

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00402 vom 15. Dezember 2010

ZH Verwaltungsgericht, 2010-12-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2010.00402

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00402 du 15 décembre 2010

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00402 del 15 dicembre 2010

Regeste

Submission | Offenes Submissionsverfahren für die Ausführung von Strassenbauarbeiten. Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Minuspreise. Wenn die Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich bekannt macht, dass sie keine negativen Einheitspreise oder reine Platzhalterpreise akzeptiert und solche Eingaben vom Vergabeverfahren ausgeschlossen würden, darf im Fall einer Widerhandlung der Ausschluss streng gehandhabt werden und stellt dieser keinen überspitzten Formalismus dar, auch wenn die betreffenden Positionen geringfügiger Natur sind. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin ist daher nicht rechtsverletzend (E. 2.3). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2010.00402 Entscheid der 1. Kammer vom 15. Dezember 2010 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Keiser (Vorsitz), Verwaltungsrichter François Ruckstuhl, Verwaltungsrichter Robert Wolf, Gerichtssekretärin Corina Schuppli. In Sachen A AG, Beschwerdeführerin, gegen Staat Zürich, vertreten durch RA B, Beschwerdegegner, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Mit Ausschreibung vom 18. Juni 2010 eröffnete die Baudirektion Kanton Zürich, Tiefbauamt, ein offenes Submissionsverfahren für die Ausführung von Strassenbauarbeiten an der C-Strasse, D-Strasse bis E-Strasse, in F. Innert Frist gingen neun Offerten ein, worunter jene der A AG der Niederlassung F. Mit Verfügung vom 27. Juli 2010 eröffnete die Baudirektion Kanton Zürich der A AG den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren mit dem Hinweis, diese habe entgegen dem ausdrücklichen Hinweis in den Vergabeunterlagen im Angebot unzulässigerweise Einheitspreise mit negativen Vorzeichen angeboten. II. Mit Beschwerde vom 6. August 2010 beantragte die A AG dem Verwaltungsgericht, den Ausschluss vom Vergabeverfahren aufzuheben und sie ins ordentliche Vergabeverfahren aufzunehmen. Der Beschwerdegegner stellte in seiner Beschwerdeantwort vom 10. September 2010 den Antrag auf Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beschwerdeführerin. Die Parteivorbringen werden, soweit rechtserheblich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen wiedergegeben. Die Kammer zieht in Erwägung:

E. 1.1

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 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 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 1.2

Der Ausschluss eines Anbieters aus dem Verfahren ist laut Art. 15 Abs. 1 bis lit. d IVöB eine selbständig anfechtbare Verfügung. Legitimiert zur Anfechtung an das Verwaltungsgericht ist gemäss § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG), wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat. Nach der Rechtsprechung kann das schutzwürdige Interesse eines Beschwerdeführers rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein, doch wird verlangt, dass er durch die angefochtene Verfügung stärker als jedermann betroffen sei und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht (VGr, 25. November 1998, BEZ 1999 Nr. 10). Mit der angefochtenen Verfügung wurde die Beschwerdeführerin vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen und es wurde ihr damit grundsätzlich die Möglichkeit entzogen, dass ihr Angebot den Zuschlag des Auftrags erhält. Sie ist dadurch im Sinn der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen berührt und hat ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des Ausschlusses. Da im vorliegenden Verfahren noch keine Vergabe erfolgte, ist ihr Interesse nach wie vor aktuell (vgl. VGr, 24. September 2002, VB.2002.00137, www.vgrzh.ch = RB 2002 Nr. 15 = BEZ 2002 Nr. 67). Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass sie bei Aufhebung des Ausschlusses und Weiterführung des Vergabeverfahrens eine realistische Chance hätte, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen (vgl. hierzu RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11), denn die Beschwerdeführerin hat das preislich günstigste Angebot eingereicht. Ob ihr Angebot bei Bewertung auch der übrigen Zuschlagskriterien an erster Stelle rangieren würde, was der Beschwerdegegner verneint, kann offenbleiben. Dies müsste im Verfahren gegen die Zuschlagsverfügung selber beurteilt werden.

