

2. Vergaberecht

Art. 13 lit. i IVöB; § 35 Abs. 1 SubB – Wichtige Gründe für den Abbruch des Verfahrens

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Verlaufe der Jahre 2005/2006 führte die Direktion des Innern des Kantons Zug ein Submissionsverfahren für die Einführung einer Softwarelösung für die Archiv- und Bestandesverwaltung in der Denkmalpflege Zug durch. Mit Verfügung vom 6. Juli 2006 widerrief die Direktion des Innern des Kantons Zug einen früher erfolgten Zuschlag an die C. AG und brach gleichzeitig das Submissionsverfahren ab. Gegen diese Verfügung liess die A. AG am 13. Juli 2006 Beschwerde einreichen und beantragen, die Abbruchverfügung sei aufzuheben und die Sache sei zur gesetzeskonformen Durchführung des Submissionsverfahrens an die Direktion des Innern zurückzuweisen, eventualiter sei festzustellen, dass das von der Direktion des Innern durchgeführte Submissionsverfahren in Sachen Archiv- und Bestandesverwaltungssoftware rechtswidrig sei. Der Beschwerde sei sofort die aufschiebende Wirkung zu gewähren und der Direktion des Innern sei einstweilen zu untersagen, den Vertrag mit einem der anderen Ausschreibungsteilnehmer abzuschliessen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Direktion des Innern. Mit Vernehmlassung vom 21. September 2006 lässt die Direktion des Innern beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen und die aufschiebende Wirkung sei umgehend zu entziehen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Mit Verfügung vom 26. September 2006 hob der Vorsitzende der verwaltungsrechtlichen Kammer die vorsorglich und vorläufig erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder auf.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss Art. 13 lit. i IVöB haben die kantonalen Ausführungsbestimmungen den Abbruch und die Wiederholung des Vergabeverfahrens auf wichtige Gründe zu beschränken. Paragraph 35 der kantonalen Submissionsverordnung regelt den Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens. Gemäss § 35 Abs. 1 SubV kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen oder wiederholen, namentlich wenn die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren (lit.c). Bei den unter § 35 Abs. 1 lit. a – d erwähnten Gründen handelt es sich nur um eine beispielhafte Aufzählung. Allein der Wortlaut lässt darauf schliessen, dass es noch andere wichtige Gründe gibt, die einen Abbruch des Verfahrens rechtfertigen können.

a) Um zu bestimmen, ob ein wichtiger Grund für einen Abbruch des Vergabeverfahrens vorliegt, sind die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts heranzuziehen. Wird die im Einladungsverfahren vorgesehene Mindestanzahl einzuholender Angebote (Art. 12 Abs. 1 lit. b^{bis} IVöB) von drei Angeboten nicht erreicht, so wird vermutet, dass kein wirksamer Wettbewerb zustande kommt. Ebenso wenig Wettbewerb wird erzielt, wenn diese Mindestzahl von Angeboten eingeholt wird, aber z.B. nur einzelne Angebote gültig sind. Wenn zu wenig gültige Angebote vorliegen und die Vergabebehörde daher nicht in der Lage ist, sich ein Bild vom tatsächlichen Markt zu machen und mittels Angebotsvergleich ein wirtschaftlich günstiges Angebot zu ermitteln, darf sie das Verfahren abbrechen. Sind zwei oder drei Angebote gültig, so muss die Vergabebehörde im Einzelfall bestimmen, ob sich ein Verfahrensabbruch rechtfertigen lässt. Je mehr Angebote gültig sind, desto weniger kommt ein Verfahrensabbruch in Frage. Wird die Mindestzahl von einzuholenden Angeboten nicht erreicht, ist die Vergabebehörde verpflichtet, das Verfahren abzubreaken oder nachträglich weitere Anbieter einzuladen. Werden zwar genügend Angebote eingeholt, sind aber zu wenige gültig, so besteht ebenfalls das Recht auf Verfahrensabbruch. Wenn die eingereichten Angebote die erwarteten Kosten massiv überschreiten, so ist dies ein zusätzliches Argument für den Verfahrensabbruch. Entscheidend ist aber, ob die Vergabebehörde durch die Angebote eine Wettbewerbssituation erzielt, die es ihr ermöglicht, sich ein Bild vom tatsächlichen Marktangebot zu machen, die Angebote zu vergleichen und schliesslich wirtschaftlich günstig zu vergeben. Ist dies nicht gewährleistet, darf das Verfahren abgebrochen werden, unabhängig davon, ob sich die eingereichten Angebote im Kostenrahmen bewegen oder nicht (Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. Bern 2005, S. 215 f. mit vielen Hinweisen auf die Gerichtspraxis in den Kantonen). Ein wichtiger Grund für den Verfahrensabbruch liegt auch vor, wenn sich nach der Evaluation der Angebote herausstellt, dass die Vergabe zu einem unerwartet hohen Preis erfolgen müsste. Dies gilt jedoch nur insofern, als die Abweichung von der Kostenschätzung erheblich ist und sie von der Vergabestelle bei realistischer Einschätzung nicht hätte vorhergesehen werden können. Mehrkosten von 25% und mehr im Vergleich zur Kostenschätzung stellen grundsätzlich einen wichtigen Grund für den Verfahrensabbruch dar (BR 2/2003, Nr. S 20).

