

GL_GERICHTE GL-1242 vom 30. April 2020

GL Gerichte, 2020-04-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl_gerichte_GL-1242

FR: GL_GERICHTE GL-1242 du 30 avril 2020

IT: GL_GERICHTE GL-1242 del 30 aprile 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Gemeinde Glarus Süd vergab am 3. Mai 2019 die Baumeisterarbeiten Teilverlegung Bergweg Hintersand-Obersand der A._____AG. Zuvor hatte die Gemeinde Glarus Süd mit der A._____AG am 16. April 2019 ein Angebotsbereinigungsgespräch durchgeführt, in welchem die Gemeinde Glarus Süd sicherstellen wollte, dass sie die bestellten Leistungen zum offerierten Preis erhält.

1.2 Während der Ausführung der Baumeisterarbeiten kam es zu Unstimmigkeiten zwischen der Gemeinde Glarus Süd und der A._____AG. Einerseits wurde der Baubeginn mehrmals verschoben. Andererseits gab es Ungereimtheiten bei der Bauabrechnung.

E. 1.2

in die Positionen 1 bis 11 kopiert. Auf die Positionen 12 bis 20 wurden ebenfalls Steine kopiert. Sodann wurden das Datum und die Unterschrift aus der Liste 1.1 auf die Liste 1.2 kopiert. Auf der Liste 2.2 vom 30. August 2019 wurde die Bemerkung "Zeitzeuge" gelöscht und der Stein somit fälschlicherweise als Felsabtrag aufgeführt. Ähnlich verfuhr F._____ auf der fingierten Liste 3.3 vom 13. September 2019, in welcher der Subunternehmer im Original nur einen Stein aufgeführt hatte, F._____ zusätzlich aber 22 Positionen durch Kopieren aus anderen Listen einfügte. Daneben kopierte er das Datum und die Unterschrift aus einer anderen Liste. Die Liste 3.4 vom 16. September 2019 trägt sodann eine fremde Unterschrift und stammt jedenfalls nicht vom Subunternehmer. Daneben verfälschte F._____ auch verschiedene Arbeitsrapporte, indem er beispielsweise Massangaben änderte oder neue Angaben hinzufügte.

3.5 Es ist offensichtlich, dass F._____ einige Zeit für das Verfälschen der Steinlisten und Arbeitsrapporte aufwendete. So ist aus den ursprünglich eingereichten Scanausdrucken nicht ohne Weiteres ersichtlich, dass diese zu einem erheblichen Teil verfälscht waren. Es ist vielmehr der genauen Prüfung des Bauleiters zu verdanken, dass die Manipulationen ans Tageslicht kamen. Soweit der Beschwerdeführer im Nachgang und insbesondere im vorliegenden Verfahren weismachen will, bei den eingereichten Listen und Rapporten handle es sich nicht um falsche Angaben, sondern um erforderliche Korrekturen, da der Subunternehmer die effektiv geleistete Arbeit auf seinen Listen nicht korrekt aufgeführt habe, handelt es sich aus mehreren Gründen offensichtlich um eine Schutzbehauptung. So gab F._____ an der Sitzung der Departementskommission Wald und Landschaft vom 22. Oktober 2019 die Manipulationen zu, wobei er das Protokoll der Sitzung am 4. Dezember 2019 unterzeichnete. Weiter kann mit der Argumentation, es handle sich um Korrekturen, nicht erklärt werden, dass zahlreiche Steine durch Kopieren doppelt aufgeführt wurden. Hätten sich Korrekturen als notwendig erwiesen und die Rapporte tatsächlich nicht die ganze geleistete Arbeit ausgewiesen, hätte dies F._____ schliesslich

sicherlich an einer der Baustellensitzungen erwähnt und mit der Beschwerdegegnerin eine Lösung gesucht.

3.6 Unerheblich ist im vorliegenden Verfahren, wie das Vorgehen von F. _____ strafrechtlich gewertet werden wird. Indem er die Steinlisten und Arbeitsrapporte durch Hineinkopieren von Steinen, Löschen und Fälschen von Daten und Zahlen und Hineinkopieren von Unterschriften manipulierte, missbrauchte er das Vertrauen der Beschwerdegegnerin in grober Weise. Nicht förderlich ist sodann, dass er das ihm Vorgeworfene zunächst abtritt, dann zugab und danach wieder zu relativieren versuchte. Dabei fällt im besonderen Masse ins Gewicht, dass es sich bei F. _____ nicht um einen subalternen Angestellten, sondern um ein Mitglied der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin handelt. Ungeachtet des eher geringen Mehrbetrags, welchen die Beschwerdegegnerin ohne genaue Prüfung der eingereichten Listen und Rapporte bezahlt hätte, ist es nachvollziehbar, dass sie im jetzigen Zeitpunkt das Vertrauensverhältnis zur Beschwerdeführerin als gestört erachtet. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin deshalb aus dem Verfahren Vergabe Sanierung Au-Stümmigen, Schwanden, und generell aus allen Vergabeverfahren für die Dauer von fünf Jahren ausschliessen durfte.

