

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00405 vom 25. Februar 2009**

ZH Verwaltungsgericht, 2009-02-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2008.00405](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00405)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00405 du 25 février 2009

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00405 del 25 febbraio 2009

## **Regeste**

Submission | Ausschluss aus dem Verfahren wegen Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Die Verletzung wesentlicher Formerfordernisse, insbesondere eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen, führt zum Ausschluss des betreffenden Anbieters von der Teilnahme. Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und der Gleichbehandlung ein strenger Massstab anzulegen. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; andernfalls entspräche sie einem überspitzten Formalismus. Zu prüfen sind daher stets die konkreten Umstände im Einzelfall (E. 2.1). Dass ein Anbieter in der Offerte Leistungen aufführen muss, die nicht Inhalt seines eigenen Angebots sind, erscheint mit Blick auf den Zweck eines Vergabeverfahrens zunächst ungewöhnlich. In der Praxis werden derartige Leistungspositionen, die vom Anbieter nicht beeinflusst werden können, jedoch häufig verwendet. Dementsprechend sieht auch die beim Abschluss von Bauwerkverträgen weithin verwendete SIA-Norm 118 in Art. 11 vor, dass der Bauherr sich das Recht vorbehalten kann, eine im Leistungsverzeichnis vorgesehene einzelne Arbeit nach Abschluss des Werkvertrags durch einen Dritten als Nebenunternehmer ausführen zu lassen (E. 2.3). Ein Ausschluss vom Verfahren ist nicht nur gerechtfertigt, wenn auf Seiten des Anbietenden eine Täuschungsabsicht vorliegt. Auch objektiv wesentliche Mängel, die zu einer verfälschten Beurteilung des Angebots führen oder die Vergleichbarkeit der Angebote beeinträchtigen, vermögen einen Ausschluss zu rechtfertigen. Bei falschen Preiseingaben ist dabei insbesondere zu beachten, dass diese Manipulationen ermöglichen können (E. 3.3). 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. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. September 2003 zur Anwendung. Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrem Rechtsmittel sowohl gegen den Ausschluss ihres Angebots vom Verfahren wie auch gegen den Zuschlag an die Mitbeteiligte (vgl. die Begründung ihrer Beschwerde, Rz. 2). Beide Entscheide sind selbständig anfechtbar (Art. 15 Abs. 1 bis lit. d und e IVöB). Die Beschwerdeführerin ist zu

deren Anfechtung legitimiert, da ihr Angebot aufgrund des günstigen Preises im Fall einer Zulassung zum Verfahren gute Erfolgsaussichten gehabt hätte. Dass sie den Zuschlag nicht mehr erhalten kann, nachdem die Beschwerdegegnerin den Vertrag mit der Mitbeteiligten bereits abgeschlossen hat (Art. 18 Abs. 2 IVöB), lässt ihre Legitimation nicht dahinfallen.

## **E. 2**

Die Beschwerdegegnerin begründet den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren damit, dass diese den Text der Ausschreibung unzulässigerweise abgeändert habe.

### **E. 2.1**

Die Verletzung wesentlicher Formerfordernisse, insbesondere eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen, führt nach § 28 lit. h SubmV zum Ausschluss des betreffenden Anbieters von der Teilnahme. Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und der Gleichbehandlung ein strenger Massstab anzulegen ( VGr, 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.1, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); 18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.3.1, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) ). Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; andernfalls entspräche sie einem überspitzten Formalismus. Zu prüfen sind daher stets die konkreten Umstände im Einzelfall (RB 2006 Nr. 46, VB.2006.00228; RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBI 101/2000, S. 265).

