

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00054 vom 9. Juli 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-07-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00054

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00054 du 9 juillet 2015

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00054 del 9 luglio 2015

Regeste

Submission | Vergabe Früchte- und Gemüselieferung: Anfechtungsobjekt; Zustellnachweis; Mitteilung Vertragsschluss. Der Bf bringt vor, er habe die E-Mail mit der Einladung zur Offertstellung nicht erhalten. Nach Ablauf der Eingabefrist ist er telefonisch aufgefordert worden, eine Offerte nachzureichen, wurde in der Folge jedoch wegen verspäteter Eingabe vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SubmV kann die Mitteilung im freihändigen Verfahren formlos erfolgen, was den Umkehrschluss zulässt, dass im Einladungsverfahren eine formlose Einladung ausgeschlossen ist (E. 2.2). Die Beweislast für die Zustellung ihrer Anordnungen trägt im Verwaltungsverfahren grds. die Behörde. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt einzig für den Fall, dass die Behörde auf anderem Weg plausibel machen, dass die Verfügung dem Betroffenen mit hinreichender Gewissheit zugeht. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Regeln im Submissionsverfahren keine Gültigkeit haben sollten (E. 2.3). Die Zustellung der ursprünglichen Einladung konnte vorliegend nicht mit hinreichender Gewissheit nachgewiesen werden, weshalb sie als nicht zugestellt gilt. Da der Bf erst nach Ablauf der ursprünglich angesetzten Frist zur Angebotseinreichung eingeladen wurde, wäre es mit den Grundsätzen der Verfahrensfairness und der Gleichbehandlung nicht vereinbar, ihn auf die ursprünglich angesetzte Eingabefrist zu behaften (3.1). Der Bf war zu einer selbständigen Anfechtung des Zuschlags nicht in der Lage, da die Behörde lediglich der Mitbeteiligten mitteilte, dass sie den Zuschlag erhalte. Aufgrund dieser besonderen Ausgangslage hat die genannte Mitteilung als mitangefochten zu gelten (E. 3.3). Da die Behörde dem Gericht keinen Vertragsschluss mit der Mitbeteiligten angezeigt hat und sich auch letztere nicht vernehmen liess, ist davon auszugehen, dass der Vertrag noch nicht abgeschlossen wurde (E. 4.1). Gutheissung und Rückweisung zur Zuschlagserteilung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2015.00054 Urteil der 1. Kammer vom 9. Juli 2015 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Martin Kayser, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiberin Laura Diener. In Sachen Firma A, Beschwerdeführer, gegen Stadt Dübendorf, Beschwerdegegnerin, und C AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Das Alters- und Spitexzentrum der Stadt Dübendorf möchte sich täglich mit frischen Früchten und Gemüse beliefern lassen. Zu diesem Zweck lud es mit E-Mail vom 16. Dezember 2014 drei Unternehmen zur Einreichung eines entsprechenden Angebots ein. Innerhalb der in der E-Mail genannten Frist vom 19. Januar 2015 meldete sich einzig die C AG; die D GmbH verzichtete auf Offertstellung. Das E gehörende Unternehmen A reichte am 21. Januar 2015 ein Angebot

ein. Letzteres wurde vom Alters- und Spitexzentrum mit Verfügung vom 28. Januar 2015 wegen Verspätung vom Verfahren ausgeschlossen. II. E bzw. die Firma A ersuchte das Verwaltungsgericht mit Beschwerde vom 29. Januar 2015, die Submissionsvergabe zu überprüfen. Das Alters- und Spitexzentrum Dübendorf beantragte mit Beschwerdeantwort vom 9. Februar 2015 sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Die Firma A verzichtete in der Folge stillschweigend auf die Einreichung einer Replik. Mit Beschluss vom 28. Mai 2015 wurde die C AG als Mitbeteiligte zum Verfahren beigelegt und ihr eine Frist zur freigestellten Vernehmlassung angesetzt. Die C AG liess sich in der Folge nicht vernehmen. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ergibt sich aus Art. 15 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) in Verbindung mit § 41 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG). Der Ausschluss eines Anbieters aus dem Verfahren kann selbständig angefochten werden (Art. 15 Abs. 1 bis lit. d IVöB).

