

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00056 vom 2. September 2002

ZH Verwaltungsgericht, 2002-09-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2002.00056

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00056 du 2 septembre 2002

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00056 del 2 settembre 2002

Regeste

Submission | Ergänzung der ungenügenden Begründung des Vergabeentscheids im Beschwerdeverfahren ist (noch) zulässig (E. 3a). Abgabe einer Korrektur des Angebots zusammen mit dem Angebot erfolgte rechtzeitig (E. 3c). Berichtigung eines offensichtlichen Offertfehlers (E. 5)? Fehlende Legitimation zur Anfechtung der unvollständigen Korrektur (E. 5/cc). Abweisung.

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) Die Eingabesumme der Mitbeteiligten ARGE E AG/F AG betrug gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 21. Dezember 2001 für das Teilgebiet Nord Fr. 5'053'898.50 brutto, d.h. vor Rabatt und Skonto und ohne MwSt. Nach der angefochtenen Verfügung des Stadtrates X vom 6. Februar 2002 wurden diese Arbeiten zum Betrag von Fr. 4'859'930.15 inkl. MwSt. vergeben. Auf Ersuchen der heutigen Beschwerdeführerinnen begründete die Beschwerdegegnerin diese Korrektur mit Schreiben vom 12. Februar 2002 damit, die Offerte der Mitbeteiligten habe im Teilprojekt N einen Rechnungsfehler aufgewiesen. Die beiden ausgeschriebenen Teilgebiete hätten aus insgesamt sechs Teilprojekten mit weitgehend identischen Aufgabenstellungen bestanden. Die detaillierte Überprüfung der Offerte ARGE E AG/ F AG habe ergeben, dass die Position 211.752.131 (Deponie Kulturerde Kat. II) im Teilprojekt N mit Fr. 172.-/m

E. 3

a) In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen vorab eine Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör bzw. des Begründungsgebotes (Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung vom 18. April 1999, § 10 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]), weil die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort eine völlig neue Begründung nachgereicht habe. Die Beschwerdegegnerin hat der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerinnen auf deren Fax vom 12. Februar 2002 gleichentags eine schriftliche

Begründung des Vergabeentscheides geliefert. Diese Begründung hat sie in der Beschwerdeantwort vom 13. März 2002 ergänzt. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen handelt es sich bei der Sachverhaltsdarstellung in der Beschwerdeantwort nicht um eine völlig neue Begründung, vielmehr um Ergänzungen und Präzisierungen der – summarischen und ungenauen – Begründung vom 12. Februar 2002. Die Beschwerdeführerinnen hatten Gelegenheit, in der Beschwerdeschrift und in der Replik umfassend zu diesen Gründen Stellung zu nehmen. Damit wurde ein Nachteil, der ihnen aus der Ergänzung der Begründung in der Beschwerdeantwort erwachsen ist, behoben und eine allfällige Verletzung des Gehörsanspruchs auf jeden Fall geheilt (RB 2000 Nr. 59 E. 4a = BEZ 2000 Nr. 25). b) In gleicher Weise unbegründet ist auch die Rüge, die Offerte der Mitbeteiligten sei ungenügend unterzeichnet gewesen, was in Anwendung von § 26 Abs. 1 lit. d SubmV zu deren Ausschluss von der Teilnahme am Submissionsverfahren führen müsse. Die Angebote der Mitbeteiligten für das Teilgebiet Nord sind bezüglich jeden Teillose (N, O, M-strasse) rechtsgültig von den beiden Gesellschafterinnen der Arbeitsgemeinschaft E AG/ F AG unterschrieben. Gleiches gilt für das Teilgebiet Süd. Wenn je die Zusammenstellung der Angebote Teilgebiet Nord und Teilgebiet Süd allein von der F AG unterzeichnet ist, ändert dies nichts an der rechtsgenügenden Unterzeichnung des Angebotes.