### **E. 2.2**

Grundlage der Offerten war das von der Beschwerdegegnerin mit den Ausschreibungsunterlagen abgegebene Leistungsverzeichnis. Aufgrund desselben hatten die Anbietenden die Mehrzahl der Leistungen nach Einheitspreisen zu offerieren, das heisst als Preise für Leistungseinheiten, die in den Positionen des Verzeichnisses aufgeführt sind. Bei dieser Vertragsgestaltung ergibt sich die geschuldete Vergütung aus der Abrechnung über die ausgeführte Menge an Einheiten, multipliziert mit dem für die Einheiten offerierten Preis (Art. 39 Abs. 1 der SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 1977/1991; vgl. VGr, 3. Dezember 2003, VB.2003.00256, BEZ 2004 Nr. 16, E. 3.1, mit Hinweisen). Mit Bezug auf die Lieferung von Baumschulpflanzen enthielt das Leistungsverzeichnis jedoch eine andere Vorgabe. Bei der Position 811 bestimmte es: "Der Lieferant wird durch den Landschaftsarchitekten bestimmt. Lieferung der Baumschulpflanzen gem. Pflanzenliste Landschaftsarchitekt. Die Bauleitung wählt die Pflanzen in der/den Baumschule/n aus. Budgetbeträge Netto (Mengen- und Pflanzenrabatte sind bereits berücksichtigt und anzugeben). Der jeweilige Budgetbetrag ist unverändert in die Offerte zu übertragen. Fr. 1.-- = 1LE." Sodann wurde die Menge der Leistungseinheiten (LE) mit 30'000.00 angegeben. Mit dieser Umschreibung wollte die Beschwerdegegnerin zum Ausdruck bringen, dass die fraglichen Pflanzen nicht vom Anbieter zu liefern sind und er daher auch keinen Einfluss auf deren Preis hat. Der Anbieter hat sie lediglich zu pflanzen, wofür das Leistungsverzeichnis eine separate Position 821 enthielt. Die Anbietenden hatten somit bei Position 811 für die Leistungseinheit einen Wert von 1.00 einzutragen, woraus sich ein Positionstotal von Fr. 30'000.- ergab. Die Beschwerdeführerin setzte jedoch für die Leistungseinheit einen Wert von 0.70 ein, so dass der Gesamtbetrag der Position auf Fr. 21'000.- zu stehen kam. Der Bruttobetrag ihres Angebots reduzierte sich damit im Vergleich zu einem Anbieter, welcher die Position 811 richtig ausfüllte, um Fr. 9'000.- (in ihrem Fall Fr. 183'344.- anstatt Fr. 192'344.-).

### **E. 2.3**

Dass ein Anbieter in der Offerte Leistungen aufführen muss, die nicht Inhalt seines eigenen Angebots sind, erscheint mit Blick auf den Zweck eines Vergabeverfahrens zunächst ungewöhnlich. Werden solche Drittleistungen wie hier durch die Vergabestelle bzw. durch deren Vertreter bestimmt ("Die Bauleitung wählt die Pflanzen in der/den Baumschule/n aus"), handelt es sich dabei genau genommen um eine – indirekt erfolgende – separate Vergabe an einen dritten Anbieter. In der Praxis werden derartige Leistungspositionen, die vom Anbieter nicht beeinflusst werden können, jedoch häufig verwendet. Dementsprechend sieht auch die beim Abschluss von Bauwerkverträgen weithin verwendete SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (Ausgabe 1977/91), in Art. 11 vor, dass der Bauherr sich das Recht vorbehalten kann, eine im Leistungsverzeichnis vorgesehene einzelne Arbeit nach Abschluss des Werkvertrags durch einen Dritten als Nebenunternehmer ausführen zu lassen. Nach den Ausführungen des von der Beschwerdegegnerin beigezogenen Parteiexperten C, dessen Darstellung insoweit unbestritten ist, sind solche "Budgetpositionen" insbesondere beim Garten- und Landschaftsbau an der Tagesordnung. Die für diesen Zweck allgemein verwendete Software des CRB (Schweizerische Zentralstelle für Baurationalisierung) lasse aber leider nicht zu, dass die Ausschreibenden diese Positionen bereits in der Ausschreibung fertig ausfüllten, d.h. das Positionstotal selber einsetzen.

### **E. 2.4**

Der Parteiexperte geht davon aus, dass die Beschreibung der Leistung bei Position 811 "zum Teil redundant, aber nicht widersprüchlich" und insgesamt unmissverständlich gewesen sei. Auch habe die Anbieterin bei der nachfolgenden Position 821 wiederum vom Fixbetrag von Fr. 30'000.- ausgehen müssen, um den prozentualen Pflanzlohn zu offerieren; spätestens hier hätte ihr auffallen müssen, dass es sich bei dieser Summe um einen Nettobetrag handle. Die Beschwerdegegnerin schliesst sich dieser Auffassung an und bezeichnet es als ungläubwürdig, dass die Beschwerdeführerin bei ihrer Offerte einem Missverständnis erlegen sei. Vielmehr müsse man davon ausgehen, dass sie mit diesem Vorgehen einen scheinbar tieferen Gesamtpreis habe ausweisen wollen, um sich einen Vorteil gegenüber den andern Anbietern zu verschaffen. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die Beschreibung von Position 811 bei richtiger Betrachtung den von der Beschwerdegegnerin erörterten Sinn aufweist. Sie macht jedoch geltend, dass der Text durchaus falsch verstanden werden konnte und ihr Mitarbeiter einem solchen Missverständnis erlegen sei. Er habe die Position als gewöhnlichen Einheitspreis aufgefasst und daher versucht, auch in diesem Punkt ein möglichst günstiges Angebot zu machen. Dazu sei sie in der Lage, weil sie Pflanzenlieferungen mit einer Marge von bis zu 45 % beziehen könne. Von einer Täuschungsabsicht könne keine Rede sein; vielmehr handle es sich hier um einen offensichtlichen Rechnungsfehler, der nach § 29 Abs. 2 SubmV berichtigt werden müsse. Ein Ausschluss vom Verfahren sei unter diesen Umständen völlig unverhältnismässig.

