

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00537 vom 21. Dezember 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-12-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00537

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00537 du 21 décembre 2011

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00537 del 21 dicembre 2011

Regeste

Submission | Submission: Ausschluss wegen Abänderung der Ausschreibungsunterlagen. Die Beschwerdeführerin änderte das in elektronischer Form eingereichte Angebotsformular ab, indem sie "Rabatt" durch "Skonto" ersetzte, ohne die Änderung kenntlich zu machen (E. 3.1). Unter den gegebenen Umständen liegt keine Verletzung von wesentlichen Formvorschriften vor, welche den erfolgten Ausschluss rechtfertigen würde. Die Beschwerdeführerin nahm offenbar die unklar formulierte Anmerkung zum Rabatt/Skonto zum Anlass, die Ausschreibungsunterlagen anzupassen. Wird statt des einzig zulässigen Rabatts ein Skonto offeriert, ist die Vergabebehörde zudem gehalten, beim Preisvergleich das Skonto ausser Acht zu lassen, womit eine Ungleichbehandlung zum Nachteil von Konkurrenten ausgeschlossen ist. Angesichts dessen und mit Blick auf die erwähnte Mitverantwortung der Beschwerdegegnerin erweist sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin als zu formalistisch und unverhältnismässig (E. 4.2). Da das Angebot der Beschwerdeführerin selbst ohne Berücksichtigung des Skontos das günstigste ist, hat die Vergabe an sie zu erfolgen (E. 4.4). Gutheissung.

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 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 einen 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 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrem Rechtsmittel sowohl gegen den Ausschluss ihrer Angebote vom

Verfahren wie auch gegen den Zuschlag an die Mitbeteiligte. Beide Entscheide sind selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 15 Abs. 1 bis lit. d und e IVöB). Die Beschwerdeführerin ist zu deren Anfechtung legitimiert: Mit ihren Angeboten, welche preislich unter demjenigen der Mitbeteiligten liegen, hätte sie für den Fall einer Zulassung zum Verfahren gute Erfolgsaussichten – der Preis ist einziges Zuschlagskriterium.

E. 3.1

Die Beschwerdegegnerin begründet den Ausschluss vom Verfahren mit einer Verletzung der Formerfordernisse durch die Beschwerdeführerin. Diese habe das in elektronischer Form eingereichte Formular "Angebot / Allgemeine Submissionsbedingungen" unter Ziff. 4 abgeändert: Beim offerierten Preis sei die Zeile "Rabatt ... %" durch "Skonto ... %" ersetzt worden. Diese Abänderung sei zudem nicht kenntlich gemacht worden, wobei der Beschwerdeführerin allerdings keine böse Absicht unterstellt werde. Bezüglich der von der Beschwerdeführerin zusätzlich eingereichten Unternehmervariante verweist die Beschwerdegegnerin auf Ziff. 14 der Submissionsbedingungen; darin seien Unternehmervarianten klar und unmissverständlich ausgeschlossen worden. Ergänzend merkt die Beschwerdegegnerin an, dass rein materiell nichts gegen eine Auftragserteilung an die Beschwerdeführerin sprechen würde; sie habe klar das günstigste Angebot eingereicht.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin verweist ihrerseits auf die Ausschreibungsunterlagen, wonach allfällige Skonti in den Rabatt einzuberechnen seien, ausgehend von einer Zahlungsfrist von 30 Tagen. Die Beschwerdegegnerin habe somit das Offerieren mit Skonti erlaubt. Im Übrigen könnten die einzelnen Angebote ohne Weiteres miteinander verglichen werden, zumal beide Anbieter denselben Preisnachlass von 2 % gewährt hätten. Der Ausschluss sei demnach unzulässig und die Beschwerdeführerin zum Vergabeverfahren zuzulassen. Für die geltend gemachte Zulässigkeit der Unternehmervariante verweist die Beschwerdeführerin auf Ziff. 22 der Submissionsbedingungen.

E. 4.1

Gemäss § 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 werden Anbietende von der Teilnahme unter anderem ausgeschlossen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse verletzt haben, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, 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, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1; 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., Zürich etc. 2007, N. 272 f.).

E. 4.2

In Abänderung von Ziff. 4 des vorgegebenen Formulars hat die Beschwerdeführerin auf ihrem Angebot nicht Rabatt, sondern ein Skonto vermerkt. Auch wenn die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsunterlagen ohne Kenntlichmachung verändert hat,

kann darin unter den gegebenen Umständen keine Verletzung von wesentlichen Formvorschriften erblickt werden, welche einen Ausschluss rechtfertigen würde. Vorliegend ergibt sich nicht eindeutig, welche Bedeutung der Anmerkung 1 zu Ziff. 4 des Angebotsformulars zukommt. Die Beschwerdeführerin nahm diese von der Beschwerdegegnerin zu vertretende Unklarheit offenbar zum Anlass, um die Ausschreibungsunterlagen entsprechend anzupassen. Zwar wird ein Skonto nur bei Zahlung innert Frist gewährt; es kann deshalb für das Gemeinwesen ein Vorteil sein, wenn der Unternehmer nicht bloss ein Skonto, sondern einen Rabatt im Sinn eines voraussetzungslosen Preisnachlasses anbietet. Ist aber gemäss der Ausschreibung nur ein Rabatt zulässig, so ist das Gemeinwesen gehalten, beim Preisvergleich zwischen den Offerten ein Skonto ausser Acht zu lassen (dazu RB 2003 Nr. 59; VGr, 12. Januar 2005, VB.2004.00477, E. 4.2; Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 548). Bei diesem Vorgehen ist die Vergleichbarkeit der verschiedenen Angebote ohne Weiteres gegeben. Zudem fällt eine Ungleichbehandlung zum Nachteil von Konkurrenten, welche korrekterweise einen Rabatt offeriert haben, ausser Betracht. Angesichts dessen und mit Blick auf die erwähnte Mitverantwortung der Beschwerdegegnerin erweist sich Ausschluss der Beschwerdeführerin als zu formalistisch und unverhältnismässig. Vielmehr wäre das Angebot der Beschwerdeführerin – ohne Berücksichtigung des Skontos – dem Angebot der Mitbeteiligten gegenüberzustellen gewesen. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin erweist sich demnach als rechtswidrig.

E. 4.3

Der Vergleich der vorliegenden Angebote ergibt Folgendes: Die Mitbeteiligte offerierte die Arbeiten unter Berücksichtigung eines Rabattes von 2 % zu einem Gesamtbetrag von Fr. 121'762.55. Das Angebot der Beschwerdeführerin "gem. Ausschreibung" beläuft sich unter Gewährung von 2 % Skonto auf Fr. 113'348.25; lässt man das Skonto unbeachtet, ergibt sich ein Angebotspreis von Fr. 115'661.50. Auch mit diesem Betrag ist die Offerte der Beschwerdeführerin noch deutlich günstiger als das Angebot der Mitbeteiligten.

E. 4.4

Der angefochtene Zuschlag ist demnach in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Die Vergabe hat an die Beschwerdeführerin zu erfolgen. Dabei kann offenbleiben, ob die von der Beschwerdeführerin zusätzlich eingereichte Unternehmervariante zu Recht nicht berücksichtigt worden ist. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag 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

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Ferner hat sie der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin für die Umtriebe im Beschwerdeverfahren eine angemessene Entschädigung auszurichten (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 6

Mit einem Auftragswert von etwas über Fr. 100'000.- wird der im Staatsvertragsbereich massgebende Schwellenwert für Bauarbeiten bei Weitem 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.