

FR_GERICHTE 602 2024 4 vom 19. April 2024

FR Kantonsgericht, 2024-04-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2024_4

FR: FR_GERICHTE 602 2024 4 du 19 avril 2024

IT: FR_GERICHTE 602 2024 4 del 19 aprile 2024

Regeste

Urteil des II. Verwaltungsgerichtshofes des Kantonsgerichts | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Der angefochtene Entscheid erging in Anwendung der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019; SGF 122.91.3), die im Kanton Freiburg am 1. Januar 2023 in Kraft getreten ist und auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch staatliche Auftraggeber Anwendung findet (Art. 1 IVöB 2019). Das Beschwerdeverfahren richtet sich gemäss Art. 55 IVöB 2019 nach den Bestimmungen des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; SGF 150.1), soweit die IVöB 2019 nichts anderes

Kantonsgericht KG Seite 4 von 13 bestimmt. Das Kantonsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 i.V.m. Art. 114 Abs. 2 Bst. a VRG).

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 76 VRG), da ihr mit der angefochtenen Verfügung den bereits erteilten Zuschlag widerrufen und sie aus dem Verfahren ausgeschlossen wurde. Die Beschwerdefrist wurde eingehalten (Art. 56 Abs. 1 IVöB 2019). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 128 VRG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 1.3

Mit Beschwerde an das Kantonsgericht können nach Art. 56 Abs. 3 IVöB 2019 Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Die Rüge der Unangemessenheit ist vorliegend ausgeschlossen (Art. 56 Abs. 4 IVöB 2019). Die Beschwerdeinstanz hat nach Art. 96a VRG Entscheide einer Behörde, der nach der Gesetzgebung ein weiteres Ermessensspielraum zusteht, mit Zurückhaltung zu prüfen (Abs. 1). Im Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens wird somit nur geprüft, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte (vgl. BGE 141 II 14 E. 2.3 und 8.3; Urteile KG FR 602 2023 114 vom 6. Dezember 2023 E. 2; 602 2022 220 vom 14. Februar 2023 E. 1.4 sowie 2.2, jeweils mit Hinweisen).

E. 2

In einer formellen Rüge macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Ihr sei nie mitgeteilt worden, dass die Vergabestelle einen Widerruf des Zuschlags und ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren in Erwägung ziehe. Auch an der

Besprechung vom 19. Dezember 2023 nicht. Aus ihrer Sicht seien an diesem Termin sämtliche Fragen geklärt worden, so dass sie auf keinen Fall mit einer solchen Wendung rechnen konnte. Sie hatte keine Gelegenheit, sich zu einem Widerruf und Ausschluss vorgängig zu äussern. Gemäss Art. 51 Abs. 1 2. Satz IVöB haben Anbieterinnen vor Eröffnung der Verfügung keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Ein solcher Anspruch besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber dann, wenn die Auftraggeberin selbst Informationen einholt oder auf eigene Erfahrung abstellt und diese zum Nachteil der Anbieterin verwendet. In derartigen Fällen muss die Auftraggeberin ihre Entscheidungsgrundlagen dokumentieren und der Anbieterin vor Erlass der Massnahme die Möglichkeit geben, zu diesen Informationen Stellung zu nehmen (DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, Aufsichtsinstrumente im revidierten Beschaffungsrecht, in ZUFFEREY/BEYELER/SCHERLER (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2020, S. 339 N. 55). Auch kann bei Ausschlüssen nach Art. 44 iVöB geboten sein, dass der ausgeschlossenen Anbieterin vorab die Möglichkeit zur Stellungnahme hinsichtlich der Ausschlussgründe gegeben wird. Ein Angebot darf nicht überspitzt formalistisch ausgeschlossen werden, indem einer Anbieterin bspw. keine Möglichkeit gegeben wird, nebensächliche Aspekte ihrer Offerte bereinigen zu dürfen (BIERI, in TRÜEB (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 51, N. 18. Im vorliegenden Fall erklärt die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde, dass sich die Vergabebehörde am 13. Dezember 2023 telefonisch bei ihr gemeldet und insbesondere mitgeteilt habe, die Mitbewerberin stelle sich auf den Standpunkt, dass sie (die Beschwerdeführerin) in ihrem Angebot zum Teil unzutreffende Angaben gemacht habe, und man wolle diesen Vorwurf klären. Die Besprechung fand am 19. Dezember 2023 statt. Die Beschwerdeführerin nahm dabei insbesondere zu den vier von der Vergabebehörde schliesslich berücksichtigten Punkten Stellung.

