

WBE.2022.6 / MW / jb

Art. 23

Urteil vom 22. März 2022

Besetzung Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz
Verwaltungsrichter Cotti
Verwaltungsrichterin Lang
Gerichtsschreiber Wildi

Beschwerde- **A. _____,**
führerin

gegen

Fachhochschule Nordwestschweiz FHNW, _____

Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Verfügung der Fachhochschule Nordwestschweiz FHNW
vom 15. Dezember 2021

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

Die Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW) schrieb mit dem Projekttitel "Service Management Tool (SM-Tool)" die Implementierung und den Betrieb eines Service Management Tools an der FHNW auf www.simap.ch unter der Meldungsnummer _____ im offenen Verfahren (Staatsvertragsbereich) öffentlich aus (Publikationsdatum: _____). Innert Eingabefrist gingen zehn Angebote mit Angebotssummen zwischen Fr. 401'700.00 und Fr. 3'110'230.00 ein. Mit Verfügung vom 15. Dezember 2021 erteilte die FHNW der B. AG, Q., den Zuschlag für den "Dienstleistungsvertrag zur Implementierung und Betrieb eines Service Management Tools (SM-Tool) der FHNW" zum Angebotspreis von Fr. 675'000.00 exkl. MWSt, nachdem die FHNW am 8. Dezember 2021 den entsprechenden Vergabeantrag genehmigt hatte. Der A. wurde die anderweitige Auftragsvergabe durch Zustellung der Verfügung vom 15. Dezember 2021 eröffnet. Am _____ wurde der Zuschlag zudem unter der Meldungsnummer _____ auf www.simap.ch publiziert.

B.

1.

Mit Eingabe vom 5. Januar 2022 erhob die A. Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, "das Verfahren zur nochmaligen Durchführung an die Vergabestelle zurückzuweisen".

2.

Die FHNW stellte mit Beschwerdeantwort vom 27. Januar 2022 das Begehren, die Beschwerde sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

3.

Die B. AG hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt (vgl. Ziffer 3 der Verfügung vom 7. Januar 2022 und Ziffer 2 der Verfügung vom 3. Februar 2022).

4.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall auf dem Zirkularweg entschieden (vgl. § 7 des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 6. Dezember 2011 [GOG; SAR 155.200]).

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

1.

1.1.

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und gegen Entscheide des Spezialverwaltungsgerichts (§ 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 [VRPG; SAR 271.200]). Ausgeschlossen ist die Beschwerde in den Sachbereichen gemäss § 54 Abs. 2 lit. a – h VRPG. Vorbehalten bleiben sodann Sonderbestimmungen in anderen Gesetzen (§ 54 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerde ist auch in den Fällen von Absatz 2 und 3 zulässig, wenn die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde gerügt wird (§ 54 Abs. 4 VRPG).

1.2.

Gegen Verfügungen der Auftraggeber ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht sind (§ 4 des Dekrets über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2021 [DöB; SAR 150.920]; Art. 52 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [IVöB; SAR 150.960]; Art. 9 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02]).

Die FHNW ist eine interkantonale öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit mit Sitz in Windisch (§ 1 Abs. 2 und 3 des Staatsvertrags zwischen den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz [FHNW] vom 27. Oktober 2004 / 9. November 2004 / 18./19. Januar 2005 [SAR 426.070]). Bei ihr handelt es sich um einen Auftraggeber im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVöB (vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts WBE.2016.393 vom 11. Januar 2017, Erw. I/1.2).

Sind die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens gemäss Anhang 2 IVöB erreicht, was beim hier streitigen Dienstleistungsauftrag der Fall ist, ist durch Beschwerde u.a. der Zuschlag anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 lit. e IVöB).

Das Verwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

2.

2.1.

