

GL_GERICHTE GL-635 vom 14. Dezember 2015

GL Gerichte, 2015-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl_gerichte_GL-635

FR: GL_GERICHTE GL-635 du 14 décembre 2015

IT: GL_GERICHTE GL-635 del 14 dicembre 2015

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Gemeinde Glarus Nord schrieb am 3. September 2015 im Amtsblatt des Kantons Glarus die Vergabe der Feuerungskontrolle (Öl-, Gas- und Holzfeuerungen) 2016 bis 2019 im offenen Verfahren aus.

1.2 Mit Verfügung vom 14. Dezember 2015 erteilte die Gemeinde Glarus Nord der Firma D. _____ GmbH den Zuschlag für die Feuerungskontrolle 2016 bis 2019. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 führte die Gemeinde Glarus Nord gegenüber A. _____ aus, dass er für die Arbeiten nicht berücksichtigt werden können. Der Zustellversuch blieb allerdings erfolglos, weshalb die Sendung am 22. Dezember 2015 an die Gemeinde Glarus Nord retourniert wurde. Am 7. Januar 2016 sandte sie ihm die Verfügung nochmals zur Orientierung mittels A-Post Plus zu.

1.3 Mit E-Mail vom 8. Januar 2016 erkundigte sich A. _____ bei der Gemeinde Glarus Nord, weshalb er den Zuschlag nicht erhalten habe. Diese teilte ihm mit E-Mail vom 11. Januar 2016 mit, dass er vom Verfahren ausgeschlossen worden sei, weil er nicht sämtliche fälligen Abgaben an die öffentliche Hand entrichtet habe.

E. 2

2.1 Zunächst prüft das Verwaltungsgericht die Voraussetzungen zum Eintreten auf das Rechtsmittel. Ist mindestens eine Prozessvoraussetzung nicht erfüllt, entscheidet es auf Nichteintreten (Art. 70 Abs. 2 VRG).

2.1.1 Nach Art. 35 Abs. 1 SubmG kann gegen Verfügungen des Auftraggebers innert zehn Tagen schriftlich und begründet Beschwerde erhoben werden. Die Gerichtsferien gelten nicht (Art. 35 Abs. 3 SubmG). Die Beschwerdefrist beginnt am Tag nach dem Zustellungszeitpunkt zu laufen (Art. 32 Abs. 1 SubmG). Eine Sendung gilt als zugestellt, wenn sie auf dem ordentlichen Weg in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, so dass er sie zur Kenntnis nehmen kann. Bei eingeschriebenen Sendungen gilt die Unterschrift, mit der der empfangsberechtigte Adressat gegenüber dem Postbeamten die Entgegennahme der Sendung bestätigt, als Zustellnachweis (Kaspar Plüss, in Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2014, § 10 N. 79 ff.). Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste. Mit einer Zustellung muss rechnen, wer sich in einem verfahrensrechtlichen Verhältnis befindet. Während diesem hat der Verfügungsadressat die Pflicht, sich so zu verhalten, dass Verfahrensakten zugestellt werden können, d.h. die Post regelmässig zu kontrollieren, den Behörden allfällige längere Ortsabwesenheiten mitzuteilen, Adressänderungen von sich aus zu kommunizieren sowie allenfalls einen Stellvertreter zu ernennen oder der Post einen Nachsendeauftrag zu erteilen (Plüss, § 10 N.

86).

2.1.2 Der Beschwerdeführer reichte seine Offerte am 28. September 2015 ein und musste mit einer Zustellung der Zuschlagsverfügung rechnen. Der erfolglose Zustellungsversuch durch die Beschwerdegegnerin datiert vom 14. Dezember 2015. Die Sendung war bis zum 22. Dezember 2015 zur Abholung am Postschalter gemeldet und gilt nach dem Dargelegten als zu diesem Zeitpunkt zugestellt, weshalb die zehntätige Rechtsmittelfrist grundsätzlich am 23. Dezember 2015 zu laufen begann und sich die Beschwerde vom 18. Januar 2016 folglich als verspätet erweist.

