

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00240 vom 4. Juli 2014**

ZH Verwaltungsgericht, 2014-07-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2014.00240](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00240)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00240 du 4 juillet 2014

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00240 del 4 luglio 2014

## **Regeste**

Submission | Erläuterungen eines Anbieters, welche auf Anfrage der Vergabebehörde nachträglich ergehen, dürfen gerade nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Angebots nach Offertöffnung 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 in Frage, wenn es sich um untergeordnete Nebenpunkte handelt oder ein Missbrauch aufgrund der Umstände nicht denkbar ist (E. 3.2.1). 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 = ZBl 100/1999, S. 372). 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) 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]). Strittig ist die Berücksichtigung des Angebots der Mitbeteiligten. Diese hatte in Anhang 5 der Offerte ausgeführt, dass ihr Angebot nur bei Einhaltung verschiedener Parameter betreffend die Zusammensetzung des infrage stehenden Metallhydroxidschlammes gelte. Auf Nachfragen der Stadt Zürich liess sie diese Vorbehalte fallen. Erweist sich dieses Vorgehen als unzulässig, so liegt ein Nachrücken der zweitplazierten Beschwerdeführerin nahe. Sie hat demnach eine realistische Chance auf den Zuschlag. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 3.1**

Gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG (bisher § 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]) werden Anbietende von der Teilnahme unter anderem

ausgeschlossen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse missachtet 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; ein überspitzter Formalismus ist 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, 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.1; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 101/2000, S. 225 ff., 235). Gegenüber Offerten mit Vorbehalten ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine strenge Haltung am Platz (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 470).

### **E. 3.1.1**

Die Mitbeteiligte hat ihr Angebot mit Vorbehalten hinsichtlich der Zusammensetzung des infrage stehenden Metallhydroxidschlammes eingereicht. Sie hielt explizit fest, dass ihr Angebot nur gelte, wenn die von ihr aufgezählten Parameter zur stofflichen Zusammensetzung eingehalten würden. Die Beschwerdegegnerin konnte im Zeitpunkt des Vergabeverfahrens keine genaueren Angaben zur stofflichen Zusammensetzung der Rauchgasreinigungsrückstände machen. Folglich konnte sie die expliziten Vorbehalte bzw. Einschränkungen im Angebot der Mitbeteiligten nicht akzeptieren. Sie teilte der Mitbeteiligten denn auch telefonisch mit, dass sie diese Vorbehalte als unbeachtlich betrachte, worauf die Mitbeteiligte bestätigte, dass ihr Angebot vorbehaltlos gelte.

### **E. 3.1.2**

Mit den einschränkenden Angaben zur Geltung ihres Angebots hat die Mitbeteiligte die Ausschreibungsbedingungen in unzulässiger Weise geändert: Mit der limitierten Geltung des Angebots wird das Kostenrisiko für den Fall, dass die Rückstände eine andere Zusammensetzung aufweisen sollten, auf die Beschwerdegegnerin überwältigt (vgl. VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.4). Wie auch das Vorgehen der Beschwerdegegnerin zeigt, betrafen die angebrachten Vorbehalte zur Stoffzusammensetzung sodann einen wesentlichen Punkt; sonst hätte kein Anlass dafür bestanden, bei der Mitbeteiligten einen Rückzug des Vorbehalts zu erwirken. Anders wäre die Sachlage gegebenenfalls zu beurteilen, wenn den Vertretern der Beschwerdegegnerin damals bekannt gewesen wäre, dass sich die Zusammensetzung der Rückstände im Rahmen der Vorbehalte der Mitbeteiligten bewegen würde. Gerade dies traf aber nicht zu. Im Gespräch vom 21. Februar 2014 war vonseiten der Beschwerdegegnerin vielmehr ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die stoffliche Zusammensetzung des Metallhydroxidschlammes noch nicht bekannt sei. Auch die neuen Vorbringen der Beschwerdegegnerin in der Duplik vermögen nicht aufzuzeigen, dass die Vorbehalte im Angebot der Mitbeteiligten zur stofflichen Zusammensetzung ohne relevante Bedeutung gewesen wären. Richtigerweise hätte die ursprüngliche Offerte der Mitbeteiligten, weil nicht der Ausschreibung entsprechend, ausgeschlossen werden müssen (vgl. VGr, 9. Juli 2003, VB.2003.00024, E. 3c; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.3).

