

SO_GERICHTE VWBES.2020.221 vom 29. Mai 2020

SO Obergericht, 2020-05-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2020.221

FR: SO_GERICHTE VWBES.2020.221 du 29 mai 2020

IT: SO_GERICHTE VWBES.2020.221 del 29 maggio 2020

Erwägungen

E. 1

Die B.____ schrieb am 6. März 2020 im kantonalen Amtsblatt und auf der Internetplattform Simap die im Zusammenhang mit dem Neubau des Wasserreservoirs [...] in [...] erforderlichen Erdarbeiten im offenen Submissionsverfahren aus. Innert Frist gingen fünf vollständige Angebote ein, darunter dasjenige der A.____.

E. 2

Mit Beschluss vom 29. Mai 2020 erteilte die B.____ den Zuschlag zu einem Preis von CHF 2'421'024.80 (netto, inkl. 7.7% MWST) und Beurteilungspreis von CHF 218.65 an die C.____. Mit Orientierungsschreiben vom 2. Juni 2020 wurde die A.____ über diesen Entscheid in Kenntnis gesetzt.

E. 2.1

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. 2.2

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 (vgl. BGE 141 II 14, E. 4 ff.).

E. 3

Dagegen gelangte die A.____ (nachfolgend Beschwerdeführerin genannt) mit Beschwerde vom 11. Juni 2020 an das Verwaltungsgericht und beantragte, die Vergabe sei aufzuheben und ihr der Zuschlag zu erteilen. In prozessualer Hinsicht verlangte die Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Bewertungen seien offenzulegen. Zur Begründung wurde sinngemäss und im Wesentlichen ausgeführt, die in den Submissionsunterlagen angegebene Formel zur Berechnung des Beurteilungspreises sei nicht korrekt angewandt worden. Der Beurteilungspreis der Zuschlagsempfängerin sei unter Anwendung der vorgegebenen Formel gar nicht möglich. Sie, die Beschwerdeführerin, hätte obsiegen müssen. Es sei unklar, wie die Zuschlagskriterien im Detail bewertet worden seien, da in der Ausschreibung keine Unterkriterien und deren Gewichtung genannt worden seien. Es sei weiter zu prüfen, ob die Zuschlagsempfängerin vorbefasst gewesen sei. Ihr eigenes Angebot sei jedenfalls das günstigste Angebot. Vorliegend habe die angewandte Bewertung bewirkt, dass das teuerste Angebot den Zuschlag erhalten habe. Sodann sei die Ausschreibung unübersichtlich gestaltet gewesen. Der technische Bericht habe in der Bewertung zu viel Gewicht erhalten.

Mit den vorgegebenen Zuschlagskriterien werde ein KMU wie die Beschwerdeführerin gegenüber einem Grossunternehmen wie die Zuschlagsempfängerin von Anfang an benachteiligt.

E. 3.1

Vorliegend steht fest, dass der Vertrag zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin nach dem Entzug der aufschiebenden Wirkung abgeschlossen worden ist.

E. 3.2

Ist die Beschwerde begründet, der Vertrag aber noch nicht geschlossen, kann das Verwaltungsgericht die Verfügung aufheben und selber in der Sache entscheiden oder diese an die Auftraggeberin zurückweisen (vgl. § 36 Abs. 1 SubG). Ist die Beschwerde begründet, der Vertrag aber bereits geschlossen, stellt die Beschwerdeinstanz fest, inwiefern die Verfügung rechtswidrig ist (§ 36 Abs. 2 SubG). Entsprechendes hält auch Art. 18 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, BGS 721.521) fest.

E. 3.3

Wer legitimiert gewesen ist, den Zuschlagsentscheid anzufechten, behält den Anspruch auf Überprüfung der Rechtmässigkeit des Zuschlages auch dann, wenn dieser infolge Vertragsabschluss nicht mehr aufgehoben werden kann. Ein dahingehendes Eventualbegehren braucht nicht notwendigerweise bereits in der Beschwerde gegen den (noch nicht vollzogenen) Zuschlag gestellt zu werden; der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gilt als im Begehren um Aufhebung des Zuschlages sinngemäss mitenthalten (BGE 132 I 86 E. 3.2 S. 90, vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2D_26/2012 vom 7. August 2012, E. 2.2).

E. 3.4

Demnach besteht vorliegend ungeachtet des bereits erfolgten Vertragsschlusses grundsätzlich ein Rechtsschutzinteresse in Form eines Feststellungsinteresses. Auch sonst ist mit Blick auf die vorgebrachten Rügen der Beschwerdeführerin von einem schutzwürdigen Anfechtungsinteresse auszugehen. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

E. 4

Mit Präsidialverfügung vom 12. Juni 2020 wurde der Beschwerde vorläufig aufschiebende Wirkung gewährt.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin moniert zunächst, aus der Ausschreibung sei nicht ersichtlich gewesen, wie die Zuschlagskriterien im Detail bewertet worden seien. Unterkriterien und deren Gewichtung seien nicht bekanntgegeben worden. Zudem sei die ganze Ausschreibung sehr unübersichtlich gestaltet gewesen.

