

BGer 2C_296/2022 vom 22. März 2023

Bundesgericht, 2023-03-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_296_2022

FR: TF 2C_296/2022 du 22 mars 2023

IT: TF 2C_296/2022 del 22 marzo 2023

Erwägungen

E. 1

Gemäss § 27 Abs. 2 der Verordnung (des Kantons Schwyz) vom 15. Dezember 2004 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (VIVöB/SZ; SRSZ 430.130; ausser Kraft seit dem 1. September 2022 gemäss § 7 des Kantonsratsbeschlusses [des Kantons Schwyz] vom 16. Februar 2022 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [SRSZ 430.130] nachfolgend: [Kantonsratsbeschluss/SZ IVöB]) werden bei der Prüfung der Angebote offensichtliche Rechen- und Schreibfehler berichtigt. Lässt § 27 Abs. 2 VIVöB/SZ entgegen dem Wortlaut weitere Korrekturen zu?

E. 1.1

Die frist- (Art. 100 Abs. 1 BGG) und formgerecht (Art. 42 BGG) eingereichte Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen (Art. 83 lit. f BGG) und richtet sich gegen das kantonale letztinstanzliche (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG), verfahrensabschliessende (Art. 90 BGG) Urteil eines oberen Gerichts (Art. 86 Abs. 2 BGG). Die Beschwerdeführerin ist bereits im kantonalen Verfahren als Partei beteiligt gewesen und dort mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Ausserdem ist sie als zweitplatzierte Anbieterin des Vergabeverfahrens durch das angefochtene Urteil, das die Zuschlagserteilung an die Beschwerdegegnerin bestätigt, in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt, da sie beim von ihr verlangten Ausschluss der Beschwerdegegnerin 2 reelle Chancen auf den Zuschlag hätte (vgl. BGE 141 II 14 E. 4). Sie ist somit zur Erhebung der Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG).

E. 1.2

Gemäss Art. 83 lit. f BGG in der Fassung vom 1. Januar 2021 ist auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 1) und der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht (Ziff. 2). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 146 II 276 E. 1.2; Urteil 2C_1021/2016; 2D_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 2.1.1, nicht publ. in: BGE 143 II 553). Der massgebende Schwellenwert für den Gesamtwert von Bauleistungen beträgt Fr. 2'000'000.-- (vgl. Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]) und ist vorliegend unstreitig erfüllt.

E. 1.3

Bei der Frage von grundsätzlicher Bedeutung muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Keine Grundsatzfrage stellt die

Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall dar. Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden wurde, genügt ebenfalls nicht, um ihr grundsätzlichen Charakter zu verleihen. Vielmehr muss es sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (BGE 146 II 276 E. 1.2.1; 143 II 425 E. 1.3.2). Zudem muss es sich um eine Frage handeln, die für die Lösung des konkreten Falles erheblich ist (BGE 146 II 276 E. 1.2.1). Eine Frage, die zwar an sich von grundsätzlicher Bedeutung wäre, aber den Ausgang des Verfahrens nicht zu beeinflussen vermag, führt mangels Rechtsschutzinteresse an der abstrakten Erörterung einer Rechtsfrage nicht zum Eintreten auf die Beschwerde. Im Rahmen ihrer Begründungspflicht hat die Beschwerdeführerin darzutun, dass die Voraussetzung nach Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG erfüllt ist (Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 143 II 425 E. 1.3.2; 141 II 113 E. 1.2; Urteil 2C_920/2020 vom 2. Juni 2021 E. 1.5.1).

E. 1.3.1

Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass die Beschwerdegegnerin 2 vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, weil sie in ihrer Offerte einen Vorbehalt betreffend Teuerung angebracht habe. Indem die Vergabebehörde der Beschwerdegegnerin ermöglicht habe, ihren Vorbehalt zurückzuziehen bzw. ihre Offerte nachzubessern, habe sie auch gegen das Gebot der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Anbieter verstossen (Art. 29 BV und Art. 11 lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB vom 15. März 2001; SR 172.056.5; AS 2003 196 ff.; SRSZ 430.120.1). Die Vorinstanz sei in Willkür verfallen, indem sie das Vorgehen der Vergabebehörde geschützt habe. In diesem Zusammenhang unterbreitet sie dem Bundesgericht zwei Rechtsfragen, denen sie grundsätzliche Bedeutung beimisst:

E. 1.3.2

Die Beschwerdeführerin misst diesen Fragen eine schweizweite Bedeutung zu. Art. 38 Abs. 1 BöB und Art. 38 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019) würden vorsehen, dass der Auftraggeber die eingegangenen Angebote auf die Einhaltung der Formerfordernisse zu prüfen habe. Soweit die Beschwerdeführerin auf das BöB verweist, ist allerdings festzuhalten, dass dieses Gesetz im vorliegenden Verfahren nicht anwendbar ist. Der subjektive Geltungsbereich des BöB umfasst kantonale Auftraggeberinnen grundsätzlich nicht (vgl. Art. 4 Abs. 1 BöB ; Urteil 2D_16/2021 vom 17. August 2021 E. 3.4.1). Soweit die Beschwerdeführerin auf die IVöB 2019 verweist, bleibt festzuhalten, dass auf das vorliegende Verfahren die IVöB vom 15. März 2001 anwendbar ist. Die IVöB 2019 gilt nur für Kantone, die dieser Vereinbarung beigetreten sind, andernfalls weiterhin die IVöB vom 15. März 2001 zur Anwendung kommt (Art. 65 Abs. 2 IVöB 2019). Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten der IVöB 2019 eingeleitet wurden, werden nach bisherigem Recht zu Ende geführt (Art. 64 Abs. 1 IVöB 2019; Urteil 2C_802/2021 vom 24. November 2022 E. 2.2). Der Kanton Schwyz ist erst am 1. September 2022 und somit nach Einleitung des vorliegend strittigen Vergabeverfahrens der IVöB 2019 beigetreten (§ 8 Kantonsratsbeschluss/SZ IVöB).

Die Bedeutung der aufgeworfenen Fragen hängt aber nicht entscheidend von der Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf das vorliegende Verfahren ab.

E. 1.4

Die aufgeworfenen Fragen sind im Grundsatz bereits beantwortet.

E. 1.4.1

Im Vergaberecht gilt das Prinzip der Unveränderbarkeit der Offerten nach deren Einreichung bei der Vergabebehörde, Berichtigungen dürfen nur bei offensichtlichen Fehlern erfolgen. Das Vorliegen eines solchen offensichtlichen Fehlers darf aufgrund der Missbrauchsgefahr jedoch nicht leichtfertig angenommen werden (Urteil 2D_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 3.1 und 3.2 mit Hinweisen). Offensichtlich sind Rechnungs- und Schreibfehler nur dann, wenn von einer bestimmten mathematischen oder sprachlichen Textpassage objektiv und zweifelsfrei feststeht, dass der Bieter nicht das erklären wollte, was er geschrieben hat, sondern mit Gewissheit, dass er irgendetwas anderes erklären wollte. Der Fehler ist nur dann offensichtlich, wenn er sich als solcher aus dem Angebot selber schon ergibt, ohne dass es eines Hinweises oder sonstiger Erläuterungen des Bieters bedürfte, wenn also der Fehler bei Lektüre der Offerte ins Auge springt (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.4; Urteile 2D_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 3.2; 2C_418/2014 vom 20. August 2014 E. 4.1).

E. 1.4.2

Des Weiteren ist zu beachten, dass allein die Offensichtlichkeit des Fehlers an sich nicht ausreicht, um diesen zu korrigieren. Vielmehr muss auch klar sein, was der Anbieter wirklich erklären wollte. Letztlich geht es um Erklärungsirrtümer, die dann, wenn nicht nur sie selber, sondern auch der gewollte Erklärungsinhalt offensichtlich ist, in vergaberechtlich zulässiger Weise bereinigt werden können. Denn als Folge der Entdeckung des wirklichen Willens würde ohnehin der richtig erkannte (und nicht der irrtümlich erklärte) Wille zum Vertragsinhalt (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Die rein formal bleibende Bereinigung tangiert daher den Offertgehalt nicht (Urteil 2D_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 3.3 mit Hinweisen).

