

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00714 vom 9. Mai 2012

ZH Verwaltungsgericht, 2012-05-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00714

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00714 du 9 mai 2012

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00714 del 9 maggio 2012

Regeste

Submission | Submission Zuständigkeit (E. 1). Legitimation (E. 2). Wird nach Offertöffnung und Bekanntgabe der Angebote der anderen Anbietenden zufolge einer zulässigen Projektänderung eine Anpassung der Offerten verlangt, ist das Preis-Leistungsverhältnis grundsätzlich zu wahren (E. 3.3). Eine Veränderung des Preis-Leistungsverhältnisses durch die Mitbeteiligte ist vorliegend nicht nachgewiesen (E. 3.4). Kosten (E. 4). Rechtsmittel (E. 5). Abweisung.

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. 2.1

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 dem 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]).

E. 2.2

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin beantragt, es sei ihr der Zuschlag zu erteilen, da die erstplatzierte Mitbeteiligte die Projektänderung, die der Beschwerdegegner nach Einreichung der Angebote vorgenommen habe, dazu missbraucht habe, ein (verdecktes) Abgebot zu machen, weshalb sie hätte ausgeschlossen werden müssen. Falls die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge, die Mitbeteiligte sei auszuschliessen, durchdringt, hat sie eine realistische Chance auf den Zuschlag.

E. 2.3

Der Beschwerdegegner ist indessen der Auffassung, es könne auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Die Beschwerdeführerin habe die Nachtragsofferte per E-Mail

eingereicht statt unterzeichnet und auf Papier.

E. 2.3.1

Liegt ein Mangel vor, der nicht zwingend zu einem Ausschluss führen muss, kann sich die Vergabestelle im Beschwerdeverfahren nicht auf diesen Ausschlussgrund berufen, wenn sie sich nicht bereits im Rahmen des Submissionsverfahrens zu einem Ausschluss entschieden hat (VGr, 8. März 2006, VB.2005.00286, E. 2.5; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., Zürich etc. 2007, N. 270).

E. 2.3.2

Der Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren wegen Mängel einer Offerte ist nur dann adäquat, wenn es sich um wesentliche Mängel handelt (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBI 101/2000, S. 265, auch zum Folgenden). § 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) sieht den Ausschluss vor, wenn Anbietende wesentliche Formerfordernisse verletzt haben, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung des Angebotstexts. Auch nach Art. 19 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen sind nur Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom Verfahren auszuschliessen. Diese Vorschriften sind Ausdruck des aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 abgeleiteten Verbots des überspitzten Formalismus.

E. 2.3.3

Nach § 24 Abs. 1 SubmV müssen die Angebote innerhalb der Frist schriftlich, durch direkte Übergabe oder per Post vollständig bei der in der Ausschreibung genannten Stelle eintreffen. Nach Abs. 2 können die Angebote elektronisch eingereicht werden, wenn die Vergabestelle die elektronische Einreichung in der Ausschreibung zulässt (lit. a), Gewähr für die Identität der Anbietenden sowie die Vertraulichkeit der Angebote besteht (lit. b) und die Unabänderlichkeit der Angebote gewährleistet ist (lit. c). Der Beschwerdegegner macht geltend, diese Voraussetzungen hätten auch vorliegend zu gelten, wo der externe Bauleiter per E-Mail zur Einreichung der Nachtragsofferte per E-Mail aufgefordert habe. Das Vergaberecht sei zwingend; daher wäre Voraussetzung der Einreichung per E-Mail gewesen, dass sie mit einer zertifizierten elektronischen Signatur versehen sei. Die Beschwerdeführerin setzt dem entgegen, dass auch die Aufforderung zur Einreichung der Nachtragsofferte per E-Mail erfolgt sei. Wolle man strikt auf Formalien beharren, so könnten auch diese E-Mail und die gestützt darauf eingereichten Nachtragsofferten keine Wirkung entfalten, zumal es offensichtlich nicht in der Kompetenz des Architekten gelegen habe, die Ausschreibungsunterlagen per E-Mail zu ändern. Der Zuschlag müsse dann aufgrund der Basisofferten erteilt werden. Die Beschwerdeführerin und die Mitbewerber aber hätten sich nicht auf Formalien versteift, sondern Nachtragsofferten eingereicht. Dass die stillschweigende Voraussetzung gegolten habe, dass die E-Mails mit einer zertifizierten elektronischen Signatur versehen seien, sei an den Haaren herbeigezogen, und entsprechend habe der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin denn auch nicht vom Verfahren ausgeschlossen, sondern die Nachtragsofferte in Verbindung mit der Basisofferte als gültig erachtet und zugelassen. Auf diesen Entscheid zurückzukommen, sei gegen Treu und Glauben. Wäre eine unterzeichnete schriftliche Offerte erforderlich gewesen, hätte der Beschwerdegegner dies der Beschwerdeführerin mitteilen und ihr eine Nachfrist ansetzen müssen.

