

Recht informiert.

Der Newsletter von Pfisterer Fretz Rechtsanwälte,  
Dezember 2017

**Submission: Ausschluss nach Aufforderung zur Verbesserung des Angebots**

**Bestellen Private eine Arbeitsleistung oder eine Lieferung, verlangen sie oft Offerten von den anbietenden Unternehmungen. Das gilt auch im öffentlichen Vergabeverfahren. Offerten, die der Ausschreibung nicht entsprechen, können aus dem Verfahren ausgeschlossen werden, namentlich wenn Formvorschriften verletzt sind. Von einem Ausschluss ist jedoch abzusehen, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die aufgestellte Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernsthaft beeinträchtigt wird. Bei unklaren Offerten muss die Vergabestelle unter Umständen Erläuterungen verlangen. Diese dürfen jedoch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Angebots führen. Die Abgrenzung zwischen zulässiger Erläuterung und unzulässiger Änderung ist nicht scharf. Anhand eines aktuellen Falles vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden zeigen wir die Thematik auf.**



Wer die Anforderungen der Ausschreibung nicht erfüllt, ist in der Regel vom Verfahren auszuschliessen. Ein Ausschluss kann allerdings unverhältnismässig sein. Liegt beispielsweise ein offensichtlicher Fehler des Anbieters vor, kann die Vergabestelle fehlende Angaben ohne grossen Aufwand selber ergänzen oder hängt die Bewertung des Angebotes überhaupt nicht von den fehlenden Angaben

ab, ist ein Ausschluss kaum gerechtfertigt. Die Vergabestelle hat einen grossen Ermessensspielraum, ob sie ein mangelhaftes Angebot ausschliessen oder ob sie fehlende Angaben nachträglich einholen bzw. Unklarheiten durch Rückfragen beseitigen will.

Im Fall vor Verwaltungsgericht Graubünden mussten die Unternehmungen im Angebot in einer Tabelle mit "Ja" oder "Nein" antworten, ob sie gewisse Vorgaben erfüllten. Bei einem "Nein" drohte ein Ausschluss ("Muss-Kriterien"). Eine Unternehmung hatte bei vier Kriterien "Nein" eingetragen und dazu jeweils erklärt, unter welchen Bedingungen die Vorgabe dennoch eingehalten werde. Die Vergabestelle hatte die Anbieterin daraufhin aufgefordert zu erklären, was sie damit meine; sie solle mit "Ja" oder "Nein" antworten. Die Unternehmung reichte ihr Angebot daraufhin mit lauter "Ja" ein, ohne Vorbehalte. Die Vergabestelle schloss die Unternehmung dennoch vom Verfahren aus. Diese beschwerte sich gegen den Ausschluss. Sie machte geltend, mit der Aufforderung zur Präzisierung der Antworten habe die Vergabestelle bei ihr ein Vertrauen geschaffen, welches einen Ausschluss als treuwidrig und unverhältnismässig erscheinen liesse.

Das Verwaltungsgericht schützte den Ausschluss. Es argumentierte, die Unternehmung habe die Muss-Kriterien entweder nicht oder nur unvollständig erfüllt. Denn anstatt mit "Ja" habe sie sinngemäss mit "Nein, aber ..." geantwortet. Die Vergabestelle habe nirgends zugesichert, dass das Nachreichen von Angaben zum Verbleib im Verfahren führe. Ohnehin sei ein Ausschluss bei Nichterfüllung der Muss-Kriterien unvermeidbar. Eine unklare bzw. fehlerhafte Aufforderung der Vergabestelle an eine einzelne Unternehmung, ihr Angebot anzupassen, könne eine nachträgliche Verbesserung einer Offerte nicht zulässig werden lassen. Dem stünden neben dem Grundsatz der Unabänderlichkeit der Offerten auch derjenige der Gleichbehandlung aller Unternehmungen entgegen. Der Ausschluss sei verhältnismässig, denn bei Muss-Kriterien gebe es grundsätzlich keine Zwischenstufen: Das Kriterium sei entweder erfüllt oder nicht erfüllt. Man könne einen Anbieter nur entweder ganz oder gar nicht ausschliessen; "nur ein bisschen ausschliessen" gehe nicht. Wenn Muss-Kriterien verletzt seien, bleibe kein Raum für ein abgestuftes Vorgehen bzw. eine mildere Massnahme (Verwaltungsgericht Graubünden, [Urteil U 17 46](#) vom 29. August 2017).

Der Entscheid ist für die Unternehmung im Ergebnis hart, rechtlich jedoch korrekt. Die Vergabestelle hätte bei Muss-Kriterien, Bagatellen ausgenommen, gar nicht

nachfragen sollen. Da der Unternehmung aus der Nachbesserung der Offerte kein Schaden entstanden ist (sie musste nur die Tabelle neu ausfüllen), stand ihrem Interesse am Schutz des Vertrauens das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung (Unabänderlichkeit der Offerten, Gleichbehandlung der Anbieter) entgegen. Letzterem wurde das grössere Gewicht gegeben. Bei Muss-Kriterien muss eine strenge Linie eingehalten werden; andernfalls würde ihre Bedeutung untergraben. Heikler ist die Abgrenzung, wenn beispielsweise ein Betriebsregisterauszug fehlt und das Fehlen keine Auswirkungen auf das Angebot an sich hat. Dieser und vergleichbare fehlende Nachweise dürfen bei der Unternehmung wohl nachgefordert werden, unter Ansetzung einer kurzen Nachfrist. Ein solches Angebot ist eher nicht auszuschliessen; der Ausschluss könnte als verbotener überspitzter Formalismus aufgefasst werden. Eine generelle, schematische Antwort zum Ausschluss "Ja" oder "Nein" ist allerdings nicht möglich. Es zählt der Einzelfall.

---