



Geschäftsnummer: VD.2017.121 (AG.2017.656)

In Instanz: Appellationsgericht

Entscheidungsdatum: 24.09.2017

Erstpublikationsdatum: 10.11.2017

Aktualisierungsdatum: 10.11.2017

Titel: Submission: Umbau und Aufstockung
Turnhallentrakt Bläsi, Basel, BKP 230
Elektroanlagen; Verbandsbeschwerde



**Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt**

**als Verwaltungsgericht
Dreiergericht**

VD.2017.121

URTEIL

vom 24. September 2017

Mitwirkende

Dr. Stephan Wullschleger, Dr. Claudius Gelzer, Dr. Christoph Spenlé
und Gerichtsschreiber Dr. Peter Bucher

Beteiligte

Verband A_____

Rekurrent

[...]

vertreten durch [...]

gegen

Bau- und Verkehrsdepartement

Kantonale Fachstelle für öffentliche Beschaffungen
Münsterplatz 11, 4001 Basel

Rekursgegnerin

B_____

Beigeladene

[...]

vertreten durch [...]

Gegenstand

Rekurs gegen einen Zuschlag des Bau- und Verkehrsdepartements
vom 5. Mai 2017

betreffend Submission: Umbau und Aufstockung Turnhallentrakt Bläsi, Basel, BKP 230 Elektroanlagen; Verbandsbeschwerde

Sachverhalt

Das Bau- und Verkehrsdepartement (BVD) schrieb am 10. Dezember 2016 im offenen Verfahren den Bauauftrag „Umbau und Aufstockung Turnhallentrakt Bläsi, Basel, BKP 230 Elektroanlagen“ im Kantonsblatt sowie auf www.simap.ch aus. Als Zuschlagskriterium wurde zu 100 % der Preis genannt. Eingegangen sind 9 Angebote. Der Zuschlag wurde am 5. Mai 2017 der B_____ zum Preis von CHF 767'402.70 ohne MWST erteilt und am 10. Mai 2017 im Kantonsblatt sowie auf www.simap.ch publiziert.

Gegen diesen Zuschlag richtet sich der am 19. Mai 2017 erhobene und begründete Rekurs des durch [...] vertretenen Verbands A_____, mit dem der Rekurrent die Aufhebung des Zuschlags und die Rückweisung der Sache an das BVD verlangt; unter o/e Kostenfolge. Zudem hat der Rekurrent aufschiebende Wirkung in dem Sinn beantragt, als dem BVD zu verbieten sei, mit der Zuschlagsempfängerin einen Vertrag abzuschliessen. Dem hat der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 24. Mai 2017 vorläufig entsprochen, um in der Folge mit Verfügung vom 20. Juni 2017 dem Rekurs die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen. Das BVD hat mit Rekursantwort vom 10. Juli 2017 mitgeteilt, dass der Vertrag zwischenzeitlich abgeschlossen sei. In der Sache beantragt das BVD, auf den Rekurs sei nicht einzutreten, eventualiter sei dieser abzuweisen; unter o/e- Kostenfolge. Die B_____ (Beigeladene), vertreten durch [...], beantragt mit Stellungnahme vom 18. Juli 2017 die kostenfällige Abweisung des Rekurses. Der Rekurrent selber, also diesmal ohne anwaltliche Vertretung, hat am 18. August 2017 repliziert. Diese Replik wurde dem BVD und der Beigeladenen zur Kenntnisnahme zugestellt. Die Tatsachen und Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für das Urteil von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Das vorliegende Urteil ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

Erwägungen

1.

1.1 Gemäss § 31 lit. f i.V.m. § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeschG; SG 914.100) kann innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlags gegen diesen begründeter Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit in Anwendung von § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG; SG 154.100) als Dreiergericht zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig. Der Rekurs wurde form- und fristgerecht eingereicht.

1.2 Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat, ferner wer durch besondere Vorschriften zum Rekurs ermächtigt wird (§ 13 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRPG; SG 270.100]).

