

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00258 vom 23. Januar 2003**

ZH Verwaltungsgericht, 2003-01-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2002.00258](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2002.00258)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00258 du 23 janvier 2003

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00258 del 23 gennaio 2003

## **Regeste**

Submission | "Teilabbruch" des Vergabeverfahrens. Nachträgliche Änderung des Leistungsverzeichnisses durch Verzicht auf eine ausgeschriebene Position. Liegt ein wichtiger Grund gemäss § 35 Abs. 1 SubmV vor, ist ein "Teilabbruch" des Vergabeverfahrens in dem Sinn zulässig, dass bloss auf einen Teil der ausgeschriebenen Arbeiten verzichtet wird. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender sachlicher Grund vorliegt, um eine Projektänderung vorzunehmen, steht der ausschreibenden Behörde ein nach pflichtgemäsem Ermessen auszuübender Spielraum zu, den das Verwaltungsgericht nicht auf Rechtsverletzung hin überprüfen kann (E. 3a). Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nur gewahrt, wenn allen Anbietenden die Projektänderung mitgeteilt und diesen die Möglichkeit eingeräumt wird, ein neues Angebot einzureichen (E. 4).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 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 über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. September 1996 zur Anwendung. b) Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11). Die Beschwerdeführerin hat gemäss Protokoll der Offertöffnung vom 24. Juli 2002 von allen Anbietenden den tiefsten Preis offeriert. Gemäss der für die Vergabe entscheidenden bereinigten Offerte ohne Bepflanzung rangiert die Beschwerdeführerin an zweiter Stelle hinter der Mitbeteiligten. Da der Preis beim Vergabekriterium der Wirtschaftlichkeit einen wesentlichen Faktor bildet, hätte die Beschwerdeführerin bei Aufhebung des Vergabeentscheids eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen.