E. 2

Der Beschwerdegegner begründete in der angefochtenen Verfügung vom 27. Juli 2010 den Ausschluss der Beschwerdeführerin damit, in den Ausschreibungsunterlagen sei ausdrücklich festgehalten worden, es würden keine Einheitspreise mit negativen Vorzeichen (Minuspriese) oder unrealistisch tiefe, nicht kostendeckende Preise (z.B. Nullerpreise, Einfranken-Preise) im Grundangebot akzeptiert. Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Angebot Einheitspreise mit negativen Vorzeichen angeboten, weshalb sie vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werde. Diesen Ausführungen hält die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift vom 6. August 2010 entgegen, die in ihrem Angebot eingesetzten Minuspriese seien keine Arbeitsleistungen, sondern Gebühren für Kiessand (bestehende Strassenfundation) bzw. Strassenaufbruch ohne Belagsmaterial. Diese Preise entsprächen dem effektiven Wert des beschriebenen Materials. Es würden keine Gebühren anfallen, sondern das Material könne mindestens als Kiessand II auf der genannten oder einer anderen Baustelle wieder verwendet werden. Daher seien diese Preisangaben nicht unrealistisch tief oder nicht kostendeckend. Der Unternehmer verschaffe sich dabei auch keinen Wettbewerbsvorteil, sondern es werde dem Bauherrn der effektive Wert des Kiesmaterials vergütet. Zudem betrage die Summe der beanstandeten Positionen lediglich Fr. 2'150.-, was 0,33 % der gesamten Offertsumme von Fr. 640'690.60 brutto

entspreche. Das Angebot sei dadurch in keiner Weise verfälscht worden.

E. 2.1

Gemäss § 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) werden Anbietende von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen, wenn sie wesentliche Formvorschriften verletzt haben, insbesondere auch durch Unvollständigkeit des Angebots. Diese Rechtsfolge ist allerdings nur adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt, denn ein überspitzter Formalismus ist zu vermeiden (RB 1999 Nr. 61 = ZBl 101/2000, S. 265 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6; VGr, 4. September 2006, VB.2006.00228, E. 3.2, www.vgrzh.ch = RB 2006 Nr. 46 ; 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, Rz. 272 f.).

E. 2.2.1

Grundlage der Offerten war das vom Beschwerdegegner 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, E. 3.1, www.vgrzh.ch = RB 2002 Nr. 58 = BEZ 2004 Nr. 16, mit Hinweisen). Unter dem Titel "2.5.2 Voraussetzungen an das Grundangebot" hielten die Ausschreibungsunterlagen fest, dass die Preisbildung der einzelnen Positionen dem effektiven Wert der in den Positionen ausgeschriebenen Arbeiten entsprechen soll. Ausdrücklich wurde darauf hingewiesen, dass "Einheitspreise mit negativen Vorzeichen (Minuspreise) oder unrealistisch tiefe nicht kostendeckende Preise (z.B. Nullerpreise, Einfranken-Preise) im Grundangebot nicht akzeptiert (würden), da diese das Angebot verfälsch(t)en und faktisch die Umwandlung von einer Einheitspreisofferte in eine Pauschalofferte bewirk(t)en". Solche Angebote hätten einen Ausschluss vom Vergabeverfahren gemäss § 28 lit. h der Submissionsverordnung zur Folge.

E. 2.2.2

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 Material- und/oder Arbeitskosten in andere Einheitspreise oder in eine Festpreisposition übertragen werden, widerspricht nach der Rechtsprechung 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 bestimmten Einheitspreisen in andere Positionen darf aber nicht offensichtlich einzig dem Zweck dienen, allfällige Fehler des Leistungsverzeichnisses zulasten des Auftraggebers auszunützen (VGr, 3. Dezember 2003, VB.2003.00256, E. 4, www.vgrzh.ch = RB 2003 Nr. 58 = BEZ 2004 Nr. 16). Denn bei einer derart gestalteten Offerte profitiert der Auftraggeber bei allfälligen Mengenreduktionen nicht von der Kostenersparnis. Zudem

verunmöglicht eine solche Verschiebung die korrekte Analyse der offerierten Preise und wird der direkte Vergleich mit den anderen eingereichten Angeboten erschwert oder gar verunmöglicht (§ 29 SubmV), was eine Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebotes darstellt. Diese Grundsätze wurden in mehreren Gerichtsurteilen des Bundesgerichtes und kantonaler Verwaltungsgerichte festgehalten (BGr, 27. November 2002, 2P.164/2002, www.bger.ch; VGr, 3. Dezember 2003, VB.2003.00256, E. 4, www.vgrzh.ch = RB 2003 Nr. 58 = BEZ 2004 Nr. 16; VGr, 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.4, www.vgrzh.ch; VGr Kt. Schwyz, 17. Juni 2008, EGV-SZ 2008 B 11.2 VGE III 2008 81 = Baurecht 4/2009 (S75), S. 182 f.; VGr Kt. Luzern, 19. März 2004, LGVE II 2004 Nr. 8). Im Licht dieser Ausführungen ist es nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner in seinen Ausschreibungsunterlagen Einheitspreise mit negativen Vorzeichen (Minuspreise) oder unrealistisch tiefe, nicht kostendeckende Preise wie z.B. Nullerpreise oder Einfrankenpreise (sog. Platzhalterpreise) im Grundangebot nicht akzeptierte. Auch bei solchen Positionen, bei welchen der Anbieter für seine Leistung überhaupt keinen Preis verlangt bzw. der Vergabestelle hierfür sogar eine Entschädigung anbietet, wird der Preis in andere Positionen verschoben und damit das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verletzt. Denn eine korrekte Analyse der offerierten Preise und insbesondere der direkte Vergleich mit anderen Angeboten werden damit zumindest erschwert, wenn nicht gar verunmöglicht. Es handelt sich hier um eine andere Problematik als bei Angeboten, bei welchen der Anbieter nicht kostendeckende Preise verlangt; Letzteres ist nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht von vornherein unzulässig (VGr, 27. August 2003, VB.2002.00384, www.vgrzh.ch = RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48).

