

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00761 vom 4. Januar 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-01-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2016.00761](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00761)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00761 du 4 janvier 2017

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00761 del 4 gennaio 2017

## Regeste

Submission | Ausschluss wegen fehlender Unterzeichnung der Selbstdeklaration im Teilnahmeantrag; überspitzter Formalismus? Die Rechtsprechung, wonach nicht berücksichtigte Anbietende zur Beschwerde gegen ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren legitimiert sind, 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, gilt auch im Präqualifikationsverfahren (E. 1.3). Beim Ausschluss wegen Missachtung wesentlicher Formerfordernisse wie der Unterschrift wird grundsätzlich ein strenger Massstab angelegt, doch ist ein überspitzter Formalismus zu vermeiden. 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 (E. 2.1). Aufgrund der Formulierung der Ausschlussgründe und den Ausführungen der Behörde im Verfahren liegt es näher, dass die Anbietenden den Teilnahmeantrag als Ganzes und nicht lediglich die Selbstdeklaration unterzeichnen sollten. Nach dem Vertrauensprinzip ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass sich die Unterschrift des mit Spiralbindung an den Teilnahmeantrag gehefteten Begleitschreibens auf den gesamten Teilnahmeantrag bezieht und damit die Selbstdeklaration mit umfasst. Eine fehlende Unterzeichnung des Teilnahmeantrags, die nach Ablauf der Eingabefrist nicht nachgeliefert werden könnte, liegt damit klarerweise nicht vor (E. 2.3). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2016.00761 Urteil der 1. Kammer vom 4. Januar 2017 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtsschreiberin Laura Diener. In Sachen A GmbH, vertreten durch RA B, und/oder RA C, Beschwerdeführerin, gegen Stadt Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Stadt Zürich, Amt für Hochbauten, eröffnete mit Ausschreibung vom 28. Oktober 2016 ein selektives Submissionsverfahren betreffend den Ersatz der Inspizienten-Anlagen an den beiden Spielstätten des Schauspielhauses Zürich (Dienstleistungskategorie, BAV 60514). Nach Eingang der Teilnahmeanträge wurde die Bewerbung der A GmbH mit Verfügung des Amts für Hochbauten vom 23. November 2016 vom Verfahren ausgeschlossen. II. Dagegen gelangte die A GmbH mit Beschwerde vom 2. Dezember 2016 an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Bewerbung der Beschwerdeführerin wieder in das Präqualifikationsverfahren aufzunehmen. In prozessualer

Hinsicht ersuchte sie, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zudem beantragte sie eine Parteientschädigung. Mit Präsidialverfügung vom 5. Dezember 2016 wurde angeordnet, dass die Beschwerdeführerin einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vorläufig wieder in das Präqualifikationsverfahren aufzunehmen und so zu behandeln sei, wie wenn kein Ausschluss erfolgt wäre. Die Stadt Zürich, Amt für Hochbauten, beantragte am 20. Dezember 2016 die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen und die der Beschwerde einstweilen erteilte aufschiebende Wirkung sofort zu entziehen. Die Kammer erwägt:

### **E. 1.1**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (VGr, 9. Februar 2011, VB.2010.00389, E. 1 mit Hinweisen). 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 des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### **E. 1.2**

Der Entscheid über die Präqualifikation im selektiven Vergabeverfahren ist selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 15 Abs. 1 bis lit. c IVöB).

### **E. 1.3**

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]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGr, 15. September 2014, 2C\_380/2014, E. 4.9). Diese Rechtsprechung gilt grundsätzlich auch bei Beschwerden gegen Präqualifikationsentscheide (VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390, E. 2.1). Die Beschwerdegegnerin begründete den Ausschluss aus dem Verfahren mit der fehlenden handschriftlichen Unterschrift der Beschwerdeführerin auf dem Deckblatt der Selbstdeklaration. Aufgrund der vorliegenden Akten ist davon auszugehen, dass die Chance für die Präqualifikation der Beschwerdeführerin bei einer Aufhebung des angeordneten Ausschlusses intakt bliebe, zumal lediglich eine relativ geringe Anzahl von Bewerbungen vorliegt. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist zu bejahen.

### **E. 2.1**

Die Anträge auf Teilnahme im selektiven Verfahren müssen innerhalb der Frist schriftlich oder, soweit die Vergabestelle dies zulässt, per Fax oder elektronische Übermittlung erfolgen und vollständig eintreffen (§ 25 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG werden Anbietende von der Teilnahme ausgeschlossen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse missachtet haben, unter anderem durch fehlende Unterschrift. 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, 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3.2, mit weiteren Hinweisen und auch zum Folgenden; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1 mit weiteren Hinweisen; Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 456 f.). 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.

