

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00615 vom 30. Januar 2014

ZH Verwaltungsgericht, 2014-01-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2013.00615](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2013.00615)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00615 du 30 janvier 2014

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00615 del 30 gennaio 2014

## Regeste

Submission | Vergabe von Baudienstleistungen: Schadenersatz; Ausschluss eines Anbieters Schadenersatzbegehren sind nicht im Rahmen einer Submissionsbeschwerde, sondern in einem separaten Verfahren zu stellen (E. 2). Die Beschwerdeführerin legte ihrer Offerte eine andere Bausumme zugrunde als in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben worden ist. Zudem reichte sie ein Pauschalangebot ein, obwohl eine Honorierung aufgrund der effektiven Baukosten verlangt worden ist. Dadurch änderte sie die Ausschreibungsunterlagen, weshalb die Vergabebehörde die Beschwerdeführerin zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen hat (E. 3.3 und 3.4). Abweisung, soweit auf die Beschwerde eingetreten wird.

## 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

Der Ausschluss eines Anbieters aus dem Verfahren ist laut Art. 15 Abs. 1 bis lit. d IVöB eine selbständig anfechtbare Verfügung. Erweist sich das Rechtsmittel gegen einen Vergabeentscheid als begründet, so hebt die Beschwerdeinstanz, sofern der Vertrag über den strittigen Auftrag noch nicht geschlossen ist, den angefochtenen Entscheid auf und entscheidet in der Sache neu oder weist diese an die Vergabeinstanz zurück; ist der Vertrag jedoch bereits abgeschlossen, bleibt der Beschwerdeinstanz bei Gutheissung der Beschwerde nur die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen (Art. 18 Abs. 1 und 2 IVöB). Gestützt auf das Feststellungsurteil kann die obsiegende Beschwerdeführerin anschliessend von der Vergabebehörde Schadenersatz nach Massgabe von § 3 IVöB-BeitrittsG verlangen. Dieses Begehren ist nicht im Rahmen der Beschwerde gegen den Vergabeentscheid, sondern in einem separaten Verfahren zu stellen (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 3 = BEZ 2000 Nr. 25; 24. März 1999, VB.98.00372, E. 2a = BEZ 1999 Nr. 13; vgl. für das Bundesrecht: Art. 34 und 35 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB]). Im Kanton Zürich richtet sich dieses Verfahren nach dem Gesetz über die Haftung des

Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten vom 14. September 1969 (HaftungsG; vgl. Robert Wolf, Neues Submissionsrecht für Kantone und Gemeinden, PBG aktuell 1/1996, S. 5 ff., 16); die einschlägigen Bestimmungen dieses Gesetzes begründen keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob der Vertrag bereits abgeschlossen worden ist. Dies ist vorliegend aber nicht entscheidend, weil das Beschwerdebegehren nicht auf die Aufhebung des Zuschlags zielt. Die Beschwerdeführerin will lediglich den ihr entstandenen Schaden ersetzt haben, wofür die Feststellung einer allfälligen Widerrechtlichkeit der Vergabe Voraussetzung ist. Die Beschwerde ist deshalb sinngemäss dahin gehend zu verstehen, dass vor Verwaltungsgericht die Beurteilung der Rechtmässigkeit des Ausschlusses bzw. des Zuschlags an die Mitbeteiligte angefochten wird. Hierfür ist die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gegeben und auf die Beschwerde insoweit einzutreten. Auf das Schadenersatzbegehren ist demgegenüber nicht einzutreten.

### **E. 3.1**

Nach Eingang ihrer Offerte wurde die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 12. Juli 2013 um Erläuterung ihres ungewöhnlich tiefen Angebots ersucht. Mit Antwortschreiben vom 15. Juli 2013 äusserte die Beschwerdeführerin ihr Bedauern, durch ihr Angebot wirtschaftlich nicht das Maximum aus dem Verfahren herausgeholt zu haben, sie würden aber natürlich zu ihrem Angebot von pauschal Fr. 646'486.- inkl. allen Leistungen gemäss Ausschreibung exkl. MwSt und exkl. Plankopien stehen. Zu den Baukosten führte die Beschwerdeführerin aus, sie glaube, die honorarberechtigten Bausummen könnten für die beschriebenen Arbeiten um einen tiefen zweistelligen Prozentsatz billiger abgerechnet werden; dies hätten sie bei ihren Berechnungen berücksichtigt.

### **E. 3.2**

In der Folge schloss die Beschwerdegegnerin das Angebot der Beschwerdeführerin aus. Zur ergänzenden Begründung wurde im Beschwerdeverfahren ausgeführt, die Beschwerdegegnerin habe mit dem Konzept der Ausschreibung Angebote verlangt, die gestützt auf die entsprechenden SIA-Ordnungen 102 und 103 aufgrund der Bausumme zu honorieren seien. Die Beschwerdeführerin habe ihr Angebot im Mai 2013 entsprechend berechnet und keinen Vorbehalt zu dieser Honorierung gemacht. Wenn sie nun im Schreiben vom 15. Juli 2013 plötzlich von einem Pauschalangebot von Fr. 646'486.- spreche, habe die Beschwerdeführerin das Angebot nachträglich abgeändert und sei sie zudem von den unmissverständlichen Vorgaben der Vergabestelle abgewichen, die ein Honorar gestützt auf die vorgegebenen Baukosten verlangt hätten. Damit werde die Vergleichbarkeit der Angebote verhindert.