E. 2.3

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin gegen die Ausschreibungsbedingungen verstossen und entgegen dem klaren Verbot von Minuspreisen oder Platzhalterpreisen in den Positionen 751.125 (Gebühren für Lagerung Kiessand) sowie 261.124 (Gebühr für Lagerung oder Abgabe von Strassenaufbruch) Minuspreise offeriert. Auch wenn sich die der Vergabestelle offerierten Entschädigungen insgesamt auf nur Fr. 2'150.- belaufen und damit im Verhältnis zum Gesamtoffertpreis von Fr. 668'701.60 untergeordneter Natur sind, ist der Ausschluss nicht rechtsverletzend. Das Vergaberecht zeichnet sich gerade bei der Offerteingabe durch eine besondere Formstrenge aus (VGr, 18. Juni 2003, VB.2003.00032, www.vgrzh.ch = RB 2003 Nr. 49 [Leitsatz] = BEZ 2003 Nr. 37). Wenn die Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich bekannt macht, dass sie keine negativen Einheitspreise oder reine Platzhalterpreise (z.B. Nullerpreise oder Einfrankenpreise) akzeptiert und solche Eingaben vom Vergabeverfahren ausgeschlossen würden, darf im Fall einer Widerhandlung der Ausschluss streng gehandhabt werden und stellt dieser keinen überspitzten Formalismus dar, auch wenn die betreffenden Positionen geringfügiger Natur sind. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin ist daher nicht rechtsverletzend.

E. 2.4

Sinngemäss hat die Beschwerdeführerin eine (Ausführungs-)Variante eingereicht. Die Ausschreibungsunterlagen sehen in den beiden Positionen 751.125 und 261.124 die Lagerung des ausgehobenen und abtransportierten Baugrubenaushubes bzw. Strassenausbruchs in einer Deponie vor. Wenn dieses Material nicht endgelagert, sondern weiterverwendet wird, stellt dies gegenüber der Ausschreibung eine Variante dar, welche

die Ausführung der Arbeiten betrifft. Wenn der Anbieter eine kostengünstigere Bauweise als im Leistungsverzeichnis vorgesehen vorschlagen will, hat er dies – mit entsprechender abgeänderter Position – als Variante anzubieten (VGr, 21. April 2004, VB.2003.00268, E. 3.2.2., www.vgrzh.ch = BEZ 2004 Nr. 36; VGr, 12. September 2007, VB.2007.00123 E. 3.4; www.vgrzh.ch) und die Vorzüge seiner Variante darzulegen sowie den Nachweis für eine umweltgesetzeskonforme Weiterverwendung zu erbringen. Bei dieser Betrachtungsweise fehlte vorliegend ein Grundangebot der Beschwerdeführerin. Auch stand es dem Beschwerdegegner frei, ihre Variante abzulehnen.

E. 3

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Demgemäss kann offenbleiben, ob das Angebot der Beschwerdeführerin auch deshalb hätte ausgeschlossen werden müssen, weil dieses nicht rechtsgültig unterzeichnet war, wie der Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeantwort neu vorbrachte (vgl. § 28 lit. h SubmV; VGr, 19. Juni 2002 VB. 2001.00419, www.vgrzh.ch = RB 2002 Nr. 50 = BEZ 2002 Nr. 53). Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a und b VRG ist dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung zuzusprechen. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass dieser mit den Beschwerdeantworten teilweise nur die ihm obliegende detaillierte Begründung der Ausschlussverfügung nachholte. Angemessen sind Fr. 800.-.

E. 4

Da der geschätzte Wert der zu vergebenden Bauarbeiten 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.