

Geschäftsnummer: **VD.2018.10** (AG.2018.691)

Instanz: Appellationsgericht

Entscheiddatum: 27.10.2018

Erstpublikationsdatum: 23.11.2018

Aktualisierungsdatum: 23.11.2018

Titel: **Abbruch des Verfahrens betreffend Beschaffung von zwei Kehrlichfahrzeugen zur UFC Entleerung**



Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt

als Verwaltungsgericht
Dreiergericht

VD.2018.10

URTEIL

vom 27. Oktober 2018

Mitwirkende

Dr. Stephan Wullschleger, Dr. Claudius Gelzer,
Prof. Dr. Daniela Thurnherr Keller
und Gerichtsschreiber Dr. Peter Bucher

Beteiligte

A _____ SA

[...]

vertreten durch [...], Advokat,

[...]

Rekurrentin

gegen

Bau- und Verkehrsdepartement

Kantonale Fachstelle für öffentliche Beschaffungen

Münsterplatz 11, 4001 Basel

Rekursgegnerin

Gegenstand

Rekurs gegen den vom Bau- und Verkehrsdepartement am
5. Januar 2018 verfügten Abbruch des Verfahrens

betreffend Beschaffung von zwei Kehrlichfahrzeugen zur UFC Entleerung (GATT/WTO-
Abkommen, resp. Staatsvertrag)

Sachverhalt

Das Bau- und Verkehrsdepartement (BVD) hat am 21. Dezember 2016 im Verfahren gemäss GATT/WTO-Abkommen resp. Staatsvertrag einen Rahmenvertrag für die Beschaffung von maximal sechs Kehrlichfahrzeugen zur UFC (Unterflurcontainer) Entleerung im Kantonsblatt sowie auf www.simap.ch ausgeschrieben. Mit Verfügung vom 1. Februar 2017 wurde der Abbruch dieses Beschaffungsverfahrens mit der Begründung wesentlicher Änderungen des Projekts im Kantonsblatt sowie auf www.simap.ch publiziert. Die entsprechende Verfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

Am 1. April 2017 hat das BVD im Verfahren gemäss GATT/WTO-Abkommen, resp. Staatsvertrag, die Beschaffung von zwei Kehrlichfahrzeugen zur UFC Entleerung im Kantonsblatt sowie auf www.simap.ch ausgeschrieben. Gemäss den Angaben in der Ausschreibung müssen die Fahrzeuge mit Heckschüttung und Dachkran ausgerüstet sein und werden sie zur Leerung von UFC Behältern und zur Sammlung von Hauskehrlich in Säcken und Containern (mittels Arm- oder Kammschüttung), Sperrgut, Papier und Karton sowie von Grün- und Bioabfällen eingesetzt. Die Offert-öffnung hat am 16. Mai 2017 stattgefunden. Mit Zuschlagsverfügung vom 16. Juni 2017 (am 24. Juni 2017 im Kantonsblatt sowie auf www.simap.ch publiziert) hat die Vergabestelle den Zuschlag der B___ AG erteilt. A___ SA (Rekurrentin) als nicht berücksichtigte Anbieterin hat mit Schreiben vom 26. Juni 2017 innert Frist von der Vergabebehörde einen weiteren Entscheid im Sinne von § 27 Abs. 2 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (BeschG; SG 914.100) verlangt. Dieser weitere Entscheid vom 22. August 2017 wurde der Rekurrentin am 23. August 2017 eröffnet. Gegen diese Verfügung hat die Rekurrentin am 1. September 2017 Rekurs an das Appellationsgericht als Verwaltungsgericht erhoben. Das BVD hat innert der ihm gesetzten Frist zur Einreichung einer Rekursantwort mit Eingabe vom 17. Oktober 2017 mitgeteilt, dass der angefochtene Entscheid mit Publikation im Kantonsblatt sowie Veröffentlichung unter www.simap.ch widerrufen werden würde. Zur Begründung hat das BVD ausgeführt: „Nach Erhebung des Rekurses hat die Vergabestelle die Auswertung erneut überprüft. Dabei wurde erkannt, dass bei dieser Ungereimtheiten bestehen, welche dazu führen, dass ein Festhalten am bisherigen Zuschlag nicht begründbar wäre. Der Zuschlag ist damit wiedererwägungsweise aufzuheben, um anschliessend eine korrekte Auswertung vorzunehmen und den Zuschlag neu zu vergeben. Sollte sich dabei ergeben, dass eine vergaberechtskonforme Bewertung/Beurteilung der Angebote aufgrund der vorliegenden Ausschreibungsgrundlagen (insb. Zuschlagskriterien) nicht möglich ist, müsste das Verfahren abgebrochen werden.“ Am 21. Oktober 2017 wurde der angekündigte Widerruf des Zuschlags im Kantonsblatt sowie auf www.simap.ch publiziert und mit den Worten „Fehlerhafte Auswertung“ begründet. Dieser Widerruf des Zuschlags wurde nicht angefochten. Der Verfahrensleiter des Verwaltungsgerichts hat daraufhin mit Verfügung vom 15. Dezember 2017 das Rekursverfahren aufgrund nachträglichen Wegfalls des Anfechtungsobjekts als obsolet abgeschrieben. Es wurden keine Verfahrenskosten erhoben, indessen wurde dem BVD eine Parteienschädigung zu Gunsten der Rekurrentin auferlegt. Die Abschreibungsverfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen (Verfahren VD.2017.199).