2.1.3 Daran ändert grundsätzlich nichts, dass dem Beschwerdeführer die Zuschlagsverfügung am 8. Januar 2016 mittels A-Post Plus doch noch zugestellt werden konnte. So ist für den Fristenlauf in der Regel die erste rechtsgültige individuelle Eröffnung massgebend (vgl. BGE 118 V 190 E. 3a).

Den Akten lässt sich aber entnehmen, dass der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin bereits am 12. November 2015 darüber informierte, dass er mit der Zustellung einzelner Briefe Probleme habe bzw. diese nicht erhalte. Er bat sie deshalb, ihn über den Vergabeentscheid per E-Mail zu informieren, sofern dies möglich sei. Die Beschwerdegegnerin reagierte auf dieses E-Mail nicht und kam in der Folge dem Ansinnen des Beschwerdeführers nicht nach.

Da die Beschwerdegegnerin auf sein E-Mail nicht reagiert hatte, durfte der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sie dem von ihm vorgeschlagenen Vorgehen zustimme und ihn zumindest darüber informieren werde, dass der Vergabeentscheid getroffen und versandt worden sei. Wäre die Beschwerdegegnerin mit einer solchen Vorgehensweise nämlich nicht einverstanden gewesen, hätte sie den Beschwerdeführer darüber informieren müssen.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Vermutung, der Postangestellte habe die Abholungseinladung ordnungsgemäss in den Briefkasten oder in das Postfach des Empfängers gelegt und das Zustellungsdatum sei korrekt registriert worden, widerlegbar ist, wobei kein strikter Beweis des Gegenteils erforderlich ist (BGer-Urteil 1C_129/2015 vom 9. Juli 2015 E. 3.1).

Offenbar hatte der Beschwerdeführer bereits mehrfach Probleme mit dem Empfang von Sendungen, weshalb von einer erhöhten Wahrscheinlichkeit für eine erneute Fehlzustellung auszugehen ist. Berücksichtigt man, dass der Beschwerdeführer dies der Beschwerdegegnerin frühzeitig anzeigte und sie auf die Anzeige nicht reagierte, lässt es sich nicht rechtfertigen, von einer Zustellfiktion auszugehen und den Fristbeginn auf den 23. Dezember 2015 anzusetzen. Vielmehr durfte der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Rechtsmittelfrist erst mit der A-Post Plus Zustellung zu laufen begann, weshalb diese mit seiner Eingabe vom 18. Januar 2016 gewahrt wurde. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.2 Gemäss Art. 37 Abs. 1 SubmG können mit der Beschwerde Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Dem Verwaltungsgericht bleibt hingegen eine Angemessenheitskontrolle verwehrt (Art. 37 Abs. 2 SubmG).

2.3 Da vorliegend der Entscheid in der Sache ergeht, muss über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht mehr entschieden werden.

E. 3

3.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Beschwerdegegnerin habe ihren Vergabeentscheid nur ungenügend begründet, da dieser keinen Aufschluss über die Bewertung der eingereichten Angebote gebe. So habe er daraus nicht ersehen können, weshalb sein preisgünstigstes Angebot unberücksichtigt geblieben sei. Erst auf Anfrage hin bzw. durch Einleitung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sei ihm dies mitgeteilt worden. Ferner habe die Beschwerdegegnerin eine falsche Verfügung erlassen. Da seine Offerte aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei, hätte die Beschwerdegegnerin dies selbständig verfügen müssen, was sie unterlassen habe. Dies genüge den rechtlichen Anforderungen nicht. Schliesslich stellten die Steuerausstände in der Höhe von Fr. 50.30 keinen hinreichenden Grund für einen Verfahrensausschluss dar. Dieser Betrag stehe in keinem Verhältnis zu den von ihm bezahlten Steuern. Darüber hinaus genüge das Einholen von einer einzigen Referenz einer Gemeinde nicht als Nachweis für eine unzureichende Kompetenz. Insgesamt habe er damit das preisgünstigste Angebot eingereicht, weshalb der Zuschlag an ihn gehen müsse.

