

TG_OBERGERICHT TVR 2013 Nr. 23 vom 4. September 2013

Tg Obergericht, 2013-09-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_TVR_2013_Nr._23

FR: TG_OBERGERICHT TVR 2013 Nr. 23 du 4 septembre 2013

IT: TG_OBERGERICHT TVR 2013 Nr. 23 del 4 settembre 2013

Regeste

Einladungsverfahren, Offertöffnungsprotokoll, Transparenzprinzip, Reihenfolge der Zuschlagskriterien, Abbruch des Verfahrens bei erheblichen Mängeln

Erwägungen

E. 1

Die Nichterstellung eines Offertöffnungsprotokolls stellt einen erheblichen formellen Mangel des Vergabeverfahrens dar (E. 2.4).

E. 2

In den Ausschreibungsunterlagen sind die Zuschlagskriterien zumindest in der Reihenfolge ihrer Gewichtung aufzuführen (E. 3.2 bis 3.5).

E. 2.1

Der Beschwerdeführer bestreitet die Rechtmässigkeit der Zuschlagserteilung an die T AG und beanstandet das Vorgehen der Beschwerdegegnerin sowohl in formell-rechtlicher als auch materiell-rechtlicher Hinsicht. Als Erstes ist das Vergabeverfahren unter gewissen formell-rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen.

E. 2.2

und 2.3 (...)

E. 2.4

In den Akten findet sich des Weiteren auch kein Protokoll über die Öffnung der Angebote. Gemäss § 35 Abs. 3 VöB ist über die Öffnung der Angebote ein Protokoll zu erstellen. Darin sind mindestens die Namen der anwesenden Personen, die Namen der Anbieter, die Eingangsdaten und die Preise der Angebote sowie allfällige Angebotsvarianten oder Teilangebote festzuhalten. Eine wichtige Funktion des Offertöffnungsprotokolls besteht im Schutz gegen Missbräuche, indem dessen Erstellungsvorschriften etwa verhindern können, dass eine verspätet eingereichte Variante doch noch berücksichtigt wird. Den Formvorschriften kommt im Submissionsrecht insofern ganz allgemein ein hoher Stellenwert zu, als sie wichtige Vergabeprinzipien - namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot - sichern (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 662). Offensichtlich wurde durch die Beschwerdegegnerin bzw. die von ihr eingesetzte Projektgruppe kein derartiges Offertöffnungsprotokoll erstellt. Das Protokoll der 10. Sitzung der IT-Projektgruppe vom 16. April 2013 kann jedenfalls nicht als derartiges Protokoll betrachtet werden, da darin nichts über die Offertöffnung selbst enthalten ist, sondern lediglich das Ergebnis der Auswertung bzw. die Punktevergabe wiedergegeben wird. Die Nichterstellung eines

Offertöffnungsprotokolls stellt (...) einen erheblichen formellen Mangel des Vergabeverfahrens dar.

E. 2.5

(...) 3.3.1 Zu prüfen ist weiter das Vorgehen der Beschwerdegegnerin in materiell-rechtlicher Hinsicht.

E. 3

Für eine zwar fachlich anspruchsvolle und nicht unbedingt standardmässige, aber für den IT-Bereich nicht hochkomplexe Arbeit erscheint eine Gewichtung des Gesamtpreises im Rahmen von 40% bis 50% vorliegend als gerechtfertigt (E. 3.4).

E. 3.2

Die Beschwerdegegnerin gilt als Auftraggeberin im Sinne von Art. 8 IVöB i.V. mit § 2 GöB. Damit ist sie unbestrittenermassen bei der Vergabe von Aufträgen für die Lieferung von Hard- und Software sowie für Dienstleistungen an die entsprechenden gesetzlichen Vorgaben gebunden. Die Beschwerdegegnerin hat für die Zuschlagserteilung zulässigerweise das Einladungsverfahren gemäss den §§ 14 und 34 ff. VöB gewählt. Im Einladungsverfahren lädt die Auftraggeberin die Anbieter ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe ein. Es werden, wenn möglich, mindestens drei Angebote eingeholt (§ 14 VöB, Art. 12 Abs. 1 lit. b bis IVöB). Die Auftraggeberin legt objektive Kriterien und die zu erbringenden Nachweise zur Beurteilung der Eignung der Anbieter fest. Die Eignungskriterien betreffen insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit (§ 31 VöB). Die Angebote werden nach einheitlichen Kriterien nach der gleichzeitigen Öffnung der Angebote fachlich und rechnerisch geprüft. Danach wird eine objektive Vergleichstabelle über die Angebote erstellt (§ 37 VöB). Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Nachhaltigkeit, Lehrlingsausbildung, technischer Wert (§ 42 VöB).

