

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00820 vom 22. Januar 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-01-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00820

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00820 du 22 janvier 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00820 del 22 gennaio 2020

Regeste

Submission | Abbruch eines Vergabeverfahrens. Der definitive oder provisorische Abbruch eines Verfahrens darf nur aus wichtigen Gründen erfolgen. Ein rechtsgenügender sachlicher Grund liegt unter anderem dann vor, wenn aufgrund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen günstigere Angebote zu erwarten sind oder wenn eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich ist (E. 3.1). Die Ausschreibung erwies sich als unklar. Der Beschwerdegegner beschloss zudem, auf Positionen des Leistungsverzeichnisses verzichten zu wollen. Da diese mit einer anderen gewichtigen Position in direktem Zusammenhang standen, wäre letztere neu zu offerieren gewesen. Dies wäre bei der Preisgestaltung von erheblicher Relevanz. Nachdem die Beschwerdeführerin jedoch Einsicht in die Offertpreise erhalten hat, erweisen sich Nachtragsofferten nicht mehr als geeignet. Der provisorische Abbruch des Verfahrens erscheint daher nicht als unverhältnismässig (E. 3.4). Beim provisorischen Verfahrensabbruch wäre das Verwaltungsgericht befugt, einen rechtswidrigen Verfahrensabbruch aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des laufenden Submissionsverfahrens an die Vergabebehörde zurückzuweisen (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

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 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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und der Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14 E. 4.9). Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet nicht

ein Zuschlagsentscheid, sondern der Abbruch des Verfahrens zwecks dessen Wiederholung. Für die Beschwerdeführerin, die bei einer Fortsetzung des Verfahrens realistische Aussichten auf den Zuschlag hätte, ist die Beschwerdelegitimation zu bejahen.

E. 3.1

Gemäss Art. 13 lit. i IVöB dürfen die kantonalen Ausführungsbestimmungen den definitiven Abbruch oder provisorischen Abbruch mit anschliessender Wiederholung des Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen zulassen. Dementsprechend sieht § 37 Abs. 1 der (kantonalen) Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) die Möglichkeit eines definitiven und provisorischen Verfahrensabbruchs aus wichtigen Gründen vor und nennt "namentlich", mithin beispielhaft (VGr, 31. Januar 2019, VB.2018.00455/VB.2018.00503, E. 5.1; 23. Januar 2003, VB.2002.00258, E. 3a = RB 2003 Nr. 57 [Leitsatz] = BEZ 2003 Nr. 15; 31. Januar 2002, VB.2000.00403, E. 2a = BEZ 2002 Nr. 10), vier Fälle, bei welchen dieses Vorgehen gerechtfertigt ist. Ein rechtsgenügender sachlicher Grund liegt unter anderem dann vor, wenn aufgrund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen günstigere Angebote zu erwarten sind oder wenn eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich ist (vgl. dazu auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. a., Zürich etc. 2013, S. 353 Rz. 798, S. 356 Rz. 804, S. 358 f., Rz. 807 ff.). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender sachlicher Grund vorliegt, welcher den Abbruch und die Wiederholung des Vergabeverfahrens rechtfertigt, steht der ausschreibenden Stelle ein nach pflichtgemäsem Ermessen auszuübender Spielraum zu, den das Verwaltungsgericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüfen kann (Art. 16 IVöB; § 50 VRG; Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005, S. 784 ff., insbesondere S. 789; vgl. auch BGE 134 II 192 E. 2.3). Der Abbruch des Verfahrens zwecks Wiederholung setzt einen sachlichen Grund im öffentlichen Interesse voraus. Erscheint dagegen die gezielte Diskriminierung von Bewerbenden als beabsichtigt, so ist der Abbruch aufzuheben und die Fortsetzung des Verfahrens anzuordnen (vgl. Galli et al., S. 353 Rz. 798, mit Hinweisen). Ein Verfahrensabbruch unter nachfolgender Neuausschreibung kann nach der Gerichtspraxis auch erforderlich sein, wenn das Verfahren im Widerspruch zum Transparenzgebot steht (vgl. etwa VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.00612, E. 4.4 und E. 5).