3.2 Die Beschwerdegegnerin bringt dagegen vor, sie habe die Zuschlagsverfügung ausreichend begründet. Wenn das Gericht dies anders sehe, sei sie ihrer Begründungspflicht zumindest mit der eingereichten Beschwerdeantwort rechtsgenügend nachgekommen. Des Weiteren habe sie den Entscheid gegenüber dem Beschwerdeführer richtig eröffnet. Sie sei nämlich nicht dazu verpflichtet, einen Verfahrensausschluss separat zu verfügen. Dies könne sie in den Vergabeentscheid integrieren. Ferner sei unerheblich, wie hoch die Steuerausstände gewesen seien. Es sei einzig relevant, dass solche vorhanden gewesen seien, was die Steuerverwaltung belegt habe. Darüber hinaus sei es Sache des Beschwerdeführers gewesen, für genügend Referenzen zu sorgen. Da er selbst nur zwei Gemeinden genannt habe, ziele seine diesbezügliche Rüge ins Leere. Insgesamt erfülle der Beschwerdeführer die Eignungskriterien damit nicht, weshalb er trotz des preisgünstigsten Angebotes zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen worden sei.

E. 4

4.1 Gemäss Art. 35 Abs. 1 SubmG gelten sowohl der Zuschlag, dessen Widerruf und der Abbruch im offenen und im selektiven Verfahren (lit. a) als auch der Ausschluss vom offenen und vom selektiven Verfahren (lit. d) als Verfügungen des Auftraggebers. Ob der Ausschluss in einer eigenständigen Verfügung zu eröffnen ist, ergibt sich aus dem Gesetzestext allerdings nicht. Es ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer nicht substantiiert dargelegt, weshalb die Beschwerdegegnerin dazu gehalten war, ihm den Ausschluss mittels einer separaten Verfügung zu eröffnen. So entsteht dem nicht berücksichtigten Anbieter in Fällen, in welchen die Zuschlagsverfügung den Ausschluss eines Anbieters impliziert, kein Rechtsnachteil. Er kann mittels Anfechtung der Zuschlagsverfügung nämlich geltend machen, er sei zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden (vgl. dazu VGer ZH-Urteil VB.2001.00359 vom 24. Mai 2002 E. 4a, www.vgr.zh.ch). Damit dringt der Beschwerdeführer mit seiner Rüge, die Beschwerdegegnerin habe ihm den Ausschluss vom Verfahren mittels einer falschen Verfügung eröffnet, nicht durch.

E. 4.2

4.2.1 Anfechtbare Verfügungen sind grundsätzlich zu begründen (Art. 74 Abs. 1 lit. d VRG). Dies gilt auch im Rahmen eines Submissionsverfahrens, bei welchem der Auftraggeber den Anbietern den Zuschlag mittels einer kurzen Begründung zu eröffnen hat, welche das Resultat der Submission beinhaltet (Art. 32 Abs. 1 SubmG). Eine solche Begründungspflicht besteht darüber hinaus auch, wenn ein Anbieter vom Verfahren ausgeschlossen wird (VGer-Urteil VG.2009.00096 vom 10. März 2010 E. II/2d, nicht publiziert). Dies ergibt sich bereits aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV). Ein Anspruch auf rechtliches Gehör und demnach auf eine Begründung besteht immer dann, wenn ein hoheitlicher Akt die Rechtsstellung eines Einzelnen berührt. Der Betroffene soll durch den Entscheid erfahren, weshalb die Behörde zu seinem Nachteil entschieden hat. Daher muss der Entscheid grundsätzlich so begründet sein, dass die betroffene Person ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann, was nur möglich ist, wenn er sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sie ihren Entscheid stützt (BGE 129 I 232 E. 3.2 mit Hinweisen).

4.2.2 In der Zuschlagsverfügung vom 14. Dezember 2015 führte die Beschwerdegegnerin einzig aus, die Beigeladene erfülle sämtliche Eignungskriterien und habe bei der Bewertung der Offerte nach den Zuschlagskriterien gemäss der Ausschreibung (Angebotspreis, Erfahrung, Ausbildung) insgesamt die höchste Punktzahl erreicht. Es handle sich um das für die Durchführung der ausgeschriebenen Feuerungskontrolle am besten geeignete Angebot. Aus dem Offertöffnungsprotokoll vom 1. Oktober 2015 lassen sich zudem die weiteren Teilnehmer des Vergabeverfahrens sowie deren jeweilige Eingabesummen entnehmen. Im Begleitschreiben an den Beschwerdeführer vom 14. Dezember 2015 führte die Beschwerdegegnerin zudem aus, dass sie ihn für die ausgeschriebenen Arbeiten nicht habe berücksichtigen können.

