

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00123 vom 12. September 2007

ZH Verwaltungsgericht, 2007-09-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2007.00123

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00123 du 12 septembre 2007

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00123 del 12 settembre 2007

Regeste

Submission | Sanierung der Erschliessungsbauwerke (Strassen- und Werkleitungsbau): Ausschluss vom Verfahren. Die Beschwerdeführerinnen haben bewusst einen vom Leistungsverzeichnis abweichenden Bauablauf offeriert. Ihr Angebot durfte deshalb als Unternehmervariante behandelt werden (E. 3.3.). Bei einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen hat der Unternehmer auch dann, wenn er eine grössere oder geringere Anzahl Einheiten erwartet, denjenigen Preis anzugeben, den er bei Ausführung der vorgegebenen Menge verlangen würde. Nur so kann die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet werden. Geht der Anbieter aufgrund der von ihm vorgesehenen Bauweise davon aus, dass bestimmte Positionen des Verzeichnisses nicht nötig sein werden, so muss er diese besondere Bauweise - mit den entsprechenden Änderungen bei der Zahl der Einheiten - als Variante anbieten. - Die von den Beschwerdeführerinnen eingesetzten unrealistisch tiefen Preise wirkten faktisch, wie wenn gar keine Preise angegeben worden wären; das Angebot ist auch aus diesem Grund als Unternehmervariante zu beurteilen. Ablehnung der Variante und Ausschluss der Beschwerdeführerinnen (E. 3.4.3). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

A AG,

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 Beschwerdeführerinnen ohne weiteres zu bejahen, da sie geltend machen, zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden zu sein. Mit einem Offertbetrag von Fr. 529'146.75 haben sie zudem das preislich günstigste Angebot eingereicht. Die Beschwerdeführerinnen sind daher auch zur Beschwerde gegen den Zuschlag legitimiert.

E. 3

Die Beschwerdegegnerin hat den Ausschluss der Beschwerdeführerinnen damit begründet, es liege nur eine Variante und kein Grundangebot vor.

E. 3.1

Gemäss § 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) werden Anbietende von der Teilnahme unter anderem ausgeschlossen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse verletzt haben, insbesondere durch Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen; sie führen zum Ausschluss, sofern sie nicht unwesentlich sind (VGr, 18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.3.1, www.vgrzh.ch). Varianten sind in der Regel Angebote, die für das von der Vergabestelle angestrebte Ziel eine andere technische Lösung vorschlagen als diejenige, die der Ausschreibung zugrunde liegt. Die Rechtsprechung lässt jedoch auch Varianten zu, die einzig eine gegenüber den Anforderungen der Behörde reduzierte Leistung vorschlagen; in diesem Fall muss allerdings, falls die Behörde die Anforderungen im Sinn der Variante reduziert, den andern Anbietern Gelegenheit gegeben werden, auch ihre Offerten an die neue Umschreibung des Leistungsinhalts anzupassen (VGr, 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.2.2, mit Hinweisen, www.vgrzh.ch). Gemäss den Ausschreibungsunterlagen waren Varianten als separate Beilage einzureichen. 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). Auch eine Variante ohne gleichzeitiges Grundangebot ist nicht von vornherein ausgeschlossen; das Fehlen des ausschreibungskonformen Grundangebots führt jedoch dazu, dass bei Ablehnung der Variante – die in weitem Rahmen im Ermessen der Vergabebehörde liegt – kein Angebot des betreffenden Anbieters verbleibt, das in die Auswertung einbezogen werden kann (VGr, 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.1, www.vgrzh.ch).

