

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00603 vom 4. Februar 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-02-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00603](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00603)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00603 du 4 février 2016

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00603 del 4 febbraio 2016

## Regeste

Submission | Fehlendes Offertöffnungsprotokoll; Ausschluss aus dem Verfahren wegen Verletzung der Formvorschriften; Verletzung des Transparenzgebots. Die Zuschlagsverfügungen enthielten weder eine Rechtsmittelbelehrung noch eine Begründung. Sie erfüllen damit die formellen Anforderungen an eine Verfügung nicht. Das gleiche gilt für das Absage-E-Mail. Durch die nachträgliche Begründung und mangels entstandenen Nachteils sind diese Mängel jedoch geheilt (E. 3.2). Trotz Aufforderung des Gerichts und Rüge der Beschwerdeführerin reichte die Vergabebehörde kein Offertöffnungsprotokoll ein. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass kein solches erstellt worden ist. Damit hat die Behörde gegen die vergaberechtliche Vorschrift von § 27 SubmV verstossen (E. 4.2). In den eingereichten Akten findet sich lediglich ein Auszug der von der Mitbeteiligten zum Angebot eingereichten Beilagen mit leerem Unterschriftenfeld. Hingegen fehlen die beizulegenden und zu unterzeichnenden Ausschreibungsunterlagen. Auf dieser Grundlage lässt sich nicht nachvollziehen, an welchem Tag die Mitbeteiligte offeriert hat. Die Vergabestelle bestritt lediglich pauschal und unsubstanziert, dass ein Ausschluss nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Angesichts dessen, dass sie kein Offertöffnungsprotokoll eingereicht hat, wäre es jedoch an ihr gewesen, durch das Einreichen der vollständigen, datierten und unterzeichneten Offerte der Mitbeteiligten zu belegen, dass diese die Formvorschriften zumindest soweit erfüllt hat, dass ein Ausschluss überspitzt formalistisch gewesen wäre. So wie sich die eingereichten Unterlagen allerdings präsentieren, liegt der Schluss nahe, dass das Angebot der Mitbeteiligten berücksichtigt wurde, obwohl es verspätet eingereicht worden war (E. 4.3). Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin die Absage bereits am Tag vor dem Zuschlag, über eine private E-Mail-Adresse erhalten hatte und gleichzeitig um einen Rechtsmittelverzicht gebeten wurde. Sodann reichte die Behörde die Verträge - mithandschriftlich geänderten Daten - erst einen Monat, nachdem sie den Vertragsschluss mitgeteilt hatte, ein (E. 4.4). Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass bei der Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags sachfremde Motive eine Rolle gespielt haben. Das Verfahren war in seiner Gesamtheit nicht mehr geeignet, die im Submissionsrecht notwendige Transparenz zu gewährleisten. Da die Vergabebehörde nicht darlegen kann, dass die Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht zu beeinflussen vermochte, ist dieser aufzuheben. Da sie den Vertrag jedoch erlaubterweise bereits abgeschlossen hat, kann das Verwaltungsgericht lediglich noch die Rechtswidrigkeit des Zuschlags feststellen (Art. 18 Abs. 2 IVöB i.V.m. § 3 Abs. 1 IVöB-BEG). In solchen Fällen kann Schadenersatz verlangt werden, dieses Begehren ist jedoch in einem Zivilverfahren zu stellen (E. 4.5). 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) 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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

### **E. 2.2**

Das Angebot der Zuschlagsempfängerin wurde mit insgesamt 1'000 (Ansatzbehälter) bzw. 710 Punkten (Medienpanel) und das Angebot der drittplatzierten Beschwerdeführerin mit 837,5 (Ansatzbehälter) bzw. 700 Punkten (Medienpanel) bewertet. Letztere rügt das Vorgehen des Beschwerdegegners bei der Vergabe. Sie bringt im Wesentlichen vor, nachdem sie mündlich erfahren habe, auf Platz 1 gesetzt worden zu sein, habe sie per E-Mail eine Absage erhalten und sei um eine Bestätigung gebeten worden, dass sie auf eine Einsprache verzichte. Zudem habe sie auch auf Nachfrage hin weder das Offertöffnungsprotokoll noch eine offizielle Absage oder die Zuschlagsverfügung erhalten und es seien Datierungen geändert worden. Sodann beanstandet sie die Bewertung ihres Angebots in mehrfacher Hinsicht. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, hätte sie eine realistische Chance, eine Wiederholung des Verfahrens zu erreichen. Dass eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin infolge des zulässigen Vertragsschlusses mit der Mitbeteiligten nicht mehr möglich ist, ändert an ihrer 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). Wer legitimiert ist, den Zuschlagsentscheid anzufechten, behält den Anspruch auf Überprüfung der Rechtmässigkeit des Zuschlags auch dann, wenn dieser infolge Vertragsabschlusses nicht mehr aufgehoben werden kann. Ein dahingehendes Eventualbegehren gilt als im Begehren um Aufhebung des Zuschlags sinngemäss mitenthalten (BGE 132 I 86 E. 3.2). Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

