Thurgau

TVR 2024 Nr. 26

Massgebende Eröffnung einer Zuschlagsverfügung; Beginn der Beschwerdefrist.

Art. 48 Abs. 1 IVöB, Art. 51 Abs. 1 und 2 IVöB, Art. 56 Abs. 1 IVöB

Mit der Veröffentlichung auf Simap wird ein Zuschlagsentscheid rechtsgültig eröffnet. Eine fehlende Rechtsmittelbelehrung ändert daran nichts. Die 20-tägige Beschwerdefrist beginnt mit der Eröffnung auf Simap zu laufen, selbst dann, wenn der Entscheid nachträglich noch individuell mitgeteilt wird (E. 3).

Der Abwasserverband Region Frauenfeld (Beschwerdegegner) schrieb am 16. Februar 2023 auf Simap den Neubau EMV-Stufe für die ARA Frauenfeld, umfassend die Baumeisterarbeiten mit neuem Betriebsgebäude inklusive der Erdbauarbeiten, die Kanalisation und die Umgebung, im offenen Verfahren öffentlich aus. Am 22. Mai 2024 veröffentlichte der Beschwerdegegner auf Simap den Zuschlag an die Verfahrensbeteiligte. Eine Rechtsmittelbelehrung enthielt die Veröffentlichung nicht. Zudem teilte der Beschwerdegegner den Beschwerdeführerinnen, die ebenfalls ein Angebot eingereicht hatten, den Zuschlagsentscheid mit eingeschriebenem Schreiben vom 24. Mai 2024 mit. Auf die gegen den Zuschlagsentscheid des Beschwerdegegners am 14. Juni 2024 erhobene Beschwerde tritt das Verwaltungsgericht zufolge verspäteter Beschwerdeerhebung nicht ein.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Zu prüfen ist (…), ob die am 14. Juni 2024 eingereichte Beschwerde rechtzeitig erhoben wurde. Der Beschwerdegegner und die Verfahrensbeteiligte brachten hierzu vor, die anwaltlich beratenen und vertretenen Beschwerdeführerinnen würden übersehen, dass der Zuschlagsentscheid mit Publikationsdatum 22. Mai 2024 auf simap.ch öffentlich publiziert worden sei. Die 20-tägige Beschwerdefrist sei demzufolge am 11. Juni 2024 abgelaufen. Die am 14. Juni 2024 der Post übergebene Beschwerdeschrift sei daher verspätet eingereicht worden, weshalb auf sie nicht eingetreten werden könne.

2.2 Dem hielten die Beschwerdeführerinnen entgegen, der Inhalt der Publikation im Simap stimme nicht vollständig mit demjenigen in der schriftlichen Verfügung vom 24. Mai 2024 überein. Auf Simap sei der Verfügungsteil "Bewertung der Zuschlagskriterien" nicht publiziert worden. Insbesondere aber habe die Simap-Publikation keine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Die Begründung in der Simap-Publikation sei zudem mangelhaft und nicht den Vorschriften entsprechend gewesen.

3.

3.1 Laut Art. 51 Abs. 1 und 2 IVöB eröffnet der Auftraggeber Verfügungen durch Veröffentlichung oder durch individuelle Zustellung an die Anbieter. Die Anbieter haben vor Eröffnung der Verfügung keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Beschwerdefähige Verfügungen sind summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Art. 48 Abs. 1 IVöB bestimmt sodann, dass der Auftraggeber im offenen und im selektiven Verfahren die Vorankündigung, die Ausschreibung, den Zuschlag sowie den Abbruch des Verfahrens auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen veröffentlicht. Ebenso veröffentlicht er Zuschläge, die im Staatsvertragsbereich freihändig erteilt wurden. Gemäss Art. 56 Abs. 1 IVöB müssen Beschwerden schriftlich und begründet innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung eingereicht werden. Art. 48 Abs. 1, Art. 51 Abs. 1 und 2 sowie Art. 56 Abs. 1 lauten sowohl in der IVöB als auch im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) identisch.