E. 2.3.4

§ 24 Abs. 2 SubmV umschreibt die Voraussetzungen der Möglichkeit der elektronischen Einreichung der Angebote eng, wobei die Konkretisierung dieser Voraussetzungen durch die Vergabestelle zu erfolgen hat (ABl 2003, 1445). Immerhin wird diesbezüglich teilweise ausdrücklich auf das Bundesgesetz über die elektronische Signatur vom 19. Dezember 2003 (SR 943.03) verwiesen (vgl. Hubert Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 7. A., Zürich 2008, S. 327 bezüglich des entsprechenden § 23 der Vergaberichtlinien zur IVöB vom 25. November 1994/15. März 2001; ferner Internetrichtlinien des Kantons St. Gallen zum Öffentlichen Beschaffungswesen [www.beschaffungswesen.sg.ch/home/vollzug_internetrichtlinien/]). Dem genügte die E-Mail der Beschwerdeführerin vom August 2011 nicht.

E. 2.3.5

Indessen muss für die Verwendung der elektronischen Signatur auch der Empfänger die entsprechenden Voraussetzungen geschaffen haben und etwa über einen Signaturprüf Schlüssel verfügen. Solches scheint vorliegend nicht der Fall zu sein, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, die Aufforderung des Beschwerdegegners habe unter der stillschweigenden Voraussetzung gestanden, dass die E-Mail mit einer zertifizierten Signatur versehen sei. Es erschiene daher treuwidrig, die Beschwerdeführerin nach Aufforderung zur Eingabe per E-Mail gerade deshalb vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist daher zu bejahen.

E. 2.4

Daran ändert auch nichts, dass der Beschwerdegegner vorbringt, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag auch bei Abbruch und Neuausschreibung nicht erhalten hätte, weil dann die Anbieter auch nicht mehr an die Preise gebunden gewesen wären, ist dies doch eine reine Hypothese.

E. 3.1

Eine Projektänderung ist zulässig, wenn ein hinreichender sachlicher Grund dafür vorliegt, wobei der ausschreibenden Behörde bei der Beurteilung dieser Voraussetzung ein nach pflichtgemäsem Ermessen auszuübender Spielraum zusteht (VGr, 23. Januar 2003, VB.2002.00258, E. 3a). Der Beschwerdegegner wollte mit der Änderung der Auflage des Amtes für Wirtschaft und Arbeit nachkommen, und es lässt sich nicht von einer manipulatorischen Eventualabsicht des Beschwerdegegners ausgehen. Die Änderung war daher zulässig, was auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird. Auch hat der Beschwerdegegner den Gleichbehandlungsgrundsatz eingehalten, mithin allen Anbietenden die Projektänderung mitgeteilt und diesen die Möglichkeit eingeräumt, ein neues Angebot einzureichen (VGr, 23. Januar 2003, VB.2002.00258, E. 4; vgl. auch RB 1999 Nr. 70).

