

bestelle bestreitet und als reine Schutzbehauptung bezeichnet, ist letztlich jedoch irrelevant. Tatsache ist, dass das im Vergabeverfahren eingereichte Angebot der Beschwerdeführerin unbestreitbar einen eindeutig formulierten Vorbehalt enthält, der wesentliche Offertinhalte, insbesondere den Preis, betrifft. Der Vorbehalt tangiert die Verbindlichkeit des gesamten Angebots und ist somit nicht von bloss untergeordneter Bedeutung. Allein dies würde für einen Ausschluss genügen (vgl. Erw. 2.1. oben). Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführerin klarerweise Fahrlässigkeit bei der Erstellung ihres Angebots vorzuwerfen ist, sollte ihre Darstellung, dass der fragliche "Standard-Vorbehalt" im vorliegenden Kontext gar keinen Sinn macht, tatsächlich zutreffen. Beim Verfassen des Management Summary, auch wenn diesem eine IT-unterstützte Standardofferte zugrunde liegt, hätte ihr der "Vorbehalt Risikoprüfung" bei der gebotenen Sorgfalt auffallen müssen. Selbst wenn die Beschwerdeführerin somit den fraglichen Vorbehalt nicht bewusst in das Angebot aufgenommen haben sollte, sondern in der Standard-Vorlage irrtümlich nicht gestrichen bzw. weggelassen hat, würde dies nicht dazu führen, dass der Vorbehalt im Rahmen der Offertbereinigung noch nachträglich korrigiert bzw. zurückgezogen werden könnte. Mit dem unzulässigerweise angebrachten Vorbehalt hat die Beschwerdeführerin somit einen Ausschlussgrund erfüllt, der ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren gemäss § 28 Abs. 1 SubmD als gerechtfertigt erscheinen lässt. Von überspitztem Formalismus, Unverhältnismässigkeit oder gar Willkür der Vergabestelle kann keine Rede sein.

3.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin als rechtmässig erweist. Demgemäss ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

### **37 De-facto-Vergabe bzw. fehlende öffentliche Ausschreibung**

- **Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts (Erw. I/1.)**
- **Beschwerdebefugnis (Erw. I/2.)**
- **Einhaltung der Beschwerdefrist (Erw. I/3.)**
- **Vergaberechtsfreie Quasi-in-house-Vergabe verneint (Erw. II/1. und 2.)**

- **Konsequenzen der vergaberechtswidrig erfolgten Vergabe: Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vergabe, Verpflichtung zur Auflösung der Verträge mit den gegebenen vertragsrechtlichen Instrumentarien und Verpflichtung zur Neuausschreibung der Leistungen (Erw. II/3. und 5.)**
- **Nichteintreten auf Schadenersatzbegehren (Erw. II/4. und 5.)**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 1. Juli 2013 in Sachen A. AG gegen B. AG (Beigeladene) und C. AG (WBE.2012.159).

### *Aus den Erwägungen*

I.

1.

1.1.

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und, wenn vorgesehen, gegen Entscheide der Spezialverwaltungsgerichte (§ 54 Abs. 1 VRPG, in der bis 31. Dezember 2012 geltenden Fassung). Ausgeschlossen ist die Beschwerde in den Sachbereichen gemäss § 54 Abs. 2 lit. a - h VRPG. Vorbehalten bleiben sodann Sonderbestimmungen in anderen Gesetzen (§ 54 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerde ist auch in den Fällen von Absatz 2 und 3 zulässig, wenn die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde gerügt wird (§ 54 Abs. 4 VRPG).

1.2.

Gegen Verfügungen der Vergabestelle gemäss § 5 SubmD kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD).

1.2.1.

Dem Dekret unterstehen aufgrund von § 5 Abs. 1 SubmD der Kanton und seine Anstalten (lit. a), die Gemeinden, deren Anstalten sowie die Gemeindeverbände (lit. b), andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben (lit. c), privatrechtliche Träger, soweit der zu vergebende Auftrag von Bund, Kantonen, Gemeinden, Gemeindever-

bänden oder anderen öffentlichrechtlichen Organisationen zu mehr als 50 % subventioniert wird (lit. d) sowie andere öffentlich-rechtliche Organisationen (lit. e). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts unterstehen dem SubmD auch öffentliche Unternehmungen mit privatrechtlicher Struktur sowie gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, welche in personeller und finanzieller Hinsicht massgeblich von der öffentlichen Hand beherrscht werden und nicht in Konkurrenz zu (privaten) Dritten agieren (AGVE 2001, S. 349 ff.).

Bei der C. AG handelt es sich um eine gemeinnützige Aktiengesellschaft des Schweizerischen Obligationenrechts (§ 9 Abs. 1 Spitalgesetz vom 25. Februar 2003 [SpiG; SAR 331.200]). Der Kanton hält mindestens 70 % des Aktienkapitals und der Aktienstimmen (§ 11 Abs. 1 SpiG). Die Wahrnehmung von wichtigen öffentlichen Aufgaben im Gesundheitswesen (Betrieb eines Kantonsspitals), die kantonale Mindestbeteiligung zu 70 % am Aktienkapital und die damit verbundenen Entscheid- und Aufsichtsbefugnisse des Kantons führen zur Unterstellung der C. AG unter das Submissionsdekret (vgl. auch AGVE 1997, S. 343; 2000, S. 326; VGE III/51 vom 8. Juni 2005 [BE.2004.00381], S. 4 f. und III/99 vom 21. Dezember 2009 [WBE.2009.207], S. 4; ferner auch Hans RUDOLF TRÜEB / DANIEL ZIMMERLI, Spitalfinanzierung und Vergaberecht, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 12 ff., 30, 39 ff.). Bei der C. AG handelt es sich folglich um eine Vergabestelle im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. c SubmD (und Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB).

