

VS_GERICHTE A1 12 179 vom 20. Dezember 2012

VS Kantonsgericht, 2012-12-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 12 179](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_12_179)

FR: VS_GERICHTE A1 12 179 du 20 décembre 2012

IT: VS_GERICHTE A1 12 179 del 20 dicembre 2012

Regeste

A1 12 179 URTEIL VOM 20. DEZEMBER 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_____,
vertreten durch die Rechtsanwälte A_____ und B_____ gegen Stadtgemeinde
C_____ und Y_____

Erwägungen

E. 1

Der Entscheid der Gemeinde ist eine Verfügung im Sinne von Art. 15 des Gesetzes
betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das
öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 (GIVöB; GS/VS 726.1) und damit auch
gemäss Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die
Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; GS/VS 172.6), gegen die innert 10
Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 16 Abs. 2 GIVöB).

E. 1.1

Bei der Gemeinde handelt es sich um einen Auftraggeber im Sinne von Art. 6 GIVöB und
sie hat das Einladungsverfahren nach Art. 11 GIVöB gewählt. Es finden das GIVöB und die
Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (VöB; GS/VS
726.100) darauf Anwendung.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin ist als ausgeschlossene und nicht berücksichtigte Bewerberin
durch den angefochtenen Entscheid berührt. Sie hat das preislich günstigste Angebot
eingereicht und macht geltend, ihr Ausschluss sei nicht gerechtfertigt und der Auftrag
müsse an sie vergeben werden. Ihre Legitimation ist deshalb zu bejahen (Robert Wolf, Die
Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den
neuen Rechtsmitteln, in ZBl 2003 S. 11 f.).

E. 1.3

Durch den Entscheid in der Sache wird das Begehren um die definitive Gewährung der
aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegenstandslos und kann abgeschrieben werden.

E. 2

Das Gericht kann nur Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch
des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen
Sachverhalts prüfen, nicht jedoch die Unangemessenheit oder die Zweckmässigkeit der

Verfügung (Art. 16 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; SGS/VS 726.1]). Bei der Anwendung verfahrensrechtlicher Bestimmungen hat das Gericht hingegen freie Überprüfungsbefugnis (Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, S. 541).

E. 3

Das Kantonsgericht hat die Dokumente der Gemeinde beigezogen sowie alle eingereichten Belege zu den Akten genommen. Damit ist es den Anträgen der Beschwerdeführerin gefolgt. Auf Partei- und Zeugeneinvernahmen kann verzichtet werden. Die Parteien hatten im Verlaufe des Verfahrens wiederholt Gelegenheit, sich

- 5 - ausführlich zu äussern. Die vorhandenen Akten enthalten mithin die entscheiderelevanten Sachverhaltselemente und genügen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen. Die urteilende Instanz nimmt unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände in antizipierter Beweiswürdigung an, weitere Beweismittel würden nichts an der zu beurteilenden Sach- und Rechtslage ändern (Art. 80 Abs. 1 lit. d, 56 und 17 Abs. 2 VVRG; ZWR 2009 S. 46 E. 3b; BGE 130 II 425 E. 2.1). Deshalb wird auf zusätzliche Beweisabnahmen verzichtet.

E. 4

Die Vergabebehörde hat vorliegend einen Ausschluss vom Verfahren entschieden. Es ist daher zu prüfen, ob der Ausschluss zu Recht erfolgte. Die Beurteilung der Angebote und insbesondere jenes der Beschwerdeführerin stünde allenfalls dann zur Diskussion, wenn sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin als widerrechtlich erweisen sollte. In diesem Fall müsste die Angelegenheit jedoch an die Vergabebehörde zur Vornahme der Bewertung der ausgeschlossenen Offerte zurückgewiesen werden.

E. 4.1

Die Vergabebehörden sind berechtigt und verpflichtet, bei gegebenen Voraussetzungen einen Anbieter bzw. dessen Angebot vom Submissionsverfahren auszuschliessen. Das Gesetz schreibt in Art. 23 VöB ausdrücklich diverse Ausschlussgründe vor. Dabei handelt es sich um Grundanforderungen an die Anbieter, bei deren Fehlen eine Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen ist (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2007, N. 259). Der Ausschluss kann dabei durch eine gesonderte Verfügung oder auch implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Anbieter erfolgen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., N. 268).

