

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00196 vom 4. Oktober 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-10-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00196

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00196 du 4 octobre 2018

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00196 del 4 ottobre 2018

Regeste

Submission | Ausschluss aus dem Verfahren: Gültigkeit des Angebots, fehlende Preisverbindlichkeit. Die Beschwerdeführerin verband den Offertpreis mit dem nicht weiter substantiierten Hinweis, es könnten Mehr- oder Minderkosten anfallen, sowie einer Aufzählung einzelner Montageleistungen, welche bauseits zu erbringen seien. Gründe, welche eine andere Bestimmung des Leistungsumfangs nahelegen oder allenfalls für einen entschuldbaren Irrtum seitens der Beschwerdeführerin sprechen würden, sind weder dargetan noch ersichtlich. Die von der Behörde nachgefragte Bestätigung ist die Beschwerdeführerin schuldig geblieben. Damit durfte die Behörde berechtigterweise davon ausgehen, das beschwerdeführerische Angebot weiche insofern in unzulässiger Weise von den Ausschreibungsvorgaben ab. Von seiner Tragweite her vermag dieser Mangel des Angebots bereits für sich allein dessen Ausschluss zu rechtfertigen. Hinzu kommt vorliegend der pauschale Vorbehalt bezüglich der unbestimmten Minder- oder Mehrkosten, welcher einen uneingeschränkten Spielraum für Nachverhandlungen bzw. Preismanipulationen eröffnet und mit den Prinzipien des Vergaberechts nicht vereinbar ist (E. 3.2). Die ausnahmsweise Zulassung eines Vorbehalts würde voraussetzen, dass der Vorbehalt im Angebot sich eindeutig auf einen schweren Mangel der Ausschreibung bezieht, was wiederum voraussetzt, dass der Konkretisierungsgrad des Vorbehalts demjenigen der Mängelrüge entspricht. Dies ist vorliegend nicht der Fall (E. 4.2).
Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 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 des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2.1

Die Beschwerdegegnerin macht vorab geltend, die Beschwerde erfülle die Anforderungen an einen rechtsgenügenden Antrag und entsprechender Begründung nicht. Die Beschwerdeführerin beantrage lediglich eine nochmalige Überprüfung der Ausschreibung. Ausdrückliche Anträge betreffend Aufhebung des Zuschlags, Aufhebung des Ausschlusses ihres Angebots und Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin lägen nicht vor.

E. 2.1.1

Beschwerden gegen vergaberechtliche Verfügungen sind innert zehn Tagen seit deren Eröffnung einzureichen und müssen einen Antrag und dessen Begründung enthalten (Art. 15 Abs. 2 IVöB; § 54 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Anträge sind grundsätzlich lediglich innerhalb der Beschwerdefrist möglich und bilden eine formelle Gültigkeitsvoraussetzung. Einzig in prozessualen Nebenpunkten können Anträge auch später noch nachgereicht werden. Bei juristischen Laien ist die Praxis bezüglich der Formulierung der Anträge nicht allzu streng. Es ist ausreichend, wenn aus dem Zusammenhang und unter Beizug der Begründung zumindest sinngemäss klar wird, was beantragt wird (Alain Griffel, in: ders., Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [Kommentar VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 23 N. 12 und 16 sowie § 54 N. 1).

E. 2.1.2

Vorliegend hat die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin innerhalb der 10-tägigen Beschwerdefrist gegen die Zuschlagsverfügung Beschwerde erhoben. Darin macht sie geltend, die angebliche Ungültigkeit ihres Angebots sei für sie nicht nachvollziehbar. Vielmehr sei davon auszugehen, dass ihr Angebot das wirtschaftlich günstigste sei. Sie beantrage daher, die "Ausschreibung" zu überprüfen, um sicherzustellen, dass "die Angebote der ausgeschriebenen Submission entsprechen, technisch realisierbar sind und somit gleiches mit gleichem verglichen wird." Gleichzeitig stellte sie ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Bereits in der Betreffzeile der Beschwerde wird ausdrücklich festgehalten, dass sich diese gegen das Submissionsergebnis richtet. Die weiteren Ausführungen und der gleichzeitig gestellte Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung lassen mit hinreichender Deutlichkeit darauf schliessen, dass die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Zuschlagsverfügung wie auch ihres Ausschlusses und die Erteilung des Zuschlags an sie erreichen will. Wegen fehlender bzw. verspäteter Anträge nicht auf die Beschwerde einzutreten, würde daher einem überspitzten Formalismus gleichkommen.

