

Gemäss § 38 Abs. 3 SubmD ist das Schadenersatzbegehren innert Jahresfrist, nachdem die Rechtswidrigkeit in einem Beschwerdeentscheid festgestellt worden ist, bei der Beschwerdeinstanz einzureichen. Das Verwaltungsgericht entscheidet über solche Begehren im Klageverfahren nach den §§ 60 ff. VRPG (AGVE 2003, S. 266 ff.; 2009, S. 210 ff.). Schadenersatz kann verlangen, wer durch eine rechtswidrige Verfügung der Vergabestelle einen Schaden erlitten hat. Die Rechtswidrigkeit muss zudem in einem Beschwerdeentscheid vorgängig festgestellt worden sein (AGVE 2003, S. 269). Im vorliegenden Fall liegt noch kein rechtskräftiger Feststellungsentscheid vor; infolgedessen ist das Schadenersatzbegehren verfrüht und es kann nicht darauf eingetreten werden.

5.

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde insoweit als begründet, als die Beschwerdeführerin die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vergabe des "Output Managements" an die Beigeladene geltend macht sowie die Neuausschreibung des Rahmensvertrags und der auf ihm basierenden drei Einzelverträge begehrt. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen. Die C. AG ist verbindlich zur Nichtverlängerung der Verträge mit der Beigeladenen aus dem Jahr 2005 und zur frühestmöglichen ordentlichen Auflösung des Einzelvertrags EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 mit der Beigeladenen zu verpflichten. Ebenfalls ist sie zur Durchführung der erforderlichen vergaberechtskonformen Neuausschreibungen der betreffenden Leistungen anzuhalten.

Nicht einzutreten ist auf das Schadenersatzbegehren der Beschwerdeführerin.

(Hinweis: Das Bundesgericht hat Rechtsmittel gegen diesen Entscheid abgewiesen bzw. ist nicht darauf eingetreten; Urteil vom 28. Oktober 2013 [2C\_770/2013])

**38 Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren wegen Nichteinhaltung der Eingabefrist**

**Die Abgabe eines für ein anderes Submissionsverfahren bestimmtes Angebot kann die Eingabefrist für die (richtige) Offerte nicht wahren.**

Verfügung des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 12. Juli 2013 in Sachen A. AG gegen B. (WBE.2013.315).

### *Sachverhalt*

Im Rahmen der Beurteilung eines Gesuchs um aufschiebende Wirkung (§ 26 Abs. 2 SubmD) stellte sich die Frage, ob die Zuschlagsempfängerin die Offerte rechtzeitig eingereicht hatte.

### *Aus den Erwägungen*

4.

4.1.

4.1.1.

Gemäss § 28 Abs. 1 SubmD schliesst die Vergabestelle bei Vorliegen genügender Gründe Anbietende vom Verfahren aus. Dies gilt insbesondere in den in § 28 Abs. 1 lit. a - h SubmD genannten Fällen. Auszuschliessen sind gemäss § 28 Abs. 1 lit. g SubmD Anbietende, die wesentliche Formvorschriften verletzt haben, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Die Anbietenden müssen ihre Anträge auf Teilnahme oder ihr Angebot schriftlich, vollständig und innert der angegebenen Frist einreichen (§ 14 Abs. 1 SubmD). Verspätet eingelangte Eingaben müssen ausgeschieden und den Anbietenden umgehend zurückgegeben werden (§ 15 Abs. 3 SubmD). Gemäss der klaren und eindeutigen Regelung im Submissionsdekret selbst stellt die Nichteinhaltung der Eingabefrist somit einen wesentlichen Formmangel dar, der zum Ausschluss führen muss.

4.1.2.

Auch die einschlägige Rechtsprechung misst den Formvorschriften im Submissionsrecht einen sehr hohen Stellenwert zu, jedenfalls insofern sie – wie die Fristwahrung – im Dienste der Gewährleistung wichtiger Vergabeprinzipien stehen. Das Vergaberecht

ist generell vom Grundsatz der Formstrenge beherrscht. Diese hat nicht Selbstzweck, sondern ist für die ordnungsgemässe Abwicklung des Verfahrens und der Durchsetzung des materiellen Rechts unerlässlich. Zu den Formvorschriften, die die Gleichbehandlung der Anbieter und ein transparentes Verfahren gewährleisten sollen, gehört insbesondere die Pflicht zur Fristwahrung bei der Einreichung der Angebote. Die Missachtung dieser Frist ist stets ein schwerer Formmangel. Eine diesbezüglich laxe Praxis würde der Willkür Tür und Tor öffnen (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. August 1998, in: BR 1998, S. 126, Nr. 336; vgl. auch PETER GALLI / ANDRÉ MOSER / ELISABETH LANG / MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 446 f. und 507).

