

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00024 vom 9. Juli 2003

ZH Verwaltungsgericht, 2003-07-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00024

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00024 du 9 juillet 2003

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00024 del 9 luglio 2003

Regeste

Submission | Ausschluss der Mitbeteiligten vom Verfahren aufgrund der nachträglichen Änderung ihres Angebots. Anwendbares Recht und Legitimation (E. 1). Gemäss Ausschreibungsunterlagen war eine Pauschale zu offerieren, weshalb es im Ermessen der Vergabebehörde lag, lediglich die verlangten Leistungen und nicht auch die mutmasslichen Baukosten bekannt zu geben (E. 2). Durch den Rückzug ihres Vorbehalts zum Pauschalpreis änderte die Mitbeteiligte ihr Angebot und hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen (E. 3). Bemerkungen zu Vorbefassung und Ausstand eines nebenamtlichen Exekutivmitglieds im Rahmen eines Vergabeverfahrens (E. 4). Gutheissung.

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 (IVöB-BeitrittsG) 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). Da die Beschwerdeführerin in der Gesamtbenotung hinter der Mitbeteiligten den zweiten Rang belegte, hätte sie, falls ihre Rügen an der Vergabe berechtigt sein sollten, eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen.

E. 2

a) Die Beschwerdeführerin macht in erster Linie geltend, die Ausschreibungsunterlagen seien unklar gewesen, weil die Kostangaben der Beschwerdegegnerin nicht mit dem Umfang des geplanten Bauvorhabens übereinstimmten. In der Folge seien die Anbietenden von eigenen Schätzungen der Baukosten ausgegangen, nämlich die Beschwerdeführerin von 1,2 und die Mitbeteiligten von 0,7 Millionen Franken. Faktisch basiere jedes Angebot

