

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00793 vom 22. Dezember 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-12-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00793

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00793 du 22 décembre 2021

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00793 del 22 dicembre 2021

Regeste

Submission | Ausschluss aus dem Vergabeverfahren zufolge Überschreitung der Eingabefrist: Widersprüchliche Unterlagen; Treu und Glauben. Die Angebote müssen innerhalb der Frist schriftlich, durch direkte Übergabe, per Post oder - soweit die Vergabestelle dies zulässt - durch elektronische Einreichung erfolgen und vollständig bei der in der Ausschreibung genannten Stelle eintreffen. Die Nichteinhaltung der Eingabefrist gilt als Verletzung eines wesentlichen Formerfordernisses und führt regelmässig zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Die verspätete Einreichung des Angebots stellt dabei auch dann einen Formfehler dar, wenn die Eingabefrist nur geringfügig überschritten wurde (E.3.2). Die Vorgaben zur Einreichung der Offerten erwiesen sich, was den genauen Einreichungszeitpunkt angeht, als missverständlich, in sich widersprüchlich und unklar. Ein Anbieter darf nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die in den detaillierten Ausschreibungsunterlagen gemachten Angaben zur Einreichung der Offerte – gerade weil es sich dabei um wesentliche formelle Punkte des Verfahrens handelt – korrekt sind (E.3.3). Gutheissung (Entscheidungsaufhebung; Rückweisung zur Bewertung und zur Neuvergabe).

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2021.00793 Urteil der 1. Kammer vom 22. Dezember 2021 Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichter Lukas Widmer, Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiberin Laura Diener. In Sachen A AG, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Gebäudeversicherung des Kantons Zürich, Rechtsdienst, Beschwerdegegnerin, und C GmbH, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Gebäudeversicherung des Kantons Zürich führte ein offenes Vergabeverfahren im Staatsvertragsbereich durch und publizierte am 26. August 2021 auf SIMAP die Ausschreibung AZA 2021.04 "Generalplaner AZA – Übungsanlagen 6-8". Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 14. Oktober 2021 gingen innert Frist zwei Angebote ein zum Preis von Fr. 2'201'479.60 und Fr. 2'614'526.25 (Angebot der C GmbH). Am 11. November 2021 erteilte die Gebäudeversicherung des Kantons Zürich den Zuschlag der C GmbH zum Betrag von Fr. 2'614'526.25 und publizierte diesen Entscheid am 16. November 2021 auf SIMAP. Ebenfalls am 11. November 2021 verfügte sie gegenüber der A AG und der D AG den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren zufolge Überschreitung der Eingabefrist. II. Dagegen gelangte die A AG mit Beschwerde vom 24. November 2021 an das Verwaltungsgericht und beantragte, die Verfügung betreffend Ausschluss sowie den Zuschlag aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Entschädigungsfolge. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabebehörde

zu untersagen, den Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin abzuschliessen. Mit Präsidialverfügung vom 25. November 2021 ist der Beschwerdegegnerin ein Vertragsabschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt worden. Die Gebäudeversicherung des Kantons Zürich beantragte mit Beschwerdeantwort vom 6. Dezember 2021, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen und ihr keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zudem verlangte sie eine Parteientschädigung. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

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 finden die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) und die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) Anwendung. Gemäss Art. 15 Abs. 1 bis lit. d IVöB gilt der Ausschluss aus dem Verfahren als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügung.

E. 1.2

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). Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Eingabefrist gemäss SIMAP-Publikation stehe im Widerspruch zu derjenigen in den Ausschreibungsunterlagen. Sie habe ihr Angebot gemäss Ausschreibungsunterlagen fristgerecht eingereicht, weshalb der Ausschluss ihres Angebots überspitzt formalistisch und zu Unrecht erfolgt sei. Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde noch nicht bewertet. Mangels gegenteiliger Hinweise hat sie grundsätzlich ein gültiges Angebot eingereicht. Es ist davon auszugehen, dass ihr Angebot eine realistische Chance auf den Zuschlag, den sie ebenfalls angefochten hat, gehabt hätte. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen und zur Teilnahme am Verfahren zugelassen, so hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist.

