

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00742 vom 13. Januar 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-01-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00742

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00742 du 13 janvier 2022

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00742 del 13 gennaio 2022

Regeste

Submission | Fehlen von Unterlagen. 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. 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. 4.1). Die Mitbeteiligte hat mit dem Angebot keinen Betriebsregisterauszug eingereicht. Beim Fehlen eines einzelnen Dokuments liegt eher ein Versehen des Anbieters nahe und kann ein sofortiger Ausschluss (ohne Gelegenheit zur Behebung des Mangels einzuräumen) zuweilen als unverhältnismässig erscheinen, zumindest wenn es sich nicht um ein Dokument handelt, das Einfluss auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte haben kann. Vorliegend jedoch ist nicht von einem blossen Versehen auszugehen, sondern von einem nachlässigen Verhalten der Mitbeteiligten. So hat sie nicht nur die Einreichung des Betriebsregisterauszugs unterlassen, sondern auch einen weiteren geforderten Nachweis nicht eingereicht. Angesichts der vorliegend hohen Relevanz des Betriebsregisterauszugs als einem von nur drei erforderlichen Dokumenten zum Nachweis des Eignungskriteriums "Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit" hätte die nachlässige Offertstellung im Interesse der Gleichbehandlung ohne Weiterungen zum Ausschluss der Mitbeteiligten führen müssen (E. 4.4.2). Gutheissung und Rückweisung zur Zuschlagserteilung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler sowie weiterer dem Vergaberecht unterstehender 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). Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitbeteiligte habe unvollständige Unterlagen eingereicht, erfülle die Eignungskriterien nicht und hätte ausgeschlossen werden müssen. Sodann rügt sie unter anderem die Bewertung des Angebots der Mitbeteiligten im Zuschlagskriterium "Referenzen" als zu gut, weil die Vergabebehörde verspätet und unter Verletzung der Gleichbehandlung Referenzen der Mitbeteiligten eingeholt habe. Würde sie damit durchdringen, so hätte sie als zweiplatzierte Anbieterin grundsätzlich eine realistische Chance auf den Zuschlag.

E. 2.2

Die Beschwerdegegnerin moniert, auf die Beschwerde sei mangels genügender Begründung nicht einzutreten. Die Beschwerdebegründung darf mit der Replik ergänzt werden, wenn der angefochtene Entscheid – insbesondere im öffentlichen Beschaffungswesen – erst mit der Beschwerdeantwort begründet wird (vgl. Alain Griffel in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 54 N. 5). Entgegen der Beschwerdegegnerin darf es der Beschwerdeführerin nicht zum Nachteil gereichen, dass sie sich vor der Beschwerdeerhebung nicht informell an sie wandte. Zwar hat die Vergabestelle gemäss § 38 Abs. 3 SubmV den nicht berücksichtigten Anbietenden auf Gesuch hin bestimmte Angaben bekannt zu machen; dazu gehören auch die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (lit. d). Für Anbieterinnen besteht einerseits keine Rechtspflicht, vor der Beschwerdeerhebung, ein entsprechendes Gesuch zu stellen; eine schriftliche Begründung wird innert der kurzen Beschwerdefrist von 10 Tagen regelmässig nicht (rechtzeitig) erhältlich sein (vgl. Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 1 ff., 20). Andererseits setzt § 38 Abs. 3 SubmV eine schriftliche Begründung voraus, da eine bloss mündliche Begründung des Vergabeentscheids die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens nicht zu gewährleisten vermöchte und der Rechtsmittelinstanz die Überprüfung der Entscheidungsgründe nicht ermöglichen würde (VGr, 4. September 2006, VB.2006.00228, E. 2.1). Eine informelle, mündliche Erläuterung ("Debriefing") durch die Vergabestelle vermöchte die schriftliche Begründung – die sie im Rahmen der Beschwerdeantwort erbrachte – ohnehin nicht zu ersetzen (RB 2000 Nr. 59 E. 4a = BEZ 2000 Nr. 25).

E. 2.3

Entgegen der Mitbeteiligten ist die Frage, ob die Beschwerdeführerin eine selbst eingeholte Referenzauskunft über die Mitbeteiligte in das vorliegende Verfahren einbringen durfte, bezüglich des Eintretens auf die Beschwerde nicht relevant.