Kantonsgericht KG Seite 5 von 13 Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann unter diesen Umständen nicht festgestellt werden: die Beschwerdeführerin wusste, dass ihr die Angabe von falschen Aussagen – und welche – in der Offerte vorgeworfen wurden und sie konnte sich hierzu äussern. In diesem Zusammenhang musste sie vernünftigerweise zu dem Schluss kommen, dass ihre Teilnahme am Zuschlag in Frage gestellt wurde.

E. 3

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Rechtmässigkeit des Zuschlagswiderrufs.

E. 3.1

Gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. a IVöB kann die Auftraggeberin insbesondere den bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe unwahre oder irreführende Aussagen und Auskünfte gegenüber der Auftraggeberin gemacht hat. Der Widerruf kann, beziehungsweise muss, unabhängig davon verfügt werden, ob die Zuschlagsverfügung schon vollstreckbar oder formell rechtskräftig geworden ist, und es spielt keine Rolle, ob ein Beschwerdeverfahren hängig ist oder nicht. Häufig wird der Terminus **Widerruf** nur mit Bezug auf rechtskräftige Verfügungen benützt, doch kann in vergaberechtlich geordneten Verhältnissen ein Widerruf auch schon vor Eintritt der Rechtskraft verfügt werden, so dass der Begriff im vorliegenden Zusammenhang die auf bestimmte Gründe erfolgende Beseitigung der Zuschlagsverfügung unabhängig von der Frage der Rechtskraft bezeichnet (BEYELER, Der Geltungsbereich des Vergaberechts,

2012, N. 2730 und FN 2456). Der Prüfmasstab der Beschwerdeinstanz bei der Frage, ob die Vergabestelle zum Widerruf des Zuschlags verpflichtet wäre, ist enger als bei der Frage, ob der Zuschlag im Zuschlagsbeschwerdeverfahren wegen Rechtsverletzung aufzuheben ist. Die Rechtmässigkeit des Zuschlags hängt nämlich insbesondere nicht vom subjektiven Wissen und Vertrauen der Vergabestelle ab, sondern von seiner inhaltlich-objektiven Richtigkeit. Das gilt für die Wahrhaftigkeit von Angaben ebenso wie für die Frage, ob das offerierte Produkt die zwingenden Spezifikationen tatsächlich erfüllt, und die Frage, ob für die Eignung erforderliche Eigenschaften tatsächlich vorliegen (vgl. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, 2022, S. 127 f.). Der Widerruf der Zuschlagsverfügung dient der Vergabestelle dazu, Sachverhalten Rechnung zu tragen, die materiell den Ausschluss des Zuschlagsempfängers (aus einem in diesem und nicht nur in seiner Offerte liegenden Grund) rechtfertigen oder gar erforderlich machen würden, wenn das Vergabeverfahren noch am Laufen wäre, wobei die die Person des Zuschlagsempfängers betreffenden Widerrufsgründe grundsätzlich nur dann geltend gemacht werden können, wenn sie erst nach der Zuschlagserteilung zutage getreten oder von der Vergabestelle erst hier tatsächlich erkannt worden sind (vgl. BEYELER, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, 2012, N. 2728). Ein schwerer Mangel an Seriosität oder Vertrauenswürdigkeit des Zuschlagsempfängers ist ein persönlicher Widerrufsgrund – jedenfalls, soweit der fragliche Sachverhalt während laufenden Vergabeverfahrens einen Ausschluss zu rechtfertigen vermocht hätte. Erfährt der Auftraggeber nach Zuschlagserteilung etwa, dass der Zuschlagsempfänger es geschafft oder ernsthaft versucht hat, ihm falsche Angaben zu unterbreiten oder in täuschender Absicht erhebliche Umstände zu verschweigen, kann der Zuschlag widerrufen werden. Weiss die Vergabestelle allerdings von einem Täuschungsversuch des Bieters und erteilt sie ihm gleichwohl den Zuschlag, kann sie einen Widerruf desselben später grundsätzlich nicht damit begründen, dass sie den Bieter gestützt auf die Täuschung hätte ausschliessen können. Das wäre widersprüchliches Verhalten und ist daher nicht