E. 2

2.1 Die Gemeinde Glarus Süd schrieb am 5. Dezember 2019 die Sanierung Au-Stümmigen, Schwanden, im Amtsblatt aus. Gleichentags beschloss der Gemeinderat Glarus Süd, dass der A. _____ AG für die Dauer von fünf Jahren, d.h. bis zum 31. Dezember 2024, keine Einladungen zur Offerteingabe mehr zugesandt und keine Arbeiten vergeben würden; die Weisung gelte über alle Departemente gleichermassen. Die laufenden Regieaufträge und die Schneeräumungsaufträge würden derzeit noch beibehalten. Ferner reiche die Gemeinde Glarus Süd gegen die A. _____ AG Strafanzeige ein.

2.2 Mit formlosem Schreiben vom 16. Dezember 2019 informierte die Gemeinde Glarus Süd die A. _____ AG über den getroffenen Beschluss. Die A. _____ AG ersuchte in der Folge die Gemeinde Glarus Süd am 3. Januar 2020 auf ihren Beschluss zurückzukommen, was die Gemeinde Glarus Süd am 7. Januar 2020 ablehnte.

2.3 Am 13. Januar 2020 reichte die A. _____ AG in Arbeitsgemeinschaft mit der D. _____ AG, ein Angebot für die Sanierung Au-Stümmigen, Schwanden, ein. Die Gemeinde Glarus Süd vergab am 21. Januar 2020 die Sanierung der E. _____ AG, offenbar ohne die Verfügung der A. _____ AG zu eröffnen.

2.4 Die A. _____ AG wandte sich am 30. Januar 2020 an die Gemeinde Glarus Süd und verlangte eine anfechtbare Verfügung. Die Gemeinde Glarus Süd verfügte am 14. Februar 2020, dass die A. _____ AG für die Dauer von fünf Jahren, mithin bis zum 31. Dezember 2024, von jeglichen Submissionsverfahren der Gemeinde Glarus Süd ausgeschlossen werde (Disp.-Ziff. 1). Die A. _____ AG werde insbesondere vom Submissionsverfahren der Gemeinde Glarus Süd, Sanierung Au-Stümmigen, Schwanden, ausgeschlossen (Disp.-Ziff. 2).

E. 3

3.1 F. _____, Bauführer und Mitglied der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin, stellte am 27. August 2019 und am 4. September 2019 dem von der Beschwerdegegnerin eingesetzten Bauleiter, G. _____, per E-Mail die Steinlisten und Arbeitsrapporte zu. Dabei

handelte es sich um eingescannte Formulare. Mit E-Mail vom 6. September 2019 sandte er G._____ das Ausmass inkl. des Zusammenzugs aus den Rapporten. Gleichentags sandte er G._____ per Post ein Teilzahlungsgesuch auf Basis des Ausmasses vom 6. September 2019. Mit E-Mail vom 24. September 2019 stellte F._____ weitere Steinlisten zu.

3.2G._____ teilte F._____ am 25. September 2019 mit, dass er die Rapporte/Steinlisten gesichtet und Ungereimtheiten festgestellt habe. Es seien ihm daher sämtliche Tagesrapporte und sämtliche Steinlisten im Original zuzustellen. F._____ antwortete darauf im E-Mail vom 26. September 2019, dass er mehrere Blätter des Subunternehmers gehabt habe, weshalb sich Fehler in seine Zusammenstellung eingeschlichen hätten. In der Folge stellte er die Steinlisten und Arbeitsrapporte im Original zu.

3.3Aufgrund der Feststellungen von G._____ fand am 22. Oktober 2019 eine Sitzung der kommunalen Departementskommission Wald und Landschaft mit G._____ und F._____ statt. F._____ wurde mit der Feststellung konfrontiert, dass die Steinlisten und die Arbeitsrapporte des Subunternehmers von ihm manipuliert worden seien. Zunächst führte F._____ aus, dass es für den Subunternehmer schwierig gewesen sei, die Listen zu führen. Mit seinem Vorgehen habe er die in der Abrechnung fehlenden Steine kompensieren wollen. G._____ stellte hingegen fest, dass die Listen durch den Subunternehmer sehr genau und sauber nachgeführt worden seien. Diese exakte Grundlage sei durch F._____ manipuliert und ganz bewusst gefälscht worden. Bei den Tagesrapporten seien Angaben gelöscht und korrigiert worden. Die Bauleitung und die Bauherrschaft seien permanent angelogen und für dumm verkauft worden. F._____ gestand in der Folge seine Fehler und Manipulationen ein und bedauerte diese. Im Protokoll hielt die Departementskommission fest, dass es sich "ganz klar um Betrug mit krimineller Energie" handle. F._____ unterzeichnete das Protokoll am 4. Dezember 2019.