E. 3.2

Die Beschwerdegegnerin macht mit der Beschwerdeantwort geltend, die Beschwerdeführerinnen hätten nur ein Angebot eingereicht, welches sie selber als Variante bezeichneten. Ein vom Anbieter als "Unternehmervariante" bezeichnetes Angebot muss von der Vergabebehörde nicht daraufhin überprüft werden, ob dieses trotz der formalen Kennzeichnung allenfalls materiell als Grundangebot entgegenzunehmen sei (VGr, 5. Mai 2006, VB.2005.00373, E. 4.3, www.vgrzh.ch). Die Beschwerdeführerinnen haben zusammen mit ihrem Angebot ein Begleitschreiben mit dem Titel "X L Bauausführung / Bauvorgang, Spezifikation zur Offerte: Grundlage Kalkulation: Situation 1:500 Strasse und Wasserleitung" eingereicht. Darin wird der von den Beschwerdeführerinnen gewählte Arbeitsablauf beschrieben. Der letzte Zwischentitel lautet "Vorteil dieser Variante". Dabei wurde das Wort Variante – entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin in der Duplik – nicht speziell hervorgehoben. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst ausführen, ist die Verwendung des Begriffs "Variante" zwar nicht sehr glücklich. Allerdings durfte die Vergabebehörde aufgrund der einmaligen Verwendung dieses Begriffs im Begleitschreiben nicht davon ausgehen, dass es sich beim Angebot der Beschwerdeführerinnen um eine Unternehmervariante im technischen Sinn handle. Anders als im oben erwähnten Entscheid des Verwaltungsgerichts haben die Beschwerdeführerinnen ihr Angebot im Titel nicht explizit als Unternehmervariante gekennzeichnet, und sie haben auch nicht wiederholt von einer Variante gesprochen. Es ist daher anhand der eingereichten Angebotsunterlagen zu prüfen, ob das Angebot der Beschwerdeführerinnen der Ausschreibung entspricht oder ob eine Unternehmervariante vorliegt.

E. 3.3

Die Beschwerdegegnerin bringt in ihrer Beschwerdeantwort vor, die Beschwerdeführerinnen seien vom vorgegebenen Bauablauf abgewichen. Die Werkleitungen befänden sich zum grössten Teil in der Mitte der Strasse. Der Bauablauf sei so geplant gewesen, dass zuerst ein Schlitz im Strassenbelag gemacht werde, um die Leitungen zu entfernen und auszuwechseln. Erst nach Abschluss dieser Arbeiten solle der Belag vollständig abgebrochen und durch einen neuen Belag in zwei Etappen ersetzt werden. Demgegenüber beabsichtigten die Beschwerdeführerinnen den Abbruch des ganzen Belages vor Beginn der Arbeiten an der Wasserleitung. Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, der Bauablauf sei in den Ausschreibungsunterlagen überhaupt nicht vorgegeben. Sie hätten demnach keine Unternehmervariante, sondern ein vollständiges Grundangebot eingereicht. Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, dass der vorgesehene Bauablauf in den Ausschreibungsunterlagen nicht explizit beschrieben wurde. Sie ist jedoch der Meinung, aus den Arbeitspositionen im Leistungsverzeichnis gehe der von ihr geforderte Bauablauf klar hervor. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten ein ausführliches Leistungsverzeichnis, welches die Anbietenden auszufüllen hatten. Darin werden im Kapitel 151 die Positionen für die Bauarbeiten an den Werkleitungen festgelegt. Dabei ist unter anderem die Position 141 "Bitumenhaltige Beläge schneiden, aufbrechen und entfernen" vorgesehen. Im Kapitel 223 "Belagsarbeiten" ist unter der Position 211 nochmals "Bitumenhaltige Beläge schneiden, aufbrechen und entfernen" aufgeführt. Das Schneiden von Belägen ist nur notwendig, wenn der Belagsaufbruch für die Werkleitungen separat erfolgt. Der von der Beschwerdegegnerin vorgesehene Bauablauf war damit erkennbar. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, die zweigeteilte Devisierung erfolge aufgrund der unterschiedlichen Subventionierung von Werkleitungen und der Belagssanierung, überzeugt deshalb nicht, weil diesfalls auf das Schneiden der Beläge hätte verzichtet werden können. Auch die von den Beschwerdeführerinnen für diese Arbeiten offerierten Preise (Fr. 0.05 bzw. Fr. 0.10) zeigen, dass die Beschwerdeführerinnen den von der Vergabebehörde vorgesehenen Bauablauf erkannt hatten und einen davon abweichenden Bauablauf ausführen wollten. Sie haben ihren Vorschlag schliesslich im Begleitschreiben dargelegt. Da somit davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerinnen bewusst einen vom Leistungsverzeichnis abweichenden Bauablauf offerierten, durfte ihr Angebot zu Recht als Unternehmervariante behandelt werden.