In der Folge ist kein weiterer Zuschlag ergangen. Vielmehr hat das BVD der Rekurrentin mit Verfügung vom 5. Januar 2018 den Abbruch des Verfahrens mitgeteilt mit der Begründung, dass das Projekt nicht verwirklicht werde. In den letzten Monaten habe sich die Entsorgungsstrategie der Stadtreinigung des Kantons Basel-Stadt verändert. Insbesondere sei die Variante der Hauskehrlichsammlung via Unterflursammelstellen resp. Unterflurcontainer nicht wie erwartet gewachsen, sodass kein Bedarf mehr an der Beschaffung der beiden ausgeschrieben Kehrlichfahrzeuge zur UFC Entleerung bestehe. Die Abbruchverfügung wurde am 10. Januar 2018 auf www.simap.ch und am 13. Januar 2018 im Kantonsblatt publiziert.

Gegen diese Verfügung richtet sich der am 17. Januar 2018 erhobene Rekurs an das Verwaltungsgericht. Die Rekurrentin stellt folgende Rechtsbegehren: Es seien die Verfügung des BVD vom 5. Januar 2018 aufzuheben, die im Rekurs vom 1. September 2017 mit der Verfahrensnummer VD.2017.199 vorgebrachten Rügen zu beurteilen und der Zuschlag der Rekurrentin zu erteilen. Eventualiter sei die Verfügung der Rekursgegnerin vom 5. Januar 2018 aufzuheben und es sei die Vorinstanz anzuweisen, das Vergabeverfahren fortzuführen, die eingereichten Angebote ausschliesslich unter Berücksichtigung der durch die Rekurrentin im Rekurs vom 1. September 2017 gegen die Zuschlagsverfügung mit der Verfahrensnummer VD.2017.199 erhobenen Rügen zu bewerten und den Zuschlag an die Rekurrentin zu erteilen. Subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des Verfahrensabbruchs festzustellen; unter o/e Kostenfolge. Die B_____ AG hat auf Anfrage des Gerichts hin nicht erklärt, dass sie zum Verfahren beigeladen werden möchte. Mit Rekursantwort vom 19. März 2018 hat das BVD beantragt, den Rekurs abzuweisen. Eventualiter (für den Fall, dass das Appellationsgericht den Abbruch wider Erwarten aufheben sollte) sei das Verfahren an das BVD zurückzuweisen, damit dieses das Verfahren wie in der Widerrufsverfügung vom 17. Oktober 2017 vorgesehen weiterführe. Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten des Verfahrens seien der Rekurrentin aufzuerlegen. Die Rekurrentin hat mit Eingabe vom 6. April 2018 auf die Durchführung einer Parteiverhandlung verzichtet und mit Replik vom 23. April 2018 an ihren Rechtsbegehren festgehalten, ebenso das BVD mit Duplik vom 14. Mai 2018. Mit Eingabe vom 9. Juli 2018 hat die Rekurrentin Noven eingereicht, wozu das BVD am 13. August 2018 Stellung genommen hat; hierzu hat die Rekurrentin ihrerseits mit Eingabe vom 31. August 2018 wiederum Stellung genommen. Die Tatsachen und Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für das vorliegende Urteil von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Das vorliegende Urteil ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

Erwägungen

1.

1.1 Angefochten ist die Verfügung vom 5. Januar 2018, mit welcher das BVD den Abbruch der am 1. April 2017 ausgeschriebenen Beschaffung von zwei Kehrtraktoren verfügt hat. Gemäss § 31 lit. d in Verbindung mit § 30 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes (BeschG, SG 914.100) kann innerhalb von zehn Tagen nach Eröffnung der schriftlichen Begründung gegen den Abbruch eines Vergabeverfahrens Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.2 Die Rekurrentin hat als Offerentin im abgebrochenen Verfahren ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids. Dies gilt umso mehr, als die Rekurrentin gemäss Offertöffnungsprotokoll (Rekursantwortbeilage 1) das günstigste Angebot gemacht hat und nun geltend macht, dass bei einer korrekten Bewertung der Angebote der Zuschlag an sie zu erfolgen habe. Sie ist daher zum Rekurs legitimiert (§ 13 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRPG, SG 270.100]).

1.3 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält. In Ermangelung von solchen ist nach § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine blosse Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, SG 914.500]; statt vieler: VGE VD.2016.183 vom 5. Januar 2017 E. 1.2).