4.2.3 Damit konnte der Beschwerdeführer aus dem Begleitschreiben aber nur entnehmen, dass er bei der Vergabe des Auftrags nicht berücksichtigt wurde. Die Beschwerdegegnerin führte nämlich weder in genanntem Begleitschreiben noch in der Vergabeverfügung aus, dass und weshalb er vom Verfahren ausgeschlossen wurde. Nämliches trifft auf das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 7. Januar 2016 zu, mit welchem dem Beschwerdeführer die Vergabeverfügung nochmals zur Orientierung zugestellt wurde. Erst auf seine Anfrage vom 8. Januar 2016 hin wurde ihm der Ausschluss und der Grund dafür eröffnet. Damit mangelt es der Zuschlagsverfügung aber offensichtlich an einer rechtsgenügenden Begründung.

Praxisgemäss genügt es aber aus prozessökonomischen Gründen, dass die Vergabebehörde die Begründung ihres Entscheids in der Beschwerdeantwort nachreicht oder ergänzt. Damit wurde der Begründungsmangel im vorliegenden Rechtsmittelverfahren geheilt. Dem Beschwerdeführer wurde zudem nach Einreichung der Beschwerdeantwort Möglichkeit zur Replik gegeben, welche er entsprechend wahrnahm. Hingegen bemerkt der Beschwerdeführer zu Recht, dass die mangelhafte Begründung des Zuschlagsentscheids ungeachtet des Verfahrensausgangs bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen ist (vgl. dazu VGer-Urteil VG.2014.00034 vom 14. August 2014 E. II/2).

5.1 Nach Art. 11 Abs. 1 SubmG legt der Auftraggeber für jeden Auftrag im Rahmen der Ausschreibung fest, welche Eignungskriterien die Anbieter erfüllen und welche Nachweise sie erbringen müssen. Der Auftraggeber kann gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. a SubmG Anbieter vom Verfahren ausschliessen, aus dem Verzeichnis über geeignete Anbieter streichen oder den Zuschlag widerrufen, wenn sie die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllen. Diese Möglichkeit hat der Auftraggeber aber auch, wenn ihm der Anbieter falsche Auskünfte erteilt (Art. 12 Abs. 1 lit. b SubmG) oder wenn der Anbieter Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt (Art. 12 Abs. 1 lit. c SubmG). Allerdings muss ein Ausschlussgrund eine gewisse Schwere aufweisen, um vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Bestand zu haben (Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 486).

5.2 Die Beschwerdegegnerin führte in ihren Ausschreibungsunterlagen im Anhang 3 gestützt auf Art. 2 der Submissionsverordnung vom 17. Dezember 1997 (SubmV) verschiedene Kriterien auf (Ziff. 1 ■ 6) und hielt die Teilnehmer des Vergabeverfahrens dazu an, die Erfüllung dieser Kriterien zu deklarieren bzw. dies mittels Unterschrift zu bekräftigen. Dies stellte sie unter die Androhung, dass bei Nichterfüllung eines Punktes und/oder bei falschen Angaben der jeweilige Offertsteller vom Verfahren ausgeschlossen werde. In der Offerte vom 28. September 2015 erklärte der Beschwerdeführer mittels Unterschrift, dass er sämtliche im Anhang 3 der Ausschreibungsunterlagen aufgeführten Eignungskriterien erfülle. Unter anderem führte er gegenüber der Beschwerdegegnerin damit aus, dass er bis heute alle fälligen Abgaben an die öffentliche Hand (Bund, Kanton, Gemeinde) entrichtet habe (Ziff. 1). Ferner willigte er gleichzeitig ein, dass die Beschwerdegegnerin bei der zuständigen Steuerverwaltung diesbezüglich Auskünfte einholt. In der Folge stellte die Beschwerdegegnerin bei der Steuerverwaltung des Kantons Glarus ein Auskunftsbegehren über die Erfüllung der steuerrechtlichen Verpflichtungen des Beschwerdeführers, worauf Letztere am 2. November 2015 ausführte, dass dieser in den Jahren 2012 bis 2015 Steuerausstände aufweise. Über die Höhe der offenen Steuerforderungen äusserte sie sich hingegen nicht.

