

SO_GERICHTE VWBES.2013.338 vom 11. Dezember 2013

SO Obergericht, 2013-12-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2013.338

FR: SO_GERICHTE VWBES.2013.338 du 11 décembre 2013

IT: SO_GERICHTE VWBES.2013.338 del 11 dicembre 2013

Regeste

§§ 11 und 21 SubG. Ein Ausschluss vom Vergabeverfahren ist nicht zwingend mit einer separaten Verfügung zu eröffnen. Ein Angebot, welches auszuführende Positionen zum Nulltarif ausweist, kann als unvollständiges Angebot vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Volltext

SOG 2013 Nr. 25

§§ 11 und 21 SubG. Ein Ausschluss vom Vergabeverfahren ist nicht zwingend mit einer separaten Verfügung zu eröffnen (E. 2). Ein Angebot, das auszuführende Positionen zum Nulltarif ausweist, kann als unvollständiges Angebot vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (E. 3 bis 5).

Sachverhalt:

Der Kanton Solothurn schrieb im offenen Vergabeverfahren die Erstellung einer Strasse aus. Unter anderen reichten die S.-AG ein Angebot von CHF 1■255■000.00 und die I.-AG ein solches von CHF 1■262■000.00 ein. Der Kanton schloss die S.-AG wegen unvollständig eingereichten Angebots vom Verfahren aus und erteilte den Zuschlag an die I.-AG (Zuschlagsempfängerin). Die S.-AG (Beschwerdeführerin) erhob gegen den Zuschlag Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.1 Die Vergabebehörde machte geltend, sie habe die Beschwerdeführerin wegen unvollständigen Angebots vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Dies sei dem Regierungsratsbeschluss zu entnehmen. Tatsächlich besagt der Regierungsratsbeschluss nur, dass ein Angebot von sieben ausgeschlossen wurde. Welche Offerentin betroffen ist, lässt sich dem Regierungsratsbeschluss nicht direkt entnehmen. Gemäss Akten wurde der Beschwerdeführerin keine separate Ausschlussverfügung vom Vergabeverfahren eröffnet. Weder die Zuschlagsverfügung noch das Protokoll über die Öffnung der Angebote enthält einen Hinweis auf den Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren. Gemäss Zuschlagsverfügung ist jedoch eindeutig ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag nicht erhalten hat.

2.2 Gemäss § 11 Submissionsgesetz (SubG, BGS 721.54) kann die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen sowie aus dem Verzeichnis nach § 10 SubG streichen. Der Ausschluss eines Anbieters vom Submissionsverfahren kann gemäss Eidgenössischer Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (bis 2006) durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch

Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen (BVGer: B-504/2009). Im Bund und auch im Kanton Zürich haben die Anbieter keinen Anspruch darauf, dass über einen allfälligen Ausschluss von der Teilnahme mit separater Verfügung vorweg entschieden wird (Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Marc Steiner: Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich etc. 2013, N 449). Auch aus dem SubG des Kantons Solothurn geht kein solcher Anspruch hervor. Damit besteht im Kanton Solothurn kein Anspruch darauf, mit separater Verfügung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Das Vorgehen der Vergabebehörde, den Ausschluss implizit dadurch zu verfügen, dass der Zuschlag an eine andere Anbieterin erteilt wurde, ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen. In der Begründung der Zuschlagsverfügung resp. Nicht-Zuschlagsverfügung für die Beschwerdeführerin hätte jedoch der Ausschluss zum besseren Verständnis vermerkt werden können.

3.1 Nachdem der Ausschluss formell nicht zu beanstanden ist, ist weiter zu prüfen, ob dieser zu Recht erfolgte. Dabei ist zu beachten, dass das Verwaltungsgericht nur unrichtige oder unvollständige Feststellungen des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsverletzungen, wie Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, nicht aber Unangemessenheit überprüfen kann (§ 33 SubG).

3.2 Die Vergabebehörde erachtete das Angebot in Papierform der Beschwerdeführerin aufgrund der fehlenden drei Positionen als unvollständig. Die Beschwerdeführerin machte dagegen geltend, dass sie die drei Positionen, welche im Vergleich zum Gesamtvolumen nur einen geringen Wert hätten, zum Nulltarif offerieren wollte. Dies würde sich aus der elektronischen Offerte der Beschwerdeführerin ergeben. Die Eingabe eines unvollständigen Angebots sei von der Beschwerdeführerin nicht beabsichtigt gewesen.

3.3 Aus der Offerte in Papierform der Beschwerdeführerin ist zu entnehmen, dass zu den folgenden drei Positionen keine Ausführungen vorhanden sind:

Baustelleneinrichtungen, Lichtsignalanlage;

Pflästerungen und Abschlüsse, Bindersteine (Schalensteine);

Belagsarbeiten, Einrichtung für Gussasphalt.

3.4 Dass die drei Positionen in der Offerte auf Papier fehlen, wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Ebenfalls ist unbestritten, dass in der elektronischen Offerte der Beschwerdeführerin diese drei Positionen aufgeführt sind, teilweise sogar die Stückzahlen eingesetzt. Ob die Stückzahlen von der Beschwerdeführerin eingesetzt wurden oder bereits in der Offertunterlage ausgefüllt waren, ist nicht erstellt, kann aber offen bleiben. Die Arbeiten sind in der elektronischen Offerte zum Nulltarif ausgewiesen. Das elektronische und das Angebot in Papierform der Beschwerdeführerin weisen das gleiche Nettopreisangebot aus.

3.5 Die ausgedruckte Offerte der Beschwerdeführerin enthält zu den zum Nulltarif angegebenen Positionen keine Ausführungen. Diese Positionen wurden in der Papierform nicht pro memoria oder zum Nulltarif ausgewiesen, sondern einfach unterdrückt. Ob dies mit dem EDV-Programm zusammenhängt oder von der Beschwerdeführerin verschuldet ist, ist nicht erstellt. Bei einer sorgfältigen Prüfung der Offerte vor Einreichung hätten der Beschwerdeführerin die fehlenden Positionen auffallen sollen.

3.6 Die Vergabebehörde erachtete gemäss Ausschreibungsunterlagen nur die ausgedruckte und unterzeichnete Offerte in Papierform als verbindlich. Dieses Vorgehen ist nicht zu

beanstanden. Die Vergabebehörde begeht dadurch weder eine Überschreitung noch einen Missbrauch des Ermessens. Eine Rechtsverletzung liegt nicht vor.

4.1 Die Rechtsprechung behandelt unvollständige Angebote allgemein sehr streng. So auch das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern: Unvollständige Angebote oder solche, bei welchen die Anbieterinnen von den Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen abgewichen sind oder Vorbehalte zu einzelnen von der Vergabebehörde aufgestellten Regeln erklärt haben, kommen relativ häufig vor. Grundsätzlich ist solchen Angeboten gegenüber im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Anwendung eines strengen Massstabs am Platz. Die strenge Haltung gilt insbesondere auch hinsichtlich der Vollständigkeit des Angebots und dessen Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen. Denn die Gleichbehandlung kann nur gewährleistet werden, wenn die in Frage stehenden Angebote vergleichbar sind. Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die Vergleichbarkeit durch die einseitige Abänderung aufgehoben oder beeinträchtigt ist. Solche Angebote können vom Verfahren ausgeschlossen werden, sofern die Abweichungen von den ausgeschriebenen Vorgaben nicht unwesentlich sind (§ 16 Abs. 1 und 2 lit. a öBG). Denn das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Verbot des überspitzten Formalismus sind auch in diesem Zusammenhang zu beachten. Nur wenn die Mängel von absolut untergeordneter Bedeutung sind, ein absichtliches oder fahrlässiges Vorgehen des Anbieters auszuschliessen ist oder dieses zumindest entschuldbar erscheint und die Beseitigung des Mangels ohne weiteres und ohne Beeinträchtigung eines fairen Wettbewerbs erfolgen kann, verbieten das Verhältnismässigkeitsprinzip und der Grundsatz von Treu und Glauben einen Ausschluss aus dem Wettbewerb (Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern vom 29.09.2009, V 08 367 E. 4.a).

4.2 Damit ist das ausgedruckte Angebot der Beschwerdeführerin unvollständig. Dass die Beschwerdeführerin die drei Positionen zum Nulltarif offerieren wollte, wie sie behauptet, geht aus der unterzeichneten und ausgedruckten Offerte nicht hervor. Diese drei Positionen, welche in Abweichung der Offertvorgabe offeriert wurden, werden auch nicht zusätzlich von der Beschwerdeführerin begründet. Es stand somit im Ermessen der Vergabebehörde das unvollständige Angebot gemäss § 11 SubG vom Vergabeverfahren auszuschliessen.

5.1 Auch wenn die Vergabebehörde die elektronische Offerte zur Klärung beigezogen hätte, wäre nicht schlüssig, wie die drei zum Nulltarif angegebenen Positionen zu verstehen sind. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde und der Stellungnahme geben dazu auch nicht mehr Aufschluss. Es wären mehrere Folgerungen möglich:

5.2.1 Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin geltend macht, die drei Positionen hätten nur einen geringen Gegenwert von CHF 5'000.00, müsste eigentlich geschlossen werden, sie habe vergessen, die Positionen auszufüllen. Denn es ist unbestritten, dass die Leistungen erbracht werden müssen und dass dadurch Kosten anfallen.

5.2.2 Anbieter haben gemäss § 21 SubG ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einzureichen. Sind die wesentlichen Formvorschriften nicht eingehalten, so kann die Auftraggeberin einen Anbieter nach § 11 SubG ausschliessen. Hätte die Beschwerdeführerin vergessen, die drei Positionen auszufüllen, so läge ein unvollständiges Angebot vor, wie bereits unter 4.2 festgestellt. Ein unvollständiges Angebot verletzt die wesentlichen Formvorschriften, das Angebot wäre nach § 11 SubG vom Verfahren auszuschliessen. Dabei kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf einen geringen

Gegenwert im Verhältnis zum Auftrag berufen, wenn sie fahrlässig oder absichtlich die Positionen nicht ausgefüllt hätte. Bei einem allfälligen Zuschlag an ein Angebot mit «offenen» Positionen ist nämlich nicht klar, ob diese zusätzlich zu entschädigen oder ob diese zulasten der Beschwerdeführerin auszuführen seien. Das Vergabeverfahren verbietet jedoch solche Diskussionen nach dem Zuschlag beim Vertragsabschluss.

5.2.3 Die Beschwerdeführerin bestritt in ihrer Beschwerdeschrift, das Ausfüllen der entsprechenden Positionen vergessen zu haben. Sie machte geltend, dass sie die Positionen zum Nulltarif offeriert habe und diese so erledigen würde. Damit verneinte die Beschwerdeführerin ein fahrlässiges Vorgehen.

5.3.1 Die Beschwerdeführerin machte weiter geltend, die drei zum Nulltarif offerierten Positionen zu erbringen. Sie machte nicht geltend, dass diese in anderer Form als gemäss Offertvorlage zu erbringen seien. Sie habe diese Positionen jedoch mit Absicht so offeriert. Aus welchem Grund für die Beschwerdeführerin bei der Ausführung der drei Positionen keine Kosten anfallen und diese daher zum Nulltarif offeriert werden können, führte die Beschwerdeführerin weder mit der Offerteinreichung noch in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus. Damit ist die Beschwerdeführerin aber eigenmächtig und ohne weitere Begründung von der offiziellen Offertvorlage abgewichen. In diesem Fall liegt eine Unternehmervariante nach § 20 Submissionsverordnung (SubV, BGS 721.55) vor.

5.3.2 Gemäss § 20 Abs. 1 SubV steht es den Anbietern und Anbieterinnen frei, Angebote für Varianten einzureichen. Die Auftraggeberin kann diese Möglichkeit jedoch in der Ausschreibung beschränken oder ausschliessen. Das Angebot einer Variante ist ungültig, wenn damit nicht eine Offerte für das Grundangebot eingereicht wird (§ 20 Abs. 2 SubV).

5.3.3 In den Ausschreibungsunterlagen wurde die Eingabe von Varianten nicht ausgeschlossen. Ausgeschlossen wurden jedoch Teilangebote. Das Einreichen einer Unternehmervariante wäre damit grundsätzlich zulässig gewesen.

5.3.4 Wie bereits unter Erwägung 5.3.1 festgehalten, hat die Beschwerdeführerin nicht begründet, wieso ihr für die drei Positionen keine Kosten anfallen und sie diese zum Nulltarif offerieren kann. Es stellt sich somit die Frage, ob eine Umlagerung von mengenabhängigen Einheitspreisen in Festpreispositionen vorliegt. Das bedeutet, dass die Beschwerdeführerin die drei Positionen zum Nulltarif offerieren konnte, da sie diese Kosten bereits in einer anderen Position der Offerte eingerechnet hat.

5.3.5 Zur Umlagerung geht die herrschende Meinung davon aus, dass die wesentliche Umlagerung von mengenabhängigen Einheitspreisen in eine Festpreisposition grundsätzlich nicht zulässig ist. Namentlich darf die Verschiebung nicht offensichtlich einzig dem Zweck dienen, allfällige Fehler des Leistungsverzeichnisses zulasten des Auftraggebers auszunützen, andernfalls der Auftraggeber nicht von einer Kostenersparnis bei einer allfälligen Mengenreduktion profitieren würde. Zudem verunmöglicht eine solche Verschiebung nebst der Erschwerung des direkten Vergleichs mit den anderen Angeboten eine korrekte Analyse des offerierten Preises (Galli et al., a.a.O., N 496).

5.3.6 Aufgrund der Unvergleichbarkeit der eingegangenen Offerten und der fehlenden Kostenersparnis bei einer allfälligen Mengenreduktion geht auch das Verwaltungsgericht davon aus, dass eine wesentliche Umlagerung von mengenabhängigen Einheitspreisen in eine Festpreisposition grundsätzlich unzulässig ist. Damit wäre bei Vorliegen einer

Umlagerung der Kosten der drei Positionen auf andere eine unzulässige Offerte anzunehmen. Ob vorliegend eine Umlagerung stattgefunden hat, ist nicht nachgewiesen. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies.

5.4.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch wenn die Beschwerdeführerin die drei umstrittenen Positionen zum Nulltarif formell richtig offeriert hätte, dies nicht ohne weiteres so akzeptiert werden könnte. Die zum Nulltarif offerierten Positionen haben ■ wie die Beschwerdeführerin selber festhält ■ einen Gegenwert von CHF 5■000.00. Zumindest kann nicht der geringe Wert im Vergleich zur Gesamtbausumme als Begründung herangezogen werden. Damit ist klar, dass der Beschwerdeführerin für die Ausführung der drei Positionen Kosten anfallen. Eine Begründung, wie die Beschwerdeführerin die drei Positionen zum Nulltarif anbieten kann, fehlt jedoch. Die Beschwerdeführerin machte erst im Beschwerdeverfahren geltend, dass sie die drei Positionen nicht in andere Positionen umgelagert hätte und auch nicht vergessen habe, anzugeben.

5.4.2 Die Beschwerdeführerin hat aber den Kern des Problems nicht richtig erkannt, wenn sie einzig geltend macht, dass die fehlenden drei Positionen in der ausgedruckten Offerte nicht ihr Verschulden sei. Das unvollständige Angebot liegt nicht einzig in den in der ausgedruckten Offerte fehlenden Positionen, sondern auch in den zum Nulltarif angegebenen Leistungen. Diese so offerierten Positionen sind grundsätzlich nicht zulässig. Eine Begründung, wieso die Beschwerdeführerin die Positionen zum Nulltarif anbieten kann, wurde auch in der Beschwerdeschrift nicht geliefert.

5.4.3 Die Vergabebehörde hatte bei ihrem Entscheid die aus dem Beschwerdeverfahren resultierenden Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht. Aufgrund des Gebots der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung der Offerenten durfte diese daher die fehlenden resp. zum Nulltarif angebotenen drei Positionen streng beurteilen. Die Vergabebehörde hat die eingegangenen Angebote gemäss § 24 Abs. 1 SubG nach einheitlichen Kriterien überprüft. Dabei ist sie zum Schluss gekommen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin unvollständig sei, da drei Positionen nicht angegeben wurden. Drei fehlende resp. zum Nulltarif angebotene Positionen sind keine offensichtlichen Schreib- und Rechnungsfehler, welche die Vergabebehörde gemäss § 24 Abs. 3 SubG selber korrigieren könnte. Die Beschwerdeführerin kann auch nicht davon ausgehen, dass die fehlenden resp. zum Nulltarif angebotenen Positionen als unklar im Sinne von § 24 Abs. 2 SubG angesehen werden und um Erläuterung ersucht werde. Damit konnte die Vergabebehörde zu Recht davon ausgehen, dass die Offerte nicht mit den anderen Angeboten vergleichbar ist.

5.4.4 Das Ermessen der Vergabebehörde, ein mit den anderen Offerten nicht vergleichbares Angebot auszuschliessen, geht sehr weit. Vorliegend kann im Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren der Vergabebehörde keine Rechtsverletzung und auch nicht Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens vorgeworfen werden.

Verwaltungsgericht, Urteil vom 11. Dezember 2013 (VWBES.2013.338)

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