

VS_GERICHTE A1 11 280 vom 9. März 2012

VS Kantonsgericht, 2012-03-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 11 280](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_11_280)

FR: VS_GERICHTE A1 11 280 du 9 mars 2012

IT: VS_GERICHTE A1 11 280 del 9 marzo 2012

Regeste

JUGCIV A1 11 280 URTEIL VOM 9. MÄRZ 2012 Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung Es wirken mit: Kantonsrichter Jean-Pierre Zufferey, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner sowie Gerichtsschreiber Paul Constantin in Sachen Verwaltungsgerichtsbeschwerde der X_____, handelnd durch den einzelzeichnungsberechtigten Gesellschafter A_____ gegen Departement für Verkehr, Bau und Umwelt, und Y_____

Erwägungen

E. 1

Der Entscheid des DVBU ist eine Verfügung im Sinne von Art. 15 GIVöB und damit auch gemäss Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6), gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 16 GIVöB; Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; SGS/VS 726.1]).

E. 1.1

Das DVBU ist ein Auftraggeber im Sinne von Art. 6 GIVöB und es hat das Einladungsverfahren nach Art. 11 GIVöB gewählt. Das GIVöB und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (VöB; SGS/VS 726.100) sind vorliegend anwendbar.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin liegt bezüglich der Offerte preislich an erster Stelle und sie wehrt sich gegen den Ausschluss. Sie ist durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, so dass sie nach Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG zur Beschwerdeführung legitimiert ist.

E. 1.3

Die Zuschlagsempfängerin stellt die rechtzeitige Beschwerdeeinreichung in Frage. Falls die Zuschlagsverfügung vom 24. November 2011 den Parteien am 25. November 2011 zugegangen ist, wäre die 10-tägige Beschwerdefrist am 5. Dezember 2011 abgelaufen und die Beschwerde vom 6. Dezember 2011 wäre zu spät eingereicht worden. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Zustellung sei am 29. November 2011 erfolgt. Die Zuschlagsverfügungen vom 24. November 2011 sind uneingeschrieben zugestellt worden. Ein postalisches Nachforschungsbegehren

konnte somit nicht gestellt werden. Rechtsprechungsgemäss obliegt der Beweis der Tatsache sowie des Zeitpunkts der Zustellung von Verfügungen der Verwaltung, welche die entsprechende Beweislast trägt. Wird die Tatsache oder das Datum der Zustellung uneingeschriebener Sendungen bestritten, muss im Zweifel auf die Darstellung des Empfängers abgestellt werden (vgl. BGE 129 I 8 E. 2.2; 124 V 400 E. 2a; 114 III 51 E. 3). In diesem Lichte ist der Beweis, dass die uneingeschrieben versandte Verfügung der Beschwerdeführerin am 25. November 2011 zugegangen ist, nicht erbracht. Die Beschwerde vom 6. Dezember 2011 muss als fristgerecht eingereicht angesehen werden. Auf die nach der Korrektur vom 20. Dezember 2011 formgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c, 46 und 48 VVRG).

E. 1.4

Die Frage der Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird mit dem vorliegenden materiellen Entscheid gegenstandslos.

E. 2

Aus Art. 16 IVöB resp. Art. 16 GIVöB leitet das Kantonsgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüft, sondern dass vom Beschwerdeführer im Einzelnen darzulegen ist, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Der Beschwerdeführer muss in seiner Eingabe anführen, in welchen Punkten der angefochtene Entscheid auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht und/oder inwiefern Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet wurden (Urteil des Kantonsgerichts A1 02 145 vom 7. Februar 2003). Zudem steht den Vergabebehörden bereits bei der Festlegung der für den Zuschlag massgeblichen Kriterien, dann aber auch bei deren Gewichtung und Bewertung, ein erheblicher Ermessensspielraum zu (ZBl 99/2000 S. 267; Urteil des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.4; Urteil des Kantonsgerichts A1 02 168 vom 26. März 2003). Solange ihre Überlegungen mit den zu beachtenden Vorschriften in Einklang stehen und objektiv nachvollziehbar erscheinen, greift das Gericht nicht ein, da es lediglich eine Kontrolle von Rechtsverletzungen vornehmen kann, die sich beim Ermessen auf die Überschreitung oder den Missbrauch beschränken muss und die Angemessenheit nicht einbeziehen kann (BGE 125 II 86 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 2P.85/2001 vom 6. Mai 2002 E. 3.2).

