

ableiten, sie müssten erst zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen bzw. erfüllt sein. Würde diese Auffassung bezüglich geforderter Muss-Positionen, d.h. zwingender Produkthanforderungen, zutreffen, wäre eine transparente, nachvollziehbare Abwicklung des Submissionsverfahrens, namentlich ein aussagekräftiger Vergleich der Angebote, wegen der damit verbundenen Unsicherheiten ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin weist zu Recht darauf hin, angesichts der Formulierung im Submissionstext habe jeder Adressat nach Treu und Glauben davon ausgehen müssen, dass es sich bei der CE-Zertifizierung um ein absolutes Erfordernis für die Offerte handle. Zu beachten ist auch, dass im Submissionstext nach Referenzen (gleiche Konfiguration) gefragt wurde. Die Referenzen wurden zwar nicht bewertet. Auch die Frage nach Referenzen ist aber ein Hinweis dafür, dass der Submissionstext dahingehend zu verstehen war, dass lediglich geprüfte Anlagen, welche die Voraussetzungen für die Inverkehrsetzung bzw. die Inbetriebnahme bereits erfüllten, offeriert werden durften.

Da das von der Zuschlagsempfängerin angebotene Gerät weder zum Zeitpunkt der Einreichung der Angebote noch zum Zeitpunkt des Zuschlags über eine CE-Zertifizierung verfügte, hätte es mangels Erfüllung einer vorgegebenen "Muss-Position" für den Zuschlag nicht berücksichtigt werden dürfen. Ob das Angebot nicht sogar gestützt auf § 28 Abs. 1 lit. b SubmD wegen falscher Auskünfte hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, kann offen bleiben. Die Zuschlagsempfängerin hat die Frage nach der CE-Zertifizierung vorbehaltlos bejaht, obschon die Zertifizierung zum Offertzeitpunkt nachweislich nicht vorlag.

49 Fristen.

- Einhaltung der Eingabefrist (Erw. 1 und 2).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 17. Juni 2005 in Sachen E. AG gegen Baudepartement, Abteilung für Umwelt.

Aus den Erwägungen

1. Streitig ist im vorliegenden Fall ausschliesslich die Frage, ob das Angebot der Beschwerdeführerin zu Recht als verspätet bei der Vergabebehörde eingetroffen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen wurde.

1.1. Gemäss Ziff. 9 des Anhangs 3 zum SubmD enthält die öffentliche Ausschreibung Angaben betreffend die Anschrift und Frist für das Einreichen der Angebote und Anträge auf Teilnahme (siehe auch Ziff. 2 des Anhangs 4 zum SubmD), und Ziff. 8 des Anhangs 5 zum SubmD bestimmt, dass die Ausschreibungsunterlagen Ort und Zeitpunkt für die Eingabe des Angebots nennen müssen.

1.2. Ziff. 5 der öffentlichen Ausschreibung lautet wörtlich wie folgt:

- "a) Adresse für die Einreichung des Angebotes:
Baudepartement des Kantons Aargau, Abteilung für Umwelt,
Entfelderstrasse 22 (Buchenhof), 5001 Aarau
Stichwort: (...)
- b) Frist für die Einreichung des Angebotes:
Montag, 25. April 2005 (A-Post, Schweizer Post, Datum des
Poststempels)
- c) (...)"

In den Ausschreibungsunterlagen wurde in Teil A (Übersicht) der Publikationstext wiederholt (S. 3). In Teil B wurde schliesslich unter "Allgemeine Angaben" / "Informationen für die Einreichung des Angebotes" in Ziff. 1.5.2 ("Frist für die Einreichung des Angebotes") Folgendes bestimmt:

"25. April 2005 (A-Post, Datum des Poststempels (Schweizerische Post); automatische Frankaturen sind nicht zugelassen; Angebote aus dem Ausland müssen bis spätestens 26. April 2005 beim Besteller eintreffen)."

1.3. Es ist allseits unbestritten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin erst am 26. April 2005, um 10.00 Uhr, beim Baudepartement eingetroffen ist bzw. dort abgegeben wurde. Die Beschwerdeführerin rügt aber, dass die Art der Fristansetzung nicht gesetzes- und verfassungskonform erfolgt sei, indem bei der Fristansetzung in un-

zulässiger Weise zwischen ausländischen und inländischen Bewerbern unterschieden und ersteren ein Tag mehr für die Einreichung des Angebots eingeräumt worden sei. Richtigerweise hätte hier die Regelung in § 82 ZPO berücksichtigt werden müssen. Zudem seien die Ausschreibungsunterlagen betreffend der Einreichungsfrist missverständlich, weshalb die Berufung auf die verspätete Einreichung überspitzt formalistisch sei. Der Beschwerdeführerin sei durch die Abgabe am Morgen des 26. April 2005 gegenüber den Konkurrentinnen kein Vorteil erwachsen.

