

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00551 vom 22. September 2010

ZH Verwaltungsgericht, 2010-09-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00551

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00551 du 22 septembre 2010

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00551 del 22 settembre 2010

Regeste

Submission | Vergabe verschiedener Arbeitsgattungen bei einem Umbauprojekt: Aufteilung des Bauvorhabens in mehrere Beschaffungen; Preisbewertung. Die Beschwerdeführerin hat bei fünf Arbeitsgattungen eine Offerte eingereicht, wobei die ersten vier unter den Vorbehalt gestellt wurden, dass die fünfte Arbeitsgattung "Baumeisterarbeiten" ebenfalls an sie vergeben wird. Aufgrund dieser Vorbehalte wurden die Angebote aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen. Das die fünfte Arbeitsgattung betreffende Angebot war seinerseits mit einer Variante versehen, wonach bei gleichzeitiger Vergabe mit der Arbeitsgattung "Abbrucharbeiten" ein Rabatt von 2 % offeriert würde (E. 4). Bei den Arbeitsgattungen "Abbrucharbeiten" und "Abbrucharbeiten Blech-/Glasfassade" stammt das preislich günstigste Angebot von der Beschwerdeführerin (E. 4). Die Aufteilung eines Bauvorhabens in mehrere Beschaffungen und deren separate Vergabe hat in der Regel eine wettbewerbsfördernde Wirkung und ist zulässig, solange dadurch die Vergabebestimmungen nicht umgangen werden. Aus der Aufteilung der Beschaffung folgt indes nicht die Notwendigkeit, die Preisbewertung gesamthaft über alle eingereichten Angebote vorzunehmen (E. 5.1). Eine solche Gesamtbetrachtung verstiesse ohne vorgängige Bekanntmachung in den Ausschreibungsunterlagen vielmehr gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot (E. 5.2). Weder die Ausschreibung noch die Korrespondenz mit der Vergabestelle bildeten eine Vertrauensgrundlage für die von der Beschwerdeführerin verfochtene beschaffungsübergreifende Preisbewertung (E. 6). Die in den ersten vier Arbeitsgattungen angebrachten Vorbehalte stellen eine aufschiebende Bedingung dar, die sich vorliegend infolge Vergabe der fünften Arbeitsgattung "Baumeisterarbeiten" an die Mitbeteiligte nicht erfüllt hat (E. 7.1). Deswegen fehlt der Beschwerdeführerin das schutzwürdige Interesse, um gegen den Nichterhalt des Zuschlags bzw. den Verfahrensausschluss in den ersten vier Arbeitsgattungen vorgehen zu können (E. 7.2). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Das Beschwerdeverfahren VB.2009.00658 betrifft das gleiche, in mehrere Beschaffungen aufgeteilte Bauvorhaben wie die bereits vereinigten Beschwerdeverfahren VB.2009.00551, VB.2009.00552, VB.2009.00570 und VB.2009.00584 und wirft weitgehend dieselben Rechtsfragen auf. Es ist daher mit besagten Verfahren zu vereinigen.

E. 2

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 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 zur Anwendung.

E. 3

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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend verfiucht die Beschwerdeführerin eine Änderung der Preisbewertung zugunsten ihrer Angebote. Im Falle der Gutheissung hätte sie damit eine realistische Chance auf die Zuschläge. Dass dies infolge der Vertragsschlüsse nicht mehr möglich ist, hat keinen Einfluss auf die Beschwerdelegitimation, da die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB), und die Beschwerdeführerin für diesen Eventualfall überdies auch einen entsprechenden Feststellungsantrag gestellt hat.