E. 3.2

Der Beschwerdegegner beruft sich zur Begründung der Abbruchverfügung auf eine fehlende Vergleichbarkeit der Angebote, welche auf Unklarheiten und gravierende Mängel im Leistungsverzeichnis zurückzuführen sei. Bezüglich verschiedener Positionen im Leistungsverzeichnis seien Widersprüchlichkeiten vorgelegen. Es sei nicht möglich, die Offerten mit einer technischen Bereinigung vergleichbar zu machen. Zudem würden die Angebote den geschätzten Auftragswert deutlich überschreiten. Die Wiederholung des Verfahrens sei im Interesse der Gleichbehandlung und ermögliche einen erneuten Wettbewerb. Die Beschwerdeführerin hält den Verfahrensabbruch für widerrechtlich und missbräuchlich; er verletze das Gebot der Gleichbehandlung und das Diskriminierungsverbot. Es fehle an objektiven Gründen, die den provisorischen Verfahrensabbruch rechtfertigen könnten. Weder allfällige Mängel in den Ausschreibungsunterlagen noch die massvolle Kreditüberschreitung würden sachliche Gründe für den Abbruch darstellen. Die Vorinstanz hätte vielmehr mildere Massnahmen prüfen und vornehmen müssen. Das Vorgehen komme einer verpönten Abgebotsrunde

gleich. Das Verfahren sei vielmehr weiterzuführen, wobei die Angebote der D AG (wegen Abänderungen des Leistungsverzeichnisses) und der E GmbH (wegen nicht erfüllten Eignungskriterien) vom Verfahren auszuschliessen seien.

E. 3.3

Konkret relevant sind im Zusammenhang mit den vom Beschwerdegegner geltend gemachten Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen und Änderungen im Projekt zur Hauptsache folgende drei Positionen des Leistungsverzeichnisses: R951.291 (Budgetposition für Änderung Standardlänge und Änderung Standardbreite LE = Fr. 1.-), 951.301 (Erstellen von Masselementen zu Pos. 211.114) sowie 951.401 (Erstellen von Passelementen zu Pos. 211.114). Die Position 211.114 beinhaltete die verlangten Platten der Deckenbekleidungen; darin enthalten ist sodann der Hinweis auf "Längen-Breitenänderungen in Pos. 951". Nach Meinung des Beschwerdegegners war die Position R951.291 zum unveränderlichen Festpreis von Fr. 1,3 Mio. zu offerieren. Die dahingehende Auslegung des Leistungsverzeichnisses ist vertretbar, jedoch nicht zwingend: Der Betrag von Fr. 1,3 Mio. war nicht etwa in der Preisspalte aufgeführt, sondern – ohne Frankennennung – in der Spalte für Stückzahlen, Ausmasse und dergleichen. Insoweit war das Leistungsverzeichnis unklar. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass zwei Anbieterinnen das Leistungsverzeichnis nicht im Sinn der Vergabebehörde ausfüllten. Wie der Beschwerdegegner zutreffend darlegte, rechnete die D AG den Betrag von Fr. 1,3 Mio. nicht in den Offertbetrag ein; die E GmbH sodann offerierte die Position zum weit tieferen Betrag von Fr. 65'000.-. Wie der Beschwerdegegner nachvollziehbar ausführt, will er auf die Position R951.291 verzichten, was angesichts der Kennzeichnung der Position mit einem R (als Reserveposition verstanden) als zulässig zu qualifizieren ist. Somit erscheinen die Unklarheiten der Ausschreibung und die daraus resultierenden unterschiedlichen Angebotspreise zunächst nicht als relevant. Allerdings legt der Beschwerdegegner plausibel dar, dass mit dem zulässigen Verzicht auf die Position R951.291 auch die beiden anderen erwähnten Positionen 951.301 und 951.401 entfallen, die nicht als Reservepositionen gekennzeichnet waren. Mit dieser zulässigen Streichung der Positionen 951.301 und 951.401 geht eine nicht mehr bloss untergeordnete Projektänderung gegenüber dem Ausschaffungsgegenstand einher. So betrug die beiden Positionen beim Angebot der Beschwerdeführerin zusammengerechnet immerhin rund Fr. 136'000.-. Mit dem Wegfall der Positionen 951.301 und 951.401 bleibt es beim Erstellen von Platten gemäss Position 211.114. Wenn auch nicht mehr eine bloss untergeordnete Projektänderung vorliegt, so ist andererseits die Grenze zur wesentlichen Änderung der nachgefragten Leistung im Sinn von § 37 Abs. 1 lit. d SubmV kaum schon überschritten. Diese Frage kann jedoch offengelassen werden, da – wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen – bei den vorliegend gegebenen Umständen gestützt auf die Grundnorm von § 37 Abs. 1 SubmV ein Abbruch als zulässig erscheint, selbst wenn keine wesentliche Änderung vorliegen sollte.

