

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00485 vom 27. Februar 2020**

ZH Verwaltungsgericht, 2020-02-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00485](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00485)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00485 du 27 février 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00485 del 27 febbraio 2020

## **Regeste**

Submission | Ausschluss wegen Missachtung wesentlicher Formvorschriften, insbesondere durch fehlende Unterschrift und Unvollständigkeit des Angebots sowie wegen fehlendem Eignungsnachweis. Bei der Beurteilung von Mängeln im Sinn von § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG 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. 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 will. 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. 3). Das Angebot des Beschwerdeführers weist vier formelle Mängel auf. Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen bestanden keine. Vorliegend wirken zwei der vier Mängel als Versehen, weshalb die Mängel in der Summe Ausdruck einer erheblichen Nachlässigkeit und nicht nur eines blossen Versehens sind, insbesondere zumal es sich beim nicht unterzeichneten Dokument um ein nicht unbedeutendes handelt. Dass die Beschwerdegegnerin auf Nachforderungen verzichtete, lag daher in ihrem Ermessen und wäre mit Blick auf das im Vergaberecht zentrale Gleichbehandlungsgebot auch nicht unproblematisch gewesen (E. 4). Abweisung.

## **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 des Kantons Zürich 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 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

## **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer rügt den Ausschluss seines Angebots aus dem Verfahren. Würde er damit durchdringen, so hätte er grundsätzlich eine realistische Chance auf den Zuschlag. Dass eine Zuschlagserteilung an den Beschwerdeführer aufgrund 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 eines Zuschlags feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB in Verbindung mit § 3 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG). Seine Beschwerdelegitimation ist demnach zu bejahen. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

## **E. 3.1**

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 ( Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 572; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 337). Gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG), bei Missachtung wesentlicher Formerfordernissen wie fehlender Unterschrift oder Unvollständigkeit des Angebots (lit. b) bzw. bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (lit. c).

## **E. 3.2**

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 (vgl. VGr, 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 3.1; VGr, 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3., 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, N. 456 f.).

## **E. 3.3**

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 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 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.

#### **E. 4.1**

Als ersten formellen Mangel, welcher zum Ausschluss des Angebots des Beschwerdeführers führte, nennt die Beschwerdegegnerin die fehlende Unterschrift auf dem Dokument D1 "Angaben der anbietenden Unternehmung". Die einzureichenden Angebotsdokumente waren samt den Anforderungen daran in Ziff. 3.5 der Ausschreibungsbedingungen aufgeführt. Demgemäss musste unter anderem das Dokument D1 "Angaben der anbietenden Unternehmung"; vollständig ausgefüllt und rechtsgültig unterschrieben im Angebot enthalten sein. Der Beschwerdeführer hat dieses Dokument zwar ausgefüllt und seinem Angebot beigelegt, doch entgegen der ausdrücklichen Vorgabe in Ziff. 3.5 der Ausschreibungsbedingungen mit leerem Datums- und Unterschriftenfeld. Demgegenüber waren die nachfolgenden Dokumente D2.1 und D2.3–2.5, welche gemäss Ausschreibungsbedingungen ebenfalls rechtsgültig unterzeichnet einzureichen waren, an der dafür vorgesehenen Stelle datiert und vom Beschwerdeführer unterschrieben worden. Seine Erklärung, das eingereichte Exemplar auf Papier sei ein Ausdruck der entsprechenden PDF-Datei, bei welcher keine elektronische Unterschrift verlangt worden sei, verfängt daher nicht. Ein sachlicher Grund, das Dokument D1 nicht zu unterzeichnen, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht. Das Fehlen der Unterschrift erweckt den Eindruck eines Versehens. Entgegen seinem Dafürhalten kann schliesslich die fehlende Unterschrift nicht erst beim Zuschlag ergänzt werden, zumal diese ausdrücklich bereits bei der Offertstellung verlangt wurde. Hinzu kommt, dass in Ziff. 3.5 der Ausschreibungsbedingungen bezüglich Dokument D1 in Klammern darauf hingewiesen worden war, dass für die Angaben zur Eignungsprüfung ausschliesslich dieses Dokument zu verwenden sei. Dieser Hinweis zeigt die Bedeutsamkeit dieses Dokuments und entsprechend auch von dessen Unterzeichnung, weshalb das Angebot des Beschwerdeführers in diesem Punkt ein wesentliches Formerfordernis nicht erfüllt.