1.4 Die Rekurrentin hat ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliegt, auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 N 105; VGE VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 1.3).

2.

2.1 Die Rekurrentin macht zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Der Abbruch des Verfahrens sei nur pauschal begründet worden. Damit werde den Anforderungen gemäss Art. 29 Abs. 2 BV nicht Rechnung getragen. Zudem gehe aus der Abbruchverfügung nicht hervor, ob der Abbruch definitiv sei oder ob eine Wiederholung in Betracht gezogen werden könne.

2.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das Recht der Privaten, in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren mit ihrem Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Art. 29 Abs. 2 BV verleiht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs Anspruch auf eine Begründung, die inhaltlich so bestimmt ist, dass der Adressat einer Verfügung in die Lage versetzt wird, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiter zu ziehen. Die Behörde ist aber nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess (BGE 141 III 28, 41; VGE VD. 2010.194 vom 15. Juni 2011 E. 2.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, N 1002).

2.3 Das BVD hat die angefochtene Verfügung damit begründet, dass das Projekt nicht verwirklicht werde, da aufgrund der Entwicklung in den letzten Monaten kein Bedarf mehr an der Beschaffung der beiden ausgeschriebenen Kehrlichfahrzeuge zur UFC Entleerung bestehe. Mit dieser kurzen, aber schlüssigen Begründung ist das BVD seiner Begründungspflicht für die Abbruchverfügung nachgekommen. Die Rekurrentin konnte in ihrem Rekurs Einwände gegen diese Begründung erheben, mit welchen sich das Verwaltungsgericht im vorliegenden Rekursverfahren auseinandersetzt. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin geht zudem aus der Begründung klar hervor, dass auf die Beschaffung der beiden Fahrzeuge gemäss Ausschreibung verzichtet wird und dass somit keine Neuausschreibung für solche Fahrzeuge geplant ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass das BVD in der Eingabe vom 17. Oktober 2017 an das Verwaltungsgericht im (rechtskräftig abgeschriebenen) Verfahren VD.2017.199 noch mitgeteilt hatte, dass der zuvor der B_____ AG erteilte Zuschlag wiedererwägungsweise aufgehoben werden würde. Das BVD hatte in jener Eingabe zwar in Aussicht gestellt, eine korrekte Auswertung vorzunehmen und den Zuschlag neu zu erteilen. Aber auch einen möglichen Abbruch des Verfahrens hatte das BVD dort bereits ins Auge gefasst – wenn auch nur für den Fall, dass sich bei der Auswertung ergeben sollte, dass eine vergaberechtskonforme Bewertung und Beurteilung der Angebote aufgrund der vorliegenden Ausschreibungsgrundlagen (insbesondere Zuschlagskriterien) nicht möglich wäre. Mit der vorliegend angefochtenen Abbruchverfügung vom 5. Januar 2018 ist das BVD nun zwar von seiner ursprünglich kommunizierten Absicht abgewichen, die Bewertung (erneut) durchzuführen und den Zuschlag daraufhin (neu) zu erteilen. Diese Änderung der im Oktober noch vorgesehenen Vorgehensweise begründet das BVD in der angefochtenen Verfügung indessen mit den bereits genannten Änderungen der Rahmenbedingungen, welche dazu geführt hätten, dass nun kein Bedarf mehr an der ausgeschriebenen Beschaffung bestehe. Damit hat das BVD auch sein Abweichen von der wenige Monate zuvor noch anders kommunizierten Absicht begründet. Es liegt somit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Ob die Begründung der angefochtenen Verfügung inhaltlich überzeugt und ob der angefochtene Abbruch des Verfahrens gerechtfertigt ist, ist dagegen im Rahmen der nachfolgenden materiellen Prüfung der Rügen der Rekurrentin zu beurteilen.

3.

Das Hauptbegehren der Rekurrentin lautet dahingehend, dass die Verfügung des BVD vom 5. Januar 2018 aufzuheben, die mit Rekurs vom 1. September 2017 im Verfahren VD.2017.199 vorgebrachten Rügen zu beurteilen und ihr selber der Zuschlag zu erteilen seien. Nun fehlen allerdings die Voraussetzungen, um darauf näher einzugehen. Das BVD hat, wie gegenüber dem Verwaltungsgericht im genannten Verfahren angekündigt, mit publizierter Verfügung vom 21. Oktober 2017 den Zuschlag widerrufen. Das von der Rekurrentin erwähnte Rekursverfahren VD.2017.199 ist in der Folge mit Verfügung vom 15. Dezember 2018 abgeschlossen worden. Weder die Widerrufsverfügung noch die Abschreibungsverfügung wurden angefochten. Daher steht heute nicht mehr zur Diskussion, ob das BVD zum Erlass jener Widerrufsverfügung berechtigt gewesen war oder nicht. Aufgrund dieses rechtskräftig verfügten Widerrufs des Zuschlags wurde nun aber das Submissionsverfahren wieder in den Zustand von vor Erteilung des Zuschlags zurückversetzt.