E. 2.4

Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ist demnach zu bejahen. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Die Beschwerdeführerin beanstandet einerseits, dass der Vergabeentscheid – angesichts der Umstände der wiedererwägungsweisen Aufhebung der ersten Vergabe – ohne ausreichende Begründung ergangen sei. Andererseits macht sie geltend, dass auch mit der

Beschwerdeantwort keine ausreichende Begründung des Vergabeentscheids erfolgt sei, zumal die Beschwerdegegnerin den ersten Zuschlag nur unter Verweis auf die fehlerhafte Preisberechnung aufgehoben, danach aber noch zusätzliche Abklärungen zugunsten der Mitbeteiligten vorgenommen habe .

E. 3.1

Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonale massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h IVöB). § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV). Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörde weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; § 10 Abs. 1 VRG); die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und diesen in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidungsinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 10 N. 25). Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und § 38 Abs. 2 SubmV andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250). Damit einher geht konsequenterweise auch die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, zur Beschwerdeantwort und damit zur ergänzenden Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; 28. Februar 2019, VB.2018.00787, E. 4.1).

E. 3.2

Das der Beschwerdeführerin zugegangene Absageschreiben enthält keine genügende Begründung im Sinn von § 38 Abs. 2 SubmV. Die Beschwerdegegnerin hat ihren Entscheid im Rahmen der Beschwerdeantwort indes ausreichend begründet und die Beschwerdeführerin hat Gelegenheit erhalten, sich mit der Replik umfassend zu diesen Gründen zu äussern. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, gilt damit – auch unter den vorliegenden Umständen – als geheilt (vgl. VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390, E. 3.1 mit Hinweisen).

E. 4

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitbeteiligte hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Sie habe unvollständige Unterlagen eingereicht.

E. 4.1

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 (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 572; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 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 Unvollständigkeit des Angebots (lit. b) oder bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (lit. c). 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). Wie jedes staatliche Handeln hat die Anordnung eines Verfahrensausschlusses das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten: Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf eine Anbieterin nicht ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; BGr, 26. Januar 2016, 2C_665/2015, E. 1.3.3; VGr, 19. Dezember 2018, VB.2018.00617, E. 3.6; Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 444 f.). 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 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, 27. Februar 2020, VB.2019.00485, E. 3.3).

E. 4.2

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, die an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 6a = RB 2000 Nr. 70 = BEZ 2000 Nr. 25, auch zum Folgenden; Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 555). Sie betreffen gemäss § 22 SubmV insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden. Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1 mit Hinweisen). Die Eignungskriterien müssen von der Vergabebehörde vor dem Zuschlagsentscheid überprüft

werden können. Damit reicht es nicht aus, dass die Zuschlagsempfängerin die wesentlichen Eigenschaften für die Auftragsausführung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfüllt. Falls die Vergabebehörde davon ausgeht, es reiche aufgrund der Natur des Auftrags aus, dass die Anbieterinnen lediglich gewährleisten müssen, im Zeitpunkt der Auftragsausführung die wesentlichen Eigenschaften zu besitzen, muss sie dies in der Auftragsausschreibung bekannt geben. Äussert sie sich nicht dazu und ergibt sich eine solche Absicht auch nicht klarerweise aus einer Auslegung der Auftragsausschreibung, kann in der Folge der Zuschlag nicht an eine Anbieterin erteilt werden, die im Zeitpunkt des Zuschlags ein Eignungskriterium nicht erfüllt (BGE 145 II 249 E. 3.3).