Kantonsgericht KG Seite 6 von 13 zu schützen – es sei denn, der Sachverhalt, über den getäuscht wurde, stellte für sich genommen einen derart gravierenden Mangel an Eignung (oder einen schweren Mangel bezüglich der Grundvoraussetzungen) dar, dass ein Widerruf ausnahmsweise ungeachtet der frühzeitigen Kenntnisnahme durch den Auftraggeber gerechtfertigt ist (vgl. BEYELER, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, 2012, N. 2748 und 2750). Unzulässig ist somit der Widerruf insbesondere dann, wenn überhaupt kein Widerrufsgrund vorliegt, wenn ein zu geringfügiger persönlicher Widerrufsgrund gegeben ist, wenn der vorgebrachte Grund der Vergabestelle schon vor dem Zuschlag (tatsächlich) bekannt war und nicht zugleich ganz gravierend ist. Solange der Widerruf begründet und daher zulässig ist, der entsprechende Grund aber nicht so schwer wiegt, dass die Vergabestelle zum Widerruf nachgerade verpflichtet wäre, liegt es in ihrem freien Ermessen, ob sie widerrufen will oder nicht. Ausgenommen bleiben insbesondere jene Fälle der persönlichen Widerrufsgründe, in denen ein Widerruf wegen Geringfügigkeit nicht gerechtfertigt ist (BEYELER, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, 2012, N. 2738, 2772 und 2775). Wie schwer eine falsche Auskunft wiegt, hängt einerseits davon ab, ob die in Frage stehende Information in Bezug auf den Zuschlagsentscheid relevant ist oder nicht. Relevant sind diesbezüglich Auskünfte, die, wenn sie wahrheitsgemäss erteilt worden wären, zu einem Ausschluss oder zu einer entscheidend schlechteren Bewertung hätten führen können. Andererseits ist auch von Bedeutung, ob der Anbieter die objektiv wahrheitswidrige Auskunft wissentlich erteilt hat

oder ob seine Gründe dafür allenfalls so nachvollziehbar sind, dass das Vertrauen der Vergabestelle zu ihrem künftigen Vertragspartner dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt sein muss (Urteil BVGer B-4991/2020 vom 20. April 2021, zit. in BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021, 2022, S. 130 f.) Die mittelschwere Verletzung von vergaberechtlichen Angebotsvorschriften führt in der Regel dazu, dass die Offerte wohl einen leichten Wettbewerbsvorteil erringt, oder sie hatte zur Wirkung, dass der Bieter besondere Bequemlichkeit bei der Offertstellung genoss, doch bleiben diese Folgen im Ergebnis gleichwohl unwirksam, bewirken also nicht kausal die Zuschlagserteilung auf die fragliche Offerte. Bei einem mittelschweren Fehler kann also gesagt werden, dass der Zuschlag auf die fehlerhafte Offerte auch dann erteilt worden wäre, wenn der fragliche Vorteil gar nicht vorläge – der Vorteil ist nicht entscheidend für die Zuschlagserteilung. Offerten mit mittelschweren Verletzungen vergaberechtlicher Angebotsvorschriften darf die Vergabestelle ausschliessen – aber sie darf sie auch im Verfahren belassen. Sie muss dieses Ermessen pflichtgemäss und daher widerspruchsfrei ausüben. So darf sie nicht auf ein einmal ausgeübtes Ermessen zurückkommen (BEYELER, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, 2012, N. 1755, 1757 und 1759).

E. 3.2

Zunächst ist vorliegend zu prüfen, ob ein Widerrufsgrund gegeben ist, d.h., ob die Beschwerdeführerin vorliegend falsche oder irreführende Angaben gemacht hat.

E. 3.2.1

Eine erste unwahre Angabe will die Vorinstanz bei der offerierten Seilwinde erkennen. Gemäss den mit der Offerte eingereichten Herstellerangaben soll sie entgegen den Angaben der Beschwerdeführerin im Leistungskatalog nicht 120 m Seilkapazität aufweisen, sondern lediglich 100 m. Mit Schreiben vom 5. Januar 2024 bestätigt der Lieferant, dass die fragliche Seilwinde [...] max. 125 m Drahtseil \varnothing 13 mm [fasst] und dass dieser Windentyp weiterhin auch mit einer etwas grösseren Seiltrommel lieferbar [ist], welche deutlich über 120 m Seilaufnahme bei \varnothing 13 mm verfügt. Daraus ist zu schliessen, dass es sich bei den Angaben in der Offerte nicht um eine unwahre Angabe handelt.

