

GR_GERICHTE U 2021 88 vom 1. Februar 2022

GR Gerichte, 2022-02-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2021_88

FR: GR_GERICHTE U 2021 88 du 1 février 2022

IT: GR_GERICHTE U 2021 88 del 1 febbraio 2022

Regeste

Submission | Submissionen

Erwägungen

E. 1

Am 27. Juli 2021 schrieb die B. _____ AG (B. _____) unter dem Projekttitle 'FON Pathologie 2023' die Beschaffung der Ingenieurdienstleistung HLKK (Heizung, Lüftung, Kälte, Klima) aus. Der Auftrag 'SKP 294 Honorar HLKK-Ingenieur' umfasste die 100%ige Teilerbringung dieser Planung laut LHO 108 Gebäudetechnik-Ingenieure (SIA 108:2020) für die SIA-Teilphasen 32 und 33. Die B. _____ schrieb diese Beschaffung im offenen Verfahren im Kantonsamtsblatt sowie auf der Vergabepattform si-map.ch aus. In den Ausschreibungsunterlagen wurden die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung wie folgt formuliert: - Honorar (Kosten) 60% / Faktor 60 - Referenzen 20% / Faktor 20 - Personalressourcen 20% / Faktor 20

E. 1.1

Anfechtungsobjekte sind vorliegend die undatierte Ausschlussverfügung sowie die Zuschlagsverfügung vom 19. Oktober 2021, worin die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren betreffend 'SKP 294 Honorar HLKK-Ingenieur' mit der Begründung ausschloss, diese habe Eignungs- und Muss-Kriterien nicht eingehalten. Damit konnte sich die Beschwerdeführerin nicht einverstanden erklären, weshalb sie sich gegen ihren Ausschluss mit Beschwerde vom 11. November 2021 beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden zur Wehr setzte. Beschwerdethema bildet dabei die Frage, ob der Wettbewerbsausschluss korrekt und rechtens erfolgte.

E. 1.2

Gemäss Art. 53 Abs. 1 VRG hat die Beschwerde vor Verwaltungsgericht keine aufschiebende Wirkung. Im Einzelfall kann der Beschwerde von Amtes wegen oder auf Antrag aufschiebende Wirkung erteilt werden (Art. 53 Abs. 2 VRG). Mit dem vorliegenden Urteil wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung hinfällig.

E. 1.3

Auf den konkreten Fall finden allseits unbestritten das kantonale Submissionsgesetz (SubG; BR 803.300) mit zugehöriger Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) Anwendung. Nach Art. 25 Abs. 1 SubG kann gegen Verfügungen (inklusive Beschlüsse) des Auftraggebers Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben werden. Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gilt dabei u.a. auch der Ausschluss von einem Submissionsverfahren (Art. 25 Abs. 2 lit. c SubG). In Art. 50 des Gesetzes über die

Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) wird die Legitimation zur Erhebung einer Beschwerde vor Verwaltungsgericht wie folgt umschrieben: Zur Beschwerde legitimiert ist, wer durch den angefochtenen

- 7 - Entscheid (inkl. Beschlüsse/Verfügungen) berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung hat [...]. Vorliegend ist die Beschwerdeführerin als preislich günstigste Offerentin zweifellos zur Beschwerdeerhebung berechtigt, da sie durch ihren Ausschluss offenkundig um die Möglichkeit gebracht wird, als allfällige Siegerin (mit dem 'wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäss Art. 21 Abs. 1 SubG) aus dem offenen Verfahren (GATT/WTO) hervorzugehen und somit einen finanziellen Nachteil erleidet. Ein schutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Überprüfung und Aufhebung der Ausschlussverfügung sowie der Zuschlagsverfügung sind hier ebenfalls zu bejahen, da die Beschwerdeführerin bei einer Gutheissung der Beschwerde berechnete Hoffnungen auf den Zuschlag gehabt hätte. Die Beschwerdeschrift ist zudem form- und fristgerecht (vgl. Art. 38 VRG und Art. 26 Abs. 1 SubG) beim dafür zuständigen Verwaltungsgericht eingereicht worden, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

E. 2

Innert Eingabefrist gingen mehrere Angebote ein. Anlässlich der Offertöffnung bot sich folgendes Bild: - A. _____ GmbH CHF 243'622.55 (inkl. MWST) - D. _____ AG CHF 299'090.20 (inkl. MWST) - C. _____ AG CHF 310'743.04 (inkl. MWST) - ...