E. 1.3

Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt; auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 2.1

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 Missachtung wesentlicher Formerfordernisse, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG). Der Vergabebehörde kommt bei der Frage des Ausschlusses ein erheblicher

Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

E. 2.2

Nach ständiger Rechtsprechung hat sie bei der Beurteilung solcher Mängel im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes einen strengen 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 (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBl 101/2000, S. 265; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 456 f. und 470; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 101/2000, S. 225 ff., 235).

E. 2.3

Des Weiteren muss sie das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]) berücksichtigen: Wegen unbedeutender Mängel in der Offerte dürfen Anbietende nicht ausgeschlossen werden (BGr, 26. Januar 2016, 2C_665/2015, E. 1.3.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 444 f.). Vorbehalten sind somit Fälle, in denen die Abweichungen von der Ausschreibung geringfügig sind und schliesslich Fälle, wo die amtlichen Vorgaben ihrerseits schwere Mängel enthalten (VGr, 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 3.1; 16. November 2017, VB.2017.00495, E. 4.2; Galli et al., Rz. 444).

E. 3.1

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin ihr Angebot unbestrittenermassen am 13. Oktober 2021 um 16.32 Uhr bei der Beschwerdegegnerin eingereicht, was auch der Empfangsbestätigung entnommen werden kann. Die Beschwerdegegnerin schloss darauf das Angebot der Beschwerdeführerin vom weiteren Vergabeverfahren mit der Begründung aus, dieses hätte gemäss Ziff. 1.4 der offiziellen Publikation auf der SIMAP-Plattform bis am 13. Oktober 2021 um 16.00 Uhr eingereicht werden müssen und sei damit nicht fristgerecht eingegangen. Gemäss Lehre und Rechtsprechung habe auch eine noch so geringe Überschreitung der Eingabefrist zwingend den Ausschluss aus dem Verfahren zur Folge. Im Offertöffnungsprotokoll vom 14. Oktober 2021, 7.30 Uhr, ist das Angebot der Beschwerdeführerin dann auch nicht aufgeführt.

E. 3.2

Die Angebote müssen laut § 24 Abs. 1 und 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) innerhalb der Frist schriftlich, durch direkte Übergabe, per Post oder – soweit die Vergabestelle dies zulässt – durch elektronische Einreichung erfolgen und vollständig bei der in der Ausschreibung genannten Stelle eintreffen. Die Vergabestelle muss alle fristgerecht eingereichten Offerten gleichzeitig öffnen und danach ein sogenanntes Offertöffnungsprotokoll erstellen (vgl. § 27 Abs. 2 und 3 SubmV). Die Nichteinhaltung der Eingabefrist gilt gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG als Verletzung eines wesentlichen Formerfordernisses und führt regelmässig zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Die verspätete Einreichung des Angebots stellt dabei auch dann einen Formfehler dar, wenn die Eingabefrist nur geringfügig überschritten wurde. Diese strenge Respektierung der genauen Eingabefrist liegt im Interesse der Gleichbehandlung der Antragstellenden und der Transparenz des Verfahrens. Der Ausschluss vom Verfahren

infolge verspäteter Eingabe stellt demnach grundsätzlich keinen überspitzten Formalismus dar (VGr, 9. Juli 2020, VB.2020.00339, E. 3.2, 24. November 2004, VB.2004.00331, E. 2.1; vgl. auch Galli et al., N. 263 f.).