E. 3.3

Gemäss § 21 Ziff. 10 VöB sind in den Ausschreibungsunterlagen insbesondere die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Gewichtung aufzuführen. In Ziff. 3.2 des Pflichtenhefts der Beschwerdegegnerin vom Februar 2013 werden folgende Zuschlagskriterien „in der Reihenfolge der Gewichtung“ ausgeführt: Erfahrungen/Referenzen, Investitionskosten, technische Spezifikation Hardware, Terminplan, Dienstleistung und Firmenprofil. Diese Reihenfolge stimmt jedoch offensichtlich nicht mit der letztlich gemäss der Beurteilungsmatrix vorgenommenen Gewichtung der einzelnen Kriterien überein. In der Bewertungsmatrix hat die Beschwerdegegnerin bei total 280 zu vergebenden Punkten folgende Gewichtung vorgenommen: Hardware 90 Punkte (32%), Gesamtpreis des Angebots 50 Punkte (rund 18%), Investitionskosten Software 40 Punkte (14%), Dienstleistungen für Systemintegration bzw. nach Abnahme je 30 Punkte (je 11%), Erfahrung/Referenzen und Firmenprofil/Leistungsfähigkeit je 20 Punkte (je 7%). Verglichen mit den Zuschlagskriterien gemäss Pflichtenheft stimmen dementsprechend weder die Reihenfolge gemäss der Gewichtung noch der Inhalt bzw. die Aufteilung/Abgrenzung der einzelnen Zuschlagskriterien an sich überein. An erster Stelle wurden im Pflichtenheft die

Erfahrungen/Referenzen genannt, welche in der Bewertungsmatrix nunmehr aber mit lediglich 7% in Anschlag gebracht werden. In der Absage an den Beschwerdeführer wurde dieses Kriterium gar als massgebender Grund angegeben. Die zentrale Vorgabe gemäss § 21 Ziff. 10 VöB, wonach die Vergabebehörden verpflichtet sind, alle im konkreten Beschaffungsgeschäft zur Anwendung gelangenden Zuschlagskriterien den Anbietern zum Voraus zumindest in der Reihenfolge ihrer Bedeutung/Gewichtung bekanntzugeben (vgl. BGE 125 II 86 E. 7 und 8) wurde vorliegend nicht eingehalten.

E. 3.4

Das Bundesgericht hat bei der Gewichtung des Zuschlagskriteriums „Preis“ einen Wert von 20% selbst für komplexe Beschaffungen als grundsätzlich an der untersten Grenze des Zulässigen liegend qualifiziert (BGE 129 I 313 E. 9.2). Eine zu niedrige Gewichtung des Preises bzw. der Investitionskosten verletzt den Grundsatz der Zuschlagserteilung an das wirtschaftlich günstigste Angebot und steht auch im Widerspruch zur Zielsetzung, die öffentlichen Mittel möglichst wirtschaftlich einzusetzen (vgl. auch TVR 2012 Nr. 19, E. 6.1, sowie Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 854). Bei der Festlegung der Gewichtung der Kriterien kommt dem Auftraggeber zwar ein grosses Ermessen zu, das zu überprüfen dem Verwaltungsgericht nur im Rahmen seiner Überprüfungsbefugnis erlaubt ist. Das Verwaltungsgericht hat in TVR 2006 Nr. 26 mit Bezug auf die Projektierung einer Mehrzweckhalle festgestellt, die Gewichtung des Preises mit 45% sei als relativ tief anzusehen. Die vorliegende Gewichtung des Gesamtpreises von rund 18% bei einer wohl fachlich anspruchsvollen und nicht unbedingt standardmässigen, aber für den IT-Bereich nicht hochkomplexen Arbeit ist nicht gerechtfertigt und kommt einer Ermessensüberschreitung durch die Beschwerdegegnerin gleich. Mithin ist auch nicht davon auszugehen, dass nur wenige Fachpersonen in der für die Beschaffung realistischerweise in Betracht kommenden Umgebung der Beschwerdegegnerin existieren, die derartige Arbeiten, d.h. Hardware- und Softwarelieferungen / Dienstleistungen vornehmen können. Insgesamt erscheint vorliegend eine Gewichtung des Gesamtpreises im Rahmen von 40% bis 50% als gerechtfertigt.

