

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00359 vom 24. Mai 2002

ZH Verwaltungsgericht, 2002-05-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2001.00359

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00359 du 24 mai 2002

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00359 del 24 maggio 2002

Regeste

Submission | Asbestsanierung des Stadthauses Kloten. Anwendbares Recht (Erw. 1). Bewertung der Angebote (Erw. 2). Die Anbietenden haben keinen Anspruch darauf, dass über einen allfälligen Ausschluss vom Verfahren infolge Mängel der eingereichten Offerte mit separater Entscheidung vorweg entschieden wird (Erw. 4a). Untergeordnete Widersprüche zu den Ausschreibungsunterlagen rechtfertigen nicht den Ausschluss vom Verfahren (Erw. 4b). Eine Rücknahme des ursprünglichen Angebots durch nachträgliche Änderung der Offertsumme ist vor Ablauf der Geltungsdauer nicht möglich. Das nachträglich geänderte neue Angebot ist verspätet und damit unzulässig (Erw. 4d). Verletzt eine Partei verfahrensrechtliche Regeln, erhält sie ungeachtet ihres Obsiegens keine Parteientschädigung (E. 5b).

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) sowie die §§ 3 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung vom 22. September 1996 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2

a) Nach § 31 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) erfolgt der Zuschlag – sofern nicht ausnahmsweise das alleinige Kriterium des niedrigsten Preises (§ 31 Abs. 2 SubmV) zur Anwendung kommt – auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung der Angebote ist das Preis-Leistungs-Verhältnis zu beachten, wobei neben dem Preis insbesondere die folgenden Kriterien berücksichtigt werden können: Qualität, Termine, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität, Lehrlingsausbildung, Infrastruktur. Die für eine Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien legt die vergebende Behörde im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags fest. Um die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 2 lit. c IVöB) zu gewährleisten, muss die Festlegung der Zuschlagskriterien zu Beginn des Verfahrens erfolgen, und sie sind den Interessenten in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (§ 17 Abs. 1 lit. i SubmV). Die Kriterien sind in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen oder es ist zumindest die

relative Bedeutung, die den einzelnen Kriterien zukommt, ersichtlich zu machen (BGE 125 II 86 E. 7c; vgl. VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13 E. 3b). Die Beschwerdegegnerin ist diesen Anforderungen nachgekommen und hat in den Submissionsunterlagen unter dem Titel "Bewertung und Gewichtung der Zuschlagskriterien" Letztere wie folgt aufgelistet: "Offertsumme" mit einer Maximalpunktzahl von 100, "Qualität (Arbeitsausführung, Materialwahl)" mit einer Maximalpunktzahl von 25; die total maximale Punktzahl betrug mithin 125. b) Der Vergabebehörde steht beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Ermessensspielraum zu (VGr, 7. Juli 1999, BEZ 1999 Nr. 26 E. 6a, mit Hinweisen). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997 [VRG]) nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 2 lit. c VRG).