Anschliessend an den Widerruf des Zuschlags wurde dann allerdings keine neue Bewertung der Angebote mehr durchgeführt, welche das Gericht hier materiell prüfen oder worauf es sich stützen könnte. Vielmehr wurde das Verfahren abgebrochen. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin kann der ursprüngliche Bewertungsentscheid, welcher zunächst zum Zuschlag an die B_____ AG geführt hatte, nicht mehr Anfechtungsgegenstand sein, da jener Zuschlag ja eben wiedererwägungsweise aufgehoben worden ist, ohne dass eine neue Bewertung vorgenommen und ein neuer Zuschlag ergangen wäre. Damit können auch die von der Rekurrentin im rechtskräftig abgeschriebenen Verfahren erhobenen Rügen gegen jene Bewertung nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Rekursverfahrens sein. Da aufgrund des Widerrufs des Zuschlags (und der diesem zugrunde liegenden Bewertung) und dem daraufhin vorgängig der in Aussicht gestellten Neubewertung (und Neuerteilung des Zuschlags) verfügten Abbruch des Verfahrens aktuell überhaupt keine materielle Bewertung der im Rahmen der Ausschreibung eingegangenen Angebote vorliegt, kann das Verwaltungsgericht der Rekurrentin entgegen deren Hauptantrag auch nicht einfach den Zuschlag erteilen. Dazu hätte die Vergabestelle zunächst die Angebote neu bewerten (und gestützt darauf den Zuschlag neu erteilen) müssen, was sie aber nicht getan hat. Diesem Rechtsbegehren kann somit keine Folge gegeben werden.

4.

Ebenso wenig kann dem Eventualbegehren der Rekurrentin Folge gegeben werden, wonach die Verfügung des BVD vom 5. Januar 2018 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen sei, das Vergabeverfahren fortzuführen, die eingereichten Angebote ausschliesslich unter Berücksichtigung der von der Rekurrentin im Rekurs vom 1. September 2017 gegen die Zuschlagsverfügung im Verfahren VD.2017.199 erhobenen Rügen zu bewerten und der Rekurrentin den Zuschlag zu erteilen. Wie bereits ausgeführt, hat das BVD die im Verfahren VD.2017.199 angefochtene Zuschlagsverfügung wiedererwägungsweise aufgehoben. Dieser Widerruf und die Abschreibung des gegen die Zuschlagsverfügung angestrebten Rekursverfahrens sind unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Das BVD hatte in der Eingabe an das Verwaltungsgericht, welche zur Abschreibung des Rekursverfahrens geführt hat, ausgeführt, dass der Zuschlag widerrufen werde, um daraufhin eine korrekte Auswertung vorzunehmen und den Zuschlag neu zu vergeben. Damit war auch der Rekurrentin bekannt, dass der Widerruf der Zuschlagsverfügung zu einer Rückversetzung des Ausschreibungsverfahrens in den Verfahrensstand von vor der Zuschlagsverfügung führen würde. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin hat das BVD dabei in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, dass es die von der Rekurrentin gegen den Zuschlag und die Bewertung der Angebote erhobenen Rügen anerkennen und sich bei der angekündigten Neubewertung ausschliesslich auf diese Rügen stützen würde. Eine solche Beschränkung der Neuprüfung ausschliesslich auf die von der Rekurrentin erhobenen Rügen nach einem gegenüber allen Anbietern wirksamen Widerruf des Zuschlags wäre im Übrigen mit den Prinzipien des Beschaffungsrechts, nämlich dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot sowie den Geboten des Stärkung des Wettbewerbs und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel, auch nicht vereinbar (§ 1 Abs. 1 lit. a – d BeschG). Dem Rechtsbegehren, die Abbruchverfügung aufzuheben und die Sache an das BVD zurückzuweisen mit der Anweisung, „die eingereichten Angebote ausschliesslich unter Berücksichtigung der durch die Rekurrentin im Rekurs vom 1. September 2017 gegen die Zuschlagsverfügung mit der Verfahrensnummer VD.2017.199 erhobenen Rügen zu bewerten und den Zuschlag an die Rekurrentin zu erteilen“, kann somit ebenfalls keine Folge gegeben werden.

5.

