

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00724 vom 16. Januar 2013**

ZH Verwaltungsgericht, 2013-01-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2012.00724](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00724)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00724 du 16 janvier 2013

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00724 del 16 gennaio 2013

## **Regeste**

Submission | Ausschluss vom Verfahren. Die Beschwerdegegnerin hat ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten, wenn sie die Abweichungen der Beschwerdeführerin von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses als wesentlichen Mangel im Sinn von § 28 lit. h SubmV qualifizierte (E. 4.1). Sie war auch nicht verpflichtet, nach Erhalt der Offerten bei der Beschwerdeführerin bezüglich der Beschränkung der Anzahl auszuscheidenden Flächen und bezüglich des Pauschalpreises Rückfragen vorzunehmen (E. 4.2). 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 (IVöB-BeitrittsG) 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**

Gemäss Präsidialverfügung vom 7. Dezember 2012 wurde die aufschiebende Wirkung bezüglich der Vergabe an den Anbietenden gewährt, welcher gemäss Auswertungstabelle vom 25. Oktober 2012 auf dem letzten zuschlagsberechtigten Platz liegt. Gegenüber diesem Anbieter hat die Beschwerdeführerin ein betragsmässig tieferes Angebot eingereicht. Ihre Beschwerde richtet sich gegen den Ausschluss ihres Angebots vom Verfahren. Sind ihre Rügen begründet, hätte sie jedenfalls eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist zu bejahen.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdegegnerin begründet den Ausschluss vom Verfahren mit einer Verletzung von wesentlichen Formerfordernissen durch die Beschwerdeführerin. Diese habe das Leistungsverzeichnis in den Positionen 1 bis 3 abgeändert. Bei der Position 2 in der Spalte "Leistung" habe sie den Text "Ausscheiden von bis zu 5 Teilflächen" durch "Ausscheiden von bis zu 3 Teilflächen" ersetzt. Für die Position 3 sei in der Spalte "Leistung" keine Beschränkung auf die Anzahl der auszuschneidenden Teilflächen vorgegeben gewesen. Die Beschwerdeführerin habe hier eine Beschränkung mit der Ergänzung "Ausscheiden von bis zu 3 Teilflächen" eingefügt. In der Spalte "Aufwand" seien die Positionen 1 bis 3 verändert worden. Anstelle der Fussnote: "\*Pro Untersuchungsperimeter inkl. sämtlicher Nebenkosten (inkl. Fahrkosten und Verpflegung). Sind bei Positionen 1 und 2 ausnahmsweise mehr als 3 bzw. 5 Teilflächen erforderlich, werden sie mit 15 % des jeweiligen Pauschalbetrags entschädigt. Die offerierten Preise sind bis zum Abschluss der Arbeiten fest", habe die Beschwerdeführerin "pauschal/Fläche, inkl. Fahrkosten & Verpflegung" eingefügt. Die Änderungen hätten zur Folge, dass in den Fällen, in welchen mehr als 3 bzw. 5 Teilflächen ausgeschieden werden müssen, nicht klar sei, wie dieser Mehraufwand entschädigt werde. Um Nachverhandlungen zu vermeiden, habe die Beschwerdegegnerin eine Pauschale verlangt. Ergänzend führt die Beschwerdegegnerin an, die Gültigkeit des Angebots der Beschwerdeführerin habe nur 60 Tage betragen und nicht wie in der Ausschreibung verlangt drei Monate. Die verlangte Gültigkeit der Offerten von drei Monaten lasse sich auf den Umstand zurückführen, dass aus arbeitstechnischen Gründen mit der Auftragserteilung für einige Lose noch zugewartet werden müsse, weshalb die Dauer der Gültigkeit der Offerte von Belang gewesen sei.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, infolge Unklarheit der den Submissionsunterlagen beiliegenden Tabelle 1 hätten sie versucht, in der Spalte "Aufwand" die vom Auftraggeber mit Fussnote erfolgten Bemerkungen einfließen zu lassen. Der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen, bei der Beschwerdeführerin nachzufragen, ob sie die Pauschale für die zu offerierende Fläche tatsächlich auch so verstanden habe. Schliesslich habe die Vergabestelle mit zwei anderen Anbietern, deren Angebot in je einer Position sehr niedrig war, am 24. Oktober 2012 Telefongespräche geführt. Eine Nachfrage bei der Beschwerdeführerin hätte ergeben, dass es sich bei den Änderungen in den Positionen 1–3 um Tippfehler handle und mit "Fläche" ein Untersuchungsperimeter gemeint gewesen sei. Die Begründung, weshalb die Beschwerdegegnerin eine Gültigkeit der Offerten von drei Monaten verlangt habe, akzeptiere sie.

