

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 23/März 2008

Ausschluss aus dem Vergabeverfahren wegen mangelhafter Offerte

Ein zusammenfassender Blick auf die neuere Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich

Dr. iur. Josua Raster

Jurist bei Basler & Hofmann AG, Ingenieure und Planer



1 Fokus

Die Erfahrung zeigt, dass der Ausschluss von Anbietenden aus dem Vergabeverfahren nach § 28 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SVO) im Rahmen von Submissionsbeschwerden immer wieder angefochten wird. Das ist auch nicht weiter erstaunlich. Ein Ausschluss ist für die betroffenen Anbietenden in erhöhtem Mass unbefriedigend, da ihr Angebot ohne Bewertung ausscheidet, was Rückschlüsse aus dem Vergleich mit der Konkurrenz, welche für die Orientierung im Markt wichtig sind, verunmöglicht. Ein Ausschluss birgt für die Vergabestellen somit

ein relativ hohes Risiko eines Rechtsmittelverfahrens und kann so zu Verzögerungen führen oder sogar zum Stolperstein in einem Vergabeverfahren werden. Die folgenden Ausführungen fassen die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich seit Inkrafttreten der revidierten Submissionsverordnung zusammen. Den meisten Fällen, in denen über die Zulässigkeit von Ausschlüssen zu entscheiden war, lag der Ausschlussgrund nach § 28 lit. h SVO zugrunde.

2 Mängel der Offerte

a Grundsatz

Gemäss § 28 lit. h SVO sind Anbietende dann auszuschliessen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse verletzt haben, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder des Antrags auf Teilnahme im selektiven Verfahren oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes grundsätzlich ein strenger Massstab

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Das Informationsblatt KRITERIUM will auf leicht verständliche Weise über Entwicklungen in der Submissionspraxis informieren. Der Inhalt soll «aus der Sicht der Praxis - für die Praxis» abgefasst sein. Die vorliegende Ausgabe erfüllt diesen Anspruch in vielerlei Hinsicht:

Der Beitrag von Josua Raster zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren wegen mangelhafter Offerte vermittelt einen umfassenden Überblick über die geltende Praxis des Verwaltungsgerichts zu diesem Themenkreis. Der Autor schöpft seine profunden Kenntnisse der verwaltungsgerichtlichen Praxis aus seiner ehemaligen Tätigkeit als juristischer Sekretär am Verwaltungsgericht. Wer sich mit Einzelheiten der Entscheidpraxis vertieft auseinandersetzen will, sei auf die jeweils angeführten Verwaltungsgerichtsentscheide verwiesen, die alle im Internet abrufbar sind.

In der Ausgabe Nr. 19 haben wir einen ersten Teil von häufig gestellten Fragen aus der Submissionspraxis beantwortet. Dieser erste Teil bezog sich hauptsächlich auf Aussagen zur Einleitung der Verfahren. Mit der vorliegenden Ausgabe führen wir die Reihe der «Fragen aus der Submissionspraxis» fort und behandeln den Themenbereich Wahl des Verfahrens. Die Fragen und Antworten zur Submissionspraxis sollen – in loser Folge – auch die nächsten Nummern bereichern.

Abgerundet wird die vorliegende Ausgabe mit einem Hinweis auf das Aus- und Weiterbildungsangebot der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen. Wir können Ihnen, liebe Leserin, lieber Leser, nur empfehlen, von diesem Angebot Gebrauch zu machen und an einer der Veranstaltungen teilzunehmen.

Für das Redaktionsteam
Peter Hösli

anzulegen (18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.3.1, mit weiteren Hinweisen). Sie dürfen jedoch nur dann zum Ausschluss führen, wenn sie wesentlich sind. Mit dem Erfordernis der Wesentlichkeit wird das aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999, der Garantie gleicher und gerechter Behandlung im Verfahren, abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus zum Ausdruck gebracht (4. September 2006, VB.2006.00228, E. 3.1).

b Formelle Mängel

Als formelle Mängel werden hier die in der Verordnung mit «Verletzung wesentlicher Formerfordernissen» umschriebenen Tatbestände wie Nichteinhaltung der Eingabefrist oder das Fehlen erforderlicher Unterschriften aufgefasst. Formell mangelhaft sind unter Umständen aber auch Angebote, die besondere Formvorschriften für die Einreichung nicht einhalten oder bei denen wichtige Beilagen oder Angaben fehlen.