E. 2.2

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 VRG). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist anhand der Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14, E. 4.9). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin das betragsmässig tiefere der beiden Angebote eingereicht. Mit ihrer Beschwerde wehrt sie sich gegen den Ausschluss ihres Angebots. Erweisen sich ihre Rügen als begründet, hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Beschwerdelegitimation ist daher zu bejahen. Nachdem die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist somit auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG 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. 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 = ZBI 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, ZBI 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

Die Beschwerdegegnerin begründet den Ausschluss der Beschwerdeführerin damit, dass diese kein preisverbindliches Angebot eingereicht habe. Zwar beziffere sie ihre Leistungen im Angebot mit Fr. 39'790.70 (netto, inkl. MWST). Im Begleitschreiben zu diesem Angebot vom 2. Februar 2018 habe sie hierzu indes folgende Vorbehalte angebracht: " - Es wurde für die Ausschreibung keine Fachplanung gemacht. Somit ist mit Minder- oder Mehrkosten zu rechnen. - Unter- und Zwischenkonstruktionen für die Montage der festen Geräte sind nicht ausgeschrieben und somit bauseits zu erbringen. - Aussparungen oder Kernbohrungen für die Bodenhülsen sind nicht ausgeschrieben und somit bauseits zu erbringen. - Vergussmörtel für das fixieren der Bodenhülsen im Beton ist nicht ausgeschrieben und somit bauseits zu erbringen." Die Beschwerdegegnerin gelangte daraufhin mit E-Mail vom 15. März 2018 an die Beschwerdeführerin und verlangte eine ausdrückliche Bestätigung, dass sowohl die im angefügten Leistungsbeschrieb gelb markierten Positionen als auch die nachfolgend aufgeführten Punkte in die offerierten Einheitspreise eingerechnet worden seien, nämlich: " 1. Alle Normen für Sporthallen wurden berücksichtigt. 2. Befestigungen der Schaukelringe, Klettertaue und Parallelreck an Decken aus Holzelementen im Gefälle wurden eingerechnet. 3. Parallelreck-Spezial-Pfostenhöhe von max. 270 cm wurde eingerechnet. 4. Beim Einheitspreis für den Tanzspiegel wurde ein bruchsaicheres Glas eingerechnet und alle Normen werden eingehalten." Davon bestätigte die Beschwerdeführerin in ihrem Antwort-Mail vom 20. März 2018 einzig, dass beim Tanzspiegel das gewünschte Glas offeriert worden sei. Ansonsten verwies sie auf besagtes Begleitschreiben zur Offerte vom 2. Februar 2018 und hielt ergänzend fest: " - Im Weiteren sind Sicherheitsabstände und somit Normen zum Teil nicht eingehalten. Genaue Angaben finden sie in der BASP Norm 201, Sportanlagen Pos. 4.11. - Beim P-Reck ist die Nischenhöhe nicht gleich Reckpfostenhöhe. Der Reckpfosten geht 300 mm in die Bodenhülse. Wie gezeichnet ist das Reck unbrauchbar." Abschliessend bot sie der Vergabestelle sodann an, sie bei "diesem Auftrag mit einer Fachplanung" zu unterstützen.

E. 3.2

Die Angabe eines Offertpreises in Verbindung mit dem nicht weiter substantiierten Hinweis, es könnten Mehr- oder Minderkosten anfallen, sowie einer Aufzählung einzelner Montageleistungen, welche "bauseits zu erbringen" seien, erweckt berechtigte Zweifel an der Verbindlichkeit der offerierten Preise. In Bezug auf den Umfang der ausgeschriebenen Montageleistungen wirft insbesondere die Einschränkung Fragen auf, wonach Unter- und Zwischenkonstruktionen für die Montage der festen Geräte angeblich "nicht ausgeschrieben und somit bauseits zu erbringen" seien. In Position R 100.100 des Leistungsverzeichnisses