auf einer blossen Schätzung der Baukosten; eine Vorgabe der Baukosten sei von der Beschwerdegegnerin nicht gemacht, sondern mit Brief vom 20. November 2002 abgelehnt worden. Es hätten deshalb für alle die gleichen Baukosten festgelegt oder zumindest die Angebote auf Grund der gleichen Baukosten hochgerechnet werden müssen, um vergleichbare Offerten zu haben, was nicht erfolgt sei. Das Angebot der Mitbeteiligten könne nicht als finanziell gleichwertig bezeichnet werden, weil diese von geringeren Baukosten ausgegangen seien. Wären die Offertvorgaben klar gewesen und hätte die Beschwerdeführerin ihre Offerte ebenfalls auf Baukosten von Fr. 700'000.- gestützt, so wäre ihr Angebot klar das günstigste gewesen, was zur Vergabe an sie geführt hätte. b) Das Vergabeverfahren muss gestützt auf die Ausschreibung und die Angebote zu einem eindeutigen Ergebnis führen, das den Abschluss des Vertrags ohne wesentliche Ergänzungen ermöglicht (RB 2000 Nr. 63 = BEZ 2001 Nr. 13 E. 3a; RB 1998 Nr. 70 = BEZ 1999 Nr. 12 E. 2; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 193). Gegenstand und Umfang des Auftrags sind daher in der Ausschreibung bzw. den an die Interessenten abgegebenen Unterlagen (§ 16 Abs. 2 lit. c, d und f sowie § 17 Abs. 1 lit. b, f, g und j SubmV) klar zu umschreiben, und die Offerten der Anbieter müssen ebenso deutlich auf die ausgeschriebene Leistung Bezug nehmen (RB 2000 Nr. 69 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 5 b). c) Die der umstrittenen Vergabe zugrundeliegenden Unterlagen genügen diesen Anforderungen ohne weiteres. So werden unter "4. Grundlagen" zunächst die massgeblichen Normenwerke und Weisungen sowie die Planunterlagen des Vorprojektes aufgeführt und wird unter "5. Honorierung" auf die geforderten, in einem Anhang detailliert umschriebenen Leistungen verwiesen. Inwiefern dieser Leistungsbeschrieb, der auf Grund des Leistungsmodells der Ordnung SIA 112 erstellt wurde, nicht genügen soll, um als Grundlage des abzuschliessenden Vertrags zu dienen, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht dargetan. Insbesondere macht sie nicht geltend, diese Angaben hätten nicht ausgereicht, um den von ihr zu erbringenden Aufwand abzuschätzen. Vielmehr laufen ihre Einwände darauf hinaus, dass die Beschwerdegegnerin nicht nur die erwarteten Leistungen, sondern auch die mutmasslichen Baukosten hätte bekannt geben müssen, damit die Anbieter ihre Kalkulation auf dieser Grundlage hätten vornehmen können. Ein solcher Anspruch besteht auf Grund des Submissionsrechts jedoch nicht. Es liegt hier, wo eine Pauschale zu offerieren war im Rahmen der Freiheit der Vergabebehörde, bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen für Ingenieurarbeiten lediglich die verlangten Leistungen und nicht auch die mutmasslichen Baukosten bekannt zu geben. Wenn die Anbieter ihre (interne) Kalkulation statt nach dem zu erwartenden Aufwand auf der Grundlage der Baukosten vornehmen wollen, ist es ihre Sache diese zu schätzen und tragen sie das Risiko einer zu hohen oder zu tiefen Schätzung. Der Einwand, die Ausschreibungsunterlagen hätten unklare bzw. widersprüchliche Angaben zu den Baukosten enthalten, ist deshalb unbehelflich. In den Submissionsunterlagen wird unter dem Randtitel "Honorierungsart" ausdrücklich festgehalten, dass die Angebote als Pauschale einzureichen seien, und wird auf eine auf die Phasen gemäss Leistungsmodell Ordnung SIA 112 abgestimmte Zusammenstellung verwiesen, die vollständig auszufüllen sei. Obwohl in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich daraus mit hinreichender Klarheit, dass der anzubietende Pauschalpreis nicht von den zu erwartenden Baukosten abhängen solle. Dass im Brief vom 20. November 2002 noch ausdrücklich festgehalten wurde, dass eine dem detaillierten, verbindlichen Leistungsbeschrieb entsprechende Pauschale zu offerieren sei und kein Zusammenhang zu den dazumaligen Baukosten

bestehe, führt zu keinem anderen Schluss.