### **E. 2**

Mit einer (unbereinigten) Angebotssumme von Fr. 481'763.90 gemäss Offertöffnung rangierte die Beschwerdeführerin an erster Stelle vor der D AG in Y, mit einer Eingabesumme von Fr. 497'444.-. Die Baudirektion strich bei allen Offerten die Position "R 379.140–154, Bepflanzung und Unterhalt", was zu "bereinigten" Angeboten zwischen Fr. 392'455.65 (C AG) und Fr. 641'155.45 führte, und vergab die Arbeiten der preisgünstigsten Anbieterin, der C AG. Gemäss dieser "bereinigten" Angebotsliste lag die Beschwerdeführerin mit einer Angebotssumme von Fr. 412'564.65 an zweiter Stelle. a) Der Beschwerdegegner führt zu diesem Vorgehen aus, die Offertkontrolle habe ergeben, dass in der Position "R 379.140–154, Bepflanzung und Unterhalt" Differenzen zwischen den Anbietenden von Fr. 60'000.- bis Fr. 220'000.- vorlägen. Da die Leistung in dieser Position nicht genau verifiziert sei (Anzahl Pflanzen, Pflanzenarten usw.), sei diese Position bei allen Anbietenden gestrichen und die Submissionsauswertung ohne diese Position durchgeführt worden. Mit der Ausführung der Arbeit unter dieser Position sei die Abteilung Gestaltung und Bepflanzung des Tiefbauamts, also ein tiefbauamtseigener Dienst, beauftragt worden. Es handle sich nicht um eine Aufteilung des Auftrags an verschiedene Anbietende, vielmehr um eine zulässige nachträgliche Änderung des Leistungsumfangs. Die Reduktion des Leistungsumfangs sei vorgenommen worden, nachdem die eingereichten Offerten für diese Position Pflanzvorschläge mit einer preislichen Spannweite aufgezeigt hätten, die eine Vergleichbarkeit stark erschwere. Die Bepflanzung durch den eigenen Pflanzgarten des Tiefbauamts sei mit Fr. 33'300.- Selbstkosten gegenüber Fr. 69'454.- gemäss dem Angebot der Beschwerdeführerin bedeutend billiger. Diese Möglichkeit sei im Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung nicht vorhersehbar gewesen und habe die Rahmen- bzw. Randbedingungen im Sinn von § 35 Abs. 2 lit. b der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) verändert. Eine Verpflichtung zur Durchführung eines neuen Verfahrens bestehe bei einem derartigen Vorgehen nicht. Einer Neuauflage der Submission mit beschränktem Umfang habe die hohe zeitliche Dringlichkeit entgegengestanden. Zudem wäre dies auf eine verpönte Abgebotsrunde hinausgelaufen. Von der Reduktion seien alle Anbietenden in gleicher Weise betroffen worden, so dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbietenden und das Gebot eines fairen Wettbewerbs nicht verletzt worden seien. b) Diesen Ausführungen hält die Beschwerdeführerin vorab in ihrer Replik vom 22. Oktober 2002 entgegen, die nachträgliche Streichung der Position "R 379.140–154, Bepflanzung und Unterhalt" aus den Offerten stelle eine nachträgliche Reduktion des Leistungsumfangs dar und bedeute einen Teilabbruch des Vergabeverfahrens. Ein solcher sei analog den für den Abbruch eines Vergabeverfahrens geltenden Bestimmungen zu beurteilen und nur aus wichtigen Gründen zulässig. Ein wichtiger Grund sei nur dann gegeben, wenn dieser für den Auftraggeber bei Einleitung des Verfahrens nicht voraussehbar gewesen sei und objektiv so schwer wiege, dass dem Auftragnehmer die Weiterführung des Submissionsverfahrens nicht zugemutet werden könne. Ein derartiger wichtiger Grund liege nicht vor. Die Vergleichbarkeit der Offerten werde durch die grosse preisliche Spannweite nicht erschwert. Auch hätten keine Absprachen vorgelegen. Weiter verbiete das Vertrauensprinzip einen Abbruch des Vergabeverfahrens. Schliesslich würde der Transparenzgrundsatz vereitelt, wenn es der Vergabebehörde möglich wäre, den Leistungsumfang im Nachhinein nach ihrem Gutdünken und nur mit der Begründung preislicher Differenz zu reduzieren.

### **E. 3**

a) Strittig ist, ob der Beschwerdegegner befugt war, die Position "R 379.140–154, Bepflanzung und Unterhalt" nach der Offertöffnung zu streichen und so nachträglich das

