

Submission: Abbruch des Verfahrens

- Wird das Submissionsverfahren ohne genügenden Grund abgebrochen, stellt das Gericht die Widerrechtlichkeit des Verfahrensabbruchs fest; zum Zuschlag kann die Vergabestelle nicht verpflichtet werden.**

Urteil des Verwaltungsgerichts (VGE) III/45 vom 7. Mai 2013 (WBE.2013.133)

Aus den Erwägungen

II.

1.

Im Nachgang zum Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Februar 2013 (WBE.2012.406) sah die Vergabestelle von einer Neubewertung und neuen Zuschlagserteilung ab und ordnete den Abbruch sowie die Wiederholung des Verfahrens an. Begründet wurde das Vorgehen damit, die Gemeinde B. lege "Wert auf eine transparente Submission mit klar definierten Zuschlagskriterien, welche für die offerierenden Unternehmungen eine Chancengleichheit bietet. Damit diesem Umstand Rechnung getragen werden kann, ist die durchgeführte Submission abubrechen und zu wiederholen." Die Beschwerdeführerin erachtet den Abbruch und die Wiederholung als unzulässig. Mit Urteil vom 28. Februar 2013 habe das Verwaltungsgericht festgestellt, dass der an die E. erteilte Zuschlag aufzuheben und die Beschwerdesache an die Vergabebehörde zur Neubewertung des Zuschlagskriteriums "Kompetenz" im Sinne der Erwägungen und zu neuer Zuschlagserteilung zurückzuweisen sei. Der Gemeinderat ignoriere mit seinem Beschluss vom 4. April 2013 die klare Anordnung des Gerichts, was rechtsmissbräuchlich sei. Abgesehen davon sei die Berufung auf § 22 SubmD unzulässig und rechtsmissbräuchlich. Ein Grund gemäss § 22 Abs. 2 SubmD sei nicht gegeben.

2.

Zu prüfen ist, ob die Vergabestelle berechtigt war, die Submission abubrechen und die Wiederholung zu verfügen.

2.1.

Die Vergabestelle ist nicht zum Zuschlag verpflichtet (§ 22 Abs. 1 SubmD). Aus wichtigen Gründen kann das Verfahren jederzeit abgebrochen oder wiederholt werden. Dies ist gemäss § 22 Abs. 2 lit. a–d SubmD insbesondere zulässig, wenn

- a) kein Angebot eingereicht wurde, das die in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt;
- b) auf Grund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen oder wegen wegfallender Wettbewerbsverzerrungen günstigere Angebote zu erwarten sind;
- c) die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren;
- d) eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich wurde.

Diese Aufzählung ist nicht abschliessend, macht aber deutlich, dass der Abbruch des Submissionsverfahrens nicht grundlos erfolgen darf. Nicht nur § 22 Abs. 2 SubmD, sondern schon die vorvertragliche Treupflicht nach Art. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) verbietet es nämlich der Vergabestelle, dem einzelnen Submittenten seine Chance auf den Zuschlag durch grundlosen Verfahrensabbruch zu entziehen oder durch eine Wiederholung des Verfahrens allenfalls zu verschlechtern. Der Anbieter darf sich gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber auf ein vertrauenswürdiges, korrektes Verhalten verlassen und darauf, dass die Vergabestelle das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäss ausübt; eine grundlose Schmälerung der Chancen des

einzelnen Submittenten auf den Zuschlag erscheint auch unter diesem Gesichtswinkel ausgeschlossen. Bereits aus der allgemeinen, vorvertraglichen Treuepflicht sowie aufgrund des vom öffentlichen Auftraggeber pflichtgemäss auszuübenden Ermessens folgt daher ohne Weiteres der Grundsatz, dass das Submissionsverfahren nur aus wichtigen Gründen abgebrochen oder wiederholt werden darf, falls nicht die Haftung aus culpa in contrahendo Platz greifen soll (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2003, S. 251 f.; 1999, S. 313 f. mit Hinweisen; Entscheid des Verwaltungsgerichts [VGE] IV/49 vom 17. August 2006 [WBE.2006.18], S. 11; VGE III/27 vom 20. April 2006 [WBE.2006.24], S. 4).