E. 3.4

Dabei ist namentlich zu fragen, welche Mittel dem Beschwerdegegner zur Verfügung standen, nachdem er die Widersprüchlichkeiten und Unklarheiten in der Ausschreibung erkannt hatte. Grundsätzlich wäre es allenfalls zulässig gewesen, den Anbietenden Gelegenheit zu geben, ihre Angebote mit Blick auf die veränderten Umstände zu überarbeiten. Eine Anpassung der Pos. 951.301 und 951.401 wäre selbstredend nicht zielführend, nachdem diese entfallen. Indessen stehen diese beiden Positionen in direktem Zusammenhang mit der darin erwähnten Position 211.114 (Platten der

Deckenbekleidungen). Es liegt auf der Hand, dass die Preiskalkulation bezüglich der Position 211.114 in Beziehung zur Kalkulation bezüglich der Positionen 951.301 und 951.401 erfolgt. In diesem Sinn wäre die Position 211.114 durch alle Anbietenden neu zu offerieren gewesen. Dies wäre für die Preisgestaltung allerdings von erheblicher Relevanz geworden, handelt es sich dabei doch um eine Hauptposition des Leistungsverzeichnisses; die Beschwerdeführerin hatte diese Position zu Fr. 1'542'592.- offeriert. Nachdem zumindest der Beschwerdeführerin die Offertpreise inzwischen bekannt sind, erscheint diese Lösung jedoch nicht (mehr) als geeignet. Das Einholen von Nachtragsofferten gilt bei Offenlegung der Angebotspreise grundsätzlich als problematisch (vgl. dazu etwa Galli et al., S. 318 Rz. 723). Hinzu kommt Folgendes: Es ist zumindest nicht auszuschliessen, dass angesichts der Änderung des Beschaffungsgegenstands weitere Anbietende am Verfahren teilnehmen bzw. am vorliegenden Verfahren teilgenommen hätten (vgl. dazu Galli et al., S. 356 Rz. 804). Zusammengefasst lässt sich das Einholen von Nachtragsofferten zumindest nicht mehr im jetzigen Zeitpunkt als geeignete mildere Massnahme qualifizieren. Der provisorische Abbruch des Verfahrens erscheint nicht als unverhältnismässig.

E. 3.5

Bei diesem Ergebnis bleibt es letztlich unmassgeblich, ob die Firma D AG – wie die Beschwerdeführerin insbesondere fordert – vom Verfahren auszuschliessen wäre. Dennoch sei darauf hingewiesen, dass das nicht richtige Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses durch die D AG kaum als ausreichender Ausschlussgrund erscheint, da der Fehler hauptsächlich auf die oben dargelegten Mängel des Leistungsverzeichnisses zurückzuführen ist. Dass die E GmbH Ausschlussgründe erfüllt, wird vom Beschwerdegegner nicht bestritten.

E. 3.6

Schliesslich ist nicht ersichtlich, dass es dem Beschwerdegegner darum gehen sollte, einen Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu vermeiden. Anhaltspunkte für dahingehende Äusserungen oder Handlungen des Beschwerdegegners liegen nicht vor. Der angefochtene provisorische und sachlich nachvollziehbare Verfahrensabbruch erscheint folglich nicht als missbräuchlich. Eine Verletzung des Gleichbehandlungs- und Diskriminierungsverbots ist zu verneinen. Ein begründeter Verfahrensabbruch kommt schliesslich auch nicht einer verpönten Abgebotsrunde gleich.