E. 4.3

Im Dokument "Offenes Verfahren – Allgemeine Submissionsbedingungen ■ Angebot" wurden unter dem Titel "14. Eignungskriterien und Nachweise" drei Kriterien festgelegt. Erstens war im Rahmen des Kriteriums 1 "Fachliche und technische Leistungsfähigkeit" Folgendes verlangt: "Referenzen über die Ausführung von 3 mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekten im gleichen Gewerk, in ähnlicher Grösse und Komplexität in den letzten

E. 4.4.1

Die Mitbeteiligte reichte die geforderte Zertifizierung von erdbebensicheren Befestigungsschrauben/-dübeln nicht ein. Im Bericht "Angebotsauswertung, BKP 273.38 Laboreinrichtungen" heisst es ausdrücklich, dass die Mitbeteiligte mit Blick auf die einzureichenden Dokumente aus dem weiteren Vergabeprozess auszuschliessen sei. Diesbezüglich wendet die Beschwerdegegnerin ein, dass es sich um eine Bemerkung der Verwaltungshelferin gehandelt habe. Sie habe von einem Ausschluss nach näherem Studium des Sachverhalts abgesehen, zumal ein solcher nicht angemessen gewesen wäre bzw. sich die Mitbeteiligte dagegen erfolgreich hätte zur Wehr setzen können. Wie es sich damit verhält, kann offenbleiben.

E. 4.4.2

Entgegen der falschen Angabe der Beschwerdegegnerin im Beilagenverzeichnis hat die Mitbeteiligte mit dem Angebot – anders als die Beschwerdeführerin – keinen Betriebsregisterauszug eingereicht. Damit war das Angebot der Mitbeteiligten in einem wesentlichen Punkt unvollständig, wobei anzumerken ist, dass die Einforderung eines Betriebsauszugs zum Nachweis der Eignung durchaus üblich und nicht zu beanstanden ist (VGr, 26. August 2021, VB.2021.00272, E. 4.3.2). Beim Fehlen eines einzelnen Dokuments liegt eher ein Versehen des Anbieters nahe und kann ein sofortiger Ausschluss (ohne Gelegenheit zur Behebung des Mangels einzuräumen) zuweilen als unverhältnismässig erscheinen, zumindest wenn es sich nicht um ein Dokument handelt, das Einfluss auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte haben kann (vgl. Galli et al, S. 201 Rz. 447). Vorliegend jedoch ist nicht von einem blossen Versehen auszugehen, sondern von einem nachlässigen Verhalten der Mitbeteiligten. So hat sie nicht nur die Einreichung des Betriebsauszugs unterlassen, sondern – wie gesehen – auch die geforderte Zertifizierung betreffend die Erdbebensicherheit nicht eingereicht. Angesichts der vorliegend hohen Relevanz des Betriebsauszugs als einem von nur drei erforderlichen Dokumenten zum Nachweis des Eignungskriteriums "Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit" hätte die nachlässige Offertstellung im Interesse der Gleichbehandlung ohne Weiterungen zum Ausschluss der Mitbeteiligten führen müssen.

Die Berücksichtigung ihres Angebots und der angefochtene Zuschlag erweisen sich als rechtswidrig. Dennoch hat die Beschwerdegegnerin die Mitbeteiligte im Verlauf des Verfahrens auf das Fehlen des Betreuungsauszugs aufmerksam gemacht und ihr gleichzeitig Gelegenheit gegeben, den Auszug nachzureichen. Selbst wenn dieses Vorgehen der Vergabebehörde entgegen der soeben geschilderten Rechtslage zulässig gewesen wäre, würde dies allerdings zu keinem anderen Ergebnis führen: In den Akten befindet sich auch kein nachträglich eingereichter Betreuungsauszug der Mitbeteiligten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Offerte in diesem wesentlichen Punkt trotz der Aufforderung durch die Beschwerdegegnerin unvollständig geblieben ist, was ebenfalls zwingend zum Ausschluss der Mitbeteiligten hätte führen müssen. Mit der Ausserachtlassung eines nicht geheilten wesentlichen Offertmangels ist der Zuschlag in rechtswidriger Weise an die Mitbeteiligte erfolgt. Deren Angebot ist nicht zu berücksichtigen.

E. 4.5

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 21. Oktober 2021 dementsprechend aufzuheben. Die Vergabe hat an die Beschwerdeführerin zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33). Unter diesen Umständen erübrigt es sich, auf die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerin näher einzugehen.

E. 5

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung an die Beschwerdegegnerin zur Vergabe an die Beschwerdeführerin gilt diese als obsiegend. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten aufzuerlegen. Schliesslich sind die Beschwerdegegnerin und die Mitbeteiligte zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 6

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen (Art. 52 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019). 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, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. f BGG).

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