E. 4

Strittig ist weiter in tatbeständlicher Hinsicht, ob die von der Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort erwähnte Offertkorrektur vom 20. Dezember 2001 rechtzeitig bei ihr einging, oder – wie die Beschwerdeführerinnen behaupten – "nachträglich produziert", mithin nach Offertschluss einging und damit zu Unrecht berücksichtigt wurde. a) Gemäss Publikation und nach den Submissionsunterlagen hatten die Anbieter/ Anbieterinnen ihr Angebot bis Donnerstag, 20. Dezember 2001, 16.00 Uhr, einzureichen, d.h. die Unterlagen mussten entsprechend § 24 Abs. 1 SubmV bis zu diesem Zeitpunkt beim Bauamt X eingetroffen sein. Die von der Mitbeteiligten eingereichten Unterlagen tragen alle das Datum vom 20. Dezember 2001. Nach den übereinstimmenden Aussagen der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten wurden diese Unterlagen an jenem Tag rechtzeitig von Herrn I, einem Mitarbeiter der E AG, auf dem Bauamt abgegeben. Da für die Fristwahrung die Übergabe an die Schweizerische Post nicht genügt, sondern das Eintreffen bei der ausschreibenden Stelle erforderlich ist (§ 24 Abs. 1 SubmV), ist die persönliche Abgabe von Angeboten durchaus üblich. Die Offertöffnung erfolgte bereits am nächsten Tag um 08.00 Uhr, entsprechend § 25 Abs. 1 SubmV in Anwesenheit von zwei Vertretern des Bauamtes und wurde protokolliert. Es besteht keinerlei Anlass, an dieser Sachdarstellung und am rechtzeitigen Eingang der Submissionsunterlagen beim Bauamt zu zweifeln. Daran ändert nichts, dass das Offertöffnungsprotokoll vom 21. Dezember 2001, 08.00 Uhr, entgegen Art. 25 Abs. 2 SubmV die Eingangsdaten der Angebote nicht festhält. Die Beschwerdeführerinnen haben indessen nie in Frage gestellt, dass die Offerte der Mitbeteiligten rechtzeitig eingereicht wurde; ihr Einwand bezieht sich allein auf die erwähnte Offertkorrektur. b) Die Mitbeteiligte hat neben ihrem Angebot sowohl für das Teilgebiet Nord als auch Süd einen Unternehmervorschlag eingereicht. Diese Variante umfasst verschiedene Unterlagen, so einen technischen Beschrieb mit der Überschrift "Ausführungsvariante", Berechnungen des Unternehmervorschlages Erdbau (Überschüttung) je für die drei Teillose und eine Zusammenstellung je für das Teilgebiet Nord und für das Teilgebiet Süd, eine Berechnung des Unternehmervorschlages bezüglich der Werkleitungen/Kanalisation (Reduktion der Grabentiefe) und Wasserhaltung für den

Aushub/Schüttung Materialersatz sowie eine (Gesamt-)Kostenzusammenstellung des Unternehmervorschlages. Diese Unterlagen tragen alle das Datum "20. Dezember 2001". Da der Unternehmervorschlag auf dem Protokoll der Offertöffnung, welche am nächsten Tag um 08.00 Uhr erfolgte, aufgeführt ist, besteht auch diesbezüglich kein Zweifel, dass dieser zusammen mit dem Angebot am Vortag eingereicht wurde. Wie diese Unterlagen trägt auch die Korrektur des Angebotes "Abtransport von Humus in Unternehmerdeponie" das Datum "20. Dezember 2001". Die in diesem Papier erwähnte Einsparung von total Fr. 121'220.- (11'020 m³ à Fr. 11.-/m³) stellt die erste Position ("Korrektur Abtransport Humus in Unternehmerdeponie") in der Kostenzusammenstellung des Unternehmervorschlages dar. Die Preiskorrektur für die Deponie des Humus wurde damit von der Mitbeteiligten in die (Gesamt-)Kostenzusammenstellung des Unternehmervorschlages aufgenommen. Damit ist aber rechtsgenügend erstellt, dass auch die Preiskorrektur "Abtransport von Humus in Unternehmerdeponie" als Bestandteil des Unternehmervorschlages fristgerecht dem Bauamt X übergeben wurde. Der Umstand, dass im Offertöffnungsprotokoll vom 21. Dezember 2001 die Eingabesumme von Fr. 5'053'898.50 als Angebot der Mitbeteiligten aufgenommen wurde, führt zu keinem anderen Schluss. Im Protokoll über die Öffnung der Angebote (§ 25 Abs. 2 SubmV) werden jeweils die – nicht korrigierten – Eingabesummen aufgeführt. Eine bereinigte objektive Vergleichstabelle kann erst nach der fachlichen und rechnerischen Prüfung der Angebote (§ 27 Abs. 1 SubmV) und Berichtigung von offensichtlichen Fehlern (§ 27 Abs. 2 SubmV) erstellt werden (vgl. § 27 Abs. 3 SubmV). Aus diesem Grund ist es auch völlig normal, wenn die Mitbeteiligte gegen die Offertöffnung mit der darin aufgeführten Angebotssumme und Rangierung nicht reklamierte, sondern die Prüfung und Bereinigung der Angebote abwartete. c) Zusammengefasst ist festzuhalten, dass aufgrund dieser Aktenlage kein Zweifel an der Sachdarstellung der Stadt X und der Mitbeteiligten besteht, dass sie ihr Angebot termingerecht am 20. Dezember 2001 dem Bauamt X überbrachte und dieses Angebot auch das erwähnte Beiblatt "Abtransport von Humus in Unternehmerdeponie" als – zumindest formell – Bestandteil der Unternehmensvariante umfasste. Für die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, dieses Dokument sei "nachträglich produziert" worden, finden sich keinerlei Anhaltspunkte.

