

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00350 vom 28. Juni 2006

ZH Verwaltungsgericht, 2006-06-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2005.00350

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00350 du 28 juin 2006

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00350 del 28 giugno 2006

Regeste

Submission | Lieferung und Installation einer Wechselsprechanlage: Ausschluss eines Angebots. Der Ausschluss gestützt auf die in den Ausschreibungsunterlagen festgehaltene Formvorschrift für die Offerte (Verwendung eines Ordners mit Registern) ist überspitzt formalistisch und damit unzulässig (E. 4.1). Da die produktbezogenen "Musskriterien" von der Beschwerdegegnerin als relative Kriterien umschrieben worden sind, hätte sie das Angebot des Beschwerdeführers - trotz deklariertes teilweiser Nichterfüllung eines Musskriteriums - in die Evaluation einbeziehen und anhand der Zuschlagskriterien überprüfen sowie bewerten müssen. Mit einem Ausschluss ohne Beurteilung verstösst sie gegen ihre eigenen Submissionsbedingungen und damit gegen Treu und Glauben (E. 4.2). Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses (E. 5).

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie § 2 des Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung zur Anwendung. Der Ausschluss vom Verfahren ist ein selbständig anfechtbarer Entscheid (Art. 15 Abs. 1 bis lit. d IVöB).

E. 2

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den 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 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend ist die Legitimation des Beschwerdeführers ohne weiteres zu bejahen, da er geltend macht, zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden zu sein. Mit einem Offertbetrag von Fr. 167'475.10 hat er zudem das preislich günstigste Angebot eingereicht. Dass eine Zuschlagserteilung an den Beschwerdeführer infolge des Vertragsabschlusses mit der Mitbeteiligten nicht mehr möglich ist, ändert an seiner Legitimation nichts, zumal die

Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB; vgl. auch Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt).

E. 3.1

Die Anträge betreffend Nachlieferung des fehlenden Ordners (Antrag 2) und Korrektur der Eigenbewertung (Antrag 3) zielen auf eine Behebung der Gründe, die zum Ausschluss geführt haben. Nachdem der Vertrag mit der Mitbeteiligten abgeschlossen worden ist, kann das Angebot des Beschwerdeführers im Vergabeverfahren ohnehin nicht mehr berücksichtigt werden, weshalb diese Anträge gegenstandslos geworden sind.

E. 3.2

Mit Replik stellt der Beschwerdeführer überdies den Antrag, das Vergabeverfahren sei wegen Befangenheit und Formfehlern "für ungültig zu erklären" (Antrag 4). Begründet wird dieser Antrag damit, dass "die Erteilung des Zuschlages an die Firma B AG noch vor dem Entscheid des Verwaltungsgerichtes" erteilt worden sei, was auf eine Voreingenommenheit der Beschwerdegegnerin zu Gunsten der Mitbeteiligten hindeute. – Das Vergabeverfahren endet regelmässig und richtigerweise mit dem Zuschlagsentscheid. Dass der Ausschluss erst bzw. gleichzeitig mit dem Zuschlag verfügt wurde, ist nicht zu beanstanden (vgl. sinngemäss VGr, 24. Mai 2002, BEZ 2002 Nr. 52 E. 4a). Da mit der Beschwerde kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt worden ist, hat die Beschwerdegegnerin auch den Vertrag abschliessen dürfen (VGr, 23. Januar 2003, VB.2002.00195, E. 1b, www.vgrzh.ch). Daraus ergeben sich jedenfalls keine Anhaltspunkte für eine Befangenheit der Beschwerdegegnerin. Der Beschwerdeführer ist überdies der Ansicht, dass sich die Befangenheit "in vielen weiteren Punkten der Beschwerdeantwort [...] erahnen" lasse, ohne diese weiter zu präzisieren und substantiiert zu begründen. Der Antrag erweist sich diesbezüglich als unbegründet und ist abzuweisen. Auch hinsichtlich der geltend gemachten Formfehler fehlt jede Begründung, und es ist nicht erkennbar, warum dieser Vorwurf erst nach der Beschwerdeantwort erhoben werden konnte, weshalb auf den insoweit verspäteten Antrag nicht einzutreten ist.