Damit steht noch das zweite Eventualbegehren der Rekurrentin zur Diskussion, wonach die Rechtswidrigkeit der Abbruchverfügung festzustellen sei. In diesem Zusammenhang hat das BVD seinerseits (nebst dem Hauptbegehren auf Abweisung des Rekurses) das Eventualbegehren gestellt, das Verfahren sei an das BVD zurückzuweisen, damit dieses das Verfahren wie in der Widerrufsverfügung vom 17. Oktober 2017 vorgesehen weiterführe. Eine solche Rückweisung der Sache zur (umfassenden) Neuprüfung verlangt die Rekurrentin mit ihren Rechtsbegehren allerdings selber nicht. Vielmehr stellt die Rekurrentin für den Fall, dass die von ihr verlangte inhaltliche Prüfung nicht auf die von ihr im (rechtskräftig abgeschriebenen) Rekursverfahren VD.2017.199 erhobenen Rügen beschränkt wird, ausschliesslich den Antrag, es sei die Rechtswidrigkeit des Verfahrensabbruchs festzustellen. Ob eine Guttheissung des Eventualantrags des BVD tatsächlich eine Teilguttheissung (so vermutlich die dahinter stehende Intention des BVD), nicht aber vielmehr ein aliud gegenüber den Anträgen der Rekurrentin darstellen würde, kann im Ergebnis offen bleiben, da der

verfügte Abbruch des Verfahrens nicht zu beanstanden ist, wie sich nachfolgend ergibt.

5.1 Angefochten ist im vorliegenden Fall die Verfügung vom 5. Januar 2018, mit welcher das Beschaffungsverfahren abgebrochen wird. Gemäss den vorstehenden Ausführungen geht aus der Begründung dieser Verfügung hervor, dass auf die Beschaffung des ausgeschriebenen Gegenstandes verzichtet werden soll, womit von einem definitiven Abbruch des Ausschreibungsverfahrens auszugehen ist (vgl. dazu (BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 784, S. 785).

5.2 Gemäss Art. 13 lit. i der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB; SG 914.500) haben die kantonalen Ausführungsbestimmungen vorzusehen, dass Abbruch und Wiederholung des Verfahrens nur aus wichtigen Gründen erfolgen können. § 29 Abs. 1 BeschG bestimmt, dass das Verfahren aus wichtigen Gründen abgebrochen, wiederholt oder neu aufgelegt werden kann, namentlich wenn kein Angebot eingereicht wurde, das die ausgeschriebenen Kriterien oder technischen Anforderungen erfüllt (lit. a), wenn sich die Verhältnisse, unter denen der Wettbewerb ausgeschrieben wurde, wesentlich geändert haben (lit. b) oder wenn am Projekt eine wesentliche Änderung vorgenommen wird (lit. c). Diese Aufzählung der gesetzlich vorgesehenen Abbruchgründe ist allerdings angesichts des klaren Wortlauts der Bestimmung nicht abschliessend (VGE VD.2011.1 vom 14. Oktober 2011 E. 2.1, 620/2004 vom 16. August 2004 E. 3c, 699/2004 vom 15. Juni 2005 E. 2.2; SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Diss. Basel 2010, S. 45; ZELLWEGER/WIRZ, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, 559 S. 604 f.). Der Abbruch ist vielmehr immer dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund ihn rechtfertigt, kein Missbrauch vorliegt und er nicht einzelne Submittenten gezielt diskriminiert (BGE 134 II 192 E. 2.3 S. 199; BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 2.3; BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 784; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013., Rz. 798). Dies folgt daraus, dass das Vergabeverfahren allein dem öffentlichen Interesse an der wirtschaftlichen Beschaffung benötigter Mittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und den Submittenten kein eigenständiges subjektives Recht auf Verfahrensführung, sondern einzig auf Gleichbehandlung zukommt. Zur Wahrung eines öffentlichen Interesses darf die Vergabestelle nach der Ausschreibung auf die Beschaffung verzichten, wenn das damit verbundene Beschaffungsziel aufgegeben wird (VGE VD.2017.215 vom 7. März 2018 E. 2.2.1). Die Ausschreibung in einem Submissionsverfahren begründet keine Kontrahierungspflicht (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 798; SUTER, a.a.O., S. 97; BGE 129 I 410 S. 416 E. 4.3). Irrelevant ist für die Frage der Zulässigkeit eines Abbruchs, ob die Vergabebehörde ein Verschulden bezüglich des Abbruchsgrundes trifft (SCHERLER, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren – Motive, Voraussetzungen und die Folgen, in: Stöckli/Zufferey [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 288 f., 292 f. N 8, 16 ff.; BGE 134 II 192 E. 2.3 S. 199). Ob die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabestelle hierfür eine Verantwortlichkeit trifft, kann einzig für die Schadenersatzpflicht, nicht aber für die Zulässigkeit des Abbruchs eine Rolle spielen (so BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 790 f.; ders., Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, S. 220 f., 285, 429; FETZ, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Rz. 148 ff.; VGE VD.2017.215 vom 7. März 2018 E. 2.2.3; abweichend GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 489 - 492). Grundsätzlich ist es deshalb Sache der Vergabestelle, im Rahmen ihrer Planungsfreiheit über den Bestand sachlicher Gründe für den Abbruch eines Vergabeverfahrens zu befinden (BGE 134 II 192 E. 2.3 S. 199). Teilweise wird in Literatur und Praxis allerdings postuliert, dass das Vorliegen eines sachlichen Grundes nicht leichthin angenommen werden dürfe (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 799).

