



Fall-Nr.: B 2016/10
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 23.08.2016
Entscheiddatum: 23.08.2016

Entscheid Verwaltungsgericht, 23.08.2016

Öffentliches Beschaffungsrecht, Planungswettbewerb, Ausschluss vom Vergabeverfahren (Art. 39 Abs. 1 VöB; SIA Ordnung 142). Auch eine noch so geringe Überschreitung der Eingabefrist für den Wettbewerbsbeitrag führt angesichts der hohen Formstrenge im Vergabeverfahren zwingend zum Ausschluss (Verwaltungsgericht, B 2016/10). Entscheid vom 23. August 2016

Besetzung

Präsident Eugster; Verwaltungsrichter Linder, Heer, Bietenharder, Zindel;
Gerichtsschreiber Wehrle

Verfahrensbeteiligte

ARGE A. & B. und C. AG,

Beschwerdeführer,

vertreten durch E. c/o C. AG,

gegen

Politische Gemeinde X., Gemeinderat,

Vorinstanz,



Gegenstand

Ausschluss vom Projektwettbewerb Sanierung und Erweiterung Schulhaus Y.

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. Mit Blick auf die Sanierung und Erweiterung des Schulhauses Y. führte die Politische Gemeinde X. einen anonymen Projektwettbewerb im selektiven Verfahren nach SIA 142 durch. Das hierfür erstellte Wettbewerbsprogramm datiert vom 15. April 2015. Nach der Präqualifikation wurden am 11. Mai 2015 15 Teams zur Teilnahme am Wettbewerb eingeladen und aufgefordert, ihren Beitrag bis 23. Oktober 2015 beim Wettbewerbsbüro abzugeben («Einreichen der Wettbewerbsbeiträge», act. 3/3, Ziff. 5.5):

«Die Beiträge (Pläne, Beilagen, Formulare) sind bis 23. Oktober 2015, 15:00 Uhr und das Modell bis am 6. November 2015, 15:00 Uhr beim Wettbewerbsbüro abzugeben (...). Es gelten entweder das Abgabedatum bei der persönlichen Abgabe oder das Datum des Poststempels bzw. Auftragsbelegs bei einem Postversand (...). Zu spät gesendete oder unvollständige Abgaben werden vom Verfahren ausgeschlossen (...).»

Per E-Mail teilte das Wettbewerbsbüro den Teilnehmern am 27. August 2015 mit, der Abgabetermin für die Wettbewerbsbeiträge werde auf den 27. November 2015 (15:00 Uhr) verschoben. Das aus A., B. und der C. AG bestehende, zum Wettbewerb eingeladene Team gab seinen Wettbewerbsbeitrag «UNODUETRE» am 27. November 2015 um 15:53 Uhr auf der Sihlpost in Zürich auf (Aufgabebeleg in act. 3/6). Die Zustellung an das Wettbewerbsbüro erfolgte am 1. Dezember 2015.

Mit Verfügung vom 5. Januar 2016 schloss die Politische Gemeinde X. den Wettbewerbsbeitrag wegen verspäteter Abgabe von der Beurteilung bzw. vom Wettbewerb aus. Die Übergabe der Projektunterlagen an die Schweizerische Post am 27. November 2015 sei erst um 15:57 Uhr erfolgt, und diese seien wesentlich verspätet beim Wettbewerbsbüro eingetroffen (act. 2).