3.4Aus den Akten ist ersichtlich, dass die von F._____ an G._____ zugestellten Steinlisten verschiedentlich manipuliert worden waren. So wurden beispielsweise auf der Liste 1.1 vom 26. Juli 2019 die Steine der Positionen 2 bis 4, 5 bis 8 und 9 bis 12 auf die Positionen 20 bis 30 kopiert und so doppelt aufgeführt. Die im Original auf dieser Liste auf den Positionen 20 bis 30 aufgeführten Steine wurden auf eine neue fingierte Liste

E. 4

4.1Beim fünfjährigen Ausschluss der Beschwerdeführerin aus sämtlichen Vergabeverfahren handelt es sich um eine repressive verwaltungsrechtliche Sanktion. Damit das Verhängen einer solchen Sanktion zulässig ist, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen, Rz. 1492). So erwähnt beispielsweise die Mustervorlage für Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/15. Dezember 2001 (VRöB) in § 38 Abs. 1 zwar, dass schwerwiegende Widerhandlungen gegen die Vergabebestimmungen durch Verwarnung, Entzug des erteilten Auftrags, Auferlegung einer Busse von bis zu 10 % der bereinigten Angebotssumme oder Ausschluss von künftigen Vergaben für die Dauer von bis zu fünf Jahren geahndet werden. Gleichzeitig weist die Mustervorlage aber darauf hin, dass dies "Materie für ein formelles Gesetz" sei.

4.2Verschiedene Kantone sehen denn auch den Ausschluss eines fehlbaren Anbieters von künftigen Vergaben für die Dauer von bis zu fünf Jahren in ihrem kantonalen Recht vor (vgl. etwa § 40 Abs. 1 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich, § 6 Abs. 1 des

Kantonsratsbeschlusses über den Beitritt des Kantons Schwyz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 17. Dezember 2003 oder Art. 12 Abs. 2 der Verordnung des Kantons St. Gallen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998). Auch die revidierte IVöB vom 15. November 2019 kennt eine solche Bestimmung (Art. 45 Abs. 1 IVöB 2019), allerdings wurde die IVöB noch von keinem Kanton ratifiziert.

4.3 Art. 12 SubmG bestimmt, dass der Auftraggeber Anbieter vom Verfahren ausschliessen, aus dem Verzeichnis über geeignete Anbieter streichen oder den Zuschlag widerrufen kann, wenn der Anbieter die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllt (lit. a), dem Auftraggeber falsche Auskünfte erteilt (lit. b), Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt (lit. c), die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen der Gesamtarbeitsverträge, der Normalarbeitsverträge oder bei deren Fehlen die branchenüblichen Vorschriften, die am Ort der Arbeitsausführung gelten, sowie die Gleichbehandlung von Mann und Frau nicht gewährleistet (lit. d), Absprachen trifft, die einen wirksamen Wettbewerb verhindern oder beeinträchtigen (lit. e), in einem Konkursverfahren steht (lit. f) oder wesentliche Formvorschriften verletzt (lit. g).

Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin verbietet es sich, im Bereich der verwaltungsrechtlichen Sanktionen gesetzliche Bestimmungen zum Nachteil des Betroffenen grosszügig auszulegen. Anders als andere Kantone sieht der Kanton Glarus gerade keine Bestimmung vor, welche den Ausschluss von fehlbaren Anbietern für künftige Verfahren vorsieht. So nennt Art. 12 SubmG den Ausschluss vom Verfahren, womit zweifellos das konkrete Vergabeverfahren gemeint ist, mit welchem die Verfehlung des Anbieters im Zusammenhang steht.

Fehlt aber eine gesetzliche Grundlage, erweist sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin von sämtlichen Vergabeverfahren der Beschwerdegegnerin für die Dauer von fünf Jahren als rechtswidrig.

E. 5

5.1 Damit ist aber noch nicht gesagt, dass es der Beschwerdegegnerin verwehrt war, die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren Sanierung Au-Stümmigen, Schwanden, auszuschliessen. Zu prüfen ist daher, ob ein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 12 SubmG vorliegt.

5.2 Die Beschwerdegegnerin sieht einen solchen Ausschlussgrund in Art. 12 lit. b SubmG, wonach der Anbieter vom Verfahren ausgeschlossen werden kann, wenn er dem Auftraggeber falsche Auskünfte erteilt. Wie dargelegt (vgl. E. II/4) besteht im Kanton Glarus keine gesetzliche Grundlage, fehlbare Anbieter von künftigen Verfahren auszuschliessen. Daraus ■ wie auch aus dem Gesetzeswortlaut ■ folgt, dass das Erteilen von falschen Auskünften im Rahmen des Vergabeverfahrens erfolgen muss, von welchem der Anbieter ausgeschlossen wird. Im Vergabeverfahren Sanierung Au-Stümmigen, Schwanden, kann der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden, dass sie falsche Auskünfte erteilt habe, weshalb sich ihr Ausschluss nicht auf Art. 12 lit. b SubmG stützen lässt.

