Geschäftsnummer: **VB.2025.00160**
Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 05.06.2025
Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: **Submission**

Stichworte:
AUSSCHLUSS AUS DEM VERFAHREN
ERMESSENSSPIELRAUM
ÜBERSPITZTER FORMALISMUS
VERGLEICHBARKEIT DER ANGEBOTE
WESENTLICHE ABWEICHUNG

Rechtsnormen:
Art./§ 4a Abs. I BeiG IVöB
Art. 44 Abs. I IVöB

Publikationen:
- keine -

Ausschluss aus dem Vergabeverfahren

Eine Anbieterin kann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn festgestellt wird, dass ihr Angebot einen wesentlichen Formfehler aufweist oder dieses wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht (E. 3.1). Bei der Beurteilung solcher Mängel ist nach ständiger Rechtsprechung 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. 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. Ein Ausschluss ist jedenfalls einzig im Fall von wesentlichen Abweichungen von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung angezeigt (E. 3.2 f.).
Vorliegend handelte es sich beim Verwenden eines falschen Formulars durch die Beschwerdeführerin um ein offensichtliches Versehen. Der Mangel führt nicht dazu, dass die Angebote nicht mehr sinnvoll vergleichbar wären; jedenfalls wäre keine ungerechtfertigte Bevorzugung der Beschwerdeführerin gegenüber den anderen Anbietenden ersichtlich. Der Formfehler beziehungsweise die Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen ist nicht wesentlich. Ein Verfahrensausschluss infolge eines unwesentlichen Mangels ist nicht vom behördlichen Ermessensspielraum abgedeckt. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist im Verfahren zuzulassen und in die Bewertung miteinzubeziehen (E. 5).

Gutheissung und Rückweisung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung

VB.2025.00160

Urteil

der 1. Kammer

vom 5. Juni 2025

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiberin Regina Meier.

In Sachen

A AG,
vertreten durch RA C
und/oder RA D,

Beschwerdeführerin,

gegen

Baudirektion des Kantons Zürich
Amt für Landschaft und Natur,
Fachstelle Naturschutz,

Beschwerdegegnerin,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Mit Ausschreibung vom 26. November 2024 eröffnete das Amt für Landschaft und Natur der Baudirektion des Kantons Zürich ein offenes Submissionsverfahren betreffend Zielplanung Waldnaturschutz. Innert Frist gingen fünf Angebote ein, darunter jenes der A AG zum Betrag von Fr. 137'174.58. Am 17. Februar 2025 stellte das Amt für Landschaft und Natur der A AG eine Verfügung zu, worin diese wegen unvollständiger Offertunterlagen aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde.

II.

Dagegen erhob die A AG am 5. März 2025 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben und das Verfahren sei unter Berücksichtigung des Angebots der A AG weiterzuführen. In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit Präsidialverfügung vom 6. März 2025 wurde es dem Amt für Landschaft und Natur einstweilen untersagt, das Verfahren weiterzuführen, den Zuschlag zu erteilen oder den Vertrag abzuschliessen. Das Amt für Landschaft und Natur beantragte am 27. März 2025, die Beschwerde wie auch das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, unter Kostenfolge zulasten der A AG. Am 2. April 2025 ersuchte die Beschwerdeführerin um Einsicht in die Beschwerdeantwortbeilagen; das Akteneinsichtsbegehren wurde mit Präsidialverfügung vom 4. April 2025 teilweise gutgeheissen. Mit Replik vom 11. April 2025 hielt die A AG an ihren Anträgen fest, ebenso das Amt für Landschaft und Natur mit Duplik vom 5. Mai 2025.

Die Kammer erwägt:

1.

1.1 Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [BeiG IVöB]). Das BeiG IVöB ist seit dem 1. Oktober 2023 in Kraft (RRB Nr. 826/2023 vom 28. Juni 2023). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren, dem eine Ausschreibung vom 13. Februar 2024 zugrunde liegt, gilt demnach neues Recht. Somit gelangen die Art. 51 ff. IVöB sowie § 3 BeiG IVöB zur Anwendung. Anwendbar ist sodann im Weiteren die Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO).