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe den Architekten darauf angesprochen, dass (nach erfolgter Offertöffnung) ein Missbrauchsrisiko bestehe, woraufhin dieser mitgeteilt habe, man würde die Nachtragsofferten selbstverständlich kritisch prüfen und einen Anbieter, der durch ein Unterangebot die ursprüngliche Basisofferte nachzubessern versuche, ausschliessen. Die Beschwerdeführerin verlangt den Ausschluss der Mitbeteiligten, weil sie die Nachtragsofferte dazu missbraucht habe, ein verdecktes Abgebot zu machen. Sie ist der Auffassung, dass die Nachtragsofferten nur auf der Basis

der ursprünglichen Kostengrundlage hätten beruhen dürfen, etwa analog Art. 89 Abs. 2 der SIA-Norm 118 Ausgabe 1977/1991. Der Beschwerdegegner macht demgegenüber geltend, es habe sich um neue Positionen gehandelt, und die Anbieterinnen seien daher im Angebot völlig frei und nicht gehalten gewesen, sie auf der Grundlage der ähnlichsten Position in der ursprünglichen Offerte zu kalkulieren und zu offerieren beziehungsweise im gleichen Umfang einen Gewinn zu beabsichtigen. Wenn die Anbieterinnen nicht anders als in der Basisofferte hätten kalkulieren dürfen, hätte man gar keine Nachtragsofferten einholen müssen. Sämtliche Einheitspreise der Basisofferte seien unverändert geblieben.

E. 3.3

Art. 11 lit. c IVöB und § 31 SubmV verbieten Abgebotsrunden beziehungsweise Verhandlungen zwischen der Vergabestelle und den Anbietenden über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts in diesem Zusammenhang. Nach Ablauf des Eingabetermins darf die Offerte aufgrund des Gleichbehandlungsgebots auch mit Zustimmung der Vergabebehörde nicht abgeändert werden (Galli et al., N. 445 mit Hinweis). Wird etwa im Rahmen der Offertbereinigung ein Preisnachlass gewährt, liegt eine verbotene Abgebotsrunde vor (Galli et al., N. 454). Im Gegensatz hierzu ist eine bloss technische Bereinigung der Angebote zulässig (ABl 1997, 33 + 898). Zu Recht weist der Beschwerdegegner darauf hin, dass bei einer zulässigen Änderung des Leistungsverzeichnisses auch die Angebote angepasst werden dürfen. Wenn die Offertöffnung allerdings bereits stattgefunden hat und den Anbietenden Einsicht ins Offertöffnungsprotokoll gewährt wurde beziehungsweise ihnen wie vorliegend bereits Auskunft hierüber erteilt wurde, kann es für die Konkurrenten naheliegen, im Rahmen dieser Anpassung einen Preisnachlass zu gewähren (vgl. Galli et al., N. 454), was einem Abgebot gleichkommt. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass im Konkordatsbereich nur eine begründete Anpassung möglich sein dürfe und ein über den schlichten Nachvollzug hinausgehender Rabatt nicht mehr zulässig sei (Alexis Leuthold, Verhandlungen und der neue "Dialog", Spielräume bei Bund und den Kantonen, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, N. 46). Zufolge Änderung des Leistungsbeschribs einzureichende neue Angebote dürften sich nicht wesentlich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken und eine aufwendigere Leistung dürfe nicht bei gleich bleibendem Preis angeboten werden; vielmehr müsse der angebotene Preis zwingend an die neu angebotene Mehrleistung angepasst werden (Alexis Leuthold, Offertverhandlungen im öffentlichen Vergabeverfahren, Zürich etc. 2009, N. 404; Alexis Leuthold, Angebotsänderungen im laufenden Vergabeverfahren, BR 2009, S. 108 ff., 110; ähnlich VPB 67.108 E. 4b; Martin Beyeler, Anmerkungen zum Entscheid B 2005/176 des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 16. Dezember 2012, BR 2007, S. 85 f., 86). Andererseits wird darauf hingewiesen, dass den Anbietenden bei ihrer ersten Offerte die interne Kalkulationsfreiheit zustand, weshalb sie im Zug der teilweisen Änderung des Leistungsbeschribs die Möglichkeit erhalten müssten, auch alle anderen Anbieterparameter und damit auch die Preise der nicht geänderten Positionen anzupassen (Hubert Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, BR 2002, S. 3 ff., 10; Leuthold, Verhandlungen, N. 46). Wird wie hier ein neuer (zweiter) Eingabetermin festgelegt beziehungsweise den Anbieterinnen eine Anpassung der Offerte ermöglicht, könnte dies im Ergebnis allenfalls zu einer verpönten Abgebotsrunde führen (vgl. BGr, 11. Juni 2003, 2P.282/2002, E. 4.2, sinngemäss auch zum Folgenden). Aufgrund der Grösse der Positionen und der besonderen Umstände der Projektänderung wäre jedoch vorliegend eine (teilweise) Streichung (und