Verspätete Eingabe

Anträge auf Teilnahme im selektiven Verfahren oder Angebote müssen innerhalb der Eingabefrist schriftlich bei der in der Ausschreibung genannten Stelle eintreffen (§ 24 Abs. 1 und § 25 SVO).

Die verspätete Einreichung eines Antrags auf Teilnahme oder eines Angebots stellt auch dann einen Formfehler dar, wenn die Frist nur geringfügig überschritten wurde. Der Ausschluss wegen verspäteter Eingabe ist demnach nicht überspitzt formalistisch.

Die Abgabe des Teilnahmeantrags oder eines Angebots an einem nicht von der Vergabestelle angegebenen Ort gilt zwar nicht explizit als wesentlicher Formfehler im Sinn von § 28 lit. h SVO. Weil Eingabefrist und Eintreffen am von der Vergabestelle bezeichneten Ort derart eng verknüpft sind, bleibt für die Anwendung der allgemeinen Weiterleitungs- bzw. Übergabepflicht im Fall der Einreichung des Antrags bzw. der Offerte bei einer falschen Amtsstelle kein Raum.

Da also ein Antrag auf Teilnahme oder ein Angebot nicht nur rechtzeitig, sondern auch am

richtigen, angegebenen Ort eintreffen muss, vermag auch die rechtzeitige Abgabe bei der falschen Amtsstelle die Frist nicht zu wahren und stellt ebenfalls einen wesentlichen Formfehler dar, der zum Ausschluss führt (§ 25 in Verbindung mit § 28 lit. h SVO; vgl. zum Ganzen 24. November 2004, VB.2004.00331, E. 2.1).

Fehlende Unterschrift

Fehlt auf der Selbstdeklaration oder auf dem Formular «Angaben zur Unternehmung» die Unterschrift der Anbieterin selbst bzw. fehlen Unterschriften von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft, lässt der Wortlaut der einschlägigen Bestimmung kaum Spielraum zu, insbesondere dann, wenn auf die Konsequenzen einer fehlenden Unterschrift hingewiesen wurde (5. Mai 2005, VB.2005.00373, E. 5.3). Ein solches Angebot ist auszuschliessen.

Anders ist die Sache zu beurteilen, wenn lediglich der von der Anbieterin beigezogene Subplaner seine Unterschrift nicht angebracht hat. Diesfalls handelt es sich um einen untergeordneten Mangel, der ohne weiteres behoben werden kann (13. Juli 2005, VB.2004.00562, E. 5.1).

Nichteinhaltung von Formvorschriften

Hält ein Angebot die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen formellen Anforderungen nicht ein, so lässt sich ein Ausschluss nicht ohne weiteres rechtfertigen. Es kommt vielmehr darauf an, welchem Zweck die Formvorschriften dienen. Soll damit lediglich der Offertvergleich erleichtert werden, ist in Betracht zu ziehen, dass der Vergabestelle für die Prüfung und den Vergleich der Angebote im Sinn von § 29 SVO ein gewisser Aufwand zugemutet werden darf (28. Juni 2006, VB.2005.00350, E. 4.1.3). Je geringfügiger die Abweichung von den Formvorschriften ist (im genannten Entscheid war das Angebot nicht im vorgeschriebenen Ordner und ohne Register eingereicht worden), desto eher ist die Ansetzung einer kurzen Frist zur Verbesserung angezeigt (vgl. dazu auch den nachfolgenden Abschnitt «Mängelbehebung»).

Ein direkter Ausschluss wegen Nichteinhaltung der Formvorschriften wird sich jedenfalls dann rechtfertigen lassen, wenn bei sehr umfangreichen und komplexen Vergaben von der vorgegebenen Struktur für die Offerte und den vorgesehenen Vorlagen abgewichen wird oder Formulare abgeändert werden.

Fehlende Unterlagen oder Angaben

Ähnlich verhält es sich, wenn einem Angebot verlangte Unterlagen nicht beigelegt werden oder wenn darin erforderliche Angaben nicht gemacht wurden. Fehlen beispielsweise die in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich verlangten Angaben zu den Bausummen von Referenzobjekten, so ist deren Fehlen nicht als untergeordneter Mangel zu werten, wenn die Bausummen direkt in die Beurteilung eines mit 30 % gewichteten Zuschlagskriteriums einfließen (30. August 2006, VB.2006.00131, E. 5.3.1).