wurde ausdrücklich festgehalten, dass die vorhandene Deckenkonstruktion ein Gefälle aufweist, was für die Montage der festen Geräte eine Zwischenkonstruktion in Form einer sogenannten Ausgleichsschiftung erforderlich macht. Entsprechende Hinweise auf das Gefälle und die konkreten Raumhöhen finden sich sodann in Position R 111.001 (Reck), R 141.001 (Schaukelringe) und R. 151.001 (Klettertaue) des Leistungsverzeichnisses. All diese Hinweise wären nicht nötig, wenn der konstruktive Höhenausgleich gar nicht leistungsrelevant wäre, weil er, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, "bauseitig" zu erbringen ist. Für den Einbezug des Höhenausgleichs in die ausgeschriebenen Montageleistungen spricht sodann auch die Visualisierung des Leistungsumfangs in der Planbeilage "C Ausstattung Turnhalle Querschnitt 1-1, Plan-Nr. 280-S-537". Darin wurde neben den Sportgeräten auch deren Befestigung an der Decke samt der notwendigen Ausgleichs-Schiftung mittels farblicher Hervorhebung von der vorhandenen Bausubstanz abgesetzt. Dies gilt auch für den von der Beschwerdeführerin zur Stützung ihres Standpunkts eingereichten Plan "C-Ausstattung Turnhalle Längsschnitte, Plan-Nr. 280-S-539". Auch in dieser Darstellung wird das Deckengefälle ausdrücklich angegeben und mit vier Hinweispfeilen (auf die jeweils unterschiedlich hohen und ebenfalls rot markierten Anschlussstücke für Parallelreck, Ringe und Klettertau) sogar noch speziell hervorgehoben. Die Beschwerdeführerin hat daneben handschriftlich den Vermerk angebracht: "Gefällsschiftung nicht ausgeschrieben?". Nachdem sie diese Anmerkung selber mit einem Fragezeichen versehen hat, handelt es sich dabei nicht um eine begründete Erkenntnis, sondern lediglich um eine Unsicherheit, die zu klären die Beschwerdeführerin offenbar versäumt hat. Gründe, welche eine andere Bestimmung des Leistungsumfangs nahelegen oder allenfalls für einen entschuldbaren Irrtum seitens der Beschwerdeführerin sprechen würden, sind jedenfalls weder dargetan noch ersichtlich. Die von der Beschwerdegegnerin am 15. März 2018 nachgefragte Bestätigung, dass der Offertpreis die Deckenbefestigung von Schaukelringen, Klettertauen und Parallelreck "im Gefälle" umfasse, ist die Beschwerdeführerin schuldig geblieben. Damit durfte die Beschwerdegegnerin berechtigterweise davon ausgehen, das beschwerdeführerische Angebot weiche insofern in unzulässiger Weise von den Ausschreibungsvorgaben ab. Von seiner Tragweite her vermag dieser Mangel des Angebots bereits für sich allein dessen Ausschluss zu rechtfertigen. Hinzu kommt vorliegend noch der pauschale Vorbehalt, mangels vorgängiger "Fachplanung" sei mit unbestimmten Minder- oder Mehrkosten zu rechnen, welcher einen uneingeschränkten Spielraum für Nachverhandlungen bzw. Preismanipulationen eröffnet und mit den Prinzipien des Vergaberechts nicht vereinbar ist (vgl. hierzu VGr, 25. Februar 2009, VB.2008.00405 E. 3.3).

E. 4

Nicht zum Ausschluss führen Vorbehalte und auslegende Erklärungen in Fällen, in welchen die Ausschreibung ihrerseits schwere Mängel aufweist und sich die Korrekturen des Anbietenden eben gerade gegen diese Mängel richten (Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O. N. 474).

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit Bezug auf das ausgeschriebene "Parallelreck/Rollstreckreck SPEZIAL mit verkürzten Pfosten" weise die Ausschreibung tatsächlich derart schwere Mängel auf. Zum einen stehe gemäss den Ausschreibungsvorgaben für die Parkierung der Pfosten in der Seitenwand lediglich eine Nischenhöhe von 270 cm zur Verfügung. Dabei sei zu berücksichtigen, dass sich die

sichtbare Pfostenhöhe in der Parkierung um das in der Bodenhülse steckende Teilstück von 30 cm Länge verlängere. Ein weiterer Teil der Nischenhöhe müsse zudem noch für die Aufhängung der Pfosten und deren Umlenkung ausgespart werden. Insgesamt bleibe unter diesen Voraussetzungen nicht mehr genug Platz für eine taugliche Pfostenlänge/Gerätegrösse. Damit genügend hohe Reckpfosten für ein brauchbares Sportgerät in der Wandnische verstaut werden könnten, müsste diese eine Höhe von mindestens 400 cm aufweisen. Einen zweiten wesentlichen Mangel der Ausschreibung sieht die Beschwerdeführerin sodann im Umstand, dass die anschliessend an das strittige Parallelreck geplante Minibasketballanlage in den von der BASPO Norm 201 für Reckanlagen empfohlenen Sicherheitsabstand rage.