Angefochten ist der in einem offenen Verfahren erteilte Zuschlag. Die Beschwerdelegitimation beurteilt sich daher nach dem VRPG, da die IVöB in Art. 56 Abs. 5 nur für die Anfechtung von Zuschlägen im freihändigen Verfahren eine eigene Legitimationsbestimmung enthält (vgl. ELISABETH LANG, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 27 zu Art. 55). Zur Beschwerde befugt ist, wer ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Aufhebung oder der Änderung des Entscheids hat (§ 42 lit. a VRPG i.V.m. Art. 55 IVöB). Die Beschwerdebefugnis ist von Amtes wegen zu prüfen. Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen hat zum Zweck, dass die Anbietenden gegen vermutete Verletzungen von Submissionsvorschriften im Zusammenhang mit Beschaffungen, an denen sie ein Interesse haben oder gehabt haben, sollen Beschwerde führen können (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2013, S. 193, Erw. I/2.1; 2008, S. 191, Erw. 2.1.1; 1998, S. 350, Erw. I/4.a/bb). Zur Beschwerde befugt ist insbesondere ein Anbieter, dessen Offerte für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde (vgl. AGVE 2013, S. 193, Erw. I/2.1; 2008, S. 191, Erw. 2.1.1; 1998, S. 350, Erw. I/4.a/bb). Als direkter Verfügungsadressat formell beschwert ist, wer ein Angebot eingereicht hat. Eine materielle Beschwer des nicht berücksichtigten Anbieters besteht dann, wenn er bei Gutheissung seiner Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen, oder wenn er eine neue Ausschreibung bzw. eine Wiederholung des Submissionsverfahrens (mit neuem Angebot) erreichen kann (vgl. AGVE 1999, S. 321 ff.; vgl. auch BGE 141 II 14 ff.); andernfalls fehlt ihm das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung. Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14, Erw. 4.9).

Nach der publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts beschränkt sich die Wirkung einer Gutheissung der Beschwerde zudem nicht nur auf den Zuschlagsempfänger und den oder die anfechtenden Anbieter, sondern die Aufhebung des Zuschlags wirkt für sämtliche am Vergabeverfahren beteiligten Anbieter (vgl. BGE 146 II 276 ff., insbes. Erw. 1.2.4 und 6.3; 141 II 14, Erw. 4.7; Urteil des Bundesgerichts 2C_383/2014 vom 15. September 2014, Erw. 4.7; ferner MICHA BÜHLER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 13 zu Art. 58; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht in a nutshell, 3. Aufl. 2021, S. 176). Das heisst, in eine im Falle einer Gutheissung der Beschwerde notwendig werdende Neuurteilung bzw. Neubewertung durch die Vergabebehörde sind alle gültigen Angebote wieder miteinzubeziehen (vgl. Verfügung des Verwaltungsgerichts WBE.2021.239 vom 3. August 2021, Erw. 5.4 [als Leitscheid publiziert]).

2.2.