E. 3

a) Was das Zuschlagskriterium der "Offertsumme" (preislich günstigstes Angebot) betrifft, so hat die Beschwerdeführerin mit einer Offertsumme von Fr. 159'272.75 gemäss Protokoll Offertöffnung bzw. Fr. 177'511.05 gemäss korrigierter Angebotssumme das tiefste Angebot eingereicht. Das Angebot der Mitbeteiligten E AG liegt mit Fr. 194'171.75 rund 22% (gegenüber der Eingabesumme) bzw. 9,4% (gegenüber der korrigierten Angebotssumme) über dem Angebot der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdegegnerin führt als Grund für den Zuschlag an die Mitbeteiligte in ihrer Beschwerdeantwort und in der Duplik zusammengefasst aus, bei der Prüfung der Offerten durch die Liegenschaftenverwaltung der Stadt X sei bei der wichtigsten Position der Offerte, der Asbestentfernung (Pos. 300) eine krasse Differenz festgestellt worden. Während die Mitbeteiligte pro m² Fr. 90.- eingesetzt habe und damit auf einen Offertpreis für diese Position von Fr. 103'500.- gekommen sei, habe die Beschwerdeführerin nur einen m²-Preis von Fr. 32.- eingesetzt, womit sich eine Offertsumme für diese Position von Fr. 36'800.- ergeben habe. Diese Preisdifferenz habe damit rund Fr. 70'000.- bzw. 300% betragen. Unter dem Aspekt der Qualität könne es sich die Beschwerdegegnerin nicht leisten, gerade in der Hauptarbeit einen Unternehmer einzusetzen, der offensichtlich falsch kalkuliert habe, so dass eine sorgfältige Arbeitsausführung nicht gewährleistet sei. Die Asbestentfernung hänge wesentlich von der Qualität der Arbeit ab, d.h. wie sauber abgekratzt und entsorgt werde. Aufgrund dieser krassen Diskrepanz habe die Liegenschaftenverwaltung am 10. Oktober 2001 mit dem Vertreter der Beschwerdeführerin telefoniert und dieser mitgeteilt, bezüglich der Pos. 301 habe der Konkurrent Fr. 90.-/m² eingesetzt, weshalb etwas nicht stimmen könne. Herr F von der Beschwerdeführerin habe am gleichen Tag in einem Rückruf erklärt, es sei ein Fehler passiert, er müsse in jener Position Fr. 48.-/m² einsetzen, was zu einer Preiserhöhung auf Fr. 55'200.- für diese Position führe. Die Beschwerdeführerin habe damit das Angebot berichtigt und eine Preiskorrektur so vorgenommen, dass sie immer noch im Gesamten unter der Offerte der Konkurrentin zu liegen komme. Da es sich bei dieser Korrektur nicht um eine Berichtigung eines sichtbaren Rechnungs- oder Schreibfehlers, sondern um einen Kalkulationsirrtum gehandelt habe, sei dieses Korrekturangebot am 10. Oktober 2001 verspätet eingegangen. Weiter sei das Zuschlagskriterium der Qualität nicht erfüllt. Ein Kalkulationsfehler in der wichtigsten Vergabeposition bei der Asbestentfernung weise auf eine unseriöse Offertstellung hin. Der Rückschluss auf die Vertragsleistung sei zulässig. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin die

