

SO_GERICHTE VWBES.2018.257 vom 23. Mai 2018

SO Obergericht, 2018-05-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2018.257

FR: SO_GERICHTE VWBES.2018.257 du 23 mai 2018

IT: SO_GERICHTE VWBES.2018.257 del 23 maggio 2018

Erwägungen

E. 1

des Beschlusses des Gemeinderats C.____ vom 23. Mai 2018 wird aufgehoben und der Zuschlag für die Erschliessung alte Schulanlage D.____ (Baumeisterarbeiten) der A.____ AG zum Preis von CHF 397'659.25 (inkl. MwSt) erteilt.

2. Die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht werden auf CHF 2'000.00 festgesetzt und sind von der Gemeinde C.____ 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. 2

Das von der Gemeinde C.____ beauftragte Ingenieurbüro, welches die eingegangenen Offerten überprüft und beurteilt hatte, schlug nach der Bewertung der Zuschlagskriterien vor, den Auftrag der auf dem 1. Rang liegenden Arbeitsgemeinschaft zu vergeben. Der Gemeinderat wies an seiner Sitzung vom 24. April 2018 den Antrag zurück und verlangte weiteren Aufschluss über dessen Zustandekommen.

E. 2.0

88.5

E. 3

Am 14. Mai 2018 beschloss der Gemeinderat, das Kriterium der Distanz des Werkhofes zur Baustelle sei neu zu rechnen, weil bei der Arbeitsgemeinschaft nicht der Durchschnitt der beiden Werkhöfe angenommen worden sei, und die Offertbewertung neu vorzunehmen. Mit Beschluss vom 23. Mai 2018 erteilte der Gemeinderat gestützt auf die ihm vorgelegten neuen Offertvergleiche schliesslich den Zuschlag an die F.____ AG zum Betrag von CHF 404'207.15 (netto CHF 375'308.40) und setzte den Kostenanteil der Gemeinde C.____ fest, wobei das Zustandekommen des Vertrages ebenso vorbehalten wurde wie die Kreditbewilligung durch das zuständige Organ. Mit Orientierungsschreiben vom 14. Juni

2018 wurde die nicht berücksichtigte A.____ AG über diesen Entscheid in Kenntnis gesetzt.

E. 3.0

85.6

E. 4

Mit Beschwerde vom 24. Juni 2018 wandte sich die A.____ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) an das Verwaltungsgericht und beantragte sinngemäss eine Überprüfung des beabsichtigten Vergabeentscheides, die Verhinderung einer rechtswidrigen Zuschlagserteilung und die Gewährung der aufschiebenden Wirkung.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin beanstandet das Zuschlagskriterium «Nähe zum Objekt». Sie führt im Wesentlichen aus, die Ermittlung der Entfernung des Werkhofes zu D.____ anhand der Wegdistanz erweise sich als grosses Handicap und somit auch bei künftigen Ausschreibungen als grosser Standortnachteil, welcher nur durch einen wesentlich günstigeren Angebotspreis gegenüber den Mitbewerbern kompensiert werden könne. Man müsse die Nähe zum Objekt (Werkhof) nicht mittels Wegdistanz ermitteln, sondern die Entfernung gemäss mathematischer Definition anhand des Abstandes (Luftlinie) berechnen. Ökologische Überlegungen würden der effektiven Ökobilanz der Baustelle nur bedingt Rechnung tragen, da 60-80% des Materialumschlages und der damit verbundenen Transporte durch externe Lieferanten und Zulieferer erfolgten, unabhängig von der ausführenden Bauunternehmung vor Ort. Weiter sei die Ermittlung der Distanzen generell in Frage zu stellen, zumal beim Angebot der offerierenden Arbeitsgemeinschaft (ARGE) B.____ AG/ G.____ AG eine «gemittelte» Wegdistanz generiert worden sei.

E. 4.2

Die Gemeinde C.____ wendet dagegen ein, der Vergabeentscheid basiere auf den in den Ausschreibungsunterlagen kommunizierten Zuschlagskriterien. Alle drei Kriterien seien den offerierenden Unternehmen damit hinlänglich bekannt gewesen und könnten nicht nach erfolgter Vergabe angezweifelt werden. Es stehe jedem Unternehmer frei, an einem Submissionsverfahren teilzunehmen und ein Angebot auf der Basis der bekannten Zuschlagskriterien einzureichen oder nicht. Die Anbieter seien zudem gehalten gewesen, die Entfernung in Kilometern (Wegdistanz) zwischen Werkhof und Baustelle anzugeben. Die Bestimmung des Zuschlagskriteriums «Nähe zum Objekt» sei aufgrund ökologischer Überlegungen erfolgt, um damit unökologische Fahrten mit unnötiger Umweltbelastung zu vermeiden. Die Gewichtung und Bewertung der Zuschlagskriterien sei der Beschwerdeführerin bereits bei der Offertstellung bekannt gewesen.