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin wirft der Beschwerdegegnerin vor, formelle Vorschriften mit übertriebener Strenge angewandt zu haben und mit einer unverhältnismässigen Sanktion verknüpft zu haben. Ein Verfahrensausschluss sei insbesondere dann überspitzt formalistisch, wenn der geltend gemachte Mangel auf einer Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen oder einem offensichtlichen Versehen des Anbieters zurückgehe. Entgegen der Sachverhaltsbeschreibung der Beschwerdegegnerin werde in den Ausschreibungsunterlagen nicht abgefragt, ob der Anbieter über eine Mindestdeckung von CHF 10 Mio. verfüge, sondern er könne lediglich wählen, ob er die Aussage 'Die Mindestdeckung muss CHF 10 Mio. betragen' bejaht oder verneint. Dem Anbieter sei nicht erkennbar, dass nebst einer Berufspflichtversicherung auch eine Mindestdeckung von CHF 10 Mio. vorliegen müsse; die dem Anbieter im Kontext zugestandene Wahlmöglichkeit bezüglich der Aussage, dass die Mindestdeckung CHF 10 Mio. betragen müsse, lasse Interpretationsraum offen. Folglich seien die Aus-

- 8 - schreibungsunterlagen in diesem Punkt unklar. Die Beschwerdeführerin habe offensichtlich verkannt, dass die Mindestdeckung von CHF 10 Mio. eine unabdingbare Eignungsvoraussetzung sei; dass es sich dabei um ein Versehen handelt, sei für die Beschwerdegegnerin offensichtlich gewesen: Wieso sollte sich die Beschwerdeführerin die Mühe machen, die preislich beste Offerte auszuarbeiten und dabei gleichzeitig anzugeben, dass sie für die Auftrags Erfüllung nicht geeignet sei? Gerade mit Blick auf die Förderung des Wettbewerbs unter den Anbietern und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel hätte die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeführerin Rücksprache nehmen müssen für die Behebung dieses offensichtlichen Versehens und leicht zu behebbenden Mangels, gerade auch, weil das Angebot der Beschwerdeführerin das bei Weitem preislich günstigste Angebot gewesen sei.

E. 2.2

Für die Beschwerdegegnerin geht aus den Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich hervor, dass die Berufshaftpflichtversicherung ein Eignungskriterium ist und die Mindestdeckung CHF 10 Mio. betragen muss. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Offerte angegeben, dass die Mindestdeckung ihrer Berufshaftpflichtversicherung CHF 5 Mio. betrage und folgerichtig die Frage, ob die Mindestdeckung CHF 10 Mio. betrage mit 'NEIN' beantwortet. Die unzweideutigen Angaben und Erklärungen der Beschwerdeführerin liessen den Schluss nicht zu, dass es sich um ein offensichtliches Versehen handle. Vielmehr habe die Beschwerdeführerin die Angaben bewusst und wahrheitsgetreu gemacht. Es liege in der Verantwortung der Beschwerdeführerin, die Ausschreibungsunterlagen genau zu lesen und auszufüllen. Die Beschwerdegegnerin sei nicht verpflichtet, Fehler eines Anbieters durch Nachfragen zu beheben. Nachträgliche Korrekturen seien submissionsrechtlich ohnehin nicht erlaubt.

E. 3

Bei der anschliessenden Prüfung und Auswertung der Offerten befand die B._____ die Offerte der A._____ GmbH für ungültig. Entsprechend schloss sie die Anbieterin mit Vergabeentscheid vom 19. Oktober 2021 vom Vergabeverfahren aus und erteilte der C._____ AG den Zuschlag. Den Ausschluss begründete die B._____ mit der Nichteinhaltung von Eignungs- und Muss-Kriterien.