E. 4

Wie in Ziffer 2.7 der Ausschreibung festgehalten, wurde der Bauauftrag in sechs Beschaffungen aufgeteilt. Gegen fünf der hierzu ergangenen Vergabeentscheide richteten sich die vorliegenden Beschwerden. Mit Bezug auf vier der streitigen Beschaffungsgegenstände, nämlich 01 (Abbrucharbeiten), 02 (Abbrucharbeiten Blech-/Glasfassade), 04 (Bohr- und Schneidarbeiten) und 05 (Pfähle), hat die Beschwerdeführerin jeweils im Begleitschreiben zu den einzelnen Offerten den ausdrücklichen Vorbehalt angebracht, dass die "Ausführung nur bei gleichzeitiger Vergabe mit 06 Baumeisterarbeiten" erfolge. Beim fünften Beschwerdegegenstand, der Vergabe der Arbeitsgattung 06 (Baumeisterarbeiten), hat die Beschwerdeführerin ihrer Offerte sodann eine "Variante" beigefügt, wonach sie "bei gleichzeitiger Vergabe mit 07 Abbrucharbeiten" einen "zusätzlichen Rabatt von 2 %" offeriere. In den Vergabeverfahren zu den Arbeitsgattungen 04 (Bohr- und Schneidarbeiten), 05 (Pfähle) und 06 (Baumeisterarbeiten) stammt das preislich günstigste Angebot von der jeweiligen Zuschlagsempfängerin bzw. heutigen Mitbeteiligten. Dass das Preiskriterium bei diesen Vergaben offenbar von ausschlaggebender Bedeutung war, wird von der Beschwerdeführerin nicht infrage gestellt. Insbesondere hat sie nicht geltend gemacht, ihre Angebote hätten aus anderen als preisbezogenen Überlegungen als die wirtschaftlich günstigsten gewertet werden müssen. Bei den Arbeitsgattungen 01 (Abbrucharbeiten) und 02 (Abbrucharbeiten Blech-/Glasfassade) hat die Beschwerdeführerin sodann zwar jeweils das preislich tiefste Angebot eingereicht, kam damit aber nicht zum Zug, weil sie die Verbindlichkeit der entsprechenden Angebote von der Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren zu 06 (Baumeisterarbeiten) abhängig gemacht hatte und diese Bedingung auch nach wiederholtem Hinweis auf den deshalb drohenden Ausschluss ihrer Angebote

ausdrücklich aufrechterhielt. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass sie bei einer separaten Abwicklung der einzelnen Vergabeverfahren mit keinem ihrer Angebote zum Zug kommt. Unbestritten blieb insbesondere auch die Tatsache, dass sie bei der Arbeitsgattung