Kantonsgericht KG Seite 7 von 13

E. 3.2.2

Die Vorinstanz wirft der Beschwerdeführerin weiter vor, dass das offerierte Stamm-Längenmesssystem zurzeit nicht existiere und somit einen Prototypcharakter aufweise. Indem die Beschwerdeführerin es unterlassen habe darauf hinzuweisen, dass es sich beim offerierten Messsystem um einen Prototyp handle, obwohl gemäss Ausschreibungsunterlagen eine Serienmaschine und keinen Prototyp verlangt worden sei, habe sie eine irreführende (angefochtener Entscheid) und unwahre Angabe (Bemerkungen zur Beschwerde) gemacht. Dem Schreiben des Lieferanten vom 8. Januar 2024 ist zu diesem Punkt folgendes zu entnehmen; [A. _____] bietet seit über 2 Jahren erfolgreich die [...]Kranspitzensteuerung XY-Control an. In Verbindung mit dieser Steuerung ist der Kran über Sensorik komplett vermessen und gesteuert. Eine zusätzliche Funktion über die vorhandenen Winkelsensoren eine Längenmessung, wie von Ihnen beschrieben, zu realisieren, ist möglich, da hierzu praktisch schon alles vorgesehen ist. Zwar kann diesem Schreiben entnommen werden, dass das gewünschte Längenmesssystem realisiert werden kann. Aus keinem Aktenstück geht jedoch ausdrücklich hervor, ob es sich hierbei um ein bereits erprobtes Messsystem handelt oder ob es tatsächlich Prototypcharakter aufweist.

Immer- hin wird letzteres von der Beschwerdeführerin nicht ausdrücklich bestritten und kann aufgrund der Wortwahl des Lieferanten auch so verstanden werden. Gemäss dem ersten Kriterium des Leistungs- katalogs muss es sich bei dem Forstspezialschlepper um eine Serienmaschine und nicht um einen Prototyp handeln. Es stellt sich somit die Frage, ob die Anbieter darunter verstehen mussten, dass jedes einzelne Kriterium des Leistungskatalogs diese Bedingung erfüllen musste. Mit Blick auf den Ausgang des Verfahrens muss diese Frage allerdings nicht abschliessend beantwortet werden.

E. 3.2.3

Die Vergabestelle weist darauf hin, dass die Klemmbank des offerierten Fahrzeugs grundsätzlich mechanisch und nicht wie verlangt und offeriert hydraulisch arretierbar ist. Auch diese Aussage sei irreführend. Dem Schreiben des Lieferanten vom 8. Januar 2024 lässt sich insbesondere entnehmen, dass die Klemmbänke in der Regel mechanisch gegen Verdrehung arretiert werden, und, dass dies das Unternehmen auf Wunsch auch schon hydraulisch realisiert hat. Hier kann weder eine irreführende noch eine unwahre Aussage festgestellt werden.

E. 3.2.4

Schliesslich wirft die Vergabestelle der Beschwerdeführerin vor, in ihrer Offerte erklärt zu haben, die Bergungsrollen könnten an den Klemmbankarmen angebracht werden und seien nach Kundenwunsch positionierbar. Mit vorliegender Konstruktionsweise der Klemmbank seien jedoch Bergungsrollen nicht plausibel und deren Funktionstauglichkeit fraglich, womit die Zusicherung in der Offerte als irreführende Aussage (gemäss Entscheid) bzw. als unwahre Angabe (gemäss Beschwerdeantwort) zu werten sei. Den dem Angebot der Beschwerdeführerin beigelegten Unterlagen kann nicht entnommen werden, dass die Bergungsrollen an den Klemmbankarmen angebracht und nach Kundenwunsch positioniert werden könnten. Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerdeschrift aus, sie habe am 14. November 2023 unter anderem die technischen Spezifikationen des ausgeschriebenen Forst- spezialschleppers mit ihrer Lieferantin besprochen. Bei diesem Gespräch sei die Lieferung auch bezüglich der Positionierung der Bergungsrollen so vereinbart worden, wie sie die Vergabestelle wünschte und die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot vom 4. Dezember 2023 offeriert habe. Diese gewünschte Eigenschaft habe sie der Vergabestelle anlässlich der Besprechung vom 19. Dezember 2023 noch einmal ausdrücklich bestätigt. Der Punkt sei als erledigt abgehakt worden.