E. 4

Nachfolgend sind die von der Vergabestelle angeführten Ausschlussgründe (Nichteinhaltung der Formvorschriften [E. 4.1] und Nichterfüllung der Produkteanforderungen [E. 4.2]) zu überprüfen.

E. 4.1.1

In den Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdegegnerin zu den Formerfordernissen der Offerte Folgendes festgehalten: "Das Angebot ist in einem Ordner abzuliefern und muss die nachfolgenden Kapitel umfassen. Jedes Kapitel resp. Thema muss in einem separaten Register behandelt werden. Die Reihenfolge ist gemäss untenstehender Struktur zu übernehmen. Weitere Unterlagen und Informationen können im Anhang in entsprechenden Registern beigelegt werden. 1. Formaler Teil 2. Angebotszusammenfassung [...] 3. Informationen über den Anbieter 4. Systembeschreibung 5. Preiseingabeblatt und Detailangebot 6. Leistungsverzeichnis 7. Eignungskriterien 8. Anforderungen und Musskriterien 9. Referenzen 10. Projektorganisation 11. Anhang"

E. 4.1.2

Der Beschwerdeführer bringt vor, er sei wegen Ferienabwesenheit seines wichtigsten Mitarbeiters und eigener krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bei der Erstellung der Offerte in Zeitnot geraten, was sich auch daran zeige, dass die Offertunterlagen erst vier Minuten vor Fristablauf hätten eingereicht werden können. Er habe sich auf das Wesentliche beschränken müssen. Aus dem Wortlaut der Formvorschriften für die Offerte sei nicht ersichtlich, dass die Ablieferung in einem Ordner erfolgen müsse. Er habe seine Offertunterlagen in einer Klarsichtmappe, mit Büroklammern gemäss den geforderten Kapiteln strukturiert, eingereicht. Ein Ausschluss bei Nichteinhaltung sei nicht angedroht gewesen. Aus ökonomischen Gründen sei es auch nicht vertretbar, dass bei einer Submission dieser finanziellen Grössenordnung das möglicherweise wirtschaftlich beste Angebot wegen Verletzung einer Formvorschrift ausgeschlossen werde. Die Beschwerdegegnerin macht hierzu geltend, die Offerte des Beschwerdeführers sei weder in einem Ordner noch in Schnellheftern eingereicht worden, sondern habe aus lediglich mit Büroklammern zusammengehaltenen Dokumenten bestanden, die nicht den geforderten Registern entsprochen hätten. Es sei für die Vergabestelle nicht zumutbar, das "lose Papierwerk" des Beschwerdeführers zu strukturieren und in Ordnern zusammenzustellen, um es mit den anderen Angeboten "annähernd vergleichbar" zu machen.

E. 4.1.3

Ungeachtet dessen, ob die Offerte in einer Klarsichtmappe eingereicht worden ist und ob die Unterlagen mit Büroklammern in die verlangte Struktur gebracht worden sind, sowie ungeachtet der vom Beschwerdeführer vorgebrachten Gründe, die bei ihm zu Zeitnot geführt haben mögen, lässt sich feststellen, dass der Beschwerdeführer seine Offerte nicht in der verlangten Form eingereicht hat. – Eine andere Frage ist allerdings, ob das Nichteinhalten der in den Ausschreibungsunterlagen genannten formellen Anforderungen einen wesentlichen Mangel darstellt, der die Vergabestelle zum Ausschluss des Angebots berechtigt. Der Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren wegen Mängeln einer Offerte ist nur dann adäquat, wenn es sich um wesentliche Mängel handelt (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBI 101/2000, S. 265, auch zum Folgenden). § 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) sieht den Ausschluss vor, wenn Anbietende wesentliche Formerfordernisse verletzt haben, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung des Angebotstexts. Auch nach Art. 19 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen sind nur Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom Verfahren auszuschliessen. Diese Vorschriften sind Ausdruck des aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 abgeleiteten Verbotes des überspitzten Formalismus. Der Zweck der hier zu beurteilenden Formvorschriften bestand nach den Ausführungen der Beschwerdegegnerin anscheinend vor allem darin, den Offertvergleich zu erleichtern. Dazu fällt in Betracht, dass der Vergabestelle für die Prüfung und den Vergleich der Offerten im Sinn von § 29 SubmV einiger Aufwand zugemutet werden darf. Insbesondere die kalkulatorische Bereinigung der Angebote zur Erstellung einer "objektiven Vergleichstabelle" (§ 29 Abs. 3 SubmV) kann mitunter aufwändig sein. Dem Vergleich der Angebote dürften der Beschwerdegegnerin vor allem das "Preiseingabebblatt" sowie die Tabellen "Eignungskriterien" und "Anforderungen und Musskriterien" gedient haben, welche auch vom Beschwerdeführer korrekt – vollständig ausgefüllt und unterschrieben – eingereicht wurden. Da es sich vorliegend um eine Beschaffung von überschaubarem Umfang und Komplexität handelt, wäre der Vergleich der Offerten auch unter Einbezug des Angebots des Beschwerdeführers kaum