E. 06

(Baumeisterarbeiten) sowohl mit ihrem Grundangebot als auch mit ihrer "Variante" preislich über dem Angebot der Mitbeteiligten liegt. Sie macht indes geltend, beim Preiskriterium dürfe nicht ausschliesslich darauf abgestellt werden, welches Angebot bei den einzelnen Beschaffungen das tiefste sei. Vielmehr müsse ausschlaggebend sein, dass die Beschwerdeführerin die tiefste Gesamtsumme aller Einzelofferten eingereicht habe. Ein solcher Preisvorsprung bestehe nicht nur hinsichtlich ihrer Offertvariante zu 06 (Baumeisterarbeiten), sondern auch hinsichtlich der höheren Grundofferte. 5. 5.1 Das vergebende Gemeinwesen ist bei der Bestimmung von Gegenstand und Umfang einer Beschaffung weitgehend frei. Den Vergabestellen ist es denn auch gestattet, Bauvorhaben in sinnvolle Teilaufträge aufzuteilen und diese separat zu vergeben (vgl. VGr, 9. Juli 2003, VB.2003.00270, E. 3c; 21. April 2004, VB.2003.00268, E. 3.2.3; jeweils unter www.vgrzh.ch). Die Aufteilung eines Auftrags darf indes nicht dazu dienen, die Vergabebestimmungen zu umgehen (§ 2 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV], Art. 7 Abs. 2 IVöB; RB 1999 Nr. 59), und sie darf auch nicht zu anderweitigen Verzerrungen des Wettbewerbs führen (RB 1999 Nr. 60). Dass vorliegend mit der Aufteilung auf mehrere Submissionen die Vergabebestimmungen umgangen worden wären, wurde nicht substantiiert behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin sieht jedoch im Umstand, dass das günstigste Angebot nicht gesamtheitlich über alle eingereichten Angebote, sondern allein in Bezug auf die jeweilige Arbeitsgattung ermittelt wurde, eine Behinderung des Wettbewerbs. Denn Anbieter, welche das Gesamtprojekt mit einem lukrativen Gesamtrabatt hätten offerieren können, würden dadurch benachteiligt. Grundsätzlich ist dem Beschwerdegegner indessen darin beizupflichten, dass auch die Aufteilung eines Auftrags eine wettbewerbsfördernde Wirkung hat, indem ein breiterer Anbieterkreis angesprochen wird. Kleinere oder auf einzelne Arbeitsgattungen spezialisierte Unternehmen sind dadurch nicht gezwungen, sich mit anderen Anbietern in geeigneter Form zusammenzuschliessen, sondern können selbständig eine Offerte einreichen. Je mehr Marktteilnehmer pro Arbeitsgattung direkt angesprochen sind, umso stärker spielt der Wettbewerb unter ihnen. Dies bestreitet auch die Beschwerdeführerin nicht, sondern wendet sich explizit nur gegen die vorliegend erfolgte Einzelpreisbewertung. Wo andererseits die Umstände erwarten lassen, dass sich eine gesamtheitliche Preisbewertung unter Berücksichtigung allfälliger Gesamtrabatte tatsächlich preismindernd auswirkt, kann sich eine Vergabestelle im Einzelfall für ein solches Bewertungsmodell entscheiden. Dies steht jedoch in ihrem Ermessen (VGr, 7. Juli 1999, ZBl 2000, S. 271 = BEZ 1999 Nr. 26 E. 6a, mit Hinweisen), in welches das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 3 VRG), nicht eingreift. Zu beachten ist dabei, dass eine Berücksichtigung von Kombinationsangeboten und allfälliger Preisnachlässe mitunter zu komplizierten Verhältnissen führen kann. Eine genügende Vergleichbarkeit der Angebote lässt sich wohl nur herbeiführen, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist. Aus den genannten Gründen verfängt auch der Einwand der Beschwerdeführerin nicht, der Beschwerdegegner habe mit seinem Vorgehen gegen das Gebot der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel verstossen. 5.2 Ohne vorgängige Bekanntmachung in den

Ausschreibungsunterlagen erweist sich eine Gesamtpreisbetrachtung ohnehin als unzulässig, da sie gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstossen würde. Die Submissionsteilnehmer können in diesem Fall berechtigterweise davon ausgehen, dass ihre Angebote jeweils einzeln gewürdigt werden. 5.3 Da die vorliegend angewandte Einzelpreisbetrachtung somit nicht rechtswidrig ist, bleibt es unerheblich, dass die Beschwerdeführerin für die Arbeitsgattungen 01, 02, 03, 04 und 06 zusammengerechnet den tiefsten Gesamtpreis offeriert hat (Fr. 4'618'379.35 im Grundangebot bzw. Fr. 4'558'123.05 in der "Variante" gegenüber der Summe der jeweils tiefsten Einzelangebote der Mitbeteiligten von Fr. 4'465'162.60 gemäss Offertöffnungsprotokoll). Dass die von der Beschwerdeführerin eingereichten tiefsten Einzelangebote in den Arbeitsgattungen 01 und 02 nicht berücksichtigt werden konnten, hat allein die Beschwerdeführerin zu vertreten, weil sie die entsprechenden Offerten nur unter einer Bedingung abgegeben hat, die nicht in Erfüllung ging (hierzu nachfolgend E. 7). 5.4 Schliesslich macht die Beschwerdeführerin noch geltend, die Aufteilung des Auftrags sei auch aus "finanzrechtlichen, finanzpolitischen" wie auch "aus generellen politischen, staatsrechtlichen und staatspolitischen Gründen sehr fragwürdig", bestehe doch "die Gefahr, dass Finanzkompetenzen sowie andere Zuständigkeitsvorschriften [...] umgangen würden". Nachdem die Beschwerdeführerin selbst weder behauptet noch dartut, dass es vorliegend zu solchen Verstössen gekommen sei, ist dieser Frage nicht weiter nachzugehen und kann auch dahingestellt bleiben, ob die Umgehung anderer als rein vergaberechtlicher Bestimmungen im vorliegenden Beschwerdeverfahren überhaupt beachtlich wäre. Anzumerken ist immerhin, dass sich die aktenkundigen Kreditbeschlüsse von Regierungs- und Kantonsrat auf die Gesamtkosten des Bauvorhabens beziehen und dementsprechend auch nicht ersichtlich ist, dass die vergaberechtliche Auftragsaufteilung hier irgendwelche "finanzpolitischen" Auswirkungen gehabt hätte. Die Aufteilung des Bauauftrags in sechs separate Vergaben und die Einzelpreisbetrachtung erweisen sich demgemäss als zulässig.