Neuausschreibung) kaum vertretbar erschienen. In einer solchen Situation erscheint eine Anpassung unter Wahrung des Preis-Leistungs-Verhältnisses als zulässig.

E. 3.4

Zu prüfen ist somit, ob das Preis-Leistungs-Verhältnis durch die Nachtragsofferte der Mitbeteiligten verändert wurde. Hatten die Anbieterinnen für die ursprüngliche Fassade zunächst Fr. 379'498.35 (Beschwerdeführerin), Fr. 337'297.65 (Dritte) und Fr. 538'599.20 (Mitbeteiligte) verlangt, lauteten die neuen Offerten auf Fr. 632'786.80 (Beschwerdeführerin), Fr. 614'848.90 (Dritte) und Fr. 500'272.15 (Mitbeteiligte). Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die neu vorgesehenen Bleche in der Herstellung und der Montage wesentlich teurer als die ursprünglich vorgesehenen seien und auch die Mehrzahl an Türen und Fenstern zu einer Preiserhöhung führten. Sie gehe davon aus, die Mitbeteiligte habe die Arbeiten um rund 20 % unter den Selbstkosten offeriert; sie schliesse aus, dass die Selbstkosten unter Fr. 600'000.- lägen. Hätte die Mitbeteiligte die geänderte Fassade bei der Technikzentrale auf der Grundlage ihres ursprünglichen Angebots offeriert, so hätte die Nachtragsofferte auf rund Fr. 800'000.- lauten müssen, nämlich ursprüngliche Fr. 538'599.20 plus ein Mehrpreis von rund Fr. 260'000.-. Die Mitbeteiligte bringt demgegenüber vor, Grund der Preisdifferenz sei wohl, dass die Zusatzleistungen sehr viele und komplizierte Abkantarbeiten umfassten und sie über eine eigene Abkanterei verfüge, wohingegen die Beschwerdeführerin geltend macht, dass die Abkanterei jedenfalls nicht in diesem Ausmass einen Wettbewerbsvorteil verschaffen kann. Es erscheint in der Tat zweifelhaft, ob das Nachtragsangebot der Mitbeteiligten das bisherige Preis-Leistungs-Verhältnis wahrte. Dass ihr Nachtragsangebot im Gegensatz zu den beiden anderen Nachtragsangeboten günstiger war als das ursprüngliche Gebot, stellt einen diesbezüglichen Anhaltspunkt dar. Die geänderten Positionen erweisen sich jedoch gesamthaft als nicht vergleichbar mit der ursprünglichen Offerte, sodass eine Änderung des Preis-Leistungs-Verhältnisses nicht rechtsgenügend nachgewiesen ist.

E. 4

Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zur Bezahlung einer solchen an den Beschwerdegegner zu verpflichten. Bei der Bemessung der Entschädigung ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner mit der Beschwerdeantwort lediglich die von ihm ohnehin geschuldete Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat. Als angemessen erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zuzüglich 8 % MwSt.

E. 5

Da der geschätzte Wert des Auftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG zulässig (Art. 83 lit. f BGG).

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