1.2.1 Der Rekurrent macht geltend, er sei gestützt auf das Verbandsbeschwerderecht im Sinne einer egoistischen Verbandsbeschwerde zum Rekurs legitimiert und verweist auf seine Statuten, wo dies ausdrücklich festgehalten sei. Der Verband bezwecke gemäss diesen Statuten den Zusammenschluss von Elektroinstallationsfirmen mit Sitz im Kanton Basel-Stadt zur Förderung ihrer gemeinsamen beruflichen und wirtschaftlichen Interessen. Dazu gehörten die Schaffung marktwirtschaftlicher Grundlagen, die Fairness im Konkurrenzkampf und die gemeinsame Durchführung von Gesamtarbeitsverträgen. Der Rekurrent als privatrechtlicher Verein sei ein Verband im Sinne des öffentlichen Prozessrechts. Eine besondere Beziehungsnähe liege für alle Mitglieder des Verbands

vor, die als Anbieter für die fragliche Submission aufgetreten seien. Alle Anbieter, welche bei dieser Submission nicht berücksichtigt worden seien, seien Mitglieder des Verbands. Die Zuschlagsempfängerin und Beigeladene dagegen sei gerade nicht Mitglied des Verbands. Der Verband handle im Interesse seiner Mitglieder für einen bestimmten Zweck betreffend die Einhaltung der Elektrizitätsgesetzgebung sowie gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen, nicht aber für die Allgemeinheit. Daher sei das schutzwürdige Interesse des Rekurrenten gegeben. Der Verband handle auch als interessierter Dritter. Die bei der Vergabe nicht berücksichtigten Anbieter würden sich in gewissem Sinne scheuen, direkt gegen das BVD vorzugehen, weil sie gewisse Nachteile für zukünftige Vergaben befürchteten. Es liege auch im Interesse aller Mitglieder des Verbands, dass überprüft werde, ob die gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen eingehalten würden.

1.2.2 Das BVD hält dem entgegen, dem Rekurrenten komme kein eigenständiges Beschwerderecht zu, und er sei auch nicht durch Gesetz zum Rekurs legitimiert. Die weitaus überwiegende Mehrzahl der Mitglieder des Rekurrenten besitze kein unmittelbares, eigenes Interesse, sondern höchstens ein Interesse allgemeiner Art an der Wahrung der Qualitätsstandards der Branche. Eine solche virtuelle Betroffenheit legitimiere nicht zur egoistischen Verbandsbeschwerde. Auch als interessierter Dritter sei der Rekurrent nicht zum Rekurs legitimiert, da die unterlegenen Anbieter den Zuschlag akzeptiert hätten. Die Beigeladene schliesst sich diesen Ausführungen des BVD an.

1.2.3 Der Rekurrent hat den vorliegenden Rekurs in eigenem Namen erhoben. Wie er selber ausführt, hat er nicht am Vergabeverfahren teilgenommen und ist von diesem nicht selber betroffen, und zutreffend geht er auch davon aus, dass er sich nicht auf ein gesetzliches Verbandsbeschwerderecht berufen kann. Insoweit folgerichtig stützt der Rekurrent seine Beschwerdelegitimation auf die Rechtsfigur der egoistischen Verbandsbeschwerde.

Mit der egoistischen Verbandsbeschwerde kann ein Verband die Interessen seiner Mitglieder geltend machen, wenn es sich um Interessen handelt, die er nach seinen Statuten zu wahren hat, die der Mehrheit oder einer Grosszahl seiner Mitglieder gemeinsam sind und zu deren Geltendmachung durch Beschwerde jedes dieser Mitglieder befugt wäre. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein und sollen die Popularbeschwerde ausschliessen. Wer keine eigenen, sondern nur allgemeine oder öffentliche Interessen geltend machen kann, ist nicht befugt, Beschwerde zu führen (BGE 136 II 539 E. 1.1 S. 542 m.H.; VGE VD. 2015.109 vom 18. März 2016 E. 1.3; BERTSCHI, in: Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich 2014, § 21 N 93 ff.).

1.2.4 Ob die statutarischen Zweckbestimmungen (RB 3) des Rekurrenten „zur allseitigen Wahrung und Förderung“ der „gemeinsamen beruflichen und wirtschaftlichen Interessen“ der bei ihm zusammengeschlossenen Elektro-Installationsfirmen mit Firmensitz im Kanton Basel-Stadt sowie der „Vertretung der Verbandsinteressen gegenüber Behörden und behördlichen Massnahmen, auch im Sinne einer Verbandsbeschwerde gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG“, den genannten Anforderungen genügen, kann offen bleiben. Voraussetzung für die Rekurslegitimation in vergaberechtlichen Streitsachen ist nämlich darüber hinaus, dass der Rekurrent bei Gutheissung des Rekurses eine reelle Chance haben muss, den Zuschlag selbst zu erhalten; andernfalls fehlt ihm das schutzwürdige Interesse an der Rekurerhebung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. S. 27 ff.; VGE VD.2015.198 vom 2. Mai 2016 E. 1.3.2, VD. 2016.128 vom 30. Mai 2017 E. 1.1, VD.2017.18 vom 29. Juni 2017 E. 1.2). Im vorliegenden Verfahren war der Preis das einzige Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 100 %. Bei einer Gutheissung des Rekurses könnte sich daher nur der Anbieter mit dem zweittiefsten Preisangebot eine reelle Chance auf Erhalt des Zuschlags ausrechnen, vorliegend also gemäss Offerteröffnungsprotokoll (RB 4) die C____, oder

