

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00113 vom 16. April 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-04-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00113](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00113)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00113 du 16 avril 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00113 del 16 aprile 2015

## Regeste

Submission | Überspitzter Formalismus. Vollständigkeit von Offerten. Fehlende Referenzliste. Es besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie ein unvollständiges Angebot von der Vergabe im Submissionsverfahren von vornherein ausschliessen oder aber die fehlenden Unterlagen nachträglich noch einholen will. Die Vergabebehörde muss jedoch vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbieter entsteht (E. 2.3.2). Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus kann sich eine Pflicht der Behörde ergeben, den Privaten auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn ein offensichtliches Versehen vorliegt und dies als solches erkennbar ist (E. 2.3.3). Im konkreten Fall hat die Beschwerdeführerin dem Angebot keine Referenzliste beigelegt. Dass ein Versehen vorlag, ist nicht offensichtlich erkennbar. Vielmehr bestehen mehrere konkrete Anzeichen dafür, dass eine insgesamt nachlässige Offertstellung vorliegt (E. 2.3.4). 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). Auf das Beschwerdeverfahren finden 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) Anwendung.

### E. 2.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren 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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

### E. 2.2

Die Beschwerdeführerin hat das betragsmässig tiefste Angebot eingereicht. Erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin bezüglich ihres Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren als berechtigt, hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag gehabt. Folglich ist ihre

Beschwerdelegitimation zu bejahen und auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 3.1**

Gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG (früher § 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]) werden Anbietende von der Teilnahme unter anderem ausgeschlossen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse missachtet haben. 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 (VGr, 27. Februar 2013, VB.2012.00797, E. 5.1; 21. Dezember 2011, VB.2011.00537, E. 4.1; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 456 f.).

### **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).

#### **E. 3.2.1**

In den Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdegegnerin unter Ziff. 13 als Voraussetzung für die Eignung als ersten Punkt festgehalten: "1. Technische/fachliche Leistungsfähigkeit und Erfahrung im Bau unter Betrieb (Nachweis: 3 Referenzobjekte in den letzten 5 Jahren mit den entsprechenden Referenzpersonen. Davon mind. 1 Objekt unter Betrieb in ähnlichem Umfang und Komplexität mit entsprechender Referenzperson.)" Ferner wurde unter Ziff. 40 als eine von der Anbieterin einzureichende Unterlage die Referenzliste genannt.

#### **E. 3.2.2**

Die von der Beschwerdeführerin eingereichte Offerte enthielt keine Referenzliste und damit keine Angaben zu Referenzobjekten und Referenzpersonen. Das Angebot war damit bezüglich Eignung nicht überprüfbar und in einem wesentlichen Punkt unvollständig. Ein Ausschlussgrund im Sinn von § 4a Abs. 1 lit. b IVöB ist gegeben.

### **E. 3.3**

Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus kann sich allerdings eine Pflicht der Behörde ergeben, den Privaten von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder die er im Begriff ist zu begehen. Diese Pflicht setzt voraus, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E. 3.a mit Hinweisen; BVGr, 13. März 2007, B-1774/2006, E. 3.2 mit Hinweisen; EBRK, 23. Dezember 2005, VPB 70.33, E. 2.b mit Hinweisen). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang den Offertstellenden bei unvollständigen Angeboten, die an sich einen Verfahrensausschluss rechtfertigen würden, die Möglichkeit einzuräumen ist, die fehlenden Unterlagen nachzureichen (vgl. Daniela Lutz, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 215 ff. Rz. 10).

### **E. 3.3.1**

Mit der Beschwerde wird geltend gemacht, die Nichteinreichung der Referenzliste sei auf ein offensichtliches Versehen zurückzuführen. Die Beschwerdeführerin habe die Absicht gehabt, eine auf die Ausschreibung zugeschnittene, spezifische Referenzliste beizulegen. Sie habe schon mehrmals an Submissionen beim Stadtzürcher Amt für Hochbauten teilgenommen und jeweils immer die spezifische Referenzliste eingereicht. Es hätte ihr daher Gelegenheit zur Nachreichung der Referenzliste eingeräumt werden müssen.

### **E. 3.3.2**

Grundsätzlich besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie ein unvollständiges Angebot von der Vergabe von vornherein ausschliessen oder aber die fehlenden Angaben und Unterlagen nachträglich noch einholen bzw. vorhandene Unklarheiten durch entsprechende Rückfragen beseitigen will. Die Vergabebehörde muss jedoch vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbietender entsteht. Die Tendenz in Lehre und Rechtsprechung geht denn auch dahin, in Beachtung des Gleichbehandlungsgebots in solchen Fällen eine strenge Haltung einzunehmen und auch in nur geringem Masse unvollständige oder veränderte Angebote konsequent von der Vergabe auszuschliessen. Von einem überspitzten Formalismus ist eher dann auszugehen, wenn der Mangel auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen oder ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist, als wenn er von diesem bewusst in Kauf genommen wurde (VGr, 7. März 2012, VB.2011.00581, E. 4.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.3.3**

