

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00647 vom 23. November 2020**

ZH Verwaltungsgericht, 2020-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00647](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00647)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00647 du 23 novembre 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00647 del 23 novembre 2020

## **Regeste**

Submission | Ausschluss aus dem Präqualifikationsverfahren. Gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen (E. 3.1). In Ziff. 4.1 des Ausschreibungsdokuments T1.1 "Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen, selektives Verfahren" führte die Beschwerdegegnerin unter der Überschrift "Ausschlussgründe" aus, dass die Mindestanforderungen erfüllt sein müssen. Die Nichterfüllung einer Mindestanforderung führe zum Ausschluss vom Verfahren. (...). Mit ihrer Selbstdeklaration erfüllte die Beschwerdeführerin die Mindestanforderungen nicht (E. 3.2.1). Dass es sich bei einem derartigen Ausschluss um einen überspitzten Formalismus handeln würde, ist nicht ersichtlich. Die Ausschreibungsunterlagen waren klar und es handelte sich – aufgrund der Selbstdeklaration der Beschwerdeführerin und ihres fehlenden Bonitätsnachweises – nicht um ein offensichtliches Versehen der Anbieterin (E. 3.2.3). 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### **E. 2.1**

Der Entscheid über die Präqualifikation im selektiven Vergabeverfahren ist selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 15 Abs. 1 bis lit. c IVöB). Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen Entscheide in 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 der Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14, E. 4.9). Diese Rechtsprechung gilt auch bei Beschwerden gegen Präqualifikationsentscheide (VGr, 22. Juni 2017, VB.2017.00283, E. 2; 17. September 2015, VB.2015.00300, E. 2.1).

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen den Ausschluss ihres Angebots aus dem Verfahren. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, hätte sie eine realistische Chance, dass sie bezüglich der Lose 1 und 2 für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen würde, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist.

## **E. 3.1**

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 Unvollständigkeit des Angebots (lit. b) bzw. bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (lit. c), bei einem laufenden Konkursverfahren gegen eine Anbieterin (lit. e) sowie bei Erteilen von falschen Auskünften gegenüber der Vergabestelle (lit. i). 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, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen). 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. 3.2.1**

In Ziff. 4.1 des Ausschreibungsdokuments T1.1 "Allgemeinen Ausschreibungsunterlagen, selektives Verfahren" führte die Beschwerdegegnerin unter der Überschrift "Ausschlussgründe" aus, dass die Mindestanforderungen erfüllt sein müssen. Die Nichterfüllung einer Mindestanforderung führe zum Ausschluss vom Verfahren. Der Nachweis war mittels des vollständig ergänzten und rechtsgültig unterzeichneten Dokuments T1.2 "Mindestanforderungen und Eignungskriterien" zu erbringen. Als Ausschlussgründe wurde auf die Gründe nach § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG verwiesen. In Ziff. 2 des erwähnten Dokuments T1.2 hatten die Bewerberinnen unter der Überschrift "Selbstdeklaration, Mindestanforderungen" – neben anderen – die folgenden zwei Fragen zu beantworten: "Befinden Sie sich in einem Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren, sind Betreibungen hängig? Wenn ja; welche?" "Wurden bei Ihnen in den vergangenen zwölf Monaten Pfändungen vollzogen? Wenn ja: Auf welchen Betrag beliefen sich die entsprechenden Forderungen? Währung:... Betrag:..." Die Beschwerdeführerin kreuzte bei diesen beiden Fragen das mit "Ja" gekennzeichnete Kästchen an. Mit dieser Selbstdeklaration erfüllte die Beschwerdeführerin die Mindestanforderungen nicht, was gemäss Ziff. 4.1 des Dokuments T1.1 zum Ausschluss führt. Sodann war aufgrund dieser Antwort davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerin in einem Konkursverfahren befindet und damit der Ausschlussgrund nach § 4a Abs. 1 lit. e IVöB-BeitrittsG erfüllt ist.

