

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00082 vom 1. Oktober 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-10-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00082

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00082 du 1 octobre 2015

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00082 del 1 ottobre 2015

Regeste

Submission (BAV 80475 SA Mühlebach) | Fehlende Beilage: Verspätete Replik. Überspitzter Formalismus. Feststellung der Rechtswidrigkeit. Eine verspätete Eingabe hat grundsätzlich deren Unbeachtlichkeit zur Folge. Als Ausfluss des Untersuchungsprinzips (§ 7 Abs. 1 VRG) steht es jedoch im Ermessen des Verwaltungsgerichts, auch verspätete Parteivorbringen zu berücksichtigen. Dies ist vorliegend soweit sinnvoll, als die Replik die Stellungnahme des Beschwerdeführers zum nach Eingang der Replik beigezogenen Bewertungsblatt ergänzt (E. 2.2). Fehlen bei einem Angebot Unterlagen, besteht ein Ermessensspielraum der Vergabebehörde, ob sie diese nachträglich einholen will. Sie muss jedoch vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbietender entsteht und hat sich zudem stets ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu verhalten (E. 3.5.1). Vorliegend betrifft die Unvollständigkeit der Offerte keinen wesentlichen Punkt, der sich massgeblich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte auswirken würde. Der Beschwerdeführer hätte das Terminprogramm auch ohne Weiteres umgehend nachreichen können (E. 5.3.2). Indem die Vergabebehörde eine umfassende Bestätigung über die Einhaltung der Bedingungen nachforderte, jedoch auf eine Aufforderung, die aus ihrer Sicht fehlenden Beilage nachzureichen verzichtete, verhielt sie sich widersprüchlich (E. 5.3.3). Unter diesen Umständen wäre die Vergabebehörde verpflichtet gewesen, das fehlende Terminprogramm beim Beschwerdeführer nachzufordern. Der Verzicht darauf erweist sich als überspitzt formalistisch und treuwidrig (E. 5.3.4). Der unzulässige Verzicht auf die Nachforderung hat sich vorliegend massgeblich auf den Zuschlagsentscheid ausgewirkt. Nachdem die Vergabebehörde den Vertrag mit der Mitbeteiligten jedoch erlaubterweise bereits abgeschlossen hat, kann lediglich noch festgestellt werden, dass der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist (E. 4). 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 = ZBI 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) 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, 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 Abs. 1 VRG). Ob eine reelle Chance auf den Zuschlag besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGr, 15. September 2014, 2C_380/2014, E. 4.9).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer machte in seiner Beschwerde keine substantiierten Ausführungen zu seiner Legitimation, indessen in der Replik. Da die Replik des Beschwerdeführers anerkanntermassen verspätet erfolgte, stellt sich die Frage, inwiefern diese im vorliegenden Verfahren berücksichtigt werden darf. Die Fristversäumnis hat – wie angedroht – die Annahme des Verzichts auf Replik und damit grundsätzlich deren Unbeachtlichkeit zur Folge (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [Kommentar VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 11 N. 71 f.). Als Ausfluss des Untersuchungsprinzips (§ 7 Abs. 1 VRG) steht es jedoch im Ermessen des Verwaltungsgerichts, auch verspätete Parteivorbringen zu berücksichtigen (Alain Griffel, Kommentar VRG, § 23 N. 23 mit Hinweis auf RB 1994 Nr. 16). Dies ist vorliegend soweit sinnvoll, als die Replik die Stellungnahme des Beschwerdeführers zum nach Eingang der Replik in Anwendung von § 57 Abs. 1 VRG beigezogenen Bewertungsblatt ergänzt.

E. 2.3

Der zweitplatzierte Beschwerdeführer, welcher das günstigste Angebot eingereicht hat, bringt im Wesentlichen vor, seinem Angebot das erforderliche Terminprogramm unterzeichnet beigelegt und die Einhaltung der Teilnahmebedingungen und Erfüllung der Auftragsbedingungen nachträglich aufforderungsgemäss bestätigt zu haben, weshalb sein Angebot im Kriterium Baulogistik/Termine mit 100 Punkten hätte bewertet werden müssen. Erweist sich seine Rüge als berechtigt, hätte er eine realistische Chance, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen. Dass eine Zuschlagserteilung an den Beschwerdeführer infolge des erlaubterweise erfolgten Vertragsabschlusses mit der Zuschlagsempfängerin 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 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG). Seine Beschwerdelegitimation ist demnach zu bejahen.

E. 3.1

Die Vergabebehörde führt zur Bewertung des Angebots des Beschwerdeführers im Zuschlagskriterium Baulogistik/Termine aus, für die Bewertung dieses Kriteriums habe sie als Beilage zum Angebot das unterzeichnete Terminprogramm verlangt. Da der Beschwerdeführer kein solches eingereicht habe, habe er hier keine Punkte erhalten.

E. 3.2

Angebote sind schriftlich, vollständig und fristgerecht bei der in der Ausschreibung genannten Stelle einzureichen (§ 24 Abs. 1 SubmV). Dabei müssen die in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweise in der Eingabe enthalten sein (Galli et al.,

N. 572; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 337). Die Unvollständigkeit des Angebots stellt einen Mangel dar, welcher gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG zum Ausschluss des Angebots führen kann.