E. 3.5

Sodann wurden in der Bewertungsmatrix zum Teil Kriterien aufgeführt und offensichtlich auch gewertet, die nicht oder nicht in der entsprechenden Konkretisierung und Aufteilung im Pflichtenheft enthalten waren.

E. 3.5.1

So wird etwa im Pflichtenheft bei „Erfahrungen/Referenzen“ von den Offerenten verlangt, dass sie mindestens drei Jahre Erfahrung im Schulbereich aufzuweisen und mindestens drei Referenzen aus Schulprojekten, „möglichst ähnlich der Situation der Auftraggeberin“ einzureichen hätten. Was genau mit letzterer Formulierung gemeint ist, ergibt sich aus dem Pflichtenheft nicht. Insbesondere wird darin nicht explizit verlangt, dass sich die Referenz auf ein Projekt für ein gemanagtes WLAN beziehen muss. Dies war jedoch, wie sich der Absageverfügung an den Beschwerdeführer vom 18. April 2013 entnehmen lässt, offensichtlich ein Hauptgrund für die an ihn gerichtete Absage. Unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie des Transparenzprinzips wäre eine entsprechende Konkretisierung im Pflichtenheft unabdingbar, nachdem die Beschwerdegegnerin einer derartigen Erfahrung/ Referenz entsprechende Bedeutung beimass.

E. 3.5.2

(Grundsätzliche Zulässigkeit der Berücksichtigung von graduell bewerteten Kriterien einerseits als Eignungskriterium und andererseits als Zuschlagskriterium, dies im Sinne einer Prüfung unter verschiedenen Aspekten; Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 2C_91/2013 vom 23. Juli 2013 [= BGE 139 II 489], E. 2.2.4, mit Hinweisen). Dies trifft auch auf das vorliegend von der Beschwerdegegnerin gewertete Zuschlagskriterium „Erfahrungen/Referenzen“ zu. Entsprechend ist im Grundsatz zwar nicht zu beanstanden, dass die Eignung des Beschwerdeführers grundsätzlich bejaht wurde, das Zuschlagskriterium jedoch mangels Erfahrungsnachweises für ein gemanagtes WLAN demgegenüber tiefer bewertet wurde als bei den übrigen Anbietern. Wie erwähnt, wäre dies jedoch von Anfang an im Pflichtenheft bzw. bei den Zuschlagskriterien entsprechend konkret zu verlangen gewesen.

E. 3.5.3

(Keine Erwähnung des letztlich ebenfalls gewerteten Kriteriums der „Lehrlingsausbildung“ bei den Zuschlagskriterien im Pflichtenheft)

