

SO_GERICHTE VWBES.2017.343 vom 8. Januar 2018

SO Obergericht, 2018-01-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2017.343

FR: SO_GERICHTE VWBES.2017.343 du 8 janvier 2018

IT: SO_GERICHTE VWBES.2017.343 del 8 gennaio 2018

Erwägungen

E. 1

Das Finanzdepartement des Kantons Solothurn schrieb am 7. April 2017 im kantonalen Amtsblatt und auf der Internetplattform Simap den Dienstleistungsauftrag «Sachversicherungen Kanton Solothurn (Gebäude & Fahrhabe)» ab 1. Januar 2018 im offenen Submissionsverfahren aus. Innert Frist gingen sechs Angebote mit Preisen zwischen CHF 166'173.90 (Offerte der C.____ AG) und CHF 222'375.90 ein. Die A.____ AG offerierte für CHF 176'030.00.

E. 2

Mit Beschluss Nr. 2017/1399 vom 22. August 2017 erteilte der Regierungsrat den Zuschlag zum Preis von CHF 166'173.90 (exkl. MWST) an die C.____ AG und ermächtigte das Personalamt, den Vertrag im Namen des Kantons Solothurn zu unterzeichnen. Mit Orientierungsschreiben vom 25. August 2017 wurde die A.____ AG über diesen Entscheid in Kenntnis gesetzt.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin rügt, der für die Durchführung der Submission zuständige Sachbearbeiter habe ein langjähriges Arbeitsverhältnis als Vertriebs- und Verkaufsleiter bei der Zuschlagsempfängerin innegehabt. Vor diesem Hintergrund hinterlasse der Vergabeentscheid einen deutlich faden Nachgeschmack. Es stelle sich die Frage, ob der zuständige Sachbearbeiter zufolge seines vormaligen Anstellungsverhältnisses wegen Befangenheit hätte in den Ausstand treten müssen.

E. 2.2

Gemäss § 30 Abs. 2 lit. b SubG bzw. Art. 15 Abs. 1bislit. 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 Zuschlagentscheids 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. 2.3

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. 2.4

In der öffentlichen Ausschreibung auf simap ist unter Ziffer 1.1 aufgrund der E-Mailadresse der zuständige Sachbearbeiter der Vergabestelle ersichtlich. Gleiches ergibt sich unzweifelhaft auch aus der Grund-Dokumentation, auf welche in der Ausschreibung verwiesen wird. Nach Treu und Glauben wäre die Beschwerdeführerin gehalten gewesen, ihren Einwand gegen den eingesetzten Sachbearbeiter frühzeitig bei der Vergabestelle zu erheben. Es geht nicht an, diesen erst im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags vorzubringen. Dies umso mehr, als sie die Ausschreibungsunterlagen gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 23. Mai 2017 am gleichen Tag erhielt, an dem die Ausschreibung publiziert wurde. Demnach erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin als verspätet, weshalb sie damit im vorliegenden Verfahren nicht zu hören ist. Es kann damit offen bleiben, ob die behauptete vorherige Anstellung des fraglichen Sachbearbeiters bei der Zuschlagsempfängerin einen Ausstandsgrund darstellt.

E. 3

Dagegen gelangte die A. ___ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin genannt) mit Beschwerde vom 7. September 2017 an das Verwaltungsgericht und beantragte, den Vergabeentscheid aufzuheben und den Zuschlag an sie zu erteilen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Weiter beantragte sie die aufschiebende Wirkung.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde geltend, weder in der Absageverfügung noch im Regierungsratsbeschluss werde erläutert, nach welchen Kriterien die Zusammensetzung der Gesamtprämie von CHF 166'173.90 der Zuschlagsempfängerin erfolgt sei. Das Ergebnis der Gesamtauswertung sei nicht nachvollziehbar. In der Replik wird ausgeführt, die Vergabestelle lege nicht dar, inwiefern die Offenlegung der Übersichten zu Gesamtprämien die Interessen der Anbieterinnen beeinträchtigen würden. Die betreffenden Unterlagen seien zumindest im Beschwerdeverfahren offenzulegen.

E. 3.2

Gemäss § 27 Abs. 1 SubG eröffnet die Auftraggeberin den Anbietern und Anbieterinnen den Zuschlag mit kurzer Begründung. Die Begründung des angefochtenen Zuschlags ist in der Tat äusserst knapp ausgefallen. Eine solch summarische Begründung dürfte in der Praxis allerdings nicht unüblich sein und auch der einschlägigen Gesetzesbestimmung entsprechen. Zu bedenken ist zudem, dass die Auftraggeberin den beschwerdeberechtigten nicht berücksichtigten Anbietern und Anbieterinnen auf Gesuch hin gewisse Auskünfte erteilt (§ 27 Abs. 3 lit. a-e SubG). Auf diese Bestimmung wurde in der Absageverfügung ausdrücklich hingewiesen und die Beschwerdeführerin hat davon Gebrauch gemacht. Zutreffend ist, dass sich die Zusammensetzung der Gesamtprämie weder aus dem Orientierungsschreiben an die Beschwerdeführerin noch aus dem Regierungsratsbeschluss ergibt. Allerdings erläuterte die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung die Prämienberechnung eingehend und nachvollziehbar. Daraufhin erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, mittels Replik zu den Ausführungen der Vergabestelle Stellung zu nehmen. Des Weiteren hat die Beschwerdeführerin davon abgesehen, ein ausdrückliches Akteneinsichtsbegehren zu stellen und die Offenlegung der als vertraulich

behandelten Beweismittel zu beantragen. Dies wäre von den mit dieser Sache betrauten rechtskundigen Vertretern der Beschwerdeführerin allerdings zu erwarten gewesen. Der Vorwurf der mangelhaften Begründung erweist sich nach dem Gesagten als nicht stichhaltig.