E. 3

Es stellt sich vorab die Frage, ob die Ausschreibungsunterlagen schon anlässlich der Ausschreibung oder der Einladung angefochten werden müssen, mit der Folge, dass deren Inhalt mit der Beschwerde gegen den Zuschlag nicht mehr beanstandet werden kann (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., N. 820 ff.; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 2003, S. 5 ff.).

E. 3.1

Mit der Ausschreibung wird ein Verwaltungsverfahren eingeleitet, wobei die Ausschreibung ihrerseits bereits eine selbständig anfechtbare Verfügung darstellt (Art. 15 Abs.1bis lit. a IVöB). Ob die Ausschreibungsunterlagen Bestandteil der

Ausschreibung bilden und deshalb ein eigenständiges Anfechtungsobjekt darstellen, geht aus der Bestimmung nicht hervor. Das Bundesgericht betrachtet die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich als integrierenden Bestandteil der Ausschreibung. Allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen sind deshalb, wie bei einer Beschwerde gegen die Ausschreibung selbst, innert zehn Tagen seit der Zustellung zu rügen, andernfalls das Beschwerderecht verwirkt ist (BGE 130 I 241 E. 4.2 = Pra 2005 Nr. 59; 129 I 313 E. 6.2 = Pra 2004 Nr. 64; 125 I 203 E. 3a). Vertritt ein Anbieter die Meinung, die Art und Weise der Ausschreibung, das vorgesehene Verfahren oder der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen seien nicht gesetzeskonform, hat er diese Rechtswidrigkeiten innert der Frist von zehn Tagen mit Beschwerde geltend zu machen. Er kann nicht zuwarten, die Ausschreibungsunterlagen mit der Unterschrift unter sein Angebot anerkennen und vorerst das Resultat der Vergabe abwarten, um dann bei einem für ihn negativen Ausgang des Verfahrens die Ausschreibung als solche in Frage zu stellen. Gegen ein solches Vorgehen spricht ferner die Verfahrensökonomie im öffentlichen Beschaffungswesen (Urteil des Kantonsgerichts A1 2011 127 vom 25. November 2011, E. 3.1 mit Hinweisen, vorgesehen zur Publikation in der ZWR 2012 ; ZWR 2008 S. 46, E. 3 ; BR 2/2011 S24 et S25 S. 117 ff.; BGE 125 I 2005 E. 3a).

E. 3.2

Im vorliegenden Fall wurde in der Ausschreibung der Schliessanlage das System „Ikon Verso Cliq“ verlangt. Dieses Schliesssystem sieht einen programmierbaren Benutzerschlüssel vor, wie dies in Pos. 290 der Ausschreibung aufgeführt wird. Entsprechend der Angaben der Vergabebehörde wird hier die Zutrittsberechtigung auf dem Schlüssel programmiert und nicht auf dem Schliesszylinder der Türe. Ein Batteriewechsel könne individuell durch den Schlüsselbenützer erfolgen und müsse nicht durch eine Fachperson am Türzylinder vorgenommen werden. Deshalb wurde für die Zylinder die „Steuerung aussen“ verlangt (vgl. Pos. 120 und 160). Ab dem Erhalt der Ausschreibungsunterlagen war den interessierten Anbietern bekannt, welches Schliesssystem verlangt wurde. Ein Anbieter, der allfällige Unregelmässigkeiten im Ausschreibungsverfahren feststellt, ist gehalten, diese dem Auftraggeber anzuzeigen, wenn er sich nicht dem Vorwurf aussetzen will, gegen Treu und Glauben zu handeln (Robert Wolf, a.a.O., S. 10). Die Verletzung dieser Pflicht kann dazu führen, dass die entsprechenden Mängel in einem späteren Rechtsmittelverfahren nicht mehr gerügt werden dürfen. Dies gilt insbesondere, wenn die Unregelmässigkeit bei gehöriger Vorsicht leicht festgestellt werden kann (BGE 130 I 241 E. 4.3). Im vorliegenden Fall war für die Beschwerdeführerin aufgrund der Ausschreibung ohne weiteres erkennbar, dass die Vergabestelle das System mit der Batterie und der Intelligenz im Schlüssel und nicht im Zylinder festgelegt hatte. Indem die Beschwerdeführerin die Ausschreibung nicht angefochten hat, sind Rügen insoweit verwirkt, dass sich die Beschwerdeführerin im jetzigen Verfahrensstadium nicht mehr gegen die Auswahl des Schliesssystems wehren kann (Entscheid der BRK vom 9. Dezember 1999, publiziert in VPB 64-63 E. 3; Entscheid der BRK vom 29. April 1998, publiziert in VPB 62.80 E. 2a; Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, S. 106 und 227). Für die Beurteilung des Anbieters und seiner Dokumente durch die Vergabestelle - und damit auch im Rahmen der Rechtskontrolle

