

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00330 vom 25. Oktober 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-10-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00330

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00330 du 25 octobre 2011

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00330 del 25 ottobre 2011

Regeste

Submission | Brauchwasseraufbereitung/Medienschliessung: Teilabbruch des Vergabeverfahrens. Entsprechend dem Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung (E. 4.2) ist der Abbruch oder die Wiederholung eines Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen zulässig (E. 4.3). Allein eine erhoffte Einsparung von rund 2,5 % der Angebotssumme stellt unter den vorliegenden Umständen keinen wichtigen Grund für einen Teilabbruch dar (E. 4.4). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (VGr, 9. Februar 2011, VB.2010.00389, E. 1 mit Hinweisen). 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.

E. 2

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; § 49 in Verbindung mit 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin das tiefste – "unbereinigte" – Gesamtangebot eingereicht. Da die Beschwerdeführerin und die Mitbeteiligte bei den übrigen Zuschlagskriterien "Referenzen" und "Personal" gleich benotet wurden, ist der Preis für die Platzierung in der Gesamtbewertung entscheidend. Falls die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge, die vorgenommene Offertbereinigung sei unzulässig, durchdringt, hat sie eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen.

E. 3

Mit einer Angebotssumme von Fr. 2'107'486.10 gemäss Offertöffnung rangierte die Beschwerdeführerin an erster Stelle vor der Unternehmervariante der Mitbeteiligten mit einer Eingabesumme von Fr. 2'124'418.-. Die Baudirektion strich bei allen Offerten die Positionen "Dämmungen", was zu "bereinigten" Angeboten zwischen Fr. 1'735'920.70 und

Fr. 2'529'582.20 führte, und vergab die Arbeiten der preisgünstigsten Mitbeteiligten für die Unternehmervariante. Gemäss der "revidierten" Angebotsliste lag die Beschwerdeführerin mit einem Angebot von Fr. 1'805'439.90 an zweiter Stelle.

E. 3.1

Der Beschwerdegegner führt zu diesem Vorgehen aus, anlässlich der Auswertung der Offerten sei festgestellt worden, dass die Positionen "Dämmungen" bei allen Anbietenden über dem vom beauftragten Ingenieurbüro veranschlagten und berechneten Betrag lagen. Er habe sich daher entschieden, diese Positionen separat auszuschreiben und aus allen Offerten zu streichen. Dies habe dazu geführt, dass die Unternehmervariante der Mitbeteiligten zum preislich günstigsten Angebot geworden sei. Es sei dadurch weder das Verbot noch der Grundsatz der Unveränderbarkeit der Angebote verletzt noch der Auftrag ohne Zustimmung der Anbietenden aufgeteilt worden. Die Dämmungsarbeiten (jeweils Pos. xxx.x.6 im Leistungsverzeichnis) seien eine in sich geschlossene Leistung. Sie würden von keinem Anbietenden selber ausgeführt, sondern jeweils an einen Subunternehmer vergeben. Auch das Gleichbehandlungs- oder das Transparenzverbot sei nicht missachtet worden. Mit dem Verzicht auf die Dämmungsarbeiten habe er insbesondere dem Gebot der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel Rechnung getragen. Die Streichung der Dämmarbeiten stütze sich auf objektive Gründe, nämlich kostengünstigere Angebote und eine praktikable Trennung vom übrigen Leistungsumfang, und habe nicht das Ziel, einen missliebigen Verfahrensausgang abzuwenden. Schliesslich wirke sich die Projektänderung bzw. der Teilabbruch auch nicht wettbewerbsverzerrend aus. Der Beschwerdegegner habe eine angekündigte Verringerung des Leistungsumfangs vorgenommen. In der Ausschreibung sei ausdrücklich festgehalten worden, dass einzelne Leistungen oder Positionen entfallen könnten.

