

GL_GERICHTE GL-1035 vom 11. Juli 2018

GL Gerichte, 2018-07-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl_gerichte_GL-1035

FR: GL_GERICHTE GL-1035 du 11 juillet 2018

IT: GL_GERICHTE GL-1035 del 11 luglio 2018

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Alters- und Pflegeheime Glarus Nord (APGN) schrieben im Amtsblatt des Kantons Glarus vom 26. April 2018 und auf der Internetplattform simap die Vergabe von Lüftungsanlagen für den Umbau und die Erweiterung des Alters- und Pflegeheims "Letz" in Näfels im offenen Verfahren aus.

1.2 Mit Verfügung vom 11. Juli 2018 schloss die APGN die D._____ AG vom Verfahren aus, da diese die Grundvariante nicht offeriert habe. Gleichentags erteilte sie den Zuschlag an die A._____ AG. In der Folge wies die D._____ AG die APGN am 25. Juli 2018 darauf hin, die Grundvariante offeriert gehabt zu haben, weshalb sie um Wiedererwägung der Verfügung betreffend Ausschluss aus dem Verfahren ersuchte. Mit Schreiben vom 31. Juli 2018 bestätigte die D._____ AG, dass die offerierten Preise mit den ausgeschriebenen Leistungen in der Grundvariante gültig seien und sie im Rahmen einer Variante teilweise auch andere Geräte zum gleichen Preis liefern könne.

1.3 Mit Verfügung vom 21. August 2018 nahm die APGN die D._____ AG wieder ins Verfahren auf und beurteilte alle eingereichten Angebote erneut. Gestützt darauf erteilte sie den Zuschlag an die D._____ AG. Den vorgängig verfükten Zuschlag an die A._____ AG widerrief die APGN in derselben Verfügung.

E. 2

2.1 Dagegen gelangte die A._____ AG mit Beschwerde vom 3. September 2018 ans Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 21. August 2018 und die Vergabe an sie. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und ihr sei umfassende Akteneinsicht zu gewähren; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der APGN sowie unter dem Vorbehalt sämtlicher weiterer Rechte.

2.2 Die APGN beantragte am 14. September 2018, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren. Weiter machte sie ein Geheimhaltungsinteresse an verschiedenen Beilagen geltend; alles unter gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die ins Verfahren beigeladene D._____ AG liess sich innert Frist nicht vernehmen.

E. 3

Mit Präsidialverfügung vom 19. September 2018 erteilte das Verwaltungsgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Überdies entschied es, der A._____ AG mit Ausnahme der Offertunterlagen der D._____ AG Einsicht in sämtliche Verfahrensakten, teilweise geschwärzt, zu gewähren.

E. 4

4.1 Nach Art. 12 Abs. 1 lit. g SubmG kann der Auftraggeber Anbieter vom Verfahren ausschliessen, aus dem Verzeichnis für geeignete Anbieter streichen oder den Zuschlag widerrufen, wenn der Anbieter wesentliche Formvorschriften verletzt.

4.1.1 Den Formvorschriften im Submissionsrecht kommt ■ jedenfalls insofern, als sie im Dienste der Gewährleistung wichtiger Vergabeprinzipien (wie des Prinzips der Gleichbehandlung der Submittenten und ihrer Angebote) stehen ■ ein hoher Stellenwert zu. Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Vergabeunterlagen nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden verletzen. Ein solches Angebot ist daher grundsätzlich auszuschliessen. Vorbehalten bleibt das Verbot des überspitzten Formalismus (Galli, Rz. 456 f.). Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf ein Anbieter daher nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden. Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Offerten, deren fehlende Angaben sich auf das Preis-/Leistungsverhältnis auswirken können, sind zwingend auszuschliessen (Galli, Rz. 444 ff.). Von vornherein nicht zu akzeptieren sind Mängel im Angebot, die eine seriöse sachliche Beurteilung desselben ausschliessen (Galli, Rz. 482).

4.1.2 Dem Anbietenden, der eine Variante einreicht, obliegt eine besondere Mitwirkungspflicht, indem er zusammen mit seiner Variante diejenigen zumutbaren Unterlagen einzureichen hat, welche die Gleichwertigkeit derselben mit den Anforderungen der Amtsvariante möglichst gut dokumentieren. Das Zürcher und das Aargauer Verwaltungsgericht verlangen vom Anbieter einer Variante, dass dieser in seinem Angebot die Vorzüge derselben deutlich darstellt; Kostenvorteile bzw. entstehende Mehrkosten müssen aus den Unterlagen des Variantenanbieters deutlich sichtbar sein. Es kann nicht Aufgabe der Vergabestelle sein, unvollständige Varianten selbst so weit entwickeln zu müssen, bis die Kostenvorteile bzw. -nachteile in Zahlenform zum Ausdruck kommen würden (Galli, Rz. 760, mit Hinweisen).

E. 4.2

4.2.1 Dass das von der Beigeladenen eingegebene Angebot unklar und damit mangelhaft war, ergibt sich bereits aus der unbestrittenen Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin als Vergabestelle im Rahmen der Offertprüfung davon ausging, dass die Beigeladene die Grundvariante nicht offeriert habe. Dies gründete offensichtlich darin, dass die Beigeladene das den Offertstellern überlassene Angebotsformular handschriftlich ergänzte, obwohl in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten war, dass Veränderungen von Text und Ausmass nicht gestattet seien und das Formular vollständig auszufüllen sei (Ziff. 19.3 der Ausschreibungsunterlagen). Ebenso wurde ausdrücklich und verständlich geregelt, dass allfällige Varianten als besondere Beilage einzureichen und klar zu umschreiben seien (Ziff. 19.4 der Ausschreibungsunterlagen). Obwohl angeordnet worden war, dass Änderungen und/oder Streichungen nicht gestattet seien und den Ausschluss vom Verfahren zur Folge hätten, hatte sich die Beigeladene entschieden, das Angebotsformular handschriftlich zu ergänzen. Dabei ist die Beschwerdegegnerin darauf hinzuweisen, dass auch handschriftliche Ergänzungen Veränderungen des Textes darstellen, da dadurch der Inhalt des Angebotsformulars verändert wird. Dass die Beschwerdegegnerin anlässlich der Offertprüfung ebenfalls dieser Meinung war, belegt der ursprünglich von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Verfahrensausschluss der Beigeladenen. Denn dieser beruhte auf dem durch die handschriftlichen Ergänzungen entstandenen Verständnis, dass das Angebot verändert worden sei. Die Beschwerdegegnerin ging dabei davon aus, die

Beigeladene habe nur eine Alternativvariante und eben keine Grundvariante offeriert gehabt. Dieses Verständnis des Angebots der Beigeladenen durch die Beschwerdegegnerin ist nachvollziehbar. Denn um entsprechende Missverständnisse zu verhindern, war den Ausschreibungsunterlagen ein separates Formular beigelegt mit dem Zweck, allfällige Alternativen darin aufzunehmen. Auch dieses Formular musste, entsprechend Ziff. 19.3 und 19.4 der Ausschreibungsunterlagen, vollständig ausgefüllt werden und Alternativen sollten klar umschrieben werden. Die Beigeladene ist dieser Anweisung ebenfalls nicht gefolgt, indem sie keine Preisangaben betreffend die Alternativvarianten machte. Aus den fehlenden Preisangaben kann, entgegen der Ansicht der Beigeladenen, nicht geschlossen werden, aus den Alternativvarianten würden keine Mehr- oder Minderpreise resultieren, denn dafür hätte der entsprechende Mehr- oder Minderpreis im Formular mit Fr. 0.- angegeben werden müssen. Nur bei einem solchen Vorgehen wäre das Formular mit den Alternativvarianten vollständig und klar ausgefüllt gewesen. Dies ist umso gewichtiger, als dass es der Beigeladenen obliegt, Alternativvarianten verständlich und für die Vergabestelle nachvollziehbar zu offerieren (vgl. E. II/4.1.2 vorne). Dazu gehört es, zum einen die Alternativvarianten klar von der Grundvariante getrennt zu offerieren und deren Vorteile und allenfalls auch Nachteile offenzulegen. Ebenso gehört dazu, die Kosten der Alternativvarianten zu beziffern, da der offerierte Preis ein wesentliches Zuschlagskriterium darstellt. Dass das Angebot der Beigeladenen diesen Anforderungen nicht genügte, zeigt der vorinstanzliche Verfahrensverlauf exemplarisch auf.

4.2.2 Grundsätzlich richtig ist der Hinweis der Beschwerdegegnerin und der Beigeladenen darauf, dass Erläuterungen eines Anbieters zulässig sind, wenn die Angaben eines Angebots unklar sind (vgl. Art. 29 Abs. 2 SubmG; Art. 17 Abs. 2 SubmV; § 29 Abs. 1 der Vergaberichtlinien zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 bzw. vom 15. März 2001 [VRöB]). Diesbezüglich ist jedoch zu entgegnen, dass sich aus dem Verhandlungsverbot das Prinzip der Unveränderlichkeit der Angebote nach deren Einreichung bei der Vergabebehörde ergibt. Daraus folgt, dass die Anbieter ihre Angebote auch gestützt auf ein Erläuterungsbegehren nicht abändern dürfen, sondern nur Klarstellungen und Präzisierungen von vorhandenen Offertinhalten im Hinblick auf die Offertbereinigung liefern dürfen (Galli, Rz. 684, 710 ff.). Denn Unklarheiten in der Offertstellung könnten sonst dazu missbraucht werden, bestimmte Leistungsinhalte absichtlich offen zu lassen, um das Angebot nachträglich, in Kenntnis der Konkurrenzofferten, zu verändern. Daher kommt eine nachträgliche Präzisierung eines Angebots nur in Frage, wenn es sich um untergeordnete Nebenpunkte handelt oder ein Missbrauch aufgrund der Umstände nicht denkbar ist (Galli, Rz. 714). Werden durch die Offenlassung von bestimmten Fragen in einem Angebot Ausschreibungsvorgaben missachtet, so darf dies nicht auf dem Wege der Präzisierung nachgebessert werden, vielmehr muss das diesfalls als unvollständig und ausschreibungswidrig zu betrachtende Angebot ausgeschlossen werden (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2141).

Die Beigeladene hat im Rahmen ihrer Offerstellung die Ausschreibungsunterlagen handschriftlich ergänzt und es dabei unterlassen, zu bezeichnen, auf welche Produkte (Grund- oder Alternativvariante) sich die offerierten Preise beziehen würden. Weiter hat sie die Preise der Alternativvarianten bzw. die durch die Alternativvarianten entstehenden Mehr- oder Minderkosten im dafür eigens vorgesehenen Formular nicht beziffert. Erst nach Vornahme der Offertöffnung und damit nach Ablauf der Offerteingabefrist hat sie

ausgeführt, dass sich der offerierte Preis auf die Grundvariante wie auch auf die Alternativvarianten beziehe und entsprechend bei den Alternativvariante keine Mehr- oder Minderkosten entstünden. Folglich erfolgte die definitive und für die Vergabestelle klare Preisbestimmung der Grundvariante wie auch der Alternativangebote nach Beendigung der Eingabefrist. Damit offerierte die Beigeladene erstmals nach Ablauf der Offerteingabefrist in verständlicher und für die Beschwerdegegnerin als Vergabebehörde klarer Weise eine Grundvariante wie auch eine Alternativvariante mit den jeweiligen Preisangaben. Entgegen den Vorbringen der Beigeladenen und der Beschwerdegegnerin stellt die nachträgliche Preisbestimmung keine Erläuterung bzw. Präzisierung von unklaren Nebenpunkten dar, sondern eine nachträgliche Abänderung der ursprünglich eingereichten Offerte. Dies darum, weil eine klare Preisbestimmung der Grund- wie auch der Alternativvarianten in ursprünglichen Offerte nicht enthalten war. Ein solches Vorgehen widerspricht dem Verhandlungsverbot (Art. 15 Abs. 3 SubmV) und ist deshalb auch mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter nicht vereinbar. Folglich ist das unvollständige und damit ausschreibungswidrige Angebot der Beigeladenen aus dem Vergabeverfahren nach Art. 12 Abs. 1 lit. g SubmG auszuschliessen. Dabei greift das Verwaltungsgericht nicht unzulässigerweise in das Ermessen der Beschwerdegegnerin ein, sondern korrigiert einen Rechtsfehler, wozu es berechtigt ist (vgl. Art. 37 Abs. 1 SubmG).

Folglich hat der Ausschluss der Beigeladenen aus dem Verfahren zwingend zu erfolgen. Die Beschwerdegegnerin hat entsprechend die Wiederaufnahme der Beigeladenen ins Submissionsverfahren und die Zuschlagserteilung an diese zu Unrecht vorgenommen, weshalb die beschwerdegegnerische Verfügung vom 21. August 2018 vollumfänglich aufzuheben ist.

E. 5

Zusammenfassend hat die Beschwerdegegnerin die Beigeladene ursprünglich zu Recht von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen. Die wiedererwägungsweise Aufhebung des Verfahrensausschlusses und die nachträgliche Erteilung des Zuschlages an die Beigeladene unter Widerruf des Zuschlages an die Beschwerdeführerin widersprechen dem Verhandlungsverbot und dem Gleichbehandlungsgebot im Submissionsverfahren, weshalb die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 21. August 2018 vollumfänglich aufzuheben ist. Damit sind die Verfügungen der Beschwerdegegnerin vom 11. Juli 2018 in Sachen Verfahrensausschluss der Beigeladenen sowie Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin zu bestätigen.

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.

III.

1.

Nach Art. 134 Abs. 1 lit. c VRG hat die Partei, welche im Beschwerdeverfahren unterliegt, die amtlichen Kosten zu tragen. Die unterliegende Beschwerdegegnerin hat den bereits an die Beschwerdeführerin erteilten Zuschlag nachträglich in unzulässiger und ihren eigenen Ausschreibungsunterlagen widersprechenden Weise widerrufen, wobei es sich um eine offensichtliche Rechtsverletzung handelt. Ihr ist daher ein Teil der Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 135 Abs. 3 VRG). Die Beigeladene hat sich am vorliegenden Verfahren beteiligt, weshalb auch sie einen Teil der Kostenfolgen zu tragen hat (Art. 16 Abs. 3 VRG). Sind mehrere Parteien am Verfahren beteiligt, werden die Kosten in der Regel unter denjenigen angemessen aufgeteilt, die ganz oder teilweise unterliegen, unter

Berücksichtigung ihrer jeweiligen Interessen am Verfahren und dem Entscheid über ihre Vorbringen (Art. 137 Abs. 1 VRG). Vorliegend erscheint es daher angemessen, die Gerichtskosten auf pauschal Fr. 6'000.- anzusetzen und diese je zur Hälfte der Beschwerdegegnerin und der Beigeladenen aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 6'000.- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

2.

Die Parteien erhalten nach Art. 138 Abs. 3 lit. a VRG zu Lasten der Vorinstanz eine angemessene Parteientschädigung, wenn sie im Verwaltungsgerichts-beschwerdeverfahren obsiegen. Soweit an einem solchen Verfahren Parteien mit gegensätzlichen Interessen beteiligt sind, kann der obsiegenden Partei zu Lasten jener, die unterliegt, eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen werden. Die Aufteilung unter mehreren entschädigungspflichtigen Parteien geschieht entsprechend Art. 137 VRG (Art. 138 Abs. 2 VRG; vgl. auch Art. 16 Abs. 3 VRG). Die Beschwerdegegnerin und die Beigeladene sind daher zu verpflichten, der Beschwerdeführerin innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids eine Parteientschädigung in der Höhe von je Fr. 2'000.- (inkl. Mehrwertsteuer), d.h. insgesamt Fr. 4'000.-, zu bezahlen.

3.

Da das vorliegende Bauvorhaben den Schwellenwert gemäss Art. 1 lit. c der Verordnung des Departements Wirtschaft, Bildung und Forschung über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 vom 22. November 2017 nicht erreicht, steht gegen den vorliegenden Entscheid einzig die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [BGG]) ans Bundesgericht offen (Art. 83 lit. f BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.