Ausschreibungsunterlagen abgeändert, indem sie ihrem Angebot ein abgeändertes Leistungsverzeichnis beifügte. Darin sei insbesondere unter der Pos. 11.113.00 betreffend bauseitig zu erbringende Leistungen die Rede von der Zurverfügungstellung einer Bauschuttmulde für asbestfreie Abfälle, währenddem auf S. 3, Pos. 307 "Abfallentsorgung" der Submissionsbedingungen ausdrücklich festgehalten sei, dass keine Mulden zur Verfügung stünden. Damit sei der Leistungsinhalt abgeändert worden. Die Nicht-Berücksichtigung des Angebotes der Beschwerdeführerin bzw. deren Ausschluss sei zu Recht erfolgt. b) Diesen Ausführungen hält die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift und in ihrer Replik entgegen, allein aufgrund eines Preises könne grundsätzlich keine verlässliche Aussage zur Qualität der offerierten Arbeit gemacht werden. Es treffe zu, dass die Beschwerdeführerin aufgrund einer Nachkontrolle feststellte, dass ihr bei der fraglichen Leistungsposition "Asbest-Entfernung" (Pos. 300 bzw. 301) ein interner Rechnungs- oder Kalkulationsfehler unterlaufen war. Die Beschwerdeführerin habe versehentlich vergessen, auch die Kosten für den Rückbau sämtlicher Schutzabdeckungen einzurechnen. Diesen Rechnungs- oder Kalkulationsfehler habe die Beschwerdeführerin telefonisch mitgeteilt, was weder submissionsrechtlich unzulässig noch verwerflich sei. Die Beschwerdegegnerin sei rechtlich in keiner Weise verpflichtet gewesen, das berichtigte Angebot entgegenzunehmen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin sei die Beschwerdeführerin nicht vom Submissionsverfahren ausgeschlossen worden. Ein rechtsgültiger Verfahrensausschluss würde die Einhaltung der ordentlichen Verfügungsform erfordern. Eine derartige Mitteilung, wonach sie vom Verfahren ausgeschlossen worden sei, habe die Beschwerdeführerin jedoch nicht erhalten. In materieller Hinsicht würde ein Verfahrensausschluss das Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 26 SubmV voraussetzen. Ein derartiger Grund liege hier nicht vor. Die bloße Abgabe eines falschen Einheitspreises stelle von vornherein keine "falsche Auskunft" im Sinn von § 26 Abs. 1 lit. b SubmV dar. Die Beschwerdeführerin habe auch nicht unzulässigerweise den Angebotstext abgeändert, indem sie eigene spezielle Bedingungen (drittletztes Blatt) in ihre Offerte integrierte. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin auch nicht gegen das Verbot von Angebotsrunden verstossen. Der offerierte falsche Einheitspreis sei wegen eines internen Rechnungs- oder Kalkulationsfehlers der Beschwerdeführerin zustande gekommen. Diesen Fehler habe die Beschwerdeführerin jedoch weder zu einer Nachforderung noch zu minderwertiger Leistung berechtigt. Vielmehr wäre die Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen, den Auftrag zum offerierten Preis fachgerecht auszuführen und sie wäre hierzu auch bereit gewesen. Die Anfrage der Liegenschaftenverwaltung X sei submissionsrechtlich insofern unkorrekt gewesen, als sich diese zuerst an die mitbeteiligte E AG gewandt und diese direkt mit dem Konkurrenzpreis konfrontiert habe und anschliessend an die Beschwerdeführerin gelangte und auf die grosse Differenz hinwies. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin ihren Rechnungsfehler zu berichtigen versuchte, könne die Beschwerdegegnerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Selbst unter Berücksichtigung der nachträglichen Preiserhöhung sei das Angebot der Beschwerdeführerin preislich immer noch weit unter dem Konkurrenzangebot gelegen. Die Beschwerdegegnerin sei nicht verpflichtet gewesen, auf das nachträglich erhöhte Angebot einzutreten. Die Qualität der offerierten Arbeit sei in keiner Weise in Frage gestanden.

E. 4

Mängel einer Offerte können zum Ausschluss der betreffenden Anbieterin vom Verfahren führen. Diese Rechtsfolge ist jedoch nur dann adäquat, wenn es sich um wesentliche Mängel handelt (vgl. VGr, 16. Juni 1999 = RB 1999 Nrn. 4, 61 = BEZ 1999 Nr. 25 = ZBl

101/2000, S. 265 E. 6). § 26 Abs. 1 lit. d SubmV sieht den Ausschluss vor, wenn ein Anbieter wesentliche Formvorschriften verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung des Angebotstextes. Auch nach Art. 19 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) sind nur Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom Verfahren auszuschliessen. Diese Vorschriften sind Ausdruck des aus Art. 29 der Bundesverfassung abgeleiteten Verbots des überspitzten Formalismus (vgl. Eidgenössische Rekurskommission über das öffentliche Beschaffungswesen, 18. Dezember 1997, Baurecht 4/98 S. 126 Nr. 334; dazu Bemerkung Peter Gauch, Baurecht 4/98, S. 127).

a) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin muss einem Anbieter der Ausschluss vom Verfahren nicht mit einer eigenständigen Verfügung eröffnet werden. Dies gilt nicht nur beim Ausschluss infolge Nichterfüllen der Eignungskriterien (vgl. RB 2000 Nr. 70 E. 6c = BEZ 2000 Nr. 25), sondern auch beim Ausschluss infolge Mängel der eingereichten Offerte. Es steht der vergebenden Behörde frei, im Rahmen des Zuschlages über den Ausschluss zu befinden. In solchen Fällen impliziert die Zuschlagsverfügung den Ausschluss (vgl. Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, Entscheid vom 7. November 1997 in: Baurecht 4/98, S. 126 Nr. 335 E. 3; Entscheid vom 8. Februar 2000 in: Baurecht 4/2000, S. 124 Nr. S30). Dem nicht berücksichtigten Anbieter entsteht dadurch kein Rechtsnachteil, kann er doch mit der Anfechtung der Zuschlagsverfügung auch geltend machen, er sei zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden.

b) Die Beschwerdeführerin hat der ausgefüllten Offerte neben einer Referenzliste sowie einer Präsentation der Firma eine Seite "Spezielle Bedingungen bei Arbeiten mit asbesthaltigen Stoffen" beigefügt. Es handelt sich dabei vorwiegend um Massnahmen, welche der Unternehmer bei Arbeiten mit asbesthaltigen Stoffen zu berücksichtigen hat, so die Beachtung einschlägiger Verordnungen und Richtlinien sowie SUVA-Merkblätter, die Unterweisung der an den Arbeiten beteiligten Personen über die Gesundheitsrisiken und entsprechenden Personen- und Umweltschutzmassnahmen, das Verbot der Freilegung und Bearbeitung von asbesthaltigen Stoffen vor Sanierungsbeginn, die Anordnung, dass Unterdruckhaltegeräte auch ausserhalb der Arbeitszeit eingeschaltet sein müssen, die Garantie der Einhaltung bestimmter Raumluftqualität, die Information des verantwortlichen Chauffeurs bei Transport der asbesthaltigen Abfälle usw. Daneben enthält dieses Beiblatt auch den Hinweis, dass bauseits eine "Bauschuttmulde für asbestfreie Abfälle" zur Verfügung zu stellen ist. Letzteres steht in Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen, S. 3, Pos. 307 "Abfallentsorgung", wonach keine Mulden zur Verfügung stehen. Dieser Widerspruch ist aber völlig untergeordneter Natur und hätte auf einfachste Weise bereinigt werden können. Er rechtfertigt auf keinen Fall den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren, weil diese den Angebotstext unzulässigerweise abgeändert habe.

c) Auch der Kalkulationsirrtum, welcher der Beschwerdeführerin unterlaufen sei, bzw. die krasse Differenz in der Position "Asbestentfernung" rechtfertigt keinen Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren. Vorab ist festzuhalten, dass der Vergleich einzelner Positionen zwischen den einzelnen Anbietern oft wenig aussagekräftig ist. Dies zeigt sich sehr schön im vorliegenden Fall, wo die Beschwerdeführerin wohl hinsichtlich der Position 300 "Asbestentfernung" einen Offertpreis eingesetzt hatte, welcher nur rund 1/3 jenem der Mitbeteiligten entsprach, andererseits aber in der Position 101 "Baustelleninstallation" mit Fr. 50'000.- einen Preis einsetzte, welcher mehr als viermal so hoch war wie jener des Mitbewerbers (Fr. 12'000.-). Gesamthaft gesehen lag das Angebot der Beschwerdeführerin