3.2 Die Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BBl 2017 S. 1851 ff.) hält zu Art. 51 Abs. 1 BöB fest, die Eröffnung der

Ausschreibung, des Zuschlags (auch freihändige Zuschläge ab dem für das offene oder selektive Verfahren massgebenden Schwellenwert, Art. 48 Abs. 1 BöB) sowie des Abbruchs erfolgten durch Publikation, sofern diese Verfügungen nach Art. 52 BöB mit Beschwerde anfechtbar seien. Würden diese Verfügungen (fakultativ) vor der Publikation individuell eröffnet, laufe die Frist nach Art. 56 Abs. 1 BöB ab der individuellen Eröffnung, sonst ab der Publikation. Diese Überlegungen müssen aufgrund des gleichen Wortlautes auch im Bereich der IVöB gelten. Gemäss Roth (in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 56 N. 7) läuft die Frist zur Beschwerdeerhebung ab Eröffnung der angefochtenen Verfügung. Die Eröffnung der Ausschreibung, des Zuschlags und des Abbruchs erfolgt grundsätzlich durch Publikation auf der von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform, sofern gegen diese Verfügungen ein Rechtsmittel besteht. Auch Bieri (in: Trüeb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, a.a.O., Art. 51 N. 6) weist darauf hin, dass im offenen und selektiven Verfahren Ausschreibungs-, Zuschlags- und Abbruchverfügungen durch Veröffentlichung zu erlassen sind. Zwar können diese zusätzlich, fakultativ und vor der Publikation individuell eröffnet werden. Nur wenn vor der Veröffentlichung individuell verfügt wurde, beginnt die Beschwerdefrist bereits mit individueller Eröffnung zu laufen. Schneider Heusi (in: Egli/Mosimann/Steiger-Sackmann/Lustenberger [Hrsg.], Kommentierte Mustereingaben im Verwaltungsrecht - Band IV, 2020, § 14 N. 7) führt hierzu aus, massgebend für den Fristenbeginn sei entweder die Veröffentlichung, falls nur diese erfolge, oder dann die individuelle Eröffnung. Auch diese Autorin weist aber darauf hin, dass eine spätere Publikation mit nochmaliger Rechtsmittelbelehrung in der Regel bei vorgängiger individueller Eröffnung keine neue Frist auslöst (vgl. auch Schneider Heusi, Vergaberecht in a Nutshell, 4. Aufl. 2023, S. 174).

3.3 Sowohl in der Botschaft zum BöB als auch die genannten Autoren gehen demnach davon aus, dass die Rechtsmittelfrist mit der Eröffnung auf Simap zu laufen beginnt. Nur bei vorgängiger individueller Eröffnung beginnt die Frist schon mit dieser zu laufen. Vorliegend erfolgte die individuelle Eröffnung des Zuschlagsentscheids am 24. Mai 2024, also nach der Eröffnung des Zuschlags auf Simap am 22. Mai 2024. Gemäss Art. 48 Abs. 1 IVöB muss aber der im offenen oder im selektiven Verfahren erteilte Zuschlag immer publiziert werden, auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs. Nach Art. 51 Abs. 1 IVöB sind Verfügungen, insbesondere jene betreffend Zuschlag, durch Publikation oder durch individuelle Mitteilung zu eröffnen, wobei im Umfang der Vorschrift des Art. 48 Abs. 1 IVöB insoweit kein Auswahlermessen besteht, als eine Veröffentlichung erfolgen muss. Vor diesem Hintergrund ist nicht anzunehmen, dass dort, wo Art. 48 Abs. 1 IVöB eine Publikationspflicht vorsieht, die entsprechende Publikation keine Beschwerdefrist auszulösen vermag, wenn sie vor einer allfälligen individuellen Mitteilung geschieht. Denn als fristauslösende "Eröffnung" im Sinne von Art. 56 Abs. 1 IVöB gilt nicht nur die individuelle Mitteilung, sondern gleichermassen auch die

Publikation, wie Art. 51 Abs. 1 IVöB zeigt (Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, BR Nr. 43, 2020, S. 232, N. 346). Demnach ist davon auszugehen, dass selbst bei nachträglicher individueller Mitteilung des Zuschlags die 20-tägige Rechtsmittelfrist nach Art. 56 Abs. 1 IVöB zur Beschwerdeerhebung mit der Publikation auf Simap beginnt. Nachdem die Publikation auf Simap am 22. Mai 2024 erfolgte, begann die Beschwerdefrist demnach am 23. Mai 2024 und endete zwanzig Tage später am 11. Juni 2024.

3.4

3.4.1 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Eröffnung auf Simap am 22. Mai 2024 sei für sie nicht als solche erkennbar gewesen, da die summarische Begründung nicht den Anforderungen von Art. 51 Abs. 3 IVöB entsprochen habe und die Publikation auch nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen gewesen sei.

3.4.2 Beschwerdefähige Verfügungen sind summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 51 Abs. 2 IVöB). Die summarische Begründung eines Zuschlags umfasst laut Art. 51 Abs. 3 IVöB die Art des Verfahrens und den Namen des berücksichtigten Anbieters (lit. a), den Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots (lit. b), die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots (lit. c) sowie gegebenenfalls eine Darlegung der Gründe für eine freihändige Vergabe (lit. d).