B. Mit Eingabe vom 13. Januar 2016 erhoben die an der Arbeitsgemeinschaft A. & B., C. AG beteiligten und durch E. vertretenen Personen (Beschwerdeführer) Beschwerde beim Verwaltungsgericht (act. 1). Sie beantragten zusammengefasst und sinngemäss, es sei festzustellen, dass sie zu Unrecht vom Wettbewerb ausgeschlossen worden seien, weshalb die Verfügung vom 5. Januar 2016 aufzuheben und das Wettbewerbsverfahren erneut durchzuführen sei. Falls das Verfahren nicht erneut durchgeführt werde, seien sie für ihren Aufwand zur Erstellung der Projektunterlagen und deren Nebenkosten mit total Fr. 115'199.70 zu entschädigen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Politischen Gemeinde X. (Vorinstanz). Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 15. Februar 2016 Abweisung der Beschwerde. Aus dem Wettbewerbsprogramm ergebe sich, dass die Abgabezeit (15:00 Uhr) auch beim Postversand massgebend gewesen sei. Sollte die Beschwerde gutgeheissen werden, sei nicht auf Schadenersatz, sondern auf erneute Durchführung des Wettbewerbsverfahrens zu erkennen (act. 7). In weiteren Eingaben hielten die Parteien an ihren Standpunkten fest (act. 10 und 12).

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.1, EGöB). Der Ausschluss aus dem Verfahren ist eine durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 2 Ingress und lit. d der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sGS 841.32, IVöB). Die Beschwerdeführer sind Adressaten der angefochtenen Ausschlussverfügung und demnach zur Erhebung der Beschwerde befugt (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, VRP). Die Beschwerde wurde mit Eingabe vom 14. Januar 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig erhoben und erfüllt die Anforderungen in inhaltlicher und formeller Hinsicht (Art. 15 Abs. 3 IVöB). Auf die Beschwerde ist einzutreten.



2. Das fragliche Submissionsverfahren untersteht den Regeln der IVöB, des EGöB sowie der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11, VöB). Der Planungs- oder Gesamleistungswettbewerb selbst ist kein förmliches Vergabeverfahren. Der eigentliche Wettbewerb endet mit der Empfehlung des Preisgerichts, die dann Grundlage für eine freihändige Vergabe durch den Auftraggeber bildet. Für die Kantone ergibt sich aus Art. 12 Abs. 3 IVöB, dass bei Planungs- oder Gesamleistungswettbewerben die Grundsätze der interkantonalen Vereinbarung zu beachten sind. Nach den kantonalen Rechtsgrundlagen können Planungswettbewerbe als Ideen- oder Projektwettbewerbe durchgeführt werden. Letztere dienen der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu konkret umschriebenen Aufgaben und zur Vergabe der teilweisen oder umfassenden Realisierung der Lösung (vgl. Art. 39 Abs. 1 VöB). Das Wettbewerbsverfahren an sich wird innerhalb der gesetzlichen Schranken vom Auftraggeber geregelt, wozu er auch auf Bestimmungen und Empfehlungen von Fachverbänden verweisen darf (vgl. Art. 12 Abs. 3 IVöB; Art. 16 Abs. 1 Ingress und lit. i sowie Art. 40 Abs. 1 VöB; Scherler/Schneider Heusi, Wettbewerbe und Studienaufträge – die neuen Regeln, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 209 ff., 221).

Subsidiär zum öffentlichen Beschaffungsrecht soll im konkreten Fall die SIA-Ordnung 142 (Ausgabe 2009) gelten (act. 8/1, S. 5). Wird in einem Projektwettbewerb, der den öffentlich-rechtlichen Vorschriften unterliegt, auf ein Regelwerk des Privatrechts verwiesen, so verdrängt dieses das öffentliche Recht nicht. Vielmehr werden die privatrechtlichen Bestimmungen, auf die verwiesen wird, dadurch zum Bestandteil des Verwaltungsrechts und erlangen öffentlich-rechtlichen Charakter (vgl. Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Nr. 2 B III mit Hinweisen). In der Präambel zur Ordnung SIA 142 wird weiter festgehalten, bei Wettbewerben, welche dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt seien, hätten die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften Vorrang vor dieser Ordnung (zum Ganzen vgl. VerwGE B 2010/156 vom 14. Oktober 2010 E. 2.4, www.gerichte.sg.ch). Aus dem Gesagten folgt, dass die Ordnung SIA 142 zur Auslegung der öffentlich-rechtlichen Beschaffungsvorschriften oder zur Lückenfüllung herangezogen werden kann (vgl. B. Messerli, Der Planungs- und Gesamleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern 2004, S. 55).



3. Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, sie hätten ihren Wettbewerbsbeitrag rechtzeitig eingereicht und seien demnach zu Unrecht wegen Verspätung von der (weiteren) Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen worden.

3.1. Gemäss Art. 12 Abs. 1 Ingress und lit. h VöB kann der Auftraggeber einen Anbieter insbesondere dann vom Vergabeverfahren ausschliessen und aus dem Verzeichnis über geeignete Anbieter streichen sowie den Zuschlag widerrufen, wenn dieser wesentliche Formvorschriften der VöB und des Vergabeverfahrens verletzt hat.

Das Vergaberecht ist grundsätzlich vom Prinzip der Formstrenge beherrscht. Nur eine strikte Respektierung von Eingabefrist und gegebenenfalls Eintreffen am richtigen Ort kann die effiziente Abwicklung des Vergabeverfahrens sicherstellen und die Gleichbehandlung der Antragssteller wahren. Im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts stehen der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot im Zentrum der massgebenden Vorschriften (Art. 5 VöB; Art. 11 lit. a IVöB). Diese Grundsätze bilden Richtschnur des öffentlichen Beschaffungswesens und bedeuten, dass keinem Anbieter Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere Anbieter nicht gelten, und dass keinem Anbieter ein Vorteil gewährt werden darf, der anderen Anbietern nicht gewährt wird (vgl. grundlegend GVP 2002 Nr. 32 mit Hinweisen). Auch eine nur geringfügig überschrittene Eingabefrist muss unter diesen Gesichtspunkten zum Ausschluss vom Verfahren führen, was nach der Rechtsprechung nicht überspitzt formalistisch ist (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage 2013, Rz. 507 mit Hinweisen; VGR ZH VB. 2004.00331 vom 24. November 2004 E. 2.1, www.vgr.zh.ch). Die Wiederherstellung einer verpassten Eingabefrist wird von der Rechtsprechung zu Recht als grundsätzlich ausgeschlossen bezeichnet (AGVE 2001, S. 353 ff.; vgl. zum Ganzen auch M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1853-1855).

Bei den unter Ziff. 5.5 des Wettbewerbsprogrammes angeführten zeitlichen und formalen Bestimmungen über das Einreichen der Beiträge handelt es sich zweifellos um wesentliche Vorschriften im Sinne der Verordnung, was sich insbesondere in jenen Fällen bereits aus den praktischen Erfordernissen des Vergabeverfahrens ergibt, in denen die Vergabestelle alle fristgerecht eingereichten Anträge auf Teilnahme bzw. Angebote gleichzeitig öffnen und danach ein so genanntes Offertöffnungsprotokoll



erstellen muss (vgl. Art. 30 VöB). Im konkreten Fall fand zwar durch das Wettbewerbsbüro nach Einreichung der Beiträge nur eine wertungsfreie Vorprüfung statt (act. 8/4, S. 8), was den Anforderungen an die rechtzeitige Eingabe aber keinen Abbruch tut. Die Vorinstanz hat denn auch im Wettbewerbsprogramm den Ausschluss zu spät gesendeter oder unvollständiger Abgaben angekündigt.

3.2. Streitig ist der letztmögliche Zeitpunkt für die fristwahrende Postaufgabe des Wettbewerbsbeitrages. Aktenkundig und unbestritten ist (act. 3/7 und 8/3), dass die Beschwerdeführer die fragliche Sendung am 27. November 2015 nach 15:00 Uhr (15:53 Uhr) am Postschalter aufgegeben haben. Während die Vorinstanz davon ausgeht, dies sei nur bis 15:00 Uhr zulässig gewesen, machen die Beschwerdeführer geltend, massgeblich sei nur der Poststempel (im Sinne von «Datum»), weshalb die Postaufgabe fristwahrend erfolgt sei. Ursache des Rechtsstreits ist die unterschiedliche Auslegung der in Bst. A hiavor bereits zitierten und anschliessend mit E-Mail erstreckten Fristbestimmung des Wettbewerbsprogrammes: «Die Beiträge (Pläne, Beilagen, Formulare) sind bis 23. Oktober 2015, 15:00 Uhr und das Modell bis am 6. November 2015, 15:00 Uhr beim Wettbewerbsbüro abzugeben (...). Es gelten entweder das Abgabedatum bei der persönlichen Abgabe oder das Datum des Poststempels bzw. Auftragsbelegs bei einem Postversand.»