2. 2.1. Gemäss § 14 Abs. 1 SubmD müssen die Anbietenden ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Massgebend ist das Datum des Poststempels. Anträge auf Teilnahme können per Telegramm, Telex oder Telefax eingereicht werden. Alle Eingaben sind bis nach Ablauf der Eingabefrist verschlossen aufzubewahren (§ 15 Abs. 1 SubmD). Verspätet eingelangte Eingaben müssen ausgeschieden und den Anbietenden umgehend zurückgegeben werden (§ 15 Abs. 3 SubmD).

Das vorliegende Beschaffungsgeschäft fällt, wie aus der öffentlichen Ausschreibung hervorgeht (Vernehmlassungsbeilage 1), in den Geltungsbereich des GPA. Art. XIII Ziff. 1 lit. a Satz 1 GPA bestimmt, dass Angebote normalerweise schriftlich, und zwar direkt oder per Post, eingereicht werden (die in Art. XIII Ziff. 1 lit. a Satz 2 GPA vorgesehene Möglichkeit, Angebote auch per Telex, Telegramm oder Telefax einzureichen, ist im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung). Gemäss Art. XIII Ziff. 2 GPA darf einem Anbieter kein Nachteil entstehen, wenn ein Angebot bei der in den Vergabeunterlagen angegebenen Stelle nach Ablauf der Frist eintrifft, sofern die Verzögerung ausschliesslich der Beschaffungsstelle zuzuschreiben ist. Angebote können auch in anderen aussergewöhnlichen Fällen in Betracht gezogen werden, wenn dies in den Verfahren der Beschaffungsstellen vorgesehen ist.

2.2. Während § 14 Abs. 1 Satz 2 SubmD für die Fristwahrung das Datum des Poststempels und nicht den Zeitpunkt des Eintreffens bei der Vergabebehörde für massgebend erklärt, muss nach § 21 Abs. 1 Satz 1 der Vergaberichtlinien (VRöB) zur IVöB in der hier noch geltenden Fassung vom 1. Dezember 1995 bzw. § 23 Abs. 1 der

revidierten VRöB vom 15. März 2001 das Angebot schriftlich, direkt oder per Post erfolgen und vollständig, innerhalb der Frist, bei der in der Ausschreibung genannten Stelle eintreffen. Mit dieser Regelung, die z.B. auch die Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003 übernommen hat (siehe § 24 Abs. 1 SubmV), soll vermieden werden, dass sich Anbietende aus dem Ausland auch bei grosser Verspätung noch auf einen ausländischen Poststempel berufen können oder dass sie Diskriminierung geltend machen, wenn man von ihnen eine Postaufgabe in der Schweiz verlangen würde (siehe Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in: ZBl 101/2000, S. 226 f.; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 265; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. März 2002 [VB.2001.00418], E. 3 a und b).

2.3. Die Vergabestelle hat in der öffentlichen Ausschreibung in Bezug auf die Fristwahrung den Zeitpunkt der Postaufgabe bei der schweizerischen Post (Datum des Poststempels) für massgebend erklärt, wobei die Postaufgabe per A-Post (spätestens) am 25. April 2005 zu erfolgen hatte. In den Ausschreibungsunterlagen wurde zusätzlich festgehalten, dass Angebote aus dem Ausland bis spätestens 26. April 2005 beim Besteller eintreffen müssten. Diese Regelung ist grundsätzlich nachvollziehbar. Durch das Abstellen auf das Eintreffen beim Besteller sollte ausgeschlossen werden, dass per Post aus dem Ausland zugestellte, rechtzeitig innert Eingabefrist abgestempelte Angebote mit erheblicher Verzögerung bei der Vergabestelle eintreffen würden, erfolgte die Offertöffnung doch bereits am 27. April 2005, 10.00 Uhr. Bei den am 25. April 2005 per A-Post einer schweizerischen Poststelle übergebenen Offerten war zu erwarten, dass diese der Vergabestelle im Normalfall am 26. April 2005 zugehen würden.