Kantonsgericht KG Seite 8 von 13 Mit der schriftlichen Bestätigung des Lieferanten vom 8. Januar 2024 werde das Gesagte noch einmal bekräftigt. Allerdings kann diesem Schreiben vom 8. Januar 2024 lediglich entnommen werden, dass der Lieferant die Möglichkeit von Bergungsrollen am Heckschild bietet. Dies habe gegenüber den Bergungsrollen an der Klemmbank bezüglich Stabilität und Funktionalität erhebliche Vorteile. Dadurch, dass die Bergungsrollen ganz aussen am Heckschild positioniert sind, kann besser nach vorne geseilt werden. Nachdem die Vergabestelle Zweifel an der Erfüllbarkeit dieser technischen Spezifikation geäussert hat, wäre es an der Beschwerdeführerin gelegen, diese vollständig auszuräumen. Dies ist ihr vorliegend nicht gelungen. Selbst der Lieferant bestätigt die Offerte in diesem Punkt nicht, sondern erklärt die Vorzüge seiner Bauweise, welche jedoch die zwingenden technischen Anforderungen an das Produkt nicht erfüllt. Unter diesen Umständen liegen hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass die Anbieterin, unwahre oder irreführende Aussagen und Auskünfte gegenüber der Auftraggeberin gemacht

hat.3.2.5. Aus Vorerwähntem ist zu schliessen, dass die Offerte zumindest in einem Punkt eine unwahre oder irreführende Angabe enthält. Damit ist grundsätzlich ein (persönlicher) Widerrufsgrund gegeben.

E. 3.3

Steht nun fest, dass ein Widerrufsgrund vorliegt, ist weiter zu prüfen, ob der vorgebrachte Grund der Vergabestelle schon vor dem Zuschlag bekannt war. Den Ausschreibungsunterlagen ist zu entnehmen, dass sich die Beurteilung der Erfüllung der technischen Spezifikationen ausschliesslich auf die Angaben im Formular (Leistungskatalog) oder auf explizite referenzierte Zusatzdokumente stützt. Wird einer dieser technischen Spezifikationen nicht erfüllt, muss das Angebot von der weiteren Prüfung ausgeschlossen werden. Der Zuschlag wurde der Beschwerdeführerin gestützt auf diese Dokumente am 6. Dezember 2023 erteilt. Aus der Verfügung geht hervor, dass die Unterlagen auf deren Vollständigkeit hin geprüft und als vollständig erklärt wurden und, dass der Vergleich der technischen Parameter gemäss dem im Leistungskatalog aufgeführten Bewertungsverfahren vollzogen wurde. Die Bewertung des Preises erfolgte schliesslich nach der in den Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Berechnungsformel. Erstellt ist, dass sich ein ■Vertreter der Mitbewerberin nach der Zustellung des Vergabeentscheids telefonisch bei der Vergabebehörde gemeldet■ hat. Gemäss Angaben der Vergabestelle soll dieser dabei seine ■Verwunderung zum Ausdruck gebracht [haben], dass das Angebot der Beschwerdeführerin den Leistungskatalog in allen Punkten erfüllen würde. Diese nicht näher spezifizierten Aussagen [sollen die Vergabestelle veranlasst haben], das Angebot der Beschwerdeführerin einer detaillierteren Überprüfung zu unterziehen und die von der Beschwerdeführerin in ihrem Angebot gemachten Angaben auf der Grundlage deren Offerte und weiteren Quellen, die in dem von der Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot eingereichten Ordner zu finden waren, wie beispielsweise Herstellerangaben, noch einmal zu kontrollieren■. Diese Überprüfung durch die Vergabebehörde habe verschiedene Unstimmigkeiten zu Tage gebracht. Daraufhin habe sie sich entschlossen, die Beschwerdeführerin mit diesen Unstimmigkeiten zu konfrontieren und zu diesem Zweck eine Besprechung mit Besichtigung eines A._____Schleppers durchzuführen. Diese fand am 19. Dezember 2023 statt. Daraus ist zu schliessen, dass der Vergabestelle zwar keine neuen Tatsachen zugetragen wurden, die sie vor dem Zuschlag noch nicht gekannt hatte. Gemäss ihren eigenen Ausführungen hat sie ihre nachträgliche Überprüfung darauf beschränkt, das ihr bereits vor dem Zuschlag bekannte

Kantonsgericht KG Seite 9 von 13 Dossier noch einmal zu kontrollieren, wobei ihr verschiedene Unstimmigkeiten aufgefallen sind. Den Akten kann allerdings nicht entnommen werden, dass sie sich im Zeitpunkt des Zuschlags der irreführenden Angabe tatsächlich bewusst war, was von den Parteien denn auch nicht geltend gemacht wird. Damit ist der Widerruf der Zuschlagsverfügung begründet und zulässig.