E. 3.5.4

Der Beschwerdeführer hat mit rund Fr. 117'000.-- das günstigste Angebot eingereicht. Weshalb er beim Kriterium „Gesamtpreis Angebot“ lediglich 40,55 Punkte erhielt und die Mitbewerber mit Angeboten von Fr. 176'000.-- (S AG) bzw. Fr. 162'000.-- (T AG) eine Punktezahl von 33,88 bzw. sogar 42,22 erreichten, ist nicht nachvollziehbar. Bei der T AG wurde in der Bewertungsmatrix die höchste Punktevergabe damit begründet, dass bei dieser Firma das beste Preis-/Leistungsverhältnis vorliege. Ein Kriterium Preis-/Leistungsverhältnis ist jedoch als Zuschlagskriterium untauglich. Ein solches Verhältnis ist im öffentlichen Beschaffungswesen deckungsgleich mit dem Begriff der „Wirtschaftlichkeit“ bzw. dem „wirtschaftlich günstigsten Angebot“, welches ja gerade anhand aller Zuschlagskriterien ermittelt werden soll (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 853). Die höchste Punktevergabe an die T AG beim Zuschlagskriterium „Gesamtpreis Angebot“ ist daher unzulässig. Auch anhand der im Recht liegenden Akten ist nicht ersichtlich, nach welchen Aspekten die Beschwerdegegnerin das Zuschlagskriterium „Gesamtpreis Angebot“ geprüft hat. Die Punkteberechnung beim Kriterium Preis ist submissionsrechtlich auf verschiedene Arten möglich, so etwa durch Interpolation ohne Berücksichtigung des günstigsten und teuersten Angebotes oder aber durch die Bewertung des günstigsten Angebotes mit der maximalen Punktezahl und die Bewertung von Angeboten mit Preisen von mehr als 50% über dem günstigsten Angebot mit 0%. Die konkrete Ausgestaltung der Preiskurve fällt in das weite Ermessen der Vergabebehörde (vgl. TVR 2006 Nr. 26, E. 5a). Dieses muss aber aufgrund des Transparenzprinzips nachvollzogen werden können. Die Bewertung des Kriteriums „Gesamtpreis Angebot“ ist vorliegend (...) in keiner Weise nachvollziehbar, was dem Transparenzprinzip widerspricht und folglich nicht haltbar ist.

E. 3.5.5

Auch die Punktevergabe bei den anderen Zuschlagskriterien lässt sich nicht schlüssig nachvollziehen, nachdem in der Bewertungsmatrix die Zuordnung der einzelnen Punkte bei den Unterkriterien fehlt und damit nicht ersichtlich ist, wie das jeweils erreichte Punktetotal bei den Hauptkriterien errechnet wurde. Eine Prüfung der Punkteinteilung lediglich anhand der Bemerkungen in den einzelnen Spalten der Matrix ist nicht möglich. Vor allem beim Kriterium Hardware, welches mit maximal 90 Punkten bewertet wurde, ist nicht

überprüfbar, weshalb der Beschwerdeführer lediglich 51,44 Punkte erhielt. Damit ein Preisvergleich zwischen den Submittenten überhaupt möglich ist, muss ein Anbieter die zu beschaffende Leistung in der Ausschreibung konkret definieren (vgl. § 23 Ziff. 8 und 9 VöB), was vorliegend eine genaue Geräte- und Softwareumschreibung im Pflichtenheft bedingt hätte. Die Beschwerdegegnerin hat den Anbietern im Pflichtenheft vorliegend jedoch einen relativ grossen Spielraum für die Ausgestaltung der Hardware und vor allem der Softwarelösungen (samt Optionen), des managed WIFI und der Garantien etc. eingeräumt. Dadurch wird jedoch ein korrekter, fairer und vor allem transparenter Vergleich der einzelnen Offerten bei einem derart umfangreichen Vorhaben verunmöglicht. Entsprechend ist auch der Einwand des Beschwerdeführers verständlich, dass er sich ans Pflichtenheft gehalten habe, die Beschwerdegegnerin jedoch andere, nicht zu offerierende Lösungen der Mitbewerber verglichen und bevorzugt habe. Wenn eine offen gestaltete Variante der Ausschreibung für Hard- und Software sowie Dienstleistungen gewählt wird, dann ist beim Kriterium Hardware lediglich zu prüfen, ob sich der einzelne Submittent ans Pflichtenheft gehalten hat. Sofern dies der Fall ist, ist ihm grundsätzlich die volle Punktezahl für dieses Kriterium anzurechnen, ohne dabei die vorgeschlagenen und unterschiedlichen Softwarelösungen der Submittenten anders zu bewerten. Falls ein unvollständiges Angebot eingereicht wird (stets gemessen an den vorgängig im Pflichtenheft definierten Anforderungen), ist ein Ausschluss des betreffenden Anbieters gemäss § 36 VöB zu prüfen. Auch in dieser Hinsicht muss sich die Beschwerdegegnerin eine Verletzung des Transparenzprinzips vorwerfen lassen.

