

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00668 vom 19. Mai 2010

ZH Verwaltungsgericht, 2010-05-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00668

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00668 du 19 mai 2010

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00668 del 19 maggio 2010

Regeste

Submission | Reinigung öffentlicher Parkanlagen: Zulässigkeit von Pauschalangeboten. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist ein Pauschal- bzw. Globalpreisangebot als Variante bei fehlender Vergleichbarkeit mit einem Einheitspreisangebot und angesichts von Missbrauchsmöglichkeiten nicht zu berücksichtigen (E. 7.3). Vorliegend wurde die Möglichkeit zur Einreichung von Pauschalangeboten in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen und es wurden damit auch keine Rahmenbedingungen für die Vergleichbarkeit zur Amtsvariante gesetzt (E. 7.4). Hingegen verlangen die Ausschreibungsunterlagen, dass allfällige Alternativangebote so detailliert sein müssen, dass sie ohne Rückfrage bei den Anbietern nachvollzogen werden können. Die Mitbeteiligte legt in ihren Alternativangeboten aber in keiner Weise dar, inwiefern diese vom Grundangebot abweichen. Sie führt nur aus, was sie zusätzlich anbietet. Damit wird aber nicht erklärt, weshalb die Alternativen rund einen Drittel günstiger sind als das Grundangebot (E. 7.4). Das Konzept der Alternativangebote ist daher nicht nachvollziehbar. Insbesondere lassen sich die offerierten Pauschalpreisangebote nicht mit dem in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Einheitspreisangebot vergleichen. Die Alternativangebote hätten somit aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen (E. 7.7) Gutheissung und Rückweisung zu neuem Entscheid.

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 = 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 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.

E. 2

Nicht berücksichtigte Anbieter 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 hat die Offerte der Beschwerdeführerin in der Gesamtbewertung lediglich den vierten Platz belegt. Ihre Rügen richten sich indessen gegen diese Rangierung: Sie beantragt den Ausschluss der vor ihr rangierten drei Alternativangebote u.a. wegen Vorbefassung. Da sie das günstigste Grundangebot einreichte, hat sie, falls sich ihre Rügen als begründet erweisen, eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen.

E. 3

Die Beschwerdeführerin verlangte mit Replik vom 14. Januar 2010 Akteneinsicht in allfällige Dokumente, welche den Entscheid der Vergabestelle betreffend Zusatzpunkte und allgemeiner Beurteilung der Alternativkonzepte beinhalten. Hierzu ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin das Schlussprotokoll bekannt ist und dass sich in den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Unterlagen keine entsprechenden Dokumente finden.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt vorab, in der als "Mitteilung" bezeichneten Verfügung vom 10. November 2009 seien das höchste und das tiefste eingereichte Angebot eröffnet worden, nicht hingegen, zu welchem Preis der Zuschlag erteilt worden sei. Damit verstosse die Verfügung vom 10. November 2009 gegen das in § 35 lit. f der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) vorgesehene Erfordernis, dass der Preis des berücksichtigten Angebots zu veröffentlichen sei, weshalb die Verfügung vom 10. November 2009 schon aus formellen Gründen aufgehoben werden müsse.

E. 4.2

Zwar trifft zu, dass die Vergabestelle gemäss § 35 lit. f SubmV auch den Preis des berücksichtigten Angebots zu veröffentlichen hat und vorliegend nur das niedrigste und das höchste Angebot mitgeteilt wurden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin führen jedoch formelle Mängel nicht automatisch zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Vergabeentscheids. Zwar gibt es Verfahrensvorschriften von derart grundlegender Bedeutung, dass deren Missachtung in jedem Fall die Ungültigkeit des betroffenen Entscheids nach sich zieht. Dazu gehören z.B. die Regeln über die Zuständigkeit (VGr, 24. November 1999, VB.1998.00319 = BEZ 2000 Nr. 9, E. 5a) oder die gehörige Besetzung der entscheidenden Behörde. Bei weniger schwerwiegenden Verfahrensmängeln wäre eine solche Rechtsfolge jedoch unverhältnismässig; in diesen Fällen ist der betroffene Entscheid nur aufzuheben, wenn der Verfahrensmangel das Ergebnis zum Nachteil der Beschwerdeführerin zu beeinflussen vermöchte (BGr, 13. Dezember 2005, 2P.176/2005, E. 2.4; 13. September 2002, 2P.74/2002, E. 2.3; jeweils unter www.bger.ch; VGr, 16. Juli 2008, VB.2008.00111, E. 5, www.vgrzh.ch). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts kann sodann eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör infolge Fehlens einer ausreichenden Begründung durch die im Rahmen der Beschwerdeantwort nachgereichte Begründung geheilt werden. (VGr, 19. Juni 2002, VB.2001.00360, E. 5d, www.vgrzh.ch).