### **E. 3.1.3**

Das ursprüngliche Angebot konnte somit nicht berücksichtigt werden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin liegt darin kein überspitzter Formalismus. Entsprechend bewertete die Beschwerdegegnerin das Angebot der Mitbeteiligten denn auch nur unter Ausserachtlassung der Vorbehalte.

### **E. 3.2**

Gemäss § 24 Abs. 4 SubmV dürfen die Angebote nach Ablauf der Frist nicht mehr geändert werden. Nachträgliche Ergänzungen sind nur im engen Rahmen von Berichtigungen und Erläuterungen nach den §§ 29 Abs. 1 und 30 SubmV zulässig.

#### **E. 3.2.1**

Die Mitbeteiligte hatte die eingeschränkte Geltung ihres Angebots klar formuliert. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin bestand deshalb kein Grund zur klärenden Nachfrage im Sinn von § 30 SubmV. Es bestand hier keine Unklarheit über den Inhalt des Angebots. Der Zweck der Nachfrage durch die Beschwerdegegnerin bestand offensichtlich einzig darin, die Mitbeteiligte zum Rückzug ihrer Vorbehalte – und damit im Ergebnis zu einer Änderung des Leistungsinhalts – zu bewegen. Erläuterungen eines Anbieters, welche auf Anfrage der Vergabebehörde nachträglich ergehen, dürfen jedoch gerade nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Angebots nach Offertöffnung 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; 9. Juli 2003, VB.2003.00024, E. 3b; 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.6; Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 710 ff.). Erläuterungen müssen sich auf die Interpretation des bereits vorliegenden Angebots beschränken und dürfen nicht zu nachträglichen Änderungen des Leistungsinhalts führen (VGr, 22. März 2006, VB.2005.543, E. 2.2; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.2).

#### **E. 3.2.2**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin liegt hier keine zulässige Offertbereinigung vor. Vielmehr wurde der Leistungsinhalt verändert. Zu den gemäss ihrem Angebot offerierten Preisen bietet die Mitbeteiligte ihre Dienste nun nicht mehr bloss bezogen auf Metallhydroxidschlamm mit bestimmter Zusammensetzung, sondern für sämtliche anfallenden Rauchgasrückstände (Metallhydroxidschlamm) an. Damit wurde das Preis-Leistungs-Verhältnis nachträglich zugunsten der Beschwerdegegnerin verbessert. Die Streichung des Vorbehalts bedeutet damit eine wesentliche Änderung der eingereichten Offerte und widerspricht dem Grundsatz der Unveränderlichkeit der Angebote. Folglich war es der Beschwerdegegnerin auch verwehrt, das abgeänderte Angebot der Mitbeteiligten zu berücksichtigen.

### **E. 3.3**

Indem der Zuschlag für Los 2 an die Mitbeteiligte erfolgte, liegt eine Rechtsverletzung, welche zur entsprechenden Aufhebung des Zuschlagsentscheids führt.

### **E. 4**

Das Angebot der Beschwerdeführerin liegt auf dem 2. Rang und rückt beim Ausschluss des Angebots der Mitbeteiligten auf Rang 1 vor. Es ist zu prüfen, ob das Angebot der

Beschwerdeführerin seinerseits vom Verfahren auszuschliessen gewesen wäre.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Offerte Kosten für Waaggebühren und für die Begleitscheinadministration aufgeführt. Gemäss Telefonnotiz der Beschwerdegegnerin entfallen die Waag- und Begleitscheingebühren, weil Wägung und Administration beim ERZ im Hagenholz erfolgen würden. Ob die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich eindeutig waren oder nicht, erweist sich als unwesentlich. Massgeblich ist, dass die entsprechenden Gebühren nach Darstellung der Beschwerdegegnerin wegfallen, weil sie selbst für die Wägung und Administration zuständig ist. Eine entsprechende Korrektur des Angebotspreises war demnach im Rahmen der Berichtigung ohne Weiteres zulässig. Es bestand kein Anlass für einen Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin.

#### **E. 4.2**

Das Angebot der Beschwerdeführerin rückt damit auf die erste Stelle nach; weitere Abklärungen sind nicht erforderlich. Vielmehr hat die Vergabe an die Beschwerdeführerin zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

#### **E. 5**

Mit der heutigen Aufhebung des Zuschlags an die Mitbeteiligte erübrigen sich weitere Ausführungen betreffend die aufschiebende Wirkung der Beschwerde.

#### **E. 6**

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und ist sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 VRG); angemessen sind Fr. 2'500.-.

#### **E. 7**

Der geschätzte Auftragswert übersteigt 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 [SR 172.056.12]). Gegen diesen 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 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.