E. 5

a) Das Leistungsverzeichnis umfasste bei allen sechs Teillosen die Position 211.752.131 "Gebühr für Lagerung oder Abgabe von Material/Sonderabfall nach VSS/ Kulturerde Kat. II" (vgl. für das Teilgebiet Nord leeres Leistungsverzeichnis bei den Ausschreibungsunterlagen). Insgesamt waren unter dieser Position für die Teilgebiete Nord und Süd 11'020 m³ zu deponieren. Die Mitbeteiligten offerierten in allen Teillosen – mit Ausnahme des Ns – einen Einheitspreis von Fr. 55.-/m³; im Teillos N war ein Einheitspreis von Fr. 172.-/m³ eingesetzt. Die Beschwerdegegnerin korrigierte letzteren Preis auf Fr. 55.-/m³ mit der Begründung, es sei ihr aufgefallen, dass im Teillos N ein völlig übersetzter Preis offeriert worden sei und habe daher auf ein korrigierbares Versehen schliessen dürfen. b) Gemäss § 27 SubmV werden die Angebote nach einheitlichen Kriterien fachlich und rechnerisch geprüft (Abs. 1). Offensichtliche Fehler, wie Rechnungs- und Schreibfehler, werden berichtigt (Abs. 2). Danach wird eine objektive Vergleichstabelle über die Angebote erstellt (Abs. 3). aa) Streitig ist, ob die erwähnte Korrektur eine zulässige Berichtigung eines offensichtlichen Offertfehlers im Sinn von § 27 Abs. 2 SubmV darstellt. Das Bundesgericht hatte sich mit dieser Frage in einem Urteil vom 30. Mai 2000 (2P.151/1999) zu befassen. In jenem Fall fiel der Auftraggeberin in einer der

Offerten ein Einheitspreis auf, der "50- bis 100-mal" höher lag als der entsprechende Positionspreis in den Konkurrenzofferten. Die Auftraggeberin forderte die betroffene Anbieterin zur Preisanalyse auf, welche sich auf einen internen Eingabe- oder Schreibfehler berief. Hierauf korrigierte die Auftraggeberin den Fehler. Das Bundesgericht schützte dies mit der Begründung, wenn der Auftraggeber nach ausdrücklicher Submissionsvorschrift (vgl. § 28 SubmV) von den Anbietern schon Erläuterungen bezüglich ihres Angebotes verlangen könne, so müsse er dabei festgestellte offensichtliche Versehen auch korrigieren können, ansonsten diese Regelung in vielen Fällen, insbesondere bei Preisanalysen, ihren Sinn und Zweck verfehlen würde. Eine Berichtigung müsse jedenfalls dann zulässig sein, wenn aufgrund der eingeholten Erläuterung der tatsächliche Wille des Anbieters eindeutig feststehe. In der Literatur wird indessen grundsätzlich eine strengere Korrekturpraxis verlangt und insbesondere die Korrektur von Kalkulationsfehlern ausgeschlossen (vgl. hierzu Hubert Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, BR I/2002, S. 11; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 101/2000, S. 237 f., insbesondere Fn. 72).

