Standard Suche | Erweiterte Suche | Hilfe

Zum ersten gefundenen Wort > Druckansicht

Geschäftsnummer: **VB.2022.00375**

Entscheidart und -datum:	Endentscheid vom 13.10.2022
Spruchkörper:	1. Abteilung/1. Kammer
Weiterzug:	Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
Rechtsgebiet:	Submissionsrecht
Betreff:	**Submission**

Stichworte:

ANGEBOT
AUSSCHLUSS
EINGABEFRIST
FRISTVERSÄUMNIS
HILFSPERSON
MACHTBEREICH
POSTALISCHE ZUSTELLUNG
SUBMISSIONSRECHT
ZUSTELLUNG

Rechtsnormen:

Art. 15 Abs. Ibis lit. d IVöB
§ 4a Abs. I lit. b IVöB-BeitrittsG
§ 13 Abs. I lit. j SubmV
§ 24 SubmV

Publikationen:

- keine -

Gewichtung:
(1 von hoher / 5 von geringer Bedeutung)
Gewichtung: 2

Ausschluss wegen verspäteter Einreichung des Angebots.

Nach der Rechtsprechung gilt nicht nur die verspätete, sondern auch die Abgabe am falschen Ort als wesentlicher Formfehler, welcher zum Ausschluss eines Angebots führt, auch wenn dies in § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG nicht explizit angeführt wird. Dies muss nicht nur für den Präqualifikationsantrag im selektiven Verfahren, sondern auch für Offerteingaben in offenen Verfahren gelten, was sich ohne Weiteres auch aus § 13 Abs. 1 lit. j sowie § 24 Abs. 1 und 2 SubmV ergibt, wo ebenfalls Zeit und Ort genannt werden (E. 2.1.2.). Vorliegend wurde gemäss Sendungsverfolgung das Angebot der Beschwerdeführerin am Montag, 20. Juni 2022, um 9.18 Uhr im Ablagefach der Beschwerdegegnerin bei der Sihlpost zugestellt. Es ist jedoch erst am 21. Juni 2022 um 8.25 Uhr durch den internen Postdienst an die Adresse der Beschwerdegegnerin überbracht worden. Die Beschwerdegegnerin hat insbesondere am letzten Eingabetag mit dem (postalischen) Eingang von Offerten zu rechnen. So wie eine Partei in einem Verfahrens oder Prozessrechtsverhältnis verpflichtet ist, sich so zu verhalten, dass die Zustellungen an sie gelangen können, muss dies auch für Vergabebehörden gelten. Der interne Postdienst ist als Hilfsperson der Beschwerdegegnerin zu qualifzieren, weshalb dessen Turnus nicht als Begründung für die verspätete Einreichung eines Angebots dienen kann (E. 2.3).

Gutheissung und Rückweisung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung

VB.2022.00375

Urteil

der 1. Kammer

vom 13. Oktober 2022

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiberin Laura Diener.

In Sachen

A AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

Grün Stadt Zürich, Projektierung und Bau,

Beschwerdegegnerin,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.
Grün Stadt Zürich hat am 9. Mai 2022 auf SIMAP den Auftrag zum Rückbau und Erdbau auf dem Quartierparkareal Thurgauerstrasse in einem offenen Submissionsverfahren ausgeschrieben.

Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 20. Juni 2022 erfolgten bis zu diesem Zeitpunkt fünf Angebote. Das Angebot der A AG war nicht darunter. Am 22. Juni 2022 wurde das Angebot der A AG wegen Nichteinhaltung der Eingabefrist vom Verfahren ausgeschlossen.

II.
Die A AG gelangte dagegen mit Beschwerde vom 23. Juni 2022 an das Verwaltungsgericht und beantragte, den Ausschlussentscheid aufzuheben und ihr Angebot wieder in das Vergabeverfahren aufzunehmen.

Mit Präsidialverfügung vom 24. Juni 2022 wurde der Beschwerdeführerin Frist angesetzt, um die Beschwerdeschrift durch zwei zeichnungsberechtigte Personen zu bestätigen. Am 28. Juni 2022 reichte sie eine gültig unterzeichnete Beschwerde ein.

Die Beschwerdegegnerin beantragte am 13. Juli 2022 innert erstreckter Frist, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung zzgl. MWST zulasten der Beschwerdeführerin.

Die Kammer erwägt:

1.
1.1 Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. Gemäss Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. d IVöB gilt der Ausschluss aus dem Verfahren als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung.

1.2 Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem

eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr Angebot sei pünktlich am Montag, den 20. Juni 2022, um 9.18 Uhr bei der Schweizerischen Post im entsprechenden Ablagefach abgegeben worden. Sie könne den Ausschluss ihres Angebots daher nicht akzeptieren. Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde noch nicht bewertet. Mangels gegenteiliger Hinweise hat sie grundsätzlich ein gültiges Angebot eingereicht. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen und zur Teilnahme am Verfahren zugelassen, ist davon auszugehen, dass ihr Angebot eine realistische Chance auf den Zuschlag hätte, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist.

