

## *Beschaffungsrecht - KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) A1 13 230 vom 20. September 2013*

### **Selektives Verfahren**

- Das selektive Verfahren wird in zwei unterschiedlichen (voneinander getrennten) Phasen abgewickelt: In der ersten Phase reichen die interessierten Anbieter einen Antrag auf Teilnahme ein. Die Vergabestelle prüft daraufhin die Eignung der interessierten Anbieter auf Grund der in der Ausschreibung kommunizierten Kriterien. In der zweiten Phase lädt die Auftraggeberin die präqualifizierten Bewerber dazu ein, ein Angebot einzureichen, und vergibt dann schliesslich unter ihnen den Auftrag (E. 4).

### **Procédure sélective**

- La procédure sélective se déroule en deux phases distinctes l'une de l'autre: dans la première, les soumissionnaires intéressés présentent une demande de participation. L'adjudicateur examine alors l'aptitude des candidats sur la base des critères annoncés dans l'appel d'offres. Dans la deuxième phase, l'adjudicateur invite les candidats préqualifiés à déposer une offre, puis attribue le marché à l'un d'eux (consid. 4).

## **Erwägungen**

(...)

**4.** Die Beschwerdeführerin bringt gegen die Vergabe der Gemeinde verschiedene Punkte vor, unter anderem eine mangelhafte Ausschreibung sowie die fehlende Nachvollziehbarkeit der Vergabe. Die Gemeinde hat sich im Zusammenhang mit der vorliegend umstrittenen Vergabe für das selektive Verfahren im Sinne von Art. 10 des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 (GIVöB; SGS/VS 726.1) entschieden. Nachfolgend wird deshalb in erster Linie zu klären sein, welche Anforderungen Lehre und Rechtsprechung an das selektive Verfahren stellen und ob die Gemeinde diesen Bestimmungen gerecht geworden ist.

**4.1** Wird ein Auftrag im offenen Verfahren vergeben, so können alle interessierten Anbieter direkt auf Grund der (öffentlichen) Ausschreibung ein Angebot einreichen (dazu und zum Folgenden vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., Zürich 2007, Rz. 150). Im Unterschied dazu wird das selektive Verfahren in zwei unterschiedlichen (voneinander getrennten) Phasen abgewickelt: In der ersten Phase reichen die interessierten Anbieter lediglich einen Antrag auf Teil-

nahme ein. Die Vergabestelle prüft daraufhin die Eignung der interessierten Anbieter auf Grund der in der Ausschreibung kommunizierten Kriterien. Erst in der zweiten Phase lädt die Auftraggeberin die präqualifizierten Bewerber dann dazu ein, ein Angebot einzureichen, und vergibt dann schliesslich unter ihnen den Auftrag (Peter Galli/ André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 150; vgl. dazu auch die Information 2011 des Verwaltungs- und Rechtsdienstes des Departements für Volkswirtschaft, Energie und Raumentwicklung (DVER) über das öffentliche Beschaffungswesen S. 43, abrufbar unter [http://www.vs.ch/Press/DS\\_44/INFO-2003-10-13-3695/de/Grundlegendokument\\_2011-all.pdf](http://www.vs.ch/Press/DS_44/INFO-2003-10-13-3695/de/Grundlegendokument_2011-all.pdf) sowie die Weisungen zur Bestimmung der Modalitäten der Selbstkontrolle und der Überwachung der Vergabeverfahren des DVER vom 23. Dezember 2011, abrufbar unter [http://www.vs.ch/NavigData/DS\\_44/M29827/de/directives%20autocontr%C3%B4le\\_all.pdf](http://www.vs.ch/NavigData/DS_44/M29827/de/directives%20autocontr%C3%B4le_all.pdf)).

**4.2** Grundsätzlich kann die Vergabebehörde zwischen dem selektiven und dem offenen Vergabeverfahren frei wählen (Art. 8 ff. der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 [VöB; SGS/VS 726.100]; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 151). In der Literatur wird dennoch die Ansicht vertreten, dass die Vergabebehörde im Normalfall das offene Verfahren zu wählen habe. Das selektive Verfahren dränge sich grundsätzlich nur für Aufträge von hoher Komplexität auf. Diese liege insbesondere bei Aufträgen vor, deren Ausführung eine ausserordentliche technische, organisatorische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bedinge (Peter Gauch, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, in: BR 1996, S. 100; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 151). Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, weshalb sich die Gemeinde in casu überhaupt für das selektive Verfahren entschieden hat, das - ohne sorgfältige Vorbereitung - zu Schwierigkeiten und Mehraufwand führen kann. Selbst wenn man - mit Blick auf die gesetzlich statuierte Wahlfreiheit - von der kritischen Hinterfragung der Wahl des selektiven Verfahrens absehen will, so scheint offensichtlich und unbestritten, dass die Gemeinde sich auf ihrer Wahl behaften lassen muss und die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften des Verfahrens zu beachten hat, das sie gewählt hat. Dies ist hiernach zu prüfen.

