

Submission: Ausschluss vom Verfahren

- Die nachträgliche Änderung einer Bietergemeinschaft stellt einen Ausschlussgrund dar, es sei denn, dass die Änderung nur unwesentlich und die Eignung weiterhin gegeben ist (Verhältnismässigkeitsprinzip).
- Die Parteientschädigung bemisst sich nach dem Streitwert, der 10 % des Auftragswerts (ohne MWST) beträgt (Erw. III/2).

Urteil des Verwaltungsgerichts (VGE) III/5 vom 28. Februar 2013 (WBE.2012.231)

Aus den Erwägungen

II.

1.

1.1.

Vorab streitig ist die Rechtmässigkeit des Ausschlusses.

Im angefochtenen Vergabeentscheid begründet die Vergabestelle den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerinnen damit, dass die H. aus der ARGE D. ausgeschieden sei. ...

2.

2.1.

2.1.1.

Gemäss § 28 Abs. 1 SubmD schliesst die Vergabestelle bei Vorliegen genügender Gründe Anbietende vom Verfahren aus. Dies gilt insbesondere in den in § 28 Abs. 1 lit. a–h SubmD genannten Fällen. Auszuschliessen sind u.a. Anbietende, welche die geforderten Eignungskriterien nicht mehr erfüllen (§ 28 Abs. 1 lit. a SubmD; vgl. auch § 27 lit. a der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB; SAR 150.950]). Bereits aus dem Ausdruck "insbesondere" lässt sich entnehmen, dass der Aufzählung der Ausschlussgründe in § 28 SubmD kein abschliessender Charakter zukommt.

2.1.2.

Zum Ausschluss führen können nach der Rechtsprechung insbesondere auch nachträgliche Veränderungen in der Zusammensetzung einer offerierenden Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft. Bietergemeinschaften sind einfache Gesellschaften im Sinne von Art. 530 OR. Sie sind Arbeitsgemeinschaften aus zwei oder mehreren Firmen, welche (im offenen Verfahren) durch Einreichung eines gemeinsamen Angebots sich gemeinsam um einen Auftrag bewerben. Ein allfälliger Zuschlag wird denn auch nicht der einfachen Gesellschaft erteilt, sondern fällt auf das gemeinsame Angebot und damit an alle beteiligten Unternehmen gemeinsam (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Januar 2012 [B-6762/2011], Erw. 3.3). Bietergemeinschaften, die ihren Mitgliederkreis nach Offerteingabe im Verlaufe eines Vergabeverfahrens verändern, modifizieren ihre Offerte und stellen gegebenenfalls auch ihre Eignung in Frage (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1491).

So liegt beispielsweise gemäss dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in der nachträglichen Erweiterung einer Arbeitsgemeinschaft eine unzulässige Veränderung des ursprünglichen Angebots. Dieses umfasse nicht nur das Versprechen einer konkreten Leistung zu einem definierten Preis,

sondern vorab auch die unmittelbare Verpflichtung der offerierenden Vertragspartei. Das Vergaberecht verbiete es daher, eine Arbeitsgemeinschaft nachträglich in irgendeiner Weise zu verändern, sei es durch Einschränkung oder Erweiterung oder durch Austausch einzelner ihrer Mitglieder (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Juni 2003 [VB.2003.00032], Erw. 2 mit Hinweis). Auch die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen und das Bundesgericht haben festgehalten, dass das nachträgliche Ausscheiden eines Konsortianten aus einer Arbeitsgemeinschaft (grundsätzlich) eine wesentliche Änderung des Angebots darstelle (Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 14. April 2005, in: Verwaltungspraxis des Bundes [VPB] 69.80, Erw. 3b; BGE 131 I 162). Ausnahmsweise kann der Ausschluss gemäss Bundesgericht unterbleiben: "Il n'est certes pas exclu que des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent, au regard notamment du principe de la proportionnalité, justifier une autre solution dans certains cas, par exemple si une entreprise soumissionnaire jouant qu'un rôle marginal au sein d'un grand consortium n'est, pour une raison ou une autre, plus en mesure d'exécuter le mandat ou se retire du consortium" (BGE 131 I 162 f.; vgl. auch JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, hrsg. von JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/PETER GAUCH/PIERRE TERCIER, Freiburg 2002, S. 113). Bei solchen nur unwesentlichen Änderungen kann die Änderung nach Rechtsprechung und Lehre somit akzeptiert werden, sofern die Eignung des Konsortiums gewahrt bleibt (BEAT DENZLER/HEINRICH HEMPEL, Fusioniert, gespalten und übertragen – wenn Anbieter ihr Rechtskleid wechseln, in: Baurecht, Sonderheft 2006, S. 23 Fn. 1).

2.1.3.

