

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00373 vom 5. Mai 2006

ZH Verwaltungsgericht, 2006-05-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2005.00373

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00373 du 5 mai 2006

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00373 del 5 maggio 2006

Regeste

Submission | Submission von Bodenbelägen für ein Spital. Legitimation: Die Submissionsbeschwerde steht auch zur Verfügung, um nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB; E. 2). Ausschluss wegen Unvollständigkeit des Angebots (§ 28 lit. h SubmV). Die Auffassung der Vergabebehörde, dass der von der Beschwerdeführerin offerierte Belag nicht dem ausgeschriebenen "Typ" entspricht, ist nicht rechtsverletzend. Das Angebot weicht in einem wesentlichen Punkt von der Ausschreibung ab, was zum Ausschluss führt. (E. 3.5). Variante ohne Grundangebot. Eine Variante ohne gleichzeitiges Grundangebot ist nicht generell ausgeschlossen. Das Fehlen des ausschreibungskonformen Grundangebots führt aber dazu, dass bei Ablehnung der Unternehmervariante kein Angebot des betreffenden Anbieters verbleibt (E. 4.4). Verletzung verschiedener Formerfordernisse (E. 5). Verlangt die Vergabebehörde die Behebung eines Mangels des Angebotes und kommt der Anbieter dieser Aufforderung nicht nach, so ist ein Ausschluss gerechtfertigt, auch wenn der Mangel ursprünglich nicht zum direkten Ausschluss berechtigt hätte (E. 5.4). 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 revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie § 2 des Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2

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; § 21 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend ist die Legitimation der Beschwerdeführerin ohne weiteres zu bejahen, da sie geltend macht, zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden zu sein und mit Fr. 742'672.85 das

preislich günstigste Angebot eingereicht zu haben. Dass eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin infolge des Vertragsabschlusses mit der Mitbeteiligten nicht mehr möglich ist, ändert an der Legitimation nichts, zumal die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB).

E. 3.1

Das Angebot der Beschwerdeführerin ist – wie nachfolgend darzulegen sein wird – unvollständig. Ein solches Angebot berechtigt gemäss § 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) – ausser bei untergeordneten Mängeln (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6) – zum Ausschluss eines Anbieters von der Teilnahme. Zu einem unvollständigen Angebot gehören auch solche, bei welchen die Anbieter von den Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen abweichen oder diese abändern. Über den Ausschluss eines Anbieters kann die vergebende Behörde im Rahmen des Zuschlages befinden (VGr, 24. Mai 2002, BEZ 2002 Nr. 52 E. 4a).

E. 3.2

In dem Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildenden Leistungsverzeichnis war der einzubauende Bodenbelag wie folgt umschrieben: "Fliessbeläge Gummigranulat-Böden Lieferung und Einbau eines Gummigranulatbelages 8 mm stark Marke, Typ: HALTOPEX oder gleichwertiges Material Farbe: Schwarz Nr. 9013 Mit Offerte Muster in A4-Grösse beilegen Shorehärte der Granulate: 85 - 90 Shore Elastizitätsgrenze bei Stempeldruck 60 kg/cm² Wärmeleitfähigkeit: 0.18 W/mk Oberfläche geschliffen und gespachtelt inkl. Feinschliff" Die Beschwerdeführerin hat die Arbeiten für Fr. 742'672.85 mit dem Produkt "E" offeriert. Ein Muster legte sie ihrem Angebot vom 12. August 2005 nicht bei. Mit Schreiben vom 23. August 2005 forderte die Bauleitung die Beschwerdeführerin auf, die im Positionstext erwähnten Eigenschaften zu bestätigen und gemäss Positionstext ein Muster A4 einzureichen. Die Beschwerdeführerin liess hierauf der Bauleitung ein Muster des Produktes "E", verschiedene technische Informationen sowie ein Deckblatt ihres Angebotes mit dem Vermerk "Unternehmervariante" zukommen. In gleicher Weise enthielt das Begleitschreiben den Vermerk "Unternehmervariante".