E. 4.3

Vorliegend wurde der Beschwerdeführerin der Preis des obsiegenden Angebots noch innerhalb laufender Rechtsmittelfrist anlässlich der Akteneinsicht mitgeteilt. Damit ist die Beschwerdegegnerin ihrer Begründungspflicht hinreichend und rechtzeitig nachgekommen,

zumal nicht ersichtlich ist und seitens der Beschwerdeführerin auch nicht dargelegt wird, inwiefern ihr dadurch, dass ihr der Preis des obsiegenden Angebots erst anlässlich der Akteneinsicht mitgeteilt worden ist, ein Nachteil entstanden sein soll.

E. 5

Im Hauptpunkt beanstandet die Beschwerdeführerin, der Zuschlag sei nicht an das günstigste Angebot erteilt worden. In Ziff. 15.3 der Ausschreibungsunterlagen werde festgehalten, dass allein der Preis das Zuschlagskriterium darstelle. Bei den Alternativangeboten seien aber Zusatzpunkte für die Qualität der eingereichten Alternativkonzepte verteilt worden, was gegen die Ausschreibungsunterlagen verstosse. Aufgrund der Vertraulichkeit der Alternativangebote sei es der Beschwerdeführerin nicht möglich zu beurteilen, ob die Alternativvarianten eine Reduktion des Leistungsinhalts in qualitativer oder quantitativer Hinsicht zum Gegenstand hätten. Es sei aber davon auszugehen, dass die eingereichten Alternativangebote mindestens in quantitativer Hinsicht Reduktionen im Leistungsinhalt aufweisen würden, ansonsten es nicht vorstellbar sei, wie die obsiegende Anbieterin in dieser Grössenordnung unter dem von ihr eingereichten Grundkonzept habe liegen können. Der Beschwerdeführerin hätte somit Gelegenheit geboten werden müssen, ihre Angebote im Sinne der verminderten Leistungsaufträge zu ergänzen. Sodann habe die Vergabestelle keinerlei Rahmenbedingungen oder Mindestanforderungen an Alternativangebote vorgegeben, aus welchen die Beschwerdeführerin die benötigten Informationen zur Erstellung eines Alternativkonzepts hätte beziehen können. Einzig die den Auftrag momentan ausführende Anbieterin habe sich aufgrund ihres Wissens aus der bisherigen Auftrags Erfüllung vorstellen können, welche Punkte für die ausschreibende Stelle zwingend zu erfüllen seien und wo Abstriche gemacht werden könnten. Damit sei der submissionsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung sämtlicher Anbieter verletzt worden. Die Alternativangebote seien zu wenig spezifiziert und es seien keinerlei Zuschlags- und/oder Bewertungskriterien für die Beurteilung der Alternativkonzepte veröffentlicht worden, weshalb die Alternativkonzepte vom Verfahren auszuschliessen seien.

E. 6

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitbeteiligte verfüge aus ihrer früheren Tätigkeit für die Beschwerdegegnerin über einen unzulässigen Wissensvorsprung.

E. 6.1

Die Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem alle Anbietenden gleich behandelt werden. Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass für alle Wettbewerbsteilnehmer dieselben Bedingungen bestehen. Personen oder Unternehmungen, welche als Anbieter an einer Submission teilnehmen wollen, dürfen daher grundsätzlich nicht an der Vorbereitung der Vergabe mitwirken. Sie hätten sonst unter Umständen die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Vergabe in einer für sie günstigen Weise zu beeinflussen, und könnten allenfalls auch von einem Wissensvorsprung gegenüber den Mitbewerbern sowie von Vorteilen in zeitlicher Hinsicht profitieren. Als Folge davon dürfen andererseits – ex post betrachtet – Personen oder Unternehmungen, die an der Vorbereitung der Vergabe mitgewirkt haben, wegen dieser Vorbefassung grundsätzlich nicht als Anbieter auftreten. Das Verbot der Vorbefassung ergibt sich zum einen aus den Regeln über den Ausstand, die ausdrücklich auch für Personen gelten, die lediglich an der Vorbereitung einer Anordnung mitwirken (§ 5a VRG).

Als vergaberechtliche Grundlage sind sodann die Gebote der Fairness und der Gleichbehandlung (Art. 1 Abs. 3 lit. b und 11 lit. a IVöB) zu beachten. Eine ausdrückliche Regelung enthalten schliesslich Art. VI Abs. 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA) und die daraus abgeleiteten Bestimmungen von § 9 und § 16 Abs. 4 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV).