allenfalls höchstens noch der Drittplatzierte (BGE 141 II 14 E. 4.1; BGer 2C_549/2011 vom 27. März 2012 E. 1), vorliegend also die D____. Auch wenn alle acht Anbieter, welche den Zuschlag nicht erhalten haben, Mitglieder des Rekurrenten sind, so kann doch bei dieser Sachlage keine Rede davon sein, dass eine grössere Anzahl von Mitgliedern des Rekurrenten – gemäss aufliegender Liste sind dies 38 an der Zahl (RB 5) – zum Rekurs legitimiert wäre. Folglich ist auch der Rekurrent nicht zur egoistischen Verbandsbeschwerde legitimiert.

1.2.5 Daran ändert nichts, dass gemäss den Ausführungen des Rekurrenten jene Firmen, welche bei der Vergabe nicht berücksichtigt worden seien, sich davor scheuten, „direkt“ gegen das BVD vorzugehen, weil sie aus ihrer Sicht gewisse Nachteile für zukünftige Vergaben befürchteten. Das Bundesgericht hat im Urteil BGer 2P.42/2001 vom 8. Juni 2001 E. 2.e) bb) festgehalten, dass in Vergabeverfahren ein interessierter Dritter den Vergabeentscheid nicht zugunsten eines Verfügungsadressaten anfechten kann, wenn die am Verfahren beteiligten Anbieter den Vergabeentscheid akzeptiert haben. Davon ist auch vorliegend auszugehen, nachdem keiner der nicht berücksichtigten Anbieter den Vergabeentscheid angefochten hat. Hinzu kommt, dass, wie bereits ausgeführt, ohnehin einzig die C____ von einer allfälligen Guttheissung des Rekurses profitieren würde (oder allenfalls die D____).

1.2.6 Schliesslich lässt sich entgegen der Auffassung des Rekurrenten auch aus einem Verdacht auf Verletzung der Mindestlohnbestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags (GAV) und der Elektrizitätsgesetzgebung keine Legitimation des Rekurrenten zur Erhebung eines Submissionsrekurses herleiten. Zunächst ist dazu wiederum festzuhalten, dass dies auch die zweitplatzierte C____ selber hätte geltend machen können (oder allenfalls die D____). Sodann dient das verwaltungsgerichtliche Verfahren der Überprüfung der Rechtmässigkeit des Vergabeverfahrens – hier konkret der Zuschlagsverfügung –, nicht aber der spezifischen Fachaufsicht über das Elektrogewerbe oder direkt der Arbeitsmarktkontrolle; hierfür sind vielmehr die jeweiligen fachlichen Kontrollinstanzen zuständig.

2.

Ergänzend sei festgehalten, dass dem Rekurs auch materiell kein Erfolg beschieden sein könnte, wenn darauf einzutreten wäre. Der Rekurrent bringt in keiner Weise substantiiert vor und es ist auch nicht ersichtlich, dass die Beigeladene ein in der Ausschreibung aufgeführtes Eignungskriterium nicht erfüllen würde und daher vom Verfahren ausgeschlossen werden müsste. Vielmehr führt das BVD unwidersprochen aus, dass die Beigeladene den gemäss Ausschreibung als einziges Eignungskriterium verlangten Nachweis eines in den letzten fünf Jahren bereits ausgeführten, vergleichbaren Referenzauftrags, welcher bezüglich Leistungsart und Leistungsumfang (CHF 300'000.–) mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar ist (BVD RAB 1 Ziff. 3.7, 3.8), erbracht habe. Wohl müssen gemäss § 5 Abs. 2 lit. a BeschG die Anbietenden die dauernde und vollumfängliche Einhaltung der GAV nachweisen, und die Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen sowie das Fehlen von Eignungsnachweisen stellen gemäss § 8 lit. a und c BeschG Ausschlussgründe dar. Das BVD vertritt indessen zu Recht den Standpunkt, dass sich die Vergabestelle auf die Bestätigungen der entsprechenden fachlichen Kontrollinstanzen verlassen können muss, welche hier unbestrittenermassen vorliegen. Die Beigeladene legt im Übrigen in der Rekursantwort nachvollziehbar dar, dass sie die GAV-Bestimmungen tatsächlich einhält. Auch dies bestreitet der Rekurrent replicando nicht substantiiert. Weiter stellt die vom Rekurrenten ins Feld geführte Einhaltung der Vorgaben von Art. 9 und 10 der Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (NIV; SR 734.27) – in diesen Bestimmungen wird ein bestimmter Bestand an qualifiziertem Personal stipuliert – zum Zeitpunkt der Einreichung der Offerte kein in der Ausschreibung aufgeführtes Eignungskriterium dar. Genügend geeignetes Personal wird vielmehr dann bereitzustellen sein, wenn es an die Ausführung des Auftrags geht (vgl. VGE VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 4.2). Zudem liegt