rund 22% (Eingabesumme) bzw. 9,4% (korrigierte Angebotssumme) unter dem Angebot der Mitbeteiligten, was bei der vorliegenden Arbeitsgattung nicht als aussergewöhnlich bezeichnet werden kann. Zudem spricht die Submissionsverordnung kein grundsätzliches Verbot von Unterangeboten aus (RB 1999 Nr. 55 = BEZ 1999 Nr. 13; auch zum Folgenden). Nach § 30 SubmV kann die Vergabestelle, wenn sie ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, beim Anbieter Erkundigungen einziehen, um sich zu vergewissern, dass dieser die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsbedingungen erfüllen kann; unzulässig ist auf jeden Fall ein Ausschluss, ohne dass der Anbieter Gelegenheit erhalten hat, die Seriosität seines Angebots darzutun. Vorbehalten ist der Ausschluss von Angeboten, die gegen Vorschriften des Wettbewerbsrechts verstossen, namentlich beim Versuch eines marktmächtigen Anbieters (oder eines Zusammenschlusses von Bietern; vgl. § 26 Abs. 1 lit. e SubmV), die Mitbewerber durch gezieltes Unterbieten ihrer Preise vom Markt zu verdrängen. Für Letzteres bestehen hier keinerlei Anhaltspunkte. Vorliegend hätte es mithin genügt, wenn die Beschwerdegegnerin sich bei der Beschwerdeführerin vergewissert hätte, dass diese die Teilnahmebedingungen einhält und die Auftragsbedingungen erfüllt. Es bestand kein Grund, aus der Preisdifferenz zu schliessen, die Beschwerdeführerin werde die Arbeiten, insbesondere die Asbestentfernung selber, qualitativ nicht einwandfrei ausführen. Hierzu bestand umso weniger Anlass, als die Beschwerdeführerin auf Schadstoffsanierungen, insbesondere Asbest, spezialisiert ist und gemäss Referenzliste schon bei verschiedenen grösseren Vorhaben Asbestsanierungen vorgenommen hat. d) Wer im Submissionsverfahren eine Offerte einreicht, bleibt während einer bestimmten Zeit an dieses Angebot gebunden. Eine Änderung dieses Angebots ist während dessen Geltungsdauer nur zulässig, soweit es um die Berichtigung offensichtlicher Fehler wie Rechnungs- oder Schreibfehler im Sinn von § 27 Abs. 2 SubmV geht. Der "Kalkulationsirrtum" der Beschwerdeführerin war kein solcher Fehler: Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift vom 8. November 2001 ausführt, hat sie am 9. Oktober 2001 ihr Angebot auf Fr. 177'511.05 korrigiert. Diese Änderung der Offertsumme gab nur dann Sinn und kann nicht anders verstanden werden, als dass die Beschwerdeführerin ihr ursprüngliches Angebot nicht mehr aufrecht erhalten wollte. Eine Rücknahme des ursprünglichen Angebots vor Ablauf der Geltungsdauer ist jedoch nicht möglich. Das nachträgliche neue Angebot ist dagegen verspätet und damit unzulässig. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

E. 5

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 i.V. mit § 70 VRG). Ein Anspruch auf Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu. b) Die Vergabebehörde darf den Vertrag mit dem von ihr ausgewählten Anbieter erst dann abschliessen, wenn sie nicht mehr damit rechnen muss, dass gegen ihren Entscheid eine Beschwerde eingeht oder einer eingegangenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wird (Art. 14 Abs. 1 IVöB). Im Sinn einer einfach zu handhabenden Regel ist es ihr erlaubt, den Vertrag zu schliessen, sobald ihr vom Verwaltungsgericht eine Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt wird, ohne dass gleichzeitig eine – allenfalls vorläufige – Anordnung betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung getroffen wird (RB 1999 Nr. 66 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372 E. 1). Diese Regel hat die Beschwerdegegnerin vorliegend missachtet, indem sie den Vertrag über die Asbestentfernung bereits am 2. November 2001 und damit weit vor der Fristansetzung für eine Beschwerdeantwort abschloss. Der allgemeine Hinweis

auf "gesundheitliche Erwägungen" vermag keine ausserordentliche Dringlichkeit zu begründen, die zu einer Durchbrechung der allgemeinen Regel führen würde. Hat sich somit die Beschwerdegegnerin über verfahrensrechtliche Regeln hinweggesetzt, so rechtfertigt es sich ungeachtet ihres Obsiegens nicht, ihr eine Parteienschädigung zuzusprechen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N.34). Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. ...

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