3.4.3 Die Publikation vom 22. Mai 2024 war überschrieben mit dem Wort "Zuschlag". Darin genannt wurden Angaben zum Auftraggeber sowie zur Verfahrensart (Ziff. 1) sowie detaillierte Angaben zum Beschaffungsobjekt (Ziff. 2). Ziff. 3 nennt dann unter dem Titel "Zuschlagsentscheid" den berücksichtigten Anbieter, die Preisspanne der eingegangenen Angebote sowie als "Begründung des Zuschlagsentscheids", was folgt: "Unter Berücksichtigung und Anwendung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Zuschlagskriterien erweist sich das Angebot der [Verfahrensbeteiligten] als das vorteilhafteste Angebot (Art. 41 IVöB)".

3.4.4 Aus der Formulierung der Veröffentlichung vom 22. Mai 2024 wird ohne weiteres erkennbar, dass hier ein Zuschlagentscheid publiziert werden sollte. Ob dabei die Begründung den Anforderungen von Art. 51 Abs. 3 IVöB entspricht, kann offen bleiben. Denn selbst wenn die Begründung als unzureichend zu bezeichnen wäre, hätte dies einzig zur Folge, dass die Zuschlagsverfügung anfechtbar wird, was aber immer noch mit innert Frist erhobener

Beschwerde zu rügen wäre (Urteil des Bundesgerichts 2C_512/2023 vom 5. Juni 2024 E. 3.4.4). Den Beschwerdeführerinnen war zudem bereits am 22. Mai 2024 per E-Mail mitgeteilt worden, dass der Zuschlagsentscheid bereits am 17. Mai 2024 erfolgte. Zudem war ihnen am 22. Mai 2024 auch das Offertöffnungsprotokoll zugestellt worden. Unter diesen Umständen durften die Beschwerdeführerinnen nicht davon ausgehen, bei der Veröffentlichung auf Simap am 22. Mai 2024 habe es sich lediglich um eine informelle Mitteilung gehandelt, zumal das Wort "Zuschlagentscheid" darin mehrfach genannt wird.

3.5

3.5.1 Art. 51 Abs. 2 IVöB schreibt vor, dass beschwerdefähige Verfügungen mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind. Das Fehlen der Rechtsmittelbelehrung stellt eine mangelhafte Eröffnung der Verfügung dar, aus der dem Beschwerdeführer kein Rechtsnachteil erwachsen darf, wenn er sich in guten Treuen darauf verlassen durfte. Diese Regel entspringt dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher indessen zugleich ihren Anwendungsbereich begrenzt: Danach kann sich derjenige, der die Unrichtigkeit einer Rechtsmittelbelehrung kennt oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, nicht auf die darin enthaltenen unzutreffenden Angaben berufen (BGE 129 II 125 E. 3.3). Dabei darf zwar kein allzu strenger Massstab angelegt werden; nur grobe Fehler der von der Verfügung betroffenen Partei oder ihres Vertreters sind geeignet, eine falsche Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Von "grobem" Fehler spricht das Bundesgericht allerdings schon dann, wenn der Betroffene die Mängel der Rechtsmittelbelehrung durch Konsultierung des massgebenden Gesetzestextes allein hätte erkennen können, während von ihm nicht erwartet werden dürfe, dass er neben diesem Text auch Literatur oder Judikatur nachschlage (BGE 112 Ia 305 E. 3). Sodann wird - auch dies Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben - von Anwälten und anderen berufsmässig vor den Behörden auftretenden Rechtskundigen ein höheres Mass an Sorgfalt erwartet als von rechtsunkundigen Privatpersonen (BGE 129 II 125 E. 3.3). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt bei fehlender Rechtsmittelbelehrung sogar ein strengerer Massstab als in Fällen unrichtiger Rechtsmittelbelehrung. Es wird als allgemein bekannt vorausgesetzt, dass Entscheide definitiv werden, wenn sie nicht innert einer bestimmten Frist angefochten werden. Das Fehlen jedwelcher Angabe sollte einen geradezu veranlassen, sich umgehend zu informieren (BGE 119 IV 330 E. 1c = Pra 84/1995 Nr. 239). Wann der Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2, vgl. auch Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2013.00292 vom 19. Juni 2013 E. 5.1).