#### **E. 4.2**

Gemäss Ziff. 3.5 der Ausschreibungsbedingungen war das Angebot sodann in einem vollständigen, gedruckten Exemplar sowie auf einem USB-Stick (Formate PDF oder DOC/DOCX bzw. XLSX) abzugeben und mussten neben dem bereits erwähnten Dokument D1 die nicht streitgegenständlichen Dokumente D2 und D3 eingereicht werden sowie D4 "Verhaltenskodex der Stadt Zürich" und D5 "Rahmenvertrag\_EC\_Entwurf", beide jeweils rechtsgültig unterzeichnet. Mit Bezug auf diese Anforderungen führte die Beschwerdegegnerin als Ausschlussgründe drei weitere formelle Mängel der Offerte auf: Die beiden fehlenden Dokumente D4 und D5 in Papierform sowie das Fehlen des vollständigen Angebots auf dem USB-Stick. Erstere hat der Beschwerdeführer unbestrittenermassen nicht als Bestandteil der ausgedruckten Offerte eingereicht. Dass er deren Einreichung einseitig unterzeichnet und in Papierform als sinnlos, beziehungsweise Papierverschwendung betrachtet, ist nicht relevant. Massgebend sind die in den Ausschreibungsbedingungen genannten Anforderungen. Dies war nach der unmissverständlichen Formulierung von Ziff. 3.5 ein vollständig gedrucktes Exemplar des Angebots, welches die rechtsgültig unterzeichneten Dokumente D4 und D5 zu enthalten

hatte. Dass der Rahmenvertrag gemäss Beiblättern bei Abschluss, gegebenenfalls nach Bereinigung, ergänzt würde, steht der Klarheit dieser Vorgaben nicht entgegen. Genauso wenig lassen diese Raum für die Interpretation des Beschwerdeführers, der Verhaltenskodex gehöre zum Vertrag und würde erst bei dessen Abschluss unterzeichnet. Demzufolge erfüllte das Angebot des Beschwerdeführers die genannten Erfordernisse nicht. Hinzu kommt, dass der mit dem Angebot eingereichte USB-Stick des Beschwerdeführers in der Tat keine PDF-Dokumente enthält. Wenn er, wie vorgebracht, für deren Erstellung mit gängigen Produkten in aktuellen Versionen gearbeitet hat, vermag nichts daran zu ändern, dass er den USB-Stick leer einreichte. An dieser Stelle scheint ihm erneut ein Versehen unterlaufen zu sein. Insgesamt hat sich seine Offerte damit in weiteren drei Punkten als mangelhaft beziehungsweise unvollständig erwiesen.

### **E. 4.3**

Nach dem Gesagten weist das Angebot des Beschwerdeführers vier formelle Mängel auf: So ist dieses in Bezug auf die Dokumente D4 und D5 sowie den leeren USB-Stick unvollständig und fehlt beim Dokument D1 die Unterschrift, womit wesentliche Formerfordernisse missachtet, beziehungsweise Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise nicht erfüllt wurden. Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen bestanden keine und wurden auch nicht geltend gemacht. Im Übrigen hat die Beschwerdegegnerin in Ziff. 2.9 der Ausschreibungsbedingungen die Ausschlussgründe gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG erwähnt. Angesichts der Anzahl an formellen Mängeln ist es nicht zu beanstanden, wenn die Beschwerdegegnerin die Ausschlussgründe von § 4a Abs. 1 lit. b und c IVöB-BeitrittsG als erfüllt erachtete. Es ist ferner zu bedenken, dass für den Inhalt der Offerte und die sorgfältige Ausarbeitung des Angebots grundsätzlich jeder Bieter selber verantwortlich ist und das Vorliegen eines offensichtlichen Fehlers aufgrund der Missbrauchsgefahr nicht leichtthin angenommen werden darf (VGr, 7. Mai 2015, VB.2015.00081, E. 4.1; Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, N. 729). Vorliegend wirken zwei der vier Mängel als Versehen, weshalb die Mängel in der Summe Ausdruck einer erheblichen Nachlässigkeit und nicht nur eines blossen Versehens sind, insbesondere zumal es sich beim nicht unterzeichneten Dokument um ein nicht unbedeutendes handelt. Dass die Beschwerdegegnerin auf Nachforderungen verzichtete, lag daher in ihrem Ermessen und wäre mit Blick auf das im Vergaberecht zentrale Gleichbehandlungsgebot (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB) auch nicht unproblematisch gewesen.