1.3 Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

2.1 Neben Angaben über die Vergabestelle und anderen für eine Vergabe relevanten Informationen muss die Veröffentlichung der Ausschreibung auch die Adresse und die Frist für den Antrag auf Teilnahme im selektiven Verfahren beziehungsweise für die Einreichung des Angebots enthalten (§ 13 Abs. 1 lit. j der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Die Angebote müssen laut § 24 Abs. 1 und 2 SubmV innerhalb dieser Frist schriftlich, durch direkte Übergabe, per Post oder – soweit die Vergabestelle dies zulässt – durch elektronische Einreichung erfolgen und vollständig bei der in der Ausschreibung genannten Stelle eintreffen.

2.1.1 Die Nichteinhaltung der Eingabefrist gilt gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG als Verletzung eines wesentlichen Formerfordernisses und führt regelmässig zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Die verspätete Einreichung des Angebots stellt dabei auch dann einen Formfehler dar, wenn die Eingabefrist nur geringfügig überschritten wurde. Nur eine strikte Respektierung von Eingabefrist und des Eintreffens am richtigen Ort kann die effiziente Abwicklung des Vergabeverfahrens sicherstellen und die Gleichbehandlung der Anbietenden wahren. So müssen die Vertreter der Vergabestelle alle fristgerecht eingereichten Anträge auf Teilnahme am selektiven Verfahren gleichzeitig öffnen und danach ein so genanntes Offertöffnungsprotokoll erstellen (§ 27 Abs. 2 und 3 SubmV).

2.1.2 Nach der Rechtsprechung gilt nicht nur die verspätete, sondern auch die Abgabe am falschen Ort als wesentlicher Formfehler, welcher zum Ausschluss eines Angebots führen muss, auch wenn dies in § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG nicht explizit angeführt wird

(VGr, 24. November 2004, VB.2004.00331, E. 2.1). Was im genannten Entscheid für den Präqualifikationsantrag im selektiven Verfahren ausgeführt wurde, muss für die vorliegende Offerteingabe in offenen Verfahren ebenso gelten, was sich ohne Weiteres auch aus § 13 Abs. 1 lit. j sowie § 24 Abs. 1 und 2 SubmV ergibt, wo ebenfalls Zeit und Ort genannt werden.

2.1.3 Die genannten, mit den Formvorschriften geschützten Interessen sind sehr hoch zu gewichten. Der Ausschluss vom Verfahren infolge verspäteter Eingabe stellt demnach grundsätzlich keinen überspitzten Formalismus dar (VGr, 22. Dezember 2021, VB.2021.00793, E. 3.2; 9. Juli 2020, VB.2020.00339, E. 3.2, 24. November 2004, VB.2004.00331, E. 2.1; vgl. auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 507 ff.).

2.2 In der auf SIMAP publizierten Ausschreibung wurde unter Ziff. 1.4 als Frist für die Einreichung des Angebots der 20. Juni 2022, 16.00 Uhr, festgelegt. An gleicher Stelle wurde unter dem Titel "Spezifische Fristen und Formvorschriften" darauf hingewiesen, das Angebot sei schriftlich und verschlossen einzureichen und müsse bis zum genannten Termin vollständig am Eingabeort eintreffen. Das Datum des Poststempels sei nicht massgebend. Die Angebote waren an Grün Stadt Zürich, Beatenplatz 2, 8001 Zürich zu senden (Ziff. 1.2 i.V.m. Ziff. 1.1). Als Datum der Offertöffnung wurde ebenfalls der 20. Juni 2022, 16.00 Uhr, genannt (Ziff. 1.5).

Auf dem Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen wurde unter dem ersten Punkt "Eingabetermin" nochmals und mit einem Ausrufezeichen versehen darauf hingewiesen, dass nicht das Datum des Poststempels, sondern der Eingang bei der ausschreibenden Stelle massgebend sei. Das Angebot sei schriftlich und verschlossen an die Grün Stadt Zürich, Beatenplatz 2, 8001 Zürich einzureichen. Für die persönliche Abgabe wurde das Büro 213a, Haus der Industriellen Betriebe, Beatenplatz 2, genannt.

2.3 Die Beschwerdeführerin hat ihre Offerte gemäss Aufgabequittung am Freitag, 17. Juni 2022, um 17.24 Uhr bei der Poststelle in B (Kanton C) als "Swiss Express 'Mond'"-Paket abgegeben. Auf der Postquittung ist als Zustelltermin der 18. Juni 2022, 09.00 Uhr, aufgeführt. Gemäss Sendungsverfolgung wurde das Paket am Montag, 20. Juni 2022, um 9.18 Uhr im Ablagefach der Beschwerdegegnerin bei der Sihlpost zugestellt. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist jedoch unbestrittenermassen erst am 21. Juni 2022 um 8.25 Uhr durch den internen Postdienst an die Adresse der Beschwerdegegnerin überbracht worden.

