

# VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS FREIBURG

## II. VERWALTUNGSGERICHTSHOF

**Entscheid vom 29. Juni 2005**

In der Beschwerdesache  
**(2A 05 39)**

**A. AG,**

**Beschwerdeführerin,**

gegen

1. den **Staatsrat des Kantons Freiburg**, Chorherrengasse 17, 1700 Freiburg,
2. das **Hochbauamt**, Reichengasse 32, 1701 Freiburg,
3. die Firma **B.** ,

**Beschwerdegegner,**

betreffend  
**öffentliches Beschaffungswesen,**  
**(Verfügung des Staatsrates vom 3. Mai 2005)**

**hat sich ergeben:**

- A. Das Hochbauamt des Kantons Freiburg leitete zu einem hier nicht bekannten Zeitpunkt ein Verfahren zur Vergabe von Fahrradunterständen ("Equipements de parcage – Abris à vélos") beim Bau des neuen Universitätsgebäudes im Pérollesquartier, Stadt Freiburg, ein. An der im Einladungsverfahren durchgeführten Submission beteiligten sich drei der fünf eingeladenen Unternehmungen. Mit Verfügung vom 3. Mai 2005 vergab der Staatsrat den Auftrag zum Preis von ... Franken an die Firma B. Dieser Entscheid, der keine Begründung enthält, wurde mit Schreiben vom 9. Mai 2005, das ebenfalls nichts über die Gründe des Vergabeentscheids aufweist, der nicht berücksichtigten Anbieterin Firma A. AG zugestellt.
- B. Mit einem als "Einsprache" bezeichneten Schreiben vom 11. Mai 2005 gelangte die A. AG an das Hochbauamt und verlangte eine Neu Beurteilung des staatsrätlichen Entscheides. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass die Ausschreibungsunterlagen fehlerhaft gewesen seien. Diese Eingabe wurde in der Folge dem Verwaltungsgericht übergeben, das sie als Beschwerde entgegennahm.

Am 9. Juni 2005 reichte die Raumplanungs-, Umwelt- und Baudirektion (nachfolgend: RUBD) für den Staatsrat und das Hochbauamt eine Vernehmlassung ein und schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Die Firma B. liess sich ebenfalls vernehmen, ohne indes einen konkreten Antrag zu stellen.

A. AG erhielt für das Einreichen einer Replik eine Frist bis zum 20. Juni 2005, machte aber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch.

**Der II. Verwaltungsgerichtshof  
zieht in Erwägung:**

1. a) Vergabeentscheide kantonaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (Art. 2 des Gesetzes vom 11. Februar 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen [GöB, SGF 122.91.1]). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen neben dem Gesetz vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege (VRG, SGF 150.1), die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, SGF 122.91.2) zur Anwendung.
- b) ....

- c) Aus den eingereichten Akten ergibt sich, dass das Angebot der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Diese Massnahme wurde nicht selbstständig verfügt, sondern mit der Zuschlagsverfügung der Arbeiten an die Firma B. Nach der Rechtsprechung stellt ein solcher Entscheid die bezüglich des Ausschlusses anzufechtende Verfügung dar (HUBERT STÖCKLI, Das Vergaberecht in der Schweiz, Zürich, 2004, S. 442 f.). Mithin ist der Beschluss des Staatsrates anfechtbar.
- d) Die Beschwerde wurde rechtzeitig, innert der zehntägigen Beschwerdefrist, zwar bei einer unzuständigen Stelle, was der Beschwerdeführerin aber nicht zum Nachteil gereichen darf (vgl. Art. 28 Abs. 2 VRG), eingereicht.

Auf die Beschwerde ist nach dem Gesagten einzutreten.