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin hat ihrem Teilnahmeantrag ein Schreiben voran gestellt, worin der Beschwerdegegnerin unter Hinweis auf die beigelegten Unterlagen unter anderem eine seriöse, exakte und professionelle Ausführung des Planermandats zugesichert wird. Dieses Schreiben ist original unterzeichnet. Nicht unterschrieben hat die Beschwerdeführerin dagegen, wie die Vergabebehörde zu Recht geltend macht, die – im Übrigen ausgefüllt – eingereichte Selbstdeklaration.

## **E. 2.3**

Gemäss dem Ausschreibungsformular Selbstdeklaration hatte die Vergabebehörde unter der Marginale Ausschlussgründe auf Folgendes hin: "Zu spät eingetroffene, nicht vollständig ausgefüllte, nicht handschriftlich unterzeichnete Anträge auf Teilnahme (inklusive Selbstdeklaration) ... werden gestützt auf § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-Beitrittsgesetz ausgeschlossen." Es ist nicht ersichtlich, dass für die damit ausdrücklich verlangte Unterzeichnung des Teilnahmeantrags eine besondere Stelle im Antrag vorgesehen worden wäre. Auch nach den erläuternden Angaben der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort bleibt unklar, ob nach ihrer Auffassung der gesamte Teilnahmeantrag oder bloss die Selbstdeklaration hätte unterzeichnet werden müssen. Jedenfalls liegt es mit der dargelegten Formulierung der Ausschlussgründe näher, dass ein Anbieter den Teilnahmeantrag als Ganzes unterzeichnen sollte. Dies jedenfalls hat die Beschwerdeführerin getan: Beim selbst verfassten und eingereichten Deckblatt handelt es sich offenkundig um eine unterschriftliche Bestätigung des Teilnahmeantrags und nicht etwa – wie die Beschwerdegegnerin zum Vergleich erwähnt – um einen Begleitzettel des Sekretariats oder dergleichen. Bei einer Beurteilung nach dem Vertrauensprinzip (vgl. dazu BGr, 22. Januar 2014, 2C\_1055/2012, E. 2.1, mit Hinweisen) ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ihre Unterschrift auf den gesamten Teilnahmeantrag und damit auch auf die mit eingereichte Selbstdeklaration bezogen hat. Mit der Unterschrift auf dem Deckblatt des gesamten Teilnahmeantrags hat die Beschwerdeführerin letztlich sogar mehr visiert, als wenn sie "nur" das Deckblatt der inliegenden Selbstdeklaration unterzeichnet hätte. Eine fehlende Unterzeichnung des Teilnahmeantrags, die nach Ablauf der Eingabefrist nicht nachgeliefert werden könnte (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 482), liegt damit klarerweise nicht vor.

## **E. 2.4**

Wenig Sinn macht sodann die Bemerkung der Beschwerdegegnerin, es sei unzumutbar, bei selektiven Verfahren, wo oft 70 bis 100 Anträge eintreffen würden, überall in den Unterlagen nach der Unterschrift zu suchen. Zum einen ist die Unterschrift vorliegend

geradezu augenfällig auf dem Deckblatt und damit an vorderster Stelle der mit Spiralringen gehefteten Eingabe an die Vergabebehörde angebracht. Zum anderen kann keine Rede davon sein, dass hier die Anzahl in der Grössenordnung von gegen 100 Bewerbungen vorliegen würde; selbst über eine weniger auffällige Unterschrift als hier hätte deshalb kaum hinweggesehen werden können.

#### **E. 2.5**

Von Seiten der Beschwerdegegnerin ist im Übrigen nicht in Abrede gestellt worden, dass die Beschwerdeführerin – wie diese mit der Beschwerde geltend machte – das Formular Selbstdeklaration versehentlich nicht unterzeichnet hat.

#### **E. 2.6**

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin das Deckblatt ihres Teilnahmeantrags unterzeichnet hat und dass nach dem Vertrauensgrundsatz davon auszugehen ist, dass sich diese Unterschrift auf den gesamten Teilnahmeantrag und damit auch auf die Selbstdeklaration als Bestandteil des Teilnahmeantrags bezogen hat. Vor diesem Hintergrund ist es als überspitzten Formalismus zu werten, dass die Beschwerdegegnerin den Teilnahmeantrag ausschloss, weil die Unterschrift nur auf dem Deckblatt des Teilnahmeantrags anstatt an der vorgesehenen Stelle im Formular Selbstdeklaration bzw. an anderer Stelle im Antrag geleistet worden war.

#### **E. 3**

Damit erweist sich der Ausschluss der Bewerbung der Beschwerdeführerin als rechtswidrig. Dies führt unter Gutheissung der Beschwerde zur Aufhebung der Ausschlussverfügung vom 23. November 2016. Die Bewerbung der Beschwerdeführerin ist wieder in das Präqualifikationsverfahren aufzunehmen.

#### **E. 4**

Mit diesem Urteil wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

#### **E. 5**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG) und ist sie in Anwendung von § 17 Abs. 2 lit. a VRG zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen.

#### **E. 6**

Der geschätzte Auftragswert übersteigt mutmasslich 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.