E. 3.4

Es sei angefügt, dass die irreführende Auskunft vorliegend schwer wiegt. Sie betrifft eine zwingend notwendige technische Spezifikation. Erfüllt der Schlepper diese Anforderung nicht, hätte das Angebot der Beschwerdeführerin gemäss den Ausschreibungsunterlagen (vgl. S. 7) zwingend ausgeschlossen werden müssen. Ob die Beschwerdeführerin die Angabe wissentlich irreführend formuliert hat oder ob sie auf ein Missverständnis zwischen ihr und ihrem Lieferanten zurückzuführen ist, spielt unter diesen Umständen keine Rolle.

Restitutorisch wirkende Verwaltungsmassnahmen (wie der Zuschlagswiderruf) setzen kein Verschulden voraus. Dieses kann zwar im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung berücksichtigt werden. Allerdings sind das Prinzip der Verhältnismässigkeit und das Verbot des überspitzten Formalismus bei leichten Verstössen die zentralen Bestandteile einer pflichtgemässen Ermessensausübung. So ist es der Auftraggeberin verwehrt, Anbieterinnen aufgrund geringfügiger Mängel oder Pflichtverletzungen vom Verfahren auszuschliessen. Demgegenüber kann eine Auftraggeberin bei schweren Pflichtverletzungen verpflichtet sein, eine Massnahme zu treffen (z.B. in Form eines zwingenden Ausschlusses). Hier kommt der Vergabebehörde ein eingeschränkter Beurteilungsspielraum zu, weil das Verhältnismässigkeitsprinzip die Ermessensausübung erheblich diszipliniert und kanalisiert. Eine überragende Bedeutung kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Verbot des überspitzten Formalismus (wie auch der Gleichbehandlung der Anbieterinnen) demnach bei mittelschweren Mängeln oder Pflichtverletzungen zu (vgl. DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, Aufsichtsinstrumente im revidierten Beschaffungsrecht, in ZUFFEREY/BEYELER/SCHERLER (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2020, N. 14 und 42 - 44). Die Beschwerdeführerin geht deshalb nicht nur fehl, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, es handle sich um einen geringfügigen Mangel, der niemals einen Ausschluss oder einen Widerruf rechtfertigen würde, da ■die vier fraglichen Punkte [...] allesamt Einzeldetails zu Zusatzgeräten des ausgeschriebenen Forstspezialschleppers■ betreffen und sie ■gemessen am Gebrauchswert und an der Funktionstauglichkeit der Maschine als Ganzes [...] auch gesamthaft betrachtet eine völlig untergeordnete Bedeutung■ haben. Sie übersieht dabei auch, dass es nicht nur darum geht, ob ihr Angebot die Kriterien erfüllt. Die irreführende Angabe ist nämlich für sich genommen geeignet, das ihr von der Vergabestelle entgegen gebrachte Vertrauen zu zerstören, was einen eigenständigen (persönlichen) Widerrufsgrund darstellt. Solche knüpfen an bestimmte Eigenschaften des Zuschlagsempfängers an und beschlagen nicht bloss dessen Offerte (vgl. auch BEYELER, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, 2012, N. 2738, 2748 und FN 2472). Auch eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und des Verbots des überspitzten Formalismus kann unter diesen Umständen nicht ausgemacht werden.

E. 3.5

Weiter kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, es sei von vornherein nicht zulässig, gestützt auf die angeblich unwahren und irreführenden Aussagen in den fraglichen vier Punkten den Widerruf des Zuschlages und ihren Ausschluss zu verfügen. Es handle sich dabei um vertraglich verbindliche Versprechen - welche sie im Rahmen der Vertragserfüllung einhalten werde - und nicht um Tatsachenbehauptungen, welche von der Vergabestelle auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden können. Für den Fall der Nichteinhaltung stünden der Vergabestelle dannzumal (aber nicht vorher), die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbefehle sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung.