2.2.

In § 22 Abs. 2 lit. a–d SubmD aufgezählte Abbruchgründe sind im vorliegenden Fall keine gegeben. Die ursprünglich eingereichten Angebote entsprachen den Submissionsbedingungen. Dies gilt namentlich auch für das Angebot der Beschwerdeführerin. Die Rand- und Rahmenbedingungen haben sich nicht verändert, die Angebote garantieren einen wirksamen Wettbewerb und von einer wesentlichen Änderung der nachgefragten Leistung kann ebenfalls nicht die Rede sein. Die Vergabestelle sieht dies offensichtlich nicht anders, beruft sie sich doch weder in der Verfügung vom 4. April 2013 noch in der Beschwerdeantwort auf einen der in § 22 Abs. 2 lit. a–d SubmD explizit aufgeführten Gründe.

2.3.

2.3.1.

Die Vergabestelle begründete den Abbruch bzw. die Wiederholung der Submission damit, dass sie "Wert auf eine transparente Submission mit klar definierten Zuschlagskriterien, welche für die offerierenden Unternehmungen eine Chancengleichheit bietet" lege. In der Beschwerdeantwort präzisiert sie, der Gemeinderat habe, unter Beachtung der Erwägungen des Verwaltungsgerichts, das Vergabeverfahren nochmals geprüft und sei zum Schluss gekommen, dass im Sinne einer Gleichbehandlung/Chancengleichheit aller Anbietenden die ursprünglich vorgesehenen Kriterien nicht geeignet seien, um eine in allen Teilen korrekte Vergabe vorzunehmen. In der ursprünglichen Submission seien die bisherigen Erfahrungen der Gemeinde und des Bauleitungsbüros mit der jeweiligen Unternehmung in den letzten fünf Jahren bewertet worden, was im Bewertungsschema entsprechend beschrieben worden sei. Da die Beschwerdeführerin in den letzten fünf Jahren weder für die Gemeinde noch unter der Bauleitung von F. tätig gewesen sei, habe sie bei diesem Kriterium keine Punkte erhalten. Das Verwaltungsgericht habe die Arbeitsvergabe aufgehoben. Die Bewertung der beanstandeten Kriterien basiere auf den "persönlichen" Erfahrungen der Gemeinde und der Bauleitung. Diese Erfahrungen könnten nicht bei einem Dritten erfragt werden. Externe Referenzauskünfte könnten zwar eingeholt werden, die Bewertung derselben stelle aber wiederum einen Ermessensspielraum dar und stehe im Widerspruch zu den ursprünglich definierten Kriterien. Aufgrund der definierten Kriterien gemäss seinerzeitiger Ausschreibung sei eine rechtlich saubere, gesetzeskonforme und im Interesse der Gemeinde stehende Bewertung nicht möglich. Dies sei ein wichtiger Grund, um das laufende Submissionsverfahren abzubrechen und mit neuen, klar definierten Kriterien zu wiederholen. Dem Gemeinderat sei es ein Anliegen, die Vergabe der Bauarbeiten unter den Aspekten Gesetzmässigkeit, Transparenz und Gleichbehandlung zu vergeben. Mit der Wiederholung des Verfahrens werde für alle Anbietenden, auch jene welche bereits am Verfahren teilgenommen hätten, eine Chancengleichheit geboten.

2.3.2.

Die im Urteil vom 28. Februar 2013 gerügten Bewertungsfehler beim Zuschlagskriterium "Kompetenz" bzw. den Subkriterien "Erfahrung / Referenz Unternehmung" und "Organisation / Kommunikati-

on" sind kein wichtiger Grund für einen Verfahrensabbruch. Das Verwaltungsgericht führte in seinem Urteil (S. 9 f.) aus:

"3.4.2.