E. 5

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 26. Juni 2018 wurde der Beschwerde vorläufig aufschiebende Wirkung erteilt. Mit Vernehmlassung vom 5. Juli 2018 nahm die Gemeinde C.____ Stellung zur Beschwerde und schloss sinngemäss auf deren Abweisung. Die Zuschlagsempfängerin verzichtete auf eine Verfahrensteilnahme. Am 26. Juli 2018 replizierte die Beschwerdeführerin. Mit Eingabe vom 27. September 2018 erläuterte die Gemeinde C.____ auf Aufforderung des Gerichts die konkreten Berechnungsgrundlagen für beide Offertvergleiche und reichte die entsprechenden Akten ein.

E. 5.0

Punktetotal 95.0 95.5 94.6

E. 5.1

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 (Urteil des Bundesgerichts 2C_409/2015 vom 28. September 2015, E. 4.1 u.a. mit Hinweis auf BGE 130 I 241). 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; BGE 143 II 553, E. 7.7.1).

E. 5.2

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben sich die Zuschlagskriterien samt prozentualer Gewichtung für jedes Kriterium und die entsprechenden Bewertungsformeln ohne Weiteres. Indes war für die Beschwerdeführerin erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren erkennbar, dass die Vergabestelle im Rahmen des Kriteriums «Nähe zum Objekt» bei der offerierenden ARGE nachträglich eine gemittelte Werkhofdistanz in die Berechnung einbezogen hat. Darüber hinaus wurden die von den Offerenten angegebenen Distanzen mittels «Google Maps» korrigiert. Dieses Vorgehen war für die Beschwerdeführerin aufgrund der Ausschreibungsunterlagen nicht vorherzusehen. Vor diesem Hintergrund sind die Beanstandungen der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag nicht verspätet, sondern ausnahmsweise noch zulässig.

E. 6

Beim vorliegend verwendeten Zuschlagskriterium «Nähe zum Objekt» wird die Distanz zwischen dem Bauplatz in D.____ und dem jeweiligen Werkhof der Anbieterin bewertet. Umstritten ist in Lehre und Praxis, inwiefern die Transportwege bei der Ausgestaltung der Zuschlagskriterien überhaupt Berücksichtigung finden dürfen. Die Praxis zu dieser Frage ist uneinheitlich (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2013, N 945 f.).

E. 6.1

Nach Auffassung des Zürcher Verwaltungsgerichts ist ein Abstellen auf die Transportwege, welche ein Produkt von seinem Anbieter bis zum Verwendungsort zurücklegt, unter dem Aspekt der Gleichbehandlung auswärtiger Anbieter höchst problematisch, da dieses Kriterium eine direkte Benachteiligung der weiter entfernt gelegenen Anbieter mit sich bringe. Das Gericht erachtet sodann die «Distanz zum Anwender» im Lichte des GATT-Rechts, des Binnenmarktgesetzes, aber auch der meistens gegebenen praktischen Unmöglichkeit, im Rahmen eines Submissionsverfahrens nur schon die transportbedingten Umweltschutzaspekte umfassend zu beurteilen, als grundsätzlich unzulässiges Zuschlagskriterium. Vorbehalten bleiben diesbezüglich Fälle, in welchen der «erforderliche Transportaufwand im Vergleich zur angebotenen Leistung als völlig unverhältnismässig erscheint» oder «wenn von den fraglichen Transporten erhebliche Auswirkungen auf die lokale Umweltbelastung (z.B. Luft- und Lärmbelastung) zu erwarten sind» (VG Zürich:

VB.1998.00369, zit. aus: Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N 947). In einem Entscheid aus dem Jahr 2015 hat das Zürcher Verwaltungsgericht in Weiterführung seiner Praxis festgehalten, Zuschlagskriterien, welche eine (nicht gerechtfertigte) Bevorzugung ortsansässiger Anbieter bewirken würden, seien klar unzulässig. Dies gelte insbesondere auch für die Berücksichtigung von Transportwegen, da dadurch ortsansässige Anbieter faktisch bevorteilt würden. Als Kriterium wären Reaktionszeiten bzw. Anfahrtswege lediglich dann zulässig, wenn für die konkrete Beschaffung ein schnelles Intervenieren erforderlich sei, wie dies etwa beim Unterhalt von Lift- oder Informatikanlagen der Fall sein könne (VG Zürich: VB.2015.477 vom 5. November 2015, E. 3.3.2).