**4.3** Art. 1 lit. b VöB schreibt vor, dass die Verfahrensart in der Ausschreibung anzugeben sei (vgl. auch die Information 2011 des Verwaltungs- und Rechtsdienstes des DVER über das öffentliche Beschaffungswesen S. 43 i.V.m. dessen Vorlage 2). Das war in der Ausschreibung im Amtsblatt Nr. xxx vom xxx offensichtlich nicht der Fall: Dort lässt sich nicht der geringste Hinweis darauf entnehmen, um was für eine Vergabeart es sich vorliegend handelt. Dies fällt umso schwerer ins Gewicht, als Lehre und Rechtsprechung wegen des Transparenzgebots, aber auch auf Grund des Verbots der Diskriminierung und der Förderung des wirksamen Wettbewerbs, verlangen, dass die Vergabebehörde, welche die Anzahl der geeigneten Anbieter im selektiven Verfahren aus Effizienzgründen beschränken will, ihre Limitierungsabsicht in der öffentlichen Ausschreibung oder aber jedenfalls in den Präqualifikationsunterlagen im Voraus bekannt gibt (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 203). Dieser gesetzlichen Vorgabe ist die Gemeinde in casu nicht nachgekommen.

**4.4** Überdies hätte die Ausschreibung in der ersten Phase des selektiven Verfahrens, mit der die Gemeinde die Unternehmungen zur Einreichung von Angeboten eingeladen hat, eine Rechtsmittelbelehrung enthalten sollen. Denn diese Veröffentlichung wäre innerhalb von 10 Tagen beim Kantonsgericht anfechtbar gewesen (Urteil des Kantonsgerichts A1 04 112 vom 12. Juli 2004 E. 3.3 f.; vgl. auch die Information 2011 des Verwaltungs- und Rechtsdienstes des DVER über das öffentliche Beschaffungswesen S. 43 sowie dessen Vorlage 2). Auch hier hat die Gemeinde grundlegende Verfahrensvorschriften verletzt, weil die Ausschreibung im Amtsblatt Nr. xxx vom xxx keine Rechtsmittelbelehrung enthält.

**4.5** In Bezug auf das in E. 4.3 und E. 4.4 Ausgeführte liesse sich zwar (zugunsten der Gemeinde und zuungunsten der Beschwerdeführerin) die Rechtsprechung des Kantonsgerichts in Erinnerung rufen, wonach gemäss Art. 15 Abs. 1bis lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB; SGS/VS 726.1) i.V.m. Art. 15 GIVöB die Ausschreibung eine selbständig anfechtbare Verfügung bildet (dazu und zum Folgenden vgl. die Urteile des Kantonsgerichts A1 10 184 vom 20. April 2011 E. 3.1; A1 04 112 vom 12. Juli 2004 E. 4.2; vgl. auch BGE 130 I 241 E. 4.2; 129 I 313 E. 6.2). Die Beschwerdeführerin hätte gegen die fehlerhafte Ausschreibung eine

Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen können oder müssen (Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 2003 S. 5). Wie die nachfolgenden Erwägungen jedoch aufzeigen werden, leidet nicht nur die Ausschreibung, sondern das ganze von der Gemeinde eingeschlagene Verfahren und auch der Zuschlag an grundsätzlichen und gravierenden Mängeln.

**4.6** Das Gesetz sieht zwar vor, dass die Anzahl der zur Angebotseinreichung berücksichtigten Anbieter beschränkt werden kann, jedoch bloss ausnahmsweise und nur dann, wenn es die rationelle Durchführung des Vergabeverfahrens erfordert. Den Nachweis dafür, dass die Effizienz des Vergabeverfahrens eine Beschränkung der Anbieterzahl verlangt, hat die Vergabestelle, in casu die Gemeinde, zu erbringen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 152). Dies hat die Gemeinde nicht einmal ansatzweise getan. Überdies hätte die Gemeinde bereits in der öffentlichen Ausschreibung bekannt geben müssen, dass sie beabsichtigt, die Einladungen im selektiven Verfahren zu beschränken (Urteil des Kantonsgerichts A1 04 112 vom 12. Juli 2004 E. 3.4; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 152). Auch dieser Verpflichtung ist die Gemeinde im vorliegenden Fall nicht nachgekommen. Damit hat sie das Transparenzgebot verletzt.