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei den Abänderungen in der Spalte "Leistung" handle es sich um Tippfehler und als solche hätten diese gemäss § 29 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) berichtigt werden müssen. Nach § 29 Abs. 2 SubmV werden offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler berichtigt. Die Beschwerdeführerin hat sowohl die Position 2 als auch die Position 3 der Spalte "Leistung" abgeändert. Da auch die Position 3, für welche die Ausschreibungsunterlagen keine Beschränkung vorsah, um eine Einschränkung ergänzt worden ist, kann nicht von einem offensichtlichen Schreibfehler ausgegangen werden. Die Beschwerdegegnerin nahm zu Recht keine Berichtigung vor.

### **E. 4.2**

Zu prüfen ist, ob sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin aufgrund der Tatsache, dass sie das Leistungsverzeichnis abgeändert hat, als zulässig erweist.

#### **E. 4.2.1**

Gemäss § 28 lit. h SubmV 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. 4.2.2**

Die Beschwerdeführerin führt zu der Abänderung der Spalte "Aufwand" aus, infolge Unklarheit der Tabelle habe sie die Fussnote präzisiert. "Perimeter" bedeute "Umfang" und "Untersuchungsperimeter" würde somit "Untersuchungsumfang" bedeuten. Die Beschwerdegegnerin habe damit jedoch eine einzelne Untersuchungsfläche gemeint; dies habe die Beschwerdeführerin in der Spalte übersetzt. Eine Nachfrage bei der Beschwerdeführerin hätte ergeben, dass mit "Fläche" ein Untersuchungsperimeter gemeint gewesen sei. Die Beschwerdeführerin legt nicht substantziell dar, inwiefern die Ausschreibungsunterlagen unklar gewesen sein sollen. Eine Unklarheit in diesem Punkt ist denn auch nicht ersichtlich. Die Beschwerdegegnerin gab den Anbietern die Möglichkeit, bis zum 10. Oktober 2012 schriftlich Fragen zur Ausschreibung zu stellen. Von dieser Möglichkeit haben andere Anbieter Gebrauch gemacht, nicht jedoch die Beschwerdeführerin. Der Vorwurf der in diesem Punkt unklaren Submissionsunterlagen verfängt nicht. Nicht nachvollziehbar ist zudem die Aussage der Beschwerdeführerin, sie habe mit "Fläche" einen Untersuchungsperimeter gemeint. In diesem Fall hätte sie die Unterlagen nicht abändern müssen. Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe die Bedingung der Vergütung für zusätzliche Teilflächen akzeptiert, indem sie dies nicht erwähnt habe. Durch das Nichterwähnen hat die Beschwerdeführerin die Vergütung gemäss Ausschreibung jedoch keineswegs akzeptiert. Im Gegenteil musste die Beschwerdegegnerin davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin mit der vorgesehenen Vergütung des Mehraufwands nicht einverstanden ist. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend ausführte, hatte diese Veränderung zur Folge, dass in Fällen mit Mehraufwand nicht klar wäre, wie dieser Mehraufwand entschädigt würde. Dadurch hat die Beschwerdeführerin das Kostenrisiko, falls mehr als 3 bzw. 5 Teilflächen erforderlich wären, unzulässigerweise auf die Beschwerdegegnerin überwält. Die Angebote sind auch aus diesem Grund nicht vergleichbar.

#### **E. 4.2.3**

Die Beschwerdegegnerin hat ihren Beurteilungsspielraum somit nicht überschritten, wenn sie die Abweichung der Beschwerdeführerin von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses als wesentlichen Mangel im Sinn von § 28 lit. h SubmV

qualifizierte. Durch die vorgenommenen Änderungen sind die Angebote nicht mehr vergleichbar. Die eigenmächtige Änderung des Angebotstextes durch die Beschwerdeführerin war unzulässig und stellte eine Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift dar. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin ist somit grundsätzlich zu Recht erfolgt (RB 2006 Nr. 46 E. 3.2; Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 283).