Kantonsgericht KG Seite 10 von 13 Der Zuschlag wurde aufgrund von (unwahren und) irreführenden Angaben widerrufen. Diese stellen einen Mangel an Seriosität oder Vertrauenswürdigkeit des Zuschlagsempfängers dar und sind geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen den künftigen Vertragspartnern zu zerstören. Dabei kann keine Rolle spielen, ob die Angaben in Bezug auf technische Spezifikationen oder andere Bedingungen gemacht wurden. Die von der Beschwerdeführerin zitierte Rechtsprechung ist

überdies nicht einschlägig. Alle drei Fälle betreffen Zuschlagsbeschwerdeverfahren. Beim Urteil des Bundesgerichts 2C_159/2021 vom 11. Mai 2022 bzw. den Anmerkungen dazu von BEYELER (Quod licet mandatori non licet iudici in BR 2023 23), geht es um die Frage des Prüfmasstabes der Beschwerdeinstanz. Im im Bundesgerichts- urteil 2C_720/2012 vom 1. Februar 2013 (E. 3.4) abgehandelten Fall war ein Kriterium (Vorliegen eines Zertifikats) im Zeitpunkt des Zuschlags noch nicht erfüllt. Allerdings musste der formelle Nachweis gemäss den Ausschreibungsunterlagen zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht vorliegen, so dass die Frage in erster Linie die Umsetzung des seither abgeschlossenen Werkvertrags zwischen der Vergabebehörde und der Zuschlagsempfängerin betraf. Im BGE 141 II 14 E. 10.3 hält das Bundesgericht lediglich fest, dass sich die Vergabebehörde bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen darf, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist. Hat die Vergabestelle allerdings Zweifel an der Erfüllung der Eignungskriterien und Zuschlagsbedingen, kann sie ergänzende Erkundigungen einholen. Sie ist dazu aber nicht verpflichtet, jedenfalls dann nicht, wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, dass der Anbieter eines kostengünstigen Angebots Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen verletzt. Kein Urteil legt den Schluss nahe, dass die Vergabebehörde bzw. die Beschwerdeinstanz die im Angebot aufgeführten technischen Spezifikationen nicht auf deren Wahrheitsgehalt überprüfen darf, wenn Hinweise vorliegen, dass diese allenfalls nicht stimmen könnten.

E. 3.6

Schliesslich ist entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin die Tatsache irrelevant, dass der Widerruf des Zuschlags auf die Intervention der Mitbewerberin zurückzuführen ist. Dieser steht es frei, ein Wiedererwägungsgesuch bei der verfügenden Verwaltungsbehörde zu stellen (vgl. auch BEYELER, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, 2012, N. 2729 und FN 2455).

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, ein Ausschluss vom Verfahren sei nach der Erteilung des Zuschlags nicht mehr möglich. Bereits deshalb sei die angefochtene Verfügung aufzuheben. Widerruft die Vergabestelle eine Zuschlagsverfügung aus Gründen, die in der Person des Zuschlagsempfängers liegen – beispielsweise [...] weil täuschende Verhaltensweisen zutage getreten sind -, so kommt dieser vormalige Zuschlagsempfänger folgerichtig für alle weiteren Schritte nicht mehr infrage, denn gerade dafür, dass sie ihn auf rechtmässige Weise verabschieden kann, hat die Vergabestelle einen Widerruf vorgenommen (BEYELER, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, 2012, N. 2796). Der vorliegend verfügte Widerruf zieht deshalb so oder anders den Ausschluss der Beschwerdeführerin für das weitere Verfahren nach sich. Wenn die Vergabebehörde den Ausschluss ausdrücklich verfügt, dient dies der Klarheit der Konsequenzen und ist nicht zu beanstanden. Im Übrigen übersieht die Beschwerdeführerin, dass mit der angefochtenen Verfügung der Zuschlag gerade aufgehoben wurde und das Vergabeverfahren reaktiviert wird; die Vergabestelle befindet sich wieder im Stadium, in dem sie sich vor der Zuschlagserteilung befunden hatte. Insbesondere

Kantonsgericht KG Seite 11 von 13 kann die Vergabestelle die Eignung der verbleibenden Bieter überprüfen und nötigenfalls Ausschlüsse verfügen (vgl. BEYELER, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, 2012, N. 2782 f.).

