

KGVS A1 06 146

*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

verantwortlichen Geometers, sofern das Unternehmen keinen patentierten Ingenieur-Geometer als Nachfolger des Ausscheidenden verpflichtet habe. Gegen diese Altersbeschränkungen in den Ausschreibungsunterlagen beschwerte sich Geometer A. beim Kantonsgericht, das auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit Urteil vom 24. November 2006 nicht eintrat.

### ***Erwägungen***

(...)

2.1 Die Beschwerdeführer sind durch das Eignungskriterium 65 offensichtlich im Augenblick und damit aktuell nicht beschwert. Der Beschwerde führende und verantwortliche Geometer ist noch unterhalb der erwähnten Alterslimite und kann sich darum ohne Nachteil um die ausgeschriebenen Nachführungsarbeiten bewerben, was er offensichtlich auch getan hat. Das Alter ist auch nicht in dem Sinne ein Zuschlagskriterium, dass derjenige Bewerber, der näher der fatalen Alterslimite von 65 Jahren ist, schlechter bewertet würde. Die Beschwerde führenden Parteien können nur für sich Beschwerde führen und ihre Interessen anführen, nicht aber generell geltend machen, die umstrittene Alterslimite schränke generell den Kreis der Bewerber ein und sei deshalb illegal. Ist dem aber so, können die Beschwerdeführer für die Ausschreibung bezüglich des Eignungskriteriums 65 keine Legitimation begründen.

2.2 Die Beschwerde führenden Parteien bringen weiter vor, der Mustervertrag sehe ein automatisches Vertragsende mit dem Erreichen des 65. Altersjahrs des verantwortlichen Geometers vor, sofern das Unternehmen keinen für die Arbeit fähigen Nachfolger verpflichtet habe. Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang auf den hypothetischen Charakter der angeführten Beschwer mit vielen Unbekannten, die zudem frühestens in vier Jahren aktuell werden könnte. Zudem stelle der Mustervertrag ein Informationsdokument dar, das, da nicht Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen, nicht angefochten werden könne.

2.2.1 Im Leistungsbeschrieb wird unter Ziff. 1.1 als Ziel des Submissionsverfahrens die Bestimmung eines amtlichen Geometers für jede Gemeinde festgelegt (Abs. 1) und festgehalten, in einem Vertrag mit einer Laufzeit von fünf Jahren (01. Januar 2007 - 31. Dezember 2011) zwischen der Dienststelle und dem amtlichen Geometer und

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 Leistungsbeschriebs 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. 1 bis 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-

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 behaften 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 Beizug 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 Vergabegenstandes gegeben sein werde.