Letztere führt dazu in ihrer Beschwerdeantwort erklärend aus, das Ablagefach befände sich in der Sihlpost und werde einmal täglich durch den internen städtischen Postdienst abgeholt und verteilt. Zum Zeitpunkt, als das Angebot der Beschwerdeführerin im Ablagefach

eintraf, sei die Post von Montag bereits abgeholt worden. Alle Sendungen, welche nach der Abholung im Laufe des Tages einträfen, würden erst am darauffolgenden Tag an die Dienstabteilungen verteilt; so auch das Angebot der Beschwerdeführerin, welches daher erst am 21. Juni 2022 um 8.25 Uhr, am Tag nach Ablauf der Eingabefrist bzw. der Offertöffnung, bei ihr eingegangen sei.

2.3.1 Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin in den Ausschreibungsunterlagen unbestrittenermassen für die Einhaltung der Eingabefrist das Eingangs- bzw. Zugangsprinzip (und nicht das Absendeprinzip) statuiert. Sodann wurde festgelegt, zu welchem Zeitpunkt und an welchem Ort die Angebote spätestens einzutreffen hatten (vgl. dazu Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012, Rz. 1851). Weiter wurde sowohl in der Ausschreibung als auch in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen, dass auch bei einem allfälligen Versand der Offerte per Post, das Datum des Poststempels nicht massgebend sei. Damit wurde nicht nur das Eingangs- bzw. Zugangsprinzip als massgeblich erklärt, sondern letztlich auch das Übermittlungsrisiko auf die Anbietenden überwälzt. So ist im Rahmen des Zugangsprinzips entscheidend, dass das Angebot innert der genannten Frist tatsächlich eintrifft.

2.3.2 Massgeblich für die Rechtzeitigkeit bei der postalischen Einreichung von Offerten muss – wie auch für die rechtsgenügende Zustellung von Entscheiden (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 10 N. 79) – deren Eingang in den Machtbereich der Vergabebehörde sein, sodass sie diese zur Kenntnis nehmen kann, unabhängig vom Zeitpunkt der tatsächlichen Empfang- bzw. Kenntnisnahme der Sendung durch die betreffende Person. Der Vorgang respektive der exakte Zeitpunkt der Leerung des Ablagefachs beziehungsweise die entsprechende Organisation des internen Postdiensts liegt ausserhalb der Einflussmöglichkeiten der Anbietenden und kann daher für die Rechtzeitigkeit des Eingangs der Offerte keine Rolle spielen.

Die Beschwerdegegnerin hat insbesondere am letzten Eingabetag mit dem (postalischen) Eingang von Offerten zu rechnen. Wie auch eine Partei in einem Verfahrens- oder Prozessrechtsverhältnis verpflichtet ist, sich so zu verhalten, dass die Zustellungen an sie gelangen können (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 10 N. 86), muss dies auch für Vergabebehörden gelten. Der interne Postdienst ist als Hilfsperson der Beschwerdegegnerin zu qualifzieren, weshalb dessen Turnus nicht als Begründung für die verspätete Einreichung eines Angebots dienen kann.

2.3.3 Mit der Zustellung im Ablagefach der Sihlpost am 20. Juni 2022 um 9.18 Uhr befand sich die Offerte vor Ablauf der Eingabefrist im Machtbereich der Beschwerdegegnerin. Damit ist die vorliegende Offerteingabe fristgerecht im Machtbereich der Beschwerdegegnerin eingetroffen. Dass das Angebot erst am darauffolgenden Tag physisch bei der Vergabestelle eingetroffen war, ist allein ihr anzurechnen, womit sich der

Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin vom Submissionsverfahren als unrechtmässig erweist. Das Vorgehen der Beschwerdeführerin, zwischen der Abholung durch den internen Postdienst und dem Ablauf der Eingabefrist das Ablagefach erreichende Offerten nicht mehr zu berücksichtigen, ist als überspitzt formalistisch zu qualifizieren.

Demzufolge ist die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung betreffend Ausschluss der Beschwerdeführerin vom 22. Juni 2022 aufzuheben. Praxisgemäss ist die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, um die Beschwerdeführerin wieder in das Vergabeverfahren aufzunehmen und deren Angebot zu bewerten.

3.
Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Bei diesem Ergebnis steht ihr keine Parteientschädigung zu.

4.
Der mutmassliche Auftragswert erreicht den Schwellenwert für Bauleistungen gemäss Anhang 4 Ziffer 2 zum Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) nicht, womit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig ist (Art. 83 lit. f Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 lit. b BöB). Folglich kann gegen die vorliegende Verfügung nur subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung von Grün Stadt Zürich betreffend Ausschluss der Beschwerdeführerin vom 22. Juni 2022 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, um die Beschwerdeführerin wieder in das Vergabeverfahren aufzunehmen und deren Angebot zu bewerten.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
   Fr. 5'000.--; die übrigen Kosten betragen:
   Fr. 105.-- Zustellkosten,
   Fr. 5'105.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

5. Gegen dieses Urteil kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der

Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

6. Mitteilung an:
   a) die Parteien;
   b) die WEKO.