

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00131 vom 30. August 2006**

ZH Verwaltungsgericht, 2006-08-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2006.00131](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2006.00131)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00131 du 30 août 2006

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00131 del 30 agosto 2006

## **Regeste**

Submission | Tief- und Gartenbauarbeiten für Püntenareale: Ausschluss wegen Mängeln der Offerte. Der Ausschluss eines Angebots wegen Verletzung wesentlicher Formerfordernisse ist nur dann adäquat, wenn es sich um wesentliche Mängel handelt. Bei der Beurteilung eines solchen Mangels der Offerte ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und der Gleichbehandlung der Anbietenden ein strenger Massstab anzulegen. Unter Umständen ist die Vergabebehörde allerdings dazu verpflichtet, auf geringfügige Formfehler hinzuweisen und zu deren Beseitigung beizutragen (E. 5.2). Die auf dem Formular "Referenzobjekte" verlangte Angabe der jeweiligen Bausummen floss direkt in die Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Erfahrungen des Anbieters" ein, weshalb ihr Fehlen keinen untergeordneten Mangel der Offerte darstellt (E. 5.3.1). Aufgrund der alleinigen Nachforderung eines anderen, wenn auch wichtigen Formulars konnten die Beschwerdeführerinnen nicht darauf vertrauen, dass ihre Offerte im Übrigen vollständig sei und zusammen mit den anderen Angeboten bewertet würde (E. 5.3.2). Der Vergabebehörde steht unter dem Vorbehalt der Gleichbehandlung und des Verhältnismässigkeitsprinzips beim Entscheid darüber, inwieweit sie Mängel beheben (lassen) will, ein gewisser Ermessensspielraum zu. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen wurde zu Recht ausgeschlossen (E. 5.3.3). Abweisung.

## **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 der Beschwerdeführerinnen ohne weiteres zu bejahen, da sie geltend machen, zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden zu sein. Mit einem Offertbetrag von Fr. 1'143'587.45 haben sie zudem das preislich günstigste Angebot eingereicht.

### **E. 3**

Mit dem vorliegenden Entscheid wird dem Eventualantrag gemäss Eingabe vom 27. Juli 2006 entsprochen. Gleichzeitig wird damit das gestellte Wiedererwägungsgesuch betreffend aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden in der Beschwerdeschrift die ungenügende Begründung der Ausschlussverfügung und machen sinngemäss eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs geltend. Nach den Spezialvorschriften von Art. 13 lit. h IVöB und § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) ist die Vergabestelle bei der Eröffnung einer Verfügung lediglich zu einer summarischen Begründung verpflichtet; nur auf Gesuch eines Anbieters hin hat sie diesem die wesentlichen Gründe für seine Nichtberücksichtigung bekannt zu geben (§ 38 Abs. 3 lit. d SubmV). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts kann eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör infolge Fehlens einer ausreichenden Begründung durch die im Rahmen der Beschwerdeantwort nachgereichte Begründung sowie die einem Beschwerdeführenden eingeräumte Gelegenheit, mittels Replik zur Beschwerdeantwort Stellung zu nehmen, geheilt werden (RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4a). Eine weitere Ergänzung im Rahmen eines vom Gericht angeordneten zweiten Schriftenwechsels ist dagegen grundsätzlich nicht zulässig (VGr, 19. Juni 2002, VB.2001.00360, E. 5d, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Vorliegend ergänzte die Beschwerdegegnerin ihre Begründung auf Verlangen des Vertreters der Beschwerdeführerinnen mit einem Telefax-Schreiben vom 9. März 2006. Ob mit dieser Ergänzung die wesentlichen Gründe im Sinn von § 38 Abs. 3 lit. d SubmV bekannt gegeben wurden, kann offen bleiben. Jedenfalls hat die Beschwerdegegnerin den Ausschluss mit ihrer Beschwerdeantwort begründet bzw. die Begründung ergänzt und ist damit ihrer Begründungspflicht nachgekommen. Die Beschwerdeführerinnen konnten zu dieser Begründung in ihrer Replik Stellung nehmen. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs wurde damit geheilt.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdegegnerin hat das Angebot der Beschwerdeführerinnen gemäss Ausführungen in der Beschwerdeantwort zum einen deshalb ausgeschlossen, weil die Offerte nicht rechtsgültig unterzeichnet worden sei, weil die Angaben zur Baustelleneinrichtung sowie eine Geräteliste gefehlt hätten und auf den beiden Referenzblättern die Bausummen der Referenzobjekte nicht angegeben worden seien. Zum andern habe der Arbeitsgemeinschaft der Beschwerdeführerinnen "die organisatorische Leistungsfähigkeit und damit die Eignung" abgesprochen werden müssen. – Soweit die Beschwerdeführerinnen letztere Begründung für den Ausschluss als nachgeschoben rügen, kann auf vorstehende Erwägung 4 verwiesen werden.

### **E. 5.2**

Gemäss § 28 lit. h SubmV können Anbietende von der Teilnahme ausgeschlossen werden wegen Verletzung wesentlicher Formerfordernisse, insbesondere wegen fehlender

Unterschriften oder Unvollständigkeit des Angebots. Diese Rechtsfolge ist jedoch nur dann adäquat, wenn es sich um wesentliche Mängel handelt (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBl 101/2000, S. 265; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 101/2000, S. 225 ff., 235). Bei der Beurteilung eines solchen Mangels der Offerte ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und der Gleichbehandlung der Anbietenden ein strenger Massstab anzulegen (VGr, 18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.3.1, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Nachträgliche Ergänzungen des Angebots sind nur im Rahmen von Berichtigungen und Erläuterungen nach §§ 29 und 30 SubmV zulässig. Die Vergabestelle hat nach § 29 Abs. 2 SubmV die Aufgabe, offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler zu berichtigen, und nach § 30 SubmV kann sie von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre Eignung und ihr Angebot näher erläutern. Unter Umständen ist die Vergabebehörde auch dazu verpflichtet, auf geringfügige Formfehler hinzuweisen und zu deren Beseitigung beizutragen, da sich – wie eben erwähnt – ein Ausschluss vom Verfahren nur bei wesentlichen Mängeln des Angebots rechtfertigt (VGr, 18. Mai 2005, VB.2005.00153, E. 2.4, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)).

