

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2D_19/2015

Urteil vom 31. Juli 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler, Stadelmann,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
X. _____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Fürsprecher A. _____,

gegen

1. Gemeinderat Rehetobel,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Kurt Steiner,
2. Z. _____ AG.

Gegenstand
Neuvergabe Winterdienst,

Verfassungsbeschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts Appenzell Ausserrhoden,
Einzelrichter,
vom 6. Februar 2015.

Sachverhalt:

A.

Die Unterhalts- und Betriebskommission der Gemeinde Rehetobel (UBK) schrieb den Winterdienst auf den Gemeindestrassen ab der Wintersaison 2014/2015 im Einladungsverfahren aus. Es wurden vier Angebote eingereicht. Mit Beschluss vom 12. August 2014 vergab die UBK den Winterdienst für die Route 2 an die Y. _____ AG, denjenigen für die Route 1 an die X. _____ AG.

B.

Dagegen erhoben die beiden anderen Anbieter, die Z. _____ AG und B. _____, Rekurs an den Gemeinderat. Mit Rekurs- und Submissionsentscheid vom 25. September 2014 vergab der Gemeinderat den Winterdienst für die Route 2 wiederum an die Y. _____ AG, denjenigen für die Route 1 jedoch an die Z. _____ AG.

C.

Die X. _____ AG erhob dagegen Beschwerde an das Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden. Dieses wies die Beschwerde mit Entscheid vom 6. Februar 2015 ab.

D.

Die X. _____ AG erhebt mit Eingabe vom 13. März 2015 subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag, in Aufhebung des angefochtenen Urteils sei der Auftrag für den Winterdienst auf der Route 1 ihr zu erteilen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur erneuten

Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, subeventualiter die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festzustellen.

Der Gemeinderat Rehetobel beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Obergericht schliesst auf Abweisung. Die Z. _____ AG lässt sich nicht vernehmen. Die X. _____ AG repliziert.

Erwägungen:

1.

1.1. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist zulässig (Art. 83 lit. f und Art. 113 ff. BGG). Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin zur Beschwerde legitimiert, da ihre Offerte als nächstplatzierte hinter der Beschwerdegegnerin 2 bei Gutheissung ihrer Anträge eine reelle Chance auf den Zuschlag hätte (Art. 115 BGG; BGE 141 II 14 E. 4.1 S. 27).

1.2. Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG). Ausgeschlossen ist damit die Rüge der Missachtung von Gesetzes-, Staatsvertrags- und Konkordatsrecht. Gleiches gilt für die Rüge der Verletzung des den Submissionserlassen zugrunde liegenden Transparenzgebotes und des beschaffungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes; die genannten Grundsätze sind keine selbständigen Verfassungsgarantien (Urteil 2C_1196/2013 vom 21. Februar 2014 E. 1.5). Zulässig ist aber die Rüge einer willkürlichen Anwendung der massgebenden Submissionsgesetzgebung, da im öffentlichen Beschaffungsrecht die Anbieter ein rechtlich geschütztes Interesse an der Einhaltung der entsprechenden Gesetzgebung haben (BGE 125 II 86 E. 4 S. 95).

1.3. Das Bundesgericht prüft die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten - mit Einschluss des Willkürverbots - nur, soweit eine entsprechende Rüge vorgebracht und begründet worden ist (sog. Rügeprinzip; Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Der Beschwerdeführer muss in seiner Eingabe dartun, welche verfassungsmässigen Rechte inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft nur rechtsgenügend vorgebrachte, klar erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 133 II 396 E. 3.2 S. 400). Ruft der Beschwerdeführer das Willkürverbot an, muss er anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheides dartun, dass und inwiefern der angefochtene Entscheid willkürlich ist (BGE 135 III 232 E. 1.2 S. 234; 133 III 393 E. 6 S. 397), d.h. offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 137 I 1 E. 2.4 S. 5 mit Hinweisen).

2.

