

# **SO\_GERICHTE VWBES.2012.173 vom 30. Juli 2012**

SO Obergericht, 2012-07-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2012.173](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2012.173)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2012.173 du 30 juillet 2012

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2012.173 del 30 luglio 2012

## **Regeste**

§ 21 SubG. Der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren wegen fehlender eigenhändiger Unterzeichnung des Selbstdeklarationsblatts über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verletzt das Gebot des überspitzten Formalismus, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bei Offertöffnung mittels Unterlagen nachgewiesen und die Unterzeichnung umgehend nachgereicht wurde.

## **Erwägungen**

### **E. 4**

Es stellt sich die Frage, ob die bei der Offertöffnung fehlende eigenhändige Unterschrift auf dem Deklarationsblatt zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren wegen fehlender Eignung oder wegen eines fehlenden vollständigen Angebots führt, allenfalls ob dies ein heilbarer Formmangel ist.

a) Als Eignungskriterium 1 wurde zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung der Nachweis der Bezahlung von Steuern und Sozialabgaben mittels Selbstdeklaration / Bestätigung des Anbieters verlangt. Die Anbieterin bestätigte dies im ursprünglich nicht unterzeichneten Selbstdeklarationsblatt, indem sie die entsprechenden Fragen mittels Ja beantwortete. Zugleich legte sie jedoch unterzeichnete aktuelle Bescheinigungen aller involvierten Stellen (Ausgleichskasse, Steueramt, ESTV) bei, welche sogar den Nachweis im Sinne von Ziff. 17 des Anhangs 3 zur SubV liefern, dass die Steuern und Sozialabgaben tatsächlich alle bezahlt wurden. Mit diesen nicht explizit verlangten Nachweisen ging die Anbieterin sogar über die verlangte Selbstdeklaration, welche eine blosser Parteibehauptung bleibt, hinaus. Sie belegte mittels Urkunden, dass sie das Eignungskriterium 1 erfüllt. Mit ihren weiteren der Offerte bzw. dem Deklarationsblatt beigelegten Bescheinigungen hat sie überdies alle weiteren Fragen, die im Selbstdeklarationsblatt gestellt und von ihr mit Ja beantwortet wurden, ebenfalls mittels Urkunden belegt.

Die Anbieterin hat zwar das Deklarationsblatt ursprünglich nicht unterschrieben eingereicht, sie hat aber von Anfang an den Nachweis erbracht, dass sie über die im Eignungskriterium 1 nachgefragte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt, und zwar indem sie mit Urkunden von den entsprechenden Behörden und Organisationen belegte, wonach im Selbstdeklarationsblatt gefragt wurde. Bei der Bewertung des entsprechenden Eignungskriteriums durfte die Vergabebehörde nicht nur annehmen, das Eignungskriterium 1 sei erfüllt, sie musste dies sogar. Ein Ausschluss vom Verfahren wegen Nichterfüllung dieses Eignungskriteriums nach § 11 Abs. 1 lit. a oder c SubG ist nicht zulässig, sondern rechtswidrig.

b) Das Argument der Vorinstanz, es sei im Moment der Offertöffnung nicht ein vollständiges oder gültiges Angebot vorgelegen, erweist sich ebenfalls als falsch. Die Offerte der Anbieterin war vollständig, datiert und korrekt unterzeichnet und damit verbindlich abgegeben, wie aus dem Dokument «Angebot» und dem ausgefüllten und ebenfalls unterzeichneten Devis «Soumission 215.2 Façaden Hauptsache» im Dossier der Anbieterin unter Register 5 hervorgeht. Weshalb dieses Angebot nicht verbindlich sein sollte, bloss weil ein dem Angebot beiliegendes Deklarationsblatt mit Erklärungen der Anbieterin zu ihrer Eignung nicht unterzeichnet war, die geforderten Nachweise der Eignung aber dem Blatt beilagen, legt die Vorinstanz nicht dar und ist auch unerfindlich. Im Falle eines Zuschlags konnte mit der Annahme der Offerte der Vertrag ohne weiteres sofort gestützt auf das eingereichte verbindliche Angebot abgeschlossen werden. Die Unterschrift fehlte nicht beim verbindlichen Angebot.