E. 1.2

Der Beschwerdeführer besitzt zur Anfechtung des Ausschlusses ein schutzwürdiges Interesse. Die Beschwerdegegnerin gab ihm mehr Punkte als der Zuschlagsempfängerin, und es liegen bloss zwei Angebote vor. Würde der Beschwerdeführer mit seinem Standpunkt durchdringen, müsste ihm unter Umständen der Zuschlag erteilt werden, womit sich die Beschwerde in der Sache gleichzeitig gegen die Zuschlagserteilung richtet (vgl. VGr, 15. Dezember 2010, VB.2010.00402, E. 1.2). Damit liegt sowohl ein zulässiges Anfechtungsobjekt als auch eine zureichend begründete Beschwerdebefugnis vor. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin schloss den Beschwerdeführer mit der Begründung aus, dass er die Frist zur Einreichung eines Angebots verpasst habe. Sie beruft sich dabei auf § 4a Abs. 1 lit. b des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG), wonach Anbieter insbesondere dann von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen werden können, wenn sie die Eingabefrist nicht einhielten. Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, dass er die E-Mail mit der Aufforderung zur Offertstellung vom 16. Dezember 2014 nie erhalten habe. Sein Angebot könne deshalb nicht als verspätet erachtet werden; dies müsse umso mehr gelten, als er nachträglich telefonisch zur Offertstellung aufgefordert worden sei.

E. 2.2

Gemäss § 11 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) erfolgt die Einladung zur Einreichung des Angebots im Einladungsverfahren durch direkte Mitteilung. Über die Form der Mitteilung macht die genannte Bestimmung keine Aussage. Immerhin statuiert Satz 2 von § 11 Abs. 2 SubmV, dass im freihändigen Verfahren die Einladung bzw. die Mitteilung formlos erfolgen kann. Dies lässt den Umkehrschluss zu, dass im Einladungsverfahren eine formlose Mitteilung ausgeschlossen ist. Was sich aus den beiden Sätzen der Bestimmung jedoch nicht ableiten lässt, ist die Frage, wer für die Übermittlung der Mitteilung die Beweislast trägt.

E. 2.3

Im Verwaltungsverfahrenrecht gilt der Grundsatz, dass die Behörde für die Zustellung ihrer Anordnungen die Beweislast trägt (BGr, 20. März 2013, 1C_45/2013, E. 2.3, auch zum Folgenden). Stellt sie z. B. einer Person eine Verfügung per A-Post zu und macht letztere in der Folge geltend, das Schreiben nicht erhalten zu haben, gilt die Verfügung als nicht eröffnet. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt einzig für den Fall, dass die Behörde auf anderem Weg plausibel machen, dass die Verfügung dem Betroffenen mit hinreichender Gewissheit zuzuging (Kaspar Plüss in: Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, [Kommentar VRG], § 10 N. 83 mit Hinweisen). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Regeln über den Zustellnachweis im Submissionsverfahren keine Gültigkeit haben sollten. Das öffentliche Beschaffungsrecht ist vielmehr vom Grundsatz der Formgebundenheit geprägt. So ist die Form der Ausschreibung im offenen und selektiven Verfahren in § 11 Abs. 1 SubmV vergleichsweise eingehend geregelt. Es wäre nicht einzusehen, weshalb im Einladungsverfahren die Aufforderung zur Offertstellung ohne jeglichen Zustellnachweis ausreichen sollte. Wohl ist es der Vergabestelle grundsätzlich nicht verwehrt, sich Formen zu bedienen, die wie bei einem A-Post-Brief keinen Zustellnachweis zulassen oder wie bei einer E-Mail einen solchen erforderlich machen (vgl. Plüss, Kommentar VRG, § 10 N. 105). Entscheidet sich die Vergabestelle jedoch für eine dieser Formen, muss sie in Kauf nehmen, dass ein Unternehmen die entsprechende Einladung nicht erhält bzw. deren Erhalt bestreitet. In so einem Fall bleibt ihr allein die Möglichkeit, auf anderem Weg den Beweis dafür zu erbringen, dass die Mitteilung dem Adressaten zuzuging.