E. 3.3

In Ziffer 14 der Ausschreibungsunterlagen hielt die Vergabebehörde zum Zuschlagskriterium Bauleistungen/Termine fest. "Angabe zur Einhaltung der vorgegebenen Termine. Für die Einhaltung der Termine sind mindestens zwei Equipen notwendig. Nachweis: als Beilage unterzeichnetes Terminprogramm (Beilage 02)". In den Ziffern 39 und 40 der Ausschreibungsunterlagen enthielten Folgendes: " 39 Von der Bauherrschaft abgegebene Unterlagen [...] X Beilage 02: Ausführungsterminplan (06. 11. 2014) [...] 40 Von der der Anbieterin/vom Anbieter einzureichende Unterlagen [...] X Beilagen 02 bis 05 [...]" Der Ausführungsterminplan wurde den Ausschreibungsunterlagen beigelegt.

E. 3.4

Bei der von der Beschwerdegegnerin eingereichten Kopie des Angebots des Beschwerdeführers findet sich kein Ausführungsterminplan. Die Kopie eines vom Beschwerdeführer gestempelten und unterschriebenen, jedoch undatierten Ausführungsterminplans wurde von diesem zu den Akten gegeben. Ob ein solcher – wie der Beschwerdeführer vorbringt – bei der Offerteingabe beigelegt worden und in der Folge verloren gegangen oder – wie nach Ansicht der Beschwerdegegnerin – bei der Einreichung vergessen wurde, ist aufgrund der Aktenlage nicht nachvollziehbar. Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob die Vergabebehörde jedenfalls gehalten gewesen wäre, den aus ihrer Sicht fehlenden Ausführungsterminplan nachzufordern.

E. 3.5

Aus dem von Art. 29 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV] abgeleiteten Verbot des überspitzten Formalismus kann sich eine Pflicht der Behörde ergeben, den Privaten von Amtes wegen auf Fehler hinzuweisen, vorausgesetzt, dass dieser leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (vgl. VGr, 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 6.1 und 6.2 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).

E. 3.5.1

Fehlen bei einem Angebot Unterlagen, besteht ein gewisser Ermessungsspielraum 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. 2.3.2). Die Vergabebehörde hat sich zudem stets ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu verhalten (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV).

E. 3.5.2

Vorliegend betrifft die Unvollständigkeit der Offerte keinen wesentlichen Punkt, der sich massgeblich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte auswirken würde. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers dient das unterzeichnete Terminprogramm zwar gemäss Ziffer 14 der Ausschreibungsunterlagen als Nachweis zur Einhaltung der vorgegebenen Termine. Doch bestätigte er die Einhaltung der Termine indirekt auch durch die mit Unterzeichnung der Offerte anerkannten Konventionalstrafe bei Verzug der Arbeiten. Auf Aufforderung der Vergabebehörde, welcher sein Angebot als "ungewöhnlich niedrig" im Sinn von § 32 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) aufgefallen war, hatte er sodann schriftlich bestätigt, die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsbedingungen erfüllen zu können. Zu Recht weist er im Übrigen darauf hin, dass die Einhaltung des Terminprogramms nicht nur von der Leistung seines Unternehmens, sondern auch von weiteren Faktoren, wie etwa der Baufreigabe abhängig ist. Der Beschwerdeführer hätte ein unterzeichnetes Terminprogramm auch ohne Weiteres umgehend nachreichen können.

E. 3.5.3

Indem sie eine umfassende Bestätigung über die Einhaltung der Bedingungen verlangte, jedoch auf eine Aufforderung, die aus ihrer Sicht fehlenden Beilage nachzureichen verzichtete, verhielt sich die Beschwerdegegnerin widersprüchlich. Schliesslich geht es bei solchen Erkundigungen im Sinn von § 32 SubmV stets um die Einhaltung von Vergabekriterien und nicht um den tiefen Preis an sich (vgl. VGr, 28. März 2012, VB.2012.00074, E. 5.3, 25. Januar 2006, VB.2005.00200, E. 2.3). Wenn die Vergabebehörde eine Bestätigung über die Einhaltung der Teilnahmebedingungen und die Erfüllung der Auftragsbedingungen verlangte, hätte sie erst recht das in diesem Zusammenhang relevante Terminprogramm nachfordern müssen. Der Verzicht auf die Nachforderung widerspricht einem logischen Vorgehen. Die Vorgehensweise der Vergabebehörde erscheint insofern formalistisch (vgl. Daniela Lutz, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 215 ff. Rz. 24 am Ende).

E. 3.5.4

Unter diesen konkreten Umständen wäre die Vergabebehörde verpflichtet gewesen, den fehlenden Ausführungsterminplan beim Beschwerdeführer nachzufordern. Der Verzicht darauf, dem Beschwerdeführer die Möglichkeit einzuräumen, das fehlende Dokument nachzureichen, erweist sich zusammengefasst als überspitzt formalistisch und treuwidrig. Es kann deshalb offengelassen werden, ob in diesem Zusammenhang ein Gespräch stattgefunden hat.

E. 4

Bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums Baulogistik/Termine liegt der Beschwerdeführer 100 Punkte hinter der Mitbeteiligten, während er in der Gesamtbewertung 49 Punkte schlechter abschnitt. Da die Beschwerdegegnerin den Abzug von 100 Punkten einzig mit dem Argument des fehlenden Ausführungsterminplans begründete, hat sich der unzulässige Verzicht auf dessen Nachforderung massgeblich auf den Zuschlagsentscheid ausgewirkt. Da der Vergabebehörde beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht, wäre die Sache an sich zum neuen Entscheid im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Nachdem die

Beschwerdegegnerin den Vertrag mit der Mitbeteiligten jedoch erlaubterweise bereits abgeschlossen hat, kann die Beschwerdeinstanz, wie bereits erwähnt (vgl. E. 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. 5

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG); eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu. Überdies ist sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den Beschwerdeführer zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 6

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 [SR 172.056.12]). 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).

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