einem Beschwerdeverzicht kann diese Verfügung nicht mehr im Rahmen der Zuschlagsverfügung angefochten werden. Diese Regelung dient dem Beschleunigungsgebot; Unregelmässigkeiten in der Ausschreibung oder in den Unterlagen sollen unverzüglich korrigiert werden, und Wiederholungen eines ganzen Verfahrens infolge der Aufhebung eines Zuschlagsentscheids wegen Mängel in den Ausschreibungsunterlagen möglichst vermieden werden (Urteil des Bundesgerichts 2C_409/2015 vom 28. September 2015, E. 4.1 u.a. mit Hinweis auf BGE 130 I 241).

E. 4.2

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum (inter-)kantonalen Vergaberecht gehören zur Ausschreibung auch die Unterlagen, die zusammen mit der Ausschreibung abgegeben werden. Der Inhalt von Ausschreibungsunterlagen kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich nur dann noch zusammen mit dem Zuschlagsentscheid angefochten werden, wenn die Unterlagen nicht vor dem Ablauf der Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung zur Verfügung standen. Die Rügeobliegenheit und der Ausschluss dieser Rügen in einem späteren Verfahrensstadium (Verwirkungsfolge) gelten allerdings nur für Unregelmässigkeiten, welche die Parteien tatsächlich festgestellt haben oder bei gebotener Aufmerksamkeit hätten feststellen müssen (Urteil des Bundesgerichts 2C_409/2015 vom 28. September 2015, E. 4.2 mit Hinweisen). Soweit es der Grundsatz von Treu und Glauben erfordert, besteht eine allgemeine Pflicht des Anbietenden, festgestellte Mängel der Unterlagen oder des Verfahrens bei der Vergabestelle sofort unaufgefordert zu rügen und damit ■ bei Gefahr der Verwirkung ■ nicht bis zur Einreichung eines Rechtsmittels zuzuwarten (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich etc. 2013, N. 667).

E. 4.3

Der von der Beschwerdeführerin gerügte Mangel betrifft das geforderte Musskriterium «Datenschutz», welches im Pflichtenheft der Einwohnergemeinde dokumentiert ist und auf das in der Ausschreibung verwiesen wird. Gemäss vorgenannter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein solches Pflichtenheft als integrierender Bestandteil der Ausschreibung zu betrachten. Die 13 Musskriterien sind in einer Tabelle übersichtlich aufgelistet und mit einer kurzen Beschreibung versehen. Aus den Ausschreibungsunterlagen geht jedenfalls unzweifelhaft hervor, dass in Bezug auf den Datenschutz das Label «GoodPriv@cy@» vorausgesetzt wird. Die aktenkundige E-Mail-Korrespondenz mit Nicht-Anbietern, welche die Ausschreibungsunterlagen angefordert haben, bestätigt diese Einschätzung, zumal mehrere interessierte Anbieter verschiedene Musskriterien, namentlich das Datenschutzgütesiegel, kritisierten und in der Folge von einer Offertstellung abgesehen haben (vgl. Urkunde 3.11 der Vergabestelle). Gestützt auf Treu und Glauben muss sich die Beschwerdeführerin vorwerfen lassen, die Unzulässigkeit des Datenschutzgütesiegels auf Seite 7 des Pflichtenhefts nicht innert der 10-tägigen Frist zur Anfechtung der Ausschreibung gerügt zu haben. Dies umso mehr, als sie das 12-seitige Pflichtenheft am gleichen Tag erhielt, an dem die Ausschreibung publiziert wurde. Demnach erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin als verspätet, weshalb sie damit im vorliegenden Verfahren nicht zu hören ist. Bei diesem Ergebnis kann offen gelassen werden, ob das verlangte Datenschutzgütesiegel gestützt auf die einschlägigen submissionsrechtlichen Bestimmungen zulässig ist.

E. 5

Mit Stellungnahme vom 26. September 2017 äusserte sich die Einwohnergemeinde B.____, v.d. Fürsprecherin Manuela Gebert, zur Beschwerde und beantragte, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie und das Gesuch um Akteneinsicht abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

E. 5.1

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 2'500.00

festzusetzen sind (§ 77 VRG i.V.m. Art. 106 ff. der eidgenössischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).

E. 5.2

Die unterliegende Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegnerinnen bzw. deren Rechtsvertreterinnen eine Parteientschädigung zu bezahlen. Für deren Bemessung ist der Gebührentarif (GT, BGS 615.11) heranzuziehen.