E. 4.2

Gemäss § 30 Abs. 2 lit. b SubG bzw. Art. 15 Abs. 1bislit. a IVöB 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. 4.3

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. 4.4

Vorliegend hätte die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt, vor der Eingabe ihres Angebots die nach ihrer Meinung unübersichtliche Gestaltung der Ausschreibung bei der Vergabebehörde zu beanstanden. Dies hat sie jedoch unterlassen und die entsprechende Rüge erst im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens vorgebracht, weshalb diese verspätet sind. Hingegen unterliess es die Vergabestelle, alle Unterkriterien und deren Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen bekanntzugeben, was die Beschwerdeführerin erst nach der Akteneinsicht bemerken konnte.

E. 4.5

Generell ist festzuhalten, dass die Notwendigkeit der vorgängigen Bekanntgabe aller für die Zuschlagserteilung massgeblichen Gesichtspunkte, also der einzelnen Zuschlagskriterien, der allfälligen Subkriterien und der Gewichtung aller Kriterien im Lichte des Transparenzprinzips zwingend ist und unabhängig vom gewählten Vergabeverfahren besteht (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 956).

E. 4.6

Für die Beschwerdeführerin war wohl einzig in Bezug auf das Teilkriterium «Bauprogramm» unklar, welche Unterkriterien berücksichtigt worden sind. Trotzdem wäre es mit Blick auf das Transparenzprinzip wünschenswert gewesen, wenn die Vergabestelle in der Ausschreibung nebst den Zuschlagskriterien und deren Gewichtung auch die massgeblichen Teil- und Unterkriterien mitsamt ihrer Gewichtung bekanntgegeben hätte.

E. 5

Die B.____ beantragte mit Stellungnahme vom 17. Juni 2020, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen und die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin kritisiert weiter die angewandte Bewertungsmethode. Die in den Ausschreibungsunterlagen angegebene Formel sei nicht korrekt angewandt worden. Der Beurteilungspreis von CHF 218.65 der Zuschlagsempfängerin sei rechnerisch unter Anwendung der vorgegebenen Formel gar nicht möglich. Es sei von der in den Ausschreibungsunterlagen ersichtlichen Bewertungsformel abgewichen worden, was unzulässig sei.

E. 5.2

In den Ausschreibungsunterlagen hat die B.____ folgende Bewertung der Zuschlagskriterien festgelegt:

«Den Zuschlag erhält das Angebot mit dem tiefsten, bereinigten Beurteilungspreis (BP). Der BP errechnet sich aus dem Quotienten des bereinigten Angebotspreises und den Beurteilungspunkten (max. 100), wobei die Beurteilungspunkte mit einem Faktor P korrigiert werden.

Bereinigtes Angebot (CHF)	K
Total Beurteilungspunkte	Q
Korrekturfaktor	P = 0.5

Berechnung Beurteilungspreis: $BP = K / P + ((1-P) * Q / 100)$ »

E. 5.3

Die Angebote der Mitbeteiligten und der Beschwerdeführerin wurden wie folgt bewertet (vereinfachte Darstellung):

Unternehmen

Nettopreis

Beurteilungspreis

Rang

Zuschlagsempfängerin

CHF 2'421'024.80

CHF 218.65

1

K AG

CHF 2'287'969.45

CHF 247.40

5

L AG

CHF 2'281'466.37

CHF 229.35

3

M AG

CHF 2'218'829.71

CHF 226.65

2

Beschwerdeführerin

CHF 2'213'427.60

CHF 238.70

4

E. 5.4

Aus den Auswertungstabellen ist ersichtlich, dass die Angebote in einem Punktesystem nach Zuschlagskriterien («gK»), Teilkriterien («gTK») und Unterkriterien («gUTK») bewertet worden sind. Allerdings setzte die Vergabestelle nicht die Summe der Beurteilungspunkte in die in E. 5.2 hiervoor genannte Formel ein, sondern ermittelte einen «Qualitätswert» («QW») und verwendete diesen Wert als «Q» in der obgenannten Formel. Aus dem E-Mail des zuständigen Mitarbeiters der B.____ vom 24. Juni 2020 an die Beschwerdeführerin (Beilage zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 10. Juli 2020) erhellt, dass die Vergabestelle den Qualitätswert folgendermassen berechnete:

$$QW = gK \times gTK \times gUTK \times Pkt$$

E. 5.5

Die in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführte Berechnungsmethode beruht auf einer offiziellen Vorlage des Kantons Solothurn für die Auswertung von Bauaufträgen (abrufbar unter:<https://so.ch/verwaltung/bau-und-justizdepartement/amt-fuer-verkehr-und-tiefbau/avt-downloads/projektmanagement/#>, zuletzt besucht am 17. Juli 2020) und ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die Vergabestelle hat indes nicht die in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebene Formel angewandt, sondern davon abweichend den Qualitätswert ermittelt und diesen als Summe der Beurteilungspunkte («Q») eingesetzt. Hätte sich die Vergabestelle an die bekanntgegebene Bewertungsmethode gehalten, ergäbe sich folgende Bewertung:

Unternehmen

Nettopreis

Beurteilungspunkte

Beurteilungspreis

Rang

Zuschlagsempfängerin

CHF 2'421'024.80

87.5

CHF 2'582'426.45

4

K AG

CHF 2'287'969.45

63.75

CHF 2'794'466.50

5

L AG

CHF 2'281'466.37

82.5

CHF 2'500'237.12

2

M AG

CHF 2'218'829.71

75

CHF 2'535'805.38

3

Beschwerdeführerin

CHF 2'213'427.60

77.5

CHF 2'494'002.93

1

E. 5.6

Demnach würde die Beschwerdeführerin bei der Punktevergabe gemäss der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Formel den ersten Rang belegen und die Zuschlagsempfängerin auf dem vierten Rang stehen. Dies wird seitens der Vergabestelle nicht bestritten (vgl. E-Mail vom 24. Juni 2020 des zuständigen Mitarbeiters der B.____ an die Beschwerdeführerin). Die entsprechenden, zutreffenden Berechnungen ergeben sich aus der Replik der Beschwerdeführerin vom 26. Juni 2020. Die von der Vergabestelle angewandte Bewertungsformel hat zur Folge, dass nicht die Beschwerdeführerin, sondern die C.____ auf dem ersten Rang steht. Die Kritik der Beschwerdeführerin an der angewandten Bewertungsmethode erweist sich als gerechtfertigt, die Beschwerde diesbezüglich als begründet.

6. Da die Bewertung der Angebote nicht der in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Bewertungsformel entspricht, liegt eine Verletzung des submissionsrechtlichen Transparenzgebots vor. Beim Gebot, das Ausschreibungs- bzw. Zuschlagsverfahren transparent zu gestalten, handelt es sich um eine Regel formeller Natur.

Deren Missachtung muss Konsequenzen haben und unter Umständen auch zur Aufhebung des Zuschlags führen (Urteil des Bundesgerichts 2P.299/2000 vom 24. August 2001, E. 4). Auf die weiteren Einwände der Beschwerdeführerin ist bei dieser Sachlage nicht weiter einzugehen.

7. Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als begründet. Eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin ist aufgrund des erfolgten Vertragsschlusses mit der C.____ indes nicht mehr möglich. Es bleibt einzig festzustellen, dass der Vergabeentscheid rechtswidrig ist (vgl. § 36 Abs. 2 SubG). Die Haftung der Auftraggeberin für Schaden, den sie durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht hat, richtet sich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (vgl. § 38 f. SubG) und ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die B.____ die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu tragen, die einschliesslich der Entscheidgebühr auf CHF 5'000.00 festzusetzen sind. Eine Parteienschädigung ist nicht beantragt und wäre nicht zuzusprechen, zumal die Beschwerdeführerin nicht anwaltlich vertreten war.

Demnach wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass der Beschluss der B.____ vom 29. Mai 2020 betreffend Erdarbeiten rechtswidrig ist.

2. Die B.____ hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 5'000.00 zu tragen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils 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 Präsidialverfügung vom 18. Juni 2020 wurde die vorläufig erteilte aufschiebende Wirkung entzogen.

E. 7

Das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin wurde mit Verfügung vom 18. bzw. 24. Juni 2020 teilweise bewilligt.

E. 8

Mit Replik vom 26. Juni 2020 hielt die Beschwerdeführerin an den gestellten Rechtsbegehren fest und beantragte sinngemäss die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung.

E. 9

Mit Präsidialverfügung vom 29. Juni 2020 wurde das Gesuch um Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

E. 10

Mit Schreiben vom 7. Juli 2020 teilte die B.____ mit, die Werkverträge für die ausgeschriebenen Erdarbeiten seien am 7. Juli 2020 unterzeichnet worden.

E. 11

Die Beschwerdeführerin äusserte sich mit Eingabe vom 10. Juli 2020 erneut in der Sache.

E. 12

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 2. Juni 2020 zur Kenntnis gebracht worden ist (vgl. § 30 f. Gesetz über öffentliche Beschaffungen [Submissionsgesetz, SubG, BGS 721.54]).

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