- 2. Aus dem angefochtenen Entscheid und dem Begleitschreiben lässt sich nicht erkennen, weshalb das Angebot der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt worden ist. Damit ist der Staatsrat der Pflicht, den Zuschlag summarisch (vgl. Art. 34a Abs. 2 des Reglements vom 28. April 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBR, SGF 122.91.1]) beziehungsweise kurz (vgl. Art. 13 lit. h IVöB) zu begründen, nicht nachgekommen. Deswegen liegt aber noch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Aus der Beschwerdeschrift lässt sich nämlich entnehmen, dass die Beschwerdeführerin über die Gründe, die zum Entscheid, die ausgeschriebenen Arbeiten der Firma B. zuzuschlagen, vermutlich mündlich und zwar während der Rechtsmittelfrist orientiert wurde. So konnte sie sich im Einzelnen mit den Argumenten der Vergabestelle auseinandersetzen. Zudem hat die RUBD die Entscheidungsgründe in der Beschwerdeantwort vorgebracht, worauf der Beschwerdeführerin die Möglichkeit für das Einreichen einer Replik geboten wurde (vgl. zum Ganzen: BEZ 2003 Nr. 50 und ZBI 101/2000 129 E. 2.e S. 134). Im Übrigen macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.

- 3. Die RUBD bringt in ihrer Vernehmlassung vom 9. Juni 2005 vor, dass das Angebot der Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen worden sei, weil diese die "verlangte Bestätigung bezüglich Haftpflichtversicherung des Unternehmens" nicht eingereicht und weil das Angebot "sich nicht auf die Ausschreibungsunterlagen, sondern auf durch das Unternehmen geänderte Ausschreibungsunterlagen" bezogen habe.

Den ersten Vorwurf bestreitet die Beschwerdeführerin nicht. Zum zweiten macht sie geltend, dass in der Ausschreibung "nicht die überdeckten Parkieranlagen vom Architekten selber ausgeschrieben waren". Die Ausschreibung und der beigelegte Plan passten nicht überein und die Zusammenstellung der Anlagen, die zur Preisbildung massgeblich sei, stimmte ebenfalls nicht. Auch sei das falsche Parkiersystem ausgeschrieben worden, nämlich ...

statt. Mit dem ersten System könnten nicht alle Fahrräder geparkt werden. Als Lieferantin dieses Systems hätte sie (die Beschwerdeführerin) den Architekten beraten und auch ihre Ausschreibungsunterlage sei mit dem "...-System" verfasst. Da Streichungen und Überschreibungen in der Ausschreibung nicht zulässig seien, hätte sie nach Absprache mit dem Architekten entschieden, eine separate Offerte zu erstellen.

Die RUBD stellt nicht in Abrede, dass es vor der Publikation für das Einreichen der Offerten Gespräche mit dem Architekten gegeben habe. Mit diesem Vorgehen habe die Vergabestelle für das Ausarbeiten der Ausschreibungsunterlagen Informationen beschaffen, die Machbarkeit des Projektes und die Kosten abzuschätzen und so die Art des Verfahrens bestimmen wollen. Es werde aber bestritten, dass die Beschwerdeführerin mit der Zustimmung des Architekten eine separate Offerte einreichen durfte. Eine solche Zusicherung wäre selbstverständlich unzulässig. Zwei Unternehmungen seien in der Lage gewesen, den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Offerten einzureichen. Das zeige, dass die Ausschreibung, der beigelegte Plan und die Zusammenstellung der Anlagen das Erstellen eines Angebots durchaus zugelassen haben.

4. a) Im Interesse eines funktionierenden und fairen Wettbewerbs müssen grundsätzlich Anbietende ausgeschlossen werden können, die selber oder mit Bezug auf ihr Angebot die erforderlichen Grundvoraussetzungen nicht erfüllen (HERBERT LANG, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentliche Beschaffungswesen, *in*: ZBI 101/2000 S. 225, 234). Diese Rechtsfolge ist jedoch nur dann adäquat, wenn es sich um wesentliche Mängel handelt. Art. 25 lit. h ÖBR sieht den Ausschluss vor, wenn ein Anbieter wesentliche Formvorschriften verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Auch nach Art. 19 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB, SR 172.056.1) sind nur Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom Verfahren auszuschliessen. Diese Vorschriften sind Ausdruck des aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) abgeleiteten Verbots des überspitzten Formalismus. (ZBI 101/2000 S. 265 E. 6. S. 266 f. mit Hinweisen auf ein Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. Dezember 1997, *in*: Baurecht 4/98 S. 126 Nr. 334 und den Bemerkungen von PETER GAUCH, *in*: Baurecht 4/98, S. 127; PETER GALLI / ANDRÉ MOSER / ELISABETH LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, N 237 ff.).

