

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00011 vom 12. Mai 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-05-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00011

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00011 du 12 mai 2016

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00011 del 12 maggio 2016

Regeste

Submission | [Zuschlagskriterien, Formerfordernis, überspitzter Formalismus] Die Submissionsbeschwerde steht auch dafür zur Verfügung, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (E. 2.3). Die Beschwerdegegnerin machte eine Punktergabe für das Zuschlagskriterium "Termine" einzig davon abhängig, ob der Grobterminplan sowie eine Baustellenskizze unterzeichnet worden waren. Auf diesen Dokumenten befand sich kein Unterschriftenfeld und sie wurden in den Ausschreibungsunterlagen missverständlich als Beilage C bezeichnet. Die Beschwerdeführerin hat diese Dokumente nicht unterzeichnet, hingegen auf andere Weise die Einhaltung des Terminplans schriftlich zugesichert. Unter diesen Umständen verhielt die Beschwerdegegnerin sich überspitzt formalistisch, indem sie der Beschwerdeführerin wegen fehlender Unterschriften auf Beilage C für die Einhaltung des Terminplans keine Punkte vergab (E. 3.4). Teilweise Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG, LS 720.1) zur Anwendung.

E. 2.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen bzw. eine Wiederholung des Submissionsverfahrens zu erreichen, in welchem sie ein neues Angebot vorlegen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; VGr, 19. Februar 2015, VB.2014.00562, E. 2; BGr, 15. September 2014, 2C_380/2014, E. 4.5.–4.8; § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG, LS 175.2]).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr hätten beim Zuschlagskriterium "Termine/Leistungsfähigkeit" 15 Punkte statt gar keine Punkte erteilt werden müssen. Die Beschwerdeführerin belegt mit 80 Punkten gemeinsam mit einer anderen Anbieterin den

zweiten Platz; die Mitbeteiligte erhielt 89 Punkte. Dränge die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge durch, hätte sie neu 95 Punkte und belegte damit neu den ersten Platz, allenfalls gemeinsam mit der in einem Parallelverfahren ebenfalls Beschwerde führenden und die gleiche Punktzahl aufweisenden Konkurrentin. Sie hätte damit realistische Chancen auf den Zuschlag und ist deshalb zur Beschwerde legitimiert.

E. 2.3

Dass eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin infolge des Vertragsabschlusses mit der Mitbeteiligten nicht mehr möglich ist, ändert an der Legitimation nichts, zumal die Submissionsbeschwerde ausdrücklich auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB; VGr, 28. September 2011, VB.2011.00321, E. 2.2; 5. Mai 2006, VB.2005.00373, E 2). Auch gilt der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit als im Begehren um Aufhebung des Zuschlags sinngemäss mitenthalten (BGE 132 I 86 E. 3.2; VGr, 28. September 2011, VB.2011.00321, E. 2.2).

E. 3.1

Strittig ist vorliegend einzig die Bewertung der Angebote beim Zuschlagskriterium "Termine", welches mit 15 % gewichtet wurde. Während die Mitbeteiligte die Maximalpunktzahl (15 Punkte) erhalten hat, wurden der Beschwerdeführerin 0 Punkte vergeben. Die Beschwerdegegnerin begründet diese Punktvergabe damit, dass bewertet worden sei, ob das Grobterminprogramm sowie die Skizze der Bauinstallation je durch die Anbieterin unterzeichnet worden seien. Zwar hätten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Mitbeteiligte die fraglichen Dokumente eingereicht, jedoch habe nur die Mitbeteiligte diese auch unterschrieben. Die Unterschrift diene dem Nachweis eines eigenständigen Zuschlagskriteriums; da die Beschwerdeführerin diesen Nachweis nicht erbracht habe, sei die Punktvergabe korrekt.

E. 3.2

Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Die Zuschlagskriterien werden von der Vergabebehörde entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Auftrags festgelegt. Es handelt sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen. Dabei ist zu beachten, dass der Behörde beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (VGr, 7. Mai 2015, VB.2014.00521, E. 5.3; 28. August 2014, VB.2014.00300, E. 6.4). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG).

E. 3.3

Die Beschwerdegegnerin vergab der Beschwerdeführerin für das Zuschlagskriterium keine Punkte, weil die geforderte Unterschrift auf dem Grobterminplan fehlte. Insofern wirft sie der Beschwerdeführerin die Einreichung eines unvollständigen Angebots vor. Angebote sind schriftlich, vollständig und fristgerecht bei der in der Ausschreibung genannten Stelle einzureichen (§ 24 Abs. 1 SubmV). Die Unvollständigkeit des Angebots stellt einen Mangel

dar, welcher gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG zum Ausschluss des Angebots führen kann. Aus dem von Art. 29 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101) abgeleiteten Verbot des überspitzten Formalismus kann sich eine Pflicht der Behörde ergeben, den Privaten von Amtes wegen auf Fehler hinzuweisen, vorausgesetzt, dass diese leicht zu erkennen sind und rechtzeitig behoben werden können (vgl. VGr, 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 6.1 f. mit Hinweisen). Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung ist gegeben, 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 Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (BGE 135 I 6 E. 2.1 mit Hinweisen). Fehlen bei einem Angebot Unterlagen, besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabebehörde, ob sie diese nachträglich einholen will. Die Vergabebehörde muss jedoch vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbietender entsteht. In der Tendenz betonen Lehre und Rechtsprechung die Formenstrenge des Submissionsverfahrens (VGr, 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 6.2 mit Hinweisen; 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3.3.2). Die Vergabebehörde hat sich zudem stets ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu verhalten (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV).