## **E. 3**

SubmV; § 10 Abs. 3 lit. a VRG; Plüss, Kommentar VRG, § 10 N. 5 f.). Sie müssen insbesondere kurz begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein, die das zulässige ordentliche Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfrist bezeichnet ( Art. 13 lit. h IVöB; § 38 Abs. 2 SubmV; § 10 Abs. 1 VRG). Auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde sodann gemäss § 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung

sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben. Die Rechtsprechung lässt jedoch zu, dass die Auftraggeberinnen die Begründung eines Vergabeentscheids noch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ergänzen kann (VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390 E. 3.1; 18. November 2009, VB.2007.00503, E. 3 mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Um rechtswirksam zu werden, müssen Zuschlagsverfügungen den nicht berücksichtigten Anbietenden rechtskonform eröffnet werden, was sowohl eine korrekte Übermittlung als auch eine korrekte Form voraussetzt (§ 38 Abs. 1 und

### **E. 3.2**

Die beiden Zuschlagsverfügungen betreffend die Vergabe der Ansatzbehälter und Medienpanels enthalten weder eine Rechtsmittelbelehrung noch ein Wort der Begründung. Sie erfüllen damit die formellen Anforderungen an eine Verfügung nicht (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 614 N. 1253). Nichtigkeit hat eine fehlende Rechtsmittelbelehrung nach Lehre und Rechtsprechung hingegen nicht zur Folge (VGr, 23. April 2014, VB.2014.00082, E. 2.6.1; Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 10 N. 51; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen, 2010, Rz. 976, 1645 ff.). Der Beschwerdeführerin wurde mit E-Mail vom 20. September 2015 mitgeteilt, dass sie mit der Ausführung der Ansatzbehälter und Medienpanels nicht beauftragt werde. Die Entscheidungsgründe wurden in der Email stichwortartig genannt und für weitere Ausführungen ein erläuterndes Gespräch angeboten. Ein solches scheint in der Folge zwar nicht stattgefunden zu haben, doch holte der Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort die Begründung seines Entscheids nach. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung allenfalls erwachsen konnte, gilt damit als geheilt (VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390 E. 3.1 mit Hinweisen). Eine Rechtsmittelbelehrung enthielt die genannte E-Mail vom 20. September 2015 allerdings ebenso wenig. Zudem war dieser weder die Zuschlagsverfügung angehängt noch ist deren Inhalt der Beschwerdeführerin anderweitig zugestellt worden. Letztere erhielt davon erst durch Akteneinsicht während des laufenden Beschwerdeverfahrens Kenntnis. Die Absage-E-Mail erfüllt damit die formellen Anforderungen an eine Verfügung ebenfalls nicht. Damit wurde die Zuschlagsverfügung mangelhaft eröffnet. Der Beschwerdeführerin ist daraus jedoch kein Nachteil erwachsen, hat sie doch auf Grundlage der E-Mail die Vergabe fristgerecht angefochten. Auch dieser Mangel gilt daher als geheilt.