E. 6.2

Entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin ist hingegen die frühere Tätigkeit der Mitbeteiligten für die Beschwerdegegnerin nicht als unzulässige Vorbefassung zu werten. Wie das Verwaltungsgericht wiederholt entschieden hat, ist ein Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt, unter diesem Titel nicht zu beanstanden (VGr, 13. August 2003, VB.2003.00161, E. 3a, www.vgrzh.ch; RB 2001 Nr. 44 = BEZ 2001 Nr. 24 E. 4c; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 682). Anzumerken ist, dass offenbar auch die Beschwerdeführerin gemäss ihren Referenzangaben auch schon für die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Reinigung städtischer Parkanlagen tätig war und dementsprechend ebenfalls über einen solchen "Wissensvorsprung" verfügen dürfte (act. 9/3 S. 14).

E. 7

Sodann beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe keinerlei Rahmenbedingungen oder Mindestanforderungen an Alternativangebote vorgegeben, aus welchen die Beschwerdeführerin die benötigten Informationen zur Erstellung eines Alternativkonzepts hätte beziehen können.

E. 7.1

Den Anbietern steht es grundsätzlich frei, neben einem Angebot, das den Ausschreibungsunterlagen entspricht, eine Variante einzureichen. Dass Varianten zulässig sein müssen, ergibt sich bereits aus dem Gebot des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel. Der Vergabebehörde können aufgrund von Varianten bisher nicht erkannte Realisierungsmöglichkeiten bekannt gemacht werden, die kostensparender oder technisch ausgereifter sind als der eigene Amtsvorschlag (VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 25, E. 8c; zum Ganzen vgl. Galli/Moser/Lang, Rz. 472 f.). Vorliegend wurde das Einreichen von Varianten in Ziff. 15.4 der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vorgesehen. Danach mussten allfällige Alternativangebote so detailliert sein, dass ohne Rückfragen bei den Anbietern die Idee und das Konzept der Alternativangebote nachvollzogen werden konnten. Damit das Alternativkonzept Eingang in die Bewertung finden konnte, wurde geprüft, ob dieses mindestens gleichwertig oder besser ist als das Konzept des Grundangebots.

E. 7.2

Die Mitbeteiligte hat neben ihrem Grundangebot von Fr. 1'273'405.65 als einzige Anbieterin insgesamt drei Alternativangebote eingereicht. Diese sehen Pauschalpreise von Fr. 806'967.70, Fr. 875'820.95 und Fr. 950'000.40 vor. In den Alternativangeboten werden in Abstufungen zusätzliche – im Grundangebot nicht enthaltene – Leistungen offeriert, wie etwa das Entfernen von Plakaten an Mauern, auf Abfallbehältern, Toilettenhäuschen etc. oder das Aufstellen und wieder Einsammeln von 800-Liter-Abfallcontainern vor und nach diversen Anlässen.

E. 7.3

Die Frage, ob auch ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichender Vergütungsmodus, insbesondere ein Pauschalpreis zusätzlich zum Grundangebot nach Einheitspreisen vorgeschlagen werden kann, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten (bejahend: Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, 7. November 1997, VPB 62/1998 Nr. 32 II E. 3a, S. 267 f. = Baurecht 4/98, S. 126 Nr. 335 E. 5; Peter Rechsteiner, Kurzbeitrag in Baurecht 2/2001, S. 60 unter Hinweis auf die deutsche Lehre; unentschieden: Urteilsanmerkung Peter Gauch, Baurecht 4/98, S. 126 f. zu Nrn. 334–336 E. 4; dagegen: Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes – Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, Ziff. 19.1). Das Verwaltungsgericht hat diese Frage stets kritisch beurteilt und festgehalten, dass ein Pauschal- bzw. Globalpreisangebot als Variante zum geforderten Angebot nach Einheitspreisen bei fehlender Vergleichbarkeit mit einem Einheitspreisangebot und angesichts von Missbrauchsmöglichkeiten nicht zu berücksichtigen sei (VGr, 3. Dezember 2003, VB.2003.00256, www.vgrzh.ch = RB 2003 Nr. 58 = BEZ 2004 Nr. 16, E. 3.3–3.5 auch zum Folgenden; VGr, 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.4, www.vgrzh.ch; vgl. auch Andreas Bass, Verschieben von Einheitspreisen in eine Pauschalposition; Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 23). Selbst wo eine Vergabestelle Pauschalangebote ausdrücklich zugelassen hatte, wurde Kritik geäussert, wenn die Pauschalen aufgrund mangelhafter Vorgaben der Behörde nicht vergleichbar waren (VGr, 26. März 2008, VB.2007.00458, www.vgrzh.ch). Als problematisch wurde insbesondere erachtet, dass die Preisbestimmung bei den verschiedenen Preisarten nach ganz anderen Grundsätzen erfolgt. Pauschal- und Einheitspreisangebote sind damit nicht oder höchstens bedingt miteinander vergleichbar. Weicht beispielsweise die im Leistungsverzeichnis zu den einzelnen Leistungen angenommene Menge von der für die geschuldete Einheitspreisvergütung massgeblichen tatsächlichen Menge ab, so kann ein höheres Einheitspreisangebot preislich günstiger sein als ein tieferes Pauschalangebot. Umgekehrt kann ein höherer Pauschalpreis günstiger sein als ein Angebot mit Einheitspreisen und zusätzlich separat zu entschädigenden Regiearbeiten. Lässt die Vergabebehörde dennoch verschiedene Vergütungsarten zu, muss sie folglich die notwendigen Rahmenbedingungen festlegen, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten.