#### 1.2.2.

Sind die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens gemäss § 8 Abs. 2 SubmD erreicht, was beim hier streitigen Liefer- und Dienstleistungsvertrag zweifellos der Fall ist, gelten als anfechtbare Verfügungen die Ausschreibung, der Zuschlag, der Entscheid über die Auswahl von Anbietenden im selektiven Verfahren, der Ausschluss vom Vergabeverfahren, der Widerruf des Zuschlags oder der Abbruch des Vergabeverfahrens (§ 24 Abs. 2 lit. a - e SubmD). Aber auch die Frage, ob in einem konkreten Fall zu Recht auf ein dem SubmD unterstehendes Vergabeverfahren verzichtet worden ist, kann der Rechtskontrolle nicht entgehen. Ansonsten hätte es die Vergabestelle stets in der Hand, die richterliche Überprüfung durch die bloss

Behauptung der Nichtanwendbarkeit des öffentlichen Submissionsrechts zu umgehen. Dies würde dem Zweck des SubmD, dem BGBM, der IVöB und gegebenenfalls auch der staatsvertraglichen Regelung (vgl. dazu Art. XX Ziff. 2 GPA) widersprechen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. November 2008 [B-6177/2008], Erw. 1.1; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 19. Juli 1999 [1999-005], publiziert in: VPB 64.8 Erw. 1b/bb). Unabhängig vom Vorliegen einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von § 5 i.V.m. § 24 Abs. 2 lit. a - e SubmD ist das Verwaltungsgericht zur Behandlung des vorliegenden Falles somit jedenfalls insoweit zuständig, als es um die Beurteilung der Frage geht, ob bei der streitigen Beschaffung von IT-Dienstleistungen, insbesondere des sog. "Output Managements", durch die C. AG zu Unrecht von einem dem öffentlichen Submissionsrecht unterstehenden Vergabeverfahren abgesehen worden ist oder nicht.

#### 1.2.3.

Die C. AG hat auf die Beschaffung der Leistungen des sog. "Output-Managements" die Regeln des öffentlichen Submissionsrechts unbestrittenermassen nicht angewendet; sie ist beim Vertragschluss mit der B. AG vielmehr von einer vergaberechtsfreien "Quasi-in-house-Vergabe" ausgegangen. Weder ist somit eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags erfolgt noch wurde jemals ein Zuschlag verfügt. Auch beim (Anwalts-)Schreiben der C. AG vom 12. April 2012, womit diese anerkennt, dass der der B. AG erteilte Auftrag der Submissionspflicht untersteht, handelt es sich lediglich um eine informative Mitteilung; diesem Schreiben kommt kein Verfügungscharakter zu. Mithin liegen formell keine anfechtbaren Verfügungen im Sinne von § 24 Abs. 2 SubmD vor, die vom Verwaltungsgericht gemäss § 25 Abs. 2 SubmD überprüfbar wären. Eine nicht nach Submissionsdekret, sondern auf der Grundlage von privatrechtlichen Bestimmungen vorgenommene Auftragsvergabe kann das Verwaltungsgericht nicht auf ihre (materielle) Rechtmässigkeit überprüfen. Damit ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren in erster Linie die Frage zu klären, ob die streitige Beschaffung von der C. AG zu Unrecht als "Quasi-in-house-Vergabe" qualifiziert wurde und

stattdessen in einem Vergabeverfahren nach öffentlichem Submissionsrecht, in Anwendung insbesondere der Vorschriften des SubmD des Kantons Aargau, hätte vorgenommen werden müssen. Ist letzteres zu bejahen, sind zudem allfällige sich daraus ergebenden Konsequenzen zu prüfen, insbesondere sind die Auswirkungen der fälschlicherweise unterbliebenen Anwendung des massgeblichen Vergaberechts auf die verschiedenen mit der B. AG abgeschlossenen Verträge zu klären (vgl. Erw. II/3. unten).

2.

2.1.

Zur Beschwerde ist befugt, wer ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Aufhebung oder der Änderung des Entscheides hat (§ 42 lit. a VRPG i.V.m. § 23 SubmD). Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen hat zum Zweck, dass die Anbietenden gegen vermutete Verletzungen von Submissionsvorschriften im Zusammenhang mit Beschaffungen, an denen sie ein Interesse haben oder gehabt haben, sollen Beschwerde führen können (AGVE 1998, S. 352). Zur Beschwerde legitimiert ist insbesondere ein Anbieter, dessen Offerte für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde oder der vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Wird ein Auftrag freihändig oder im Einladungsverfahren vergeben, so sind auch nicht angefragte Dritte, d.h. alle möglichen Anbieter, insoweit zur Beschwerde legitimiert als sie geltend machen, die Durchführung des vorgeschriebenen Verfahrens sei zu Unrecht unterblieben. Ein Interessent ist in einem solchen Fall der unterlassenen Durchführung eines an sich vorgeschriebenen Vergabeverfahrens dann zur Beschwerdeführung legitimiert, wenn er am Auftrag interessiert ist und dem Kreis der potenziellen Anbieter zugerechnet werden kann, d.h. in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen (AGVE 2003, S. 241 f. mit Hinweisen; VGE III/99 vom 21. Dezember 2009 [WBE.2009.207], S. 5; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Mai 2010 [VB.2009.00667], Erw. 2; BR 2012, S. 233 S107 und S108; vgl. auch BGE 137 II 321 f. mit Hinweisen). In Bezug auf die Beschwerdebefugnis Dritter muss Analoges gelten, wenn die Vergabebehörde den Standpunkt vertritt

bzw. – wie hier – ursprünglich vertrat, die Beschaffung sei gar nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt gewesen.

## 2.2.

Die Beigeladene verneint die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin, denn diese gehöre nicht zu den potenziellen Anbietern des zu beurteilenden Auftrags, sei nicht formell beschwert und verfüge nicht über ein eigenes schutzwürdiges Interesse. Sie sei nicht in der Lage, den zwischen der C. AG und der Beigeladenen abgeschlossenen Vertrag betreffend das IT-Output-Management insbesondere in quantitativer und qualitativer Hinsicht genauso gut zu erfüllen wie die Beigeladene. Die Beigeladene erbringe nebst der Lieferung von Druckern und dem dazu gehörenden Verbrauchsmaterial auch noch weitere IT-Dienstleistungen mit speziellen IT-Tools, die optimal mit den übrigen Leistungsprozessen für die C. AG abgestimmt seien. Sie erfülle somit, im Gegensatz zur Beschwerdeführerin, spezielle Vorgaben der C. AG an die gewünschte Qualität und Effizienz der Leistungen, die für die vertragsgemässe Erfüllung unerlässlich seien.