Weist eine Vergabestelle auf einem Erhebungsformular ausdrücklich und gestalterisch hervorgehoben darauf hin, dass ein Fehlen verlangter Angaben den Ausschluss zur Folge hat, so darf von den Anbietenden erhöhte Aufmerksamkeit beim Ausfüllen des Formulars verlangt werden. Fehlen diese Angaben dennoch, stellt die Rechtsfolge des Ausschlusses keinen überspitzten Formalismus dar (5. Mai 2005, VB.2005.00373, E. 5.3).

c Inhaltliche Mängel

Als inhaltlich mangelhaft werden vorliegend solche Offerten angesehen, die nicht alle im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung definierten Anforderungen erfüllen, also bezüglich Leistungsumfang oder Qualität unvollständig sind, oder unter Abänderung der Ausschreibungsunterlagen abweichende Leistungen oder Konditionen enthalten.

Unvollständigkeit

Der Problembereich rund um die Nichterfüllung von Anforderungen eröffnet sich vielfach dann, wenn die Vergabestelle zur Beschreibung ein bestimmtes Produkt ins Leistungsverzeichnis aufnimmt und gleichzeitig – dazu

ist sie verpflichtet (23. November 2001, VB.2000.00275, E. 2d) – ein gleichwertiges Material oder Produkt zulässt. Im Angebot haben dann die Anbietenden die Gleichwertigkeit ihres Materials bzw. Produkts nachzuweisen. Gelingt ihnen das nicht, können ihre Angebote ausgeschlossen werden. Das Verwaltungsgericht hat zum Beispiel den Ausschluss einer Anbieterin als zulässig erachtet, die im einen Fall einen Bodenbelag offerierte, der nicht die geforderten Eigenschaften aufwies (5. Mai 2005, VB.2005.00373, E. 3) oder die im andern Fall für Türen und Tore, die im Tunnelbereich eingesetzt werden sollen, eine abweichende Materialqualität für die Tür- und Toraussteifungen, eine Pulverbeschichtung anstelle einer Nasslackierung und andere Türschliesser anbot (28. März 2007, VB.2006.00309, E. 5).

Ist die Unvollständigkeit eines Angebots auf eine unzulängliche, das heisst unvollständige und/oder unpräzise Ausschreibung zurückzuführen, so hat dies in erster Linie die Vergabestelle zu vertreten (16. November 2005, VB.2005.00135, E. 3.1.1). Wird ein Angebot für den Offertvergleich unverändert übernommen und als massgeblich angesehen, darf ein von diesem abweichendes Angebot nicht von vornherein disqualifiziert werden. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, dass dieses Angebot möglicherweise nach einem anderen Konzept erstellt wurde und einer abweichenden Systematik folgt als das andere Angebot (27. Oktober 2004, VB.2004.00195, E. 3.2 a.E.).

Abänderung

Eine eigenmächtige Abänderung der Ausschreibungsunterlagen bzw. des Angebotstexts ist grundsätzlich eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften. Aber nach der verwaltungsgerichtlichen Interpretation lassen weder Wortlaut noch Sinn von § 28 lit. h SVO darauf schliessen, dass jede Änderung der Ausschreibungsunterlagen zwingend als wesentlicher Formmangel gelten muss. Die Wesentlichkeit des Mangels ist vielmehr auch dann zu prüfen, wenn dieser in einer Änderung der Ausschreibungsunterlagen besteht.

Da mit § 28 lit. h SVO das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Verbot des überspitzten Formalismus konkretisiert wird, würde es diesen Prinzipien widersprechen, wenn bei den in § 28 lit. h SVO genannten Fällen ohne Prüfung des Einzelfalls stets ein Ausschluss ausgesprochen werden müsste. § 28 lit. h SVO enthält zwar eine Liste typischer Beispiele wesentlicher Formfehler, entbindet aber in keinem Fall von der Prüfung der konkreten Umstände.