Aus den Bewertungsblättern lässt sich einzig entnehmen, dass diejenigen Anbieter, die in den letzten fünf Jahren mit der Gemeinde B. bzw. mit dem Ingenieurbüro F. zusammengearbeitet haben, bei den Aspekten 'Bisherige Erfahrungen der Gemeinde B. mit dem Unternehmer: Arbeitsleistung in den letzten 5 Jahren' und 'Erfahrung der Bauleitung mit dem Unternehmer in den letzten 5 Jahren' mit der maximal möglichen Punktezahl bewertet wurden. Dies trifft mit Ausnahme der Beschwerdeführerin und der G., die hier beide keine Punkte erhalten haben, auf alle Anbieter zu. Wie die Maximalbewertungen im Einzelfall zustande gekommen sind bzw. auf welchen Grundlagen (Unterlagen von früheren Arbeiten, Auskünften etc.) sie beruhen, ist aus den Akten des Vergabeverfahrens nicht ersichtlich. Gemäss der Feststellung der Vergabebehörde in der Beschwerdeantwort ist diesbezüglich auch nichts dokumentiert worden. Objektiv nachvollziehen lassen sich diese (Maximal-)Bewertungen somit nicht. Sie werden von der Beschwerdeführerin allerdings nicht als unzutreffend in Frage gestellt, insbesondere auch nicht in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin.

3.4.3.

Die Zuschlagskriterien und die Subkriterien, wie sie in der öffentlichen Ausschreibung sowie in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben worden sind (vgl. oben Erw. 2.1.), erscheinen per se nicht unzulässig. Dies gilt auch für das Subkriterium 'Erfahrung / Referenz Unternehmung', worunter gemäss den Ausschreibungsunterlagen 'bisherige Erfahrungen des Bauherrn mit dem Unternehmer' beurteilt werden sollten. Dies lässt sich durchaus dahingehend verstehen, dass damit sowohl die eigenen Erfahrungen der Vergabebehörde mit einem Anbieter als auch die Erfahrungen externer Bauherren als Referenzgeber gemeint sind (vgl. erwähnter VGE III/5 vom 27. Februar 2012 [WBE.2011.271], S. 13). Auch das Kriterium 'Kommunikation' erscheint grundsätzlich zulässig, auch wenn es in § 18 Abs. 2 SubmD nicht ausdrücklich als Zuschlagskriterium erwähnt ist. Die dortige Aufzählung ist nicht abschliessend.

3.4.4.

Als klar unzulässig erweisen sich jedoch aufgrund vorstehender Erwägungen (Erw. 3.3) die ausschliesslich mit dem Umstand der fehlenden Zusammenarbeit der Beschwerdeführerin mit der Vergabebehörde und dem Ingenieurbüro F. begründeten Bewertungsabzüge von je drei Punkten bei den Subkriterien 'Erfahrung / Referenz Unternehmung' und 'Organisation / Kommunikation'. Aufgrund der Bewertung der früheren Zusammenarbeit mit der Gemeinde bzw. mit dem Ingenieurbüro konnte ein Anbieter, der diesen Aspekt nicht erfüllte, bei der Gesamtbewertung von vornherein auf maximal 94 (statt 100) Punkte kommen. Dies stellt, wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, einen Verstoß gegen die Gleichbehandlung der Anbietenden dar. Richtigerweise hätte die Vergabestelle nicht ausschliesslich auf die eigenen Erfahrungen mit den Anbietern abstellen dürfen, sondern zumindest in jenen Fällen, in denen solche fehlten (wie bei der Beschwerdeführerin und der G.), externe Referenzauskünfte einholen und diese bewerten müssen (vgl. erwähnter VGE III/5 vom 27. Februar 2012 [WBE.2011.271], S. 14).

4.

Damit erweist sich die Beschwerde in Bezug auf die gerügte Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Kompetenz' bzw. der Subkriterien 'Erfahrung / Referenz Unternehmung' und 'Organisation / Kommunikation' als begründet. Der an die E. erteilte Zuschlag ist aufzuheben, und die Beschwerdesache ist an die Vergabebehörde zur Neubewertung des Zuschlagskriteriums 'Kompetenz' im Sinne der Erwägungen und zu neuer Zuschlagserteilung zurückzuweisen. Insoweit ist die Beschwerde gutzuheissen. Abzuweisen ist sie hingegen, soweit mit ihr verlangt wird, der Zuschlag sei im vorliegenden Verfahren der Beschwerdeführerin zu erteilen."