E. 3.2

Diesen Ausführungen hält die Beschwerdeführerin entgegen, die nachträgliche Aufteilung eines Auftrags erfordere das Einverständnis der Anbietenden, sei hier aber der Beschwerdeführerin erst mit der Zuschlagsverfügung und ohne deren Zustimmung eröffnet worden, weshalb die Zuschlagsverfügung rechtswidrig und zu berichtigen sei. In der öffentlichen Ausschreibung vom 29. Oktober 2010 sei ausdrücklich festgehalten worden, dass eine Aufteilung der Lose nicht vorgenommen würde. Der Beschwerdegegner führe aus, dass in der Ausschreibung ausdrücklich vorbehalten worden sei, dass einzelne Leistungen oder Positionen entfallen könnten; eine solche Bestimmung wäre aber in den Ausschreibungsunterlagen von vornherein unzulässig gewesen. Im Passus, auf welchen der Beschwerdegegner verweise, sei lediglich von Materialqualität die Rede. Diese Klausel müsse so verstanden werden, dass einzelne geplante Teile des Werks nicht zu erstellen seien, wenn während des Bauablaufs ersichtlich werde, dass ihre Erstellung nicht mehr notwendig sei. Kälte- und Wärmeanlagen müssten aber isoliert werden. Eine Dämmung sei nicht nur notwendig, sondern Pflicht. Bei Pauschalangeboten bestünden die Offerten aus Mischkalkulationen. Werde eine ganze Arbeitsgattung von der Vergabebehörde ohne Grund gestrichen, so habe dies einen Einfluss auf die ganze Offerte und führe dazu, dass die ganze Mischkalkulation nicht mehr stimme. In der öffentlichen Ausschreibung vom 29. Oktober 2010 sei zudem festgehalten worden, dass keine Aufteilung in Lose stattfinde und keine Varianten oder Teilangebote zugelassen würden. Auch ein nachträglicher Abbruch des Vergabeverfahrens sei vorliegend nicht rechtens. Ein solcher bedürfe eines wichtigen Grunds, der nicht vorliege. Wenn das vom Beschwerdegegner beauftragte

Ingenieurbüro die Dämmungsarbeiten angeblich tiefer veranschlagt habe, müsse offensichtlich ein Berechnungsfehler vorliegen, denn die Beschwerdeführerin habe hierfür Konkurrenzofferten eingeholt. Der Schutz des Vertrauens der Beschwerdeführerin, welche gestützt auf die Ausschreibung einen erheblichen Aufwand für die Ausarbeitung der Offerte getätigt habe und allenfalls sogar auf andere Aufträge verzichtet habe, überwiege vorliegend. Indem die Behörde Teilangebote und Varianten in der Ausschreibung ausdrücklich ausgeschlossen und nachträglich der Variante der Mitbeteiligten trotzdem den Zuschlag erteilt habe, habe sie den Grundsatz der Transparenz und der Gleichbehandlung verletzt.

E. 4.1

Der Verzicht des Beschwerdegegners auf die ausgeschriebenen Positionen "Dämmungen" stellt einen Teilabbruch des Verfahrens dar und nicht – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – eine Aufteilung des Auftrags in verschiedene Lose. Während bei Letzterer die ausgeschriebenen Arbeiten insgesamt gleich bleiben, indessen aufgeteilt und separat an mehrere Anbieter vergeben werden, wird beim Teilabbruch auf bestimmte Leistungen des ausgeschriebenen Leistungspakets verzichtet, entweder definitiv, wenn überhaupt kein Bedarf mehr für die betreffende Leistung besteht, oder aber provisorisch, wenn dem Teilabbruch ein neues Vergabeverfahren für jene Leistungen folgt, auf welche verzichtet wurde (vgl. hierzu Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005, S. 784 ff., insbesondere S. 786; Stefan Scherler, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 285 ff.).

E. 4.2

Das Vergaberecht geht vom Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung aus (vgl. dazu Stefan Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Basel 2010, N. 241 ff. mit Hinweisen). Demnach ist eine Änderung des Leistungsgegenstands nach der Offertöffnung grundsätzlich sowohl für die Vergabebehörde als auch für die Anbietenden nicht zulässig. Das Beschaffungsverfahren kann jedoch zu neuen Erkenntnissen führen, die berücksichtigt werden können müssen. So kann es etwa die Notwendigkeit zu Tage fördern, dass nicht alle ausgeschriebenen Leistungen erforderlich sind. Entsprechend dem Zweck des Vergabeverfahrens, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln (§ 33 Abs. 1 SubmV; vgl. dazu etwa BGE 129 I 313 E. 9; VGr, 8. September 2010, VB.2009.00393, E. 4.2,), muss es daher zulässig sein, von diesem Grundsatz abzuweichen. Die Voraussetzungen dafür sind jedoch, insbesondere wegen des bestehenden Missbrauchspotenzials, nicht leichthin zu bejahen.