E. 3.1

Im vorliegenden Fall macht der Beschwerdeführer geltend, er könne "nicht mehr nachvollziehen", weshalb er die E-Mail mit der Einladung nicht erhalten habe. Die in den Akten abgedruckte E-Mail enthält keinen Zustellnachweis. Sie kann damit irgendwo untergegangen sein. Die Beschwerdegegnerin konnte nicht aufzeigen, dass die E-Mail dem Beschwerdeführer mit hinreichender Gewissheit zuzuging. Damit gilt die ursprüngliche Einladung als nicht zugestellt. Wenn die Vergabestelle die Einladung, wie hier, erst zu einem späteren Zeitpunkt zustellt, wäre es nach Ablauf der ursprünglich angesetzten Frist zur Angebotseinreichung mit den Grundsätzen der Verfahrensfairness und der Gleichbehandlung nicht zu vereinbaren, den Eingeladenen auf die ursprünglich angesetzte, jedoch nicht beweisbare Frist behaften zu wollen. Der Ausschluss wegen Verspätung erweist sich damit als unzulässig.

E. 3.2

Der Beschwerdeführer hätte nach dem Gesagten ins Verfahren miteinbezogen werden sollen. Die Beschwerdegegnerin hat die Offerte des Beschwerdeführers mit jener der Mitbeteiligten verglichen. In ihrer Angebotsauswertung vom 26. Januar 2015 kam sie zum Schluss, dass der Beschwerdeführer mit 12,3 Punkten gegenüber der Mitbeteiligten mit 7,95 Punkten nicht zuletzt auch aufgrund der attraktiveren Preise klar besser abschneidet. Der Zuschlag hätte folglich an den Beschwerdeführer erteilt werden müssen.

E. 3.3

Die Beschwerdegegnerin erteilte der Mitbeteiligten mit Schreiben vom 27. Januar 2015 zumindest sinngemäss den Zuschlag. Dieses Schreiben ging ausschliesslich an die Mitbeteiligte, nicht jedoch an den Beschwerdeführer. Letzterer war damit zu einer

selbständigen Anfechtung des Zuschlags gar nicht in der Lage. Aufgrund dieser besonderen Ausgangslage hat die genannte Mitteilung als mit angefochten zu gelten (vgl. vorn E. 1.2). Soweit die Mitteilung eine Zuschlagsverfügung enthalten haben sollte, verliert sie mit dem vorliegenden Urteil jegliche Rechtswirkungen.

E. 4.1

Die Beschwerdegegnerin hat dem Gericht keinen Vertragsschluss mit der Mitbeteiligten angezeigt. Auch die Mitbeteiligte liess sich nicht vernehmen. Damit ist davon auszugehen, dass der Vertrag noch nicht abgeschlossen wurde. Da das Angebot des Beschwerdeführers an erster Stelle steht und keine weiteren Abklärungen erforderlich sind, hat die Vergabe an sie zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33). Die Beschwerdegegnerin ist demgemäss einzuladen, den Zuschlag an den Beschwerdeführer zu erteilen.

E. 4.2

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Parteientschädigungen wurden keine beantragt.

E. 4.3

Da der Liefervertrag auf unbestimmte Zeit ausgeschrieben wurde, wird der im Staatsvertragsbereich massgebliche Schwellenwert gemäss Art. 1 lit. a der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (SR 172.056.12) überschritten. Gegen diesen Entscheid ist daher 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 (Art. 83 lit. f BGG); andernfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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