

ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSRECHT

VERSPÄTET ZUR BEGEHUNG – AUSSCHLUSS VOM VERFAHREN? BGer 2C_515/2022 vom 12. September 2023

Dr. Christoph Meyer, Advokat, LL.M., Lehrbeauftragter Universität Basel, christoph.meyer@neovius.ch,

1. Sachverhalt

Das Universitätsspital Basel hatte den Auftrag zur «Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen» im offenen Verfahren ausgeschrieben. Gemäss Publikation und Ausschreibungsunterlagen gehörte eine Begehung zum Verfahren (9:00 Uhr; Treffpunkt Hebelstrasse 20, 4031 Basel, Eingang Cafeteria). Die Begehung wurde als obligatorisch erklärt. Fernbleiben sollte gemäss Ausschreibung zum Ausschluss führen. Der Vertreter von Anbieterin A erschien wenige Minuten nach 9 Uhr am vorgesehenen Treffpunkt und fand die Begehungsguppe nicht mehr vor. Der Empfang des Universitätsspitals unternahm um 9.12 Uhr den Versuch, den Leiter der Begehungsguppe telefonisch zu erreichen. Schliesslich konnte der Vertreter von A etwa um 9.25 Uhr zur Begehungsguppe stossen. Nach Abschluss der in Frage stehenden Begehung wurde das Anwesenheitsprotokoll ohne jeglichen Hinweis auf eine Verspätung des Vertreters von A unterzeichnet. Nach Auswertung der Angebote erteilte die Vergabebehörde der A den Zuschlag.

Als jedoch die Mitbewerberin B gegen den Zuschlag an A rekurrierte, stellte die Vergabebehörde ihre eigene Zuschlagsentscheidung in Frage und verlangte in ihrer Rekursantwort vom Gericht, ihre Zuschlagsverfügung sei anzupassen und

A sei wegen des verspäteten Antritts des Begehungstermins vom Vergabeverfahren auszuschliessen.

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt wies den Rekurs von B ab und bestätigte den Zuschlag an A. Daraufhin ist B ans Bundesgericht gelangt.

2. Kein Ausschluss wegen Verspätung bei der Begehung?

Das Bundesgericht hatte sich in vorliegendem Entscheid mit einer Vielzahl von verfahrensrechtlichen Spezialfragen zu befassen (E. 3.3 ff.), die hier jedoch nicht dargelegt werden sollen. Aufmerksam zu machen ist vorliegend hingegen auf die bundesgerichtliche Beurteilung der interessanten Frage, ob ein Bewerber, der zu spät zum Begehungstermin erscheint, vom Verfahren ausgeschlossen werden muss:

Gemäss Bundesgericht hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt den ursprünglichen Zuschlagsempfänger A zu Recht nicht vom Verfahren ausgeschlossen (E. 3.4 ff.).

Vorab wesentlich ist gemäss Bundesgericht, dass die Verspätung an der Begehung (im Gegensatz zur Nichtteilnahme) vorliegend kein in den Ausschreibungsunterlagen explizit vorgesehener Ausschlussgrund bildet. Es war deshalb zu

prüfen, ob das Ausmass einer Verspätung (unter Berücksichtigung der Gleichbehandlung der Anbieter und des Verbots des überspitzten Formalismus) einen Ausschluss zulassen kann (E. 3.5.1).

Auch in den Augen des Bundesgerichts bestand für einen Ausschluss jedoch keine Veranlassung. Die Verspätung sei nicht derart schwerwiegend (E. 3.5.3). Ein Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen einer Verspätung von wenigen Minuten wäre unverhältnismässig und nicht mit dem Verbot des überspitzten Formalismus vereinbar (E. 3.5.3.1).

3. Bemerkungen

Der Entscheid des Bundesgerichts überzeugt. Das Beschaffungsverfahren ist zwar ein formstrenge Verfahren. Fristen sind einzuhalten. Die Frage der Verspätung bei einer Begehung ist jedoch nicht tel quel zu vergleichen mit dem Verpassen der Eingabefrist eines Angebots. Ein Angebot hat zum genannten Zeitpunkt vorzuliegen, sonst ist es nicht zu berücksichtigen. Bei der Verspätung zur Begehung ist hingegen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände (Mass der Verspätung; verpasster Inhalt der Begehung) darauf abzustellen, ob ein Ausschluss tatsächlich verhältnismässig wäre.

DR. CHRISTOPH MEYER, LL.M.

ist Partner bei NEOVIUS, Fachanwalt SAV im Bau- und Immobilienrecht und Lehrbeauftragter an der Universität Basel. Er begleitet Klienten insbesondere bei der Konzeption und Durchführung von komplexen Ausschreibungsverfahren und vertritt Beschaffungsstellen bzw. Anbieter in beschaffungsrechtlichen Beschwerdeverfahren.



Hinzuweisen ist schliesslich auf die interessante Anmerkung des Bundesgerichts, wonach der inhaltlichen Anerkennung des Rekurses von B durch die Vorinstanz keine prozessrechtliche Be-

deutung zukommen kann. Da im öffentlichen Recht grundsätzlich die Offizialmaxime Anwendung findet, können die Parteien nicht frei über den Streitgegenstand verfügen. Die Vorinstanz war

vorliegend gar nicht befugt, sich dem Rekursantrag von B anzuschliessen und die Streitsache gleichsam durch Anerkennung erledigen zu wollen (E. 3.4.3).

Basel, Oktober 2023