E. 4.3

Entsprechend diesem Grundsatz dürfen die kantonalen Ausführungsbestimmungen den Abbruch oder die Wiederholung eines Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen zulassen (Art. 13 lit. i IVöB). Dementsprechend sieht § 37 Abs. 1 der (kantonalen) Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) die Möglichkeit eines Verfahrensabbruchs aus wichtigen Gründen vor und nennt "namentlich", mithin beispielhaft (VGr, 31. Januar 2002, VB.2000.00403, E. 2a = BEZ 2002 Nr. 10; 23. Januar 2003, VB.2002.00258, E. 3a = RB 2003 Nr. 57 [Leitsatz] = BEZ 2003 Nr. 15), vier Fälle, bei welchen dieses Vorgehen gerechtfertigt ist. Ein rechtsgenügender sachlicher Grund liegt insbesondere dann vor, wenn die Zielsetzungen für die Beschaffung verfehlt werden, wozu

auch jene Fälle gehören, bei denen sich die Angebote preislich erheblich über der Kostenschätzung der Vergabebehörde bewegen (Scherler, S. 289; VGr, 31. Januar 2002, VB.2000.00403, E. 4 = BEZ 2002 Nr. 10). Mit dem Verzicht auf eine ausgeschriebene Position kann eine Vergabestelle das Ziel verfolgen, die Beschaffung günstiger oder unter veränderten Voraussetzungen zu realisieren, was den Zielsetzungen des Vergaberechts, nämlich der wettbewerbsorientierten Vergabe öffentlicher Aufträge und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel grundsätzlich nicht zuwiderläuft, sondern in vielen Fällen deren Verwirklichung dient (Scherler, S. 291 mit Hinweisen). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender sachlicher Grund vorliegt, welcher einen Teilabbruch rechtfertigt, steht der ausschreibenden Stelle ein nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübender Spielraum zu, den das Verwaltungsgericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüfen kann (Art. 16 IVöB; § 50 VRG; Beyeler, S. 789; vgl. auch BGE 134 II 192 E. 2.3).

E. 4.4

Ein wichtiger Grund dieser Art besteht im vorliegenden Fall nicht. Das vom Beschwerdegegner mit der Erstellung des Kostenvoranschlags beauftragte Ingenieurbüro ermittelte für die Dämmungen einen Preis von rund Fr. 250'000.-. Demgegenüber beliefen sich die Preise für die entsprechenden Positionen in den Angeboten auf Fr. 302'046.20 bei der Beschwerdeführerin, auf Fr. 388'497.60 bei der Mitbeteiligten und auf bis zu Fr. 571'877.80 bei den übrigen drei Mitbietenden. In Bezug auf den ganzen zu vergebenden Auftrag hätte die Einsparung bei einer Verwirklichung der Prognose bezüglich der Dämmungen rund 2,5 % ausgemacht, nämlich rund Fr. 52'000.- bei einer Angebotssumme von Fr. 2'107'486.10.-. Angesichts der Unsicherheit der Prognose, welche sich mittlerweile auch als zu optimistisch herausgestellt hat, erscheint diese Differenz gering. Unter diesen Umständen ist ein Teilabbruch hier durch keinen hinreichend wichtigen Grund gerechtfertigt. Im Gegensatz zum Entscheid RB 2003 Nr. 57 (VGr, 23. Januar 2003, VB.2002.00258 = BEZ 2003 Nr. 15), bei welchem die betroffene Teilleistung völlig unzureichend definiert war, kann vorliegend auf die Ergebnisse eines sachgerecht durchgeführten Vergabeverfahrens abgestellt werden, das brauchbare Offerten hervorgebracht hat.

E. 5.1

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Vergabeentscheid der Baudirektion vom 10. Mai 2011 aufzuheben ist. Da das Angebot der Beschwerdeführerin an die erste Stelle rückt und keine weiteren Abklärungen erforderlich sind, hat die Vergabe an sie zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

E. 5.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdegegner kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Ferner hat er der Beschwerdeführerin für die Umtriebe des Beschwerdeverfahrens eine angemessene Entschädigung auszurichten (§ 17 Abs. 2 VRG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, welcher von dieser nach Einreichung der Beschwerde beigezogen wurde, hat mit der Replik eine Kostennote über Fr. 9'566.- eingereicht, welche einen Aufwand von 31,3 Stunden mit einem Stundenansatz

von Fr. 350.- ausweist. Festzulegen ist indessen lediglich eine angemessene und nicht eine kostendeckende Entschädigung; es ist der obsiegenden Partei deshalb zuzumuten, einen Teil der anwaltlichen Aufwendungen selber zu tragen (VGr, 12. Januar 2004, VB.2004.00477, E. 8; Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N. 36). In Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und des erforderlichen Zeitaufwands (§ 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010) erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- als angemessen.

E. 6

Mit einem Auftragswert von rund 2 Millionen Franken wird der im Staatsvertragsbereich massgebende Schwellenwert für Bauarbeiten nicht 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). Gegen das vorliegende Urteil ist daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f in Verbindung mit Art. 113 BGG) .

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