5.3 Im vorliegenden Fall begründet das BVD den Abbruch des Verfahrens damit, dass das Projekt nicht verwirklicht werde. In den letzten Monaten habe sich die Entsorgungsstrategie der Stadtreinigung des Kantons Basel-Stadt verändert. Insbesondere sei die Variante der Hauskehrrechtsammlung via Unterflursammelstellen und Unterflurcontainer nicht wie erwartet gewachsen, sodass kein Bedarf mehr an der Beschaffung der beiden ausgeschriebenen Kehrrechtfahrzeuge zur UFC Entleerung bestehe. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin liegen somit sachliche Gründe vor, welche den angefochtenen Abbruch des Verfahrens rechtfertigen. Die Rekurrentin weist zwar zu Recht darauf hin, dass sich eine solche Veränderung

des Bedarfs in der Regel nicht von heute auf morgen abzeichnet. Es ist auch richtig, dass sich das Basler Stimmvolk bereits im Juni 2015 gegen eine vom Grossen Rat beschlossene Teileinführung eines flächendeckenden Unterflurcontainersystems ausgesprochen hat. Indessen wurde nicht darüber entschieden, ob und in welchem Umfang Unterflurcontainer dennoch zum Einsatz kommen sollen, insbesondere an dafür geeigneten Standorten und bei Entwicklungsprojekten in einzelnen Quartieren. Auch die Gegnerschaft der flächendeckenden Einrichtung von Unterflurcontainern ist im Abstimmungskampf von der Eignung solcher Container „für grosse Überbauungen und an zentralen und überwachbaren Plätzen, aber nicht als generelle Massnahme in der ganzen Stadt“ ausgegangen (vgl. Erläuterungen zum Grossratsbeschluss betreffend Abfallentsorgung mit Containern S. 9 [Rekursbeilage 17]). Da in den letzten Jahren grössere Überbauungen in Basel in der Planung und Umsetzung (Dreispietzareal; Erlenmattareal, Lysbüchelareal, vgl. die Übersicht auf <http://www.planungsamt.bs.ch/arealentwicklung.html>, zuletzt besucht am 18. Juni 2018) waren und es nach wie vor sind, ist es nachvollziehbar, dass die Stadtreinigung noch von einem grösseren Wachstum der Anzahl an Unterflurcontainern in der Stadt ausgegangen war, als sie im Herbst 2016 maximal 6 Kehrrichtfahrzeuge ausgeschrieben hatte, dann die Ausschreibung abgebrochen und im April 2017 nur noch zwei Kehrrichtfahrzeuge zur UFC Entleerung ausgeschrieben hat. Es ist durchaus nachvollziehbar, dass in der Entwicklung von Wohnüberbauungen auf Kantonsgebiet weniger solche UFC-Anlagen eingeplant und verwirklicht wurden, als zum Zeitpunkt der Ausschreibung(en) vorhergesehen. Ebenso ist es daher sachlich begründet, dass im Januar 2018 entschieden wurde, dass entgegen der früheren Einschätzung gar keine weiteren Fahrzeuge mehr benötigt werden, welche (auch) zur Entleerung von UFC-Anlagen ausgerüstet sind und die gemäss der Ausschreibung, abweichend von den Standardfahrzeugen mit 3 Achsen, über 4 Achsen verfügen müssen. Es obliegt der öffentlichen Hand, den Bedarf auch bei einer laufenden Beschaffung jeweils kritisch zu hinterfragen. Wenn während der Dauer des Beschaffungsverfahrens die der Beschaffung zugrunde liegende strategische Entwicklung deutlich ändert, kann dies dazu führen, dass Beschaffungen, welche nicht mehr im Einklang mit dieser Gesamtstrategie der öffentlichen Hand stehen, abgebrochen werden müssen. Entgegen den Ausführungen der Rekurrentin spielt es dabei keine Rolle, ob diese Änderung der gesamten Beschaffungsstrategie im Zeitpunkt der Wiedererwägung des im damaligen Verfahren VD.2017.199 angefochtenen Zuschlags bereits als Möglichkeit erkennbar war oder nicht. Es ist auch nicht richtig, dass das BVD mit dieser Wiedererwägung die von der Rekurrentin im damaligen Verfahren vorgebrachten Rekursgründe anerkannt hätte. Vielmehr hat das BVD als Begründung für die Wiedererwägung im Oktober 2017 ausgeführt, dass bei einer erneuten Prüfung der Vergabe Ungereimtheiten festgestellt worden seien, welche dazu führten, dass ein Festhalten am bisherigen Zuschlag nicht begründbar wäre. Es wurde explizit ausgeführt, dass (erneut) eine Bewertung erfolgen soll, womit auch geprüft werden müsse, ob eine vergaberechtskonforme Bewertung und Beurteilung der Angebote aufgrund der vorliegenden Ausschreibungsgrundlagen (insbesondere Zuschlagskriterien) überhaupt möglich sei. Damit wurde klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die eingegangenen Offerten erneut einer umfassenden Bewertung unterzogen werden sollten. Zudem wurde ein möglicher Abbruch des Verfahrens für den Fall angesprochen, dass eine vergaberechtskonforme Bewertung und Beurteilung nicht möglich wäre. Die Beschaffungsbehörde hat sich damit mit der rechtskräftigen Wiedererwägungsverfügung wieder auf das Feld der Bewertung der eingegangenen Offerten zurückversetzt, d.h. in die Phase vor der Zuschlagserteilung. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Beschaffungsbehörde dann angesichts des längeren Zeitablaufs seit der Ausschreibung geprüft hat, ob überhaupt noch Bedarf für die ausgeschriebene Leistung besteht. Ebenso zulässig wie die in Aussicht gestellte Neubewertung der Angebote ist es, dass die Bedarfsstelle nunmehr zum Ergebnis kommt, dass die ausgeschriebenen zwei Fahrzeuge zur UFC Entleerung nicht mehr benötigt werden und dass die Ausschreibung deshalb abgebrochen werden muss. Wie bereits dargestellt, war es entgegen den Ausführungen der Rekurrentin zu jenem Zeitpunkt weder angezeigt noch möglich, die Offerten allein gestützt auf die damaligen Rügen der Rekurrentin zu bewerten und gestützt darauf einen neuen Zuschlag zu erteilen. Vielmehr hätte, wie vom BVD anlässlich der Wiedererwägung angekündigt, zunächst eine umfassende neue Bewertung der eingegangenen Offerten durchgeführt und gestützt darauf der Zuschlag neu erteilt werden müssen. Dieser hätte wiederum von den Betroffenen im Rechtsmittelverfahren angefochten werden können. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabebehörde infolge Wegfalls des Beschaffungsinteresses auf eine solche Neubewertung verzichtet und den Abbruch des Verfahrens verfügt hat. Das BVD hat die Gründe, welche dazu geführt haben, nachvollziehbar dargelegt. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vergabebehörde bei ihrer Entscheidung das ihr zustehende unternehmerische Ermessen überschritten hätte. Dementsprechend war sie entgegen den Ausführungen der Rekurrentin in Rz. 30 der Replik auch nicht