1.2 Nach § 3 Abs. 1 BeiG IVöB ist gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB, wozu auch der Ausschluss zählt (lit. h), unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das

Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig.

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 rügt den Ausschluss ihres Angebots aus dem Verfahren. Wäre dieser widerrechtlich erfolgt, so hätte sie grundsätzlich Chancen auf den Zuschlag, zumal sie das preislich tiefste Angebot eingereicht hat. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

3.
3.1 Gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB kann eine Anbieterin vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn festgestellt wird, dass ihr Angebot einen wesentlichen Formfehler aufweist oder dieses wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht. Die Übereinstimmung des Angebots mit der Ausschreibung ist eine wesentliche Voraussetzung für den Zuschlag. Abweichungen von der Ausschreibung stellen mithin einen Mangel dar, weshalb Angebote, die der Ausschreibung nicht entsprechen, in der Regel auszuschliessen sind.

3.2 Bei der Beurteilung solcher Mängel ist nach ständiger Rechtsprechung 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, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 6.1; 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 3.1; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen). In der Tendenz betonen Lehre und Rechtsprechung die Formenstrenge des Submissionsverfahrens (VGr, 12. Mai 2016, VB.2015.00013, E. 3.3 mit Hinweisen). Jedenfalls ist zu vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbietender entsteht. Unter der Geltung des alten Rechts ging die Tendenz in Lehre und Rechtsprechung dahin, in Beachtung des Gleichbehandlungsgebots auch in geringem Mass unvollständige Angebote 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).

3.3 Nach dem bisherigen Wortlaut von § 4a Abs. 1 des per 1. Oktober 2023 aufgehobenen Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 hatte die Vergabestelle Anbieterinnen und Anbieter aus einem laufenden Vergabeverfahren auszuschliessen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllten oder wenn sie den rechtskonformen Ablauf des Vergabeverfahrens durch ihr Verhalten beeinträchtigten. Dies war insbesondere dann der Fall, wenn die Anbieterin oder der Anbieter wesentliche Formerfordernisse durch Änderung der Ausschreibungsunterlagen missachtete (lit. b). Die Materialien zum BeiG IVöB (Vorlage 5772 vom 24. November 2021, ABl vom 17. Dezember 2021) enthalten zu Art. 44 Abs. 1 IVöB lediglich den Hinweis, dass die Auftraggeber in der Frage des Ausschlusses bzw. des Widerrufs von Zuschlägen ein grosses Ermessen hätten. Die Bestimmung enthalte eine Liste von Tatbeständen, die einen Ausschluss oder einen Widerruf des Zuschlags rechtfertigen würden (ABl vom 17. Dezember 2021, S. 111). Der Ausschluss ist somit für die aufgezählten Tatbestände nicht mehr als zwingende Rechtsfolge ausgestaltet, sondern dem Ermessensentscheid der Vergabestelle zugewiesen (VGr, 19. Dezember 2024, VB.2024.00101, E. 4.5.1). Ein Ausschluss ist nach dem Wortlaut von Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB jedenfalls einzig im Fall von *wesentlichen* Abweichungen von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung angezeigt.

4.

4.1 Im vorliegenden Submissionsverfahren hatten die Anbietenden fünf Formulare auszufüllen. Streitgegenständlich ist das Formular 1 ("Angaben zur Unternehmung"). Die Beschwerdeführerin legte ihrem Angebot eine andere Version des Formulars 1 bei (diejenige vom 6. September 2024) als diejenige, welche die Vergabestelle mit der Ausschreibung publiziert hatte (Version vom 1. November 2018). Die Beschwerdeführerin führt aus, sie nehme regelmässig an Ausschreibungen der Beschwerdegegnerin teil und habe irrtümlicherweise das Formular aus einem der anderen Vergabeverfahren verwendet.