E. 3.3

Das vergebende Gemeinwesen ist bei der Umschreibung des Gegenstands einer Beschaffung grundsätzlich frei (RB 1999 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 15; RB 2001 Nr. 47 = BEZ 2001 Nr. 25). Der Beschwerdegegner hat die Eigenschaften der einzubauenden Fliessbeläge/Gummigranulat-Böden wie in Erwägung 3.2 dargestellt umschrieben. Als Typ wurde das Produkt "Haltopex oder gleichwertiges Material" vorgeschrieben. Er hat damit auch die Rechtsprechung berücksichtigt, wonach grundsätzlich nicht nur ein einziges Produkt oder Fabrikat vorgeschrieben werden darf, sondern mit dem Hinweis "oder gleichwertig" zum Ausdruck bringen muss, dass auch andere Produkte zulässig sind, wobei der Anbieter, der ein anderes Produkt offeriert, die Gleichwertigkeit der technischen Spezifikationen des von ihm offerierten Produktes nachzuweisen hat (RB 2001 Nr. 47 E. 2d = BEZ 2001 Nr. 25).

E. 3.4

Das Produkt "Haltopex" wie auch das von einem anderen Anbieter offerierte Produkt "G" sind monolithische Beläge, die nur aus einer einzigen Schicht bestehen. Sie werden vor Ort fugenlos flüssig eingebracht. Anschliessend wird die Oberfläche geschliffen, gespachtelt

und versiegelt. Kleinere Unebenheiten im Unterboden können problemlos ausgeglichen werden. Demgegenüber handelt es sich beim Produkt "E" der Beschwerdeführerin um einen modularen, d.h. aus mehreren Schichten bestehenden Fertig-Bodenbelag. Er wird nicht – wie ausgeschrieben – als Fliessbelag eingebracht, sondern als Platten oder in Bahnen auf dem Untergrund aufgeklebt. Er ist damit auch nicht fugenlos. Anschliessend wird eine Deckschicht aufgetragen, die mit einer Farbbeschichtung versehen wird. Es ist offenkundig, dass sich mit einem flüssig aufgetragenen Bodenbelag Unebenheiten des Untergrundes besser ausgleichen lassen als mit vorfabrizierten Belägen. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, dies sei unerheblich, habe doch der Unterlagsboden-(Vor)Unternehmer allfällige Unebenheiten auszugleichen, ist aus mehreren Gründen verfehlt. Zum einen handelt es sich hier um eine Sanierung und ist der Untergrund wie vorgefunden zu bearbeiten. Selbst bei einem Neubau wären aber die Vorteile in zeitlicher und fertigungstechnischer Hinsicht offensichtlich, wenn Unebenheiten des Unterlagsbodens gleichzeitig mit dem Fliessbelag ausgeglichen werden können. Gemäss Leistungsverzeichnis soll der Bodenbelag unter anderem auch in den Nasszellen mit zweiseitigem Gefälle (2 - 5 cm) eingebaut werden. Auch in diesem Zusammenhang bestehen offensichtlich Unterschiede in der Funktionalität der beiden Bodentypen, kann doch das Gefälle bei einem Fliessboden direkt beim Einbringen der flüssigen Gummigranulatmischung eingebracht werden. Wie die Beschwerdeführerin selber ausführt ist das von ihr offerierte Produkt "deutlich elastischer" als das ausgeschriebene Produkt "Haltopex". Der Einwand des Beschwerdegegners, dies sei beim Herumschieben der Spitalbetten nachteilig, ist durchaus nachvollziehbar.

E. 3.5

Wenn der Beschwerdegegner unter diesen Umständen zum Schluss gelangte, das von der Beschwerdeführerin offerierte Fabrikat entspreche nicht der ausgeschriebenen "Marke, Typ: Haltopex oder gleichwertiges Material", so war dies nicht rechtsverletzend. Ob das Material "E" die Bedürfnisse der Klinik F ebenfalls erfüllen würde, kann offen bleiben, denn es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanzen, sondern der vergebenden Instanz, vor der Umschreibung von Gegenstand und Umfang eines öffentlichen Auftrages eine sachgerechte Bedürfnisabklärung vorzunehmen (RB 1999 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 15). Massgebend ist allein, dass der von der Beschwerdeführerin offerierte Belag keinen "Fliessbelag" darstellt und nicht dem ausgeschriebenen "Typ" entspricht, sondern die aufgezeigten wesentlichen Unterschiede aufweist. Ob das offerierte Fabrikat auch hinsichtlich Shorehärte, Rutschfestigkeit, Dampfdurchlässigkeit, Rissüberbrückung, Reparaturanfälligkeit und Ästhetik gleichwertig sei, was umstritten ist, kann hierbei offen bleiben. Das Angebot der Beschwerdeführerin wich in einem wesentlichen Punkt von der Ausschreibung ab, was gemäss § 28 lit. h SubmV zum Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren führt. Die Beschwerde ist schon aus diesem Grund unbegründet.