(Exkurs: Vom Ergebnis her entspricht dies auch der Rechtsprechung zu Ausschlüssen nach § 28 lit. a und j SVO. Hier verlangt das Gericht, dass beim Ausschluss ebenfalls die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu prüfen ist. Dabei ist insbesondere das Risiko von Bedeutung, welches dem auftraggebenden Gemeinwesen aus einer allfällig ungenügenden Auftragserfüllung erwachsen kann [25. Januar 2006, VB.2005.00200, E. 2.6,

und 30. August 2006, VB.2005.00240, E. 3.6]).

So hat das Verwaltungsgericht den Ausschluss eines Angebots, bei dem die Anbieterin den Angebotstext geringfügig abgeändert hat, wegen Unwesentlichkeit des Mangels und wegen unzulässiger Ungleichbehandlung aufgehoben. Die Anbieterin hatte – veranlasst durch missverständliche Formulierungen im Leistungsverzeichnis – bei einer Position die Stückzahl von 3 auf 1 reduziert, weil sie davon ausgegangen war, dass die betreffenden Arbeiten nur einmal statt dreimal auszuführen waren. Die Missverständlichkeit der Formulierung zeigte überdies auch eine Anmerkung im Angebot der Zuschlagsempfängerin an, mit der diese zwar die Anzahl nicht änderte, jedoch zum Ausdruck brachte, dass sie ebenfalls der Ansicht war, dass bei der entsprechenden Position nur eine Einheit nötig war, und somit dem gleichen Irrtum erlegen war (4. September

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2008 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

- 1.** Einführung in die Grundlagen zum öffentlichen Beschaffungswesen und zur elektronischen Plattform SIMAP, Umgang mit dem Handbuch für Vergabestellen
Datum: 23. September 2008 (Vormittag)
- 2.** Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis, Schwerpunkt Bauwesen
Datum: 24. September 2008 (Nachmittag)
- 3.** Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis, Schwerpunkt Lieferungen/Dienstleistungen
Datum: 22. September 2008 (Vormittag)

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.personalentwicklung.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für 1/2 Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 115.– und für Externe Fr. 165.–. Externe können sich mittels Mail an weiterbildung@pa.zh.ch anmelden; Interne benützen das Anmeldeformular.

Anmeldeschluss ist jeweils der 15. August 2008.

2006, VB.2006.00228, E. 3.2-3.4, mit weiteren Hinweisen).

Besondere Vorsicht ist allerdings geboten, wenn Abweichungen bzw. Abänderungen in der Offerte nicht offen deklariert werden; solche Abweichungen können zwar irrtümlich erfolgt sein, doch ist nicht auszuschliessen, dass sie absichtlich vorgenommen wurden und nachträglich ein Versehen behauptet wird, um das Angebot im Nachhinein nötigenfalls verbessern zu können (18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.3.1, mit weiteren Hinweisen).

Varianten

Varianten weichen wesensgemäss vom ausgeschriebenen Amtsvorschlag ab. Unternehmervarianten sind in der Regel Angebote, die für das mit der Beschaffung angestrebte Ziel eine andere technische Lösung vorschlagen als diejenige, die dem Grundangebot zugrunde liegt.

Davon zu unterscheiden sind Angebote mit reduziertem oder erweitertem Leistungsumfang (Minder- bzw. Mehrleistung), die die Bedürfnisse der Beschaffungsstelle immer noch oder aber vollständiger abdecken, sowie solche mit zusätzlichen Leistungselementen, die neben einem ausschreibungskonformen Grundangebot unverlangt offeriert werden, und Preisvarianten.

Varianten sind – sofern die ausschreibende Stelle sie nicht bereits in der Ausschreibung ausgeschlossen hat (§ 13 Abs. 1 lit. d SVO) – zulässig. Auch eine Variante ohne gleichzeitiges Grundangebot ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Fehlt ein Grundangebot führt dies im Prinzip nur dazu, dass bei Ablehnung der Variante kein Angebot des betreffenden Anbieters verbleibt, das in die Auswertung einbezogen werden kann (20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.1).