E. 4.2

Gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. c VöB ist ein Anbieter vom Zuschlagsverfahren auszuschliessen, wenn seine Offerte die Anforderungen entsprechend der Ausschreibungs- oder Einladungsunterlagen nicht erfüllt. 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 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

- 6 - 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. 4.3

Im vorliegenden Fall begründet die Gemeinde den Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerin damit, dass sie bei der obligatorischen Ortsschau vom 25. April 2012 nicht anwesend gewesen sei oder sich nicht habe vertreten lassen. Dadurch seien die Vorschriften der Ausschreibung nicht eingehalten worden, weshalb die Offerte ungeöffnet retourniert worden sei (vgl. Beschwerdeantwort vom 17. September 2012, S. 2). Das Arztzeugnis vom 2. Mai 2012, welches erst sieben Tage nach der Ortsschau ausgestellt worden sei, sei rechtlich unerheblich. Die Beschwerdeführerin hätte sich wie bei der Offertöffnung vertreten lassen können. Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, sie habe das Regionalschulhaus E_____ entworfen und gebaut, weshalb ihr die Örtlichkeiten bestens bekannt seien. Zudem seien ihre Vertreter im Jahre 2010 für das Erstellen von Fluchttreppen im Regionalschulhaus gewesen und hätten die Pläne angepasst. Bei den an der Ortsschau abgegebenen Unterlagen handle es sich um Pläne, die von ihr selbst erstellt worden seien. Die Ortsschau sei daher für sie ohnehin nutzlos gewesen. Der Vertreter hatte einen handfesten und plötzlich aufgetretenen Entschuldigungsgrund, was durch das Arztzeugnis belegt werde.

E. 4.4

Die Argumentation der Vergabestelle hält einer Überprüfung stand. Aus der Ausschreibung ergibt sich deutlich, dass die Teilnahme an der Ortsschau obligatorisch erklärt wurde und ein Unternehmer zur Vergabe nur zugelassen werden sollte, wenn er an der Ortsschau anwesend war. Die Sanktion der Nichtteilnahme war damit angedroht. Ein Unternehmer hat sich mit den Bedingungen der Vergabestelle betreffend den Ablauf des Vergabeverfahrens einverstanden zu erklären, wenn er an diesem Verfahren mit rechtmässigen Erfolgsaussichten teilnehmen will (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Habl. Zürich 2012, S. 1002). Erachtet ein Anbieter die in der Ausschreibung insoweit klar formulierten Bedingungen und Anordnungen als unzulässig, hat er diese bereits durch Anfechtung der Ausschreibung als rechtsfehlerhaft zu rügen. Tut er dies nicht, kann er die Rechtsfehlerhaftigkeit einer Anordnung und deren Bedeutung und Tragweite, die für die Interessenten ohne weiteres erkennbar ist, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlages nicht mehr rügen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., N. 820; Urteil des Kantonsgerichts A1 10 184 vom 20. April 2011 E. 3.3.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 25. November 2008 E. 2.2 mit

Hinweisen). Die Verpflichtung zur sofortigen Anfechtung des erkannten Mangels der öffentlichen Ausschreibung ergibt sich auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der auch als Richtschnur für das Verhalten der Anbietenden gilt. Im vorliegenden Fall war für die Beschwerdeführerin auf Grund der Ausschreibung ohne weiteres erkennbar, dass die Vergabestelle der Ortsschau ein Gewicht beimessen würde, welches mit Blick auf das in Frage stehende Projekt aus der Sicht der Beschwerdeführerin nutzlos sein würde. Indem die Beschwerdeführerin die

- 7 - Ausschreibung gleichwohl nicht angefochten hat, sind ihre Rügen insoweit verwirkt, womit sich die Beschwerdeführerin im jetzigen Verfahrensstadium nicht mehr darauf berufen kann. Die durch die Ausschreibung vorgegebene Bedingung der obligatorischen Ortsschau ist demnach verbindlich.