### **E. 4.1**

Die Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen haben zum Ziel, einen echten, fairen und transparenten Wettbewerb zu gewährleisten, in welchem alle Anbietenden gleich behandelt werden (vgl. Art. 1 Abs. 3 IVöB). In vergaberechtlichen Verfahren sind insbesondere das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Die Vergabebehörde hat sich sodann ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu verhalten (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]). Den Formvorschriften kommt im Submissionsrecht insofern ein hoher Stellenwert zu, als sie wichtige Vergabeprinzipien – namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot – sichern (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 287 f., Rz. 662). Gemäss § 27 Abs. 2 SubmV

werden die fristgerecht eingereichten Angebote durch mindestens zwei Vertreter der Vergabestelle geöffnet. Über die Öffnung wird ein Protokoll erstellt, in welchem die Namen der anwesenden Personen, die Namen der Anbietenden, die Eingangsdaten und die Preise der Angebote sowie allfälliger Angebotsvarianten oder Teilangebote festzuhalten sind (Abs. 3). Diese Erstellungsvorschriften dienen dem Schutz vor Missbräuchen, indem sie etwa verhindern können, dass eine verspätet eingereichte Variante noch berücksichtigt wird (Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 287, Rz. 662). Spätestens nach Erteilung des Zuschlags wird den Anbietenden auf Verlangen Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll gewährt (Abs. 4).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdegegner war mit Präsidialverfügung vom 2. Oktober 2015 aufgefordert worden, seine Akten einzureichen. In den eingegangenen Akten ist jedoch lediglich das über die Teilnahmeanträge erstellte Offertöffnungsprotokoll vom 9. März 2015 enthalten. Ein zweites Offertöffnungsprotokoll über die Angebote der drei präqualifizierten Anbieterinnen fehlt indessen. Ferner lässt sich den Stellungnahmen des Beschwerdegegners trotz Vorwurf der Beschwerdeführerin, auf ihr Verlangen kein Offertöffnungsprotokoll erhalten zu haben, keine Aussage über dessen Verbleib entnehmen. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass über die zweite Offertöffnung kein Protokoll erstellt worden ist. Damit hat der Beschwerdegegner gegen die vergaberechtliche Vorschrift von § 27 SubmV verstossen.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 6. Januar 2016 eine E-Mail der mit der Evaluation der Angebote beauftragten Drittfirma nach. Als Ausfluss des Untersuchungsprinzips (§ 7 Abs. 1 VRG) steht es im Ermessen des Verwaltungsgerichts, dieses nachträglich eingereichte Beweismittel zu berücksichtigen. Darin wird ausgeführt, dass beim Angebot der Mitbeteiligten das Formblatt gefehlt habe und es zudem verspätet eingereicht worden sei, weshalb es hätte disqualifiziert werden müssen. Dies wird vom Beschwerdegegner als unzutreffend bestritten. Er ist der Ansicht, ein Ausschluss wäre überspitzt formalistisch gewesen.

##### **E. 4.3.1**

Angebote sind vollständig, fristgerecht und mit einer rechtsgültigen Unterschrift versehen bei der in der Ausschreibung genannten Stelle einzureichen (§ 24 Abs. 1 und 3 SubmV). Die Nichteinhaltung der Eingabefrist, die fehlende Unterschrift und die Unvollständigkeit des Angebots stellen Mängel dar, welche gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG zum Ausschluss des Angebots führen können. Bei der Beurteilung solcher Mängel wird im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab angelegt. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; ansonsten wäre dies überspitzt formalistisch (VGr, 6. November 2014, VB.2014.00396, E. 5.1 mit Hinweisen).

##### **E. 4.3.2**

In den Akten findet sich lediglich ein Auszug der von der Mitbeteiligten zum Angebot eingereichten Beilagen mit leerem Unterschriftenfeld. Im Gegensatz zu den eingereichten Angeboten der beiden anderen Anbieterinnen fehlen die beizulegenden und zu unterzeichnenden Ausschreibungsunterlagen. Auf dieser Grundlage lässt sich nicht nachvollziehen, an welchem Tag die Mitbeteiligte offeriert hat.

### **E. 4.3.3**

Der Beschwerdegegner bestritt lediglich pauschal und unsubstanziert, dass ein Ausschluss nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Angesichts dessen, dass er kein Offertöffnungsprotokoll eingereicht hat, wäre es jedoch an ihm gewesen, durch das Einreichen der vollständigen, datierten und unterzeichneten Offerte der Mitbeteiligten zu belegen, dass diese die Formvorschriften zumindest soweit erfüllt hat, dass ein Ausschluss überspitzt formalistisch gewesen wäre. So wie sich die vom Beschwerdegegner eingereichten Unterlagen zum Angebot der Mitbeteiligten allerdings präsentieren, verletzt dieses die Formvorschriften von § 24 Abs. 1 und 3 SubmV in mehrfacher Hinsicht und wäre daher gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG auszuschliessen gewesen. Die Aktenlage legt jedenfalls den Schluss nahe, dass das Angebot der Mitbeteiligten berücksichtigt wurde, obwohl es verspätet eingereicht worden war.