Die beiden Versionen des Formulars 1 sind weitgehend deckungsgleich. In der Version aus dem Jahr 2018 sind jedoch die verfügbaren Personalressourcen genauer anzugeben: Nicht nur die Anzahl der beschäftigten Personen, sondern auch die "Stellenprozente insgesamt" sind anzugeben; hinzu kommen Angaben betreffend die für den Auftrag einzusetzenden Personen (Anzahl Schlüsselpersonen, deren Stellvertretung, weiteres unterstützendes Personal und jeweils die Stellenprozente).

4.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sich ihrem Angebot an anderer Stelle sämtliche relevanten Informationen, die im Formular von 2018 zusätzlich abgefragt werden, entnehmen lassen: Namentlich seien die notwendigen Angaben zu den Schlüsselpersonen aus Formular 3 ("Angaben zu Qualifikation Schlüsselperson[en]") ersichtlich. Nicht direkt entnehmen lassen würden sich zwar die Stellenprozente, aber aus Formular 5 ("Preisangebot") sei ersichtlich, wie viele Arbeitsstunden die Schlüsselpersonen zu welchem Zeitpunkt aufwenden würden – daher sei die Angabe der exakten Stellenprozente

für die Vergabestelle nicht mehr von Relevanz bzw. liesse sich gegebenenfalls anhand der Arbeitsstunden berechnen. Aus Formular 3 sei sodann auch ersichtlich, dass die Schlüsselperson die Hauptbearbeitung des Auftrags und somit deutlich über 50 % der Arbeit übernehme.

Die Beschwerdegegnerin verweist demgegenüber auf die strenge Rechtsprechung zur Frage des Ausschlusses. Den Ausschreibungsunterlagen sei denn auch klar zu entnehmen, dass unvollständige Angebote aus dem Verfahren ausgeschlossen würden. Ausserdem verfüge die von der Beschwerdeführerin im Formular 3 angeführte stellvertretende Schlüsselperson nicht über genügende einschlägige Erfahrung und die Aufteilung der Arbeiten zwischen der Schlüsselperson und ihrer Stellvertretung sei nicht ausgewiesen.

5.

5.1 Die Beschwerdegegnerin weist grundsätzlich zu Recht darauf hin, dass bei Mängeln wie dem vorliegenden ein strenger Massstab anzulegen ist. Dies ist allerdings kein Selbstzweck: Hintergrund dieser Praxis ist es, die Vergleichbarkeit der Angebote und die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sicherzustellen (s. o. E. 3.2). Vorliegend ist das Angebot der Beschwerdeführerin mit den anderen eingegangenen Offerten trotz Verwendung des falschen Formulars vergleichbar. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, ergeben sich die notwendigen Angaben zur Unternehmung mit hinreichender Genauigkeit aus den anderen eingereichten Unterlagen, um das beschwerdeführerische Angebot zumindest mit den Konkurrenzofferten vergleichen und bewerten zu können.

Eine nicht mehr zu vertretende Ungleichbehandlung respektive Bevorzugung der Beschwerdeführerin gegenüber den anderen Offertstellenden ist bei Zulassung ihres Angebots sodann nicht ersichtlich: Es entsteht der Beschwerdeführerin kein nennenswerter Vorteil daraus, dass sie zwar grundsätzlich die gleichen Angaben wie die anderen Anbieterinnen gemacht hat, diese jedoch an anderen Stellen in ihrem Angebot.

5.2 Die Beschwerdegegnerin bringt sodann vor, dass die stellvertretende Schlüsselperson nicht über genügende einschlägige Erfahrung verfüge und die Aufteilung der Arbeiten zwischen der Schlüsselperson und ihrer Stellvertretung nicht ausgewiesen sei.