E. 3.1

In materieller Hinsicht schreibt Art. 22 lit. c SubG vor, dass ein Angebot insbesondere dann von der Berücksichtigung ausgeschlossen wird, wenn der Anbieter ein Angebot einreicht, das unvollständig ist oder den Anforderungen der Ausschreibung nicht entspricht (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N. 444 S. 200 und N. 466 S. 207/8). Nach gefestigter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts wird ein strenger Massstab an das Erfordernis der Übereinstimmung zwischen den Grundlagen der Ausschreibung und den tatsächlich dargebotenen Offerten gelegt. Erwähnte Bestimmung will namentlich sicherstellen, dass nur vollständige und den Ausschreibungsunterlagen genügende Angebote berücksichtigt werden (PVG 2005 Nr. 33, 1999 Nr. 61 und 1997 Nr. 60). Den Anbietern soll damit gewährleistet werden, dass keiner der Wettbewerbsteilnehmer bevorteilt wird bzw. alle mit gleich langen Spiessen kämpfen, während für die Vergabebehörde andererseits damit eine klare, übersichtliche und zu keinen Diskussionen Anlass gebende Ausgangslage geschaffen wird (PVG 1998 Nr. 55, 1997 Nr. 60, 1991 Nr. 9).

E. 3.2

Diese streng gehandhabte Praxis gilt aber nicht mehr unbesehen. So kann sich aus dem Verbot des überspitzten Formalismus eine Pflicht der Behörde ergeben, den Privaten von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, welche er begangen hat oder die er im Begriff ist zu begehen. Diese Pflicht setzt voraus, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E.3a mit Hinweisen; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgericht B-1774/2006 vom 13. März 2007 E.3.2 mit Hinweisen). Grundsätzlich besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie ein unvollständiges Angebot von der Vergabe überhaupt ausschliessen oder aber die fehlenden Angaben und Unterlagen nachträglich noch einholen bzw. vorhandene Unklarheiten durch entsprechende Rückfragen beseitigen will. Die Vergabebehörde muss aber

vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbieter entsteht. Die Tendenz in Lehre und Rechtsprechung geht denn auch dahin, in Beachtung des Gleichbehandlungsgebots in solchen Fällen eine - 10 - strenge Haltung einzunehmen und auch in nur geringem Masse unvollständige oder veränderte Angebote konsequent von der Vergabe auszuschliessen. Von einem überspitzten Formalismus ist eher dann auszugehen, wenn der Mangel auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen oder ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist, als wenn er von diesem bewusst in Kauf genommen wurde (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2011.00581 vom 7. März 2012 E.4.1 mit Hinweisen).

E. 3.3

Den Ausschreibungsunterlagen ist unter Ziff. 4.2. 'Eignungskriterien' Folgendes zu entnehmen: "Die Eignungskriterien werden unter Eignungsprüfung sowie in der Selbstdeklaration abgefragt und sind seitens Anbieter wahrheitsgetreu mit JA oder NEIN auszufüllen. Eine Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss aus dem weiteren Ausschreibungsverfahren." Die Beschwerdeführerin hat in der Folge unter Ziff. 5.4. der Ausschreibung festgehalten, dass die Deckungssumme ihrer Berufshaftpflichtversicherung CHF 5 Mio. betrage und sie folgerichtig bei der Formularerklärung, ob die Mindestdeckung CHF 10 Mio. betrage, das 'JA' durchgestrichen.

E. 3.4

Der Beschwerdegegnerin ist beizupflichten, dass die Ausschreibungsunterlagen klar und unmissverständlich abgefasst waren. Der Hinweis in Ziff.

E. 4

Gegen die Vergabeverfügung erhob die A. _____ GmbH (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 11. November 2021 (Poststempel) Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Sie beantragte sinn- gemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Angelegenheit zur Neuvergabe unter Berücksichtigung ihres Angebots. Die Beschwerdeführerin begründete ihre Anträge im Wesentlichen

- 4 - damit, dass mit Blick auf das preislich interessante Angebot der Ausschliessungsgrund bei ihr während der Prüfung der Angebote hätte nachgefragt werden können.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin leitet aus dem Urteil VGU 17 46 vom 29. August 2017 ab, dass die Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Prüfung von Angeboten eine anbieterfreundliche Praxis anwende, indem sie bei unklaren Angaben zu Eignungskriterien die Anbieter um Ergänzung ihrer Angaben ersuche. Es sei deshalb treuwidrig, wenn die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Fall keine klärende Nachfrage betreffend die Versicherungsdeckung eingeholt habe. Die Beschwerdegegnerin hält diese Argumentation für verfehlt. Zum einen gebe es die von der Beschwerdeführerin angeführte, anbieterfreundliche Praxis der Beschwerdegegnerin so nicht; zum anderen sei der angeführte Fall anders gelagert als der vorliegende, weil in jenem die Anbieterin unklare Antworten zu den Eignungskriterien gegeben habe; ausserdem sei die Anbieterin auch dort schlussendlich ausgeschlossen worden.