**4.7** Ausserdem dürfte - selbst wenn die Gemeinde die vorgenannten Gesetzesverletzungen nicht begangen hätte - die Zahl der präselektionierten Anbieter nicht kleiner als drei sein, wenn es genügend geeignete Anbieter gibt (Art. 10 Abs. 3 GIVöB; vgl. auch die Information 2011 des Verwaltungs- und Rechtsdienstes des DVER über das öffentliche Beschaffungswesen S. 43). Auch diese gesetzliche Vorschrift hat die Gemeinde verletzt, als sie in der zweiten Phase bloss die Zuschlagsempfängerin und noch eine zweite Unternehmung, nicht aber die Beschwerdeführerin zur Offerteinreichung eingeladen hat. Der Gemeinde ist zwar dahingehend zuzustimmen, dass das Bewerbungsdossier der Beschwerdeführerin punkto Umfang am Spärlichsten ausgefallen ist - dies allein ist jedoch kein Grund, ihr die grundsätzliche Eignung zur Teilnahme am Vergabeverfahren und zur Offerteinreichung abzusprechen. Grundsätzlich sind im selektiven Verfahren nämlich alle Bewerber, welche die in der Ausschreibung angegebenen Eignungskriterien erfüllen, einzuladen, ihre Offerte für

die zweite Vergabephase einzureichen. Die Gemeinde hat mithin Art. 10 Abs. 3 GIVöB verletzt.

**4.8** Der Gemeinde ist weiter vorzuhalten, dass sie die nicht präqualifizierten Anbieter nie darüber informiert hat, dass sie vom Verfahren ausgeschlossen und nicht zur Offerteinreichung eingeladen wurden. Die Gemeinde hätte jedoch genau dies tun müssen: Sie hätte ihren Entscheid, welche Anbieter ausgewählt werden, allen Teilnehmern mitteilen müssen, auch jenen, die nicht berücksichtigt worden sind. Denn der im selektiven Verfahren ergehende Entscheid über die Einladung zur Offertstellung von Anbietern, verbunden mit dem impliziten Ausschluss anderer Anbieter, stellt eine anfechtbare Verfügung dar. Die Beschwerdeführerin hätte diesen Entscheid innerhalb von 10 Tagen beim Kantonsgericht anfechten können (BR 2/1998, S. 52, Nr. 176; BR 4/1999, S. 147, Nr. S48; BRK 26. 3. 1997; Hubert Stöckli [Hrsg.], Das Vergaberecht der Schweiz, 7. A., Zürich 2008, S. 607 Nr. 652 und 653; vgl. auch die Information 2011 des Verwaltungs- und Rechtsdienstes des DVER über das öffentliche Beschaffungswesen S. 44 i.V.m. Vorlagen 3, 4 und 6). Die Gemeinde hat die nicht präqualifizierten Anbieter erst mit Schreiben vom 13. Februar 2013 (mithin rund sieben Monate nach der Ausschreibung und erst nach dem Zuschlag zugunsten der Zuschlagsempfängerin) darüber informiert, dass sie vom weiteren Verfahren und von der Offerteinreichung ausgeschlossen worden sind. Damit hat die Gemeinde elementarste Axiome des selektiven Verfahrens verletzt.

**4.9** Schliesslich hätte die Gemeinde die präselektionierten Unternehmungen erst dann zur Einreichung einer Offerte einladen dürfen, nachdem der Selektionsentscheid rechtskräftig geworden ist (siehe die Information 2011 des Verwaltungs- und Rechtsdienstes des DVER über das öffentliche Beschaffungswesen S. 44). Auch diesen wichtigen Grundsatz hat die Gemeinde in grober Weise missachtet, als sie der Zuschlagsempfängerin Monate nach der Ausschreibung den Zuschlag erteilt hat, ohne die übrigen nicht präselektionierten Unternehmungen jemals darüber informiert zu haben, dass sie aus dem weiteren Verfahren ausgeschlossen worden sind.