E. 6

Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, durch die gleichzeitige Ausschreibung verschiedener, dasselbe Projekt betreffender Arbeitsgattungen sei bei den Anbietenden die Erwartung geweckt worden, dass ihr auch dann sämtliche Arbeiten zugeschlagen würden, falls sie zumindest in der Summe ihrer Offertbeträge die Summe der jeweils günstigsten Anbieterinnen zu unterbieten vermöge. In diesem Vertrauen sei die Beschwerdeführerin durch das Schreiben des Beschwerdegegners vom 11. August 2009 zusätzlich bestärkt worden. Wenn es dort einleitend heisse, "unter der Voraussetzung, dass die verschiedenen Arbeitsgattungen einzeln vergeben werden", impliziere das umgekehrt auch die Möglichkeit einer mehrere Beschaffungen zusammenfassenden Betrachtung. Dem ist mit dem Beschwerdegegner entgegenzuhalten, dass in Ziffer 2.7 der amtlichen publizierten Ausschreibung ausdrücklich festgehalten wurde, der Bauauftrag werde in mehrere Beschaffungen aufgeteilt. Damit wurde entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten bei den Anbietenden das Vertrauen erweckt, die jeweiligen Zuschläge erfolgten ausschliesslich gestützt auf eine separate Beurteilung der Offerten einer jeden Submission. Ob bzw. inwieweit der Beschwerdegegner diese unmissverständliche Vorgabe nach Eingang der Offerten überhaupt noch hätte relativieren dürfen, kann hier offen bleiben, da er dies gar nicht versuchte, insbesondere auch nicht im angerufenen Schreiben vom 11. August 2009. Dort heisse es: "Unter der Voraussetzung, dass die verschiedenen Arbeitsgattungen einzeln vergeben werden, bestehen in Ihrem Fall beim Angebot 01 (Abbrüche) und 02 (Abbrüche) Blech-/Glasfassade gute Chancen auf einen Zuschlag. [...]"

Abgesehen davon, dass diese Formulierung ohnehin nicht per se als Relativierung der erklärten Voraussetzung verstanden werden kann, ist sie sodann im Kontext der nachfolgenden Ausführungen zu sehen, welche folgendermassen lauten: "Ihren jeweiligen Offertbegleitschreiben vom 8. Juli 09 entnehmen wir aber, dass Ihr Unternehmen, diese Arbeitsgattungen nur bei gleichzeitigem Zuschlag der Baumeisterarbeit – welche nicht zur Diskussion steht –, für uns ausführen will. [...] [Diese] Vorgaben bezüglich der Arbeitsvergaben [können wir] keinesfalls akzeptieren. Wir fordern Sie deshalb auf, uns bis zum 25. August 2009 Ihre Position zu erklären bzw. uns mitzuteilen, ob Sie auf einen allfälligen Zuschlag der genannten Arbeiten tatsächlich verzichten." Diese Ausführungen lassen keinen Zweifel daran, dass der Beschwerdegegner an der separaten Führung der ausgeschriebenem Submissionsverfahren zwingend festhält und es an der Beschwerdeführerin gelegen hätte, ihre damit nicht vereinbaren Vorbehalte hinsichtlich einer gleichzeitigen Vergabe der Baumeisterarbeiten aufzugeben. Im Übrigen ist es nicht bei dieser einen Klarstellung geblieben, vielmehr wurde die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 27. August 2009 nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich um je separate Submissionen mit jeweils unterschiedlichem Teilnehmerkreis handle. Eine gesamthafte Vergabe aller von der Beschwerdeführerin offerierten Leistungen komme einer Ungleichbehandlung der Submissionsteilnehmer gleich und falle deshalb ausser Betracht. Insbesondere sei dies nicht möglich, weil gewisse Unternehmer mit ihrem einzigen Angebot bei bloss einer Arbeitsgattung am günstigsten seien und daher berücksichtigt werden müssten. Mithin kann keine Rede davon sein, dass die Vergabestelle mit der Ausschreibung oder im Nachgang dazu eine Vertrauensgrundlage für die von der Beschwerdeführerin verfochtene beschaffungsübergreifende Preisbewertung gelegt hätte.