## 2.3.

Der mit der Beigeladenen geschlossene Einzelvertrag regelt "die Lieferung, den Betrieb, die Wartung und das Monitoring von D. Print und MFP Systemen (nachstehend Objekte genannt), welche beim C. am Einsatzort des Objektes installiert sind oder während der Dauer dieses Vertrages installiert werden". Dieser Einzelvertrag steht im Zusammenhang mit einem Rahmenvertrag aus dem Jahr 2005, der die Erbringung von IT-Dienstleistungen durch die Beigeladene an die C. AG zum Inhalt hat. Ziff. I./1.1. des Rahmenvertrags sieht vor, dass die unter dem Rahmenvertrag bezogenen Dienstleistungen in einem oder mehreren Einzelverträgen geregelt werden. Konkret geht es um die Lieferung und das Bereitstellen von Hardwarekomponenten (namentlich Drucker und Multifunktionsgeräte) und die zugehörigen Serviceleistungen.

Gemäss Handelsregistereintrag ist Zweck der Beschwerdeführerin u.a. "der Vertrieb, die Vermietung, das Leasing und der Service von Maschinen, Geräten, Einrichtungen und Software zur Büroautomation und die Erbringung von Beratungsleistungen". Die Beigela-

dene ihrerseits hat u.a. die "Erbringung von Dienstleistungen im IT-Bereich, [...] sowie Handel mit Software und Hardware" zum Zweck. Beide Konkurrentinnen sind somit in der gleichen Branche tätig und erbringen vergleichbare Leistungen. Davon geht im Übrigen auch die C. AG aus, wenn sie in Bezug auf das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin festhält, die A. AG sei "klarerweise eine Konkurrentin der B. AG" und eine Einsichtnahme in die bestehenden Verträge würde ihr einen "immensen Wettbewerbsvorteil" verschaffen. Der streitige Auftrag fällt eindeutig in den Tätigkeitsbereich der Beschwerdeführerin; sie erbringt exakt derartige Leistungen. Vor diesem Hintergrund kann ihr ein schützenswertes Interesse an der gerichtlichen Prüfung der Frage, ob die Beschaffung des Output-Managements in einem rechtmässigen Verfahren erfolgt ist, nicht abgesprochen werden. Entgegen der Beigeladenen kann es für die Frage der Legitimation nicht relevant sein, ob die Beschwerdeführerin in der Lage ist, den Auftrag "in quantitativer und qualitativer Hinsicht genauso gut zu erfüllen wie die Beigeladene". Entscheidend ist einzig, ob sie aufgrund ihres Tätigkeitsbereichs und ihrer Zweckbestimmung grundsätzlich befähigt ist, einen solchen Auftrag zu übernehmen, was sich nicht ernsthaft in Frage stellen lässt. Nur am Rande sei im Hinblick auf eine Neuausschreibung vermerkt, dass es nicht zulässig wäre, die Anforderungen und Spezifikationen der Ausschreibung auf ein bestimmtes Produkt oder einen bestimmten Anbieter auszurichten, um auf diese Weise andere potentielle Anbieter vom Auftrag auszuschliessen (vgl. AGVE 1998, S. 402 ff.; 2008, S. 183 ff.; ferner AGVE 2008, S. 194 f.; BR 2012, S. 233, Anmerkung Beyeler zu S107). Die Beigeladene macht im Übrigen keine Urheberrechte geltend, die zwingend eine freihändige Vergabe erforderten (vgl. § 8 Abs. 3 lit. d SubmD).

3.

3.1.

Die Beigeladene bringt vor, die Beschwerdeführerin habe bereits im Dezember 2011 Kenntnis von der Quasi-in-house-Vergabe an die B. AG erhalten. Auf die Beschwerde sei daher mangels Verspätung nicht einzutreten.

## 3.2.

Gemäss § 25 Abs. 1 SubmD ist die Beschwerde innert 10 Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen. Im vorliegenden Fall wurden keine formelle Verfügungen eröffnet (vgl. oben Erw. 1.). Behauptet ein Beschwerdeführer, ein bestimmter Auftrag sei zu Unrecht im freihändigen Verfahren oder überhaupt ausserhalb des Vergaberechts vergeben worden, stellt sich die Frage, ob und wann die zehntägige Beschwerdefrist ausgelöst wird. Stellt sich die Auftraggeberin auf den Standpunkt, sie sei dem Vergaberecht nicht unterworfen und drückt sie diese Auffassung schriftlich und in begründeter Weise gegenüber dem Beschwerdeführer aus, so muss dieser gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts das entsprechende Schreiben binnen nützlicher Frist anfechten und darf nicht zuwarten, bis er einen Bescheid in Form der anfechtbaren Verfügung erhält (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juli 2011 [2D\_77/2010], Erw. 4.1).

## 3.3.

Aus den vorliegenden Akten ist zu entnehmen, dass sich die Beschwerdeführerin bezüglich des streitigen IT-Output-Managements erstmals mit Schreiben vom 14. Dezember 2011 betreffend "Submissionsverfahren Printer & Multifunktionsgeräte" an die C. AG gewendet hat. Mit E-Mail vom 23. Dezember 2011 wurde ihr mitgeteilt, dass die B. AG ein Unternehmen des Kantons Aargau und somit wie eine interne Stelle für das C. zu betrachten sei. Aufträge, welche die B. AG für das C. erledige, müssten daher nicht ausgeschrieben werden. Kaufe die B. AG ihrerseits Leistungen ein, unterstehe sie dem Submissionsrecht. Der gesamte Druckerpark sei im Jahr 2009/2010 durch ein Submissionsverfahren bei der B. AG entsprechend ausgeschrieben und an die Firma D. AG vergeben worden. Auf dieser Submission basierten die aktuellen Dienstleistungen der B. AG bzw. der D. AG. Bei dieser Sachlage sei das Begehren, ein Submissionsverfahren einzuleiten, nicht gegeben. Mit Schreiben vom 26. März 2012 wandte sich die nunmehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin erneut an die C. AG, wies auf die Unzulässigkeit der Quasi-in-house-Vergabe hin und ersuchte um eine Stellungnahme bis zum 10. April 2012. Mit Schreiben vom 12. April 2012 (zuge-



stellt am 13. April 2012) teilte die nunmehr ebenfalls anwaltlich vertretene C. AG der Beschwerdeführerin mit, dass sie der Auffassung zustimme, dass der der B. AG erteilte Auftrag der Submissionspflicht unterstehe. Jedoch bleibe infolge von § 27 Abs. 2 SubmD der bereits abgeschlossene Vertrag aufrecht. Die Beschwerdeführerin erhob in der Folge mit Eingabe vom 23. April 2012 Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