durch das Gericht - sind die durch die Ausschreibung vorgegebenen Vorgaben und Nachweise demnach verbindlich.

E. 4

Schliesslich richtet sich die Beschwerdeführerin gegen den Ausschluss ihrer Offerte aufgrund der Wahl des Schliesssystems.

E. 4.1

Gemäss Art. 14 Abs. 1 VöB muss das Angebot schriftlich und vollständig innerhalb der Frist eingereicht und darf nicht mehr geändert werden. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle aufgrund der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten kann. Eine unvollständige Offerte erfüllt die Anforderungen gemäss Ausschreibungs- oder Einladungsunterlagen nicht, weshalb sie gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. c VöB auszuschliessen ist. Was die Offerte umfassen muss, damit sie als vollständig angesehen werden kann, ergibt sich aus den Ausschreibungsunterlagen. Offeriert ein Bewerber nicht die Leistung, die im Leistungsverzeichnis definiert wurde, gilt sie als unvollständig. Sein Preisangebot kann im Ergebnis nicht mit dem verglichen werden, das die gesamte definierte Leistung umfasst. Den Formvorschriften im Submissionsrecht kommt ein hoher Stellenwert zu, insofern sie im Dienste wichtiger Vergabeprinzipien, etwa des Prinzips der Gleichbehandlung der Submittenten und ihrer Angebote, stehen. Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Unterlagen nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter verletzen (vgl. Art. 1 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 [BoeB; SR 172.056.1]). Ein solches Angebot ist grundsätzlich auszuschliessen, wobei das Verbot des überspitzten Formalismus vorbehalten bleibt (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., N. 272 mit Hinweisen). Dieses aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) fliessende Verbot wendet sich gegen rigorose Formvorschriften, die als exzessiv erscheinen, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt sind, zum blossen Selbstzweck werden und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschweren oder gar verhindern (BGE 127 I 34 E. 2a/bb; 115 Ia 17 E. 3b; 114 Ia 40 E. 3 je mit Hinweisen; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich 2010, N. 1661). Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf folglich ein Anbieter nicht ausgeschlossen werden. Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Es bleibt zu prüfen, ob die von der Vergabebehörde geltend gemachten Mängel über diese Tragweite verfügen.

E. 4.2

Im vorliegenden Fall begründet die Vergabestelle den Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerin vom 24. November 2011 damit, ihr Schliesssystem entspreche nicht den technischen Anforderungen der Ausschreibung. Es beinhalte einen batteriegeschützten Schliesszylinder „mit Intelligenz im Zylinder statt im Schlüssel“, das nicht den wesentlichen Grundanforderungen der Ausschreibung entspreche (vgl. Beschwerdeantwort vom 29. Dezember 2011, S. 2). Beim ausgeschriebenen System könne die Zutrittsberechtigung auf dem Schlüssel programmiert und bei Änderungen

umprogrammiert werden. Ein Batteriewechsel könne durch den Schlüsselbenutzer auf dessen Kosten erfolgen und müsse nicht durch eine Fachperson an der Türe vorgenommen werden. Die Zylinderwechsel könnten ohne Umbau der Türen und ohne Montage eines Notbatteriespeisegerätes für die Türen erfolgen. Die verlangten Schliesszylinder könnten batterieunabhängig bei Extrembedingungen von Kälte und Feuchte eingesetzt werden. Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, sie habe eine Lösungsvariante eingereicht.