E. 7.1

Gemäss ihren Ausführungen in den jeweiligen Beschwerdeantworten hat die Beschwerdegegnerin die für die Arbeitsgattungen 01 und 02 eingereichten preislich günstigsten Angebote der Beschwerdeführerin wegen der angebrachten Vorbehalte für ungültig betrachtet und in der Folge vom Verfahren ausgeschlossen. Nach § 28 lit. h SubmV sind Anbietende von der Teilnahme unter anderem auszuschliessen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse verletzt haben, insbesondere durch Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen, was zum Ausschluss führen muss, sofern die Mängel nicht unwesentlich sind (RB 2006 Nr. 46 mit weiteren Hinweisen). Mit ihren Vorbehalten zu den Angeboten 01, 02, 04 und 05, wonach sie die "Ausführung nur bei gleichzeitiger Vergabe mit 06 Baumeisterarbeiten" offeriere, hat die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsunterlagen indes nicht abgeändert und ist damit von den Formerfordernissen gemäss § 28 lit. h SubmV nicht abgewichen. Durch den jeweils angebrachten Vorbehalt hat sie ihre Angebote lediglich einer aufschiebenden Bedingung unterstellt, deren Erfüllung ausschliesslich vom Willen der Vergabestelle abhängig war und die vorliegend nicht eingetreten ist.

E. 7.2

Durch den Ausschluss ihrer Angebote wurde die Beschwerdeführerin jedoch nicht benachteiligt. Denn selbst wenn sie im Verfahren verblieben wäre, hätten ihre Angebote nicht den Zuschlag erhalten können (vgl. E. 5). Somit fehlt der Beschwerdeführerin das schutzwürdige Interesse, um gegen die Vergabe der Arbeitsgattung 01 an die Mitbeteiligte

sowie den Verfahrensabbruch betreffend die Arbeitsgattung 02 vorgehen zu können. Dies gilt auch für die Arbeitsgattungen 04 und 05, in denen das Angebot der Beschwerdeführerin überdies nicht das preislich günstigste war. Als einziges vorbehaltlos abgegebenes Angebot der Beschwerdeführerin verbleibt damit dasjenige zu 06, welches bei der Preisbewertung jedoch nicht den ersten Platz belegt hat. Abgesehen davon, dass dies auch für die beschwerdeführerische "Offertvariante" zu 06 (Baumeisterarbeiten) gilt, enthält Letztere einen zusätzlichen Kombinationsrabatt von 2 % bei gleichzeitiger Vergabe von 07 (Abbrucharbeiten), mithin eine bedingte Option, welche mangels Bedingungseintritt ohnehin gegenstandslos wurde. Zusammengefasst erweisen sich die Beschwerden somit als unbegründet und sind demzufolge abzuweisen.

E. 8

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu einer solchen an den Beschwerdegegner zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a und b VRG), wobei zu berücksichtigen ist, dass dieser mit den Beschwerdeantworten teilweise nur die ihm obliegende Begründung der Vergabeentscheide nachgeholt hat. Angemessen sind Fr. 2'500.-.

E. 9

Da der geschätzte massgebliche Gesamtwert aller das Bauvorhaben betreffenden Hoch- und Tiefbauarbeiten (Art. 7 Abs. 2 IVöB; vgl. RRB Nr. 179/2008 vom 6. Februar 2008 E. C) den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 11. Juni 2010 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011; SR 172.056.12), ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Andernfalls steht gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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