#### 3.4.

Der Beschwerdeführerin kann im vorliegenden Fall nicht vorgeworfen werden, sie habe ihr Beschwerderecht dadurch verwirkt, dass sie in Kenntnis der Beauftragung der Beigeladenen mit dem Output-Management zunächst zugewartet und weitere Abklärungen getroffen habe statt umgehend, d.h. innert 10 Tagen, Beschwerde beim Verwaltungsgericht zu erheben. Sie ist im Nachgang an das E-Mail vom 23. Dezember 2011 nicht untätig geblieben, sondern hat die Rechtslage vertieft anwaltlich abklären lassen und sich in der Folge erneut an die C. AG gewendet. Die Antwort der C. AG vom 12. April 2012 ist dann innert 10 Tagen mit Beschwerde angefochten worden. Die Beschwerdeführerin weist zu Recht darauf hin, dass es selbst nach dem Antwortschreiben vom 12. April 2012 fraglich gewesen sei, ob sie über die für eine Beschwerdeeinleitung erforderlichen Kenntnisse bezüglich Vertragsdatum, Auftragsvolumen etc. verfügt habe. In diesem Kontext ist festzuhalten, dass der schriftliche Einzelvertrag EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 betreffend "Output Management" zwischen der C. AG und der B. AG am 27. Februar 2012/7. März 2012 durch die Parteien unterzeichnet und rückwirkend auf den 1. Dezember 2011 in Kraft gesetzt worden ist. Von diesem Vertrag wie auch von den übrigen zwischen der C. AG und der B. AG abgeschlossenen Rahmen- und Einzelverträge hat die Beschwerdeführerin erstmals im Beschwerdeverfahren Kenntnis erhalten. Vor diesem Hintergrund erscheint es eher befremdlich und wenig verständlich, wenn die Beigeladene mit einer Verwirkung des Beschwerderechts der Beschwerdeführerin argumentiert.

Die Verantwortung für die korrekte Durchführung eines Vergabeverfahrens und die Anwendung des massgebenden Rechts liegt bei der Vergabestelle und nicht bei den Anbietern. Nach ständiger Recht-

sprechung des Verwaltungsgerichts handelt es sich bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart um einen derart schwerwiegenden Rechtsmangel, dass er auch dann zu berücksichtigen ist, wenn er nicht gerügt wird, gegebenenfalls sogar gegen den Willen des Beschwerdeführers. Nur so kann eine Umgehung des Gebots der öffentlichen Ausschreibung für grössere Beschaffungen wirksam verhindert und der freie Wettbewerb sichergestellt werden (vgl. AGVE 2001, S. 311 und 313 mit Hinweisen). Von einem solchen schweren Rechtsmangel ist auch auszugehen, wenn die Auftraggeberin nicht eine falsche Verfahrenswahl trifft, sondern die Auftragsvergabe dem öffentlichen Beschaffungsrecht zu Unrecht gänzlich entzieht. Im Gegensatz zur Anfechtung von im Rahmen eines Submissionsverfahrens ergangenen und ordnungsgemäss eröffneten Verfügungen gemäss § 24 Abs. 2 SubmD wurde in diesen Fällen gerade kein formelles Verfahren eingeleitet und durchgeführt. Ob die zehntägige Beschwerdefrist gemäss § 25 Abs. 1 SubmD hier überhaupt zum Tragen kommen kann, ist daher fraglich. Auch das Bundesgericht redet in diesem Kontext von einer Anfechtung binnen "nützlicher Frist" (vgl. oben Erw. 3.2.). Erlangt eine Anbieterin Kenntnis von einer ihres Erachtens unzulässigen De-facto-Vergabe, muss es ihr jedenfalls unbenommen sein, vor einer Beschwerdeerhebung mit der Auftraggeberin – gegebenenfalls auch mehrmals – Rücksprache zu nehmen und alle erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Abklärungen zu treffen, ohne dass sie bereits deswegen das Beschwerderecht verliert.

Die Beschwerdeführerin hat innerhalb von zehn Tagen nach der letzten Stellungnahme der C. AG zur fraglichen Angelegenheit vom 12. April 2012 und somit jedenfalls innert nützlicher Frist Beschwerde eingereicht. Infolgedessen ist von der Rechtzeitigkeit der Beschwerde auszugehen.

4.

Zusammenfassend ist auf die Beschwerde einzutreten.

5. (...)

II.

1.

1.1.

Die Erbringung von IT-Dienstleistungen ist Gegenstand eines im Jahr 2005 zwischen der C. AG und der Beigeladenen abgeschlossenen Rahmenvertrags. Die einzelnen Leistungspakete (Bereitstellung und Erneuerung Peripherie, Support und Wartung Peripherie) sind in Einzelverträgen geregelt. Der vorliegend streitige Einzelvertrag EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 betreffend "Output Management" vom 27. Februar 2012/7. März 2012 fällt gemäss Kap. 1 Abs. 4 ("Der Vertrag unterliegt den allgemein gültigen Vertragsbedingungen zwischen C. und B. und kann nach Abschluss des neu geplanten Vertragswerkes jenem unterstellt werden.") in den Geltungsbereich des genannten Rahmenvertrags.

1.2.

Es ist unbestritten, dass weder die vom Einzelvertrag EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 erfassten Leistungen (Output-Management) noch die Leistungen des zugrunde liegenden Rahmenvertrags und der anderen Einzelverträge jemals öffentlich ausgeschrieben worden sind. Die Beschwerdeführerin und mittlerweile auch die C. AG gehen übereinstimmend davon aus, dass der fragliche Einzelauftrag EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 der Submissionspflicht untersteht und öffentlich hätte ausgeschrieben werden müssen. Die C. AG erklärt sich denn auch bereit, "ab 30. November 2015 ein Output-Management, wie es dem Einzelvertrag vom 27. Februar 2012, rückwirkend per 1. Dezember 2011 in Kraft gesetzt, zugrundeliegt, im submissionsrechtlich vorgeschriebenen Verfahren zu vergeben (siehe Ziff. 7 des Vertrags)".