E. 4.2

Der vorliegende Fall ist tatsächlich nicht vergleichbar mit VGU U 17 46: Im Gegensatz zum vorliegenden Fall hatte die Beschwerdegegnerin dort Anlass zur Nachfrage, weil die Angaben der dortigen Anbieterin zu den Eignungskriterien unklar waren. Im vorliegenden Fall war die Antwort aber klar und somit nicht klärungsbedürftig. Gleichzeitig ist nochmals festzuhalten, dass auch eine Klärung nicht zu einer Ergänzung des Angebots führen darf. Eine Nachfrage der Beschwerdegegnerin bei der Anbieterin wäre auch aus diesem Grund nicht zulässig gewesen. Auch diese Rüge bleibt somit ohne Erfolg. 5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten gestützt auf Art. 73 Abs. 1 VRG zu Lasten der Beschwerdeführerin. Neben der Berücksichtigung des Auftragsvolumens dieses Dienstleistungsvertrags im Umfang von etwas weniger als CHF 250'000.00 ist und bei dem hier eher geringen Aufwand und geringen Komplexität für das Gericht und unter Berücksichtigung der Gerichtspraxis (vgl. etwa VGU U 17 27) eine Staatsgebühr von CHF 2'000.00 angezeigt. Eine aussergerichtliche Entschädigung steht der Beschwerdegegnerin nach Art. 78 Abs. 2 VRG nicht zu, da sie lediglich in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegte.

- 13 - III. Demnach erkennt das Gericht:

E. 5

In ihrer Vernehmlassung vom 6. Dezember 2021 beantragte die Vergabebehörde (nachfolgend Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Beschwerde unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge. Sie weist darauf hin, dass in den Eignungskriterien der Ausschreibung u.a. der Nachweis einer Haftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme von CHF 10 Mio. vorgeschrieben war. Indem die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot festgehalten habe, dass die Deckungssumme ihrer Berufshaftpflichtversicherung CHF 5 Mio. betrage und sie folgerichtig bei der Formularerklärung, ob die Mindestdeckung CHF 10 Mio. betrage, das 'JA' durchstrich, erfülle das Angebot die Anforderungen des Eignungskriteriums 'Berufshaftpflichtversicherung' nicht. Die Offerte sei klar gewesen und ein offensichtliches Versehen der Anbieterin habe nicht vorgelegen. Es habe somit keine Verpflichtung der Beschwerdegegnerin bestanden, bei der Beschwerdeführerin nachzufragen, ob sie bereit sei im Falle eines Zuschlags die Mindestdeckung ihrer Berufshaftpflichtversicherung zu erhöhen.

E. 5.4

'Berufshaftpflicht' der Ausschreibung mit dem Hinweis "Die Mindestdeckung muss CHF 10 Mio. betragen JA/NEIN" am Ende dieses Abschnitts erfordert von den Anbietern eine aktive Deklaration. Die Beschwerdeführerin hat weiter oben in diesem Abschnitt die Deckungssummen ihrer Berufshaftpflichtversicherung mit CHF 5 Mio. für Personen- und Sachschäden angegeben. Folgerichtig und wahrheitsgetreu hat sie so dann bei der Zeile "Die Mindestdeckung muss CHF 10 Mio. betragen JA/NEIN" das JA durchgestrichen und damit mit NEIN beantwortet. Damit ist weder eine Unklarheit in den Ausschreibungsunterlagen erkennbar

- 11 - noch ein offensichtliches Versehen der Beschwerdeführerin. Im Gegenteil: die Beschwerdeführerin hat die Erklärung bewusst, folgerichtig und wahrheitsgetreu abgegeben. Dass der Beschwerdeführerin dabei nicht bewusst war, dass sie mit dieser