### **E. 5.1**

Schliesslich betrachtete die Beschwerdegegnerin aufgrund der fehlenden Unterzeichnung des Dokuments D1 auch das Eignungskriterium E4 als nicht erfüllt.

### **E. 5.2**

Dieses Eignungskriterium erforderte die Bestätigung mittels Selbstdeklaration, dass die anbietende Unternehmung allen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nachkommt und sich im Offertzeitpunkt nicht in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren befindet (act. 8/1 Ziff. 2.11, auch zum Folgenden). In den Ausschreibungsbedingungen war unter dem Titel "Eignungskriterien" weiter festgehalten, dass die Angaben und Bestätigungen zu den Eignungskriterien E1–E4 ausschliesslich im Dokument "D1: Angaben der anbietenden Unternehmung" einzutragen und mit rechtsgültigen Unterschriften zu bestätigen sei. Die Eignungskriterien müssten pro Los kumulativ erfüllt sein und würden mit "nachgewiesen"

beziehungsweise "nicht nachgewiesen" beurteilt. Werde die Eignung in diesem Sinn nicht nachgewiesen, werde das Angebot von der weiteren Bewertung ausgeschlossen.

### **E. 5.3**

Mit der zitierten Formulierung wurde in den Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass als Nachweis für die Erfüllung des Eignungskriteriums E4 ausschliesslich die Angaben im Dokument D1 dienen, und diese mittels Unterzeichnung zu bestätigen sind. Wie bereits erwähnt (vgl. oben E. 4.1), wurde in Ziff. 3.5 der Ausschreibungsbedingungen bezüglich des Dokuments D1 zusätzlich darauf hingewiesen, dass für die Angaben zur Eignungsprüfung ausschliesslich dieses Dokument zu verwenden sei. Einerseits wurden mit dem Einreichen des nicht unterzeichneten Dokuments diese Vorgaben nicht erfüllt. Hinzu kommt die erhöhte Bedeutung des Dokuments D1, welche diesem mit den genannten Vorgaben beigemessen wurde, weshalb die fehlende Unterschrift auf mangelnde Sorgfalt bei der Offertstellung hindeutet und hinsichtlich der Eignung negativ auffällt. Gegenüber der erheblichen Anzahl an formellen Mängeln, welche bereits für sich allein den Ausschluss rechtfertigen, fällt diese Beanstandung jedoch nur untergeordnet ins Gewicht. Ob allein aufgrund der fehlenden Unterschrift die Erfüllung des Eignungskriteriums E4 verneint werden könnte und zum Ausschluss führen würde, kann daher offengelassen werden.

### **E. 6.1**

Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist damit nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin das Angebot des Beschwerdeführers gestützt auf die Offertangaben wegen Missachtung wesentlicher Formerfordernisse vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat, ohne dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Ergänzung einzuräumen. Die Beschwerdegegnerin hat sich an die submissionsrechtlichen Vorgaben gehalten und im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens entschieden; es ist weder ein überspitzt formalistisches noch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten ersichtlich. Damit erweist sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin gestützt auf § 4a Abs. 1 lit. a, b und c IVöB-BeitrittsG als zulässig. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

### **E. 6.2**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG).

### **E. 7**

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [SR 172.056.12]). Gegen dieses Urteil 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.