

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00797 vom 27. Februar 2013**

ZH Verwaltungsgericht, 2013-02-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2012.00797](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00797)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00797 du 27 février 2013

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00797 del 27 febbraio 2013

## **Regeste**

Submission | Ausschluss vom Verfahren. Die Reduktion der Dauer der Verbindlichkeit des Angebots sowie der Zahlungsfrist stellen eine Verletzung eines wesentlichen Formerfordernisses im Sinn von § 28 lit. h SubmV dar (E. 5). Wenn bei der ersten Prüfung des Angebots die Abänderung des Angebotstextes nicht erkannt worden ist, kann nicht von offensichtlichen Schreibfehlern ausgegangen werden. Es lässt sich der Beschwerdegegnerin auch nicht vorwerfen, nach Treu und Glauben hätte sie das Versehen als solches erkennen müssen (E. 6). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (VGr, 9. Februar 2011, VB.2010.00389, E. 1 mit Hinweisen). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### **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 dem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrem Rechtsmittel sowohl gegen den Ausschluss ihres Angebots vom Verfahren wie auch gegen den Zuschlag an die Mitbeteiligte. Beide Entscheide sind selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 15 Abs. 1 bis lit. d und e IVöB). Gegenüber der Mitbeteiligten hat die Beschwerdeführerin ein betragsmässig tieferes Angebot eingereicht. Sind ihre Rügen begründet, hätte sie jedenfalls eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist zu bejahen.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin verlangt die Befragung von F, Geschäftsführer, und G, Sekretärin, als Zeugen. Die Beantragung von Beweismittelerhebungen bildet Bestandteil des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]). Der

Richter darf jedoch auf die Erhebung eines beantragten Beweismittels verzichten, wenn er den Sachverhalt aufgrund der Akten hinreichend würdigen kann oder aufgrund einer vorweggenommenen Beweiswürdigung annehmen darf, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 124 I 208 E. 4a). Vorliegend ergibt sich der Sachverhalt mit einer den Umständen angemessenen Klarheit aus den Akten. Inwiefern eine Zeugenbefragung eine vertiefte Klärung des Sachverhalts herbeiführen könnte, ist nicht ersichtlich. Damit kann auf die beantragte Beweismittelerhebung verzichtet werden.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdegegnerin begründet den Ausschluss vom Verfahren mit einer Verletzung von wesentlichen Formerfordernissen durch die Beschwerdeführerin. Die Ausschreibungsunterlagen hätten ausdrücklich vorgesehen, dass das Abändern der Ausschreibungsunterlagen nicht zulässig sei und zum Ausschluss führe. Vorliegend habe die Beschwerdeführerin eine andere Offertunterlage als die offizielle verwendet. Darin seien bis dato folgende Abweichungen festgestellt worden: Ab Seite 2 sei eine falsche Fusszeile gedruckt worden, gewisse Textabschnitte seien rot markiert, bei Ziff. 2.6 fehle der letzte Satz, bei Ziff. 5 würden die entsprechenden Kreuze fehlen, gemäss Ziff. 6.1 sei das Angebot während drei statt sechs Monaten verbindlich, nach Ziff. 6.2.1 müssten mindestens drei statt zwei Referenzen angegeben werden und in Ziff. 3.9 der "Vertragsurkunde Werkvertrag für Einzelleistungen" betrage die Zahlungsfrist 30 statt 30–45 Tage. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin könnten die Abänderungen sehr wohl einen Wettbewerbsvorteil für sie haben; insbesondere sei eine Zahlungsfrist von 30 Tagen vorteilhafter als eine Zahlungsfrist von 30–45 Tagen. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei nur noch bis zum 26. Dezember 2012 gültig; einem ungültigen Angebot könne der Zuschlag nicht erteilt werden. Ferner sei nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdeführerin auch weitere Unterlagen aufgebrochen habe. Es sei der Vergabestelle nicht zuzumuten, detailliert zu prüfen, ob und welche Unterlagen abgeändert worden seien. Zumal die Abänderungen nicht kenntlich gemacht worden seien.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, weder habe sie das Angebot zu spät noch unvollständig eingereicht noch habe sie das Leistungsverzeichnis abgeändert. Ihr sei jedoch ein Fehler unterlaufen, indem sie versehentlich die Ausschreibungsunterlagen einer Ausschreibung vom 25. Mai 2011 und nicht die originalen Ausschreibungsunterlagen verwendet habe. Die beiden Ausschreibungsunterlagen seien jedoch praktisch identisch. Die fünf marginalen Unterschiede im 16-seitigen Formular "Bestimmungen zum Vergabeverfahren" würden nicht ansatzweise zu einem Wettbewerbsvorteil der Beschwerdeführerin führen. Sie werde sich weder darauf berufen, dass die Offerte nur bis zum 26. Dezember 2012 verbindlich sei, noch auf den Standpunkt stellen, der Vertrag müsse mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen abgeschlossen werden. Der verfügte Ausschluss sei unverhältnismässig und überspitzt formalistisch.