Das Abstellen auf das Eintreffen bei der Vergabebehörde spätestens am 26. April 2005 ermöglichte es indessen den Anbietern aus dem Ausland, ihr Angebot der Vergabestelle auch noch am 26. April 2005 persönlich oder per Kurier einzureichen, während die inländischen Anbieter ihr Angebot bereits am 25. April 2005 überbringen oder aber bis Mitternacht einer schweizerischen Poststelle übergeben

mussten. Mithin galten, wie die Beschwerdeführerin an sich zu Recht vorbringt, für Anbietenden aus dem In- und Ausland (geringfügig) unterschiedliche Eingabefristen. Ob darin ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot zu sehen ist, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, oder ob sich die diesbezügliche Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Angeboten sachlich begründen lässt, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, da keine Angebote aus dem Ausland eingegangen sind. Die strittige Bestimmung für ausländische Offerten hat somit keine Anwendung gefunden. Insofern kann von vornherein nicht von einer Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin gegenüber ausländischen Anbietern gesprochen werden.

Darauf, dass eine unterschiedliche Fristbemessung für Angebote aus dem In- und Ausland nicht grundsätzlich unstatthaft sein könnte, deutet Art. XI Ziff. 1 lit. a GPA hin. Danach muss jede festgesetzte Frist so bemessen sein, dass es sowohl ausländischen als auch inländischen Anbietern möglich ist, Angebote einzureichen, bevor das Verfahren abgeschlossen wird. Bei der Festsetzung dieser Fristen berücksichtigen die Beschaffungsstellen, soweit es mit ihren angemessenen Bedürfnissen zu vereinbaren ist, Umstände wie die Komplexität der geplanten Beschaffung, das voraussichtliche Ausmass der Vergabe von Unteraufträgen und *die übliche Zeit für die Übermittlung von Angeboten durch die Post vom In- und Ausland aus* (Hervorhebung beigelegt).

2.4. Nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Beschwerdeführerin, für die Berechnung der Fristen im Submissionsrecht sei § 82 ZPO massgebend, wonach schriftliche Eingaben und Einzahlungen als rechtzeitig gelten, wenn sie spätestens am letzten Tag der Frist bei der Stelle, für die sie bestimmt sind, einlangen oder für diese bei der schweizerischen Post aufgegeben worden sind (Abs. 1). Sind sie im Ausland aufgegeben worden, gelten sie, wenn sie nicht innerhalb der Frist eingelangt sind, nur dann als rechtzeitig, wenn sie durch ein gleichzeitig aufgegebenes Telegramm angemeldet worden sind. Das SubmD verweist lediglich für den Rechtsschutz auf die allgemeinen kantonalen Verfahrensvorschriften des VRPG, nicht aber für das (erstinstanzliche) Verfügungsverfahren (§ 23 SubmD). Das erstinstanzliche Vergabeverfahren untersteht in erster Linie den spe-

zialgesetzlichen Vorschriften des SubmD. So gilt § 82 ZPO aufgrund der Verweisung in § 31 VRPG zwar für das (verwaltungsgerichtliche) Rechtsmittelverfahren, darf aber nicht auf das Verfahren vor der Vergabebehörde übertragen werden (AGVE 2001, S. 356). Die Frage der Rechtzeitigkeit einer Offerteingabe richtet sich wie ausgeführt nach der Regelung von § 14 Abs. 1 Satz 2 SubmD sowie gegebenenfalls nach den einschlägigen Bestimmungen des GPA.

50 Zuschlagskriterien.

- Preis als einziges Zuschlagskriterium.

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 6. Juli 2005 in Sachen A. AG gegen Baudepartement, Abteilung Tiefbau.

Aus den Erwägungen

2. 2.1. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabebehörde den Preis (Angebotspreis bereinigte Summe) zum einzigen massgebenden Zuschlagskriterium bestimmt. Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, es gehe vorliegend um die Vergabe von anspruchsvollen Brückenobjekten (Überführung für Nationalstrassen). Durch den Verzicht auf das Festlegen weiterer Zuschlagskriterien habe das Baudepartement gegen § 18 SubmD verstossen, worin ausdrücklich vorgeschrieben sei, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalte. Eine ausschliessliche Berücksichtigung des Preises mit einem gleichzeitigen und vollständigen Verzicht auf die Beurteilung anderer massgebender Zuschlagskriterien, wie insbesondere Qualität, Erfahrung, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, führe zu einer Überschreitung oder gar einem Missbrauch des pflichtgemässen Ermessens.

2.2. Gemäss § 18 Abs. 1 SubmD erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sind insbesondere Qualität, Preis, Erfahrung, Innovation, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Kundendienst, gerechte Abwechs-