### **E. 3**

Die Parteien sind sich darin einig, dass die Offerte der Beschwerdeführerin im fraglichen Punkt mangelhaft ist, indem sie von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen abweicht. Strittig sind jedoch Ursachen und Tragweite dieses Mangels.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin wendet zunächst ein, dass sie keine Änderung des Leistungsverzeichnisses vorgenommen, sondern lediglich einen andern als den von der Beschwerdegegnerin verlangten Preis eingesetzt habe. Das ist insofern zutreffend, als es der Beschwerdegegnerin aufgrund der verwendeten Software offenbar nicht möglich war, die entsprechende "Budgetposition" selber fertig auszufüllen, sondern sich mit einer entsprechenden Weisung an die Anbieter begnügen musste. Die Missachtung dieser Weisung wirkte sich jedoch im Ergebnis wie eine Änderung des Verzeichnisses aus und ist gleich zu bewerten. Ohnehin werden in § 28 lit. h SubmV die wesentlichen Formerfordernisse, deren Verletzung einen Ausschluss des Angebots zur Folge haben, nicht abschliessend aufgezählt.

### **E. 3.2**

Dass auf Seiten der Beschwerdeführerin tatsächlich ein Irrtum vorlag, wie sie geltend macht, erscheint aufgrund der Umstände als eher unwahrscheinlich. Zwar ist zu berücksichtigen, dass Teilnehmer eines solchen Vergabeverfahrens oft innert knapper Zeit umfangreiche Leistungsverzeichnisse ausfüllen müssen, weshalb es geschehen kann, dass ein Sachbearbeiter nicht jede Positionsbeschreibung mit der nötigen Sorgfalt prüft. Indessen sind Festlegungen der hier strittigen Art nach dem Gesagten nicht unüblich, und die ausführliche Umschreibung der fraglichen Position musste die Aufmerksamkeit des Sachbearbeiters auf sich ziehen. Der Umstand, dass die 30'000 Leistungseinheiten unmittelbar einem Frankenbetrag entsprachen, machte diesen ebenfalls als "Budgetposition" erkennbar, denn eine eigene Leistung des Anbieters, für welche ein Einheitspreis hätte eingesetzt werden müssen, war gar nicht zu offerieren. Schliesslich stellte auch die nachfolgende Position 821 nochmals auf den Fixbetrag von Fr. 30'000.- ab, was dem Sachbearbeiter der Beschwerdeführerin hätte auffallen müssen.

### **E. 3.3**

Die Frage braucht indessen nicht abschliessend geklärt zu werden, denn ein Ausschluss vom Verfahren ist nicht nur gerechtfertigt, wenn auf Seiten des Anbietenden eine Täuschungsabsicht vorliegt. Auch objektiv wesentliche Mängel, die zu einer verfälschten Beurteilung des Angebots führen oder die Vergleichbarkeit der Angebote beeinträchtigen, vermögen einen Ausschluss zu rechtfertigen. Bei falschen Preiseingaben ist dabei insbesondere zu beachten, dass diese durchaus Manipulationen ermöglichen können. So eröffnet eine zu tiefe Preiseingabe dem Anbieter die Option, nachträglich entweder eine Berichtigung zu verlangen, falls sein Angebot ohnehin das günstigste ist, oder aber den Preis als verbindlich anzuerkennen, sofern dies für das Obsiegen des Angebots erforderlich scheint. Diese Möglichkeit bietet sich ihm selbst dann, wenn die fehlerhafte Eingabe zunächst ohne Absicht erfolgt ist. Dass ein Anbieter einen derartigen Spielraum zur nachträglichen einseitigen Beeinflussung des Angebotspreises erhält, steht im Widerspruch zu den Prinzipien des Vergabeverfahrens. Die Gefahr solcher Manipulationen rechtfertigt daher generell eine strenge Beurteilung dieser Mängel unabhängig davon, ob dem Anbieter eine Täuschungsabsicht vorzuwerfen ist. Vorliegend lag die Gefahr einer Übervorteilung überdies unmittelbar in der Art des Fehlers begründet, ohne dass die Anbieterin sich noch auf einen Irrtum hätte berufen müssen. Wäre der Vertrag nämlich auf der Grundlage ihrer Offerte zustande gekommen, hätte der Fehler im Leistungsverzeichnis den Preis ihrer eigenen Leistungen gar nicht beeinträchtigt, sondern der "Schaden" wäre direkt bei der Beschwerdegegnerin angefallen, welche die Pflanzenlieferungen gemäss ihrer Vorgabe selber bezahlt. Der Anschein eines günstigeren Angebots wäre jedoch der

Beschwerdeführerin zugute gekommen.