Der Bewertung wurden die vier Kriterien Preis, Maschinenführer, Termin/Einhaltung und Maschinenpark zugrunde gelegt. Die Beschwerdeführerin erhielt insgesamt 87.6 Punkte, die Beschwerdegegnerin 2 88.3 Punkte. Die Beschwerdeführerin rügt die Bewertung für die Kriterien Maschinenführer und Maschinenpark.

3. Maschinenführer

3.1. Beim Kriterium Maschinenführer erhielt die Beschwerdeführerin 20 Punkte, die Beschwerdegegnerin 2 21.7 Punkte. Der Gemeinderat hatte für die Punkteverteilung folgende Eckwerte herangezogen: für Berufschaffere 25 Punkte, für Berufsfachleute bzw. Fahrer mit Baufahrzeugerfahrung 20 Punkte. Die Beschwerdeführerin erhielt für die zwei angegebenen Berufsfachleute 20 Punkte, die Beschwerdegegnerin 2 für drei aufgeführte Berufsfachleute 21.7 Punkte (zwei Fahrer je 20 Punkte plus ein Fahrer mit grosser Winterdienst Erfahrung 25 Punkte).

3.2. Die Vorinstanz erwog, die drei aufgeführten Fahrer der Beschwerdegegnerin 2 seien Baufachleute, die ebenfalls 20 Punkte hätten erhalten sollen; die Erfahrung hätte korrekterweise beim Kriterium Termineinhaltung/Erfahrung einfließen müssen. Dort habe der Gemeinderat aber nur auf Termineinhaltung abgestellt. Wenn er die Erfahrung stattdessen unter dem Kriterium Maschinenführer berücksichtigt habe, sei dies aber im Ergebnis nicht zu beanstanden. Der Gemeinderat habe

nachvollziehbar begründet, dass die Beschwerdegegnerin 2 über deutlich mehr Erfahrung im Winterdienst verfüge, zumal sie jahrelang die Schneeräumung auf Gemeindestrassen durchgeführt habe. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf einen im Dezember 2014 neu eingestellten Mitarbeiter mit Erfahrung im Winterdienst könne nicht gehört werden, da die Angebote nach ihrer Einreichung nicht mehr geändert werden dürften.

3.3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vergabebehörde habe sich an ihr eigenes Bewertungssystem zu halten. Es sei willkürlich, davon abzuweichen. Sodann seien gemäss Ausschreibungsunterlagen lediglich zwei Maschinenführer anzugeben gewesen, woran sie sich gehalten habe. Wenn die Beschwerdegegnerin 2 stattdessen drei Maschinenführer angegeben habe, müsse unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung auch ihr zugestanden werden, einen dritten anzugeben; dieser verfüge über mehrjährige Erfahrung im Winterdienst und sei ebenfalls mit 25 Punkten zu bewerten, woraus sich für sie ebenfalls 21.7 Punkte ergäben.

3.4. Zutreffend ist, dass sich die Vergabebehörde an die von ihr bekannt gegebenen Bewertungskriterien halten muss. Indessen ist verfassungsrechtlich nicht verlangt, auch die Unterkriterien anzugeben (Urteil 2C_91/2013 vom 23. Juli 2013 E. 4.1, nicht publ. in BGE 139 II 489). Die Beschwerdeführerin macht auch nicht geltend, nach kantonalem Recht müssten Unterkriterien bekannt gegeben werden. Vorliegend hatte die Gemeinde in den Ausschreibungsunterlagen nur die Kriterien "Preis", "namentlich erwähnte Maschinenführer", "Termineinhaltung/Erfahrung" sowie "Maschinenpark" genannt, ohne Unterkriterien bekanntzugeben. Bei den Bewertungseckwerten, wonach für Berufschaffere 25 Punkte, für Berufsfachleute 20 Punkte vergeben wurden, handelte es sich nicht um ein bekannt gegebenes Kriterium, sondern um Werte, welche der Gemeinderat erst im Bewertungsstadium festgelegt hatte. Es kann unter diesen Umständen im Ergebnis nicht als unhaltbar betrachtet werden, wenn der Gemeinderat die Erfahrung der einzelnen Maschinenführer unter dem Kriterium "Maschinenführer" berücksichtigte, zumal in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich nach der Erfahrung der einzelnen Maschinenführer gefragt wurde. Die Beschwerdeführerin stellt auch nicht in Frage, dass einer der Maschinenführer der Beschwerdegegnerin 2 eine grössere Erfahrung im Winterdienst hat als die beiden, die sie selber angegeben hat. Wird dieser Mitarbeiter zulässigerweise mit 25 Punkten bewertet, so ist auch unerheblich, dass die Beschwerdegegnerin 2 drei anstatt nur zwei Mitarbeiter angegeben hat: Hätte sie nebst demjenigen mit der grösseren Erfahrung nur einen weiteren angegeben, ergäben sich für sie anstatt 21.7 sogar 22.5 Punkte. Zutreffend ist auch die Argumentation der Vorinstanz, dass die Offerte nicht nachträglich im Beschwerdeverfahren ergänzt werden kann.