Demgegenüber vertritt die Beigeladene den Standpunkt, dass das einschlägige Submissionsrecht im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung komme. Der Vertragsabschluss zwischen der C. AG und der Beigeladenen sei als eine vergaberechtsfreie "Quasi-in-house-Vergabe" zu qualifizieren. Die Beigeladene sei klarerweise von der öffentlichen Hand beherrscht und sie erfülle auch das Erfordernis der Wettbewerbsneutralität, da sie ihrerseits als Vergabestelle im Sinne

von § 5 SubmD zu qualifizieren sei und ihre Leistungen gemäss dem Vergaberecht beschaffe und daher – auch wenn der Anschein bestehe – nicht im freien Wettbewerb zu anderen privaten Anbietern stehe.

2.

2.1.

In-house-Vergaben sind Vorgänge, bei denen ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag an eine seiner verwaltungsinternen Dienststellen erteilt, die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Solche Geschäfte sind vergaberechtsfrei (vgl. dazu MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben: Wer mit wem, wann und warum, in: ZUFFEREY/STÖCKLI [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 17 ff, insbes. S. 22 ff.). Zu den vergaberechtsfreien In-house-Geschäften werden aber auch Konstellationen gezählt, in denen öffentliche Auftraggeber von Stellen, die über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, aber von den Auftraggebern kontrolliert werden, Leistungen beziehen (sog. Quasi-in-house-Vergaben). Für die Beurteilung, ob es sich auch bei einem solchen Geschäft um eine vergaberechtsfreie Beschaffung handelt oder nicht, werden in der Literatur die Kriterien herangezogen, die der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Urteil "Teckal" erstmals aufgestellt und in der Folge auch weiterentwickelt hat. Danach liegt eine vergaberechtsfreie Quasi-in-house-Vergabe vor, wenn der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag an einen Leistungserbringer vergibt, der rechtlich eine andere Person ist als er selbst (also nicht demselben Rechtsträger angehört wie der Auftraggeber), der aber erstens unter der Kontrolle öffentlicher Auftraggeber steht (Kontrollerfordernis) und der zweitens grundsätzlich keine Tätigkeiten für andere Personen als die ihn kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber entfaltet (Tätigkeitserfordernis). Das Kontrollerfordernis ist erfüllt, wenn der Auftraggeber eine Kontrolle ausüben kann wie über eine eigene (hausinterne) Dienststelle. Diese Kontrolle kann auch durch mehrere öffentliche Auftraggeber wahrgenommen werden; ausgeschlossen ist nach der Rechtsprechung des EuGH hingegen jegliche (noch so geringfügige) Beteiligung von Privaten. Das Tätigkeitserfordernis verlangt, dass der Leistungserbringer "im Wesentlichen" für den oder die an ihm beteiligten Auftraggeber tätig sein muss und höchstens

"ganz untergeordnete Tätigkeiten" zugunsten von an ihm nicht beteiligten Dritten entfalten darf. Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, untersteht das fragliche Geschäft dem öffentlichen Beschaffungsrecht (vgl. MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, S. 49 ff.; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1222 ff.). Unter dem Begriff der sog. In-state-Vergabe schliesslich wird die Auftragserteilung eines öffentlichen Auftraggebers an ein rein öffentliches Subjekt ohne jede Privatbeteiligung, das ausschliesslich Tätigkeiten für öffentliche Auftraggeber entfaltet, verstanden. Erfolgt die Auftragserteilung an einen öffentlichen Leistungserbringer, der (auch) kommerziell, d.h. mit Gewinnabsicht, tätig wird, liegt keine In-state-Beschaffung vor (vgl. BEYELER, In-house-Vergaben, S. 82 ff.).

Die Rechtsprechung der schweizerischen Verwaltungsgerichte zu internen Vergaben, namentlich zu den Quasi-in-house-Vergaben, ist bescheiden (BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1227). Immerhin hat das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt angetönt, dass es sich bei einer künftigen Beurteilung von Quasi-in-house-Vergaben an der europäischen Rechtsprechung orientieren werde; im konkreten Fall konnte es die Frage offen lassen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Waadt vom 6. November 2009 [GE.2007.0013], in: BR 2010, S. 86 S2, S. 91 S5; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1227, insbesondere Fn. 1387). Das Walliser Kantonsgericht hat in einem neueren Entscheid die Rechtsprechung des EuGH zu den Quasi-in-house-Vergaben herangezogen und eine solche im zu beurteilenden Fall (Vergebung von Sanierungsarbeiten an einer Alpstrasse an den Forstbetrieb eines kommunalen Zweckverbandes durch eine Mitgliedgemeinde) bejaht (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 3. Dezember 2009 [TCV A1 09 163], Erw. 4.2 und 4.3). In der Literatur wird eine Anwendung der EuGH-Praxis zu den Quasi-in-house-Vergaben ebenfalls befürwortet, da das schweizerische und das europäische Vergaberecht "im Bestreben nach wettbewerbsneutraler Ausgestaltung des Gebarens öffentlicher Auftraggeber" auf denselben Gedanken, Anliegen und Regelungszwecken beruhen (BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1228 mit weiteren Hinweisen).

## 2.2.

Die Beigeladene ist eine im Jahr 2004 durch die C. AG, die E.-Gruppe (Betriebsgesellschaft der Regionalspitäler F. und G.) und die H. AG gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in I. (seit 2011; zuvor in F. und J.). Weitere Aktionärin ist die K. AG. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt die Beigeladene seit Juni 2009 die "Erbringung von Dienstleistungen im IT-Bereich, insbesondere zu Gunsten der angeschlossenen Aktionäre und von weiteren Institutionen im Gesundheits- und Sozialbereich sowie Handel mit Software und Hardware; [...]". Der ursprüngliche Gesellschaftszweck war enger gefasst und sah insbesondere auch keinen Handel mit Software und Hardware vor.

