

Submission
Submissiun
Appalti

2 Offertöffnungsprotokoll.

- Nachträgliche Ergänzung des Offertöffnungsprotokolls (E.4.5.1).
- Verletzung der Protokollierungspflicht. Heilung des Formfehlers (E.4.5.4).
- Einhaltung des Transparenzgebots (E.4.5.4).

Verbale dell'apertura delle offerte.

- Aggiunta successiva al verbale di apertura delle offerte (consid. 4.5.1).
- Violazione dell'obbligo di verbalizzazione. Sanatoria del vizio di forma (consid. 4.5.4).
- Rispetto del principio di trasparenza (consid. 4.5.4).

Aus den Erwägungen:

4.1. Die Beschwerdeführerin verlangt weiter eine Erklärung dafür, weshalb im ersten Offertöffnungsprotokoll ihr Name von Hand nachgetragen wurde und weshalb im zweiten Protokoll eine Unternehmervariante der Zuschlagsempfängerin aufgeführt ist. Die Vergabebehörde erklärt zum handschriftlichen Nachtrag im ersten Protokoll, dass bei den anderen Angeboten der Absender auf dem Couvert ersichtlich gewesen sei, nicht jedoch beim Angebot der Beschwerdeführerin, weshalb dieser anlässlich der Offertöffnung von Hand nachgetragen worden sei. Der Nachtrag der Unternehmervariante habe sich aus dem Umstand ergeben, dass bei der Offertöffnung nicht erkannt worden sei, dass die Zuschlagsempfängerin neben einer Amtsvariante im selben Couvert noch eine Unternehmervariante eingereicht habe. Sofort nach Entdecken dieser zusätzlichen Offerte sei das Protokoll ergänzt und der Nachtrag mit dieser Erklärung den Anbietern mitgeteilt worden.

4.2. Der handschriftliche Nachtrag des Namens der Beschwerdeführerin auf dem ursprünglichen Offertöffnungsprotokoll erweist sich als nachvollziehbar und unproblematisch; der Beschwerdeführerin ist daraus auch kein Nachteil erwachsen. Damit erübrigen sich auch weitere Ausführungen dazu.

4.3. Art. 37 Abs. 2 IVöB sieht vor, dass über die Öffnung der Angebote ein Protokoll erstellt wird. Darin sind mindestens die Namen der anwesenden Personen, die Namen der Anbieter, das Datum der Einreichung der Angebote, allfällige Angebotsvarianten sowie die jeweiligen Gesamtpreise der Angebote festzuhalten. Dies soll verhindern, dass beispielsweise ein verspätet eingereichtes Angebot noch berücksichtigt wird (vgl. KUNZ-NOTTER, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen

Beschaffungsrecht, 2020, Art. 11 N. 6). Spätestens nach dem Zuschlag ist den Anbietern auf Verlangen Einsicht in das Protokoll mit den jeweiligen Gesamtpreisen der Angebote zu gewähren (Art. 37 Abs. 4 IVöB; vgl. Botschaft der Regierung an den Grossen Rat, Heft Nr. 6/2021–2022, S. 377 ff., 415). Den Formvorschriften kommt im Submissionsrecht insofern ein hoher Stellenwert zu, als sie wichtige Vergabeprinzipien – namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot – sichern (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB; vgl. KUNZ-NOTTER, a.a.O., Art. 11 N. 7; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 662). Die Vergabebehörde hat demnach die Zuschlagskriterien mit allfälligen Unterkriterien und der jeweiligen Gewichtung im Voraus bekannt zu geben, was in den Ausschreibungsunterlagen vom 19. Juli 2024 auch geschah (vgl. act. C.1).

4.4. Im Vergaberecht gilt das Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote nach deren Einreichung bei der Vergabebehörde (vgl. GYGI, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 39 N. 7; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 710 ff.). Zulässig sind aber die Erläuterung und die Bereinigung der Angebote. Die Erläuterung dient dazu, Klarstellungen und Präzisierungen von vorhandenen Offertinhalten zu liefern; diese dürfen aber nicht dazu dienen, den Inhalt des Angebots nachträglich zu ändern (Art. 38 Abs. 2 IVöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 711, 714). Bei der Bereinigung kann der Auftraggeber zusammen mit den Anbietern die Angebote hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung bereinigen, um das vorteilhafteste Angebot zu ermitteln (Art. 39 Abs. 1 IVöB; GYGI, a.a.O., Art. 39 N. 71 ff.). Korrigiert werden dürfen nur offensichtliche Irrtümer und Fehler, die sich aus dem Angebot selber ergeben, ohne dass es eines Hinweises oder sonstiger Erläuterungen des Anbieters bedürfte (vgl. Art. 38 Abs. 1 IVöB; vgl. FRIEDLI, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 38 N. 9).

4.5.1. Vorliegend zu beurteilen ist die Ergänzung des Offertöffnungsprotokolls mit einer nachträglich entdeckten Unternehmervariante. Aus den Akten ergibt sich unbestrittenermassen, dass die Beigeladene zwei Angebote eingereicht hatte, wobei es sich bei einem der Angebote um eine Unternehmervariante handelte. Das Einreichen von Varianten war gemäss Ausschreibung unter Einhaltung von Bedingungen denn auch erlaubt (vgl. Besondere Bestimmungen NPB 102 Pos. 261.200 [act. C.1]). Im Offertöffnungsprotokoll vom 30. August 2024, mitgeteilt am 3. September 2024, sind hingegen lediglich vier Angebote aufgeführt, die Unternehmervariante der Beigeladenen wurde nicht vermerkt (vgl. act. B.2). Gemäss Art. 37 Abs. 2 IVöB hätte das Offertöffnungsprotokoll vom 30. August 2024 die Unternehmervariante der Beigeladenen aber enthalten müssen. Vorliegend hat sich die erst nach der Offertöffnung vom 30. August 2024 entdeckte Unternehmervariante schliesslich als das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot herausgestellt und entsprechend den Zuschlag erhalten.

4.5.2. Das Kantonsgericht Wallis sieht im Nichtaufführen sämtlicher fristgerecht eingereichter Angebote im Offertöffnungsprotokoll bzw. dem Nichtvermerken der ebenfalls eingereichten Unternehmervariante eine Verletzung des Transparenzgebots, das praxisgemäss zur Aufhebung der Zuschlagsverfügung und Wiederholung des Vergabeverfahrens führt (Urteil des Kantonsgerichts Wallis A1 21 88, A1 21 134 vom 23. September 2021 E.11.2 f.). Dieser Entscheid wird von MARTIN BEYELER in seiner Absolutheit kritisiert, auch unter Hinweis darauf, dass das Vergabeverfahren dort auch aus anderen Gründen habe wiederholt werden müssen (vgl. BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2022/2023, S. 192). MARTIN BEYELER erachtet die Anordnung einer Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens als überspitzt formalistisch für den Fall, dass es nur um die Nichtprotokollierung einer Variante geht, die den Zuschlag nicht erhalten hat und von der nicht behauptet wird, sie sei nach Ablauf der Eingabefrist eingereicht worden, da die Verletzung der Formvorschrift bzw. Protokollierungspflicht in diesem Fall mit Gewissheit keinen Einfluss auf das Verfahrensergebnis hatte. Dasselbe Gericht hat indes in seinem Entscheid A1 20 132 die Anpassung eines im Offertöffnungsprotokoll festgehaltenen Rabatts von 3 % auf 8 % zugelassen, nachdem die Anbieterin im Begleitschreiben zur Offerte einen Sonderrabatt für den Fall des Zuschlags von 5 % angeboten hatte, was bei der Offertöffnung übersehen wurde. Es hielt fest, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sei das Offertöffnungsprotokoll nicht abgeändert, sondern nur eine Offertbereinigung vorgenommen worden (Urteil des Kantonsgerichts Wallis A1 20 132 vom 5. Februar 2021 E.7.2.3 f.). Auf (subsidiäre Verfassungs-)Beschwerde hin bestätigte das Bundesgericht diese nachträgliche Berücksichtigung in seinem Urteil 2D_16/2021 vom 17. August 2021. Dies gelte, so das Bundesgericht, jedenfalls dann, wenn nicht daran zu zweifeln sei, dass das bei der Offertöffnung übersehene Begleitschreiben zusammen mit der Offerte eingereicht worden sei (E.3.3.5 und 3.4.2).

4.5.3. Das formalisierte Verfahren der Angebotsöffnung dient primär dem Schutz gegen Missbräuche. Es verhindert einerseits unerlaubte Nachbesserungen der Offerten im Interesse der Gleichbehandlung der Anbieter, andererseits dient der zu dokumentierende Schritt vor allem der Schaffung von Transparenz (vgl. FRIEDLI, a.a.O., Art. 37 N. 5; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 662). Eine wichtige Funktion des Offertöffnungsprotokolls besteht darin, etwa verhindern zu können, dass eine verspätet eingereichte Variante doch noch berücksichtigt wird (Art. 37 Abs. 2 IVöB; vgl. KUNZ-NOTTER, a.a.O., Art. 11 N. 6; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 662). So liegt bei einem nicht fristgerecht eingereichten Angebot ein wesentlicher Formfehler vor, der zwingend zum Ausschluss des betreffenden Angebots führt (FRIEDLI, a.a.O., Art. 37 N. 7). Mit der Öffnung der Angebote und deren Protokollierung wird den Anbie-

tern somit garantiert, dass die abgegebenen Angebote gleichzeitig geöffnet werden, dass keines der Angebote geändert wurde oder zu einem späteren Zeitpunkt geändert werden kann, und dass die aufgeführten Gesamtpreise mit den tatsächlich angebotenen Gesamtpreisen übereinstimmen (vgl. PVG 2004 Nr. 27 E.2a). Im hier zu beurteilenden Fall liegt der offensichtliche Fehler einzig bei der Vergabebehörde, die das Vorliegen einer Unternehmervariante im fristgerecht eingegangenen Couvert anlässlich der Offertöffnung übersehen hat. Die beiden Offerten der C._____ ag, nämlich die Amtsvariante und die Unternehmervariante, sind beide am 27. August 2024 datiert und unterzeichnet. Das Vorhandensein der Unternehmervariante war zudem aus dem Begleitschreiben vom 27. August 2024 zu den beiden Offerten ersichtlich ("Beilage, Angebot Variante C._____ ag inkl. Bemerkung zu Variante" [vgl. act. C.3]). Es besteht damit kein Zweifel daran, dass auch die Unternehmervariante rechtzeitig eingereicht wurde. Zudem wurde vorliegend – gleich wie im angeführten Fall aus dem Kanton Wallis – von keiner Seite, insbesondere auch nicht von Seiten der Beschwerdeführerin, in Frage gestellt, dass die Offerte in Form einer Unternehmervariante rechtzeitig eingegangen ist.

4.5.4. Die Protokollierungspflicht wurde vorliegend mit dem ersten Offertöffnungsprotokoll verletzt (vgl. act. B.2). Eine Wiederholung des gesamten Verfahrens gemäss Walliser Praxis erachtet das angerufene Gericht aber als zu schematisch und überspitzt formalistisch; es ist vielmehr ein verhältnismässiger Umgang mit einer solchen Situation anzustreben. Dem Erfordernis der Protokollierungspflicht wäre beispielsweise auch Genüge getan, wenn eine nicht protokollierte Offerte vom weiteren Verfahren ausgeschlossen wird. So auch PVG 2004 Nr. 27, wobei dort offengelassen wurde, ob ein solcher Ausschluss zwingend vorzunehmen ist, wenn keine Anzeichen von Manipulation ersichtlich sind (E.2a).

Die Vorschrift der Protokollierungspflicht ist kein Selbstzweck. Bestehen keine Zweifel daran, dass es sich beim Versäumnis um ein blosses offensichtliches Versehen der Vergabebehörde handelt, kann der formelle Fehler geheilt werden. Diesbezüglich kann auch der zitierte Entscheid des Bundesgerichts 2D_16/2021 herangezogen werden, wonach ein Sonderrabatt, der im Offertöffnungsprotokoll nicht aufgeführt wurde, da nur im Begleitschreiben erwähnt, zugelassen werden kann, wenn keine Zweifel an der Rechtzeitigkeit bzw. Gleichzeitigkeit mit der Offerteingabe bestehen (Urteil des Bundesgerichts 2D_16/2021 vom 17. August 2021). Durch die Mitteilung des um die (fristgerecht eingereichte) Unternehmervariante ergänzten zweiten Offertöffnungsprotokolls (vgl. act. B.3) an sämtliche Anbieter ist die Vergabebehörde dem Transparenzgebot nachgekommen und hat damit den offensichtlichen Fehler resp. ihr Versäumnis im ersten Offertöffnungsprotokoll behoben (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 658; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2010.00171 vom

17. Mai 2010 E.3.1.3). Eine solche Vorgehensweise ist nach Auffassung des Gerichts vertretbar. Sie ist im Ergebnis pragmatisch und sinnvoll in einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem eine nachträgliche Manipulation in Form einer nachträglichen Nachbesserung ausgeschlossen werden kann. Womit denn auch keine Formstrenge im Sinne des Urteils des Kantonsgerichts Wallis A1 21 88, A1 21 134 nötig ist. Letztlich geht es im Vergabeverfahren denn auch darum, öffentliche Gelder zielgerichtet und sparsam einzusetzen, was mit dem Zuschlag an die Unternehmervariante der Fall wäre. Dies führte (unter Vorbehalt der Gleichwertigkeit des Produkts, vgl. dazu nachfolgend Erwägung 5.3) zur Abweisung der Beschwerde bzw. zur Bestätigung des Zuschlags für die Unternehmervariante.

VR1 24 88

Urteil vom 11. Februar 2025