3.2.1. Auffallend ist zunächst, dass die Vorinstanz im Wettbewerbsprogramm – anders als in ähnlich gelagerten Fällen (vgl. z.B. AGVE 2013, S. 214 ff; VGR ZH VB. 2004.00331, a.a.O., E. 2.1) und im Vergaberecht üblich – nicht verlangte, dass die Wettbewerbsbeiträge innert Frist beim Wettbewerbsbüro eintreffen mussten («Zugangsprinzip», so z.B. AGVE 2013, S. 214 ff., E. 4.2: Das Angebot musste bis spätestens Mittwoch, den 24. April 2013, 16:00 Uhr bei der bezeichneten Stelle abgegeben werden oder dort eingetroffen sein. Dass das Risiko des rechtzeitigen Eintreffens beim Anbieter liege, wurde explizit festgehalten.) Für den Postversand der Wettbewerbsbeiträge sollte im streitigen Vergabeverfahren vielmehr das im Prozessrecht verbreitete sog. «Expeditions- oder Absendeprinzip» zur Anwendung kommen (vgl. Art. 143 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO), wonach Eingaben spätestens am Ende der Frist zu Handen des Empfängers der Schweizerischen Post übergeben werden müssen (vgl. z.B. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2016, N 4 zu Art. 143



ZPO). Die Vermischung von Zugangs- und Expeditionsprinzip ist inkonsistent und kann – wie geschehen – zu Unklarheiten führen (vgl. Stöckli/Beyeler, Das Vergaberecht der Schweiz, 9. Aufl. 2014, S. 541 f.).

3.2.2. Vor diesem Hintergrund ist die Motivation des Ausschlusses zumindest insofern fragwürdig, als sie auch mit verspätetem Zugang begründet wurde. Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung (act. 2) folgendes aus (Hervorhebungen durch das Gericht): «Die Beiträge (...) mussten gemäss Wettbewerbsprogramm bis zum 27. November 2015, 15:00 Uhr beim begleitenden Büro abgegeben werden. Gemäss Poststempel erfolgte die Übergabe der Projektunterlagen an die Schweizerische Post am 27. November 2015 erst um 15:57 Uhr und traf wesentlich verspätet beim begleitenden Büro ein.» Die Vorinstanz legte den Beschwerdeführern mithin zur Last, dass deren Beitrag erst am letzten Tag der Frist aufgegeben worden war und deshalb in ihren Augen wesentlich verspätet bei ihr eingetroffen war. Letzteres kann den Beschwerdeführern schon deshalb nicht zum Vorwurf reichen, weil es nach dem Wettbewerbsprogramm explizit erlaubt war, den Beitrag (nach dem Expeditionsprinzip) auch am letzten Tag der Eingabefrist per Post zu senden. Auch die (in den vorinstanzlichen Vernehmlassungen nunmehr als zulässig anerkannte) Postaufgabe um 15:00 Uhr des letzten Tages hätte nichts daran geändert, dass die Sendung erst einige Tage später beim Wettbewerbsbüro eingetroffen wäre. Weil die Durchbrechung des Zugangsprinzips von der Vorinstanz offensichtlich gewollt war, kann beim Postversand nicht massgeblich sein, wann der Beitrag genau beim Wettbewerbsbüro eingegangen ist. Die Vorinstanz hätte es in der Hand gehabt, den Teilnehmern den rechtzeitigen Eingang vorzuschreiben, hat davon aber für den Postversand eine Ausnahme stipuliert.