Es ist nicht in Abrede zu stellen, dass sich die Angaben betreffend die Stellenprozente der Schlüsselperson und von deren Stellvertretung zwar hinreichend genau, aber nicht exakt aus der beschwerdeführerischen Offerte ergeben: Aus Formular 5 ("Preisangebot") kann berechnet werden, dass im Jahr 2025 Stellenprozente im Umfang von 12 % und in den Jahren 2026–2028 Stellenprozente von 2,5 % bis 17 % für den ausgeschriebenen Auftrag eingesetzt werden sollen, und dem Formular 3 ("Angaben zu Qualifikation Schlüsselperson[en]") kann entnommen werden, dass die Aufgaben zur Hauptsache von der Schlüsselperson selbst und nicht von ihrer Stellvertretung ausgeführt werden. Diesen Ungenauigkeiten ebenso wie der allenfalls mangelnden Erfahrung der stellvertretenden Schlüsselperson ist jedoch im Rahmen der Angebotsbewertung Rechnung zu tragen; sie vermögen keinen Verfahrensausschluss zu begründen.

5.3 Weiter handelt es sich ganz offenkundig um ein blosses Versehen, dass die Beschwerdeführerin vorliegend eine andere Version des Formulars 1 eingereicht hat. Anders als von der Beschwerdegegnerin vorgebracht, dürfte es sich auch bei der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens in das von ihr verwendete Formular eingesetzt hat, nicht um eine absichtliche Änderung der Ausschreibungsunterlagen gehandelt haben. Es erscheint offensichtlich, dass die Beschwerdeführerin schlicht davon ausging, dass für die vorliegende Ausschreibung das gleiche Formular wie für die anderen Vergabeverfahren der Beschwerdegegnerin zu verwenden war. Ein ungerechtfertigter Vorteil, den sich die Beschwerdeführerin durch absichtliche Verwendung des falschen Formulars hätte verschaffen können, ist klarerweise nicht gegeben und wird denn auch nicht geltend gemacht. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass es beispielsweise im Rahmen von Angebotsbereinigungen ohne Weiteres zulässig ist und nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot verstösst, offensichtliche Fehler zu korrigieren und Unklarheiten zu beheben (VGr, 29. Oktober 2019, VB.2019.00307, E. 5.1 mit weiteren Hinweisen).

5.4 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass es sich beim Verwenden des falschen Formulars vorliegend um ein offensichtliches Versehen gehandelt hat. Der Mangel führt nicht dazu, dass die Angebote nicht mehr sinnvoll vergleichbar wären; jedenfalls wäre keine ungerechtfertigte Bevorzugung der Beschwerdeführerin gegenüber den anderen Anbietenden ersichtlich. Der Formfehler beziehungsweise die Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen ist nicht wesentlich im Sinn von Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB, zumal sich alle notwendigen Angaben mit hinreichender Genauigkeit aus der Offerte der Beschwerdeführerin ergeben.

Ein Verfahrensausschluss infolge eines unwesentlichen Mangels ist nicht vom behördlichen Ermessensspielraum abgedeckt. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist im Verfahren zuzulassen und in die Bewertung miteinzubeziehen.

6.
Mit dem vorliegenden Urteil wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

7.
Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG).

Sodann ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 3'000.- (MWST inbegriffen).

8.
Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert für Dienstleistungen gemäss Anhang 4 Ziffer 2 zum Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen

(BöB) nicht und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist somit unzulässig (Art. 83 lit. f Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 lit. a BöB). Folglich kann gegen die vorliegende Verfügung nur subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Ausschlussverfügung vom 17. Februar 2025 (Datum der Zustellung) des Amts für Landschaft und Natur der Baudirektion des Kantons Zürich wird aufgehoben. Die Sache wird an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, um das Verfahren unter Einbezug der Beschwerdeführerin fortzusetzen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
   Fr. 6'000.--; die übrigen Kosten betragen:
   Fr. 220.-- Zustellkosten,
   Fr. 6'220.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids.

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 die Parteien.