### **E. 3.3**

Gemäss § 28 lit. h SubmV sind Anbietende von der Teilnahme auszuschliessen, wenn wesentliche Formerfordernisse verletzt werden, etwa durch Änderung der Ausschreibungsunterlagen.

#### **E. 3.3.1**

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen war in den Vorgaben zur Honorarberechnung beim Korrekturfaktor r auf den jeweiligen Artikel der entsprechenden SIA-Norm verwiesen. Gemäss Art. 7.10 SIA 102 (2003) beträgt die Bandbreite des Korrekturfaktors r für die Honorarberechnung Architekt 0,8 bis 1,2, diejenige für den Bauingenieur gemäss Art. 7.8 SIA 103 (2003) zwischen 0,75 und 1,25. Die Vergabebehörde setzte in den

Ausschreibungsunterlagen beim Korrekturfaktor  $r$  den Faktor 1 ein; diese Vorgaben durften jedoch angepasst werden. Ferner legten die Ausschreibungsunterlagen die Bausumme fest, welche für die Berechnung des Honorars im Angebot massgeblich sein sollten. Aus der Offerte der Beschwerdeführerin ist ersichtlich, dass sie für die Honorarberechnung für Architekturleistungen beim Korrekturfaktor  $r$  den Wert 0,385 einsetzte und bei den Bauingenieuren mit einem Korrekturfaktor  $r=0,45$  bzw.  $r=0,5$  gerechnet hatte. Gemäss den Erklärungen der Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 15. Juli 2013 kam sie zu diesem tiefen Korrekturfaktor  $r$ , weil sie ihrer Berechnung tiefere Baukosten zugrunde gelegt hatte. Mit einer solchen Anpassung des Korrekturfaktors  $r$  auf den Wert 0,385 wich die Beschwerdeführerin übermässig vom Rahmen gemäss SIA-Norm 102 ab. Damit legte sie ihrer Offerte faktisch eine tiefere Bausumme zugrunde als in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben. Dieses Vorgehen ist als eine unzulässige Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen zu qualifizieren. Der Einwand der Beschwerdeführerin, auch das zweitplatzierte Team habe mit einem ungenügenden Korrekturfaktor  $r$  gerechnet, ist im Übrigen aktenwidrig. Gemäss dessen Offerte wurde jeweils mit einem Korrekturfaktor  $r$  zwischen 0,85 und 1,1 gerechnet; dies liegt innerhalb der in den SIA-Normen aufgeführten Bandbreiten von 0,75–1,25 bzw. 0,8–1,2.

### **E. 3.3.2**

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich sodann, dass die Honorarberechnungen des Architekten mit Generalplanerfunktion und des Baumanagements gemäss den einschlägigen SIA-Bestimmungen zu erfolgen hatte. Nach Art. 7.5 SIA-Norm 102 dieses Reglements sind die wirklichen Kosten des ausgeführten Bauwerks in der Regel gemäss Bauabrechnung, nach Abzug der vertraglich vereinbarten Rabatte, aufwandbestimmend. Für die Honorarberechnungen der Bauingenieure ist SIA 103 (2003) massgebend. Gemäss Art. 7.5 dieses Reglements umfassen die aufwandbestimmende Baukosten sämtliche finanzielle Aufwendungen für die vom Ingenieur bearbeiteten Installationen und Anlagen. Angesichts der Angaben in den Ausschreibungsunterlagen bestand kein Grund zur Annahme, es werde ein Pauschalangebot zugelassen. Die Bausumme war offensichtlich zur Vergleichbarkeit der Angebote und nicht als feststehender Betrag für den nachmaligen Vertragsschluss vorgegeben worden.

### **E. 3.4**

Indem die Beschwerdeführerin zum einen ihr Angebot als Pauschalangebot bezeichnet und zum andern die vom Bauherrn vorgegebene Bausumme faktisch reduziert hat, wich sie in zweifacher Hinsicht von den Ausschreibungsunterlagen ab bzw. hat sie diese massgeblich abgeändert. Der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin erweist sich somit als vertretbar und jedenfalls nicht rechtsverletzend. Folglich kann offenbleiben, ob mit dem kalkulierten Honorar der Beschwerdeführerin die verlangten Leistungen (vertragsgemäss und sorgfältig) hätten erbracht werden können bzw. ob die Eignungskriterien (namentlich Kapazität und Teamzusammensetzung) zu Recht als nicht gegeben erachtet werden konnten. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

### **E. 4**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959, VRG). Eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu.

Diese ist zudem zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu berücksichtigen ist, dass dieser mit der Beschwerdeantwort weitgehend nur die ihm obliegende Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat. Als angemessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-.

#### **E. 5**

Der mutmassliche Wert der zu vergebenden Dienstleistung erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015). Gegen den vorliegenden Entscheid ist daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f BGG). Andernfalls steht gegen den Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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