3.2.3. Wie diese Ausnahme in zeitlicher Hinsicht auszulegen ist, ist zwischen den Parteien streitig. Die Vorinstanz begründete ihre Auffassung – Postaufgabe bis spätestens 15:00 Uhr – damit, es müssten für alle Teilnehmer die gleichen Bedingungen und damit auch die gleiche Bearbeitungszeit gelten. Es könne nicht sein, dass bei einer Postzustellung eine längere Bearbeitungszeit gewährt werde, und die Beschwerdeführer hätten sich gegenüber den übrigen Teilnehmern einen Vorteil verschafft. Dass die Unterlagen bis 15:00 Uhr hätten abgegeben werden müssen, sei im Mail vom 27. August 2015, mit welchem Angaben zur Präzisierung und der längeren Bearbeitungszeit kommuniziert worden seien, nochmals unterstrichen worden. Die



Beschwerdeführer gehen in ihren Eingaben demgegenüber davon aus, beim Postversand sei nach den Vorgaben des Wettbewerbsprogramms lediglich das Datum des Poststempels massgebend gewesen. Von einer Uhrzeit sei in diesem Zusammenhang nicht die Rede gewesen. Eine allfällige Unklarheit im Wettbewerbsprogramm dürfe nicht zu Lasten der Teilnehmer ausgelegt werden.

3.2.4. Im Wettbewerbsprogramm legte die Vorinstanz den Abgabetermin für die Beiträge auf 23. Oktober 2015, 15:00 Uhr fest (act. 8/1, Ziff. 5.5). Mit E-Mail des Wettbewerbsbüros vom 27. August 2015 liess sie den Abgabetermin für die Wettbewerbsbeiträge auf den 27. November 2015, 15:00 Uhr, verschieben (act. 8/2). Aus der mit diesem E-Mail versandten neuen Terminübersicht ergibt sich für die Abgabe der Projekte ebenfalls der 27. November 2015, 15:00 Uhr. Die Auffassung der Beschwerdeführer, die Bestimmungen des Wettbewerbsprogrammes seien dadurch lediglich ergänzt, nicht aber ersetzt worden, mag zutreffen. Diese verkennen aber, dass mit der Formulierung «es gelten entweder das Abgabedatum bei der persönlichen Abgabe oder das Datum des Poststempels bei einem Postversand» gemäss Ziff. 5.5 Abs. 2 des Wettbewerbsprogramms die Uhrzeit offensichtlich mitgemeint war: Denn «Datum» kann im Sprachgebrauch nicht nur einen bestimmten Kalendertag, sondern auch einen Zeitpunkt bezeichnen. Bei der persönlichen Abgabe reichte es nach den klaren Bestimmungen nicht aus, den Beitrag am 27. November 2015 dem Wettbewerbsbüro zu übergeben; dies musste bis spätestens 15:00 erfolgt sein. Weshalb für den Postversand etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführer durften bei dieser Regelung – namentlich vor dem Hintergrund der immer wieder hervorgehobenen Abgabezeit – nicht darauf vertrauen, den Beitrag noch zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt fristwährend der Post übergeben zu können (vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 1852). Sie hätten sich mindestens beim Wettbewerbsbüro vorgängig vergewissern müssen, ob ihre Lesart, wonach es beim Postversand auf keinen bestimmten Aufgabepunkt ankomme, zutreffend sei (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 387). Die Vorinstanz bezweckte mit der zeitlichen Regelung offensichtlich, dass alle Teilnehmer ihre Wettbewerbsbeiträge bis 15:00 Uhr aus der Hand gegeben hatten. Mit der dadurch verwirklichten Gleichberechtigung der Wettbewerbsteilnehmer vertraten sie ein im Vergabeverfahren legitimes Ziel. Der Ausschluss wegen der um 53 Minuten verspäteten Postaufgabe erweist sich als rechtmässig. Auch eine noch so geringe Überschreitung der Eingabefrist führt



angesichts der hohen Formstrenge im Vergabeverfahren zwingend zum Ausschluss (vgl. vorne E. 3.1.). Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

4. (...).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'500.-- bezahlen die Beschwerdeführer. Der Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- wird verrechnet.
3. Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Wehrle