E. 3

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitbeteiligte hätte im Begleitschreiben zu ihrer Offerte vom 31. Oktober 2002 unter "2. Ergänzungen und Präzisierungen zum Angebot" festgehalten, dass ihre Pauschalen für die Phasen 4 und 5 auf Baukosten von Fr. 700'000.- inkl. Ausrüstungsgegenständen basierten; überstiegen die effektiven Baukosten diese Grenze, so würden die Pauschalen der Phasen 4 und 5 proportional zur Bausumme angepasst. Erst nach dem Brief der Beschwerdegegnerin vom 20. November 2002 habe die Mitbeteiligte auf diesen Vorbehalt verzichtet und den offerierten Pauschalpreis als unabhängig von den Baukosten erklärt. Vor dieser Änderung habe die Offerte infolge des Vorbehalts nicht den Submissionsvorgaben entsprochen und hätte ausgeschlossen werden müssen; der spätere Verzicht auf den Vorbehalt stelle eine unzulässige Änderung des Angebots und nicht bloss eine Erläuterung dar. b) Ein Anbieter wird von der Teilnahme an der Submission unter anderem bei Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung des Angebotstextes ausgeschlossen (§ 26 Abs. 1 lit. d SubmV). Im Grundsatz sind deshalb die Angebote nach deren Einreichung nicht mehr veränderbar. Nachträgliche Ergänzungen sind nur im engen Rahmen von Berichtigungen und Erläuterungen nach den §§ 27 und 28 SubmV zulässig; sie dürfen insbesondere nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Auftrags oder des eingereichten Angebots nachträglich zu ändern (RB 2000 Nr. 69 = BEZ 2000 Nr. 25; VGr, 13. April 2000, VB.1999.00348 E. 5c/bb, auf www.vgrzh.ch). c) Aus den Unterlagen der streitigen Submission geht mit hinreichender Klarheit hervor, welche Leistungen der Anbieter zu erbringen hat und dass dafür ein von den Baukosten unabhängiger Pauschalpreis zu offerieren ist. Ein Erläuterungsbedarf im Sinn von § 28 SubmV, wie ihn die Beschwerdegegnerin gemäss ihrem Schreiben vom 20. November 2002 nach Eingang der Offerten erkannt haben will, bestand deshalb nicht. Das zeigen auch die eingegangenen Offerten. Von den vier Anbietern haben zwei ohne irgendwelche Bemerkungen die gemäss Ausschreibung verlangten Pauschalen offeriert. Die Beschwerdeführerin hat zwar in ihren "Ergänzenden Angaben zur Submission für die Ingenieurarbeiten" unter dem Titel "Pauschalen" auf ihre Kalkulation und insbesondere darauf hingewiesen, dass sie die Pauschalen aufgrund einer Aufwandschätzung und einer Kontrolle über den Kostentarif bestimmt habe; dabei hätten sich nach den ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen die Kosten als wenig transparent erwiesen, weshalb sie auf Grund ihrer Erfahrung mit dem Bahnhofareal W die Kosten geschätzt und für die erste Etappe mit 1,2 Millionen Franken kalkuliert habe; ihre Ausführungen lassen aber keinen Zweifel darüber entstehen, dass das offerierte Honorar von Fr. 149'564.- als Pauschale zu verstehen ist. Die Mitbeteiligte wiederum hat ihrer Offerte ein einleitendes Schreiben vorangestellt, das ausdrücklich "verbindliche Ergänzungen und Präzisierungen zum Angebot" enthält. Darin wird festgehalten, dass die Pauschalen für die Phasen

E. 4

Der weitere Einwand der Beschwerdeführerin, dass die Mitbeteiligte wegen Vorbefassung ihres Mitinhabers und Gemeinderats Y vom Verfahren auszuschliessen sei, braucht deshalb nicht geprüft zu werden. Ebenso kann offen bleiben, ob die übrigen Mitglieder des Gemeinderates und die das Geschäft vorbereitenden Verwaltungsangestellten über die gebotene Unbefangenheit verfügten, wenn ein Mitglied des Gemeinderates bzw. eine Gesellschaft, an der er beteiligt ist, als Anbieter auftraten. Immerhin rechtfertigt die grosse praktische Bedeutung dieser Frage folgende Bemerkungen: Während das