E. 5.3

5.3.1 Hingegen gilt es zu berücksichtigen, dass dem Auftraggeber ein Vertragsschluss zumindest dann nicht zugemutet werden kann, wenn das Vertrauensverhältnis aufgrund

Verfehlungen des Anbieters in einem früheren Verfahren nachhaltig gestört ist. In einem solchen Fall erweist sich der Anbieter als nicht geeignet für die Ausübung des ausgeschriebenen Auftrags, weshalb er nach Art. 12 lit. a SubmG vom Verfahren auszuschliessen ist. Einzig wenn das Verschulden am behaupteten Zerwürfnis nicht allein beim Anbieter liegt, ist sein Ausschluss nicht zulässig (Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 502 ff., mit Hinweis auf einen Entscheid des Regierungsrats des Kantons Schwyz, publiziert in EGV SZ 1997 Nr. 52, S. 202).

5.3.2 Vorliegend massgebend ist, dass die Manipulationen durch F. _____, welche das Vertrauen der Beschwerdegegnerin in die Beschwerdeführerin erschüttert haben (vgl. dazu E. II/3), im Herbst 2019 vorgenommen wurden. Die Sitzung mit F. _____, an welcher er seine Verfehlungen einräumte, fand am 22. Oktober 2019 statt. Der negative Eindruck war daher während des neuen Vergabeverfahrens Sanierung Au-Stümmigen, Schwanden, noch frisch. Unter diesen Umständen ist es naheliegend, dass der Beschwerdegegnerin zurzeit jegliches Vertrauen in die Beschwerdeführerin fehlt, was eine gedeihliche Zusammenarbeit verunmöglicht. Dies gilt umso mehr, als F. _____ in der Offerte als Referenzperson Bauführer genannt wurde. Der Beschwerdegegnerin kann hingegen nicht vorgeworfen werden, sie trage eine Mitschuld am Zerwürfnis. Unter diesen Umständen erweist sich die Beschwerdeführerin als für die Ausführung des Auftrags gänzlich ungeeignet, weshalb sie nach Art. 12 lit. a SubmG vom Verfahren auszuschliessen war.

5.4 Hinzuweisen bleibt darauf, dass die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin nicht in den kommenden fünf Jahren mit der Argumentation, diese sei aufgrund des gestörten Vertrauensverhältnisses nicht geeignet, von den Vergabeverfahren ausschliessen darf. Bei einem solchen Vorgehen würde sie nämlich eine Sanktion vollziehen, welche gesetzlich nicht vorgesehen ist. Vielmehr ist in jedem Vergabeverfahren, an welchem die Beschwerdeführerin teilnimmt, gesondert zu prüfen, ob sie als ungeeignet im Sinne von Art. 12 lit. a SubmG erscheint. Dabei kommt dem Zeitablauf eine wesentliche Bedeutung zu. Sollte sich in der kommenden Zeit nichts Weiteres zutragen, wird in einem Jahr die fehlende Eignung der Beschwerdeführerin wohl nur noch schwer damit begründet werden können, es fehle der Beschwerdegegnerin gänzlich das Vertrauen in die Beschwerdeführerin. Insofern wird die Beschwerdeführerin, sollte sie das wirtschaftlich günstigste Angebot einreichen, dann die Gelegenheit haben, das Vertrauen der Beschwerdegegnerin zurückzugewinnen.

E. 6

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Ausschluss der Beschwerdeführerin für sämtliche Vergabeverfahren der Beschwerdegegnerin für die Dauer von fünf Jahren unzulässig ist. Hingegen erweist sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren Sanierung Au-Stümmigen, Schwanden, als rechtmässig. Demgemäss ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Disp.-Ziff. 1 der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 14. Februar 2020 ist aufzuheben.

III.

1.

Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist von einem hälftigen Obsiegen der Parteien auszugehen. Die Gerichtskosten von pauschal Fr. 4'000.- sind zur Hälfte der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 134

Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 135 Abs. 2 VRG). Vom bereits geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.- sind der Beschwerdeführerin Fr. 1'000.- zurückzuerstatten.

2.

Die Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a VRG zu Lasten der Beschwerdegegnerin Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.- (inkl. Mehrwertsteuer). Mangels Vorliegens besonderer Umstände steht der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zu (Art. 138 Abs. 4 VRG e contrario).

3.

Gegen diesen Entscheid steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht nur nach Massgabe von Art. 83 lit. f des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) offen.

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