E. 6.2

Das Bundesgericht hat bei der öffentlichen Vergabe einer kommunalen Kehrriechtabfuhr ausgeführt, es erscheine hinsichtlich des Diskriminierungsverbots in der Tat nicht unproblematisch, die Länge der Anfahrtswege als Kriterium für die Umweltverträglichkeit der Angebote zu bewerten. Die Unterschiede beim Anfahrtsweg dürften – um eine unzulässige Benachteiligung auswärtiger Anbieter zu vermeiden – wohl kaum berücksichtigt werden, wenn der Transportvorgang insgesamt nur eine nebensächliche (bzw. einmalige) Rolle spiele. Wirke sich dagegen die Länge der Fahrstrecke von der Niederlassung des Anbieters bis zum Ort, an dem die Dienstleistung erbracht werde, über eine längere Zeitspanne in einer Vielzahl von Fahrten aus, erscheine es nicht unzulässig, sondern allenfalls sogar sachlich geboten, die Differenz der zu fahrenden Kilometer bei der Evaluation der Offerten in einem gewissen Masse mit zu berücksichtigen. Im konkreten Fall kritisierte das Bundesgericht weiter, von der Vergabestelle sei nicht (wirklich) geprüft worden, ob und wieweit die Transportfahrzeuge der einen oder anderen Offerentin bezüglich der Umweltbelastung Vorteile bieten würden. Angesichts der Tatsache, dass beim Schadstoffausstoss je nach Alter und Typ des Transportfahrzeugs grosse Unterschiede auftreten könnten, erscheine ein solches Vorgehen sachwidrig: Gerade weil das Einsammeln des Kehrriechs eine äusserst immissionsreiche Fahrweise bedinge, komme der Fahrzeugwahl für die Beurteilung der Umweltverträglichkeit der Offerte grosse Bedeutung zu (Urteil des Bundesgerichts 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 = Pra 89/2000 Nr. 150, E. 4a/c).

E. 6.3

Der Werkhof der Beschwerdeführerin befindet sich gemäss den korrigierten Angaben der Vergabestelle 15.3 km vom Einsatzort in D. ___ entfernt, während derjenige der Zuschlagsempfängerin 10.5 km entfernt liegt. In ihrer Offerte hatte die Beschwerdeführerin die Distanz ihres Werkhofes in E. ___ mit 14.5 km angegeben, die Zuschlagsempfängerin die Entfernung ihres Werkhofes mit 12 km. Die Arbeitsgemeinschaft hatte die Distanz ihres Werkhofes mit 2.6 km (B. ___ AG) angegeben. Die Entfernungen wurden bei der Offertbereinigung gestützt auf Google-Map korrigiert. Die Distanz zum Werkhof der B. ___ AG von 9.9 km wurde nachträglich auf Wunsch der Vergabestelle erhoben und mit derjenigen der Arbeitspartnerin gemittelt. Die resultierenden nur gering unterschiedlich langen Anfahrtswege zwischen 6.25 km und 15.3 km unter dem Aspekt des Umweltschutzes als alleinigen oder entscheidenden Faktor zu berücksichtigen, kann bei einem Bauvertrag dieser Art – Strassen- und Kanalisationsbau - nicht angehen.