ausgeschriebene Projekt abzuändern, ohne das laufende Verfahren abubrechen und den Auftrag neu auszuschreiben. Das Bundesgericht hat in einem unveröffentlichten Entscheid (30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 4c) eine nachträgliche Änderung des Leistungsverzeichnisses, etwa durch einseitigen Verzicht auf eine ausgeschriebene Position, als grundsätzlich unzulässig erachtet. Es hat dies damit begründet, dass ein solches Vorgehen gegen die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbietenden und der Transparenz verstosse. Diese Rechtsauffassung ist in der Literatur auf Kritik gestossen (vgl. Hubert Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, Baurecht 1/2002, S. 9 f.), weil es in der Praxis aus plausiblen Gründen angezeigt sein könne, ein ausgeschriebenes Projekt nachträglich abzuändern. Diese Kritik ist auf jeden Fall dann begründet, wenn ein wichtiger Grund im Sinn von § 35 Abs. 1 SubmV vorliegt, d.h. nach Stöckli (S. 10) die Projektänderung sachlich geboten und zudem wesentlich ist. In der Tat ist nicht einzusehen, weshalb allein der (Total-)Abbruch eines Verfahrens bei Vorliegen wichtiger Gründe mit Wiederholung oder neuer Durchführung des Verfahrens (§ 35 Abs. 2 SubmV) zulässig sein sollte, nicht hingegen ein "Teilabbruch" in dem Sinn, dass bloss auf einen Teil der ausgeschriebenen Arbeiten verzichtet werden soll, wenn sich der "wichtige Grund" auf diesen Teil der Ausschreibung bezieht. Wie der (Total-)Abbruch darf der "Teilabbruch" nicht dazu dienen, einen missliebigen Verfahrensausgang abzuwenden; vielmehr muss er sich auf objektive Gründe stützen (Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 101/2000, S. 248; VGr, 31. Januar 2002, BEZ 2002 Nr. 10, auch zum Folgenden). Mit dem Verzicht auf eine ausgeschriebene Position kann eine Vergabestelle aber auch das Ziel verfolgen, die Beschaffung günstiger oder unter veränderten Voraussetzungen zu realisieren, was den Zielsetzungen des Vergaberechts, nämlich der wettbewerbsorientierten Vergabe öffentlicher Aufträge und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (Art. 1 IVöB) grundsätzlich nicht zuwiderläuft, sondern im Gegenteil deren Verwirklichung dient. Bei einem derartigen Vorgehen ist der Schutz des Vertrauens der Anbietenden nicht tangiert, da der Auftrag, wenn auch in reduziertem Umfang, vergeben wird. Die Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbietenden und der Transparenz sind auf jeden Fall bei der Festlegung der Rechtsfolgen einer derartigen Projektänderung zu gewährleisten. Gemäss Art. 13 lit. i IVöB dürfen die kantonalen Ausführungsbestimmungen den Abbruch oder die Wiederholung des Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen zulassen. Diese Regelung steht im Einklang mit Art. XIII Abs. 4 lit. b des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA), wonach eine Beschaffungsstelle im öffentlichen Interesse beschliessen kann, einen Auftrag nicht zu vergeben (vgl. ferner die Regelung des Bundes in Art. 30 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen). Dementsprechend sieht § 35 Abs. 1 SubmV die Möglichkeit eines Verfahrensabbruchs aus wichtigen Gründen vor. Für eine Wiederholung oder neue Durchführung der Vergabe nennt § 35 Abs. 2 SubmV drei Tatbestände, welche dieses Vorgehen rechtfertigen. Entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin konkretisieren diese drei Tatbestände den Begriff des "wichtigen Grundes" gemäss § 35 Abs. 1 SubmV; sie sind indessen nicht abschliessend und schliessen andere wichtige Gründe nicht aus (VGr, 31. Januar 2002, BEZ 2002 Nr. 10, auch zum Folgenden). Der sachliche Grund, der eine Projektänderung rechtfertigt, kann nicht abstrakt umschrieben werden, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf seine Funktion hin zu konkretisieren, die darin besteht, Projektänderungen aus bloss manipulatorischen Motiven zu verhindern. Dabei kann ein rechtsgünstiger sachlicher Grund durchaus auch vorliegen, wenn der Verzicht