E. 7.4

Vorliegend wurde die Möglichkeit zur Einreichung von Pauschalangeboten in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen und es wurden damit auch keine Rahmenbedingungen für die Vergleichbarkeit zur Amtsvariante gesetzt. In den Anhängen 5 und 6 der Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdegegnerin deutlich festgelegt, welche Posten zu Regieansätzen und welche als Pauschalen zu offerieren sind. Auf diese Angaben bezieht sich auch der Text in Ziff. 4.2 der Ausschreibungsunterlagen. Entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdegegnerin kann daher nicht gesagt werden, dass dort auf die Möglichkeit der Einreichung von Pauschalangeboten hingewiesen wurde. Hingegen verlangen die Ausschreibungsunterlagen gemäss Ziff. 15.4, dass allfällige Alternativangebote so detailliert sein müssen, dass sie ohne Rückfrage bei den Anbietern nachvollzogen werden können. Die Mitbeteiligte legt in ihren Alternativangeboten aber in keiner Weise dar, inwiefern diese vom Grundangebot abweichen. Sie führt nur aus, was sie zusätzlich anbietet. Damit wird aber nicht erklärt, weshalb die Alternativen rund einen Drittel günstiger sind als das Grundangebot. In den Alternativangeboten wird lediglich

festgehalten, dass aufgrund des Pauschalpreises das aufwendige Rapportwesen entfallt. Dies kann aber nicht als Erklärung für eine solch massive Einsparung gelten. Auch wird nicht dargelegt, wie die Mitbeteiligte durch den vermehrten Einsatz von Maschinen Personalkosten einsparen will.

E. 7.5

Somit ergibt sich, dass einerseits die Einreichung von Pauschalpreisvarianten in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen war und andererseits in den eingereichten Pauschalpreisangeboten nicht dargelegt wird, wie die Einsparungen erreicht werden sollen. Das Konzept der Alternativangebote ist daher nicht nachvollziehbar. Insbesondere lassen sich die offerierten Pauschalpreisangebote nicht mit dem in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Einheitspreisangebot vergleichen. Die Alternativangebote hätten somit aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

E. 8

Damit liegt die Offerte der Beschwerdeführerin, welche das günstigste Grundangebot eingereicht hat, an erster Stelle. Sofern der Auftrag aufgrund der heute vorliegenden Angebote vergeben wird, ist der Zuschlag daher der Beschwerdeführerin zu erteilen. In Anbetracht der grossen Preisdifferenz zwischen den Alternativangeboten der Mitbeteiligten und ihrem Grundangebot stellt sich jedoch die Frage, ob die Vergabebehörde bei der Ausschreibung von zutreffenden Voraussetzungen ausgegangen ist. Die Angaben der Ausschreibungsunterlagen zum geschätzten Aufwand beruhen offenbar auf Erfahrungswerten der letzten Jahre und damit auf den Stundenabrechnungen der Mitbeteiligten. Wenn diese nun in der Lage ist, Alternativofferten abzugeben, die rund ein Drittel günstiger sind als das Grundangebot und überdies noch Zusatzleistungen enthalten, drängt sich die Frage auf, ob die Aufwandschätzungen in den Ausschreibungsunterlagen tatsächlich realistisch sind. Der Vergabebehörde ist daher zu empfehlen, die Grundlagen ihrer Ausschreibung zu überprüfen. Sofern diese wesentlich von den bisherigen Annahmen abweichen, hat sie die Möglichkeit, das Verfahren abubrechen und den Auftrag neu auszuschreiben (§ 37 SubmV). Um den Informationsvorsprung der bisherigen Auftragnehmerin auszugleichen, wären dabei alle Anbieter möglichst umfassend zu dokumentieren.

E. 9

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Zuschlag in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache im Sinne von E. 8 an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist. Aufgrund der Aufhebung des Zuschlags gilt die Beschwerdegegnerin als unterliegend und wird vollumfänglich kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Sie hat die Beschwerdeführerin ausserdem für ihre Umtriebe im Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 10

Da der geschätzte Auftragswert des zu vergebenden Auftrags die im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwerte erreicht, ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Andernfalls 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.