Zu nachträglichen Veränderungen führen können auch Umstrukturierungen eines Anbieters, sei dies bei einem Einzelanbieter oder bei einem Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft, z.B. durch Fusion oder Abspaltung. Grundsätzlich wird durch solche Vorgänge die wirtschaftliche Identität des betroffenen ARGE-Mitglieds oder Einzelanbieters trotz der Umwandlungsvorgänge nicht verändert, so dass der Vorgang die Verfahrensstellung der Arbeitsgemeinschaft oder des Anbieters nicht tangiert (BEYELER, a.a.O., Rz. 1510). Bei Auf- oder Abspaltungen von Unternehmen gilt dieser Grundsatz allerdings nicht uneingeschränkt, können sich solche Vorgänge doch auf die Eignung eines Anbieters oder einer Bietergemeinschaft auswirken. Werden einzelne Unternehmenssparten abgespalten und damit faktisch aus dem Vergabeverfahren verabschiedet, die für die Eignung erforderlich gewesen wären, stellt sich folgerichtig die Frage eines Ausschlusses des betroffenen Anbieters bzw. der betroffenen Arbeitsgemeinschaft wegen nachträglich weggefallener Eignung (BEYELER, a.a.O. Rz. 1510 ff, insbesondere Rz. 1512; vgl. DENZLER/HEMPEL, a.a.O., S. 25).

...

2.3.

2.3.1.

Zu prüfen bleibt, ob durch die Umstrukturierung der Beschwerdeführerin 2, als einer der beiden Partnerinnen der ARGE D., das Angebot wesentlich verändert worden ist oder die Eignung des Konsortiums zur Ausführung des konkreten Auftrags in Frage gestellt ist.

...

2.3.3.

Aus dem Angebot der Beschwerdeführerinnen vom 1. Juli 2011 geht klar hervor, dass der Beschwerdeführerin 1, die auch die Federführung innehat, innerhalb der Arbeitsgemeinschaft die führende Rolle zukommt. Sie ist für die technische Leitung verantwortlich. Bei den für die Baustelle vorgesehenen Schlüsselpersonen (Bauführung und Poliere Tiefbau) handelt es sich ausschliesslich um

bei der Beschwerdeführerin 1 angestellte Personen. Die kaufmännische Leitung liegt hingegen bei der Beschwerdeführerin 2. ... Der Vergabestelle musste aber von Anfang an klar gewesen sein, dass die Strassen- und Werkleitungsarbeiten im Zuschlagsfalle von der Beschwerdeführerin 1 ausgeführt werden würden ...

Infolge der Umstrukturierung (Abspaltung) bei der Beschwerdeführerin 2 ist der Bereich Sanierung und Konservierung von historischen Bauten auf die N. übertragen worden. Ebenfalls von dieser übernommen wurden die 13 Mitarbeiter der früheren Firma. Unklar ist, ob bei der heutigen Beschwerdeführerin 2 noch eigene Maschinen und Bauarbeiter vorhanden sind. Der neue Gesellschaftszweck sieht neben dem Immobiliengeschäft auch die Planung, Erstellung, Sanierung und Umnutzung von Gebäuden vor, was darauf hindeutet, dass weiterhin eine Bautätigkeit zumindest im Hochbaubereich angestrebt wird. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten jedenfalls die Behauptung der Vergabestelle, dass die Beschwerdeführerin 2 ihre gesamte Bautätigkeit eingestellt habe und weder Tiefbauarbeiten anbiete noch über die erforderlichen Maschinen, Geräte und Mitarbeiter verfüge. Die Frage kann indessen offen bleiben. Selbst wenn die Beschwerdeführerin 2 im Rahmen der ARGE D. keine Maschinen und Bauarbeiter mehr zur Verfügung stellen könnte, vermag dies die Eignung der Arbeitsgemeinschaft als solche zur Ausführung der vorliegenden Arbeiten nicht ernsthaft in Frage zu stellen, da die Beschwerdeführerin 1 aufgrund ihrer Grösse ohne Weiteres in der Lage ist, einen allfällig entstandenen Ausfall an Maschinen, Geräten und Arbeitskräften zu kompensieren. Eine Aufteilung in personeller oder maschineller Hinsicht kann dem Angebot nicht entnommen werden. Vorliegend geht es aber klarerweise nicht um im Angebot genau spezifizierte Spezialmaschinen oder um Mitarbeiter mit einer Spezialausbildung, die vormals ausschliesslich die Beschwerdeführerin 2 hätte stellen können. Die Beschwerdeführerinnen weisen zu Recht darauf hin, dass es grundsätzlich Sache der Gesellschafter sei, wie sich die einfache Gesellschaft intern organisiere, wer also das Material, die Maschinen, den Baucontainer und die Arbeiter zur Verfügung stelle. Anders verhält es sich bei der von der Beschwerdeführerin 2 zu stellenden kaufmännischen Leitung und der diesbezüglich bezeichneten Schlüsselperson K. Darin ist in Übereinstimmung mit der Vergabestelle durchaus ein wesentlicher Beitrag der Beschwerdeführerin 2 innerhalb der ARGE D. zu sehen. Ein Ausfall der im Angebot namentlich benannten Schlüsselperson und deren Ersatz durch die Beschwerdeführerin 1 würde eine durchaus relevante Veränderung des Angebots bedeuten und möglicherweise auch die Eignung der Arbeitsgemeinschaft in Frage stellen. Ob der nachträgliche Wegfall der angebotenen kaufmännischen Leitung im vorliegenden Fall zum Ausschluss des Angebots der ARGE D. berechtigen würde, kann indessen offen bleiben. Die bei der Beschwerdeführerin 2 vorgenommene Umstrukturierung hat nicht ein Ausscheiden von K. aus der Gesellschaft zur Folge. Dieser bleibt vielmehr unbestrittenermassen Verwaltungsratspräsident, Geschäftsführer und Teilhaber der Beschwerdeführerin 2. Die kaufmännische Leitung innerhalb der ARGE D. verbleibt trotz erfolgter Umstrukturierung bei der Beschwerdeführerin 2 bzw. bei K. Mithin liegt weder eine wesentliche Änderung des Angebots vor, noch ist die Eignung der ARGE D. zur Ausführung der vorliegenden Strassen- und Werkleitungsbauarbeiten nachträglich weggefallen. Die diesbezügliche Eignung wird auch nicht durch den Umstand, dass es im Zusammenhang mit der Umstrukturierung der Beschwerdeführerin 2 offenbar zu Spannungen und Auseinandersetzungen zwischen den beiden ARGE-Partnern gekommen ist, in Frage gestellt. Ein damit begründeter Ausschluss wäre klar unverhältnismässig.