Wie die Erwägungen zeigen, erachtete das Verwaltungsgericht die fehlerhafte Bewertung des Zuschlagskriteriums "Kompetenz" als verbesserungsfähig. Im Rahmen der Neubewertung hätten für die "fehlenden eigenen Erfahrungen" der Beschwerdeführerin externe Referenzauskünfte eingeholt werden und die Neubewertung hätte in objektiv nachvollziehbarer (und dokumentierter) Weise erfolgen müssen. Dies wäre ohne weiteres möglich gewesen. Entgegen der Auffassung der Vergabestelle steht die Bewertung externer Referenzauskünfte auch nicht im Widerspruch zu den ursprünglich definierten Kriterien, wie sich Erw. 3.4.3 des Urteils vom 28. Februar 2013 entnehmen lässt.

Demgemäss war der Abbruch des Submissionsverfahrens nicht durch einen wichtigen Grund im Sinne von § 22 Abs. 2 SubmD gerechtfertigt. Der Vergabestelle lagen auch nach Aufhebung des Zuschlags zwei gültige Angebote vor. Es wäre ihr im Grundsatz möglich gewesen, die Angebote der ehemaligen Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin im Sinne der Erwägungen im Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Februar 2013 (WBE.2012.406) neu zu bewerten und alsdann den Zuschlag zu erteilen. Der Verfahrensabbruch erweist sich damit als widerrechtlich.

3.

Schliesslich ist über die Rechtsfolgen des grundlos erfolgten Verfahrensabbruchs zu befinden. Die Beschwerdeführerin verlangt, der Entscheid des Gemeinderats vom 4. April 2013 betreffend Verfahrensabbruch (Erschliessung D., Bauarbeiten) sei aufzuheben und der Gemeinderat sei anzuweisen, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Februar 2013 entsprechend Erw. II/4. umzusetzen. Das vom Gemeinderat gewählte Vorgehen widerspreche den Vorgaben des Verwaltungsgerichts krass und sei rechtsmissbräuchlich.

Das Verwaltungsgericht hat dazu festgehalten, die Vergabebehörde sei nach § 22 Abs. 1 SubmD nicht verpflichtet, ein angehobenes Vergabeverfahren mit einem Zuschlag zu beenden. Folglich müsse es das Verwaltungsgericht bei der Feststellung bewenden lassen, dass das Submissionsverfahren ohne genügenden Grund und damit zu Unrecht abgebrochen worden sei (AGVE 2003, S. 253; VGE III/27 vom 20. April 2006 [WBE.2006.24], S. 9). An dieser Rechtsprechung ist angesichts des klaren Wortlauts von § 22 Abs. 1 SubmD festzuhalten. Dem Hauptantrag in Ziffer 1 des Beschwerdebegehrens ("Es sei der Entscheid des Gemeinderats der Einwohnergemeinde B. vom 4. April 2013 betreffend Abbruch Verfahren Erschliessung D. aufzuheben und den Gemeinderat B. anzuweisen, das Urteil des Verwaltungsgerichtes Aargau vom 28. Februar 2013, 3. Kammer entsprechend den Erwägungen Ziff. II./4. Seite 10 umzusetzen") kann daher nicht entsprochen werden. Nach dem Grundsatz "a maiore ad minus" ist die Beschwerde hingegen dahingehend gutzuheissen, dass die Widerrechtlichkeit des Verfahrensabbruchs festzustellen ist. Anzumerken gilt hier, dass in Fällen wie dem vorliegenden, wo das Submissionsverfahren ohne hinreichenden Grund abgebrochen wird, eine Entschädigungspflicht der Vergabebehörde gegenüber den dadurch benachteiligten Anbietern, hier der Beschwerdeführerin, entstehen kann (AGVE 1997, S. 360 f.; VGE III/27 vom 20. April 2006 [WBE.2006.24], S. 10; VGE III/64 vom 4. August 2004 [BE.2004.00145], S. 11; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 502).

4.

Demgemäss ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde festzustellen, dass der Verfahrensabbruch ohne wichtigen Grund und damit widerrechtlich erfolgt ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.