E. 4

Mit Präsidialverfügung vom 8. September 2017 wurde der Beschwerde vorläufig die aufschiebende Wirkung gewährt.

E. 4.1

Weiter moniert die Beschwerdeführerin, im Rahmen der Beurteilung der offerierten Leistungen seien Deckungsänderungen vorgenommen und Selbstbehaltsvarianten willkürlich gemischt worden, offensichtlich mit der Zielsetzung, mit der Prämie der Zuschlagsempfängerin im Umfang von CHF 166'173.90 leicht unter ihrer offerierten Prämienhöhe im Umfang von CHF 169'488.00 (für die Selbstbehaltsvariante von CHF 10'000.00) zu gelangen und mithin die preisgünstigste Offerte auszuweisen. Das Vorgehen weiche von den publizierten Vergabekriterien ab. Die Zuschlagsempfängerin habe bei allen Selbstbehaltsvarianten klar teurer offeriert als die Beschwerdeführerin. Diese willkürliche Abweichung von den zugrunde gelegten Vergabekriterien stelle eine Verletzung von Art. 2 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) dar.

E. 4.2

Vergleicht man die Tabelle der Prämien-Totale in Ziffer 10 der «Grund-Dokumentation» mit der tabellarischen Darstellung der Berechnungsschritte in der Vernehmlassung der Vergabebehörde ergibt sich Folgendes: Die Vergabebehörde hat zur Berechnung der Gesamtprämie sechs bzw. acht einzelne Prämienpositionen addiert, wohingegen in den Ausschreibungsunterlagen die Prämienangaben der vier Selbstbehaltsvarianten je eine Teilsumme ergeben, welche als «Gesamttotal» bezeichnet ist. Ungeachtet dieser Diskrepanz ist nicht ersichtlich, dass die Vergabestelle bei ihrer Berechnung willkürlich von den Vergabekriterien abgewichen oder anderweitig unzulässig vorgegangen ist. Das Ergebnis der Gesamtprämie erweist sich als schlüssig und nachvollziehbar. Zudem hat die Vergabebehörde ihre Berechnungsmethode ■ soweit beurteilbar ■ auf alle Angebote gleich angewandt. Zu bemerken bleibt allerdings, dass die vorgängige Bekanntgabe der Berechnungsschritte die Transparenz der streitigen Beschaffung verbessert hätte. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die C.____ AG habe bei allen Selbstbehaltsvarianten klar teurer offeriert als sie, erweist sich als unzutreffend. Selbst wenn man die vier Teilsummen der Selbstbehaltsvarianten addieren würde, wäre diese Gesamtprämie der Beschwerdeführerin nach wie vor höher als die Gesamtprämie der C.____ AG. Am Ergebnis würde sich somit nichts ändern. Im Übrigen geht die Beschwerdeführerin von falschen Zahlen aus. Ihre Gesamtprämie beträgt CHF 176'030.00 und nicht CHF 169'488.00.

5. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sie ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 7'000.00 festzusetzen sind. Angesichts der erst aus der Stellungnahme vom 5. Oktober 2017 erklärten Zusammensetzung der Gesamtprämie ist die Hälfte der Kosten vom Kanton Solothurn zu tragen.

Demnach widerkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Beschwerdeführerin hat an die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 7'000.00 die Hälfte, also CHF 3'500.00, zu bezahlen. Die restlichen Verfahrenskosten sind vom Staat Solothurn zu tragen.

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

Die Gerichtsschreiberin

Gottesman

E. 5

Der Regierungsrat, v.d. das Personalamt beantragte mit Stellungnahme vom 5. Oktober 2017, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, die aufschiebende Wirkung zu entziehen und die Beweismittel 6-8 vertraulich zu behandeln, unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

E. 6

Mit Präsidialverfügung vom 10. Oktober 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen.

E. 7

Mit Replik vom 30. Oktober 2017 ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren, indem sie eventualiter beantragte, den Vergabeentscheid aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines neuen Submissionsverfahrens an die Auftraggeberin zurückzuweisen.

E. 8

Mit Duplik vom 20. November 2017 hielt das Personalamt an den gestellten Rechtsbegehren fest, soweit über sie nicht bereits entschieden worden sei und nahm erneut Stellung.

E. 9

Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit für die Entscheidungsfindung 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 25. August 2017 zur Kenntnis gebracht worden ist (vgl. § 30 f. Gesetz über öffentliche Beschaffungen [Submissionsgesetz, SubG, BGS 721.54]). Die nicht berücksichtigte

Beschwerdeführerin hätte als zweitplatzierte Anbieterin grundsätzlich vernünftige Chancen auf einen Zuschlag, wenn sie mit ihren Rügen durchdringen würde (vgl. BGE 141 II 14). Ihre Beschwerdelegitimation ist folglich zu bejahen. Da die Begründung des Vergabeentscheides im Wesentlichen erst mit der Vernehmlassung der Auftraggeberin erfolgt ist, erweist sich der in der Replik erstmals formulierte Eventualantrag sodann als zulässig. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

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