

Öffentliches Beschaffungsrecht Marchés publics

KGVS A1 11 127

KGE A1 11 127 vom 25. November 2011

Verfahrenssprache

- Allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen sind, wie bei einer Beschwerde gegen die Ausschreibung selbst, innert 10 Tagen seit der Zustellung zu rügen, andernfalls das Beschwerderecht verwirkt ist (E. 3.1).

Ref. CH: Art. 70 BV

Ref. VS: Art. 1 VöB, Art. 14 VöB, Art. 15 IVöB

Langue de la procédure

- Comme pour le recours contre l'appel d'offres lui-même, les éventuelles informalités touchant les documents d'appel d'offres doivent être signalées dans un délai de dix jours depuis leur notification, sous peine de forclusion (consid. 3.1).

Ref. CH: art. 70 Cst. féd.

Ref. VS: art. 1 Omp, art. 14 Omp, art. 15 AIMP

Erwägungen

(...)

3. Die Beschwerdeführerin kritisiert die Vorgabe, das Vergabeverfahren ausschliesslich in französischer Sprache durchzuführen. Diese Verpflichtung stelle eine Rechtsverletzung dar und verstosse gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung der Sprachen, das Diskriminierungsverbot, das Verbot von überspitztem Formalismus und die Wirtschaftsfreiheit. Die Vergabestelle legt dar, dass die Sprache der Vergabeverfahrens gemäss Art. 1 lit. e VöB festgelegt worden sei.

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 10 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; vgl. Peter Gal-li/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2. A., Zürich 2007, N. 820). Die Festlegung der Sprache in einem Verfahren geht mit der Bestimmung der Amtssprache einher. Gemäss Art. 70 Abs. 2 BV haben die Kantone die Amtssprachen auf ihrem Gebiet festzulegen. Die Verfahrenssprache und die Sprache der Angebote und Unterlagen sind in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben (Art. 1 lit. e, Art. 2 Abs. 1 lit. d VöB). Nach Art. 14 Abs. 2 VöB muss das Angebot in der Sprache des Vergabeverfahrens abgefasst werden. 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 und vorerst das Resultat der Vergabe abwarten, um dann bei einem für ihn negativen Ausgang des Verfahrens die Ausschreibungsunterlagen als solche in Frage zu stellen. Gegen ein solches Vorgehen spricht ferner die Verfahrensökonomie im öffentlichen Beschaffungswesen (ZWR 2002 S. 74 f. E. 6.1; BGE 125 I 2005 E. 3a). Nach kantonaler Rechtsprechung kann vom Bewerber zwar nicht verlangt werden, dass er bei erkannten Ausschreibungsmängeln sofort den Richter belangt. Der Grundsatz des Verhaltens von Treu und Glauben verlangt jedoch, dass er der ausschreibenden Behörde seine Feststellung umgehend anzeigt (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f. mit Bezug auf Wolf, *Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln*, ZBI 104/2003 S. 1 ff., 10). Die spätere Abweisung einer Rüge gegen die Ausschreibung aufgrund Treu und Glaubens ist jedoch nur dann zulässig, wenn der Mangel ohne grossen Aufwand erkennbar gewesen wäre. Ferner ist dem beschwerdeführenden Mitbewerber eine gewisse Zurückhaltung zuzubilligen, will dieser doch während der Ausschreibung nicht seine Chancen auf den Zuschlag kompromittieren (Carron/Fournier, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 74 f., BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 247).

3.2 Im vorliegenden Fall war die Ausschreibung im Amtsblatt vom 1. April 2011 ausdrücklich mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Die Gemeinde hat sowohl in der Publikation im Amtsblatt als auch in den Ausschreibungsunterlagen (Seite 2 von 9) als Verfahrenssprache («Langue de procédure») Französisch vorgegeben. Ab der Publikation im Amtsblatt konnten die interessierten Anbieter die Ausschreibungs-

unterlagen bei der Gemeinde beziehen. Die Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung war somit noch nicht abgelaufen, als die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsunterlagen erhielt. 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 als Verfahrenssprache Französisch festgelegt hatte, was aus ihrer Sicht rechtlich nicht haltbar sein würde. Indem die Beschwerdeführerin die 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 Verfahrenssprache sei gesetzes- und verfassungswidrig (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 Mail-lard/Nicolas Michel, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 106 und 227). Es fehlen deshalb auch Grundsatzentscheide im Zusammenhang mit sprachenrechtlichen Grundsätzen (FZR 2003, S. 21 f.). 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. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als offensichtlich unbegründet.