## E. 5

Aber sogar wenn nur mit der Unterzeichnung des Deklarationsblatts die Eignung formgerecht hätte nachgewiesen werden können, lässt sich das angefochtene Urteil nicht halten.

a) Das Bundesverwaltungsgericht hielt in einem Urteil zum nachträglichen Nachweis der Eignung folgendes fest: «Im Bundesvergaberecht gilt der Grundsatz, dass Angebote nach Ablauf des Eingabetermins nur technisch und rechnerisch bereinigt, sonst aber grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden dürfen (Art. 25 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]). Entsprechend sind Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren auszuschliessen (Art. 19 Abs. 3 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). Dies gilt selbst dann, wenn dadurch das günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (Galli / Moser / Lang / Clerc, a.a.O., N 267). Der Offerent ist indessen nicht schon wegen unbedeutender Mängel seines Angebots oder wegen eines Verhaltens mit Bagatelldarakter auszuschliessen (Galli / Moser / Lang / Clerc, a.a.O., N 271 ff.). Vielmehr kann nach der Rechtsprechung des Baurekursgerichts des Kantons Zürich (BRK) gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV sowie BGE 128 II 139) unter Umständen verlangt werden, dass dem Anbieter Gelegenheit gegeben wird, den Formmangel zu beheben. Diese Möglichkeit könnte sich bei entsprechender Konstellation auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben. ( ) Beim Entscheid darüber, ob ein Angebot von vornherein auszuschliessen oder aber ■ allenfalls mittels Rückfragen ■ zu bereinigen ist, kommt der Vergabestelle nach der Rechtsprechung ein erhebliches Ermessen zu. Die Vergabestelle muss aber in jedem Fall alle Anbietenden gleich behandeln (BVGE 2007/13). Betrifft die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots, muss es grundsätzlich ausgeschlossen werden. Sobald der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist, können festgestellte Mängel ohne Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes oder des Verbots des überspitzten Formalismus zum Ausschluss führen. Unverhältnismässig wäre ein Ausschluss namentlich dann, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend die Zahlung von Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte auswirkt» (BVGer B-4366/2009 vom 24.2.2010, E. 7.3 und 7.4).

b) Galli / Moser / Lang / Clerc weisen darauf hin, dass die Vergabebehörde unter Umständen verpflichtet ist, auf geringfügige Formfehler hinzuweisen und zu deren Beseitigung beizutragen, da sich ein Ausschluss vom Verfahren nur bei wesentlichen

Mängeln des Angebots rechtfertigt. Im Übrigen sind der weiteren Einholung fehlender Angaben zur Behebung der Mängel im Rahmen von Berichtigungen und Erläuterungen nach ( ) § 24 Abs. 2 SubG wegen den für das Vergabeverfahren wichtigen Grundsätzen der Gleichbehandlung aller Anbietenden, der unparteilichen Vergabe sowie der Sicherstellung der Transparenz des Vergabeverfahrens Grenzen gesetzt. Dies gilt nach der Auffassung des Zürcher Verwaltungsgerichts selbst dann, wenn dadurch das günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (Galli / Moser / Lang / Clerc, a.a.O., N 267).

Weiter führt der Kommentar Galli / Moser / Lang / Clerc aus, dass den Formvorschriften im Submissionsverfahren ■ jedenfalls insofern, als sie im Dienste der Gewährleistung wichtiger Vergabeprinzipien (wie des Prinzips der Gleichbehandlung der Submittenten und ihrer Angebote) stehen ■ ein hoher Stellenwert zukomme. Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Unterlagen nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden (Art. 1 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 lit. a BÖB) verletzen. Ein solches Angebot ist daher grundsätzlich auszuschliessen. Vorbehalten bleibt das Verbot des überspitzten Formalismus: Das aus Art. 29 BV abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus ist eine besondere Form der Rechtsverweigerung und liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsvorschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (Galli / Moser / Lang / Clerc, a.a.O., N 272).

Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf ein Anbieter nach Galli / Moser / Lang / Clerc nicht ausgeschlossen werden. Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Verhalten mit Bagatelldarakter rechtfertigen in der Regel keinen Ausschluss (Galli / Moser / Lang / Clerc, a.a.O., N 273).

c) Das BJD forderte nach Offertöffnung die fehlende eigenhändige Unterzeichnung auf dem Selbstdeklarationsblatt nach. Es erachtete die fehlende eigenhändige Unterzeichnung als Bagatelle. Wie aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ersichtlich ist, hat die Vergabebehörde beim Entscheid, ob ein Angebot zu bereinigen sei, ein erhebliches Ermessen, solange sie alle Anbietenden gleich behandelt. Es ist nicht ersichtlich, dass sich das BJD gegenüber einem anderen Anbieter nicht gleich verhalten hätte und die fehlende eigenhändige Unterzeichnung eines der Offerte beiliegenden zusätzlichen Dokuments nachgefordert hätte. Darin, dass das BJD die fehlende eigenhändige Unterzeichnung nachforderte, übte es seinen Ermessensspielraum aus. Eine Überschreitung des Ermessens ist dabei nicht erkennbar und kann dem BJD nicht vorgehalten werden.

d) Die H. hat die eigenhändige Unterzeichnung nach Offertöffnung vorbehaltlos sofort nachgereicht und gebeten, das Versehen zu entschuldigen. Es steht aufgrund der eingereichten Bescheinigungen nicht zur Diskussion, die H. würde das Eignungskriterium 1, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, nicht erfüllen. Wie aus der Rechtsprechung und aus der Literatur ersichtlich ist, sind kleine Formmängel als Bagatellen einzustufen, jedenfalls solange diese nicht das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte beeinflussen oder zu einem Wettbewerbsvorteil führen können. Die anfänglich fehlende eigenhändige Unterzeichnung des Deklarationsblatts zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist in der vorliegenden Konstellation, wo der Nachweis gleichzeitig (unverlangt) mittels Urkunden belegt wurde, jedenfalls als unwesentlicher Formmangel zu betrachten. Aufgrund dieser fehlenden eigenhändigen Unterzeichnung den Ausschluss vom Vergabeverfahren zu

verfügen, verletzt das Verbot des überspitzten Formalismus. Die nachträglich noch beigebrachte Unterschrift änderte an der Offerte und deren Verbindlichkeit nicht einen Deut, und sogar ihr Fehlen würde daran nichts ändern. Einen Wettbewerbsvorteil hat sich die Anbieterin damit nicht verschaffen können. Im Unterschied z.B. zum vom Graubündner Verwaltungsgericht beurteilten Fall im Urteil U 10 24 vom 16. März 2010 geht es nicht wie dort um «Allgemeine Bedingungen und Hinweise», die explizit zu unterzeichnen waren und Vertragsbestandteil wurden (was im Übrigen von der Lehre als zu streng kritisiert wurde, vgl. Martin Beyeler / Hubert Stöckli, Rechtsprechung aus den Jahren 2010 bis 2012, N 73 S. 96 f., in: Jean-Baptiste Zufferey / Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012). Von den gerade zitierten Autoren wird die Rechtsprechung des Waadtländer Kantonsgerichts begrüsst, dass es sogar bei irrtümlich fehlender gültiger Unterzeichnung der Offerte überspitzt formalistisch sei, das Angebot ohne Gewähren einer kurzen Nachfrist zur Verbesserung vom Verfahren auszuschliessen (a.a.O., N 76 S. 98).

e) Im vorliegend zu beurteilenden Fall ist mit der fehlenden Unterzeichnung der Selbstdeklaration im Moment der Offertöffnung jedenfalls keine wesentliche Formvorschrift im Sinne von § 11 Abs. 1 lit. g SubG verletzt worden, die den Ausschluss vom Vergabeverfahren zur Folge haben kann.

Verwaltungsgericht, Urteil vom 30. Juli 2012 (VWBES.2012.173)

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