Bereits aus der Formulierung dieser Zweckbestimmung geht hervor, dass die Beigeladene nicht oder jedenfalls nicht mehr ausschliesslich für die an ihr beteiligten Aktionäre, sondern auch für weitere öffentliche und private Institutionen im Gesundheits- und Sozialbereich tätig wird. Zudem betreibt sie gemäss ihrer Zweckbestimmung uneingeschränkt Handel mit Hardware und Software. Die Darstellung der Kunden auf der Website der Beigeladenen zeigt, dass sich der Kundenkreis nicht auf ihre Aktionäre beschränkt, sondern wesentlich darüber hinausgeht. Weiter ist festzustellen, dass die Beigeladene auch als Anbieterin an öffentlichen Submissionsverfahren teilnimmt. So gehört sie in einem vom Universitäts-Kinderspital beider Basel UKBB am 20. Oktober 2012 selektiv ausgeschriebenen Verfahren für eine IT-Beschaffung (IT Workplace Client und VDI) zu den zur Angebotsabgabe zugelassenen Anbietern. Dem neuesten Leistungsreport 2012 schliesslich ist u.a. zu entnehmen, dass ein strategisches Ziel für das Jahr 2012 die Erschliessung des Pflegemarktes gewesen sei und der Einstieg geglückt sei. Die B. AG habe sich innerhalb weniger Jahre zum grössten Anbieter von Informatikdienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen der Schweiz entwickelt. Die B. AG wolle auch im Jahr 2013 weiter wachsen. Sie wolle neue Kunden gewinnen und sich auf 2015 vorbereiten. Wenn die eHealth-Strategie des Bundes für alle Leistungserbringer verpflichtend werde, werde es neue Lösungen brauchen. Die B. AG wolle dann "als der beste IT-Dienstleister in der Pole-Position ste-

hen!". 2013 gelte es Neukunden zu gewinnen. "Wir werden unsere Professional Services noch stärker am Markt positionieren und sind bereits daran, zwei Projekte mit Neukunden in diesem Bereich umzusetzen". Davon, dass die Beigeladene in Konkurrenz mit privaten IT-Dienstleistungsanbietern steht, geht nicht zuletzt auch die C. AG (als eine der Gründerinnen und Aktionärin der Beigeladenen) aus, bezeichnet sie die Beschwerdeführerin doch als "klarerweise eine Konkurrentin der B. AG".

Vor diesem Hintergrund kann das Erfordernis der Wettbewerbsneutralität der Tätigkeit der Beigeladenen entgegen ihrer Auffassung nicht als erfüllt angesehen werden. Sie erbringt ihre Dienstleistungen nicht nur gegenüber ihren eigenen Aktionären, sondern in einem erheblichen Ausmass auch gegenüber Dritten, wo sie in direkter Konkurrenz mit privaten Marktteilnehmern steht. Sie nimmt selbst aktiv am Marktgeschehen teil, wie auch die Teilnahme am öffentlichen Submissionsverfahren des Universitäts-Kinderspitals beider Basel UKBB bestätigt. Nach den eigenen Bekundungen im aktuellen Geschäftsbericht ist sie die grösste Anbieterin von Informatikdienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen und bestrebt, diese Position in den kommenden Jahren zu sichern und neue Kunden zu gewinnen. Das Tätigkeitserfordernis, bei dem es um den Wettbewerbsschutz geht, ist vorliegend somit klar nicht erfüllt. Die Beigeladene ist in einem Ausmass und in einer Weise für nicht an ihr beteiligte Dritte (öffentliche und private Auftraggeber im Gesundheits- und Sozialbereich) kommerziell und in Konkurrenz zu den gewöhnlichen Marktteilnehmern tätig, die mit der geforderten Wettbewerbsneutralität unvereinbar sind (vgl. dazu auch BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 1269 ff., insbesondere Rz. 1277 f.). Kontrollerfordernis und Tätigkeitserfordernis müssen beide, d.h. kumulativ, erfüllt sein. Infolgedessen kann es offen bleiben, ob das Kontrollerfordernis bei der Beigeladenen erfüllt wäre oder nicht. Das Tätigkeitserfordernis jedenfalls ist es nicht.

### 2.3.

Die Beauftragung der Beigeladenen mit dem Output-Management gemäss dem im Jahr 2012 geschlossenen Einzelvertrag EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 lässt sich aufgrund der gegebenen Um-

stände nicht als vergaberechtsfreie Quasi-in-house-Vergabe qualifizieren, sondern untersteht dem öffentlichen Vergaberecht (insbesondere dem Submissionsdekret) und hätte in einem entsprechenden Vergabeverfahren vergeben werden müssen. Mit anderen Worten ist der fragliche Vertrag in Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften abgeschlossen worden. Wie erwähnt anerkennt inzwischen auch die C. AG, dass ein Output-Management, wie es dem Einzelvertrag EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 zugrunde liegt, in einem submissionsrechtlich vorgeschriebenen Verfahren zu vergeben ist.

#### 2.4.

Die Submissionspflicht besteht jedoch nicht nur in Bezug auf das Output-Management gemäss Einzelvertrag EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001, sondern darüber hinaus in Bezug auf sämtliche Leistungen, welche die C. AG heute aufgrund des Rahmenvertrags für IT-Dienstleistungen und der darauf basierenden Einzelverträge betreffend Bereitstellung und Erneuerung Peripherie bzw. Support und Wartung Peripherie von der Beigeladenen bezieht. Offen bleiben kann, ob bereits diese Verträge seinerzeit in Missachtung des öffentlichen Submissionsrechts abgeschlossen wurden oder ob zum damaligen Zeitpunkt noch von einer wettbewerbsneutralen, weitestgehend auf die Bedürfnisse der eigenen Aktionäre beschränkten Tätigkeit der kurz zuvor zu diesem Zweck gegründeten Beigeladenen auszugehen war. Jedenfalls heute kann aber auch diesbezüglich nicht mehr eine zulässige Quasi-in-house-Vergabe angenommen werden. Eine Neuvergabe dieser Leistungen muss daher ebenfalls in einem Verfahren gemäss dem einschlägigen öffentlichen Submissionsrecht erfolgen. Dies gilt insbesondere auch für das "neu geplante Vertragswerk", das in Kap. 1 Abs. 4 des Einzelvertrags EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 angesprochen wird.