erschwert worden; allenfalls hätte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine kurze Frist zu Verbesserung des Formfehlers ansetzen können. Im Ergebnis handelt es sich somit lediglich um einen unwesentlichen Mangel. Der Ausschluss gestützt auf die in den Ausschreibungsunterlagen festgehaltene Formvorschrift bezüglich der Verwendung eines Ordners und von Registern ist überspitzt formalistisch und damit unzulässig.

E. 4.2.1

Gemäss § 28 lit. a SubmV werden Anbietende von der Teilnahme ausgeschlossen, wenn sie die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllen. Die Beschwerdegegnerin hielt dementsprechend in den Ausschreibungsunterlagen fest, dass ein Anbieter "die Eignungskriterien gemäss Excel-Dokument erfüllen [müsse], um bei der Evaluation berücksichtigt zu werden". Andernfalls werde "sein Angebot nicht weiter berücksichtigt". Die Tabelle "Eignungskriterien" wurde vom Beschwerdeführer unbestrittenermassen vollständig ausgefüllt und unterzeichnet eingereicht. Der Beschwerdeführer hat darin alle Eignungskriterien als erfüllt deklariert. Sein Angebot wurde denn gemäss Begründung in der Ausschlussverfügung auch nicht gestützt darauf ausgeschlossen, sondern weil er im Formular "Anforderungen und Musskriterien" das Kriterium unter Position 2.5.1 nur als teilweise erfüllt bezeichnet hat.

E. 4.2.2

In den Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdegegnerin zu den Anforderungen und Musskriterien der Wechselsprechanlage folgende Ausführungen gemacht: "Das vorgegebene Excel-Blatt mit den Anforderungen und Musskriterien ist vollständig auszufüllen und als Excel-Datei abzugeben. [...] Der Anbieter muss für jedes Musskriterium angeben, ob es erfüllt ist oder nicht. [...] Zu jeder Anforderung müssen folgende Angaben gemacht werden: - Erfüllungsgrad Der Erfüllungsgrad jeder Anforderung ist mittels einer Ziffer von 0 bis 2 anzugeben. Die Ziffern haben folgende Bedeutung: 2: Anforderung wird vollständig erfüllt 1: Anforderung wird teilweise erfüllt 0: Anforderung wird nicht erfüllt Wichtig: Eine Anforderung darf nur dann als 'Erfüllt' bzw. 'Teilweise erfüllt' bezeichnet werden, wenn sie im Rahmen der offerierten Hard- und Software abgedeckt werden kann. - Abweichungen zur Anforderung Falls eine Anforderung mit der Ziffer 1 als 'Teilweise erfüllt' bewertet wird, so wird eine Begründung in dieser Kolonne zwingend gefordert. Fehlt die Begründung, so wird der Erfüllungsgrad als 'Nicht erfüllt' bewertet. [...]" Als erstes und mit 40 % gewichtetes Zuschlagskriterium sah die Beschwerdegegnerin sodann den "Erfüllungsgrad der Anforderungen und Beurteilung der Fragen und Antworten" vor.