E. 4.2

Auf diese beiden Aspekte hat die Beschwerdeführerin weder im Vorfeld noch in ihrer Offerte oder im zugehörigen Begleitschreiben vom 2. Februar 2018 ausdrücklich hingewiesen, obwohl ihr das als erklärter "Fachplanerin" ohne Weiteres möglich gewesen wäre. Erst im Rahmen der Angebotserläuterung erhob sie erstmals konkrete Einwände. Ein solchermaßen taktierendes Vorgehen widerspricht Treu und Glauben und verdient daher keinen Schutz. Die ausnahmsweise Zulassung eines Vorbehalts setzt denn auch voraus, dass der Vorbehalt im Angebot sich eindeutig auf einen schweren Mangel der Ausschreibung bezieht (vgl. oben E. 4), was wiederum voraussetzt, dass der Konkretisierungsgrad des Vorbehalts demjenigen der Mängelrüge entspricht. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Der pauschale Preisvorbehalt wegen fehlender vorgängiger Fachplanung geht weit über die beiden konkreten Mängelrügen hinaus. Was sodann den Preisvorbehalt bezüglich des Schiftungsausgleichs bei der Deckenmontage von Reck, Ringen und Klettertauen betrifft (vgl. vorne E. 3.2), lässt sich zumindest für die Anbringung der Ringe und Klettertaue ebenfalls kein Bezug zu den ausschliesslich das Spezial-Reck betreffenden Mängelrügen herstellen. Zusammenfassend wurde die Beschwerdeführerin demnach zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen.

E. 5

Abschliessend bleibt zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin gegen die Gebrauchstauglichkeit des "Parallelreck/Rollstreckreck SPEZIAL mit verkürzten Pfosten" (Leistungsverzeichnis Pos. R 111) erhobenen Einwände die Ausschreibung als derart mangelhaft erscheinen lassen, dass diese zu wiederholen ist. Ob die vorgegebene Nischenhöhe den Einbau eines für den Schulgebrauch tauglichen Parallel-/Rollstreckrecks verunmöglicht, muss nicht abschliessend beurteilt werden. Offen ist auch, ob ein Ausbau der Nische baulich nicht doch möglich wäre. Da bauliche Massnahmen an der Nische nicht von der vorliegenden Ausschreibung erfasst sind, hätten allfällige Anpassungen jedenfalls keinen Einfluss auf den Bestand der angefochtenen Vergabe. Fraglich erscheint auch, ob die mit der räumlichen Nähe der Minibasketballanlage zum strittigen Parallelreck begründeten Sicherheitsmängel als wesentlich zu qualifizieren sind. Die Beschwerdeführerin beruft sich hierbei auf die vom Bundesamt für Sport [BASPO] herausgegebene Norm 201 betreffend "Sporthallen, Planungsgrundlagen". Es trifft zwar zu, dass dort in Position 4.10.1 (S. 16) ein Sicherheitsabstand von je 6 m (vorwärts/rückwärts) empfohlen wird. Auf der von der Beschwerdeführerin nicht mitgelieferten Folgeseite (S. 17) findet sich jedoch ein planerisches "Dispositionsbeispiel von Einbaugeräten M 1:200", welches eine analoge Anordnung von Parallelreck und Minibasketballanlage zeigt, wie sie der vorliegenden Ausschreibung zugrunde liegt. Das würde dafür sprechen, dass der empfohlene

Sicherheitsbereich für höher angebrachte Geräte reduziert werden kann. All diese Fragen können indes offenbleiben. Selbst wenn dem Parallelreck in der ausgeschriebenen Variante die Gebrauchstauglichkeit teilweise (für das aus der Seitenwand heraustretende Element) oder gesamthaft abgesprochen werden müsste, macht dies keine Neuausschreibung erforderlich. Wie die Beschwerdegegnerin ausführt, hat sie für diesen Fall eine "Rückfalloption" eingebaut und neben dem strittigen Parallelreck auch ein konstruktiv und sicherheitstechnisch unbestrittenes Alu-Streckreck ausgeschrieben. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

E. 6

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 und § 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und ist sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu beachten ist, dass Letztere mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist.

E. 7

Da der Wert des zu vergebenden Auftrags den im Staatsvertragsbereich für Bauaufträge massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]), ist gegen diesen Beschluss nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 lit. a und Art. 113 BGG).

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