

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00480 vom 10. März 2010

ZH Verwaltungsgericht, 2010-03-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00480

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00480 du 10 mars 2010

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00480 del 10 marzo 2010

Regeste

Submission | Tiefbau- und Strassenbauarbeiten: Ausschluss vom Verfahren. Die Beschwerdeführerin hat bei einigen Positionen des Leistungsverzeichnisses, welche zu Einheitspreisen zu offerieren waren, den Vermerk "inklusive" angebracht. Dass es sich dabei nicht um geringfügige Beträge handelt, ergibt bereits ein summarischer Vergleich mit dem Angebot der Mitbeteiligten (E. 3.4.2). Andererseits hat die Beschwerdeführerin für denjenigen Teil der Baustelleneinrichtung, für welchen im Leistungsverzeichnis ein Festpreis vorgesehen ist, einen ungewöhnlich hohen Betrag offeriert (E. 3.4.3) Ein so gestaltetes Angebot widerspricht dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen, bei welchem davon ausgegangen wird, dass sich Mengenänderungen in entsprechende Preisänderungen niederschlagen. Zudem wird durch die beträchtlichen Verschiebungen im vorliegenden Fall die korrekte Analyse der offerierten Preise verunmöglicht und der direkte Vergleich mit anderen Angeboten erschwert. Schliesslich ist aufgrund des ungewöhnlich hohen Betrags, welchen die Beschwerdeführerin für den zu einem Festpreis zu offerierenden Teil der Baustelleneinrichtung eingesetzt hat, von einer Umlagerung auszugehen, welche zu einer ungerechtfertigten Kreditgewährung führt. Es liegt somit ein wesentlicher Mangel im Sinn von § 28 lit. h SubmV vor, weshalb sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin keineswegs als überspitzt formalistisch oder unverhältnismässig erweist (E. 3.4.4). 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 Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. 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. Beschwerdebegründung Rz. 8). Beide Entscheide sind selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 15 Abs. 1 bis lit. d und e IVöB). Die Beschwerdeführerin ist zu deren Anfechtung legitimiert, da sie mit einem Offertbetrag in der Höhe von Fr. 1'449'779.25 im Fall einer Zulassung zum Verfahren gute Erfolgsaussichten hätte.

E. 2

Vorab ist festzuhalten, dass entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör infolge Fehlens einer ausreichenden Begründung durch die im Rahmen der Beschwerdeantwort nachgereichte Begründung sowie die der Beschwerdeführerin eingeräumte Gelegenheit, mittels Replik zur Beschwerdeantwort Stellung zu nehmen, geheilt wurde (RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4a). Zudem ist die ungenaue Bezeichnung der Firma der Mitbeteiligten durch die Beschwerdegegnerin im "Vergabeentscheid vom 2. September 2009" kein Grund, das Angebot der Mitbeteiligten vom Verfahren auszuschliessen.

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. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBl 101/2000, S. 265; RB 2006 Nr. 46 E. 3.2; VGr, 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.1, www.vgrzh.ch; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 101/2000, S. 225 ff., 235; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., Band 1, Zürich etc. 2007, N. 272 f.).

E. 3.2

Die Beschwerdegegnerin begründet den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren damit, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte bei über 20 Positionen statt der ausgeschriebenen Einheitspreise den Vermerk "inklusive" angebracht habe. Schon rein formell betrachtet gehe es um Preisumlagerungen im grösseren Stil. Auch betragsmässig fielen die Verschiebungen beträchtlich ins Gewicht. Namentlich seien bei den Lichtsignalanlagen, den Regiearbeiten, den Spriessungen und dem Mehrbedarf Beton beträchtliche Kosten zu erwarten. Es werde angenommen, dass die Beschwerdeführerin diese Kosten in den Festpreis für die Baustelleneinrichtung eingerechnet habe. Die ausserordentliche Höhe des Preises für die Baustelleneinrichtung in der Offerte der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den anderen Anbietern lasse keinen anderen Schluss zu. Die Offerte sei somit nicht nach den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen ausgefüllt worden. Es liege eine Entschädigungs- bzw. Vergütungsvariante vor. Varianten seien jedoch nur zulässig, wenn das Grundangebot gleichzeitig mit der Variante eingereicht werde. Das Angebot sei somit in wesentlichen Positionen unvollständig.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin lässt dazu ausführen, dass es sich bei den Leistungen, bei welchen sie anstelle eines Einheitspreises den Vermerk "inklusive" angebracht habe, grösstenteils um Leistungen handle, bei welchen die Einheitspreise auch bei einer objektiven, realistischen Festlegung derselben relativ tief lägen und erfahrungsgemäss mit keinen oder zumindest mit keinen für den Endpreis relevanten Mengenreduktionen gerechnet werden könne. Zudem liege keine Variante im Sinne der Ausschreibungsbestimmungen vor. Sie