auf die Projektänderung nicht gerade als unzumutbar erscheint. Denn die öffentliche Auftraggeberin muss die Möglichkeit haben, in Grenzen während laufendem Verfahren eigene Fehler zu korrigieren oder neuen technischen Entwicklungen Rechnung zu tragen (Stöckli, S. 11). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender sachlicher Grund vorliegt, um eine Projektänderung vorzunehmen, steht der ausschreibenden Behörde ein nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübender Spielraum zu, den das Verwaltungsgericht nicht auf Rechtsverletzung hin überprüfen kann (Art. 16 IVöB; § 50 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). b) Gemäss § 27 SubmV sind die eingehenden Angebote nach einheitlichen Kriterien fachlich und rechnerisch zu prüfen (Abs. 1) und offensichtliche Fehler, wie Rechnungs- und Schreibfehler, zu berichtigen (Abs. 2). Danach wird eine objektive Vergleichstabelle über die Angebote erstellt (Abs. 3). Die gestrichene Position R 140 umfasste die "Bepflanzung/Herstellung einer geschlossenen Wandbepflanzung sowie Kopfbepflanzung entsprechend Bepflanzungsvorschlag des Herstellers und Bauleitung inkl. allen Lieferungen" während die Position R 150 den Unterhalt während der Anwachszeit umfasste. Die Mengenangaben (m<sup>2</sup>) waren aufgeteilt nach vier Wandtypen. Ein Bepflanzungsvorschlag des "Herstellers" bzw. der Bauleitung hingegen fehlte. Da diese Position des Leistungsverzeichnisses keinerlei Angaben über Art, Grösse und Anzahl der Pflanzen enthält, sind die eingesetzten Einheitspreise ohne den in der Ausschreibung erwähnten Bepflanzungsplan ohne jede Aussagekraft und schlechterdings nicht vergleichbar. Die Mitbeteiligte hat in ihrer Offerte denn auch festgehalten, dass der Gesamtpreis für die Bepflanzung wesentlich von den zum Teil sehr unterschiedlichen Pflanzvorschlägen und -preisen abhängt und im Detail mit den zuständigen Stellen abgesprochen werden müsse. Die für die Positionen R 140 und R 150 eingesetzten Preise differieren denn auch stark. Während die gemäss Offertöffnung preisgünstigste D AG hierfür rund Fr. 66'000.- und die Beschwerdeführerin Fr. 69'199.- einsetzte, belaufen sich die Eingabesummen für diese Positionen bei fünf Anbietenden auf Beträge zwischen rund Fr. 170'000.- und Fr. 220'000.-. Um diese stark abweichenden Positionsofferten objektiv vergleichen zu können, hätte zuerst eine Vergleichsbasis geschaffen werden müssen, beispielsweise durch den in der Ausschreibung erwähnten Bepflanzungsvorschlag. Eine derartige Bereinigung wäre in jeder Hinsicht sehr aufwendig gewesen. Wenn der Beschwerdegegner unter diesen Umständen auf die ausgeschriebenen Positionen R 140 und R 150 verzichtete und Bepflanzung sowie Unterhalt durch einen tiefbauamtseigenen Dienst ausführen lässt, ist dies auf jeden Fall durch einen "wichtigen Grund" begründet und sachlich gerechtfertigt.

#### **E. 4**

Es stellt sich weiter die Frage, welches die angemessene Rechtsfolge einer derartigen Projektänderung ist. Wie das Bundesgericht schon wiederholt festgestellt hat, sind für den Preis nicht die Einzelpositionen massgebend. Entscheidend ist der "offerierte Gesamtpreis", denn die Anbietenden sind in der Verteilung ihrer Kosten- und Ertrags Elemente auf die Einzelpositionen und damit in den Kalkulationsgrundlagen frei. Die Projektänderung beschlägt einen bedeutenden Teil des Auftragswerts, so bei der D AG rund 13 %, bei der E AG rund 27 %, also mehr als das Doppelte. Die Projektänderung vermag sich also spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen der einzelnen Anbietenden auszuwirken. Unter diesen Umständen verbietet es der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anbietenden, die für die Vergabe massgebliche Offertsumme einfach aufgrund der eingegebenen Angebotssumme, reduziert um die gestrichene Position, festzulegen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nur gewahrt, wenn allen Anbietenden die Projektänderung mitgeteilt und diesen die

Möglichkeit eingeräumt wird, ein neues Angebot einzureichen (vgl. auch RB 1999 Nr. 70). Da nicht davon auszugehen ist, dass sich infolge der Beschränkung des Leistungsumfangs der Kreis potentieller Anbietender ausweitet, kann auf eine Wiederholung der Ausschreibung verzichtet werden.

#### **E. 5**

Die Sache ist demnach zur neuer Beurteilung im Sinn der Erwägungen an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. ... Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Vergabeentscheid der kantonalen Baudirektion vom 8. August 2002 aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Beurteilung im Sinn der Erwägungen an die Baudirektion zurückgewiesen. 2. ...

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