E. 3.4

Hinzu kommt, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen jedenfalls aufgrund der Art, wie sie bestimmte Positionen des Leistungsverzeichnisses berechneten, eine Unternehmervariante darstellt. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Beschwerdeführerinnen hätten bei einzelnen Positionen nicht kostendeckende Einheitspreise eingesetzt, welche auf den Bauablauf gemäss ihrer Variante zugeschnitten seien. Die unrealistisch tiefen Preise bedeuteten im Ergebnis eine erhebliche Abweichung vom Leistungsverzeichnis. Auffallend sei ferner, dass das günstigste Gesamtangebot der Beschwerdeführerinnen die höchste Installationspauschale aufweise. Es sei anzunehmen, dass in dieser Position Teile der nicht kostendeckend offerierten Arbeiten eingerechnet worden seien, was sich zu Ungunsten der Gemeinde auswirken könne. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen sei auch nicht mit den anderen Angeboten vergleichbar gewesen. Die Beschwerdeführerinnen weisen den Vorwurf von Umlagerungen, welche sich zu Ungunsten der Gemeinde auswirken könnten, in ihrer Replik ausdrücklich zurück und verweisen auf die Kalkulationsfreiheit des Unternehmers.

E. 3.4.1

Beim Prinzip der Preisvereinbarung nach Einheitspreisen wird davon ausgegangen, dass sich Mengenänderungen in entsprechenden Preisänderungen niederschlagen. Ein Angebot, bei dem bestimmte Einheitspreise bewusst tief gehalten und die auf diese Positionen entfallenden Materialkosten in eine Festpreisposition übertragen werden, widerspricht daher dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen. Zwar ist die Kalkulation der Angebotspreise Sache des anbietenden Unternehmers, und die Art und Weise, wie er seinen Aufwand in Einheitspreise umrechnet, steht ihm grundsätzlich frei. Die Verschiebung von Kostenteilen aus den Einheitspreisen in eine Festpreisposition darf aber nicht offensichtlich einzig dem Zweck dienen, allfällige Fehler des Leistungsverzeichnisses zu Lasten des Auftraggebers auszunützen (VGr, 3. Dezember 2003, VB.2003.00256, E. 4, www.vgrzh.ch). Denn bei einer derart gestalteten Offerte profitiert der Auftraggeber bei allfälligen Mengenreduktionen nicht von der Kostenersparnis. Zudem verunmöglicht eine solche Verschiebung einerseits die korrekte Analyse der offerierten Preise, und andererseits wird der direkte Vergleich mit den anderen eingereichten Angeboten erschwert. Schliesslich führt die Umlagerung in die Position Baustelleneinrichtung im Ergebnis zu einer ungerechtfertigten Kreditgewährung, weil die entsprechende Forderung bereits zu Beginn der Bauarbeiten fällig wird (vgl. Art. 145 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 146 SIA-Norm 118). Grössere Verschiebungen von Einheitspreisen in eine Festpreisposition können daher im Einzelfall zum Ausschluss des Angebots vom Verfahren führen (BGr, 27. November 2002, 2P.164/2002, www.bger.ch; Andreas Bass, Verschieben von Einheitspreisen in eine Pauschalpreisposition, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 23 f.).

E. 3.4.2

Grundlage der Offerten war das von der Beschwerdegegnerin mit den Ausschreibungsunterlagen abgegebene Leistungsverzeichnis. Die Anbietenden hatten die Mehrzahl der Leistungen nach Einheitspreisen zu offerieren, das heisst als Preise für Leistungseinheiten, die in den Positionen des Verzeichnisses aufgeführt sind. Die erwartete Menge der Einheiten gemäss Leistungsverzeichnis ist dabei nicht verbindlich; die geschuldete Vergütung ergibt sich erst aus der Abrechnung über die ausgeführte Menge (Art. 39 Abs. 1 der SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 1977/1991 [SIA-Norm 118]). Einige Positionen des Leistungsverzeichnisses waren nicht als Einheitspreise, sondern als Festpreise zu offerieren. In einem Werkvertrag nach Einheitspreisen wird in der Regel vereinbart, innerhalb welcher Bandbreite von Über- bzw. Unterschreitung der erwarteten Mengen die Einheitspreise gültig bleiben (vgl. Art. 86 Abs. 1 SIA-Norm 118). Vorliegend legten die Ausschreibungsunterlagen der Beschwerdegegnerin jedoch fest, dass entgegen der Regel der SIA-Norm 118 bei veränderten Mengen ungeachtet der Grösse der Veränderung keine Preisänderungen geltend gemacht werden können. Ferner behielt sich die Beschwerdegegnerin vor, einzelne Positionen und Bauteile ganz wegzulassen, ohne dass der Unternehmer Nachforderungen stellen konnte.

