


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2017.00612

Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 20.12.2017
 Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
 Weiterzug: Dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.
 Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: Submission

Stichworte:

[ÄNDERUNG DES ANGEBOTS](#)
[AUSSCHLUSS AUS DEM VERFAHREN](#)
[EIGNUNGSKRITERIEN](#)
[FACHAUSWEIS](#)
[GLEICHBEHANDLUNGSGEBOT](#)
[SUBMISSION](#)
[TRANSPARENZGEBOT](#)

Rechtsnormen:

Art. 1 Abs. III IVöB
 Art. 18 Abs. I IVöB
 § 4a Abs. I IVöB-BeitrittsG
 § 22 SubmV
 § 24 Abs. I SubmV

Publikationen:

- keine -

Ausschluss aus dem Submissionsverfahren. Fachausweis als Eignungskriterium. Nachträgliche Änderung des Angebots der Mitbeteiligten. Transparenzgebot; Gleichbehandlungsgebot.

Im Rahmen der Eignungskriterien ist es sachgerecht, Zertifikate, Labels, Fachausweise und dergleichen von den Anbietenden zu fordern (E. 3.2). Die Poliere der Beschwerdeführerin verfügten nicht über den geforderten Fachausweis, was einen wesentlichen Mangel des Angebots darstellt, der den Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren zu rechtfertigen vermag (E. 3.4).

Auch die Poliere der Mitbeteiligten verfügten nicht über den Fachausweis. Auf Rückfrage der Vergabebehörde änderte sie ihr Angebot ab, indem sie zwei neue Poliere einbrachte, welche über den Fachausweis verfügten. Eine Rückfrage der Vergabebehörde darf jedoch nicht zu einer nachträglichen Änderung eines Angebots führen; auch die Offerte der Mitbeteiligten hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen (E. 4.2). Ein Ausschluss der Mitbeteiligten wäre zwar per se nicht geeignet, der Beschwerdeführerin einen Vorteil im Vergabeverfahren zu verschaffen. Das Verfahren war jedoch in seiner Gesamtheit nicht geeignet, die im Submissionsrecht notwendige Transparenz und Gleichbehandlung zu gewährleisten (E. 4.3 f.).

Teilweise Gutheissung und Rückweisung.

Verwaltungsgericht
 des Kantons Zürich
 1. Abteilung



VB.2017.00612

Urteil

der 1. Kammer

vom 20. Dezember 2017

Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtsschreiberin Regina Meier.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Gemeinde Affoltern am Albis, Tiefbauabteilung,
vertreten durch RA C,

Beschwerdegegnerin,

und

D AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Mit Ausschreibung vom 14. Juli 2017 eröffnete die Tiefbauabteilung der Gemeinde Affoltern am Albis ein offenes Submissionsverfahren betreffend Baumeisterarbeiten im Zusammenhang mit der Realisierung des Quartierplans Sonnenberg. Innert Frist gingen sieben Angebote von sechs Offertstellenden ein. Mit Verfügung vom 7. September 2017 wurde der ausgeschriebene Bauauftrag mit einem Auftragsvolumen von Fr. 1'110'181.- an die D AG vergeben; die A AG wurde vom Verfahren ausgeschlossen.

II.

Hiergegen gelangte die A AG mit Beschwerde vom 18. September 2017 an das Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 7. September 2017 und die Erteilung des Zuschlags an sie selbst. Eventualiter sei die Sache zur neuen Bewertung unter Einbezug ihres Angebots an die Gemeinde Affoltern am Albis zurückzuweisen oder es sei diese zu verpflichten, das Submissionsverfahren zu wiederholen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Weiter beantragte sie, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Die Beschwerdegegnerin beantragte am 2. Oktober 2017, die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der A AG abzuweisen. Mit Replik vom 8. November 2017 hielt diese an ihren Anträgen fest. Die Duplik der Beschwerdegegnerin datiert vom 1. Dezember 2017; die Mitbeteiligte liess sich nicht vernehmen.

Die Kammer erwägt:

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.

2.

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 wendet sich gegen den Ausschluss ihres Angebots aus dem Verfahren sowie gegen die Erteilung des Zuschlags an die Mitbeteiligte. Würde sie damit durchdringen, so hätte sie mit ihrem Angebot – welches preislich günstiger ist als dasjenige der Mitbeteiligten – eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist zu bejahen.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin beantragt im Hauptpunkt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 7. September 2017 und die Erteilung des Zuschlags an sie; eventualiter sei eine neue Auswertung der Angebote unter Einbezug ihrer Offerte vorzunehmen. Mithin stellt sich die Frage, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin zu Recht erfolgte.