Wenn ein Anbieter zur Auffassung gelangt, dass die Vergabestelle für den von ihr verfolgten Zweck zu hohe oder zu tiefe Anforderungen stelle, so ist es ihm erlaubt, auf diesen Umstand hinzuweisen und eine entsprechend reduzierte oder erweiterte

Leistung vorzuschlagen. Lässt eine Vergabestelle eine solche Minder- bzw. Mehrleistung zu, hat sie dafür zu sorgen, dass sie Gleiches mit Gleichem vergleicht. So kann sie nicht einfach eine solche Unternehmervariante mit einem ausschreibungskonformen Grundangebot vergleichen. Die Vergleichbarkeit der Angebote lässt sich in einem solchen Fall nur dann herstellen, wenn die Vergabestelle ihr Grundangebot aufgibt und die Unternehmervariante, die eine gegenüber den ursprünglichen Anforderungen reduzierte oder erweiterte Leistung vorschlägt, als massgeblich erklärt. Dann muss sie aber aus Gründen der Gleichbehandlung sowie der Transparenz auch den übrigen Anbietenden Gelegenheit geben, ihre Offerten an die neue Umschreibung des Leistungsinhalts anzupassen (1. November 2006, VB.2005.00514, E. 4.2.3; 18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.3.2; 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.2.2, mit weiteren Hinweisen).

Der umgekehrte Fall, dass die Variante nachträglich dem Grundangebot «angepasst» würde, ist dagegen von vornherein ausgeschlossen, da dies einer nach § 24 Abs. 4 SVO unzulässigen nachträglichen Angebotsänderung gleichkäme. Will die Vergabebehörde also nicht von ihren Ausschreibungsvorgaben abweichen, scheidet die Variante wegen fehlender Vergleichbarkeit aus. Beschränkt sich also ein Unternehmer auf das Angebot einer Minder- oder Mehrleistung, so hat er ein unvollständiges Angebot eingereicht, welches nach geltender Vergabepaxis zum Ausschluss des betreffenden Anbieters führt, sofern diese Variante abgelehnt wird (28. März 2007, VB.2006.00309, E. 6 und 7, mit weiteren Hinweisen).

Unverlangt offerierte Zusatzleistungen wie verlängerte Garantiefrieten oder Wartungsleistungen sind dagegen selbständige Teile des Angebots und können vom Grundangebot abgetrennt werden, ohne dieses zu beeinträchtigen. Sie haben denn auch keinen Einfluss auf die Zulässigkeit und Bewertung des Grundangebots (18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.3.2).

Ob ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichender Vergütungsmodus als Variante angeboten werden kann, insbesondere ein Pauschal- oder Globalpreis zusätzlich zu einem Grundangebot nach Einheitspreisen, ist umstritten (3. Dezember 2003, VB.2003.00256, E. 3.3, mit weiteren Hinweisen) und wird an dieser Stelle nicht behandelt. Als gesichertes Ergebnis gilt, dass die Vergabestelle andere Vergütungsarten zulassen kann (14. Juni 2006, VB.2005.00526, E. 5; 9. Juli 2003, VB.2003.00024.).

Die Probleme, die sich im Zusammenhang mit Varianten ergeben können, legen es nahe, in den Ausschreibungsunterlagen klare Angaben zur Zulässigkeit von (Preis-)Varianten zu machen. Andernfalls sind Anbieter gut beraten, neben ihrer Variante immer auch das Grundangebot einzureichen, um keinen Ausschluss zu riskieren.

d Mängelbehebung und ihre Schwierigkeiten

Weist ein Angebot unwesentliche Mängel oder auch Unklarheiten auf, die nicht einen Ausschluss zur Folge haben müssen, ist eine nachträgliche Korrektur im engen Rahmen von Berichtigungen und Erläuterungen nach den §§ 29 und 30 SVO zulässig. Dabei lässt § 29 Abs. 2 SVO ausdrücklich nur die Berichtigung offensichtlicher Rechnungs- und Schreibfehler zu. Ferner können Unklarheiten mittels schriftlichen oder mündlichen Erläuterungen behoben werden (§ 30 SVO). Diese dürfen lediglich dazu dienen, die Angebote rechnerisch und fachlich auf eine vergleichbare Basis zu bringen; sie müssen sich, wie beispielsweise mit der Klärung oder Ergänzung technischer Einzelheiten, auf die Interpretation der vorliegenden Angebote beschränken und dürfen nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Auftrags oder des eingereichten Angebots nachträglich zu ändern (§ 31 SVO; zuletzt 4. September 2006, VB.2006.00228, E. 3.5, mit weiteren Hinweisen).