4. Maschinenpark

4.1. Gemäss Ausschreibungsunterlage musste der Schneepflug eine Mindestbreite von 3,00 m, verstellbar bis 2.45 m = 35 % aufweisen. Sowohl die Maschine der Beschwerdeführerin als auch diejenige der Beschwerdegegnerin 2 erfüllten diese Voraussetzung. Die UBK hatte allen vier Angeboten beim Maschinenpark 15 Punkte gegeben. Der Gemeinderat gab der Beschwerdegegnerin 2 ebenfalls 15 Punkte, der Beschwerdeführerin aber nur 14 Punkte. Er erwog, die UBK habe beim Maschinenpark offensichtlich nur den Pflug, nicht aber das Fahrzeug gewichtet. Vor der Vorinstanz begründete der Gemeinderat die Höherbewertung der Beschwerdegegnerin 2 damit, dass deren Fahrzeug 2,6 Tonnen schwerer sei, einen längeren Radstand aufweise, was eine bessere Einhaltung der Spur erlaube, 5 PS stärker und 10 km/h schneller sei, was sich positiv auf Arbeitsdauer und Kosten auswirke.

4.2. Die Vorinstanz erwog, die vom Gemeinderat beurteilten Aspekte seien zwar in den Submissionsunterlagen nicht explizit genannt worden, seien aber naheliegende Faktoren für die Eignungsprüfung von Schneeräumungsmaschinen und hätten daher auch ohne Nennung in den Submissionsunterlagen bei der Bewertung berücksichtigt werden dürfen. Zwar sei die Annahme des Gemeinderates unzutreffend, dass die Maschine der Beschwerdegegnerin 2 schneller sei als diejenige der Beschwerdeführerin; beide hätten eine Höchstgeschwindigkeit von 30 km/h. Insoweit sei der Gemeinderat von falschen Annahmen ausgegangen; er habe jedoch überzeugend dargelegt, dass er auch im Wissen um die korrekte Höchstgeschwindigkeit die Maschine der Beschwerdegegnerin 2 aufgrund von Gewicht und Radstand besser beurteilt hätte als diejenige der Beschwerdeführerin. Diese Beurteilung halte sich im Rahmen des der Vergabebehörde zustehenden Ermessensspielraums.

4.3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, nicht voraussehbare Aspekte eines Zuschlagskriteriums

müssten im Voraus bekannt gegeben werden. Gemäss Ausschreibungsbedingungen werde allein der Pflug bewertet, während für das Fahrzeug selber kein Kriterium festgelegt worden sei. Indem die Vorinstanz mit der Bewertung des Fahrzeugs ein weiteres Zuschlagskriterium geschaffen habe, habe sie das Transparenzgebot gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. f der Verordnung vom 13. September 2004 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; bGS 712.11) verletzt. Wäre das Fahrzeug nicht bewertet worden, so hätten beide Angebote die Höchstpunktezahl von 15 erreicht. In den Ausschreibungsunterlagen sei nicht angegeben worden, dass Kriterien wie Radstand oder Gewicht des Fahrzeugs beurteilt würden. Dies sei auch nicht voraussehbar gewesen. Zudem dürften nach dem erstinstanzlichen Verfahren keine neuen Kriterien mehr herangezogen werden; der Gemeinderat hätte daher nur diejenigen Kriterien heranziehen dürfen, welche die UBK angewendet hatte. Sodann sei es unhaltbar, den Pluspunkt für die Maschine der Beschwerdegegnerin 2 mit den Kriterien wie Radstand und Gewicht zu begründen, nachdem der Gemeinderat den Pluspunkt vor allem mit der höheren Geschwindigkeit begründet