E. 6.4

Dass die Länge des Transportweges aus Umweltüberlegungen berücksichtigt werden sollte, geht aus den Ausschreibungsunterlagen im Übrigen nicht direkt hervor und wurde von der Vergabestelle erst im Rechtsmittelverfahren explizit vorgebracht. Aus den Akten zum Vergabeprozess ergibt sich vielmehr ein anderes Bild. Die ursprünglich evaluierte Rangfolge wurde nachträglich abgeändert, weil sich ein unerwünschtes Resultat ergeben hatte: Bei der ARGE wurde zunächst lediglich die Distanz vom (nächstgelegenen) Werkhof der B.____ AG (2.6 km) bewertet, was zur Erstplatzierung der um CHF 20'000.00 teureren ARGE und zum zweiten Rang der Beschwerdeführerin geführt hatte; die spätere Zuschlagsempfängerin war an dritter und letzter Stelle gelandet. Aus dem Gemeinderatsprotokoll vom 23. Mai 2018 geht hervor, «dass bei der Parameternaufstellung für die Offertvergabe die Überlegung nicht gemacht wurde, dass bei der Distanzberechnung plötzlich eine bernische Firma den Auftrag bekommen könnte, da C.____ von Berner Gemeinden umgeben ist». Im Rahmen der zweiten Rangierung wurde bei der ARGE schliesslich, entgegen dem Wortlaut der Ausschreibung, die gemittelte Distanz (6.25 km) bewertet, was zu deren Drittplatzierung führte. Das Protokoll des Gemeinderates vom 14. Mai 2018 lässt den Verdacht aufkommen, dass letztlich regionalpolitische («heimatschützerische») Überlegungen den Ausschlag für die nachträglich gewählte Berechnungs- bzw. Bewertungsmethode gegeben haben, was nicht zulässig wäre. Jedenfalls ist der berechnete Durchschnittswert nicht geeignet, dem von der Vergabestelle geltend gemachten Umweltschutzinteresse genügend Rechnung zu tragen. Nichts Anderes gilt allerdings auch für die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Berechnung der Entfernung mittels Luftlinie. Das Zuschlagskriterium «Nähe zum Objekt» bewirkt in der vorliegenden Form ohne sachlichen Grund eine Bevorzugung ortsansässiger Anbieter, was im Lichte der vorgenannten Rechtsprechung klar unzulässig ist. Es kann in dieser Ausgestaltung auch zu krassen Wettbewerbsverzerrungen führen, wenn beispielsweise bei zwei ortsansässigen Unternehmen, von welchen eines z.B. seinen Werkhof in einer Entfernung von 100 m zum Ausführungsort hat, das zweite 200 m daneben, das eine Unternehmen dann die volle Punktezahl erhalte, das zweite bloss die Hälfte. Die Bewertung der Vergabestelle erweist sich damit als nicht haltbar. Dass dem Kriterium lediglich ein Gewicht von 5% (max. 5 Pkt. von 100 Pkt.) beigemessen wurde und die Beschwerdeführerin zwei Punkte erhielt und damit lediglich einen Punkt weniger erzielte als die Zuschlagsempfängerin, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

E. 6.5

Lässt man das mit 5 Punkten gewichtete und in der vorliegenden Form vergaberechtswidrige Zuschlagskriterium «Nähe zum Objekt» ausser Betracht, erreicht das Angebot der Beschwerdeführerin neu 93 Punkte (Angebotspreis: 90, Lehrlingsausbildung: 3), die Zuschlagsempfängerin erzielt neu 92.5 Punkte (Angebotspreis: 88.5, Lehrlingsausbildung: 4), die dritte Mitanbieterin erreicht neu 89.6 Punkte (Angebotspreis: 85.6, Lehrlingsausbildung: 4). Die Beschwerdeführerin rückt damit auf den ersten Platz vor. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin ist aufzuheben. 7.1 Gemäss § 36 Abs. 1 SubG liegt es in der Kompetenz der Beschwerdeinstanz, wenn der Vertrag noch nicht geschlossen wurde, den Zuschlag selbst zu erteilen. Voraussetzung ist, dass der Sachverhalt genügend liquid ist und ohne Zweifel festgestellt werden kann, wem der Zuschlag rechtens zu erteilen ist. Überdies darf kein Ermessen mehr möglich sein, da das Verwaltungsgericht keine Unangemessenheit überprüfen kann (§ 33 Abs. 2 SubG). 7.2 Der Sachverhalt ist vorliegend hinreichend klar. Die Beschwerdeführerin hat unbestritten das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht.

Vorbehalte, dass die Beschwerdeführerin den Auftrag nicht erfüllen könnte, bestehen nicht. Ansonsten hätte die Vergabebehörde die Beschwerdeführerin gar nicht zum Offertangebot aufbieten dürfen. Die Beschwerdeführerin hat somit Anspruch auf den Zuschlag für den vorliegenden Auftrag für Baumeisterarbeiten. Der Vergabebehörde steht kein Ermessen mehr in der Vergabe zu. Deshalb ist der Zuschlag zum Betrag von CHF 397'659.25 dem Angebot der Beschwerdeführerin zu erteilen. 7.3 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Gemeinde C._____ die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu tragen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 2'000.00 festzusetzen sind. Die obsiegende Beschwerdeführerin hat zu Recht keine Parteientschädigung beantragt, da sie nicht anwaltlich vertreten war.

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