Die Beschwerdegegnerin begründet den Ausschluss damit, dass die Beschwerdeführerin nicht alle Eignungskriterien erfülle, da einer ihrer Poliere nicht über den geforderten eidgenössischen Fachausweis verfüge. Zudem sei ihr Angebot im Hinblick auf den Preis nicht mit den anderen Offerten vergleichbar, da sie bei diversen Posten unrealistisch tiefe bzw. nicht kostendeckende Preise eingesetzt habe.

3.2 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). Sie betreffen gemäss § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden. Die Vergabebehörde legt die für den jeweiligen Auftrag erforderlichen Eignungskriterien anhand objektiver Merkmale fest und bestimmt die zu erbringenden Nachweise. Die Kriterien müssen sich grundsätzlich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen, weshalb nur solche Eignungsnachweise verlangt werden dürfen, die im Hinblick auf die verlangte Leistung erforderlich sind. Demgemäss sind hinsichtlich der Eignungskriterien an alle Anbietenden dieselben Anforderungen zu stellen und dürfen Eignungskriterien nicht so festgelegt und angewendet werden, dass sie keinen Wettbewerb unter den Anbietenden zulassen (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 6.2; 8. August 2012, VB.2011.00776, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 557). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist es sachgerecht, im Rahmen der Eignungskriterien Zertifikate, Labels, Fachausweise und dergleichen von den Anbietenden zu fordern (VGr, 17. November 2016, VB.2016.00841, E. 3.2.1). Der Vergabebehörde kommt bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der einzelnen Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; VGr,

7. Januar 2016, VB.2015.00618, E. 3.1; 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

3.3 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 insbesondere dann der Fall, wenn sie die von der Vergabestelle festgelegten Kriterien zur Beurteilung der Eignung oder die Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise nicht erfüllen (§ 4a Abs. 1 lit. a und c IVöB-BeitrittsG). 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, 6. November 2014, VB.2014.00396, E. 5.1 mit weiteren Hinweisen).

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). Die Beurteilung der Angebote erfolgt grundsätzlich in dem Stand, in welchem sie der Vergabebehörde bei der Offerteingabe eingereicht werden (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 5.3). Um überspitzten Formalismus bzw. unverhältnismässige Entscheide zu verhindern, hat die Behörde namentlich im Fall von geringfügigen Formmängeln oder offensichtlich versehentlich vergessenen Dokumenten vor einem Ausschluss Kontakt mit den betreffenden Offertstellenden aufzunehmen (VGr, 17. November 2016, VB.2016.00481, E. 2.2).

3.4 Vorliegend wurde in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel "Eignungsnachweise" ausdrücklich gefordert, dass der Polier und sein Stellvertreter über den eidgenössischen Fachausweis verfügen. Dabei handelt es sich dabei um ein zulässiges Eignungskriterium (siehe oben E. 3.2). Das Angebot der Beschwerdeführerin enthielt die geforderten Nachweise nicht, weshalb die Beschwerdegegnerin sie darum ersuchte, die entsprechenden Dokumente nachzureichen. Daraufhin teilte die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin mit, dass einer ihrer Poliere nicht über den Fachausweis verfüge. Nach dem vorstehend Ausgeführten ist es zulässig, dass die Beschwerdegegnerin darin einen wesentlichen Mangel erblickte und die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausschloss.

4.

4.1 Subeventualiter beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Wiederholung des Submissionsverfahrens.

4.2 In diesem Zusammenhang ist namentlich von Relevanz, ob auch die Mitbeteiligte vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen (vgl. VGr, 1. Juni 2017, VB.2017.00226, E. 4.3). Wie auch beim Angebot der Beschwerdeführerin mangelte es bei demjenigen der Mitbeteiligten an den geforderten eidgenössischen Fachausweisen der Poliere. Auf Rückfrage der Beschwerdegegnerin änderte die Mitbeteiligte ihr Angebot dahingehend ab, dass sie zwei neue

Poliere einbrachte. Eine Rückfrage der Vergabebehörde darf jedoch nicht zu einer nachträglichen Änderung oder nachträglichen Ergänzung einer klar ungenügenden Offerte führen. Gestattet sind bloss Klarstellungen und Präzisierungen (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 438 ff., 711; VGr, 8. Dezember 2004, VB.2004.00304, E. 4.2 mit Hinweisen). Beim Vorgehen der Mitbeteiligten handelt es sich nicht mehr um eine untergeordnete Klarstellung oder Präzisierung ihres Angebots; dies namentlich im Hinblick darauf, dass das Fehlen der eidgenössischen Fachausweise als wesentlicher Mangel qualifiziert wurde (siehe oben E. 3.3). Mithin hätte auch die Offerte der Mitbeteiligten vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