E. 4.1

Der Beschwerdegegner macht geltend, beim Angebot der Beschwerdeführerin handle es sich um eine Unternehmervariante. Da er diese Variante abgelehnt habe und ablehnen durfte, erweise sich das Angebot der Beschwerdeführerin als unvollständig, was ebenfalls zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führe.

E. 4.2

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen waren Unternehmervarianten ausdrücklich als zulässig erklärt worden. Varianten waren in jedem Fall klar zu kennzeichnen, als besondere Beilage einzureichen und ausreichend zu umschreiben. Einem Unternehmer war es im vorliegenden Vergabeverfahren daher freigestellt, eine Variante zu den von der Auftraggeberin verlangten Anforderungen zu unterbreiten (VGr, 3. November 1999, BEZ 1999 Nr. 36 E. 3a/bb). Beschränkt sich ein Unternehmer indessen auf das Angebot einer Variante, so hat er ein unvollständiges Angebot eingereicht, welches nach geltender Vergabepaxis zum Ausschluss des betreffenden Anbieters führt, sofern die Variante abgelehnt wird (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00212 E. 4a).

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin hat in ihren ergänzenden Angaben an den Beschwerdegegner vom 30. August 2005 sowohl im Begleitschreiben als auch im geänderten Deckblatt ihr Angebot ausdrücklich als "Unternehmervariante" bezeichnet. Bei dieser Kennzeichnung darf sie nach dem auch im Beschaffungsrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 613 ff.) von der Vergabestelle behaftet werden. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin selbst in ihrer Beschwerdeschrift vom 19. September 2005 unmissverständlich festgehalten, sie habe mit dem Beschichtungssystem "E" eine Unternehmervariante vorgeschlagen. Erst in der Replik wurde geltend gemacht, die Verwendung des Begriffs "Unternehmervariante" sei nicht im "rechtstechnischen Sinn" erfolgt. Es ist einer Vergabestelle indessen nicht zuzumuten, ein vom Anbieter als "Unternehmervariante" bezeichnetes Angebot daraufhin zu untersuchen, ob dieses trotz dieser formalen Kennzeichnung allenfalls materiell als Grundangebot entgegenzunehmen sei.

E. 4.4

Das Angebot der Beschwerdeführerin durfte von der Vergabestelle mithin als Unternehmervariante behandelt werden. Eine Variante ohne gleichzeitiges Grundangebot ist nicht von vornherein ausgeschlossen; das Fehlen des ausschreibungskonformen Grundangebots führt aber dazu, dass bei Ablehnung der Variante (vgl. E. 3.5) – die in weitem Rahmen im Ermessen der Vergabebehörde liegt – kein Angebot des betreffenden Anbieters verbleibt, das in die Auswertung einbezogen werden kann (vgl. VGr, 20. Juli 2004, VB.2004.00006 E. 2.1, www.vgrzh.ch; VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00212 E. 4a). Da die Beschwerdeführerin kein Grundangebot eingereicht hat, durfte sie deshalb auch ohne Rechtsverletzung vom Verfahren ausgeschlossen werden.

E. 5.1

Der Beschwerdegegner begründet den Ausschluss schliesslich auch mit der fehlenden Unterschrift auf dem Formular "Angaben zur Unternehmung" und dem verspäteten Nachreichen von Mustern und technischen Informationen. Die Beschwerdeführerin erachtet es demgegenüber als "überspitzt formalistisch und unverhältnismässig", wenn das Angebot wegen der fehlenden Unterschrift und der falschen Mustergrösse ausgeschlossen würde.

E. 5.2

Wie bereits erwähnt ist der Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren wegen Mängeln einer Offerte nur dann adäquat, wenn es sich um wesentliche Mängel handelt (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6, auch zum Folgenden). § 28 lit. h SubmV sieht den Ausschluss vor, wenn Anbietende wesentliche Formerfordernisse verletzt haben,

insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebotes 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 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) abgeleiteten Verbotes des überspitzten Formalismus.