habe, was sich dann aber als unzutreffend herausgestellt habe. Ein Fahrzeug mit höherem Gewicht und grösserem Radstand habe auch keine Vorteile; es gebe keine Nachweise, dass ihr Fahrzeug weniger spurtreu sei als dasjenige der Beschwerdegegnerin 2. Zudem habe auch diese in der Vergangenheit in Rehetobel ein leichteres Fahrzeug eingesetzt. Die Aussage des Gemeinderates, er habe in der Vergangenheit gute Erfahrungen gemacht, könne sich deshalb nur auf dieses leichtere Fahrzeug beziehen. Ein leichteres Fahrzeug sei wendiger und schneller als ein schwereres. Insgesamt sei es völlig haltlos, das Fahrzeug der Beschwerdegegnerin 2 mit einem Punkt mehr zu bewerten.

4.4. In den Ausschreibungsunterlagen war unter "Zuschlagskriterien" u.a. aufgeführt:

"Maschinenpark 15 %
(Pflugbreite mind. 3.00 m

verstellbar bis 2,45 = 35 Grad) "

Diese Formulierung spricht dafür, dass die angegebene Pflugmindestbreite ein Eignungskriterium ist, das minimal erfüllt sein muss, was aber nicht ausschliesst, daneben auch weitere Eigenschaften der Maschinen als Zuschlagskriterien zu berücksichtigen (vgl. zur Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien BGE 139 II 489 E. 2.2 S. 491 ff.). Andernfalls würden automatisch alle Maschinen, welche die erforderliche Pflugbreite aufweisen, mit 15 Punkten bewertet; der Maschinenpark hätte damit als eigenes Zuschlagskriterium gar keinen Sinn. Hinzu kommt, dass in den Unterlagen nicht nur die Angabe von Marke und Typ des Pflugs, sondern auch des Fahrzeugs verlangt war sowie dessen PS und Radstand. Schon daraus lässt sich entnehmen, dass diese Aspekte offensichtlich zu den Zuschlagskriterien gehören, wäre ihre Angabe doch sonst nicht erforderlich. Es war somit vorhersehbar, dass diese Aspekte für den Zuschlag eine Bedeutung haben können. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Gemeinderat als Rechtsmittelbehörde gegenüber der UBK diese Faktoren bei seiner Beurteilung in Betracht gezogen hat.

4.5. Gemäss der Submissionsanalyse des Gemeinderates erhielt die Beschwerdeführerin (sowie eine weitere Anbieterin) nur 14 Punkte. Die Analyse enthielt den Vermerk: "Pneulader haben sich in den letzten Jahren im Winterdienst sehr bewährt, besonders vorteilhaft sind die kleinen Wendekreise und die Möglichkeit den Schnee "sehr hoch" auftürmen zu können, z.B. bei der Räumung von Wegverzweigungen, Parkplätzen und bei Einlenkern in die Kantonsstrasse... /// Beim Maschinenpark sind aber auch die Gewichtsklasse und Motorenleistungen und Aspekte des Umweltschutzes (Russpartikelfilter udgl.) zu würdigen".

Im Rekursentscheid führte der Gemeinderat aus:

"Beim Maschinenpark hat die UBK offensichtlich nur den Pflug, nicht aber das Fahrzeug und insbesondere dessen Motorisierung/Leistung und dessen Tauglichkeit (Wendekreis, Räumhöhen usw.) gewichtet. Ebenso sind umweltschonende Faktoren wie Russpartikelfilter zu beachten."