### **E. 3.4**

Der Fehler der Beschwerdeführerin reduzierte den Gesamtpreis ihres Angebots um brutto Fr. 9'000.-, das heisst knapp 5 % der Gesamtsumme. Im Vergleich zu jenem Teil des Angebotspreises, welcher den eigenen Leistungen der Beschwerdeführerin entspricht (Offertsumme abzüglich Fixkosten der Pflanzenlieferungen), beträgt die Differenz sogar mehr als 5 %. Für eine Vergabe dieser Art ist dies ein sehr erheblicher Preisunterschied, der für den Zuschlag entscheidend sein kann. Dass diese Differenz für den Entscheid im vorliegenden Fall vermutlich nicht ausschlaggebend gewesen wäre, ist angesichts der erwähnten Gefahr von Manipulationen nicht entscheidend. Es handelt sich somit zweifellos um einen wesentlichen Mangel im Sinn von § 28 lit. h SubmV und der dargestellten Rechtsprechung. Wenn die Beschwerdegegnerin daraus ihre Konsequenzen zog, erlag sie keinem überspitzten Formalismus. Etwas anderes kann aus den von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheiden nicht abgeleitet werden. Dass im Fall RB 1999 Nr. 72 (VB.1999.00255 = BEZ 2000 Nr. 6) eine Differenz von 11 bis 18 % – unter ganz anderen Umständen – als schwerwiegender Mangel bezeichnet wurde, lässt nicht den Schluss zu, eine geringere Differenz sei unwesentlich. Dem Entscheid vom 22. März 2006 (VB.2005.00543, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), E. 2.1 und 2.3) lag ein Verfahren zugrunde, in welchem die Anbieterin eine optionale Teilleistung versehentlich zum Gesamttotal addiert hatte, was ihr keinerlei Wettbewerbsvorteil brachte und vom Gericht als korrigierbarer, offensichtlicher Fehler taxiert wurde. Beim Entscheid vom 26. März 2008 (VB.2007.00458, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)) schliesslich ging es um eine offen deklarierte Präzisierung einzelner Leistungen, die aufgrund von Differenzen in den Ausschreibungsunterlagen erforderlich war ; die Sachlage ist mit der vorliegenden in keiner Weise vergleichbar.

### **E. 3.5**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann ihr Fehler schliesslich auch nicht als offensichtlicher Rechnungs- oder Schreibfehler im Sinn von § 29 Abs. 2 SubmV qualifiziert werden. Die Beschwerdeführerin hat weder falsch gerechnet noch sich verschrieben, sondern nach ihrer eigenen Darstellung das Leistungsverzeichnis falsch verstanden. Dieser Vorgang ist am ehesten mit einem Kalkulationsfehler vergleichbar. Wieweit ein solcher korrigiert werden darf, ist schon vom Grundsatz her fraglich (vgl. VGr, 2. September 2002, VB.2002.00056 , [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), E. 5b/aa, mit Hinweisen); vorliegend verbietet sich dies mit Blick auf die erwähnten Manipulationsmöglichkeiten. Der Mangel kann auch kaum als offensichtlich bezeichnet werden, da die Vergabebehörden bei umfangreichen Leistungsverzeichnissen nicht immer in der Lage sind, jede Position von Beginn weg detailliert zu überprüfen.

### **E. 3.6**

Die Beschwerdeführerin wurde somit zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen und ihre Beschwerde ist abzuweisen.

### **E. 4**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen und ist überdies zur Zahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Bei der Bemessung der Entschädigung ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin ohnehin verpflichtet war, eine Begründung des angefochtenen Entscheids zu liefern; der Aufwand für die Ausarbeitung der

Beschwerdeantwort fällt daher weitgehend ausser Betracht.

**E. 5**

Der Wert des vergebenen Auftrags liegt unterhalb der Schwellenwerte gemäss Art. 83 lit. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, weshalb die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den vorliegenden Entscheid nicht zulässig ist. Es kann daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Demgemäss entscheidet die Kammer :

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