Der Einholung fehlender Angaben zur Behebung der Mängel sind wegen der für das Vergabeverfahren wichtigen Grundsätze der Gewährleistung der Gleich-

behandlung aller Anbietenden, der unparteiischen Vergabe sowie der Sicherstellung der Transparenz des Vergabeverfahrens Grenzen gesetzt, selbst wenn dies dazu führt, dass das günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann. Der Vergabebehörde steht überdies beim Entscheid darüber, inwieweit sie Mängel beheben (lassen) will, ein gewisser Ermessensspielraum zu; dies selbstverständlich unter dem Vorbehalt der Gleichbehandlung und des Verhältnismässigkeitsprinzips (30. August 2006, VB.2006.00131, E. 5.3.3, mit weiteren Hinweisen).

Unter Umständen ist die Vergabestelle auch dazu verpflichtet, auf geringfügige Formfehler hinzuweisen und zu deren Beseitigung beizutragen, da – wie eingangs ausgeführt – ein Ausschluss vom Verfahren nur bei wesentlichen Mängeln des Angebots gerechtfertigt ist (18. Mai 2005, VB.2005.00153, E. 2.4). Dabei kann als Grundsatz gelten, dass je unbedeutender ein fehlendes Element im Vergleich zum gesamten Auftrag ist, desto eher ein damit begründeter Verfahrensausschluss als unverhältnismässig erscheint und desto eher eine Ergänzung im Rahmen zulässiger Erläuterungen liegt (13. Juli 2005, VB.2004.00562, E. 5.2.2: Die Anpassung machte in diesem Fall lediglich 1,5 % des ursprünglichen Angebotspreises aus.). Je nach Gewicht der fehlenden Unterlagen bzw. der fehlenden Angaben hat die Vergabestelle also die entsprechenden Anbietenden zur Nachreichung bzw. Ergänzung aufzufordern. Kommt allerdings eine Anbieterin der Aufforderung zur Behebung eines Mangels nicht nach, so ist ein Ausschluss gerechtfertigt, auch wenn der Mangel ursprünglich nicht zum direkten Ausschluss berechtigt hätte (5. Mai 2005, VB.2005.00373, E. 5.4: Die Anbieterin reichte das anfänglich fehlende Muster auf Aufforderung hin nicht in der Grösse A4, sondern mit Abmessungen von 4 cm x 14 cm ein.).

Aufgrund des Umstands, dass die Vergabestelle eine Anbieterin zur Nachreichung eines wichtigen Formulars aufforderte, kann diese sodann nicht darauf vertrauen, dass die Offerte im Übr-

gen vollständig sei und zusammen mit den anderen Angeboten bewertet würde. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass im Zuge der Angebotsprüfung weitere Mängel zutage treten (30. August 2006, VB.2006.00131, E. 5.3.2).

Enthält ein Angebot lediglich die Gesamtpreise von Leistungspaketen, die auch nicht geforderte Zusatzelemente enthalten, können die für den geforderten Leistungsumfang fehlenden Preisangaben im Rahmen der Offertbereinigung nicht mehr nachgebracht werden. Werden solche fehlenden Preisangaben aufgrund einer Besprechung mit den Anbietenden und den bei dieser Gelegenheit gemachten «präzisierenden Angaben» korrigiert, geht dies über die Berichtigung offensichtlicher Schreib- und Rechnungsfehler hinaus und sprengt den Rahmen zulässiger Erläuterungen deutlich (18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.4).

Werden die Ausschreibungsunterlagen aufgrund einer fehlerhaften Interpretation in geringfügiger Weise abgeändert, ist eine Korrektur im Sinn der §§ 29 und 30 SVO ohne weiteres möglich, wenn der begangene Formfehler nur einen unerheblichen Betrag der Offerte berührt (4. September 2006, VB.2006.00228, E. 3.5, unter Hinweis auf den Entscheid vom 22. März 2006, VB.2005.00543, E. 2.3, wo der versehentliche Einbezug einer betragsmässig geringfügigen Option in den Gesamtbetrag einer Offerte korrigiert werden durfte).