Verwaltungsgericht in einem in BEZ 2001 Nr. 24 publizierten Entscheid noch angemerkt hat, dass nebenamtliche Exekutivmitglieder im Rahmen eines Vergabeverfahrens in ihrer Wohngemeinde nicht generell von der Einreichung einer Offerte ausgeschlossen seien (E. 4c/ee), hat es in einem in ZBl 104/2003 S. 50 veröffentlichten Entscheid erwogen, dass unabhängig vom Ausstand des als Anbieter auftretenden Behördemitglieds bei einer solchen Ausgangslage der Gefahr oder dem Anschein, dass sachfremde Interessen das Verfahren beeinflussen, wohl nur durch den Ausschluss des betreffenden Anbieters beizukommen sei (E. 2a). Diese Auffassung, die im erwähnten Urteil nicht entscheidewesentlich war, ist im Zentralblatt in redaktionellen Bemerkungen als für die Gemeindestufe zu rigoros kritisiert worden (August Mächler, a.a.O. S. 55 f.). Sie stelle das Milizsystem in Frage, und mit dem drohenden Rückzug von Gewerbetreibenden aus öffentlichen Ämtern gehe den Gemeinden wertvolle Sachkunde verloren. Angesichts der möglichen Kontrolle der Vergabeentscheide durch Gerichtsinstanzen werde den berechtigten Bedenken hinreichend Rechnung getragen, wenn nur diese Behördemitglieder ausgeschlossen würden, die im Einzelfall aus ihrer Tätigkeit einen tatsächlichen Vorteil in einem Wettbewerb ziehen könnten. Die staatspolitischen Bedenken gegen eine zu strikte Handhabung der Ausstandsregeln sind ernst zu nehmen. Allerdings ist dem Problem auf die vorgeschlagene Art allein nicht beizukommen. Denn dass als Anbieter auftretende Behördemitglieder in den Ausstand zu treten haben, ist nach Art. 29 Abs. 1 BV und der zu Art. 4 Abs. 1 aBV entwickelten Rechtsprechung selbstverständlich und ergibt sich direkt aus Art. 5a Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG): Die übrigen Mitglieder der Behörde werden regelmässig keine eigenen Interessen verfolgen; die Gefahr besteht vielmehr darin, dass sachfremde Rücksichten auf den anbietenden Amtskollegen den Vergabeentscheid unzulässigerweise beeinflussen. Diese Konstellation besteht allerdings auch in anderen Fällen, wie beispielsweise wenn über ein Baugesuch eines Amtskollegen entschieden werden muss, und führt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu einer Ausstandspflicht der übrigen Mitglieder einer Behörde; eine solche besteht nur dann, wenn Behördemitglieder an der zu behandelnden Sache ein persönliches Interesse haben (BGE 107 Ia 135 E. 2b, 103 Ib 134 E. 2b). Gemäss § 5a Abs. 1 VRG treten Amtsträger in den Ausstand, wenn sie in der Sache persönlich befangen erscheinen; das trifft nicht nur dann zu, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben, sondern erfasst auch die Vielzahl anderer Umstände, die den Anschein der Befangenheit bewirken können, ohne dass der Entscheidträger ein persönliches Interesse in der Sache hat (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2.A., Zürich 1999, § 5a Rz. 11, 15; Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 111 ff.). Zu diesen anderen Umständen kann auch die Beziehungsnähe gehören, wie sie durch das Zusammenwirken in einer Behörde entstehen kann. Bei Vergabeentscheiden ist zusätzlich in Rechnung zu stellen, dass die weiten Entscheidungsspielräume der Vergabebehörde auf der einen und die Konkurrenzsituation der Anbieter sowie ihre unmittelbare Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen auf der anderen Seite besonders hohe Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit und Transparenz der behördlichen Entscheide stellen. Wenn aus Rücksicht auf das in den Gemeindebehörden vorherrschende Milizsystem die Ausstandsregeln nicht zu einschränkend gehandhabt werden sollen, dann ist durch organisatorische Vorkehren dafür zu sorgen, dass nicht der Anschein von Befangenheit entstehen kann. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin, welche sowohl die Vorbereitung der Submission als auch die Bewertung der Offerten einem

externen Büro übergeben hat, weist dabei in die richtige Richtung. Allerdings hat sie die Öffnung der Offerten und die Bereinigung durch ihre eigene Verwaltung vornehmen lassen, obwohl gerade die Offertbereinigungsphase erhöht missbrauchs- bzw. manipulationsgefährdet ist (Galli/Moser/Lang, Rz. 324).

E. 5

Da die Beschwerdeführerin deutlich vor den weiteren Anbietern auf Platz 2 rangiert worden ist, kommt nach dem Wegfall der Offerte der Mitbeteiligten nur der Zuschlag an sie in Betracht. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist der Zuschlag jedoch nicht unmittelbar mit dem Beschwerdeentscheid zu erteilen; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Weisung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 VRG). Sie hat ausserdem die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 2'000.- (inkl. MwSt.) zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Vergabeentscheid wird aufgehoben und die Sache an den Gemeinderat X zur Vergabe an die Beschwerdeführerin zurückgewiesen. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 350.-- Zustellungskosten, Fr. 5'350.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. 4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, die Beschwerdeführerin für Umtriebe im Beschwerdeverfahren mit Fr. 2'000.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu entschädigen, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheids. 5. ...

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