#### **E. 5.1**

Gemäss § 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) werden Anbietende von der Teilnahme unter anderem ausgeschlossen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse verletzt haben, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Bei der

Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBl 101/2000, S. 265; RB 2006 Nr. 46 E. 3.2; VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 101/2000, S. 225 ff., 235; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., Zürich etc. 2007, N. 272 f.).

## **E. 5.2**

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin nicht die originalen Ausschreibungsunterlagen vom 26. Juni 2012 für ihr Angebot verwendet hat. Ebenfalls unbestritten ist, dass dadurch Änderungen der Ausschreibungsunterlagen einhergegangen sind. Namentlich wurde die Dauer der Verbindlichkeit des Angebots von den in den originalen Unterlagen geforderten sechs Monaten auf drei Monate herabgesetzt. Ferner änderte sie die Zahlungsfrist von 30–45 Tagen auf 30 Tage ab. Diese Änderungen stellen eine Verletzung eines wesentlichen Formerfordernisses im Sinn von § 28 lit. h SubmV dar. Das Vergaberecht zeichnet sich gerade bei der Offerteingabe durch eine besondere Formstrenge aus (VGr, 18. Juni 2003, VB.2003.00032 = RB 2003 Nr. 49 [Leitsatz] = BEZ 2003 Nr. 37). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin gegen die Ausschreibungsbedingungen verstossen und entgegen dem klaren Verbot der Abänderung der vom Bauherrn abgegebenen Unterlagen diese verändert. Eine solche Veränderung der vom Bauherrn abgegebenen Unterlagen führt grundsätzlich zum Ausschluss vom Verfahren und stellt keinen überspitzten Formalismus dar. Vorliegend stellt sich jedoch die Frage, ob es für die Vergabebehörde offensichtlich war, dass es sich bei den Änderungen um ein Versehen und damit im Ergebnis um Schreibfehler im Sinn von § 29 Abs. 2 SubmV gehandelt hat.

## **E. 6.1**

Nach § 29 Abs. 2 SubmV werden offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler berichtigt.

## **E. 6.2**

Aus den Akten ist ersichtlich, dass nur die erste Seite des Angebots dem Originalformular entspricht. Die nachfolgenden Seiten betreffend "Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Bauaufträge" und "Vertragsurkunde Werkvertrag für Einzelleistungen" stammen nicht aus dem Verfahren betreffend Neubau Schulhaus E. Die Beschwerdeführerin hat nach eigenen Angaben der Einfachheit halber die Unterlagen eines anderen Verfahrens verwendet, in der Meinung, die Unterlagen seien identisch. Dies erwies sich als unzutreffend. Die augenfälligsten Unterschiede liegen einerseits in einer nicht dem im Originalformular entsprechenden Fusszeile ab Seite 2 der Unterlagen sowie in einzelnen Textstellen, welche statt in schwarzer in roter Schrift erscheinen, inhaltlich jedoch übereinstimmen. Weiter fehlt auf S. 5 unter Ziff. 2.6 der Satz: "Zusätzlich kann eine digitale Eingabe mit zugehöriger sia 451-Schnittstelle eingereicht werden." und auf S. 6, Ziff. 5.1.3 fehlen die Kreuze für die abzugebenden Unterlagen. Gemäss Ziff. 6.1 auf S. 7 ist das Angebot nur während drei statt den geforderten sechs Monaten verbindlich. Nach Ziff. 6.2.1 auf S. 7 hätte die Beschwerdeführerin drei statt wie gefordert zwei Referenzen angeben müssen. Und schliesslich beträgt die Zahlungsfrist nach Ziff. 3.9 auf S. 11 30 Tage und nicht wie von der

Beschwerdegegnerin verlangt 30–45 Tage.

### **E. 6.3**

Auf dem Offertkontrollblatt vom 16. Oktober 2012 wurde auf S. 2 vermerkt, dass zwar die Unterlagen, nicht jedoch der Angebotstext verändert worden seien. Bei dieser Kontrolle wurden Abänderungen zwar bemerkt, jedoch wurde übersehen, dass der Angebotstext sehr wohl abgeändert worden ist. Es kann somit nicht von offensichtlichen Schreibfehlern ausgegangen werden, wenn diese bei der ersten Prüfung des Angebots nicht bemerkt worden sind (vgl. auch VGr, 22. März 2006, VB.2005.00543, E. 2.3). Es lässt sich der Beschwerdegegnerin auch nicht vorwerfen, nach Treu und Glauben hätte sie das Versehen als solches erkennen müssen.

### **E. 6.4**

Das Angebot der Beschwerdeführerinnen wurde somit zu Recht gestützt auf § 28 lit. h SubmV vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

### **E. 7**

Da der geschätzte massgebliche Gesamtwert der zu vergebenden Bauarbeiten den massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013), ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

### **E. 8**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG); eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu.

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