E. 4.5

Aus dem Wortlaut der Ausschreibung geht hervor, dass die Teilnahme an der Ortsschau für alle Anbieter obligatorisch war. Die Anforderung an alle Anbieter erfolgt im Lichte von Art. 1 Abs. 3 lit b IVöB, der als Ziel des Vergaberechts die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter vorgibt. Den positiven Vorgaben über das Verhalten im Vergabeverfahren (insb. betreffend obligatorische Ortsschau) müssen alle Bieter aktiv nachkommen, damit ihre Offerte zulässig ist. „Die Ausschreibungsvorgabe, wonach die Präsentation oder die Begehung ‚obligatorisch‘ sind (und das Angebot bei Säumnis ausgeschlossen oder gar nicht erst zugelassen wird), [ist] nichts ..., was die Bieter zu offerieren hätten, sondern [ist] schlicht eine Verhaltensweise, von deren Einhaltung die Zulässigkeit des Angebots abhängt“ (Martin Beyeler, a.a.O., Fussnote 1841). Vorliegend sollten die Unternehmer bei der Ortsschau „detailliert über die auszuführenden Arbeiten informiert“, Planunterlagen ausgehändigt und Musterflächen besichtigt werden (vgl. Beschwerdeantwort vom 17. September 2012, S. 3). Diese Vorgaben dienen der richtigen Vergabe und dem Erfolg des hernach eingegangenen Geschäfts, so dass sich die Sanktionierung ihrer Missachtung im Vergabeverfahren mit dem Offertausschluss aus Wirtschaftlichkeits- und Gleichbehandlungsgründen rechtfertigt (vgl. Martin Beyeler, a.a.O., S. 1003).

E. 4.6

Obwohl die Beschwerdeführerin im Einladungsschreiben und den Ausschreibungsbedingungen auf die obligatorische Ortsschau aufmerksam gemacht worden war, hat sie nichts unternommen, diese Bedingung einzuhalten. Sie hat auch nicht ein Gesuch um Dispens von der Ortsschau beantragt. Sie hat den Termin der Ortsschau verstreichen lassen, ohne ihre Abwesenheit mitzuteilen. Sieben Tage später, am 2. Mai 2012, hat sie die Offerte und ein Arztzeugnis eingereicht, welches am gleichen Tag erstellt wurde und aus dem hervorgeht, dass F_____ aus „medizinischen Gründen [...] am 25. April 2012 weder reise- noch transportfähig“ war. Nach dem Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren machte die Gemeinde geltend, die Anwesenheit hätte auch durch einen Mitarbeiter oder einen gehörig bevollmächtigten Dritten erreicht werden können. Bei der Offertöffnung am 14. Mai 2012 sei die Beschwerdeführerin auch durch einen Mitarbeiter vertreten worden. Bezüglich der Abwesenheit der Beschwerdeführerin bei der Ortsschau und deren Entschuldbarkeit kann die Lehre und Rechtsprechung zur Wiederherstellung von Fristen herangezogen werden.

E. 4.6.1

Gemäss Art. 12 Abs. 3 VVRG kann eine Frist wiederhergestellt werden, wenn der Betroffene binnen zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses „aus zureichenden Gründen“ darum ersucht. Im gleichen Sinne hält Art. 50 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) fest, eine versäumte Frist könne wiederhergestellt werden, wenn der Gesuchsteller nachweist, dass er oder sein Vertreter „unverschuldeterweise“ abgehalten worden ist, innerhalb der Frist zu handeln, und binnen 30 Tagen die Wiederherstellung verlangt und die versäumte Rechtshandlung nachholt. Ein unverschuldetes Hindernis im Sinne der