3 Verfahrensfragen

Der Ausschluss vom Verfahren muss einem Anbieter nicht mit einer eigenständigen Verfügung eröffnet werden. Dies gilt nicht nur beim Ausschluss infolge Nichterfüllens der Eignungskriterien, sondern auch beim Ausschluss infolge Mängeln bzw. Unvollständigkeit der eingereichten Offerte. Es steht der Vergabestelle frei, im Rahmen des Zuschlags über den Ausschluss zu befinden. In solchen Fällen impliziert die Zuschlagsverfügung den Ausschluss. Dem nicht

berücksichtigten Anbieter entsteht dadurch kein Rechtsnachteil, da er mit der Anfechtung der Zuschlagsverfügung auch geltend machen kann, er sei zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden (28. März 2007, VB.2006.00309, E. 7, mit weiteren Hinweisen).

Wie eingangs erwähnt, ist eine solche Anfechtung durch ausgeschlossene in vielen Fällen zu erwarten. Um dieses wahrscheinliche Risiko insbesondere bei komplexen Vergaben mit aufwändigen Bewertungen der Zuschlagskriterien zeitlich vorwegzunehmen, kann es angezeigt sein, den Ausschluss mit einer eigenständigen Ausschlussverfügung und nicht erst mit dem Zuschlagsentscheid zu eröffnen. Das dient nicht zuletzt der Transparenz des Verfahrens. Selbst wenn der Beschwerde gegen den Ausschluss die aufschiebende Wirkung zuerkannt werden sollte, können die Angebote der Ausgeschlossenen provisorisch in die Auswertung einbezogen und die Zeit des Rechtsmittelverfahrens mit der Prüfung der Zuschlagskriterien überbrückt werden, ohne dass dadurch der Vergabeentscheid präjudiziert würde (in analoger Weise zur provisorischen Zulassung, wie sie das Verwaltungsgericht bei zweistufigen Verfahren auf Antrag zulässt, vgl. dazu implizit den Entscheid vom 22. März 2006, VB.2005.00087, Ziff. II).

4 Fazit

Zum Ausschluss mangelhafter Offerten liegt eine reichhaltige und differenzierte Rechtsprechung vor, die es im Umgang mit solchen Offerten zu beachten gilt. Die Ausschlussgründe sind mit der zulässigen Strenge, also nur bei wesentlichen Mängeln, und in Nachachtung des Gebots der Gleichbehandlung der Anbietenden konsequent anzuwenden. Bei aufwändigen Vergabeverfahren kann es angezeigt sein, ein mangelhaftes Angebot sofort auszuschliessen, um das Risiko eines Beschwerdeverfahrens zeitlich vorzuverlegen.

Alle angegebenen Entscheide sind im Internet unter www.vgrzh.ch abrufbar. ■

Fragen zur Submissionspraxis

2. Teil (Fortsetzung, 1. Teil in Kriterium Nr. 19)

Die nachfolgenden Antworten stellen die Meinung des Redaktionsteams dar. Den Vergabebehörden steht es frei, im Einzelfall begründet anders zu entscheiden. Massgebend bei submissionsrechtlichen Fragen im Kanton Zürich ist neben den Rechtsgrundlagen die Gerichtspraxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich.

2.2 Wahl des Verfahrens

2.2.1. Was ist die Bagatellklausel?

Die Bagatellklausel kommt nur im Staatsvertragsbereich und einzig bei Bauwerken zur Anwendung. Bei einem Bauwerk, das über dem massgeblichen Schwellenwert liegt, müssen grundsätzlich alle Teilleistungen im offenen oder selektiven Verfahren ausgeschrieben werden. Die Bagatellklausel lässt Ausnahmen von diesem Grundsatz zu, in dem sie bestimmt, dass «Kleinaufträge» bis zu 20 % der Kosten des gesamten Bauwerks auch im Einladungs- und freihändigen Verfahren (nach den Regeln im Nicht-Staatsvertragsbereich) vergeben werden können. Im Einzelfall dürfen solche Aufträge den Wert von je Fr. 2'000'000 nicht überschreiten.

2.2.2. Was ist bei der Anwendung der Bagatellklausel zu beachten?

Es empfiehlt sich, eine Aufstellung der für ein Vorhaben insgesamt erforderlichen Vergaben zu erarbeiten, damit hernach die kleinen Aufträge (aus Aufwandgründen) möglichst innerhalb der Bagatellklausel, d. h. nach den

Regeln des Nicht-Staatsvertragsbereichs, vergeben werden können.

Andere als die Baukosten der Hoch- und Tiefbauarbeiten (z. B. Planungskosten) werden bei der Berechnung nicht berücksichtigt.