In AGVE 2001, S. 353 ff. hat sich das Verwaltungsgericht zur Frage, ob eine (verpasste) Offerteingabefrist wiederhergestellt werden könne, geäußert. Es hat die Zulässigkeit einer Wiederherstellung grundsätzlich verneint. Die Möglichkeit, eine verspätet eingereichte Offerte gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus zu berücksichtigen, hat es zwar nicht kategorisch ausgeschlossen, aber festgehalten, dass ein überspitzter Formalismus, gerade wenn es um die Einhaltung von Fristen gehe, nicht leichthin anzunehmen sei (AGVE 2001, S. 353 ff., insbesondere S. 360 f.; zur Fristwahrung vgl. auch AGVE 2005, S. 240 ff.). Dies zeigt auch die Praxis anderer Kantone.

So hat das Verwaltungsgericht des Kantons Tessin den Ausschluss eines Angebots geschützt, das am richtigen Datum und am richtigen Ort, jedoch drei Minuten zu spät, eingetroffen war. Die Ausschreibung hatte bestimmt, dass die Angebote am 19. Oktober um 15.00 Uhr bei der Vergabestelle eingetroffen sein müssten, damit die Eingabefrist gewahrt sei. Das betreffende Angebot traf jedoch erst um 15.03 Uhr am angegebenen Ort ein (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin vom 14. Dezember 2004, in: BR 2006, S. 93 Nr. S68). Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hatte den Ausschluss eines Angebots zu prüfen, das zwar fristgerecht der (Schweizerischen) Post übergeben, jedoch an die falsche

kantonale Amtsstelle (Tiefbauamt statt Amt für Landwirtschaft und Geoinformation) adressiert worden war und deswegen – mit kantonsinterner Post – erst eine halbe Stunde nach der Offertöffnung bei der richtigen Amts- bzw. Vergabestelle eintraf (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 31. Mai 2012 [U 12 24 und U 12 27], Erw. 2 und 3). Das Verwaltungsgericht hielt fest, bei der fehlerhaften Adressierung handle es sich nicht um einen Mangel von bloss untergeordneter Natur. Die Folgen des um rund 30 Minuten verspäteten Zugangs bei der mit der Offertöffnung betrauten Amtsstelle habe der die fehlerhafte Adressierung zu verantwortende Anbieter zu tragen. "Diese Lösung entspricht auch den praktischen Erfordernissen des Vergabeverfahrens: Die Vertreter der Vergabestelle müssen alle fristgerecht eingereichten Angebote gleichzeitig öffnen und danach ein sogenanntes Eröffnungsprotokoll erstellen (...). Nur durch eine strikte Respektierung des ordnungsgemäss bekannt gegebenen Eingabeorts sowie des Offertöffnungszeitpunktes kann die effiziente Abwicklung des Vergabeverfahrens sichergestellt und die Gleichbehandlung der Antragsteller gewahrt werden. Durch eine zwar rechtzeitig bei einer falschen Amtsstelle eingereichte, der Vergabestelle ohne Verschulden der falschen Amtsstelle erst nach der Offertöffnung zugehende Eingabe kann daher die Eingabefrist nicht gewahrt werden. Die Abgabe an einem anderen als dem angegebenen Ort stellt somit einen wesentlichen Formfehler dar, welcher den Ausschluss des Angebots zur Folge haben muss.". Dieser halte auch vor dem Verbot des überspitzten Formalismus stand (a.a.O., Erw. 3c).

#### 4.2.

Im vorliegenden Fall wurde in Ziff. 1.4 der öffentlichen Ausschreibung bestimmt, dass "das Angebot bis spätestens Mittwoch, den 24. April 2013, bis 16.00 Uhr beim Empfang im Erdgeschoss" abgegeben werden oder dort eingetroffen sein musste. Zudem wurde ausdrücklich festgehalten: "Das Risiko, dass das zugestellte Angebot rechtzeitig beim Empfang eintrifft, liegt beim Anbieter". Es ist unbestritten, dass seitens der Zuschlagsempfängerin am 23. April 2013 eine offensichtlich korrekt adressierte Eingabe bei der Vergabebehörde eintraf. Anlässlich der Offertöffnung am 25. April 2013 (09.00 - 11.30 Uhr) stellte sich allerdings heraus, dass es sich hierbei nicht

um das Angebot für die ausgeschriebenen Baumeisterarbeiten, sondern um eine Offerte für das Kinderheim C. handelte. Nach Rücksprache mit dem Rechtsdienst des BVU wurde die Zuschlagsempfängerin am 25. April 2013, um 18.00 Uhr, telefonisch informiert und aufgefordert, ihr Angebot umgehend innert höchstens 24 Stunden einzureichen. Am 26. April 2013, um 14.09 Uhr, traf das Angebot der Zuschlagsempfängerin beim Empfang der Vergabestelle ein und wurde von deren Vertreter um 17.15 Uhr geöffnet.

Fest steht, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin für die von der B. ausgeschriebenen Bauarbeiten am Mittwoch, 24. April 2013, um 16.00 Uhr nicht – wie verlangt – bei der Vergabestelle eingetroffen war. Wohl war eine Eingabe der Zuschlagsempfängerin am 23. April 2013 bei der Vergabestelle eingegangen; diese betraf jedoch ein ganz anderes Projekt. Die (richtige) Offerte ging der Vergabestelle erst am 26. April 2013 um 14.09 Uhr zu, also fast zwei Tage nach dem festgesetzten Eingabetermin. Infolgedessen muss davon ausgegangen werden, dass die Offerteingabe im vorliegenden Fall verspätet erfolgt ist. § 14 Abs. 1 SubmD verlangt, dass die Anbieter "ihr Angebot schriftlich, vollständig und innert der angegebenen Frist einreichen" müssen. Der Wortlaut ist unmissverständlich. Entgegen der Vergabestelle genügt es für die Fristwahrung nicht, dass eine Eingabe (mit einem anderen Inhalt) am 23. April 2013 und somit innert Frist erfolgt ist, es muss sich dabei vielmehr um die Eingabe des Angebots für die ausgeschriebenen Leistungen handeln. Mit der Abgabe eines für ein anderes Submissionsverfahren bestimmten Angebots kann die Eingabefrist nicht gewahrt werden. Mithin liegt eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften im Sinne von § 28 Abs. 1 lit. g SubmD vor, was den Ausschluss zur Folge haben muss.

Das von der Vergabestelle angerufene Verbot des überspitzten Formalismus (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 446 f.) steht einem Ausschluss wegen verspäteter Angebotseingabe, wenn überhaupt, höchstens in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen entgegen (vgl. oben Erw. 4.1.2). Andernfalls wäre nicht nur die Gleichbehandlung der Anbietenden, sondern namentlich auch die Rechtssicherheit in Frage gestellt. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier klarerweise nicht vor, zumal die Vergabestelle in der öffentli-

chen Ausschreibung und im Begleitschreiben zu den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen hat, das Risiko, dass das zugestellte Angebot rechtzeitig beim Empfang eintreffe, liege beim Anbieter. Die Zuschlagsempfängerin hat die Verspätung unstreitig selbst verursacht, indem sie die Angebote offensichtlich verwechselt und der jeweils falschen Vergabestelle hat zukommen lassen, was erst bei der Offertöffnung bemerkt wurde. Das Versehen und die daraus resultierenden Konsequenzen mögen für die Zuschlagsempfängerin bedauerlich sein; dies trifft aber in gleicher Weise auf einen Anbieter zu, dessen Angebot nur wenige Minuten nach Ablauf der Eingabefrist bei der Vergabestelle eintrifft. Auch in einem solchen Fall ist der Ausschluss zwingend und lässt sich nicht mit dem Hinweis auf das Verbot des überspitzten Formalismus abwenden.

**39 Eignungskriterien; nachträgliche Lockerung, Rechtsgleichheit**

**Erfüllt keines der Angebote die Eignungskriterien und kann nicht gesagt werden, die Anbieter oder einzelne davon seien zur Ausführung des Auftrags überhaupt nicht geeignet, so liegt es – jedenfalls in einem Einladungsverfahren – im Ermessen der Vergabestelle, das Verfahren als Ganzes zu wiederholen oder sich auf eine (rechtsgleiche) Relativierung der Anforderungen im laufenden Verfahren zu beschränken.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 11. November 2013 in Sachen A. AG gegen Stadt B. (WBE.2012.174).

*Aus den Erwägungen*

4.

4.1.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine Ungleichbehandlung bzw. Benachteiligung durch die nachträgliche Abänderung und Lockerung wesentlicher Eignungskriterien.