bb) Ob der fragliche Einheitspreis im Angebot N mit Fr. 172.-/m³ allein wegen der Differenz zum Einheitspreis von Fr. 55.-/m³ in den übrigen Angeboten einen offensichtlichen Fehler im Sinn von § 27 Abs. 2 SubmV darstellt und damit berichtigt werden durfte, ist fraglich, kann indessen vorliegend offen bleiben. Denn wie bereits erwähnt, hat die Mitbeteiligte als Bestandteil ihrer Offerte das Beiblatt "Abtransport von Humus in Unternehmerdeponie" eingereicht. Darin erklärt sie, dass der Angebotspreis für diese Position Fr. 44.-/m³ lose beträgt und die im Devis eingetragenen Preise entsprechend reduziert werden müssen. Sie gibt damit unmissverständlich kund, dass ihr Angebot für die fragliche Position entgegen den im Devis eingetragenen Einheitspreisen Fr. 44.-/m³ beträgt. Diese Willensäußerung der Mitbeteiligten (Art. 1 Abs. 1 Obligationenrecht vom 30. März 1911 [OR]) ist eindeutig; da sie gleichzeitig mit dem ausgefüllten Leistungsverzeichnis eingereicht wurde, schaltet sie die Wirksamkeit der im Devis eingetragenen Einheitspreise aus (vgl. Art. 9 Abs. 1 OR). Wenn im erwähnten Beiblatt weiter ausgeführt wird, es müsse "der jeweilige im Devis eingesetzte Preis von Fr. 55.- auf Fr. 44.-/m³ lose reduziert werden", so kann daraus nicht geschlossen werden, der im Teillos N eingesetzte Preis von Fr. 172.-/m³ bleibe unverändert. Vielmehr tritt dadurch klar zutage, dass die Mitbeteiligte der irrtümlichen Meinung war, sie habe in allen Teillosen für die betreffende Position Fr. 55.-/m³ offeriert. Die Bemerkung, über alle Baulose betrage die Einsparung "11'020 m³ /lose à Fr. 11.■/m³", zeigt, dass der Angebotspreis von Fr. 44.-/m³ für alle sechs Baulose mit dem gesamthaft eingesetzten Mass von 11'020 m³ Geltung hat. Die Erklärung der Mitbeteiligten, diese Korrektur des Einheitspreises sei deshalb mit Begleitbrief korrigiert worden, weil die Anpassung erst mit der letzten Kontrolle nach der Reinschrift des Angebotes erkannt wurde, erscheint glaubhaft. Eine derartige Angebotskorrektur ist unüblich, submissionsrechtlich aber nicht unzulässig.

cc) Zusammengefasst ergibt sich, dass der von der Mitbeteiligten für die Pos. Nr. 211.752.131 (Deponie Sonderabfall, Kulturerde Kat. II) offerierte Preis für alle Teillose Fr. 44.-/m³ beträgt. Der in den ausgefüllten Leistungsverzeichnissen für die sechs Teillose eingetragene Preis von Fr. 55.-/m³ bzw. Fr. 172.-/m³ entspricht nicht dem Angebot, ist unwirksam und offensichtlich falsch und damit entsprechend § 27 Abs. 2 SubmV zu berichtigen. Die Beschwerdegegnerin hat das Angebot der Mitbeteiligten allerdings lediglich hinsichtlich des Teilloses N berichtigt und den betreffenden Einheitspreis (nur) auf Fr. 55.-/m³ korrigiert; im übrigen hat die Beschwerdegegnerin den im Beiblatt "Abtransport von Humus in Unternehmerdeponie" aufgeführten Einheitspreis

für die Deponie als Unternehmervariante verstanden. Sie weist in ihrer Beschwerdeantwort selber darauf hin, dass dieses Rechtsverständnis falsch sei. Dieses Versehen ist allerdings verständlich, hat doch die Mitbeteiligte selber ihre Angebotskorrektur – formell – als Bestandteil des Unternehmervorschlages behandelt. Korrekterweise hätte der Bruttobetrag von Fr. 5'053'898.50 nicht nur im Teillos N durch Herabsetzung des Einheitspreises von Fr. 172.-/m³ für 3'000 m³ auf Fr. 55.-/m³, d.h. um Fr. 351'000.- herabgesetzt werden müssen; vielmehr muss für das Teilgebiet Nord die Deponiemenge von 5'570 m³ über alle drei Teillose auf Fr. 44.-/m³, mithin um total Fr. 412'270.- (Herabsetzung des Preises von Fr. 172.-/m³ auf Fr. 44.-/m³ für 3'000 m³ und von Fr. 55.-/m³ für 2'570 m³ auf Fr. 44.-/m³) herabgesetzt werden, was zu einem korrekten Bruttobetrag des Angebotes der Mitbeteiligten von Fr. 4'641'628.50 (vor Rabatt, Skonto und Mehrwertsteuer) führt. Die Korrektur des Angebotspreises der Mitbeteiligten hätte im angefochtenen Vergabeentscheid vom 6. Februar 2002 mithin noch höher ausfallen müssen. Da damit das Angebot der Mitbeteiligten gegenüber dem Vergabeentscheid (noch) preisgünstiger ausfällt, sind die Beschwerdeführerinnen durch diesen Fehler nicht beschwert und damit nicht legitimiert, infolge der unvollständigen Korrektur des Angebotspreises die Aufhebung des Vergabeentscheides zu beantragen (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; RB 1999 Nr. 19 = BEZ 2000 Nr. 8; VGr, 25. November 1988, BEZ 1999 Nr. 11).