E. 3.4.3

Die Beschwerdegegnerin hat einige Positionen des Leistungsverzeichnisses aufgeführt, bei denen die Beschwerdeführerinnen nicht kostendeckende Einheitspreise eingesetzt haben sollen. Für die provisorischen Überbrückungen haben die Beschwerdeführerinnen einen Preis von Fr. 0.05 pro Einheit offeriert (Kapitel 113 Positionen 215 ff.). Bei der Position

"Bitumenhaltige Beläge schneiden, aufbrechen und entfernen" (Kap. 151 Pos. 141) haben sie ebenfalls den Einheitspreis von Fr. 0.05 und bei der ähnlichen Position im Kapitel Belagsarbeiten (Kap. 223 Pos. 211) einen solchen von Fr. 0.10 eingesetzt. Auch die Spriessungen (Kap. 151 Pos. 331) und das Liefern von Betonverbundsteinen (Kap. 222 Pos. 251) haben die Beschwerdeführerinnen zum Preis von Fr. 0.10 pro Einheit angeboten. Zu den sehr tiefen Preisen der Spriessungen führten die Beschwerdeführerinnen aus, sie seien zum Schluss gekommen, dass Spriessungen bei den Gräben nicht (überall) notwendig sein würden. Davon gehe auch das Leistungsverzeichnis aus, welches bei einer Länge der zu sanierenden Wasserleitung von 800 m eine Menge von 500 m² nenne. Bei einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen hat der Unternehmer nach dem Gesagten auch dann, wenn er eine grössere oder geringere Anzahl Einheiten erwartet, denjenigen Preis anzugeben, den er bei Ausführung der vorgegebenen Menge verlangen würde. Nur so kann die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet werden. Das gilt im Prinzip auch dann, wenn er aufgrund der von ihm vorgesehenen Bauweise davon ausgeht, dass bestimmte Positionen des Verzeichnisses überhaupt nicht nötig sein werden. Das kann allerdings dazu führen, dass der Vorteil einer vom Anbieter gewählten sparsameren Bauweise in der Offerte gar nicht zum Ausdruck gelangt, weil die Zahl der Einheiten mit dem Leistungsverzeichnis vorgegeben ist. Um den Nutzen seines Angebots dennoch zur Geltung zu bringen, bleibt dem Anbieter in einem solchen Fall nichts anderes übrig, als seine besondere Bauweise – mit den entsprechenden Änderungen bei der Zahl der Einheiten – als Variante anzubieten (vgl. den Fall einer Ausschreibung, in der ein von der Beschwerdeführerin geltend gemachter Vorteil ihres Systems eine Anpassung des Bauprojekts erfordert hätte; VGr, 21. April 2004, VB.2003.00268, E. 3.2.2., www.vgrzh.ch). Vorliegend wirkten die von den Beschwerdeführerinnen eingesetzten unrealistisch tiefen Preise faktisch, wie wenn gar keine Preise angegeben worden wären. Die Beschwerdegegnerin hat das Angebot auch deshalb zu Recht als Unternehmervariante behandelt. Sie hat in der Folge zudem dargelegt, aus welchen Gründen sie nicht auf diese eintreten will. Die Beschwerdeführerinnen sehen einen Vorteil ihres Vorgehens, welches einen Abbruch des ganzen Belages vor Beginn der Arbeiten an der Wasserleitung vorsieht, in der kürzeren Bauzeit und dem nur kurzen Unterbruch der Zugänglichkeiten für die Anwohner. Als weiterer Vorteil kommt hinzu, dass die Variante auf den ersten Blick finanziell günstiger ist. Zu den Nachteilen der Variante führte die Beschwerdegegnerin aus, den Anwohnern werde zugemutet, während der ganzen Bauzeit über den Kieskoffer zu den Gebäuden zu gelangen. Es sei mit Schäden an den intakten Abschlüssen zu rechnen, und der Kieskoffer könne je nach Witterung aufgeweicht und durch Aushubmaterial der Werkleitungen verschmutzt werden. Allenfalls sei auch eine grössere Staubentwicklung zu erwarten. Diese Umstände könnten auch die Baukosten negativ beeinflussen. Der Vergabebehörde steht beim Entscheid, ob sie eine Variante annehmen will, ein weites Ermessen zu. Die Begründung der Beschwerdegegnerin für die Ablehnung der Variante der Beschwerdeführerinnen ist nachvollziehbar und jedenfalls nicht rechtsverletzend. Die Preisdifferenz zwischen der Variante und den Angeboten der anderen Anbietenden war aufgrund der höheren Installationspauschale der Beschwerdeführerinnen auch nicht derart deutlich, dass die Variante trotz ihrer Nachteile hätte angenommen werden müssen. Da nach der Ablehnung der Variante kein ausschreibungskonformes Grundangebot der Beschwerdeführerinnen verblieb, das in die Auswertung hätte einbezogen werden können, mussten die Beschwerdeführerinnen vom Verfahren ausgeschlossen werden.