**4.10** Kommt hinzu, dass das Schreiben der Gemeinde an die Beschwerdeführerin vom 13. Februar 2013 nicht im Geringsten den Anforderungen zu genügen vermag, die Lehre und Rechtsprechung an den vergaberechtlichen Zuschlag stellen. Art. 34 VöB listet die An-

forderungen an einen gesetzeskonformen Zuschlag unmissverständlich auf (vgl. dazu auch das Urteil des Kantonsgerichts A1 06 214 vom 30. März 2007 E. 4.1 in fine). Unter anderem hält Art. 34 Abs. 5 VöB fest, dass der Zuschlag die Art des angewendeten Verfahrens, den Gegenstand und Umfang des Auftrags, das Datum des Zuschlags sowie Name und Adresse des berücksichtigten Anbieters zu benennen habe. Diese Angaben fehlen sowohl im Schreiben der Gemeinde vom 13. Februar 2013 als auch im Schreiben der Gemeinde vom 28. Februar 2013 (das die Gemeinde aber immerhin mit einer Rechtsmittelbelehrung ergänzt hat). Die Gemeinde hat also auch mit ihrem sowohl formell als auch inhaltlich ungenügenden Zuschlag die vergaberechtlichen Vorschriften verletzt.

**4.11** Das Gebot der Transparenz (Art. 1 Abs. 3 IVöB) ist im Vergaberecht von grundlegender Bedeutung (vgl. auch das Urteil des Kantonsgerichts A1 06 215 vom 30. März 2007 E. 5.2). Das Bundesgericht hat hierzu festgehalten, dass es sich bei dem Gebot, das Ausschreibungs- respektive Zuschlagsverfahren transparent zu gestalten, um eine Regel formeller Natur handle (hierzu und zum Folgenden vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2P.299/2000 E. 4): Deren Missachtung müsse Konsequenzen haben und unter Umständen auch zur Aufhebung des Zuschlags führen (vgl. hierzu auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 627). Die Verletzung einer wesentlichen Verfahrensregel führt jedenfalls dann zur Aufhebung einer angefochtenen Verfügung, wenn diese Verletzung Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens genommen hat. Dies war vorliegend bezüglich der mangelhaften Ausschreibung und punkto Ausschluss der Beschwerdeführerin von der zweiten Stufe des selektiven Verfahrens zweifelsohne der Fall: Es ist nicht auszuschliessen, dass es der Beschwerdeführerin möglich gewesen wäre, der Gemeinde zu einer möglichst wirtschaftlichen Beschaffung zu verhelfen, wenn diese das Projekt gesetzeskonform ausgeschrieben und die Beschwerdeführerin zur Offerteinreichung eingeladen hätte.

**4.12** Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass das in casu durchgeführte Vergabeverfahren an dermassen gravierenden Verfahrensmängeln leidet, dass es nicht aufrecht erhalten werden kann. Durch die Vermischung verschiedener Verfahrensarten und durch die Verletzung elementarster Verfahrensregeln hat die Gemeinde das Verfahren völlig intransparent gestaltet und jeglichen wirksamen Wettbewerb ausgeschaltet: Am Schluss des Selektionsverfahrens hatte die

Gemeinde ja keine effektive Wahl mehr - es verblieb ihr nur noch der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin, da die einzige weitere Unternehmung, die sie zur Offertstellung eingeladen hatte, ihre Eingabe verspätet aufgab und damit aus dem Verfahren ausschied. Der Einwand, dass „den Gemeindeverantwortlichen in ihrem Wirken für die Allgemeinheit ein dem gesunden Menschenverstand entsprechender Ermessensspielraum ohne Überladung mit juristischen Formalismen zugestanden werden sollte“ (Duplik der Gemeinde vom 18. Juni 2013 S. 7), ist angesichts der wiederholten und schwerwiegenden Verletzung verschiedenster vergaberechtlicher Verfahrensvorschriften nicht haltbar. Der Zuschlag der Gemeinde wird deshalb aufgehoben und die Gemeinde wird angewiesen, das Verfahren unter Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (insbesondere des GIVöB, des VöB, der Information 2011 des DVER über das öffentliche Beschaffungswesen, abrufbar unter [http://www.vs.ch/Press/DS\\_44/INFO-2003-10-13-3695/de/Grundlagen\\_dokument\\_2011all.pdf](http://www.vs.ch/Press/DS_44/INFO-2003-10-13-3695/de/Grundlagen_dokument_2011all.pdf), sowie der Weisungen zur Bestimmung der Modalitäten der Selbstkontrolle und der Überwachung der Vergabeverfahren des DVER vom 23. Dezember 2011, abrufbar unter [http://www.vs.ch/NavigData/DS\\_44/M29827/de/directives%20autocontr%C3%B4le\\_all.pdf](http://www.vs.ch/NavigData/DS_44/M29827/de/directives%20autocontr%C3%B4le_all.pdf)), neu durchzuführen. Sollte sich die Gemeinde erneut für die Durchführung des selektiven Verfahrens entscheiden, ist sie gehalten, ihre Entscheidung im Sinne von E. 4.2 dieses Urteils zu begründen, in der Ausschreibung zu kommunizieren und sich an die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften zu halten.