### **E. 5.3.1**

Die Angaben über die Baustelleneinrichtung und die Geräteliste sowie die Bausummen der Referenzobjekte wurden in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich verlangt: Die Angaben über die Baustelleneinrichtung und die Geräteliste in Ziffer 311 der objektbedingten besonderen Bestimmungen, die Bausummen auf dem Formular "Referenzobjekte" in der Spalte "Kurzbeschreibung". Dass diese Informationen fehlen, zeigt sowohl die von der Beschwerdegegnerin eingelegte Originalofferte der Beschwerdeführerinnen als auch durch die von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Kopie ihrer Offerte. Die gegenteilige Behauptung der Beschwerdeführerinnen, sie hätte mit der ursprünglichen Offerteingabe eine Baustelleneinrichtungs- und Geräteliste der Beschwerdeführerin Nr. 1 ein- und eine solche der Beschwerdeführerin Nr. 2 mit dem Formular "Angaben zur Unternehmung" nachgereicht, wird durch nichts belegt. Die fehlenden Bausummen wurden erst in der Replik angegeben. Insbesondere die Angabe der Bausummen floss direkt in die Beurteilung des mit 30 % gewichteten Zuschlagskriteriums "Erfahrungen des Anbieters aufgrund der Referenzobjekte" ein. Ihr Fehlen stellt demnach keinen untergeordneten Mangel der Offerte dar. Zur Bekanntgabe der Unterkriterien war die Beschwerdegegnerin entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen nach der Praxis des Verwaltungsgerichts nicht verpflichtet (VGr, 22. Juli 2005, VB.2005.00136, E. 4.1, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), mit weiteren Hinweisen).

### **E. 5.3.2**

Während des Vergabeverfahrens hatte die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführerinnen nach Eingang der Offerten Gelegenheit gegeben, das betreffend die Beschwerdeführerin Nr. 2 fehlende Formular "Angaben zur Unternehmung", welches im Ingress den Hinweis enthält, dass bei Arbeitsgemeinschaften für jede beteiligte Unternehmung ein separates Formular auszufüllen sei und dass Angebote mit fehlenden oder mangelhaft ausgefüllten Formularen ausgeschlossen werden, nachzureichen. In Bezug auf die weiteren fehlenden oder nicht ausreichenden Angaben hatte die Beschwerdegegnerin dies jedoch nicht getan, was sie in der Beschwerdeantwort damit erklärt, dass deren Fehlen bei einer ersten Durchsicht der Offerte entgangen sei. Die Beschwerdeführerinnen machen (allerdings im Zusammenhang mit der fehlenden Unterschrift) geltend, es sei widersprüchlich und damit als ein Verstoß gegen Treu und

Glauben zu werten, wenn die Beschwerdegegnerin hernach ihr Angebot wegen weiterer Mängel der Offerte ausgeschlossen habe. Aufgrund der alleinigen Nachforderung dieses einen, wenn auch wichtigen Formulars konnten die Beschwerdeführerinnen jedoch nicht darauf vertrauen, dass die Offerte im Übrigen vollständig sei und zusammen mit den anderen Angeboten bewertet würde. Die sinngemässe Erklärung der Beschwerdegegnerin, dass das Fehlen des rosafarbenen und damit gut ersichtlichen Formulars bei einer ersten Durchsicht der Offerte sofort aufgefallen und deshalb vom auswertenden Ingenieurbüro telefonisch verlangt worden war, während die übrigen Mängel der Offerte erst bei eingehender Prüfung im Rahmen der Bewertung auffielen, erscheint als plausibel und war auch für die Beschwerdeführerinnen nachvollziehbar. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerinnen aufgrund dieses Umstands eine für sie nachteilige Disposition getroffen hätten (vgl. dazu Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich etc. 2002, Rz. 660).

### **E. 5.3.3**

Im Übrigen sind der weiteren Einholung fehlender Angaben zur Behebung der Mängel im Rahmen von Berichtigungen und Erläuterungen nach §§ 29 und 30 SubmV wegen der für das Vergabeverfahren wichtigen Grundsätze der Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbietenden, der unparteiischen Vergabe sowie der Sicherstellung der Transparenz des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 3 lit. b und c IVöB) Grenzen gesetzt, selbst wenn dies wie im vorliegenden Fall dazu führt, dass das günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (RB 1999 Nr. 72 = BEZ 2000 Nr. 6 E. 4b a.E.). Der Vergabebehörde steht überdies beim Entscheid darüber, inwieweit sie Mängel beheben (lassen) will, ein gewisser Ermessensspielraum zu (vgl. sinngemäss RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48 E. 3c a.E.); dies selbstverständlich unter dem Vorbehalt der Gleichbehandlung und des Verhältnismässigkeitsprinzips. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen wurde somit zu Recht gestützt auf § 28 lit. h SubmV vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

### **E. 6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführerinnen kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG); eine Parteientschädigung steht ihnen von vornherein nicht zu. Die Beschwerdegegnerin hat kein Entschädigungsbegehren gestellt. Demgemäss entscheidet die Kammer:

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