habe am Leistungsverzeichnis nichts geändert und schlage auch nicht eine andere Art der Ausführung der Position "Baustelleneinrichtung" vor. Sie habe für diese Position lediglich einen Betrag festgesetzt, unabhängig von den Leistungen, welche sie unter den einzelnen Positionen zu erbringen habe. Von einer Unternehmervariante könne keine Rede sein. Ausserdem habe sie ein Grundangebot eingereicht, indem sie das unveränderte Leistungsverzeichnis übernommen und lediglich bei gewissen Positionen festhalten habe, dass diese "inklusive" seien. Dass es für diese Positionen keinen Einheitspreis gebe, liege eben in der Natur des Angebots, indem es bei diesen Positionen nicht auf das Ausmass und damit auf den Positionspreis ankomme. Eine Pauschalierung der Baustelleneinrichtung sei zudem durchaus üblich und keinesfalls nachteilig für die Beschwerdegegnerin. Zwar treffe es zu, dass sie bei verschiedenen Subpositionen keinen Einheitspreis vermerkt, sondern den Hinweis angebracht habe, dass die betreffende Leistung im Preis der zur Subposition zugehörigen Hauptposition inbegriffen sei. Deswegen könne noch lange nicht von einer Entschädigungs- bzw. Vergütungsvariante gesprochen werden. Es liege somit weder eine wesentliche Unvollständigkeit des Angebots noch eine wesentliche Änderung der Ausschreibungsunterlagen vor und damit auch keine Verletzung eines wesentlichen Formerfordernisses im Sinn von § 28 lit. h SubmV. Der Ausschluss vom Verfahren sei vielmehr als überspitzter Formalismus und als Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu qualifizieren.

E. 3.4

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 dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen. Denn bei einer solchen 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 anderen Angeboten erschwert. Schliesslich führt eine 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, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 1977/1991 [SIA-Norm 118]; Andreas Bass, Verschieben von Einheitspreisen in eine Pauschalpreisposition, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 23 f.).

E. 3.4.1

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; VGr, 3. Dezember 2003, BEZ 2004 Nr. 16 E. 3.1, mit Hinweisen). 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 wurde jedoch

in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass entgegen der Regel der SIA-Norm 118 bei veränderten Mengen ungeachtet der Grösse der Veränderung keine Preisänderungen geltend gemacht werden können (NPK Kap. 102 Pos. 143.100.01). Für die Position Baustelleneinrichtung wurde demgegenüber, entsprechend Art. 43 SIA-Norm 118, die Offerierung eines Globalbetrags vorgegeben (vgl. NPK Kap. 113 Pos. 111.001), wobei ausdrücklich festgehalten wurde, welche Leistungen nicht inbegriffen seien (vgl. NPK Kap. 113 Pos. 100).