die Bestätigung des Starkstrominspektorats für die Einhaltung der NIV vor. Dies stellt der Rekurrent mit der Replik denn auch nicht mehr in Frage. Ebensovienig substanziiert sind die (erst replicando vorgetragenen) impliziten Dumpingvorwürfe der Rekurrentin an die Adresse der Beigeladenen, wonach für die zur Erfüllung des Auftrags angeblich benötigten 8'800 Wochenmonteurstunden zu dem von der Beigeladenen angebotenen Preis nicht genügend fachkundige Personen in Relation zur Grösse des Auftrags bereitgestellt werden könnten. Dem ist entgegen zu halten, dass konkrete Elektroinstallationsarbeiten ausgeschrieben waren, nicht eine bestimmte Anzahl Wochenmonteurstunden. Wenn nun die Beigeladene mit weniger Stundenaufwand rechnet und/oder weniger pro Stunde berechnet und/oder sonstwie günstiger kalkuliert – auch indem sie notwendiges Personal allenfalls projektbezogen rekrutiert, wie der Rekurrent im Rekurs selber darlegt –, so liegt diese Preiskalkulation in ihrem unternehmerischen Risiko. Dass die Preisdifferenz zur zweitplatzierten Offerte – sie liegt weniger als 3 % höher als jene der Beigeladenen (Offerte Beigeladene: CHF 767'402.70; Offerte C____: CHF 789'788.55; vgl. RB 4) – derart gewaltig wäre, dass daraus geschlossen werden müsste, die geforderte Leistung würde zum angebotenen Preis überhaupt nicht erbracht werden können (VGE VD.2017.18 vom 29. Juni 2017 E.4.3.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 1109 ff.), kann nicht gesagt werden. Dass der Zuschlag entsprechend der Ausschreibung dem preislich tiefsten und damit wirtschaftlich günstigsten Angebot (§ 26 BeschG) erteilt wurde, erscheint korrekt und entspricht der Zielsetzung des Beschaffungsrechts, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern (§ 1 lit. c BeschG).

3.

Zusammenfassend ist auf den Rekurs nicht einzutreten, und selbst wenn darauf einzutreten wäre, wäre er abzuweisen. Der Rekurrent hat bei diesem Ausgang des Verfahrens dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 3'000.– zu tragen und der Beigeladenen eine Parteientschädigung zu entrichten. Diese macht eine Entschädigung von CHF 3'150.70 (inkl. Auslagen und MWST) geltend, was bei Anwendung des Überwälzungstarifs von CHF 250.– pro Stunde einem Aufwand von rund 12 Stunden entspricht. Dieser Aufwand erscheint zwar etwas hoch, zumal die Beigeladene in wesentlichen Punkten auf die Rekursantwort des BVD verweisen konnte. Andererseits hat der Rekurrent die Höhe der geltend gemachten Parteientschädigung mit seiner Replik nicht beanstandet. Die Parteientschädigung ist der Beigeladenen somit in der beantragten Höhe zuzusprechen.

Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):

://: Auf den Rekurs wird nicht eingetreten.

Der Rekurrent trägt die Kosten des Verfahrens mit einer Gebühr von CHF 3'000.–.

Der Rekurrent wird verpflichtet, der Beigeladenen eine Parteientschädigung von CHF 3'150.70 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen.

Mitteilung an:

- Rekurrent
- Bau- und Verkehrsdepartement
- Beigeladene

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Gerichtsschreiber

Dr. Peter Bucher

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.