4.3 Ein Ausschluss der Mitbeteiligten wäre per se nicht geeignet, der Beschwerdeführerin einen Vorteil im Vergabeverfahren zu verschaffen: Es ist der Beschwerdegegnerin darin zuzustimmen, dass sich durch das Nachrücken des zweitplatzierten Angebots an der Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin nichts ändern würde. Zu beachten ist jedoch, dass das Submissionsrecht zum Ziel hat, einen echten, fairen und transparenten Wettbewerb zu gewährleisten, in welchem alle Anbietenden gleich behandelt werden (vgl. Art. 1 Abs. 3 IVöB). In vergaberechtlichen Verfahren sind insbesondere das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Dabei handelt es sich um Regeln formeller Natur, deren Missachtung Konsequenzen haben muss, was unter Umständen zur Aufhebung des Zuschlags führen kann. Der Zuschlag muss jedenfalls dann aufgehoben werden, wenn eine Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid beeinflusste (BGr, 24. August 2001, 2P.299/2000, E. 4). Dies gilt nicht nur betreffend die Aufhebung eines Zuschlags, sondern auch betreffend die Aufhebung eines Ausschlusses (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 6.3).

4.4 Wie oben ausgeführt, hat die Vergabebehörde die Beschwerdeführerin, nicht aber die Mitbeteiligte vom Verfahren ausgeschlossen, obwohl das Angebot der Letzteren am gleichen wesentlichen Mangel litt. Der Zuschlag wurde ihr erteilt, obgleich sie eine unzulässige Nachbesserung ihres Angebots vornahm. Die Beschwerdegegnerin bringt nichts vor, was dieses Vorgehen zu erklären vermöchte. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass bei der Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags und den Ausschluss der Beschwerdeführerin sachfremde Motive eine Rolle gespielt haben. Das Verfahren war so in seiner Gesamtheit nicht mehr geeignet, die im Submissionsrecht notwendige Transparenz zu gewährleisten. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin versties gegen den Grundsatz von Treu und Glauben sowie gegen das Gleichbehandlungsgebot.

5.

Zusammenfassend erweist sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren aufgrund des fehlenden eidgenössischen Fachausweises zwar als materiell rechtmässig, indessen war das Verhalten der Vergabebehörde in formeller Hinsicht treuwidrig und versties gegen das submissionsrechtliche Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot. Dementsprechend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und ist die angefochtene Verfügung vom 7. September 2017 aufzuheben. Angesichts der festgestellten Fehler im Gesamtablauf des

Verfahrens rechtfertigt es sich, die Sache in Anwendung von Art. 18 Abs. 1 IVöB zur *Neuausschreibung* an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (vgl. VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 7).

Im Hinblick auf die im Rahmen der Neuausschreibung vorzunehmende Preisbewertung ist die Beschwerdegegnerin zudem auf Folgendes hinzuweisen: Die Beschwerdeführerin hat im Zusammenhang mit der Lagerung von Aushubmaterial Preispositionen mit negativem Vorzeichen angeboten, da sie davon ausging, dass sie das Material selbst würde veräussern können und unter diesen Umständen bei diesen Positionen einen Gewinn erzielen würde. Obgleich in Ziff. 7.1 der Ausschreibungsunterlagen für das Aufführen von Preisposten mit negativen Vorzeichen die Möglichkeit eines Ausschlusses aus dem Verfahren angedroht wird, war das Vorgehen der Beschwerdeführerin grundsätzlich nicht zu beanstanden: Im Hinblick auf eine gewinnbringende Veräusserung des Aushubmaterials erscheinen die Negativpreise nicht als unrealistisch tief. Somit wäre ein Ausschluss infolge eines solchen Negativpreises unter dem Blickwinkel des Wirtschaftlichkeitsgebots fragwürdig. Sollte die Vergabestelle der Auffassung sein, dass die Anbietenden das Aushubmaterial nicht für sich in Anspruch nehmen und veräussern dürfen, so müsste sie dies in der Ausschreibung wohl explizit angeben.

6.

Mit dem heutigen Entscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

7.

Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung der Sache gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend (BGr, 28. April 2014, 2C_846/2013, E. 3.2; VGr, 28. August 2014, VB.2014.00106, E. 2.3, je mit Hinweisen). Die Verfahrenskosten sind deshalb der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Sie ist überdies zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für ihre Umtriebe im Beschwerdeverfahren auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

8.

Der Auftragswert erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (Art. 1 lit. c 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 dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung der Tiefbauabteilung der Gemeinde Affoltern am Albis vom 7. September 2017 aufgehoben. Die Sache wird zur Neuausschreibung an die Tiefbauabteilung der Gemeinde Affoltern am Albis zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 6'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 150.-- Zustellkosten,
Fr. 6'150.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils.
5. Gegen dieses Urteil kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
6. Mitteilung an ...