E. 3.7

Zusammenfassend erweist sich die angefochtene Abbruchverfügung im Ergebnis als rechtsbeständig. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde in den Hauptpunkten gemäss den Beschwerdeanträgen 2 und 3.

E. 4

Die Beschwerdeführerin verlangt subeventualiter, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen (Beschwerdeantrag 4).

E. 4.1

Die von der Beschwerdeführerin für den geltend gemachten Feststellungsanspruch zitierten Urteile des Verwaltungsgerichts beziehen sich auf den definitiven Verfahrensabbruch, mithin auf diejenigen Fälle, in denen die Vergabebehörde auf die Beschaffung durch Dritte nachträglich verzichtet (VGr, 12. Mai 2016, VB.2015.00568/VB.2016.00005, E. 4.2; 18. Juni 2003, VB.2002.00283, E. 2). Die Behörde, die in diesem Sinn auf eine vorgesehene Beschaffung verzichtet, kann mit der Beschwerde gegen den Verfahrensabbruch

grundsätzlich nicht dazu gezwungen werden, die Beschaffung durchzuführen. In solchen Fällen kann bei Begründetheit der Beschwerde nur die Widerrechtlichkeit des Abbruchs festgestellt werden.

E. 4.2

Davon unterscheidet sich der vorliegende provisorische Verfahrensabbruch, bei welchem die Vergabebehörde die Wiederholung des Verfahrens ankündigt, entscheidend. Hier ist das Verwaltungsgericht befugt, einen rechtswidrigen Verfahrensabbruch aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des laufenden Submissionsverfahrens an die Vergabebehörde zurückzuweisen (vgl. etwa VGr, 31. Januar 2019, VB.2018.00455/VB.2018.00503, E. 6). Der angefochtene Entscheid des Beschwerdegegners hat sich indes – wie gesehen – nicht als rechtswidrig erwiesen. Dass der vorliegende Verfahrensabbruch mit besserer Planung und sorgfältiger Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen wohl vermeidbar gewesen wäre, führt demzufolge nicht zu einer Feststellung der Rechtswidrigkeit. Diese Umstände sind jedoch im Rahmen der nachfolgend zu regelnden Kosten- und Entschädigungsfolgen zu beachten.

E. 5

Zusammengefasst erweist sich die Beschwerde in Haupt- und Eventualstandpunkten als unbegründet. Sie ist abzuweisen. Damit wird das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 6.1

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Jedoch können die Kosten einem Beteiligten nach dem Verursacherprinzip auch ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens überbunden werden (vgl. Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. a., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 13 N. 55 ff.). Vorliegend besteht deshalb ein Grund für ein Abweichen vom Unterliegerprinzip, weil der Beschwerdegegner den angefochtenen Abbruch des Verfahrens mit einer sorgfältigen Formulierung des Leistungsverzeichnisses und mit einer besseren Planung durchaus hätte vermeiden können. Diese Umstände rechtfertigen es in Anwendung des Verursacher- und Unterliegerprinzips, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin nur zu $\frac{1}{4}$ und dem Beschwerdegegner zu $\frac{3}{4}$ aufzuerlegen.

E. 6.2

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG wird der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistands rechtfertigte; entschädigungspflichtig ist grundsätzlich die unterliegende Partei. Ausnahmsweise können jedoch – analog zur Kostenverlegung – auch die Parteientschädigungen unter (Mit-)Berücksichtigung des Verursacherprinzips zugesprochen werden (vgl. Plüss, § 17 N. 25 ff.). Für die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin besteht unter analoger Berücksichtigung des Verursacher- und des Unterliegerprinzips ein reduzierter Anspruch auf Parteientschädigung gegenüber der Vergabebehörde.

E. 7

Da der Wert des infrage stehenden Bauauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [SR 172.056.12]), steht gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zur Verfügung.

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