3.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend kein zulässiger Grund im Sinne von § 28 SubmD vorliegt, der einen Ausschluss der ARGE D. gerechtfertigt erscheinen lässt. ...

III.

1.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten des Staates, nachdem der Vergabestelle nicht vorgeworfen werden kann, sie hätte schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden (§ 31 Abs. 2 VRPG). Weiter sind den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen die ihnen im Verfahren vor Verwaltungsgericht entstandenen Parteikosten von der Einwohnergemeinde D., welcher Parteistellung zukommt (§ 13 Abs. 2 lit. e VRPG), zu ersetzen (§ 32 Abs. 2 VRPG).

2.

2.1.

Das Anwaltshonorar in Verwaltungssachen bestimmt sich nach § 8a–c des Dekrets über die Entschädigung der Anwälte vom 10. November 1987 (Anwaltstarif, AnwT; SAR 291.150). Gemäss § 8a Abs. 1 AnwT bemisst sich die Entschädigung in vermögensrechtlichen Streitsachen nach dem gemäss § 4 AnwT berechneten Streitwert. Innerhalb der vorgesehenen Rahmenbeträge richtet sich die Entschädigung nach dem mutmasslichen Aufwand des Anwaltes, nach der Bedeutung und der Schwierigkeit des Falles (§ 8a Abs. 2 AnwT). Die Entschädigung wird als Gesamtbetrag festgesetzt. Auslagen und Mehrwertsteuer sind darin enthalten (§ 8c Abs. 1 AnwT).

2.2.

Soweit in einer Submissionssache eine Zuschlagsverfügung angefochten ist, geht das Verwaltungsgericht von einer vermögensrechtlichen Streitsache aus, wobei der Streitwert in der Regel 10 % des Auftragswertes (ohne MWST; vgl. § 8 Abs. 5 SubmD) beträgt. Im vorliegenden Fall wurde der angefochtene Zuschlag zu einem Betrag von Fr. 988'503.35 netto, inkl. 8 % MWST, erteilt. Der Auftragswert ohne MWST beläuft sich somit auf Fr. 915'280.90 und der massgebliche Streitwert beträgt Fr. 91'528.10. Bei einem Streitwert über Fr. 50'000.00 bis Fr. 100'000.00 liegt der Rahmen für die Entschädigung zwischen Fr. 3'000.00 und Fr. 10'000.00 (§ 8a Abs. 1 lit. a Ziff. 3 AnwT). Der Streitwert bewegt sich im oberen Bereich des vorgegebenen Rahmens, der mutmassliche Aufwand des Anwalts (vgl. die umfangreichen Rechtsschriften der Parteien) und die Schwierigkeit des Falles sind zudem als überdurchschnittlich einzustufen. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände erscheint die geltend gemachte Entschädigung in Höhe von Fr. 9'000.00 als angemessen und sachgerecht.

Stichwörter: Submission