Die Beschwerdeführerin hat fristgerecht ein gültiges Angebot eingereicht, das indessen für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde. Im Angebotsvergleich liegt sie mit 695 Punkten lediglich an siebter und damit letzter Stelle. Die vor ihr liegenden Anbieter weisen zwischen 893 Punkten (Zuschlagsempfängerin) und 729 Punkten (Platz 6) auf (vgl. genehmigter Vergabeantrag vom 8. Dezember 2021 [Beschwerdeantwortbeilage 4]). Die Beschwerdeführerin beantragt, das Verfahren sei zur nochmaligen Durchführung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Sie begründet ihr Begehren mit "einigen Unregelmässigkeiten", "die den Rückschluss einer Befangenheit und Bevorzugung des Anbieters B. vermuten lassen. Im Speziellen gibt es aber auch konkrete Hinweise, welche darauf schliessen, dass nicht alle Eignungskriterien richtig angewandt wurden [...]". Eine mögliche Erklärung für den Verzicht auf eine (sonst übliche) Anbieterpräsentation sei, dass man den Anbieter bereits kenne und daher auf eine zusätzliche Beurteilung verzichte. Zudem seien sowohl der M. der FHNW als auch der N. der Zuschlagsempfängerin aktive Jurymitglieder bei der Vergabe des XY. Award 2021 (_____) gewesen. Somit sei der Verdacht einer gewissen Befangenheit gegeben, da an einer solchen Veranstaltung, kurz vor der Ausschreibung, sicherlich über die mögliche Lösung gesprochen werde. Sodann erfülle die Zuschlagsempfängerin mehrere Eignungskriterien (EK03: Erfahrung, EK04: Unternehmensreferenzen, EK18: Zertifizierungen) nicht. Auch sei es sehr unrealistisch, dass alle inhaltlichen Anforderungen, wie z.B. die Schnittstellen, im Angebotspreis des gewinnenden Angebots enthalten gewesen seien (vgl. Beschwerde, S. 1 f). Die von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen betreffen ausschliesslich die Zuschlagsempfängerin B. AG und deren Angebot. Sie macht sinngemäss geltend, dass der Zuschlag nicht der B. AG hätte erteilt werden dürfen. Der Offertvergleich (in anonymisierter Form) lag der Beschwerdeführerin vor (vgl. Beschwerde, S. 3; Beschwerdebeilagen). Sie konnte daraus ohne Weiteres erkennen, dass sie mit zum Teil deutlichem Abstand lediglich auf Rang 7 lag. Ausführungen zu den – nach der Zuschlagsempfängerin – vor ihr platzierten Anbietern sowie zu den Rangierungen und den Punktezahlen fehlen in der Beschwerde vollständig, und es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen sie vor diesen Konkurrentinnen hätte rangiert werden müssen.

Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin – bei Aufhebung des an die B. AG erteilten Zuschlags und deren Ausschluss vom Verfahren – eine realistische Chance hätte, mit ihrem Angebot zum Zug zu kommen. Eine Neuausschreibung des Dienstleistungsauftrags hat die Beschwerdeführerin zu Recht nicht verlangt. Dafür sind keine Gründe zu erkennen; namentlich stellt der Verzicht auf eine (mündliche) Präsentation der Anbieter keinen Grund für eine neue Ausschreibung dar. Laut Vergabestelle war der M. der FHNW zudem in keiner Weise an der Ausschreibung und Evaluation des Verfahrens beteiligt und wirkte auch

nicht am Zuschlag mit (vgl. Beschwerdeantwort, S. 3 f.). Aus den Akten ergeben sich keine gegenteiligen Hinweise, so dass auch der Befangenheitsvorwurf der Beschwerdeführerin ins Leere stösst.

Demzufolge fehlt es der Beschwerdeführerin offenkundig an einem schutzwürdigen Interesse an der Beschwerdeführung (vgl. dazu auch BGE 141 II 14, Erw. 4.3 und 4.7). Auf die Beschwerde darf mangels Legitimation nicht eingetreten werden.

II.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten zu tragen (§ 31 Abs. 2 VRPG). Parteikosten sind mangels anwaltlicher Vertretung der Vergabestelle keine zu ersetzen (vgl. § 32 Abs. 2 i.V.m. § 29 VRPG).

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 1'500.00 sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr. 130.00, gesamthaft Fr. 1'630.00, sind von der Beschwerdeführerin zu bezahlen.

3.

Es werden keine Parteikosten ersetzt.

Zustellung an:
die Beschwerdeführerin
die Fachhochschule Nordwestschweiz FHNW
die Wettbewerbskommission WEKO

1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Dieser Entscheid kann – bei gegebenen Voraussetzungen – **innert 30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember

bis und mit 2. Januar. Auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1) oder des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68) erreicht **und** sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid das Bundesrecht oder kantonale Verfassungsrechte (Art. 95 ff. BGG) verletzt und warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **geschätzte Auftragswert** beträgt: Fr. 675'000.00 (ohne MWSt).

2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Dieser Entscheid kann, soweit keine Beschwerde gemäss Ziff. 1 zulässig ist, wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten innert **30 Tagen** seit Zustellung mit der **subsidiären Verfassungsbeschwerde** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Verfassungsrecht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 113 ff. BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 22. März 2022

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Vorsitz:

Gerichtsschreiber:

Winkler

Wildi