Fürsprecherin Manuela Gebert rechnet zur Berechnung des Honorars mit einem Kostenansatz von CHF 270.00 (bzw. CHF 110.00) pro Stunde. Gemäss § 161 i.V.m. § 160 Abs. 2 GT beträgt der Stundenansatz CHF 230.00 bis CHF 330.00, wobei § 3 analog anwendbar ist. Nach dieser Norm sind die Gebühren innerhalb eines Gebührenrahmens nach dem Zeit- und Arbeitsaufwand, nach der Bedeutung des Geschäftes, nach dem Interesse an der Verrichtung sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Gebührenpflichtigen zu bemessen. Der Streitgegenstand ist vorliegend eher komplex, weshalb der Stundenansatz im Rahmen des Üblichen liegt und nicht zu beanstanden ist. Hingegen ist der gesamthaft geltend gemachte zeitliche Aufwand von 35.66 Stunden ausserordentlich hoch. Für die 7-seitige Vernehmlassung wird gesamthaft ein Aufwand von 26.4 Stunden ausgewiesen, was übersetzt erscheint. Für das Verfassen der Vernehmlassung erscheint ein Aufwand von 12 Stunden bei Weitem als ausreichend. Die in diesem Zusammenhang mit CHF 165.00 bzw. CHF 330.00 verrechneten Aufwandpositionen stellen Kanzleiaufwand dar und sind deshalb ohnehin nicht zusätzlich zu vergüten. Für die 3-seitige Duplik ist ein Aufwand von 5 Stunden zu vergüten. Insgesamt erscheint ein Zeitaufwand von 17 Stunden für eine sorgfältige und pflichtgemässe Vertretung angemessen. Auslagen werden nicht geltend gemacht. Insgesamt ergibt sich nach dem Gesagten eine Parteientschädigung von CHF 4'957.20 (Honorar: CHF 4'590.00; MWST: CHF 367.20), welche von der Beschwerdeführerin zu bezahlen ist.

Rechtsanwältin Rita Karli macht mit Eingabe vom 5. Dezember 2017 eine Entschädigung von total CHF 3'674.70 (14.91 h à CHF 230.00, CHF 243.90 Auslagen [exkl. MWST]) geltend. Der geforderte Stundenansatz von CHF 230.00 entspricht dem Mindestansatz gemäss § 161 GT i.V.m. § 160 Abs. 2 GT und ist folglich nicht zu beanstanden. Der geltend gemachte Aufwand scheint angemessen. Der in Rechnung gestellte Betrag für Kopien (CHF 211.00) ist allerdings auf CHF 105.50 zu halbieren, da Stückkosten von einem Franken veranschlagt wurden (gemäss § 161 GT i.V.m. § 160 Abs. 5 GT werden pro Fotokopie 50 Rappen vergütet). Damit hat die Beschwerdeführerin der C. ___ AG eine Parteientschädigung von CHF 3'853.10 (Honorar: CHF 3'429.30; Auslagen: CHF 138.40; MWST: CHF 285.40) zu bezahlen.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. A. ___ AG hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 2'500.00 zu bezahlen.

4. Die A. ___ AG hat der C. ___ AG eine Parteientschädigung von CHF 3'853.10 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.

Rechtsmittel: 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

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 28. September 2017 wurde das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin teilweise bewilligt.

E. 7

Die C. ___ AG, v.d. Rechtsanwältin Rita Karli, beantragte am 3. Oktober 2017, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

E. 8

In den Stellungnahmen des zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien an ihren bisherigen Anträgen und Standpunkten fest.

E. 9

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

II.

1. Das Verwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegen den Zuschlag, welcher der Beschwerdeführerin mit Orientierungsschreiben vom 24. August 2017 zur Kenntnis gebracht worden ist (vgl. § 30 f. Gesetz über öffentliche Beschaffungen [Submissionsgesetz, SubG, BGS 721.54]). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden.

2. Umstritten ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin. Die kommunale Auftraggeberin führt in diesem Zusammenhang sinngemäss Folgendes aus: Die Beschwerdeführerin mache geltend, das Datenschutzgütesiegel «GoodPriv@cy®» im Sinne eines Musskriteriums zu verlangen, sei nicht sachgerecht. Der gerügte Mangel sei bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung erkennbar gewesen und hätte daher im Zuge einer Beschwerde gegen die Ausschreibung moniert werden müssen. Die Beschwerdeführerin habe die 10-tägige Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung ungenutzt verstreichen lassen und damit ihr Rügerecht im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags verwirkt. Folglich sei auf die Beschwerde nicht einzutreten. Den gleichen Standpunkt vertritt auch die Zuschlagsempfängerin.

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