Daraus ergibt sich, dass der Gemeinderat in seiner Submissionsanalyse und in seinem Rekursentscheid nicht auf die Höchstgeschwindigkeit abgestellt hat. Erst in seiner Beschwerdeantwort an das Obergericht hat er die Höchstgeschwindigkeit erwähnt; in seiner Duplik hat er zur Kenntnis genommen, dass auch das Fahrzeug der Beschwerdeführerin die gleiche Höchstgeschwindigkeit aufweise, aber daran erinnert, dass auch weitere Kriterien wichtig seien wie Gewicht und Radstand. Es lässt sich daher nicht sagen, dass er bei seinem Rekursentscheid auf ein Kriterium abgestellt hat, das sich als unzutreffend erwies.

4.6. Der Streit fokussiert sich somit auf die Frage, ob es zulässig ist, das Fahrzeug der Beschwerdegegnerin 2 wegen seines höheren Gewichts und seines grösseren Radstandes mit einem Punkt höher zu bewerten als dasjenige der Beschwerdeführerin.

4.6.1. Es trifft zu, dass kein eigentlicher Beweis vorhanden ist, wonach das schwerere Fahrzeug für die Schneeräumung besser geeignet ist. Ebenso wenig liegt aber ein Beweis vor, dass das leichtere Fahrzeug der Beschwerdeführerin gleich gut geeignet sei.

4.6.2. Als unzutreffend erweist sich die Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach sich die Aussage des Gemeinderates, er habe in der Vergangenheit gute Erfahrungen gemacht, auf ein Fahrzeug der Beschwerdegegnerin 2 beziehe, welches ebenfalls leichter gewesen sei. Zwar könnte die entsprechende Aussage in E. 6.5 S. 14 des angefochtenen Entscheids so verstanden werden. In Wirklichkeit hat aber der Gemeinderat in seiner Eingabe vom 27. November 2014, ad 5e, ausgeführt, in der Vergangenheit seien mit eher schweren Fahrzeugen der Y. _____ AG sehr gute Erfahrungen gemacht worden; auch das schwerere Fahrzeug der Beschwerdegegnerin 2 sei ersatzweise in früheren Jahren in Rehetobel eingesetzt worden. Damit geht der Gemeinderat offensichtlich davon aus, dass nach seiner Erfahrung ein schwereres Fahrzeug besser geeignet ist.

4.6.3. Der Gemeinderat hat somit sein Erfahrungswissen in die Bewertung einfließen lassen. Dabei handelt es sich um eine Frage des technischen Ermessens, welches einer Vergabebehörde zusteht. Die Kritik der Beschwerdeführerin, wonach ein leichteres Fahrzeug wegen seiner Wendigkeit und des geringeren Schädigungspotenzials besser geeignet sei, ist rein appellatorisch. Auch wenn die Betrachtungsweise der Beschwerdeführerin ebenfalls vertretbar sein mag, ist die gegenteilige Ansicht des Gemeinderates nicht unhaltbar. Es ist deshalb nicht verfassungswidrig, wenn der Gemeinderat das schwerere Fahrzeug als besser geeignet beurteilt und die Vorinstanz diese Beurteilung geschützt hat.

5.

Insgesamt lässt sich somit verfassungsrechtlich nicht beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin 2 bei den Kriterien Maschinenführer und Maschinenpark 1,7 bzw. 1 Punkt mehr erhalten hat als die Beschwerdeführerin. Damit schwingt sie in der Gesamtbewertung obenaus. Dass das Angebot der Beschwerdeführerin preislich günstiger war, ändert daran nichts, da die Gesamtbewertung nicht einzig auf den Preis abstellt.

6.

Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen. Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die obsiegende Gemeinde hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG), ebensowenig die Beschwerdegegnerin 2, da sie sich am bundesgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfassungsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Obergericht Appenzell Ausserrhoden, Einzelrichter, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 31. Juli 2015

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Errass