### **E. 3.2.2**

Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin ihren Bewerbungsunterlagen den gemäss dem Dokument T1.2 (Ziff. 3 S. 7 EK 4 und Ziff. 4) "zwingend" einzureichenden Bonitätsnachweis nicht beilegte. Somit bestand für die Beschwerdegegnerin einerseits kein Grund, daran zu zweifeln, dass die Selbstdeklaration in Ziff. 2 des Dokuments T1.2 korrekt

war. Andererseits wurde damit eine Anforderung der Vergabestelle an die Nachweise nicht erfüllt, womit der Ausschlussgrund nach § 4a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitrittsG gegeben war. Unter Ziff. 6 des Dokuments T1.2 war denn auch ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass bei Nichteinreichen der Nachweise oder bei Fehlen der oben verlangten Angaben Anbietende ausgeschlossen würden.

### **E. 3.2.3**

Dass es sich bei einem derartigen Ausschluss um einen überspitzten Formalismus handeln würde, ist nicht ersichtlich. Die Ausschreibungsunterlagen waren klar und es handelte sich nach dem Gesagten – aufgrund der Selbstdeklaration der Beschwerdeführerin und ihres fehlenden Bonitätsnachweises – nicht um ein offensichtliches Versehen der Anbieterin.

### **E. 3.3.1**

Die Beschwerdegegnerin wandte sich dennoch mit E-Mail vom 24. August 2020 an die Beschwerdeführerin. Sie teilte ihr mit, dass bei der Überprüfung der eingereichten Submissionsunterlagen folgende Abweichungen aufgefallen seien: "EK4 – Bonitätsnachweis; hängige Pfändungen, Informationen dazu nachreichen (Grund, Höhe)" und bat die Beschwerdeführerin darum, die entsprechenden Informationen bis am 26. August 2020 nachzureichen. In der Folge meldete sich die Beschwerdeführerin aber nicht bei ihr.

### **E. 3.3.2**

Zumal die Bewerbungsunterlagen der Beschwerdeführerin wesentliche Mängel aufweisen und ihr Ausschluss zulässig ist (vgl. E. 3.2), kommt es für den Ausgang des Verfahrens ebenso wenig darauf an, ob die Beschwerdegegnerin ihre E-Mail an die – bei der Beschwerdeführerin – verantwortliche Person gesendet hat, wie darauf, ob die E-Mail bei der Beschwerdeführerin im Spamordner ("Postfach 'Junk-E-Mail'") gelandet ist. Indes könnte der Beschwerdeführerin auch in der Sache nicht gefolgt werden. Sie hat es nämlich selbst zu verantworten, dass sie die Frist zur Stellungnahme unbenützt ablaufen liess: – Die Behauptung, dass die Beschwerdegegnerin eine andere Person als B hätte kontaktieren müssen, ist nicht haltbar, zumal sich dieser selbst im Zusammenhang mit dem Präqualifikationsverfahren im Namen der Beschwerdeführerin mehrfach per E-Mail an die Beschwerdegegnerin gewandt hatte. In diesen E-Mails bezeichnete er sich als "Head of ...". Soweit die Beschwerdegegnerin die Auffassung vertritt, dass sich die von der Beschwerdeführerin in ihren Bewerbungsunterlagen aufgeführte Kontaktperson eindeutig auf das Projekt der Auftragsabwicklung des Mobiliars und nicht auf die Durchführung der Submission bezog und sie sich deshalb weiterhin an B wandte, ist dies nicht zu beanstanden. – Zumal bereits vor dem Versand der E-Mail vom 24. August 2020 ein E-Mail-Verkehr zwischen B und der Beschwerdegegnerin bestand und es sich bei der E-Mail der Beschwerdegegnerin nicht um einen Massenversand handelt, bestehen ernsthafte Zweifel daran, dass die Nachricht tatsächlich im Spamordner gelandet ist. Selbst wenn dies zutreffen sollte, so wäre dies im Übrigen im Risikobereich der Beschwerdeführerin gelegen und würde nichts daran ändern, dass sich die Vergabebehörde pflichtgemäss verhalten hat.

### **E. 4.1**

Es ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin das Angebot der Beschwerdeführerin vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen hat. 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. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

#### **E. 4.2**

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

#### **E. 5**

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen bzw. Dienstleistungen (Art. 1 lit. a und 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.