E. 5.3

Den Ausschreibungsunterlagen lag ein zweiseitiges Formular "Angaben zur Unternehmung für Anbieterinnen und Anbieter im Submissionsverfahren" bei. Am Ende des Formulars erfolgte der fettgedruckte und eingerahmte Hinweis, dass bei Nichteinreichen der Nachweise oder bei Fehlen der verlangten Angaben die Anbietende ausgeschlossen wird. Ebenfalls fettgedruckt und separat eingerahmt stand weiter am Ende des Formulars, dass die Unternehmung mit der nachfolgenden Unterschrift die Richtigkeit aller Angaben bestätigt und die jeweils zuständigen Behörden und Einrichtungen ermächtigt, der Vergabestelle Auskünfte über allfällige Steuer- und Sozialabgabenausstände, betriebsrechtliche Vorgänge und weitere Angaben im Rahmen der Selbstdeklaration zu erteilen. Die Beschwerdeführerin hat die Angaben zur Unternehmung auf diesem Formular unvollständig ausgefüllt und beispielsweise die genaue Firmenbezeichnung, die Anschrift, Telefon- und Fax-Nummern, E-Mail-Adresse und Geschäftszweck offen gelassen. Auch fehlt die verlangte Unterschrift auf diesem Formular. Diese Mängel sind nicht unwesentlich. Weist wie hier eine Vergabestelle auf einem Erhebungsformular ausdrücklich und sogar eingerahmt und in fetter Schrift darauf hin, dass ein Fehlen der verlangten Angaben den Ausschluss des Anbietenden zur Folge hat, so darf vom Anbietenden beim Ausfüllen des Formulars erhöhte Aufmerksamkeit verlangt werden, und stellt die Rechtsfolge des Ausschlusses keinen überspitzten Formalismus dar, wenn – wie hier – der Anbieter trotzdem wesentliche Angaben zur genauen Firmenbezeichnung, Gesellschaftszweck usw. unterlässt. Auf jeden Fall war vorliegend der Ausschluss gerechtfertigt, weil kumulativ auch die Unterschrift fehlte, welche ebenfalls in fetter Schrift und eingerahmter Form auf dem Formular verlangt wurde. Damit fehlte eine Bestätigung der selbstdeklarierten Angaben durch die Beschwerdeführerin und war der Vergabebehörde eine Verifizierung verunmöglicht.

E. 5.4

Gemäss Ausschreibungsunterlagen war der Offerte ein Muster des Gummi-Granulatbodens in A4-Grösse beizulegen. Diese Bedingung hat die Beschwerdeführerin nicht erfüllt, was der Beschwerdegegner als wesentlichen Mangel wertete, hat doch die Bauleitung die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 23. August 2005 aufgefordert bis 30. August 2005 ein "Muster A4 (übereinstimmend mit Positionstext)" nachzureichen. Dieser Aufforderung ist die Beschwerdeführerin – entgegen den Behauptungen in der Replik – nicht nachgekommen, weist doch das hierauf eingereichte Muster nur die Masse von ca. 4 x 14 cm auf, statt 21 x 30 cm (A4). Es ist damit mehr als 10 x kleiner als das verlangte Muster und damit auch nicht uneingeschränkt vergleichbar mit den anderen Mustern. Verlangt eine Vergabebehörde die Behebung eines Mangels des Angebotes und kommt der Anbieter dieser Aufforderung nicht nach, so ist ein Ausschluss gerechtfertigt, auch wenn der Mangel ursprünglich nicht zum direkten Ausschluss berechtigt hätte. Die Beschwerde ist auch deshalb unbegründet und folglich abzuweisen.

E. 6

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG); eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen hat sie dem Beschwerdegegner für dessen Umtriebe im Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG; § 12 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 1997 [GebV VGr]). Bei der Bemessung der Entschädigung ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner mit der Beschwerdeantwort zumindest teilweise die – von ihm ohnehin geschuldete – Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat; in Betracht fällt daher vor allem der Aufwand, der ihm mit der Ausarbeitung der Duplik entstanden ist. Als angemessen erweist sich eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'500.- (Mehrwertsteuer inbegriffen). Demgemäss entscheidet die Kammer:

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