Nachfolgend sind die aus der Submissionspflicht resultierenden Konsequenzen für die bestehenden Verträge der C. AG mit der Beigeladenen zu prüfen.

#### 3.

##### 3.1.

Die Beschwerdeführerin verlangt, die C. AG sei zu verpflichten, die unter dem Rahmenvertrag vom 23. September 2005 bzw. unter



den entsprechenden abgeschlossenen Einzelverträgen vergebenen IT-Dienstleistungen in einem öffentlichen Vergabeverfahren neu auszu-schreiben. Die C. AG ihrerseits hat sich bereit erklärt, ab 30. November 2015 ein Output-Management, wie es dem Einzelvertrag vom 27. Februar 2012 zugrunde liegt, im submissionsrechtlich vorgeschriebenen Verfahren neu zu vergeben. Im Übrigen beruft sie sich wie auch die Beigeladene auf § 27 Abs. 2 SubmD.

### 3.2.

Ist der Vertrag bereits abgeschlossen und erweist sich die Beschwerde als begründet, so stellt die Beschwerdeinstanz gemäss § 27 Abs. 2 SubmD und Art. 18 Abs. 2 IVöB fest, dass die Verfügung rechtswidrig ist (vgl. auch Art. 9 Abs. 3 BGBM). Das SubmD legt in § 21 Abs. 1 bezüglich Vertragsschluss ausdrücklich Folgendes fest:

"1 Der Vertrag mit den Anbietenden darf nach dem Zuschlag geschlossen werden, wenn:

- a) die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen ist;
- b) im Fall einer Beschwerde feststeht, dass die Beschwerdeinstanz dieser

keine aufschiebende Wirkung erteilt."

Verfrüht (insbesondere während laufender Beschwerdefrist oder trotz hängigen Gesuchs um aufschiebende Wirkung) abgeschlossene Verträge werden von Lehre und Praxis teilweise als nichtig, ungültig oder unwirksam betrachtet (vgl. AGVE 2001, S. 311 ff.; MARTIN BEYELER, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag?, in: AJP 2009, S. 1142 ff.; BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2631 ff., 2635 ff.). Teilweise wird allerdings auch die Auffassung vertreten, der verfrühte Abschluss sei zwar vergaberechtswidrig, die Gültigkeit des Vertrags werde dadurch aber nicht tangiert (St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis [GVP-SG] 2001, S. 70 ff. Nr. 22; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 28. August 2003 [B 2003/67], in: BR 2003, S. 160; vgl. auch die weiteren Hinweise bei BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2633).

Im vorliegenden Fall ist für die fraglichen Verträge weder ein öffentliches Submissionsverfahren durchgeführt noch ein daraus resultierender Zuschlag verfügt worden. Vielmehr ist die Auftragsvergabe der C. AG an die Beigeladene als Quasi-in-house-Vergabe unter Ausserachtlassung der Vorschriften des öffentlichen Beschaf-

fungsrechts erfolgt. Dieses Vorgehen erweist sich wie dargelegt unter dem Blickwinkel des öffentlichen Submissionsrechts jedenfalls für den Einzelvertrag EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 als klar unzulässig und rechtswidrig, vermag aber die Gültigkeit des mit der Beigeladenen abgeschlossenen Vertrags nicht in Frage zu stellen. Das Verwaltungsgericht darf aufgrund der gerichtlichen Kompetenzordnung nicht in einen zivilrechtlichen Vertrag eingreifen und im Rahmen des Dispositivs Feststellungen oder Anordnungen betreffend den Status, die Geltung oder den Gehalt des Vertrags treffen. Hingegen ist es befugt, einem öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf die Durchsetzung des Vergaberechts Vorschriften über dessen vorvertragliches und vertragliches Verhalten zu machen, insbesondere dass er einen vergaberechtswidrigen Vertrag mit dem gegebenen vertragsrechtlichen Instrumentarium über kurz oder lang aufzulösen hat (BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2631 Fn. 2374 und die dort zitierte Rechtsprechung [insbesondere: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Waadt vom 6. November 2009 [GE.2007.0013], in: BR 2010, S. 86 S2; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 4. Mai 2010 [V 6-2010], Erw. III/7], Rz. 2637 ff., 2649 ff., 2653). Damit kann die vergaberechtlich geforderte Lage der Dinge zumindest pro futuro wiederhergestellt werden (BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2650).

### 3.3.

Der Einzelvertrag EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 betreffend "Output Management" ist am 27. Februar bzw. 7. März 2012 unterzeichnet worden und gemäss Kap. 7 Abs. 1 rückwirkend auf den 1. Dezember 2011 in Kraft getreten. Er wurde für vier Jahre abgeschlossen und kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten jeweils auf Monatsende, erstmals per 30. November 2015 gekündigt werden (Kap. 7 Abs. 2). Erfolgt keine Kündigung, erneuert sich der Vertrag stillschweigend um ein weiteres Jahr (Kap. 7 Abs. 3). Mithin handelt es sich um einen unbefristeten Dauervertrag.

Eine ordentliche Auflösung des fraglichen Einzelvertrages durch die C. AG ist somit auf Ende November 2015 durch Kündigung möglich. Die Beschwerdeführerin wirft die Frage nach einer

Auflösung ex nunc auf, da der Vertrag in Umgehung des Vergaberechts und in dem Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben widersprechender Art und Weise zustande gekommen sei. Zudem sei davon auszugehen, dass es sich beim fraglichen Einzelvertrag lediglich um einen Erneuerungs- bzw. einen Verlängerungsvertrag eines seit Jahren bestehenden Vertragsverhältnisses handle.

Aus dem Einzelvertrag EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 betreffend "Output Management", der konkret die "Lieferung, den Betrieb, die Wartung und das Monitoring von D. Print- und MFP Systemen", welche beim C. am Einsatzort installiert sind oder während der Dauer des Vertrags installiert werden, zum Gegenstand hat, wird nicht ersichtlich, ob damit lediglich ein früherer Vertrag verlängert oder erneuert werden soll. Immerhin umfassen die beiden auf den 1. Januar 2005 in Kraft gesetzten Einzelverträge betreffend Bereitstellung und Erneuerung Peripherie bzw. Support und Wartung Peripherie mit den Peripheriegeräten auch die diversen im C. im Einsatz stehenden Drucker und Scanner. Insofern erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass der Einzelvertrag EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 zumindest teilweise ein bestehendes Vertragsverhältnis erneuert bzw. verlängert. Darauf weist auch der Umstand hin, dass die Beigeladene den Gegenstand des fraglichen Einzelvertrags bildenden Druckerpark offenbar bereits im Jahr 2009/2010 bei der D. AG beschafft hat. All dies ändert an der zivilrechtlichen Gültigkeit des fraglichen Einzelvertrags indessen nichts.