E. 6

a) Die Beschwerdegegnerin führte in ihrer Beschwerdeantwort aus (Ziff. 2.5 und 2.7), im bereinigten und unterschriftsreifen Werkvertrag mit der Mitbeteiligten basierten die Humusdeponiekosten richtigerweise in allen Teillosen auf einem Einheitspreis von Fr. 44.■/m³. In diesem Vertrag werde die Vergütung mit einem Endbetrag von Fr. 4'468'177.05 festgelegt und damit unter Berücksichtigung des Unternehmervorschlages weiter reduziert. Hierzu führen die Beschwerdeführerinnen aus, zu einem solchen Vertrag fehle ein gültiger Zuschlag. Von einer Berücksichtigung des günstigsten Angebots könne nur dann die Rede sein, wenn dieses im Rahmen eines korrekt durchgeführten Submissionsverfahrens als solches evaluiert und darauf zugeschlagen wurde. Zudem sei davon auszugehen, dass diese Unternehmervariante auf der anderen Anbietern gegenüber ausgeschlossenen Ausführung der Stabilisierung mit Kalk beruhe. Die Beschwerdeführerinnen hätten den Bauleiter vor Offertstellung angefragt, ob eine Stabilisierung mit Kalk als Unternehmervariante angeboten werden könne. Der Bauleiter habe dies ausdrücklich abgelehnt mit dem Hinweis, im Baugebiet sei die Erstellung von Seen projektiert, in welchen Fische angesiedelt werden sollen. Eine Schüttung mit Kalk hätte eine das Überleben der Fische verunmöglichende Alkalität der stehenden Gewässer zur Folge. Zudem würde die Feinerschliessung durch die Schüttung mit Kalk übermässig erschwert, weil das für die Verlegung von Leitungen erforderliche Öffnen solcher Böden um ein Vielfaches aufwendiger sei als im Falle der im Amtsvorschlag vorgeschriebenen Stabilisierung. Diese müsse deshalb durch Aushub des ungeeigneten und Heranführen von für die Schüttung geeignetem Material erfolgen. Wäre diese Anfrage nicht abschlägig beantwortet worden, hätten auch die Beschwerdeführerinnen eine auf der Stabilisierung mit Kalk beruhende Unternehmervariante eingereicht und damit gegenüber ihrem Angebot zum Amtsvorschlag um Fr. 585'000.- günstiger anbieten können; sie wären damit ebenso günstig gewesen wie die berücksichtigten Mitbeteiligten. b) Gemäss den Ausschreibungsunterlagen waren Unternehmervarianten (als besondere Beilage) ausdrücklich zulässig. Die Mitbeteiligte hat eine Unternehmervariante eingereicht mit Stabilisierung des Bodens mittels des Spezialbindemittels Stabisol. Dessen Wirkungsweise gegenüber der üblichen

Stabilisierung mit Zement/Kalk hat die Mitbeteiligte näher dargelegt. Diese Umschreibung wurde – ungleich den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen – durch das Verwaltungsgericht abgedeckt, da hieran ein Geheimhaltungsinteresse der Mitbeteiligten besteht. Es hätte den Beschwerdeführerinnen freigestanden, ebenfalls mittels Unternehmervariante eine günstige Stabilisierungslösung anzubieten, bei welcher die gegenüber der üblichen Stabilisierung mittels Zement/Kalk zu befürchtenden Nachteile nicht auftreten. c) Der Zuschlag erfolgte nach der Rangierung der – bereinigten – Offerten des Amtsvorschlages. Das Angebot der Mitbeteiligten war das preisgünstigste. Bei Berücksichtigung des Unternehmervorschlages der Mitbeteiligten ändert sich an der Rangierung nichts. Die Beschwerdeführerinnen sind – wie schon bezüglich der Preiskorrektur (vgl. vorn E. 5 b/cc) – nicht beschwert, wenn im Vergabeentscheid als Preis des berücksichtigten Angebotes die korrigierte Offerte der Mitbeteiligten hinsichtlich des Amtsvorschlages genannt ist und nicht das Angebot der Mitbeteiligten unter Berücksichtigung der Unternehmervariante. Die Beschwerdeführerinnen sind mithin nicht legitimiert, aus diesem Grund die Aufhebung des Zuschlages zu verlangen und Neuzuschlag unter Berücksichtigung der Unternehmervariante, welche erneut an die Mitbeteiligte erfolgen müsste.

E. 7

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. ... 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.