E. 3.3

Der vorliegende Einzelfall ist allerdings dadurch gekennzeichnet, dass seitens der Vergabestelle Unklarheiten bezüglich der Frist für die Einreichung der Offerten geschaffen wurden: Gemäss Ziff. 1.4 der SIMAP-Ausschreibung vom 26. August 2021 wurde als Frist für die Einreichung der Angebote der 13. Oktober 2021, 16.00 Uhr, (Eingang am Eingabeort massgebend, nicht Poststempel) genannt. Unter dem Titel "2.1 Ablauf und Termine Submission" findet sich in Dokument B der Ausschreibungsunterlagen für die Eingabe der Angebote indes lediglich das Datum des 13. Oktober 2021 mit dem Hinweis, dieses müsse bis zu diesem Zeitpunkt bei GVZ eingetroffen sein; der Poststempel genüge nicht. Eine Uhrzeit wird dort nicht mehr genannt. Ebenfalls ohne die Nennung einer Uhrzeit ist in den Ausschreibungsunterlagen unter 2.5 "Eingabe Angebot" erneut ausgeführt, die Angebote seien bis am 13. Oktober 2021 eingeschrieben einzureichen oder am Empfang abzugeben. Die Sendung müsse bis zum Ende dieser Frist bei der GVZ eingetroffen sein (Poststempel gelte nicht, Nachweis sei Sache des Anbieters). Die Vorgaben zur Einreichung der Offerten erwiesen sich damit, was das Einreichungsdatum beziehungsweise den genauen Einreichungszeitpunkt angeht, entgegen der Beschwerdegegnerin als missverständlich, in sich widersprüchlich und unklar. Ein Anbieter darf indes nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die in den detaillierten Ausschreibungsunterlagen gemachten Angaben zur Einreichung der Offerte – gerade weil es sich dabei um wesentliche formelle Punkte des Verfahrens handelt – korrekt sind (BGr, 25. Februar 2010, 2D_50/2009, E. 2.5). Dies umso mehr, als die Frist für die Einreichung des Angebots, welche in der Veröffentlichung der Ausschreibung auf der elektronischen Plattform anzugeben ist, in den Ausschreibungsunterlagen erneut enthalten sein muss (§ 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 lit. j und § 15 SubmV). Die Beschwerdeführerin war damit nicht gehalten, die Fristangaben in den Ausschreibungsunterlagen auf ihre Übereinstimmung mit der SIMAP-Publikation zu kontrollieren, und es kann ihr nicht vorgeworfen werden, dass sie nicht nachfragte oder die Ausschreibungsunterlagen beanstandete. Bei dieser Sachlage wäre es im konkreten Fall überspitzt formalistisch, die Anbietenden auf die in der SIMAP-Publikation genannte Uhrzeit verpflichtet zu wollen. Sie durften sich vielmehr auf die Ausschreibungsunterlagen verlassen, wonach für die Fristwahrung allein das Datum massgeblich ist. Daraus, dass die SIMAP-Plattform im Kanton Zürich das verbindliche Publikationsorgan ist, vermag die Beschwerdegegnerin nichts anderes abzuleiten, zumal das massgebliche Dokument B der Ausschreibungsunterlagen ebenfalls elektronisch auf SIMAP zum Download zur Verfügung gestellt worden war. Etwas anderes ergibt sich auch daraus nicht, dass die darin genannten Fristen verbindlich sind. Die Beschwerdegegnerin hat demnach die Offerte der Beschwerdeführerin zu Unrecht als verspätet vom Vergabeverfahren ausgeschlossen und nicht in die Bewertung miteinbezogen. Dieses Vorgehen lässt sich auch nicht mit dem im Submissionsrecht wesentlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbietenden und des fairen und transparenten Wettbewerbs rechtfertigen (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. b und c IVöB). Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und sind die Zuschlagsverfügung und die Verfügung betreffend Ausschluss der Beschwerdeführerin der Gebäudeversicherung des Kantons Zürich vom 11. November 2021 aufzuheben. Die Beschwerdeführerin ist wieder in das Vergabeverfahren aufzunehmen und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, um das Angebot

der Beschwerdeführerin zu bewerten, die Rangierung erneut vorzunehmen und den Zuschlag neu zu erteilen.

E. 4

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird mit dem vorliegenden Endentscheid gegenstandslos.

E. 5

Gemäss §§ 70 und § 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 gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Zudem ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheinen Fr. 3'000.-.

E. 6

Die Vergabebehörde qualifizierte die nachgesuchte Leistung in der Ausschreibung als Dienstleistung. Davon ausgehend übersteigt der Auftragswert den massgeblichen Schwellenwert (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BöB]). 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.