b) Im Frühjahr 2005 führte das Amt für Denkmalpflege und Archäologie des Kantons Zug im Hinblick auf eine Software-Einführung für die Archiv- und Bestandesverwaltung in der Denkmalpflege Zug eine Marktanalyse durch, bei der Richtpreisofferten von verschiedenen Anbietern in der Schweiz und im EU-Raum eingeholt wurden. Die Auswertung der Richtpreisofferten ergab Projektkosten von rund Fr. 100'000.-, die entsprechend budgetiert wurden (Basis für die Berechnung dieser Projektkosten war unter anderem auch ein Angebot der Beschwerdeführerin vom 16. Dezember 2004). Obwohl der Betrag unter dem Schwellenwert von Fr. 150'000.- für

das Einladungsverfahren lag, entschied sich die Auftraggeberin für das Einladungsverfahren. Als Anbieter wurden die Firma D. als Gesamtsiegerin der Vorevaluation, die A. AG als Sieger der Vorevaluation Schweiz und die C. AG ausgewählt. Am 23. März 2006 wurden den drei ausgewählten Anbietern das Pflichtenheft und die Ausschreibungsunterlagen zugestellt. Im Pflichtenheft ist unter der Ziff. 5.1 als Eignungskriterium (Musskriterien) unter anderem aufgeführt, dass der Anbieter den Nachweis über ausgewiesene Erfahrungen für die geforderten Leistungen mit vergleichbaren Projekten in Denkmalpflegen (Referenzen) erbringen müsse. Bis zur Offertöffnung am 20. April 2006 gingen von den eingeladenen Anbietern drei Offerten ein. Die Beschwerdeführerin reichte ein Angebot von Fr. 268'168.- ein. Die Angebote der beiden anderen Anbieter lagen unter Fr. 125'000.-, eines sogar unter Fr. 100'000.-. Die Angebote wurden in der Folge ausgewertet und der Zuschlag mit Entscheid vom 4. Mai 2006 an die C. AG erteilt. Die Beschwerdeführerin erhob gegen diesen Zuschlag am 12. Mai 2006 Beschwerde und verlangte den Ausschluss der Gewinnerin, weil diese nicht alle Eignungskriterien erfülle.

c) Mit Verfügung vom 6. Juli 2006 stellte die Direktion des Innern fest, dass sowohl die C. wie auch die D. AG das Musskriterium der Erfahrung mit vergleichbaren Projekten im Bereich der Denkmalpflege nicht erfüllen würden und deshalb richtigerweise schon vor der Evaluation von der Vergabe hätten ausgeschlossen werden müssen. Damit verblieb nur noch die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin im Rennen. Aus dieser Konstellation ergibt sich, dass von der Vergabebehörde zwar genügend Angebote eingeholt wurden, dass aber schlussendlich nur noch ein Anbieter übrig blieb, der die Eignungskriterien erfüllte. Unter diesen Umständen erlaubte es das Submissionsverfahren nicht mehr, durch die gültigen Angebote eine Wettbewerbssituation zu erzielen, die es der Vergabebehörde ermöglicht hätte, sich ein Bild vom tatsächlichen Marktangebot zu machen. Ein wirksamer Wettbewerb und eine Vergabe an das wirtschaftlich günstigste Angebot, wie es das Gesetz zwingend verlangt, waren unter diesen Umständen nicht mehr möglich. Der Vergabebehörde blieb nur noch die Wahl, entweder das Verfahren abubrechen oder noch andere Anbieter zur Offertstellung einzuladen. Dass sie sich unter diesen Umständen entschied, das Submissionsverfahren abubrechen, kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden.

d) Das Submissionsverfahren hätte aber auch abgebrochen werden müssen, weil mit der Beschwerdeführerin die einzige im Wettbewerb verbliebene Anbieterin ein Angebot unterbreitet hat, das die finanziellen Möglichkeiten der Denkmalpflege massiv überstieg. Gegenüber der ehemaligen Richtpreisofferte von Fr. 140'000.-, die die Beschwerdeführerin im Verlaufe des Jahres 2005 selber noch als zu hoch bezeichnete, ergab sich ein Mehraufwand von Fr. 128'000.- und gegenüber den Angeboten der anderen beiden Anbieterinnen war das Angebot der Beschwerdeführerin sogar um 200 %

bzw. 120 % höher. Wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, diese Mehrkosten habe die Denkmalpflege selber zu verantworten, weil sie zwischenzeitlich immer höhere Anforderungen gestellt habe, so übersieht sie dabei, dass die beiden anderen Konkurrenten bei gleichen Anforderungen wesentlich tiefere Angebote eingereicht haben. Der Ausschluss dieser Konkurrenten erfolgte auch nicht deshalb, weil ihre Angebote nicht den Anforderungen des Pflichtenhefts entsprachen, sondern weil sie das Eignungskriterium der vergleichbaren Projekte in der Denkmalpflege nicht erfüllten. Dass sich daraus ein derart eklatanter Preisunterschied rechtfertigen würde, kann nicht ernsthaft behauptet werden, zumal auch die Auswertung der Richtpreisofferten ergab, dass mit Projektkosten von ca. Fr. 100'000.- gerechnet werden müsse.

e) Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Nach dem Ausschluss von zwei von drei Anbietern im Einladungsverfahren waren die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb nicht mehr gegeben (§ 35 Abs. 1 lit. c SubV). Die Vergabebehörde hatte keine Möglichkeit mehr, den Auftrag an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen. Zudem hätte das Angebot der Beschwerdeführerin auch nicht berücksichtigt werden können, weil es den Kostenrahmen um ein Mehrfaches überschritt. Der Verfahrensabbruch war zwingend notwendig und verletzt keine gesetzlichen Bestimmungen. Damit erweist sich die vorliegende Beschwerde als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Dezember 2006

V 2006 / 83