gehalten, „darzulegen, weshalb sie keine Neubewertung vornehmen konnte“. Das BVD stellt sich denn auch gar nicht auf den Standpunkt, dass eine solche Bewertung überhaupt nicht möglich gewesen wäre; vielmehr wird begründet, weshalb das Verfahren abgebrochen worden ist, noch bevor es zu der angekündigten Neubewertung der Offerten gekommen ist.

5.4 Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass das Verfahren mit diskriminierender Motivation in Bezug auf einen bestimmten Anbieter abgebrochen worden wäre oder dass der Abbruch die Diskriminierung einzelner Offerenten bewirken könnte. Der Verfahrensabbruch hat für alle Offerierenden die gleiche Wirkung. Zwar ist es durchaus richtig, dass ein Abbruch des Vergabeverfahrens sowie die dafür vorgebrachten Gründe stets einer Missbrauchskontrolle unterliegen, wie dies die Rekurrentin in Ziff. 31 der Replik geltend macht. Ein provisorischer Abbruch, bei welchem ein Leistungsbedarf bestehen bleibt und dem ein neues Vergabeverfahren folgen soll, ist beispielsweise vergaberechtswidrig, wenn er als Instrument zur Diskriminierung dient (vgl. den Entscheid des Kantonsgerichts Wallis A1 16 234 vom 9. Februar 2017, BR 2018 S. 58). Die Rekurrentin vermag aber in keiner Weise aufzuzeigen, inwiefern das BVD das Verfahren mit zweckwidriger Begründung oder missbräuchlich abgebrochen hätte. Vielmehr hat das BVD nachvollziehbar aufgezeigt, dass gemäss der aktuellen Gesamtstrategie der Bedarfsstelle im Zeitpunkt des Verfahrensabbruchs für die ausgeschriebenen Fahrzeuge kein Bedarf mehr besteht. Auch von der Rekurrentin wird zugestanden, dass die ausgeschriebenen Fahrzeuge mit 4 Achsen ein Gesamtgewicht von 32 Tonnen aufweisen und damit schwerer sind als die „normalen“ Kehrriichtfahrzeuge mit 3 Achsen, und dass die Fahrzeuge auch breiter sind (Replik Rz. 32). Es liegt im unternehmerischen Ermessen der Bedarfsstelle, darüber zu entscheiden, ob trotz der gegebenen Änderung der Umstände solche schwerere und breitere Fahrzeuge beschafft werden sollen oder ob darauf verzichtet werden soll. Die Beschaffungsstelle hat nachvollziehbar dargestellt, dass die ausgeschriebenen Fahrzeuge von der Bedarfsstelle nicht mehr benötigt werden, weshalb deren Beschaffung nicht mehr sinnvoll ist. Von einem diskriminierenden Entscheid kann unter diesen Umständen keine Rede sein.