E. 4.2.3

Der Beschwerdeführer hat bei der in der Ausschlussverfügung erwähnten Position 2.5.1 der Anforderungen und Musskriterien eine Ziffer 1 gesetzt und damit zum Ausdruck gebracht, dass das entsprechende Kriterium nur teilweise erfüllt sei. In der Spalte "Begründung" hat er dazu die Erklärung angebracht, inwiefern das Kriterium nur teilweise erfüllt würde. Der Beschwerdeführer ist insoweit den Anweisungen in Ziffer 4.2.7 des Anforderungsprofils nachgekommen; eine schlechtere Bewertung dieses Anforderungskriteriums mit "Nicht erfüllt" wegen fehlender Begründung kommt deshalb nicht in Frage. Eignungskriterien im Sinn von § 28 lit. a SubmV und Musskriterien im Sinn von unerlässlichen Anforderungen an das zu beschaffende Produkt lassen sich im vorliegenden Fall nicht gleichsetzen und für den Fall ihrer Nichterfüllung bzw. teilweisen Nichterfüllung mit einem Ausschluss

sanktionieren. Während es sich bei den eher anbieterbezogenen Eignungskriterien klar um absolute Kriterien handelt, wurden die produktbezogenen "Musskriterien" als relative Kriterien umschrieben. So sieht die Beschwerdegegnerin eine teilweise Erfüllung dieser Kriterien selbst vor. Das bringt sie in den Ausschreibungsunterlagen deutlich zum Ausdruck: Sie spricht im Zusammenhang mit den Musskriterien und dem sich auf diese beziehenden, wichtigsten Zuschlagskriterium von "Erfüllungsgrad" und fügt in der Tabelle "Anforderungen und Musskriterien" drei entsprechende Spalten "Erfüllt", "Teilweise erfüllt" und "Nicht erfüllt" ein. Somit hätte die Beschwerdegegnerin das Angebot des Beschwerdeführers in die Evaluation einbeziehen und anhand der Zuschlagskriterien überprüfen sowie bewerten müssen. Mit einem Ausschluss ohne Beurteilung verstösst sie gegen ihre eigenen Submissionsbedingungen und damit gegen Treu und Glauben.

E. 4.3

Demnach erweist sich der Ausschluss des Angebots des Beschwerdeführers insgesamt als rechtswidrig. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen.

E. 5

Könnte der angefochtene Vergabeentscheid im heutigen Zeitpunkt noch aufgehoben werden, wäre die Sache zu neuem Entscheid im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Denn den erforderlichen Ermessensentscheid kann das Verwaltungsgericht nicht an der Stelle der Vergabestelle treffen. Nachdem die Beschwerdegegnerin den Vertrag mit der Mitbeteiligten jedoch bereits abgeschlossen hat, kann die Beschwerdeinstanz, wie bereits erwähnt (vgl. vorn, E. 2), lediglich noch feststellen, dass der angefochtene Ausschluss rechtswidrig ist. Im Hinblick auf diesen Feststellungsentscheid ist eine Rückweisung an die Vergabestelle nicht erforderlich; mit der Feststellung wird nicht über die Zulässigkeit der strittigen Vergabe, sondern entsprechend der gesetzlichen Regelung nur über die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids geurteilt. Der Entscheid ist daher aufgrund der im Beschwerdeverfahren gegebenen Sach- und Rechtslage zu fällen (RB 1999 Nr. 58 = BEZ 1999 Nr. 26 E. 6c).

E. 6

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG); eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu. Eine Entschädigung ist auch dem Beschwerdeführer nicht zuzusprechen, der weder einen Rechtsvertreter beigezogen noch ein Entschädigungsbegehren gestellt hat. Soweit auf die Anträge des Beschwerdeführers nicht eingetreten wurde bzw. diese abgewiesen wurden, ist er als unterliegend zu betrachten. Das geringe Mass seines Unterliegens rechtfertigt jedoch keine anteilmässige Kostenaufgabe. Demgemäss entscheidet die Kammer:

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