E. 1.4.3

Der wirkliche Wille eines Anbieters kann sowohl aus dem Angebot und den Umständen als auch aus der Einholung von Erläuterungen beim Anbieter resultieren (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.4; Urteil 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E. 3b). Zwar besteht die Gefahr, dass ein Bieter versucht, über eine abgegebene Erklärung betreffend seinen angeblichen wirklichen Willen eine materielle Offertänderung vorzunehmen. Indessen ist eine Berichtigung dann zulässig, wenn aufgrund der eingeholten Erläuterung der tatsächliche Wille des Anbieters eindeutig feststeht; ansonsten würde die Regelung, wonach ein Auftraggeber von den Anbietern Erläuterungen bezüglich ihres Angebots verlangen kann (§ 28 Abs. 1 VIVöB/SZ), in vielen Fällen ihren Sinn und Zweck verfehlen (vgl. Urteile 2D_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 3.4; 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E. 3b).

Die Grenze zwischen einer zulässigen Korrektur von Fehlern und der zulässigen Klärung von Angeboten einerseits und einer dem Prinzip der Unveränderbarkeit der Offerten zuwiderlaufenden Abänderung der Angebote andererseits kann sich im Einzelfall als schwierig erweisen (BGE 141 II 353 E. 8.2.2; Urteile 2D_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 3.5; 2D_33/2019 vom 25. März 2020 E. 3.1; vgl. zum Ganzen auch MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2139 ff. S. 1155 ff.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 465 ff. S. 207 f. ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, 2009, S. 78 f.).

Ist eine Korrektur von Rechnungs- und Schreibfehlern vergaberechtlich nicht zulässig, weil entweder der Fehler nicht offensichtlich oder der wirkliche Wille nicht objektiv feststellbar ist, muss die Offerte nach Treu und Glauben ausgelegt werden. Grundsätzlich bleibt sie hierbei im Verfahren; indessen kann das Auslegungsergebnis ergeben, dass das Angebot ausgeschlossen werden muss, weil es bestimmten vergaberechtlichen Anforderungen nicht genügt, oder der Fehler zu einer (ausschreibungswidrigen) wesentlichen Lücke oder Unklarheit geführt hat (Urteil 2D_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 3.6).

E. 1.5

Die Vorinstanz ist in ihrem Urteil zum Schluss gelangt, dass der im technischen Bericht enthaltene Vorbehalt betreffend Teuerung unklar, ja geradezu widersprüchlich formuliert gewesen sei. Es sei daher nicht zu beanstanden, dass die Vergabebehörde eine Klarstellung im Rahmen der technischen Bereinigung eingefordert habe. Es habe keine Pflicht bestanden, die widersprüchliche Formulierung zwingend als unzulässigen Vorbehalt und als Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen zu interpretieren. Bei der Bereinigung habe sich denn auch gezeigt, dass die fragliche Passage des technischen Berichts als Hinweis auf die ausserordentliche Preisentwicklung und die Anwendung von Art. 59 SIA-Norm 118 formuliert gewesen sei, welcher für die vorliegende Ausschreibung ohnehin massgebend gewesen sei. Anerkanntermassen gelange Art. 59 SIA-Norm 118 auch zur Anwendung, wenn ein Festpreis vereinbart und eine Teuerung ausgeschlossen worden sei. Würden Preissteigerungen vorliegen und erfüllten diese die Voraussetzungen der Ausserordentlichkeit, könne sie ein Unternehmer trotz Vereinbarung von Festpreisen geltend machen. In einem Angebot den Hinweis auf Art. 59 SIA-Norm 118 anzubringen, sei damit weder notwendig noch schade es.

Mit anderen Worten ist die Vorinstanz vor dem Hintergrund der bestehenden Rechtsprechung davon ausgegangen, dass die Vergabestelle vorab eine zulässige Erläuterung nach § 28 Abs. 1 VIVöB/SZ zur Feststellung des tatsächlichen Willens der Beschwerdegegnerin eingeholt hat. Dabei hat sich nach ihren Erwägungen herausgestellt, dass das Angebot von Beginn weg den Ausschreibungsunterlagen entsprochen hat und keine Berichtigung i.S.v. § 27 Abs. 2 VIVöB/SZ vorgenommen werden musste.

Wie diese Begründung zeigt, hat die Vorinstanz die soeben dargelegten rechtsprechungsgemässen Grundsätze auf den Einzelfall angewendet. Es liegt somit keine Frage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG vor und auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann nicht eingetreten werden.

E. 2

Zu prüfen bleibt die Zulässigkeit der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 119 BGG).