E. 3.4.2

Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Beschwerdeantwort einige Positionen des Leistungsverzeichnisses aufgeführt, bei welchen die Beschwerdeführerin anstelle eines Einheitspreises den Vermerk "inklusive" angebracht hat. Zu den Lichtsignalanlagen (NPK Kap. 113 Pos. 232) ist festzuhalten, dass diese unbestrittenermassen zu Einheitspreisen zu offerieren waren (vgl. dazu NPK Kap. 113 Pos. 100). Dennoch wurde von der Beschwerdeführerin der Vermerk "inklusive" angebracht. Dasselbe gilt für die Verkehrsregelung von Hand (NPK Kap. 113 Pos. 235) sowie die baulichen Schutzmassnahmen (NPK Kap. 113 Pos. 240). Aus dem Angebot der Mitbeteiligten geht hervor, dass sie für jede dieser Positionen Einheitspreise in der Höhe von insgesamt Fr. 18'182.50 eingesetzt hat. Zudem hat die Beschwerdegegnerin zutreffend festgehalten, dass im Kapitel Regiearbeiten bei den Positionen Löhne, Materialien sowie Maschinen, Geräte und Betriebsmaterial (NPK Kap. 111 Pos. 220, 230 und 240), im Kapitel Abbrüche und Demontagen im Abschnitt Gebühren und Bearbeitung für Material in Lager (NPK Kap. 117 Abschnitt 830), im Kapitel Bauarbeiten für Werkleitungen bei der Position Grabenspriessungen bis 1,5 Meter Grabentiefe (NPK Kap. 151 Pos. 321.101), im Kapitel Pflasterungen und Abschlüsse im Abschnitt Mehrbedarf an Beton oder Mörtel für die Fundamente von Abschlüssen (NPK Kap. 222 Abschnitt 384) sowie im Kapitel Kanalisationen und Entwässerungen in den Abschnitten Zusatzarbeiten bei Rohrleitungssystemen sowie Reinigung von Abwasseranlagen, Fernsehaufnahmen (NPK Kap. 237 Abschnitt 900) von der Beschwerdeführerin jeweils der Vermerk "inklusive" angebracht wurde, obwohl durchgehend Einheitspreise ausgeschrieben waren. Die Beschwerdeführerin hat sich weder in der Beschwerdeschrift noch in der Replik zu den einzelnen Positionen geäussert und insbesondere nicht dargelegt, weshalb keine Einheitspreise bestimmbar seien. Dass es sich dabei entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin nicht um geringfügige Beträge handelt, ergibt bereits ein summarischer Vergleich mit dem Angebot der Mitbeteiligten, welche für diese Positionen Einheitspreise offeriert hat. Die von der Mitbeteiligten für diese Positionen eingesetzten Einheitspreise belaufen sich auf insgesamt Fr. 139'340.-.

E. 3.4.3

Andererseits hat die Beschwerdeführerin für denjenigen Teil der Baustelleneinrichtung, für welchen im Leistungsverzeichnis ein Festpreis vorgesehen ist, einen ungewöhnlich hohen Betrag von Fr. 212'000.- offeriert (NPK Kap. 113 Pos. 111.001). Die Offerte der Mitbeteiligten weist mit Fr. 60'000.- (bzw. Fr. 64'275.-, wenn die separat zu offerierenden Festpreispositionen gemäss NPK Kap. 223 miteinbezogen werden) weniger als einen Drittel dieses Betrags für die Baustelleneinrichtung aus. Werden die gewährten Rabatte und Skonti mitberücksichtigt, beträgt das Angebot der Mitbeteiligten mit Fr. 60'469.92 noch immer weniger als ein Drittel desjenigen der Beschwerdeführerin mit Fr. 186'984.-. Fünf 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 noch deutlich tiefer liegt als diejenige der Beschwerdeführerin (vgl. act. 11/14). Die Beschwerdeführerin legt weder in ihrer Beschwerdeschrift noch in ihrer Replik dar, weshalb ihre Pauschale so hoch ausgefallen ist, sondern weist lediglich den von der Beschwerdegegnerin erhobenen Vorwurf von Umlagerungen zurück.