E. 3.4

Vorliegend bewertete die Beschwerdegegnerin unter dem Zuschlagskriterium Termine einzig, ob die Anbieterinnen den Grobterminplan und den Baustelleninstallationsplan unterzeichnet hatten. Es sei dabei darum gegangen, dass die Anbieterinnen sich mit der Etappierung der Bauarbeiten und der daraus entstehenden Zerstückelung der Auftragsausführung einverstanden erklärten. Unter dem Zuschlagskriterium "Termine" machte die Beschwerdegegnerin die Punktevergabe einzig davon abhängig, ob die Einhaltung des Grobterminplans bzw. eines späteren definitiven Terminplans zugesichert worden sei. Dass die Einhaltung von Terminen als Zuschlagskriterium nicht zulässig wäre, behauptet die Beschwerdeführerin zu Recht nicht. Dass die Beschwerdegegnerin für das Zuschlagskriterium Termine einzig darauf abstellt, ob die Einhaltung eines bestimmten Terminplans zugesichert wurde, erscheint sodann sachgerecht, da die Leistungsfähigkeit und damit die Frage, ob die Anbieterinnen zur Einhaltung des Terminplans überhaupt in der Lage sind, bereits im Rahmen der Eignung geprüft wurde (vgl. Ziff. 12 der Ausschreibungsunterlagen). In den (von der Beschwerdeführerin unterzeichneten) Ausschreibungsunterlagen wird bereits in Ziff. 5 darauf hingewiesen, dass der Grobterminplan integrierter Bestandteil der Ausschreibung sei. Sodann bestimmt Ziff. 3.3 der Beilage D, dass die Unternehmung mit Einreichung eines Angebots die Termintreue gegenüber der Bauherrschaft garantiere. Neben dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin mit Einreichung eines unterzeichneten Angebots diese Bedingungen akzeptierte, erscheint sodann entscheidend, dass sie in Ziff. 6 der unterzeichneten Beilage A unter dem Titel "Terminangaben" bezüglich des möglichen Arbeitsbeginns, der Arbeitsausführung und der Fertigstellung auf das Bauprogramm verwies. Schliesslich wurden der Grobterminplan und der Baustelleninstallationsplan mit den Angebotsunterlagen eingereicht; es fehlte darauf einzig die Unterschrift. Die Beschwerdegegnerin wendet zwar grundsätzlich zu Recht ein, dass an mehreren Stellen der Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen wurde, dass der Grobterminplan und der Baustelleninstallationsplan, die als Beilage C bezeichnet wurden, unterzeichnet einzureichen seien. Auf diesen Dokumenten fehlt indes ein Hinweis, dass es

sich dabei um Beilage C handelt. Auch ist auf diesen Plänen keine Stelle für die Unterschrift bezeichnet, während sämtliche übrigen Unterlagen, welche unterzeichnet eingereicht mussten, ein entsprechendes Unterschriftenfeld aufweisen. Dadurch entstand eine Unklarheit in den Ausschreibungsunterlagen, welche die Beschwerdegegnerin zu vertreten hat. Vorliegend betrifft die Unvollständigkeit der Offerte keinen wesentlichen Punkt, der sich massgeblich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte auswirken würde. Das unterzeichnete Grobterminprogramm dient zwar gemäss Ziffer 10.4 der Ausschreibungsunterlagen als Nachweis zur Einhaltung der vorgegebenen Termine. Die Beschwerdeführerin hatte die Einhaltung der Termine des Bauprogramms jedoch in Ziff. 6 des Anhangs A unterschriftlich bestätigt und das Bauprogramm mit seiner Offerte eingereicht. Damit hat sie die Einhaltung des Terminplans schriftlich zugesichert. Unter den gegebenen Umständen erscheint das Vorgehen der Beschwerdegegnerin, die einzig ein unterzeichnetes Grobterminprogramm als Zusicherung genügen lässt, überspitzt formalistisch. Sie hätte es vielmehr genügen lassen müssen, dass die Anbieterin die Einhaltung des Terminplans schriftlich zugesichert hat. Da die Beschwerdegegnerin für das Zuschlagskriterium Termine keine Abstufungen vornahm, sondern bei einer Zusicherung die volle und bei fehlender Zusicherung keine Punkte vergab, hätte die Beschwerdeführerin die volle Punktzahl erhalten müssen. Damit hätte sie eine Gesamtpunktzahl von 95 erreicht und vor der Mitbeteiligten gelegen. Der Zuschlag erweist sich deshalb als rechtswidrig. Nachdem die Beschwerdegegnerin den Vertrag mit der Mitbeteiligten jedoch erlaubterweise bereits abgeschlossen hat, kann die Beschwerdeinstanz, wie bereits erwähnt (vgl. 2.3), lediglich noch feststellen, dass der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist. Der damit verbleibenden Ungewissheit über die Rechtmässigkeit der angefochtenen Vergabe trägt das Gesetz Rechnung, indem es die Haftung für den einem Anbieter entstandenen Schaden auf den Ersatz der Aufwendungen beschränkt, die diesem im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (§ 3 Abs. 1 und 2 IVöB-BeitrittsG; vgl. RB 1999 Nr. 58 = BEZ 1999 Nr. 26 = ZBI 101/2000, S. 271).

E. 4

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Diese ist sodann zur Bezahlung einer angemessenen Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 VRG). Da die Beschwerdeführerin ebenfalls der Mehrwertsteuer unterliegt, ist die Parteientschädigung ohne entsprechenden Zuschlag geschuldet (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 17 N. 75).

E. 5

Der Auftragswert erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [AS 2013 4395 ff.]). Gegen dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).