5.3 Bei den im Anhang 3 der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien handelt es sich unbestrittenermassen um Eignungskriterien, nicht zuletzt weil die Beschwerdegegnerin dabei auf Art. 2 SubmV hinwies. Diese sind von den Zuschlagskriterien zu unterscheiden, da sie unterschiedliche Funktionen haben. Anders als bei den Zuschlagskriterien führt die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums regelmässig zum Ausschluss des jeweiligen Anbieters. Ein fehlendes Kriterium kann dabei nicht durch Übererfüllung eines anderen Eignungskriteriums kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4).

Der Beschwerdeführer bekräftigte in seiner Offerte vom 28. September 2015 mittels Unterschrift, dass er die Eignungskriterien im Anhang 3 erfülle und somit auch, dass er bis zu diesem Zeitpunkt sämtliche fälligen Abgaben an die öffentliche Hand erbracht habe. Gestützt auf die Auskunft der Steuerverwaltung des Kantons Glarus vom 2. November 2015 entsprach dies aber offensichtlich nicht der Wahrheit. So waren Steuerforderungen für die Jahre 2012 bis 2015 ausstehend. Des Weiteren ergibt sich aus dem Betreibungsregisterauszug vom 2. November 2015, dass der Kanton Glarus gegenüber dem Beschwerdeführer eine offene Forderung in der Höhe von Fr. 974.75 geltend machte und ihm deshalb ein Zahlungsbefehl zugestellt wurde (Betreibung Nr. 21509139). Eine offene Steuerforderung ergibt sich sodann aus dem Auszug der kantonalen Steuerverwaltung sowie aus dem E-Mail an den Beschwerdeführer vom 18. Januar 2016.

Daraus folgt, dass wegen offener Steuerforderungen, deren Bestand vom Beschwerdeführer grundsätzlich nicht bestritten werden, sondern nur in deren Höhe, nicht sämtliche Eignungskriterien erfüllt waren. Unerheblich ist, wie hoch die offenen Steuerforderungen effektiv waren. Es genügt, dass sie im Zeitpunkt der Offertstellung Bestand hatten, der Beschwerdeführer sich dessen bewusst war und er diese gegenüber der Beschwerdegegnerin nicht deklarierte. Damit liegt neben dem Vorliegen eines nichterfüllten Kriteriums auch eine Falschdeklaration vor, weshalb die Beschwerdegegnerin ohne Weiteres dazu berechtigt war, den Beschwerdeführer vom Vergabeverfahren auszuschliessen (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. b SubmG).

Demgemäss ist die Beschwerde abzuweisen, womit offenbleiben kann, ob die Beschwerdeführerin das Referenzkriterium korrekt bewertete.

III.

1.

1.1 Nach Art. 134 Abs. 1 lit. c VRG hat die Partei, welche im Beschwerdeverfahren unterliegt, die amtlichen Kosten zu tragen. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten grundsätzlich dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Allerdings mangelt es der Vergabeverfügung an einer rechtsgenügenden Begründung. Aufgrund dieser offensichtlichen Rechtsverletzung rechtfertigt es sich, der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 135 Abs. 3 VRG einen Teil der Kosten aufzuerlegen.

1.2 Die pauschalen Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 3'000.- sind deshalb dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin je zur Hälfte aufzuerlegen. Der Anteil des Beschwerdeführers ist mit dem bereits geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.- zu verrechnen. Der restliche Betrag von Fr. 2'500.- ist ihm zurückzuerstatten.

2.

Bei diesem Verfahrensausgang stünde dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zu (Art. 138 Abs. 3 lit. a VRG e contrario). Aufgrund der offensichtlich ungenügenden Begründung der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdegegnerin jedoch gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. b VRG zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 1'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Da keine besonderen Gründe im Sinne von Art. 138 Abs. 4 VRG ersichtlich sind, ist der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen. Der Beigeladenen steht ebenfalls keine Entschädigung zu (Art. 138 Abs. 1 VRG).

3.

Der geschätzte Auftragswert erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (Art. 1 der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017). Gegen dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen.

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