E. 3.4.4

Ein so gestaltetes Angebot widerspricht dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen, bei welchem davon ausgegangen wird, dass sich Mengenänderungen in entsprechende Preisänderungen niederschlagen. Zudem wird durch die beträchtlichen Verschiebungen im vorliegenden Fall die korrekte Analyse der offerierten Preise verunmöglicht und der direkte Vergleich mit anderen Angeboten erschwert. Der Einwand, dass es für diese Positionen keine Einheitspreise gebe, wird von der Beschwerdeführerin in keiner Weise substantiiert und geht auch aus den Akten nicht hervor. Ebenso verhält es sich mit der Behauptung der Beschwerdeführerin, der Bauherr profitiere jedenfalls von Pauschalierungen, insbesondere im Bereich der Baustelleneinrichtung, da es bei länger andauernden Baustellen – und damit im vorliegenden Fall – notorisch sei, dass es zu Verzögerungen komme. Schliesslich ist aufgrund des ungewöhnlich hohen Betrags, welchen die Beschwerdeführerin für den zu einem Festpreis zu offerierenden Teil der Baustelleneinrichtung eingesetzt hat, von einer Umlagerung auszugehen, welche zu einer ungerechtfertigten Kreditgewährung führt. Es liegt somit ein wesentlicher Mangel im Sinn von § 28 lit. h SubmV vor, weshalb sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin keineswegs als überspitzt formalistisch oder unverhältnismässig erweist. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass ihr Angebot nicht ausgeschlossen worden wäre, wenn sie anstelle des Vermerks "inklusive" den Vermerk "gratis" angebracht oder unrealistisch tiefe Preise eingesetzt hätte, ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Varianten im Ergebnis alle so auswirken, wie wenn keine Preise angegeben worden wären, weshalb sie gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts auch nicht unterschiedlich behandelt werden (vgl. dazu VGr, 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.4, www.vgrzh.ch).

E. 3.4.5

Ob das Angebot der Beschwerdeführerin als Entschädigungs- bzw. Vergütungsvariante zu qualifizieren ist, kann im vorliegenden Verfahren offenbleiben. Aus der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin wird klar, dass sie das Angebot der Beschwerdeführerin als Entschädigungs- bzw. Vergütungsvariante abgelehnt hätte. Dieser Entscheid erweist sich aus den bereits in E. 3.4.4 dargelegten Gründen als nachvollziehbar und jedenfalls nicht rechtsverletzend.

E. 3.5

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren als gerechtfertigt erweist. Ob ein Ausschluss auch aus den weiteren von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Gründen zulässig gewesen wäre, muss deshalb im vorliegenden Verfahren nicht im Einzelnen geprüft werden. Fraglich erscheint, ob eine Anbieterin verpflichtet ist, in ihrem Angebot darauf hinzuweisen, dass sie beabsichtigt, die erforderlichen Maschinen mit dem dazu erforderlichen Fachpersonal einzumieten, sofern sie den in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Eignungsnachweis anderweitig zu erbringen vermag. Unabhängig davon hätte

die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall jedenfalls bei denjenigen Referenzobjekten, bei welchen sie die Belagsarbeiten durch eine Subunternehmerin ausführen liess, einen entsprechenden Vermerk in ihrer Referenzliste anbringen müssen. Ein solcher fehlt unbestrittenermassen beim Objekt "Quartierplan G", bei welchem die Belagsarbeiten durch die H AG ausgeführt wurden. Ob die Beschwerdeführerin den in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Eignungsnachweis mit ihrer sechs Referenzobjekte umfassenden Liste wie auch mit ihren ebenfalls fünf bzw. vier Referenzobjekte umfassenden Listen der beiden Schlüsselpersonen dennoch erbringen konnte, muss im vorliegenden Verfahren nicht überprüft werden, da sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin ohnehin als gerechtfertigt erweist. Die Beschwerdegegnerin war deshalb auch nicht verpflichtet, von der Beschwerdeführerin bzw. ihren Referenzpersonen weitere Auskünfte einzuholen.

E. 4

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zur Bezahlung einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten. Bei der Bemessung der Entschädigung ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort lediglich die von ihr ohnehin geschuldete Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat; in Betracht fällt daher vor allem der Aufwand, der ihr mit der Ausarbeitung der Duplik entstanden ist. Als angemessen erweist sich eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'000.-.

E. 5

Da der geschätzte Wert der zu vergebenden Tiefbau- und Strassenbauarbeiten den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 11. Dezember 2009 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das erste Semester des Jahres 2010; SR 172.056.12), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f BGG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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