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin macht allerdings geltend, die Beschwerdegegnerin sei verpflichtet gewesen, nach Erhalt der Offerte bei der Beschwerdeführerin nachzufragen, ob sie die Pauschale für die zu offerierende Fläche tatsächlich auch so verstanden habe. Schliesslich habe die Beschwerdegegnerin bei zwei anderen Anbietern telefonisch nachgefragt.

##### **E. 4.3.1**

Die Vergabestelle kann, wenn nach Eingang der Angebote Unklarheiten über deren Inhalt bestehen, von den Anbietenden zusätzliche Erläuterungen verlangen (§ 30 Abs. 1 SubmV). Diese Erläuterungen dürfen jedoch nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Angebots nachträglich zu ändern. Unklarheiten in der Offertstellung könnten sonst dazu missbraucht werden, bestimmte Leistungsinhalte absichtlich offenzulassen, um das Angebot nachträglich, in Kenntnis der Konkurrenzofferten, anzupassen. Aus diesem Grund kommt eine nachträgliche Präzisierung eines Angebots nur infrage, wenn es sich um untergeordnete Nebenpunkte handelt oder ein Missbrauch aufgrund der Umstände nicht denkbar ist (RB 2000 Nr. 69 = BEZ 2000 Nr. 25; VGr, 13. April 2000, VB.1999.00348 E. 5c/bb; 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.6; Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 446 ff.). Die Beschwerdeführerin hat zum einen bei den Positionen 2 und 3 in der Spalte "Leistung" eine unzulässige Beschränkung vorgenommen und zum anderen die Positionen 1–3 der Spalte "Aufwand" verändert und damit das Leistungsverzeichnis abgeändert. Dabei handelt es sich um einen wesentlichen Mangel im Sinn von § 28 lit. h SubmV und nicht um einen Mangel in einem untergeordneten Nebenpunkt. Zudem beständen im vorliegenden Fall Missbrauchsmöglichkeiten, wenn die Beschwerdeführerin ihre Offerte in Kenntnis der Konkurrenzofferten anpassen könnte.

##### **E. 4.3.2**

Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin mit zwei anderen Anbietern, deren Angebot in je einer Position sehr niedrig war, Telefongespräche geführt habe. Gemäss § 32 SubmV kann die Vergabestelle, wenn sie ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere Angebote, bei der Anbieterin oder beim Anbieter Erkundigungen einziehen, um sich zu vergewissern, dass diese oder dieser die Teilnahmebedingungen einhält und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. Der Vergabestelle steht mit Bezug auf die Notwendigkeit und das Ausmass von Erkundigungen nach § 32 SubmV ein weites Ermessen zu (VGr, 27. August 2003, VB.2002.00384 = RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48). Die Beschwerdeführerin hat für die Position 3 das tiefste Pauschalangebot abgegeben. Hingegen hat sie in dieser Position eine Beschränkung vermerkt, welche in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen war; zudem nahm sie Änderungen in der Spalte "Aufwand" vor. Wie bereits ausgeführt, war ihr Angebot dadurch mit den anderen Angeboten nicht vergleichbar, weshalb die Vergabebehörde gestützt auf § 32 SubmV keine Erkundigungen einzuholen brauchte.

##### **E. 4.3.3**

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin damit in zulässiger Weise ausgeschlossen, ohne vorgängig Erläuterungen verlangen oder Erkundigungen einholen zu müssen.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin rügte in ihrer Beschwerde vom 5. November 2012, die Beschwerdegegnerin habe sie nicht darauf aufmerksam gemacht, dass die Gültigkeit der Offerte drei Monate und nicht 60 Tage betrage. Mit der Replik vom 3. Dezember 2012 akzeptierte sie jedoch die Begründung der Beschwerdegegnerin, weshalb eine Gültigkeit von drei Monaten von Belang sei. Ob bereits dieser Punkt für sich alleine zum Ausschluss der Beschwerdeführerin ausgereicht hätte, kann offengelassen werden. Denn nach dem Gesagten war der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren gerechtfertigt. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 5**

Entsprechend dem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 6**

Da der geschätzte Wert der zu vergebenden Dienstleistungen den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. b 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. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f BGG) .

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