E. 3.6

(...) 4. Zusammenfassend ergibt sich, dass das gesamte Vergabeverfahren in verschiedener Hinsicht derart erhebliche Mängel formeller und materieller Natur aufweist, dass der Zuschlags- bzw. Absageentscheid vom 18. April 2013 aufzuheben ist. Die Beschwerde erweist sich in diesem Sinne als begründet und ist gutzuheissen. Die Beschwerdegegnerin wird dementsprechend das Vergabeverfahren zu wiederholen haben. Als nicht sachgerecht erweist sich - angesichts der bereits bei der Definition der Zuschlagskriterien bzw. bei der Abfassung des Pflichtenhefts aufgetretenen Mängel - lediglich eine Rückweisung zur Neuvergabe/Neuerteilung des Zuschlags. Vielmehr ist das Vergabeverfahren abzubrechen; die Beschwerdegegnerin wird mit anderen Worten ein neues Verfahren durchzuführen haben. Dabei ist allerdings eine neue Auswahl der fünf einzelnen IT-Unternehmen nicht erforderlich, da diesbezüglich kein fehlerhaftes Vorgehen der Beschwerdegegnerin ersichtlich ist. (...) Entscheid VG.2013.64/E vom 4. September 2013 × JavaScript errors detected Please note, these errors can depend on your browser setup. If this problem persists, please contact our support. Contact Support Close

E. 4

Die in der Bewertungsmatrix aufgeführten und gewerteten Kriterien haben grundsätzlich - auch bezüglich Konkretisierung und Aufteilung - denjenigen im Pflichtenheft zu entsprechen (E. 3.5).

E. 5

Das Kriterium „Preis-/Leistungsverhältnis“ ist als Zuschlagskriterium untauglich. Ein solches Verhältnis ist im öffentlichen Beschaffungswesen deckungsgleich mit dem Begriff der „Wirtschaftlichkeit“ bzw. dem „wirtschaftlich günstigsten Angebot“, welches ja gerade anhand aller Zuschlagskriterien ermittelt werden soll (E. 3.5.4).

E. 6

Im konkreten Fall leidet das Vergabeverfahren an derart erheblichen Mängeln, dass durch das Verwaltungsgericht der Abbruch desselben anzuordnen ist (E. 4). Die Primarschulgemeinde P plant die Erneuerung ihrer IT-Infrastruktur in ihren Schulhäusern. Vorgesehen ist die Beschaffung einer Server- und Clientinfrastruktur sowie eines gemanagten Wireless-LAN (WLAN). Für die öffentliche Vergabe führte die Primarschulgemeinde P ein Einladungsverfahren durch und lud fünf IT-Unternehmen zur Offertstellung ein. Zur Vorlage der Offerten in digitaler Form wurde eine Frist bis 25. März 2013 angesetzt. Am 24. März 2013 reichte B eine Offerte für die ausgeschriebenen Leistungen zu einem Gesamtpreis von Fr. 116'723.-- ein. Zudem gingen zwei weitere Offerten einerseits von der S AG für Fr. 176'000.-- und andererseits von der T AG für Fr. 162'220.75 ein. Am 16. April 2013 beschloss die von der Primarschulgemeinde P eingesetzte Projektgruppe ICT, den Auftrag an die T AG zu erteilen. Der Zuschlag und die Absagen an die Mitofferenten wurden mit Verfügungen vom 18. April 2013 eröffnet. Dagegen erhob B Beschwerde. Das Verwaltungsgericht heisst diese gut, hebt den Zuschlag an die T AG bzw. die Absage an B auf und weist die Sache zur erneuten Durchführung des Vergabeverfahrens und zum Neuentcheid über den Zuschlag an die Primarschulgemeinde P zurück. Aus den Erwägungen: 2.

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