Weiter ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgebotes bei der Verletzung von Formvorschriften grundsätzlich eine strenge Haltung angezeigt. Diese strenge Haltung gilt insbesondere hinsichtlich der Vollständigkeit des Angebotes und

dessen Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen. Die Gleichbehandlung kann nur dann gewährleistet werden, wenn die in Frage stehenden Angebote vergleichbar sind. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Vergleichbarkeit durch die einseitige Abänderung der für die Offerte massgeblichen Ausschreibungsunterlagen durch die Anbieterin aufgehoben oder beeinträchtigt ist. Solche eigenmächtigen Abänderungen stellen grundsätzlich einen wesentlichen Formfehler dar. Eine Änderung des Angebotstextes ist also unzulässig, es sei denn, das Einreichen von Varianten wäre möglich und diese würden separat und als solche bezeichnet eingereicht. Eigenmächtig vorgenommene Änderungen am Angebotstext haben regelmässig den Ausschluss aus dem Verfahren zur Folge (LGVE 2000 II Nr. 16 und 2001 II Nr. 15 E. 5b, je mit Hinweisen).

- b) Die Anbieter erhielten von der Vergabestelle unter anderem das acht Seiten umfassende Formular "Soumission N° 42300". Es handelt sich um ein Leitungsverzeichnis. Die Arbeiten sind dort im Detail beschrieben und je mit einer Positionsnummer versehen. Der Anbieter hatte für seine Leistungen in einer Kolonne den Einzelpreis und in einer anderen den Gesamtpreis einzutragen. Das hat die Beschwerdeführerin nicht getan, sondern eine separate Offerte erstellt, in der sie selber ihre Leistungen beschrieb und die entsprechenden Preise eintrug. Ihr Verhalten begründet sie mit den Unvollständigkeiten und den Widersprüchen in den Ausschreibungsunterlagen. Ihr Einwand überzeugt jedoch nicht. Die erwähnten Dokumente waren, wie auch die andere Anbieterin, die Firma B., einräumt, zwar "auf den ersten Blick nicht ganz klar", doch nach kurzer Rücksprache mit dem Architekten hätte die Angelegenheit geklärt werden können. Solche Erläuterungen beziehungsweise Rücksprachen sind, wenn sie nicht einen bestimmten Rahmen sprengen, durchaus zulässig. Auch der dritte Anbieter reichte ein korrektes Angebot ein. Gestützt darauf ist nicht einzusehen, weshalb die Beschwerdeführerin nicht auch das verlangte Formular hätte ausfüllen können, umso weniger als sie ebenfalls Kontakt mit dem Architekten hatte. Dass dieser ihr erklärt haben soll, sie könne eine separate Offerte einreichen, wird sowohl vom Architekten als auch von der Vergabestelle bestritten und ist mithin nicht bewiesen.
- c) Das von der Beschwerdeführerin gewählte Vorgehen ist nicht zulässig. Die Vergabestelle wollte, dass ihr eigenes Leistungsverzeichnis von den Anbietern ausgefüllt wird, was nachvollziehbar ist. Nur so kann sie davon ausgehen, dass alle Anbieter von den gleichen Voraussetzungen ausgehen. Die technischen Spezifikationen lassen sich sonst nicht oder nur mit grössten Schwierigkeiten vergleichen. Es muss Anbietern und mithin der Beschwerdeführerin, die einem Submissionsverfahren teilnehmen, klar sein, dass grundsätzlich nur die von der Vergabestelle zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen auszufüllen sind. Wenn die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin angenommen hätte, hätte sie insbesondere auch gegen

das Gleichheitsgebot verstossen (vgl. STÖCKLI, S. 437). Das separate Angebot der Beschwerdeführerin wurde somit zu Recht ausgeschlossen.

Bei diesem Ergebnis kann es offen bleiben, ob auch das Fehlen einer rechtsgültigen Bestätigung hinsichtlich des Abschlusses einer Haftpflichtversicherung allenfalls den Ausschluss von einem Submissionsverfahren rechtfertigen kann.

5. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde unbegründet und abzuweisen.

210.2