Erklärung ein Eignungskriterium verneinte und damit den Ausschluss ihres Angebotes verursachte, liegt auf der Hand, ändert aber nichts daran, dass die Erklärung selbst korrekt, kohärent und irrtumsfrei erfolgte. Die Beschwerdegegnerin ist in dieser Konstellation auf jeden Fall nicht verpflichtet, durch Nachfrage bei der Anbieterin ein Missverständnis auszuschliessen, denn es ist primär die Pflicht der Anbieter, die Ausschreibungsunterlagen sorgfältig zu studieren und die nötigen Vorkehrungen zu treffen, damit die Eignungskriterien erfüllt werden können. Sind die Ausschreibungsunterlagen klar und das Angebot irrtumsfrei ausgefüllt, wäre es zudem der Vergabebehörde ohnehin verwehrt gewesen, die Beschwerdeführerin anzuhalten, ihre Mindestdeckung von CHF 5 Mio. auf CHF 10 Mio. zu erhöhen, denn eine nachträgliche inhaltliche Korrektur an einem Angebot ist submissionsrechtlich nicht zulässig (s. auch E.4.2.). Die Rüge erweist sich somit als unbegründet.

E. 6

Die C._____ AG (Zuschlagsempfängerin) verzichtet auf eine Teilnahme am vorliegenden Verfahren.

E. 7

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2021 präzisierte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren. So beantragte sie die Aufhebung der undatierten Ausschlussverfügung und die Zulassung zum Vergabeverfahren, eventualiter sei die Sache an die Beschwerdegegnerin zur Neuurteilung zurückzuweisen, subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. Zudem sei die Zuschlagsverfügung vom 19. Oktober 2021 aufzuheben und die Angelegenheit an die Beschwerdegegnerin zur Neuurteilung zurückzuweisen, eventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung festzustellen. Weiter sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Die Beschwerdeführerin habe das mit Abstand preislich günstigste Angebot eingereicht. Zwar habe sie im Zeitpunkt der Offerteinreichung nicht über eine Berufshaftpflichtversicherung mit der geforderten Versicherungsdeckung verfügt, doch sei es allgemein bekannt, dass sich solche Mindestdeckungsbeträge problemlos und in kürzester Frist erhöhen liesse; sie habe offensichtlich verkannt, dass eine Mindestdeckung von CHF 10 Mio. eine unabdingbare Eignungsvoraussetzung gewesen sei. Indem die Beschwerdeführerin die Beschwerdeführerin nicht auf diesen geringfügigen Mangel hingewiesen habe, und sie stattdessen aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen habe, verletzte sie das Verbot des überspitzten Formalismus und das Gebot der Verhältnismässigkeit. Der Verzicht auf eine entsprechende Rückfrage verletzte zudem das Gebot von Treu und Glauben. Im Vergabeverfahren, welches dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 17 46 zugrunde liegt, habe die gleiche Vergabebehörde einer Anbieterin Mängel bei der Beantwortung von Eignungskriterien angezeigt und sie aufgefordert, ihr Angebot zu ergänzen.

E. 8

Mit Duplik vom 13. Januar 2022 hielt die Beschwerdegegnerin unverändert an ihren Rechtsbegehren und ihrer Argumentation fest. Sie betont, dass die Anforderungen in der Ausschreibung an die Mindestdeckung der Berufshaftpflichtversicherung unmissverständlich formuliert gewesen seien und die Beschwerdeführerin diese bewusst

und wahrheitsgetreu ausgefüllt habe. Die Verantwortung für den Fehler liege bei der Beschwerdeführerin. Das Gleichbehandlungsgebot und verfahrensökonomische Gründe verlangten ein formstreniges Submissionsverfahren. Das Vorgehen der Vergabebehörde sei auch nicht treuwidrig; in dem von der Beschwerdeführerin angeführten Urteil VGU 17 46 seien die Angaben der Anbieterin im Gegensatz zum vorliegenden Verfahren unklar gewesen, weshalb eine Nach-

- 6 - frage notwendig gewesen sei; im Ergebnis sei dann aber auch dort die Anbieterin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. II. Das Gericht zieht in Erwägung:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.