Freihändige Vergaben gestützt auf § 10 SVO sind sowohl im Staatsvertragsbereich, als auch im Rahmen der Bagatellklausel möglich.

2.2.3. Müssen Leistungen in Anwendung der Bagatellklausel nicht ausgeschrieben werden?

Doch: Für Aufträge, die in den Anwendungsbereich der Bagatellklausel fallen, müssen die aufgrund der Schwellenwerte vorgesehenen Verfahren durchgeführt werden.

2.3. Wie gehe ich vor, wenn noch nicht absehbar ist, ob ein Projekt überhaupt zur Realisierung kommt und in welchem Umfang?

Der Schutz des Vertrauens der Anbietenden angesichts ihrer Aufwendungen verlangt, dass ein Submissionsverfahren nicht leichtfertig begonnen wird. Sind gewisse Grundlagen (Kreditbewilligung, weitere Etappen etc.) noch nicht gegeben, ist ein entsprechender Vorbehalt vorzunehmen. Allenfalls kann auch mit Optionen oder mit Anwendung des § 10 Abs. 1 lit. g SVO gearbeitet werden (Folgauftrag). Nur bedingt zu empfehlen ist eine mehrfache Ausschreibung, da sich hier verschiedene Probleme ergeben können (z.B. Vorwurf der «Salamitaktik» zur Umgehung von Verfahrensregeln [§ 2 Abs. 2 SVO]). Zudem besteht der Problematik der Vorbefassung der bisher Beteiligten.

Speziell gestaltet sich das Vorgehen bei «Pilot-Projekten»: Gemäss § 10 Abs. 1 lit. h SVO darf die Vergabestelle, wenn sie Erstanfertigungen von Gütern (Prototypen) oder neuartige Dienstleistungen beschafft, die auf ihr Ersuchen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden, das freihändige Verfahren anwenden. Führt das

Pilotprojekt zur Beschaffung einer definitiven Lösung, muss diese entsprechend den Schwellenwerten durchgeführt werden. Es empfiehlt sich, ein solches Pilotprojekt unabhängig vom aktuellen Vergabebetrag bereits offen bzw. selektiv auszuschreiben, um eine Folgeauftragsoption auf Ausbau des Projekts oder den Vorbehalt einer freihändigen Vergabe nach § 10 Abs. 1 lit. g SVO (allenfalls auch des Abbruchs des Projekts) anbringen zu können. Enthält ein Studienauftrag eine Folgeauftragsoption, so erfolgt die Vergabe nach der Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts im selektiven Verfahren: Die Auswahl der Teilnehmenden entspricht dem Präqualifikationsentscheid, bei den Projektentwürfen handelt es sich um Angebotsofferten, und mit dem Entscheid über den Folgeauftrag (Weiterbearbeitung des Projekts) wird der Zuschlag erteilt (vgl. VB.1999.00385).

2.4. Muss bei einem mehrjährigem (Dienstleistungs-) Vertrag ein Vertragsende definiert werden bzw. wann muss wieder neu ausgeschrieben werden?

Ja, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Dauer eines Auftrags im Voraus zu beschränken, da es nicht im Belieben der Vergabebehörde stehen kann, das Vertragsverhältnis mit einem Auftragnehmer auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit alle Anbietenden vom Markt auszuschliessen (VGr, 2. November 2000, ZBl 102/2001, S. 101, E. 3c; vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2007, N. 707 ff.). Die Vergabebehörde ist daher gehalten, für den Vertrag mit dem künftigen Auftragnehmer möglichst auch eine Höchstdauer festzulegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Schutz der Investitionen, die ein Anbieter für den vorliegenden Auftrag tätigt, vor allem durch die Minderdauer des Vertrags gewährleistet wird. Eine weit darüber hinaus reichende Verlängerungsmöglichkeit ist im Hinblick darauf nicht erforderlich.

Aufgrund dieser Praxis empfiehlt es sich, laufende Daueraufträge zu überprüfen und gegebenenfalls zu kündigen und neu auszuschreiben. ■

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Felix Christen, Stadt Zürich; Sandra Eberle, Stadt Winterthur; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösl, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf.

Layout: Andreas Walker, BDkom

Kontaktadresse:

E-Mail: gs-stab@bd.zh.ch

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ, Räfjelstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch