

# TG\_GERICHTE TVR-2019-17 vom 1. Januar 2019

TG Obergericht, 2019-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_gerichte\\_TVR-2019-17](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_gerichte_TVR-2019-17)

FR: TG\_GERICHTE TVR-2019-17 du 1 janvier 2019

IT: TG\_GERICHTE TVR-2019-17 del 1 gennaio 2019

## Volltext

Abbruch des Submissionsverfahrens, wesentliche Änderung des Leistungskatalogs Â§ 46 Abs. 1 Ziff. 5 VÄ¶B Wird mit einer nachträglichen Anpassung des Leistungskatalogs das Gesamtauftragsvolumen um 18,5% bis 20% erhöht, handelt es sich um eine wesentliche Änderung des Projekts im Sinne von Â§ 46 Abs. 1 Ziff. 5 VÄ¶B, die zum Abbruch des Submissionsverfahrens führen muss. Im Zuge der Erweiterungen ihrer Geschäftlichkeiten schrieb die Firma O als dem Submissionsrecht unterstehendes Unternehmen die Heizungsinstallationen im Einladungsverfahren aus. Die T offerierte die ausgeschriebenen Arbeiten mit einer Eingabesumme von Fr. 234'549.44, die L mit einer Eingabesumme von Fr. 226'276.90. In der Folge teilte die O den Anbietern mit, durch die Entnahme der Option Wärmeerzeugung Gas in den Ausschreibungsunterlagen sei die Steuerung (MSR) für die Anlage ebenfalls entfernt worden. Gleichzeitig wurden die Anbieter gebeten, für diesen Kostenpunkt eine Nachofferte einzureichen. Die T offerierte diese Steuerung für Fr. 43'319.--, die L für Fr. 41'450.--. In der Folge erhielt die L den Zuschlag. Dagegen erhob die T beim Verwaltungsgericht Beschwerde, das diese teilweise gutheisst und den Zuschlagsentscheid der O aufhebt. Aus den Erwägungen: 2.2 2.2.1 Laut Â§ 46 Abs. 1 Ziff. 5 VÄ¶B kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen oder wiederholen, namentlich wenn eine wesentliche Änderung des Projekts erforderlich wurde. Der Text dieser Verordnung enthält eine Kann-Formulierung, welche grundsätzlich ein Ermessen der Vergabestelle beim Entscheid über einen Abbruch oder die Wiederholung des Verfahrens indiziert, falls eine wesentliche Änderung des Projekts erforderlich wird. Zu prägen ist, wie es sich vorliegend verhält. 2.2.2 Im Vergaberecht gilt - spiegelbildlich zum Grundsatz der Konformität und der Stabilität der Angebote - der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung. Danach hat die öffentliche Auftraggeberin die gewünschte Leistung in der Ausschreibung definitiv und verbindlich zu umschreiben und darf grundsätzlich nicht mehr abweichen. Dies führt zu klaren und verlässlichen Spielregeln, denn die Zulassung der Änderungen von Parametern der Ausschreibung während laufendem Vergabeverfahren birgt das Risiko von Intransparenz und Diskriminierung von Anbietern in sich (Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen B 2011/135 vom 18. Oktober 2011, E. 3.2.1, mit Verweis auf Beyeler, Öffentliches Vergaberecht und Schadenersatz, Diss. Freiburg 2004, Nr. 298 ff.). Nach der Lehre gilt der Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung jedoch nicht uneingeschränkt. Es wird unterschieden zwischen wesentlichen und unwesentlichen Leistungsänderungen wie dies letztlich auch Â§ 46 Abs. 1 Ziff. 5 VÄ¶B macht, indem nur bei wesentlichen Änderungen ein Abbruch zulässig ist. Gemäss dem zitierten Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen muss die Auftraggeberin das Verfahren abbrechen und die Leistung erneut ausschreiben, wenn die Leistungsänderung wesentlich und sachlich begründet ist. Erweist sich eine sachlich erforderliche Leistungsänderung demgegenüber als unwesentlich, ist sie bei Wahrung

von Gleichbehandlung und Transparenz zulässig (Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen B 2011/135 vom 18. Oktober 2011, E. 3.2.3, unter Verweis auf Beyeler, a.a.O., Nr. 301, sowie auf Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des Öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Nr. 507 ff.). Galli/Moser/Lang/Steiner (Praxis des Öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 804) halten hierzu sogar fest, wenn der Beschaffungsgegenstand in einem wichtigen Punkt geändert werde, folge aus den Geboten der Transparenz und der Publizität in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand, dass die Vergabebehörde das laufende Verfahren unterbrechen und es neu beginnen müsse. Der Grundsatz der Gleichbehandlung und Transparenz würde sonst bedeutungslos bei wichtigen Änderungen des Beschaffungsgegenstands, welche nach der Vergabe vorgenommen würden. Nach Lehre und Rechtsprechung könnten dagegen weniger wichtige Änderungen und Präzisierungen im Rahmen des Vertragsschlusses vorgenommen werden. Das Bundesgericht hielt schliesslich in seinem Entscheid 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 in E. 4c fest, der Auffassung der Vorinstanz, es liege im Ermessen der Vergabebehörde, auf eine fragliche Position zu verzichten oder sie neu offerieren zu lassen, könne nicht zugestimmt werden. Das Leistungsverzeichnis bilde Teil der Ausschreibungsunterlagen und sei für den Auftraggeber verbindlich. Eine nachträgliche Änderung des Leistungsverzeichnisses sei deshalb grundsätzlich unzulässig. Dies ergebe sich auch ohne ausdrückliche Submissionsvorschrift schon aus den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung der Anbieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens. Weiter wies das Bundesgericht in diesem Entscheid darauf hin, dass ein Submittent bei der Erstellung seines Angebots eine interne Kalkulationsfreiheit besitzen müsse. Bei einem komplexen Gesamtbauwerk sei letztlich der offerierte Gesamtpreis entscheidend, während einzelne Positionen von den Anbietern rechnerisch sehr unterschiedlich beurteilt werden könnten und insofern nicht direkt miteinander vergleichbar seien.

2.2.3 Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass, entgegen dem Wortlaut von Art. 46 Abs. 1 Ziff. 5 VAB, der mit der "Kann-Formulierung" ein Ermessen der Behörde indiziert, ein Submissionsverfahren abgebrochen werden muss, wenn eine wesentliche Änderung des Projektes erforderlich wird. Zu prüfen ist daher weiter, ob die Erweiterung des Leistungsverzeichnisses für BKP 240 um die Steuerung (MSR) eine wesentliche Änderung darstellt.

2.3 Dem Offertvergleich der Beschwerdeführerin kann entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin ohne Steuerung zu einem bereinigten Offertpreis von Fr. 221'457.85 inklusive Mehrwertsteuer offeriert hatte. Die nachträglich angebotene Steuerung offerierte sie für Fr. 44'350.50. Das bedeutet eine Erhöhung des Offertpreises und somit des Leistungsvolumens um über 20%. Die Zuschlagsempfängerin hatte ursprünglich für den Betrag von Fr. 226'276.90 ohne Steuerung und diese für den Betrag von Fr. 42'012.-- offeriert, was einer Steigerung von 18,5% entspricht. Das Bundesgericht hatte im Entscheid 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 in E. 5a ausgeführt, die Reduktion einer umfangreichen Nebenposition von lediglich 7%, die sich überdies unbestrittenermassen technisch leicht abtrennen lasse, führe nicht zur Aufhebung des Zuschlagsentscheids, da sich die Abänderung letztlich auch nicht entscheidend auf die Angebote ausgewirkt habe. Das Verwaltungsgericht Zürich scheint in seinem Entscheid VB.2002.00258 vom 23. Januar 2003 in E. 4 davon auszugehen, dass eine Projektänderung von 13% als wesentlich anzusehen ist. Eine Erhöhung des Gesamtauftragsvolumens von 18,5% bis 20% kann somit nicht mehr als geringfügig im Sinne der zitierten Rechtsprechung angesehen

werden, zumal sich die Steuerung technisch nicht von der Heizungsanlage trennen lässt, wie die Beschwerdegegnerin selbst dargestellt hat. Daran ändert nichts, dass die Offerten für die nachträglich offerierte Steuerung mit Bezug auf alle Anbieter frankenmässig lediglich um etwas mehr als Fr. 5'000.-- differierten. Zum einen ist der Preis das mit Abstand am meisten gewichtete Kriterium, bei dem sich bereits geringfügige Veränderungen in einer erheblichen Punktedifferenz auswirken können. Zum andern darf die nachträglich offerierte Steuerung nicht isoliert betrachtet werden. Durch nachträgliche, erhebliche Auftragserweiterungen wird die Kalkulationsfreiheit einzelner Anbieter eingeschränkt, wie auch das Bundesgericht festgestellt hatte. Je nach Gesamtauftragsvolumen können einzelne Positionen von den Anbietern sehr unterschiedlich beurteilt und kalkuliert werden. Daher geht es nicht an, nachträglich das Auftragsvolumen um rund 20% zu erhöhen (je nach Eingabesumme). Vielmehr muss bei einer so erheblichen Ausweitung des Auftragsvolumens das Vergabeverfahren zwingend abgebrochen und nach Vervollständigung des Leistungskatalogs neu durchgeführt werden. Der Zuschlag der Beschwerdegegnerin ist daher aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie nach Ergänzung des Leistungskatalogs das Submissionsverfahren für BKP 240 Heizungsinstallationen wiederholt. Entscheid des Verwaltungsgerichts VG.2019.13/E vom 29. Mai 2019 ×

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