E. 2.1

Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG). Ausgeschlossen ist damit die Rüge der Missachtung von Gesetzes- und Konkordatsrecht. Ebenfalls nicht selbständig gerügt werden kann die Verletzung des den Submissionserlassen zugrunde liegenden Transparenzgebotes und des beschaffungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes. Diesen Grundsätzen kommt nicht der Rang selbständiger Verfassungsgarantien zu (Urteil 2C_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.3.4, nicht publ. in: BGE 143 I 177). Die Prüfung der Anwendung der eidgenössischen, interkantonalen oder kantonalen

Submissionsgesetzgebung ist deshalb auf die Verletzung des verfassungsmässigen Willkürverbots (Art. 9 BV) oder anderer verfassungsmässiger Rechte wie des Gebots der Nichtdiskriminierung (Art. 8 Abs. 2 BV) beschränkt (Urteile 2D_58/2013 vom 24. September 2014 E. 2.1, nicht publ. in: BGE 140 I 285 ; Urteile 2C_920/2020 vom 2. Juni 2021 E. 2.1, 2C_680/2020 vom 10. März 2021 E. 2.1).

E. 2.2

Ob ein angefochtener Entscheid verfassungsmässige Rechte der Beschwerdeführerin verletzt, prüft das Bundesgericht nur, soweit in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wurde, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (qualifizierte Rügepflicht; Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2 mit Hinweisen; Urteil 2C_680/2020 vom 10. März 2021 E. 2.2). Berufet sich die Beschwerdeführerin auf das Willkürverbot, muss sie anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheides dartun, dass und inwiefern der angefochtene Entscheid willkürlich, d.h. unhaltbar ist. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar erscheint, genügt nicht (BGE 137 I 1 E. 2.4; Urteile 2C_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.3.5, nicht publ. in: BGE 143 I 177 ; 2C_920/2020 vom 2. Juni 2021 E. 2.2; 2C_680/2020 vom 10. März 2021 E. 2.2).

E. 2.3

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 116 BGG beruht (Art. 118 Abs. 2 BGG). Auf eine Rüge der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung geht das Bundesgericht nur ein, wenn diese den Anforderungen der qualifizierten Rügepflicht genügt (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf appellatorische Kritik an der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung geht das Bundesgericht nicht ein (Urteile 2C_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.3.5, nicht publ. in: BGE 143 I 177 ; 2C_920/2020 vom 2. Juni 2021 E. 2.3; 2C_680/2020 vom 10. März 2021 E. 2.3).

E. 2.4

Die Beschwerdeführerin begnügt sich in ihrer Begründung der subsidiären Verfassungsbeschwerde hinsichtlich der geltend gemachten Verletzung des Willkürverbots und des Gebots der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Anbieterinnen weitgehend damit, in nicht hinreichend substantzierter Weise ihre Sicht der Dinge darzulegen. Insbesondere behauptet sie eine unzulässige Änderung des Angebots durch die Beschwerdegegnerin 2, indem diese zuerst einen Vorbehalt betreffend laufende und erhebliche Teuerungszuschläge angebracht habe, welchen sie aber danach im Rahmen der gewährten Erläuterung wieder zurückgezogen habe. Sie setzt sich in der Folge jedoch kaum mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander, welche dargelegt hatte, aus welchen Gründen die vorgenommene Erläuterung gerade nicht als unzulässige nachträgliche Änderung zu gelten habe, sondern mit der Erwähnung der ausserordentlichen Teuerung bloss die geltende rechtliche Situation spezifiziert worden sei. Inwiefern der Entscheid der Vorinstanz offensichtlich falsch ist und ihren verfassungsrechtlichen Schutz vor willkürlicher Behandlung bzw. Diskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV verletzt, führt sie

nicht weiter aus.

Vor diesem Hintergrund genügen die Ausführungen der Beschwerdeführerin den qualifizierten Rüge- und Substanziierungsanforderungen für Verfassungsprüfungen in Bezug auf den angefochtenen Entscheid nicht. Mangels hinreichender Begründung ist auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten.

E. 3

Im Ergebnis kann weder auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten noch auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingetreten werden. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten (Art. 65) der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin hat der obsiegenden Beschwerdegegnerin 2 eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Keine Parteientschädigung ist dagegen dem Beschwerdegegner 1, welcher in seinem amtlichen Wirkungskreis obsiegt hat, zuzusprechen (Art. 68 Abs. 1 und 3 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.