E. 4.3

Die Argumentation der Vergabestelle hält einer Überprüfung stand. Die Zuschlagsempfängerin hält richtig fest, dass die Beschwerdeführerin ein anderes nicht gleichwertiges Produkt zum Schliesssystem „Ikon Verso Cliq“ offeriert hat. Die Variante „EVVA“ der Beschwerdeführerin mit dem Badge ohne Batterie und dem unbegrenzten Lebenszyklus, der „Intelligenz“ und dem Ereignisspeicher im Zylinder haben Einfluss auf den Preis und die Kalkulationen. Mit den Vorbehalten erklärt der Anbieter, dass auf den allfälligen Vertrag der Parteien nicht die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Bedingungen, sondern seine entsprechend geänderten Vorschläge zur Anwendung kommen sollen (Galli/Moser/Lang/ Clerc, a.a.O., Rz. 287). Die Variante kann der Beschwerdeführerin preisliche Vorteile verschaffen. Eine Vergleichbarkeit der Angebote ist deshalb nicht mehr möglich. Im Interesse der Vergleichbarkeit und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist deshalb ein strenger Beurteilungsmassstab angebracht. Die Abänderungen können nicht als unwesentlich angesehen werden.

E. 4.4

Gesamthaft gilt, dass die Vergabebehörde das Angebot der Beschwerdeführerin wegen eigenmächtiger Abänderung der Angebotsunterlagen vom Verfahren hat ausschliessen können. Die Abweichungen können nicht als geringfügig angesehen werden. Es handelt sich um wesentliche Mängel, so dass ein Ausschluss nicht gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstösst. Es liegt somit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheides vor. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist nicht mehr notwendig, die ebenfalls aufgeworfenen Fragen betreffend Preis, Unternehmerqualität sowie ökologische und soziale Aspekte zu beantworten, da die Arbeitsvergabe an die Zuschlagsempfängerin durch den Ausschluss der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung des den Vergabebehörden zukommenden Ermessens vertretbar ist und das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt wird. Die Beschwerde ist mithin abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

E. 5

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei, was bei der Auflage der Verfahrenskosten zu berücksichtigen ist.

E. 5.1

Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können die Kosten ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Es bestehen keine Gründe, vorliegend von der Grundregel abzuweichen, so dass die Beschwerdeführerin bei diesem Ausgang des Verfahrens die Gerichtsgebühr zu bezahlen hat. Gemäss Art. 3 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; SGS/VS 173.8) setzen sich die

Kosten aus den Auslagen der Entscheidbehörde sowie der Gerichtsgebühr zusammen. Die Gerichtsgebühr für Beschwerdeverfahren vor der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts beträgt in der Regel zwischen Fr. 280.-- und Fr. 4 000.-- (Art. 25 GTar). Aufgrund der Bedeutung des Falles, dessen Umfang und Schwierigkeitsgrad wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 800.-- festgesetzt.

E. 5.2

Die Zuschlagsempfängerin als obsiegende Partei hat gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Diese ist global festzusetzen und umfasst die Entschädigung an die berechnete Partei sowie ihre Anwaltskosten, die in Anwendung der Art. 27 ff. GTar festzusetzen sind und im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zwischen Fr. 1 100.-- und Fr. 11 000.-- betragen (Art. 39 GTar). Die Parteientschädigung wird aufgrund der Bedeutung des Falles, seines Umfangs und seines Schwierigkeitsgrades auf Fr. 1 500.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin, welche dieses Verfahren zu verantworten hat, auferlegt. Gemäss Art. 91 Abs. 3 VVRG wird den Behörden, welche obsiegen, in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen. Es bestehen vorliegend keine Gründe, von der Grundregel abzuweichen.

Demnach erkennt das Kantonsgericht

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. 2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Der Zuschlagsempfängerin wird zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1 500.-- zugesprochen. 4. Der vorliegende Entscheid wird der Beschwerdeführerin, der Zuschlagsempfängerin und der Vergabebehörde schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 9. März. 2012

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