3.5.2 Die Beschwerdeführerin 1 gelangte am 22. Mai 2024 mit E-Mail an den Beschwerdegegner und teilte ihm mit, sie habe heute via Simap über den Vergabeentscheid vom oben erwähnten Projekt ("ARA Frauenfeld, Neubau EMV-Stufe") erfahren. Es werde darum gebeten, bis spätestens am 23. Mai 2024 das Offertöffnungsprotokoll sowie die detaillierte Bewertungsmatrix zuzustellen. Der Beschwerdegegner antwortete gleichentags, indem der Beschwerdeführerin 1 ein Ausschnitt aus der Bewertungsmatrix betreffend sie selbst sowie die Verfahrensbeteiligte zugestellt wurde, aus welcher sowohl die in jedem Zuschlagskriterium erreichte Punktzahl als auch die Eingabesummen entnommen werden konnten. Weiter teilte der Beschwerdegegner mit, dass die Zuschlagsverfügungen mit diesen Informationen letzten Freitag, 17. Mai 2024, durch den Bauherrn an alle Anbieter hätten versandt werden sollen. Aufgrund eines Missverständnisses sei dies noch nicht erfolgt. Die offizielle Zuschlagsverfügung werde von der Bauherrschaft per Postversand noch zugehen.

3.5.3 Den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen musste bekannt sein, dass eine Zuschlagverfügung bei einer Eingabesumme von über Fr. 4'000'000.-- auf Simap publiziert werden muss. Dies ergibt sich bereits aus Art. 48 Abs. 1 IVöB. Aus Art. 51 Abs. 1 IVöB ergibt sich zudem, dass die Veröffentlichung auf Simap als Eröffnung der Zuschlagsverfügung gilt. Die Beschwerdefrist von 20 Tagen beginnt mit der Eröffnung der Verfügung zu laufen (Art. 56 Abs. 1 IVöB). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen durften sie sich nicht darauf verlassen, dass die Beschwerdefrist erst durch die am 24. Mai 2024 erfolgte individuelle Mitteilung ausgelöst wurde. Die Beschwerdeführerin 1 hatte aufgrund der Publikation auf Simap bereits am 22. Mai 2024 Kenntnis vom Entscheid des Beschwerdegegners erhalten, wie aus dem E-Mailverkehr vom gleichen Tag hervorgeht. Ihr war zudem gleichentags der für sie entscheidende Ausschnitt aus der Bewertungsmatrix zugänglich gemacht worden. Den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen musste zudem bekannt sein, dass die Eröffnung einer Zuschlagsverfügung auf Simap die Beschwerdefrist grundsätzlich auslöst. Den rechtskundig vertretenen Beschwerdeführerinnen musste weiter bekannt sein, dass die durch die Publikation ausgelöste Rechtsmittelfrist 20 Tage beträgt und sie sich diesbezüglich nicht auf eine fehlende Rechtsmittelbelehrung berufen können. Eine kurze Recherche in den einschlägigen Publikationen hätte bestätigt, was sich bereits aus dem Gesetz ergibt, nämlich dass die Beschwerdefrist in den Fällen der Publikation auf Simap mit dieser selbst zu laufen beginnt. Allfällige Mängel der Rechtsmittelbelehrung hätten durch Konsultierung des massgebenden Gesetzestextes allein erkannt werden können. Der Beschwerdegegner hatte in der E-Mail vom 22. Mai 2024 die Beschwerdeführerin 1 darauf hingewiesen, dass die individuelle Mitteilung schon am 17. Mai 2024 hätte erfolgen sollen, was noch nachgeholt werde. Dem Beschwerdegegner kann somit auch nicht vorgeworfen werden, er habe irreführend und damit treuwidrig gehandelt, indem am 24. Mai 2024 noch die individuelle

Mitteilung des Zuschlags erfolgte. Der am 17. Mai 2024 vom Beschwerdegegner an die Verfahrensbeteiligte ergangene Zuschlag wurde somit gegenüber den bereits seit dem 29. Mai 2024 anwaltlich vertretenen und in Submissionsangelegenheiten erfahrenen Beschwerdeführerinnen am 22. Mai 2024 mit der Veröffentlichung auf Simap rechtsgültig eröffnet. Damit begann die Beschwerdefrist am 23. Mai 2024 zu laufen und endete am 11. Juni 2024. Folge davon ist, dass die am 14. Juni 2024 erhobene Beschwerde verspätet eingereicht wurde, weshalb das Verwaltungsgericht nicht darauf eintritt.

Entscheid des Verwaltungsgerichts VG.2024.65/E vom 18. September 2024

Obergericht / Verwaltungsgericht

Urheberrecht © 2025 Kanton Thurgau • Bereitgestellt von Scroll Viewport & Atlassian Confluence