E. 3.4.4

Die Beschwerdeführerinnen haben für die Baustelleneinrichtung, für welche im Leistungsverzeichnis ein Festpreis vorgesehen war, einen ungewöhnlich hohen Betrag von Fr. 72'500.- offeriert. Die Offerte der Mitbeteiligten weist mit Fr. 26'500.- lediglich einen Drittel dieses Betrages für die Baustelleneinrichtung aus. Drei Offerten anderer Anbieter bewegen sich bei dieser Position im Rahmen der Offerte der Mitbeteiligten; nur eine Offerte weist eine ebenfalls erheblich höhere Pauschale auf, wobei diese aber ebenfalls deutlich tiefer liegt als diejenige der Beschwerdeführerinnen. Die Beschwerdeführerinnen legten in ihrer Replik nicht dar, weshalb ihre Pauschale so hoch ausgefallen ist, weisen jedoch den von der Beschwerdegegnerin erhobenen Vorwurf von Umlagerungen zurück. Dazu ist anzumerken, dass bei einer Bauweise, die tatsächlich erhebliche Einsparungen ermöglichte, indem sie bestimmte Arbeiten des Leistungsverzeichnisses unnötig machte, kein Grund bestand, deswegen die Installationspauschale auf einen ungewöhnlich hohen Betrag festzusetzen. Die Position Installationspauschale dient nicht dazu, allfällige andere Arbeiten, die durch die gewählte Bauweise zusätzlich erforderlich werden, in pauschalierter Form abzugelten. Solche Arbeiten hätten vielmehr in der Variante als Positionen bezeichnet und mit den zugehörigen Preisen versehen werden müssen. Waren keine zusätzlichen Arbeiten erforderlich, hätten die Beschwerdeführerinnen unter Beibehaltung einer niedrigen Installationspauschale einen noch wesentlich günstigeren Preis offerieren können, den abzulehnen der Beschwerdegegnerin dann nicht ohne weiteres möglich gewesen wäre.

E. 4

Die Beschwerde ist somit abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Verfahrens den Beschwerdeführerinnen anteilmässig und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 VRG); eine Parteientschädigung steht ihnen von vornherein nicht zu. Hingegen sind sie in Anwendung von § 17 Abs. 2 lit. a VRG zu einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten. Angemessen ist eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-.

E. 5

Da der Auftragswert von Fr. 548'393.40 für den gesamten Bauauftrag betreffend Sanierung der Erschliessungswerke im Gebiet L den gemäss Art. 83 lit. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) als massgeblich bezeichneten Schwellenwert nicht erreicht (vgl. Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 30. November 2006 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2007; SR 172.056.12), steht gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen. Demgemäss entscheidet die Kammer :

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