5.5 Dieser Befund erhärtet sich mit der Noveneingabe der Rekurrentin noch. Gemäss der von ihr aufgelegten Medienmitteilung vom 3. Juli 2018 mit dem Titel „Neues Sammelsystem für Abfälle wird getestet“ entwickelt der Regierungsrat „die Abfallentsorgung in der Stadt Basel weiter. Im Fokus steht ein neues Logistiksystem für Kehricht, Bioabfälle und weitere Wertstoffe. Dazu wird ein Pilotversuch im Bachletten-Quartier lanciert, wenn der Grosse Rat dem vorgelegten Bericht zustimmen wird.“ Der Vermeidung, Verminderung und gezielten Verwertung von Abfällen soll ein viel höherer Stellenwert beigemessen werden als bisher, wo die Entsorgung der Abfälle im Vordergrund stand. Der Regierungsrat schlägt einen Pilotversuch mit einem neuen Sammelsystem namens „Sack-im-Behälter“ vor. Dieses ermöglicht, unterschiedliche Abfallfraktionen (Kehricht, Bioabfälle und weitere Wertstoffe) an der Quelle im Haushalt in verschiedenfarbigen Säcken zu sammeln und für die Abfuhr bereitzustellen. So kann die Abfalllogistik in einer Runde, ohne Extratouren, bewältigt werden. Die im Pilotversuch gesammelten biogenen Abfälle werden in der Biopower-Anlage in Pratteln verwertet. Im Projektkredit enthalten sind die externe Sortierung der Abfallfraktionen während des Pilotversuchs, die Evaluation des Pilotversuchs sowie eine Machbarkeitsstudie für eine neue Sortieranlage und eine Biogasanlage zur Verwertung der biogenen Abfälle.

Die Rekurrentin greift somit mit ihrer Begründung zu kurz, es gebe entgegen der Begründung des BVD für die Abbruchverfügung nun doch keinen Systemwechsel weg von Unterflurcontainern, der Grund für den Abbruch des Beschaffungsverfahrens sei daher vorgeschoben und das Verhalten der Beschaffungsstelle widersprüchlich. Vielmehr plant der Regierungsrat nun eben nicht mehr die flächendeckende Einführung eines auf Kehrichtentsorgung fokussierten Unterflurcontainersystems, sondern einen im Jahr 2019 beginnenden, 2 ½ Jahre dauernden und auf ein einziges Quartier beschränkten Pilotversuch mit neuem Sammelsystem und Verwertung des Sammelguts, welcher Pilotversuch auch noch nicht einmal vom Grossen Rat bewilligt ist. Das BVD führt dazu in seiner Stellungnahme zur Noveneingabe auch aus, dass sich am Strategiewechsel nichts geändert habe und momentan nicht mehr mit einer relevanten Zunahme von UFC-Anlagen gerechnet werden könne. Sowohl die bestehenden als auch die für das Pilotprojekt vorgesehenen UFC-Anlagen können laut den Angaben der Stadtreinigung mit der bestehenden Fahrzeugflotte geleert werden. Im Projektkredit sei auch eine Machbarkeitsstudie für eine neue Sortieranlage und eine Biogasanlage zur Verwertung der Abfälle enthalten. Parallel zu diesem Versuch würden zudem auch andere

technische Möglichkeiten geprüft (z.B. Behälter aussaugen). Falls das Pilotprojekt überhaupt durchgeführt wird, wird mit dessen Auswertung im Jahr 2021 gerechnet, und erst danach und falls das Resultat überhaupt positiv ausfällt, wird allfälliger Beschaffungsbedarf für Kehrichtfahrzeuge abgeschätzt werden können. Ein heutiger Bedarf für die Beschaffung von Kehrichtfahrzeugen zur UFC Entleerung ergibt sich daraus somit nicht, und ein Festhalten am streitgegenständlichen Beschaffungsverfahren für zwei solche Kehrichtfahrzeuge lässt sich damit nicht rechtfertigen oder begründen. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin lässt sich somit nicht nur kein Widerspruch zwischen der Begründung des Verfahrensabbruchs und dem vom Regierungsrat vorgeschlagenen Pilotversuch ausmachen, sondern eine durchaus kohärente Weiterentwicklung der Entsorgungsstrategie, und es ist ebenfalls keine Diskriminierung ersichtlich. Entgegen dem Antrag der Rekurrentin ist daher weder die Abbruchverfügung aufzuheben noch ist deren Rechtswidrigkeit festzustellen.

6.

Zusammenfassend ist der Rekurs abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin dessen Kosten zu tragen.

Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht (Dreiergericht):

://: Der Rekurs wird abgewiesen.

Die Rekurrentin trägt die Kosten des Verfahrens mit einer Gebühr von CHF 3'000.–.

Mitteilung an:

- Rekurrentin
- Bau- und Verkehrsdepartement

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.