E. 5

Schliesslich wirft die Beschwerdeführerin der Vergabestelle eine Verletzung des Grundsatzes der Vertraulichkeit und einen Verstoss gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung vor. Die Vergabestelle dürfe Mitbewerbern keinen Einblick in Angebote von anderen Mitbewerbern gewähren. Genau dies habe aber die Vergabestelle gemacht. Gestützt auf diese Einsichtnahme habe sich die Mitbewerberin auf den Standpunkt gestellt, die Beschwerdeführerin habe in ihrem Angebot zum Teil unzutreffende Angaben gemacht. Die Vergabebehörde bestreitet den Vorwurf. Die Mitbewerberin habe sich nach der Zustellung des Vergabeentscheids telefonisch bei ihr gemeldet und dabei ihre Verwunderung zum Ausdruck gebracht, dass das Angebot der Beschwerdeführerin den Leistungskatalog in allen Punkten erfüllen würde. Diese nicht spezifizierten Aussagen hätten sie veranlasst, das Angebot der Beschwerdeführerin einer detaillierteren Überprüfung zu unterziehen. Diese Überprüfung habe Unstimmigkeiten zu Tage gebracht. Die Besprechung vom 19. Dezember 2023 wurde durchgeführt, um die Beschwerdeführerin damit zu konfrontieren. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin sind rein spekulativ. Mit Ausnahme der Tatsache, dass die Mitbewerberin bei der Vergabestelle interveniert hat, liegen keine Hinweise vor, welche die Vorwürfe der Beschwerdeführerin bestätigen könnten. Weiterführende Instruktionmassnahmen sind unter diesen Umständen weder gerechtfertigt noch wurden solche beantragt. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt unbegründet.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin verlangt Einsicht in sämtliche Vorakten der Beschaffung, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Überdies ersuchte sie um Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels und die Gelegenheit, ihre Beschwerde gestützt auf die Akteneinsicht und die Beschwerdeantwort zu ergänzen.

E. 6.2

Gemäss Art. 57 Abs. 2 IVöB ist der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren auf Gesuch hin Einsicht in die Bewertung ihres Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten zu gewähren, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Das Einsichtsrecht ist beschränkt. Was ■entscheidrelevante Verfahrensakten■ sind, ergibt sich aus dem Streitgegenstand des jeweiligen Beschwerdeverfahrens (vgl. BÜHLER in TRÜEB (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 57, N. 18).

E. 6.3

Vorliegend geht es um die Frage, ob die Beschwerdeführerin unwahre und/oder irreführende Angaben in ihrer Offerte gemacht hat. Entscheidrelevante Aktenstücke sind somit die Offerte der Beschwerdeführerin sowie die Ausschreibungsunterlagen. Beide sind der Beschwerdeführerin bestens bekannt. Einen weitergehenden Anspruch hat die Beschwerdeführerin nicht. Ihr Gesuch ist damit abzuweisen. Aus dem gleichen Grund ist auch jenes um Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels und die Gelegenheit, die Beschwerde gestützt auf die Akteneinsicht und die Beschwerdeantwort zu ergänzen, abzuweisen. Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin im Übrigen mit Schreiben vom 5. März 2024 übermittelt. Es ist stand ihr frei, sich dazu

Kantonsgericht KG Seite 12 von 13 spontan zu äussern oder zumindest um Ansetzung einer Frist zu ersuchen. Dies hat sie bis zum heutigen Tag aber nicht gemacht.

E. 7

Die Beschwerde (602 2024 4) ist unbegründet und abzuweisen.

E. 7.1

Mit vorliegendem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung (602 2024 6) gegenstandslos und ist abzuschreiben.

E. 7.2

Die unterliegende Beschwerdeführerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen (art. 131 VRG). Diese werden auf CHF 3'000.- festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

E. 7.3

Der unterliegende Beschwerdeführerin wie auch der obsiegenden Vergabebehörde, welche eine der Direktion der Institutionen und der Land- und Forstwirtschaft untergeordnete Verwaltungseinheit ist und über eine juristische Beratung verfügt, sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (art. 137 Abs. 1 e contrario, 133 und 139 VRG). Die entsprechenden Anträge sind abzuweisen. (Dispositiv auf nächster Seite)

Kantonsgericht KG Seite 13 von 13 Der Hof erkennt: I. Die Beschwerde (602 2024 4) wird abgewiesen. II. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung (602 2024 6) wird als gegenstandslos abgeschrieben. III. Die Gerichtskosten werden auf CHF 3'000.- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem von ihr in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. IV. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. V. Zustellung. Soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen ab Zustellung Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht werden. Gegen die Festsetzung der Höhe der Verfahrenskosten und der Parteientschädigung ist innert 30 Tagen die Einsprache an die Behörde, die entschieden hat, zulässig, sofern nur dieser Teil des Entscheides angefochten wird (Art. 148 VRG). Freiburg, 19. April 2024/cth Der Präsident Die Gerichtsschreiberin-Berichterstatterin

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