

VS_GERICHTE A1 06 146 vom 24. November 2006

VS Kantonsgericht, 2006-11-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_06_146

FR: VS_GERICHTE A1 06 146 du 24 novembre 2006

IT: VS_GERICHTE A1 06 146 del 24 novembre 2006

Regeste

KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) vom 24. November 2006 i.S. A. c. Staatsrat Geometermandat/Altersbeschränkung – Alter 65 als Eignungskriterium für Geometeraufträge. – Wie weit kann das Erreichen einer Altersgrenze (65) in den abzuschliessenden Vertrag als Auflösungsgrund aufgenommen werden? *Marché de prestations de géomètre; restriction liée à l'âge – Age de 65 ans fixé à titre de critère d'aptitude pour un marché de ce genre. – Dans quelle mesure l'arrivée à une limite d'âge peut-être un motif de résiliation à intégrer au contrat à passer à la fin de la procédure?* Gekürzter Sachverhalt Der Kanton Wallis schrieb im August 2006 für die Gemeinden den Unterhalt und die Nachführung der amtlichen Vermessung im offenen Verfahren aus. Als Gegenstand und Umfang des Auftrags wurden der Unterhalt und die Nachführung für eine bestimmte Gemeinde im Rahmen eines abzuschliessenden Vertrages mit einer Laufzeit vom 01. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2012 angegeben. In den Ausschreibungsunterlagen war als Eignungskriterium aufgeführt, der verantwortliche Geometer dürfe nicht älter als 65-jährig sein. Die Unterlagen enthielten auch einen Mustervertrag mit der Klausel, der Vertrag ende mit dem Erreichen des 65. Altersjahres des 46

Erwägungen

E. 47

dessen Büro würden die Rechte und Pflichten geregelt (Abs. 2). Den Bewerbern wurde, nach Angaben der Vorinstanz auf ausdrücklichen Wunsch der Geometer, ein Muster des nach Ziff. 1.1 Abs. 2 des Leistungsbeschreibs mit dem im Submissionsverfahren bestimmten Geometer vorgesehenen Vertrags zugestellt. Art. 8 Abs. 3 dieses Mustervertrags sieht tatsächlich vor, «Der Vertrag endet mit dem Erreichen des 65. Altersjahres des verantwortlichen Geometers, sofern das Unternehmen keinen patentierten Ingenieur-Geometer als Nachfolger des Ausscheidenden verpflichtet hat». 2.2.2 Im Beschaffungsrecht werden allgemein und unbestritten drei verschiedene Phasen unterschieden. In der ersten Phase, dem Ausschreibungsverfahren, wird der berücksichtigte Anbieter bestimmt und mit diesem in der zweiten Phase ein Vertrag abgeschlossen. In der letzten Phase geht es schliesslich um die Vertragsausführung (Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, S. 481). Die einschlägige Gesetzgebung über das Beschaffungsrecht des Bundes und der Kantone befasst sich primär mit der ersten Phase und mit der zweiten einzig im Hinblick auf den möglichen, frühesten Zeitpunkt für den Vertragsabschluss. Im Beschaffungsrecht sind denn auch durchwegs nur Verfügungen nach Art. 15 und 16 Abs. 1 GIVöB anfechtbar, die gemäss Art. 15 IVöB immer in der ersten Phase ergehen (Art. 16 Abs. 1bis lit. a - e). Es besteht zwar ein Zusammenhang zwischen der ersten und zweiten Phase in dem Sinne, dass am Ende der

ersten Phase gestützt auf die Ausschreibung und die Angebote ein eindeutiges Ergebnis vorliegen sollte, das den Abschluss des Vertrages ohne wesentliche Ergänzungen ermöglicht (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 193). Gegenstand und Umfang des Auftrags sind daher in der Ausschreibung bzw. den an die Interessenten abgegebenen Unterlagen klar zu umschreiben und die Offerten der Anbieter müssen ebenso deutlich auf die ausgeschriebene Leistung Bezug nehmen. Trotz dieser Interdependenz beschränken sich die Anfechtungsmöglichkeiten aber nur auf die Verfügungen der ersten Phase. 2.2.3 Im vorliegenden Fall befasst sich das Eventualbegehren der Beschwerdeführer, das gegen die Vertragsklausel gerichtet ist, auf den Vertragsinhalt, somit auf ein Element der zweiten Phase, das nicht Gegenstand der Ausschreibung ist. Weder im Leistungsbeschrieb noch im Pflichtenheft ist die im Mustervertrag vorgesehene Vertrags-

E. 48

klausel 65 enthalten. Die Ausschreibungsunterlagen verweisen nirgends auf die Bestimmungen des Mustervertrages, der demzufolge auch nicht als von den Bewerbern akzeptiert angesehen werden darf. Es kommt hinzu, dass die Vorinstanz in der Beschwerdeantwort ausdrücklich erklärt hat, der Mustervertrag habe nur Informationscharakter und sei nicht Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen. Dabei ist sie zu behaupten und dies hat zur Folge, dass das Ergebnis der Ausschreibung auch nicht die Vertragsklausel 65 umfassen wird. Im Falle des Zuschlags an die Beschwerdeführer werden diese somit auch nicht mit der Vertragsklausel 65 belastet sein. Dies wäre aber Voraussetzung dafür, dass die Beschwerdeführer die Vertragsklausel 65 im Vergabeverfahren anfechten können. 2.2.4 Was die Vergabebehörde schliesslich für Klauseln in den fünf Jahre dauernden Vertrag einfügen will, die nicht das Resultat der Ausschreibung sind, kann nicht im Vergabeverfahren geprüft werden. Die Vergabebehörde ist aber immerhin darauf hinzuweisen, dass die Ausschreibungsunterlagen, nachdem der Mustervertrag gemäss Angaben der Vergabebehörde nicht Bestandteil derselben bildet, das Vorhandensein des Eignungskriteriums 65 nur im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages und nicht für die gesamte Vertragsdauer verlangt. Damit setzen aber die amtlichen Ausschreibungsunterlagen die Zulässigkeit der Vertragsklausel 65 in Frage. Der Leistungsbeschrieb hält in Ziffer 4 als Vertragsdauer die Zeit vom 01. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2011 fest und nach Ziff. 2.6 des Pflichtenhefts darf der Geometer im Zeitpunkt der Ausschreibung nicht älter als 65-jährig sein. Der Bewerber, der ohne Bezug des Mustervertrages ein Angebot einreicht, muss davon ausgehen können, er werde als geeignet angesehen, den gesamten ausgeschriebenen Auftrag auch auszuführen, selbst wenn er bis zum Vertragsende das Alter 65 überschreiten werde. Nachdem die Vorinstanz dem Mustervertrag die rechtliche Verbindlichkeit abspricht, wird sie ihn nach dem Vergabeentscheid auch nicht ohne weiteres gegen die Bewerber anführen dürfen. Nach dem Vertrauensgrundsatz müsste wohl eher gelten, dass mit der Erfüllung des Eignungskriteriums 65 im Zeitpunkt des Zuschlags die «Eignung» zur vertraglichen Ausführung des gesamten Vergabegegenstandes gegeben sein werde.