Eine Pflicht zur Nachfrage durch die ausschreibende Behörde kann sich somit eher dann ergeben, wenn ein offensichtliches Versehen vorliegt und dies als solches erkennbar ist. Ein offensichtliches Versehen dürfte in der Regel angenommen werden, wenn mit der Offerte spezifisch auf eine Beilage hingewiesen wird, diese aber dennoch fehlt. Vorliegend enthält die Offerte der Beschwerdeführerin keine Anhaltspunkte dafür, dass sie eine Referenzliste tatsächlich hat beilegen wollen. Zwar spricht die allgemeine Lebenserfahrung dafür, dass die Beschwerdeführerin grundsätzlich beabsichtigt hatte, eine Referenzliste einzureichen. Indessen kann ein Verzicht auf die Einreichung einer Referenzliste durchaus auch bewusst erfolgen: So hatte das Gericht kürzlich über den Ausschluss eines Anbieters zu entscheiden, der angesichts seiner bisherigen Tätigkeit für das betreffende Gemeinwesen auf die Einreichung von Referenzen verzichtet hatte (VGr, 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 6.3). Ähnlich ist die Ausgangslage hier: Die Beschwerdeführerin hat beim Amt für Hochbauten schon wiederholt Offerten eingereicht und dabei auch mehrmals den Zuschlag erhalten; hieraus könnte der Schluss gezogen werden, die Referenzobjekte seien der Vergabestelle zumindest teilweise bereits bekannt. Die Beschwerdegegnerin musste damit nicht von vornherein von einem Versehen ausgehen; jedenfalls war es nicht offensichtlich als solches erkennbar.

### **E. 3.3.4**

Weiter fällt ins Gewicht, ob aufseiten des Anbieters bloss ein einfaches Versehen oder eine darüber hinausgehende unsorgfältige Offertstellung vorliegt. Bei der Zusammenstellung von Referenzobjekten und -personen handelt es sich nicht etwa um ein bloss untergeordnetes Dokument; die Liste ist vielmehr Grundlage für die Beurteilung der Qualität und bedarf entsprechender Sorgfalt bei der Zusammenstellung. Es bestehen

vorliegend keine konkreten Anzeichen dafür, dass die Beschwerdeführerin die Liste bereits erstellt und dann versehentlich nicht eingereicht hat; die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin bleiben unsubstanziert. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin weitere Dokumente nicht eingereicht hat. So fehlen trotz klar markierter Einreichungspflicht (Ziff. 40 der Ausschreibungsunterlagen) ein unterzeichnetes Terminprogramm, eine Personaleinsatzliste sowie der Nachweis zur Qualifikation des Montageleiters. Wenn diesen Dokumenten zwar nicht dieselbe hohe Bedeutung wie der Zusammenstellung von Referenzobjekten und -personen zukommt, so ist deren Nichteinreichung doch Ausdruck einer nachlässigen Offertstellung.

#### **E. 3.3.5**

Schliesslich erscheint es mit Blick auf das im Vergaberecht zentrale Gleichbehandlungsgebot (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB) nicht unproblematisch, wenn ein Anbieter nachträglich Gelegenheit erhält, eine Referenzenliste zusammenzustellen und einzureichen. Wie gesehen handelt es sich dabei nicht bloss um einen fehlenden und leicht nachzureichenden Nachweis – wie beispielsweise eine Zertifizierung oder eine Versicherungspolice – sondern um eine projektbezogene Zusammenstellung von Objekten und Personen, die der qualitativen Bewertung der Angebote zugrunde gelegt wird.

#### **E. 3.4**

Bei den vorliegenden Umständen ist es im Rahmen einer Gesamtwürdigung nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin das Angebot der Beschwerdeführerin wegen Unvollständigkeit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat, ohne ihr Gelegenheit zur Ergänzung fehlender Angaben einzuräumen. Ein überspitzter Formalismus liegt nicht vor. Dies führt zur Beschwerdeabweisung.

#### **E. 4**

Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob das Angebot der Beschwerdeführerin zusätzlich wegen Änderungen der Ausschreibungsunterlagen hätte ausgeschlossen werden können. Dennoch ist zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte mehrere vorgegebene Budgetpositionen abgeändert hat. Eine solche Abweichung von den Vorgaben ist als Änderung im Sinn von § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG zu werten (vgl. VGr, 27. Februar 2013, VB.2012.00797, E. 5.2; Galli et al., N. 472). Von einer bloss untergeordneten Abweichung, wie dies die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, kann jedenfalls nicht mehr gesprochen werden – immerhin ergibt sich eine Abweichung von den Vorgaben im Betrag von Fr. 53'720.-. Eine solche Preisabweichung könnte sich im Rahmen einer detaillierten Bewertung der Angebote nach den Zuschlagskriterien durchaus entscheidend auswirken. Dies spricht für die Annahme eines zusätzlichen Ausschlussgrundes infolge Abänderung der Unterlagen. Dabei ist auch zu beachten, dass die Vergabeinstanzen die Begründung eines Entscheids noch im Rahmen der Beschwerdeantwort ergänzen und damit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen konnte, beheben können (RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4.a; Galli et. al, Rz. 1250).

#### **E. 5**

Mit dem heutigen Urteil wird das Begehren, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu gewähren, gegenstandslos.

#### **E. 6**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Damit entfällt ihr Anspruch auf eine Parteientschädigung. Auch der Beschwerdegegnerin ist keine Entschädigung zuzusprechen, da ihr im Beschwerdeverfahren kein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG angefallen ist; mit der Beschwerdeantwort hat sie im Wesentlichen die ihr obliegende Begründung des Ausschlusses nachgeholt.

#### **E. 7**

Der geschätzte Auftragswert übersteigt 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. BGG des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen.

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