Nicht ohne Weiteres gefolgt werden kann der Vermutung der Beschwerdeführerin, der Vertrag sei im Februar 2012 ohne Not und wider Treu und Glauben hauptsächlich zwecks Verlängerung des Bestandsschutzes von § 27 Abs. 2 SubmD sowie zur Umgehung einer öffentlichen Ausschreibung abgeschlossen worden. Die in den Vertrag integrierte Versionskontrolle zeigt auf, dass jedenfalls das initiale Dokument des Vertrags vom 6. Mai 2011 (Version 0.1) stammt. Die Absicht, mit der Beigeladenen einen Vertrag betreffend Output-Management abzuschliessen, bestand somit bereits zu einem Zeitpunkt, der deutlich vor den Interessenbekundungen der Beschwerdeführerin im November 2011 liegt. Letztlich kann vorliegend keineswegs ausgeschlossen werden, dass die C. AG in gutem Glauben an

die Rechtmässigkeit ihres Handelns auf eine Ausschreibung der IT-Dienstleistungen, insbesondere des Output-Managements, verzichtet hat (vgl. auch BR 2010, S. 86).

Von einer Verpflichtung der C. AG zu einer vorzeitigen bzw. ausserordentlichen Vertragsauflösung des mit der Beigeladenen geschlossenen Einzelvertrags EV-C.-Output-Mgmt-2011-0001 ist deshalb abzusehen, weshalb offen bleiben kann, ob das Verwaltungsgericht eine solche überhaupt anordnen könnte. Hingegen ist die C. AG zu verpflichten, diesen Vertrag auf den frühestmöglichen Zeitpunkt, das heisst auf den 30. November 2015, zu kündigen und für die betreffenden Leistungen (Output-Management) rechtzeitig, das heisst bis spätestens zum 31. Mai 2015, ein submissionsrechtskonformes Vergabeverfahren einzuleiten und durchzuführen.

#### 3.4.

Der Rahmenvertrag und die beiden Einzelverträge betreffend Bereitstellung und Erneuerung Peripherie bzw. Support und Wartung Peripherie wurden alle am 23. September 2005 unterzeichnet und traten rückwirkend auf den 1. Januar 2005 in Kraft. In ihnen vorgesehen ist eine minimale Vertragsdauer von vier Jahren; ohne Kündigung verlängert sich die Vertragsdauer um jeweils 12 Monate. Auch hier handelt es sich somit im Ergebnis um unbefristete Dauerverträge. Bis zum heutigen Zeitpunkt sind diese Verträge mit der Beigeladenen offensichtlich jeweils stillschweigend verlängert worden. Einer neuerlichen Verlängerung dieser mittlerweile rund acht Jahre andauernden Vertragsverhältnisse mit der Beigeladenen steht indessen die nun festgestellte Submissionspflicht in Bezug auf die fraglichen Leistungen (vgl. oben Erw. 2.4.) entgegen. Diesbezüglich ist weiter auch zu beachten, dass das Submissionsdekret (wie auch die IVöB) zwar – anders als beispielsweise Art. 15a der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB; SR 172.056.11) für das Bundesvergaberecht – keine Bestimmung bezüglich der Maximaldauer von Dauerverträgen bzw. von Verträgen mit wiederkehrenden Leistungen enthält. Dies bedeutet aber nicht, dass die öffentlichen Auftraggeber solche Verträge auf unbestimmte Dauer abschliessen und beliebig verlängern könnten. Das Verwaltungsgericht hat bereits in einem Entscheid aus dem Jah-

re 1999 festgestellt, es könne nicht im Belieben der Vergabestelle liegen, das Vertragsverhältnis mit einem einzelnen Anbieter auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen (AGVE 1999, S. 302, 309). Art. 15a VöB beschränkt die Vertragsdauer bei wiederkehrenden Leistungen auf grundsätzlich höchstens fünf Jahre. Nur in begründeten Fällen kann eine längere Vertragsdauer oder eine massvolle Verlängerung vereinbart werden (vgl. dazu BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2567). Die zulässige Höchstdauer hat sich am Inhalt des Geschäfts, insbesondere dessen wirtschaftlichen Erfordernissen und Zwecksetzungen zu orientieren (BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 904). Vorliegend gehen die Vertragsparteien selbst bei allen vier abgeschlossenen Verträgen von einer ordentlichen Vertragsdauer von vier Jahren aus, lassen hingegen – zeitlich uneingeschränkt – eine stillschweigende Verlängerung um ein weiteres Jahr zu. Letzteres ist vergaberechtlich klarerweise unzulässig. Die vertraglich vereinbarte Dauer von vier Jahren der Verträge aus dem Jahr 2005 hat sich zwischenzeitlich stillschweigend auf mehr als das Doppelte verlängert.

Aufgrund des Gesagten ist die C. AG zur submissionsrechtskonformen Neuvergabe auch der mit der Beigeladenen abgeschlossenen Verträge betreffend IT-Dienstleistungen aus dem Jahr 2005 verpflichtet. Diese Verträge dürfen nicht bzw. nur noch insoweit verlängert werden, als dies für die Einleitung und Durchführung einer submissionsrechtskonformen Neuausschreibung der Leistungen erforderlich ist. Es ist davon auszugehen, dass die bestehenden Verträge derzeit stillschweigend bis zum 31. Dezember 2013 verlängert worden sind. Angemessen erscheint eine zusätzliche Verlängerung bis zum 30. Juni 2014. Das korrespondiert mit der ordentlichen Kündigungsfrist von sechs Monaten.

3.5. (...)

4.

Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei die C. AG zur Leistung von Schadenersatz für die der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverfahren erwachsenen Aufwendungen zu verpflichten.

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.**