- 8 - Gesetzesbestimmung liegt vor, wenn der Partei und gegebenenfalls ihrem Vertreter kein Vorwurf gemacht werden kann (vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C_15/2012 vom Urteil vom 30. April 2012 E. 1 und 8F_3/2011 vom 28. Juli 2011; BGE 112 V 255 E. 2a). Krankheit kann ein unverschuldetes, zur Wiederherstellung führendes Hindernis sein (BGE 108 V 110 E. 2c). Doch muss die Erkrankung derart sein, dass der Rechtsuchende durch sie davon abgehalten wird, selber innert Frist zu handeln oder wenigstens eine Drittperson mit der Vornahme der Prozesshandlung zu betrauen (BGE 112 V 255 E. 2a; EVGE 1969 S. 150). Das Bundesgericht gewährte die Wiederherstellung beispielsweise bei einer Person, die wegen schwerer nachoperativer Blutungen massive zerebrale Veränderungen aufwies, intellektuell stark beeinträchtigt war und daher während der gesamten Rechtsmittelfrist weder fähig war, selber Beschwerde zu erheben, noch sich bewusst werden konnte, dass sie jemanden mit der Interessenwahrung hätte betrauen sollen. Nicht gewährt hat das Gericht die Wiederherstellung dagegen in Fällen einer schweren Grippe, wo keine objektiven Anhaltspunkte dafür bestanden und auch nicht weiter belegt wurde, dass der Rechtsuchende nicht imstande gewesen wäre, trotz der Erkrankung fristgerecht zu handeln oder nötigenfalls einen Vertreter mit der Interessenwahrung zu beauftragen. Hindert die Krankheit den Rechtsuchenden zwar daran, selber zu handeln, könnte er aber in nach den Umständen zumutbarer Weise einen Dritten mit der Interessenwahrung beauftragen, so kann die Wiederherstellung nach dem Gesagten ebenfalls nicht gewährt werden, wenn die Partei den Beizug eines Vertreters versäumt (BGE 112 V 255 E. 2a; Urteile des Kantonsgerichts A1 11 209 vom 11. November 2011 und A1 10 12 vom 12. Mai 2010).

E. 4.6.2

Vorliegend ergibt sich aus der Ausschreibung, dass die Unternehmer auf die Folgen des Nichterscheinens bei der Ortsschau aufmerksam gemacht wurden. Somit war sich die Beschwerdeführerin der Folgen bewusst oder hätte sich ihrer bewusst sein müssen. Das Erscheinen zur Ortsschau stellt eine einfache Handlung dar, die nicht bloss vom zeichnungsberechtigten Vertreter hätte ausgeführt werden können, sondern mit welcher dieser jemanden in seinem engeren, beruflichen oder persönlichen Umfeld oder insbesondere einen Mitarbeiter hätte beauftragen können, ja müssen. Der zeichnungsberechtigte Vertreter der Beschwerdeführerin bringt zwar vor, dass er krank gewesen sei, er legt jedoch nicht dar, weshalb er trotz der Krankheit nicht imstande gewesen ist, einen Mitarbeiter mit dem Erscheinen zur Ortsschau zu beauftragen. Die Beschwerdeführerin hat im Wissen um die Bedeutung der Ortsschau diese schuldhaft unbenutzt verstreichen lassen, so dass sie die Zulassung zur Vergabe androhungsgemäss verwirkt hat. Im Interesse der Transparenz und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist deshalb ein strenger Beurteilungsmassstab angebracht. Das Nichterscheinen zur Ortsschau stellt eine wesentliche Abweichung von der Ausschreibung dar, 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 es nicht mehr notwendig, die ebenfalls aufgeworfenen Fragen betreffend Unterangebot der Beschwerdeführerin zu beantworten, da die Arbeitsvergabe an die Zuschlagsempfängerin durch den Ausschluss der Beschwerdeführerin, unter Berücksichtigung des den Vergabebehörden zukommenden Ermessens, vertretbar ist

- 9 - und das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt wird. Die Beschwerde ist mithin abzuweisen.

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). Auf Grund der Bedeutung des Falles, dessen Umfang und Schwierigkeitsgrad wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 1 500.-- festgesetzt.

E. 5.2

Die Zuschlagsempfängerin hat keine Begehren gestellt, so dass sie keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat. 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. 2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1 500.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. 3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 4. Der vorliegende Entscheid wird der Beschwerdeführerin, der Zuschlagsempfängerin und der Vergabebehörde schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 20. Dezember 2012

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