### **E. 4.4**

Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin die Absage bereits am Sonntag, 20. September 2015, um 23.34 Uhr über die private E-Mail-Adresse eines Mitarbeiters des Beschwerdegegners erhalten hatte, also einen Tag, bevor der Zuschlag verfügt wurde. Gleichzeitig mit der Absage wurden sowohl die Beschwerdeführerin als auch die dritte Anbieterin gebeten, einen Rechtsmittelverzicht abzugeben. Die Beschwerdeführerin wurde allerdings lediglich darüber benachrichtigt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt würde. Kenntnis vom Inhalt des Zuschlagsentscheids – welcher wie gesagt erst am Folgetag erging – hatte sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht. Wie oben festgestellt (E. 3.2), wurde er ihr nur mangelhaft eröffnet. Ein solcher zum Voraus erklärter Rechtsmittelverzicht wäre folglich unwirksam gewesen (Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 614, Rz. 1253). Sodann hatte der Beschwerdegegner dem Gericht mit Beschwerdeantwort vom 22. Oktober 2015 mitgeteilt, den Vertrag mit der Mitbeteiligten bereits abgeschlossen zu haben und die Verträge zu einem späteren Zeitpunkt nachzureichen. Dieser Ankündigung kam er rund einen Monat später, mit Eingabe vom 26. November 2015, nach. Sowohl beim Vertrag über die Ansatzbehälter als auch bei demjenigen für die Medienpanels wurde das Datum der Unterzeichnung durch die Mitbeteiligte handschriftlich vom 12. Oktober 2015 auf den 20. November 2015 abgeändert. Dies deutet darauf hin, dass der Vertrag bei der Mitteilung durch den Beschwerdegegner noch gar nicht abgeschlossen worden sein könnte.

### **E. 4.5**

Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass bei der Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags sachfremde Motive eine Rolle gespielt haben. Das Verfahren war in seiner Gesamtheit nicht mehr geeignet, die im Submissionsrecht notwendige Transparenz zu gewährleisten. Das Vorgehen des Beschwerdegegners versties sowohl gegen die vergaberechtliche Vorschrift von § 27 SubmV als auch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 BV.

#### **E. 4.5.1**

Beim Transparenzgebot handelt es sich um eine Regel formeller Natur. Deren Missachtung muss Konsequenzen haben und kann unter Umständen auch zur Aufhebung des Zuschlags führen. Der Zuschlag muss jedenfalls dann aufgehoben werden, wenn die Zuschlagsbehörde – wie im vorliegenden Fall – nicht darlegen kann, dass die Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht zu beeinflussen vermochte (BGr, 24. August 2001, 2P.299/2000, E. 4).

#### **E. 4.5.2**

Der Beschwerdegegner hat den Vertrag mit der Mitbeteiligten jedoch erlaubterweise bereits abgeschlossen (vgl. Art. 14 Abs. 1 IVöB). Daher kann das Verwaltungsgericht – wie bereits erwähnt (vgl. E. 2.2) – gemäss Art. 18 Abs. 2 IVöB in Verbindung mit § 3 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG lediglich noch feststellen, dass der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist. Nach Massgabe von § 3 IVöB-BeitrittsG kann in solchen Fällen Schadenersatz verlangt werden. Dieses Begehren ist indessen nicht im Rahmen der Beschwerde gegen den Vergabeentscheid, sondern in einem Zivilverfahren zu stellen (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 3 = BEZ 2000 Nr. 25; 24. März 1999, VB.1998.00372, E. 2a = BEZ 1999 Nr. 13). Im Kanton Zürich richtet sich dieses Verfahren nach dem Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten vom 14. September 1969 (HaftungsG); die einschlägigen Bestimmungen des Haftungsgesetzes begründen keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts (VGr, 30. Januar 2014, VB.2013.00615, E. 2). Auf das Schadenersatzbegehren der Beschwerdeführerin ist daher nicht einzutreten.

#### **E. 5**

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Er ist überdies zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für ihre Umtriebe im Beschwerdeverfahren auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

#### **E. 6**

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (Art. 1 lit. a der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]). 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.