

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00260 vom 20. August 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-08-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00260

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00260 du 20 août 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00260 del 20 agosto 2020

Regeste

Submission | Vergabe von Generalplanerauftrag: Widerruf und Fehlerkorrektur, Neubewertung und Neuvergabe an gleiche Anbieterin nach Auftragsbeginn. Nach § 29 SubmV werden die eingereichten Angebote nach der Offertöffnung fachlich und rechnerisch geprüft (Abs. 1). Offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler werden dabei berichtigt (Abs. 2). Daraus lässt sich indes keine Pflicht der Vergabebehörde ableiten, jeweils bei sämtlichen eingegangenen Angeboten die (Total-)Beträge nachzurechnen. Denn für den Inhalt ihrer Offerte beziehungsweise deren sorgfältige Ausarbeitung und damit die Überprüfung der Preiskalkulation ist grundsätzlich jeder Bieter selbst verantwortlich. Aufgabe der Vergabebehörde ist demgegenüber die (preisliche) Bereinigung der eingegangenen Angebote, um diese objektiv vergleichbar zu machen (§ 29 Abs. 3 SubmV). Bei der vergessenen Anpassung der Excel-Formel für das Gesamttotal hinsichtlich der beiden ergänzten Spalten handelt es sich um einen offensichtlichen Fehler im Sinn von § 29 Abs. 2 SubmV, welcher der Berichtigung zugänglich ist. Es erfolgte keine unerlaubte nachträgliche (inhaltliche) Angebotsänderung, wenn die Beschwerdegegnerin den Totalbetrag korrigierte. Die Korrektur ergibt einen rund einen Viertel höheren Angebotspreis. Da der Beschwerdegegnerin dieser wesentliche Mangel, welcher (betragsmässig) zu einem anderen Zuschlagsentscheid geführt hätte, im Zeitpunkt des Zuschlags nicht bekannt war und der Summenfehler erst nachträglich entdeckt wurde, erweist sich der Widerruf als zulässig. Eine Korrektur ist ohne Verletzung des Vergaberechts möglich und musste nicht zum Ausschluss der Zuschlagsempfängerin führen. Die Neubewertung unter Berücksichtigung des korrigierten Offertpreises und die Neuerteilung des Zuschlags waren unter den vorliegenden Umständen ohne Abbruch des Verfahrens und Neuausschreibung zulässig und widerspricht den vergaberechtlichen Grundsätzen nicht (E. 5). 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2.1

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 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und der Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin beantragt die Neuausschreibung der nachgefragten Dienstleistung. Sie rügt den späten Feststellungszeitpunkt eines als offensichtlich bezeichneten Rechnungs- bzw. Schreibfehlers. Zudem bemängelt sie die nachträgliche Berichtigung als unerlaubte Angebotsveränderung und stellt schliesslich den Punktevorsprung der Mitbeteiligten infrage. Dass die Beschwerdeführerin auch als sechstplatzierte Anbieterin bei einer Neuausschreibung Chancen auf Zuschlagserteilung hätte, ist nicht auszuschliessen. Ihre Beschwerdelegitimation ist daher zu bejahen. Da die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Mit Präsidialverfügung vom 4. Juni 2020 wurde der Beschwerdeführerin teilweise Akteneinsicht gewährt, unter anderem in die beiden Blätter Gesamtbeurteilung vom 6. Dezember 2019 sowie (nach Fehlerkorrektur) vom 31. März 2020. Abgesehen von der Preisbewertung wurden darin die Angaben zu den nicht am vorliegenden Beschwerdeverfahren beteiligten Anbieterinnen abgedeckt. In ihrer Replik vom 16. Juni 2020 beantragte die Beschwerdeführerin weitergehende Akteneinsicht. Es seien in den beiden Blättern Gesamtbeurteilung die Werte in den Zeilen "Total max. 500 Punkte" für alle (anonymisierten) Anbietenden offenzulegen. Da die Beschwerdegegnerin die mit der weitergehenden Akteneinsicht verbundenen Fragen bezüglich (widersprüchlichen) Ausführungen in der Beschwerdeantwort in ihrer Duplik beantwortete, ist das erweiterte Akteneinsichtsbegehren hinfällig geworden. Im Übrigen wurde die Anonymisierung nach den üblichen Grundsätzen vorgenommen und besteht kein Grund, der Beschwerdeführerin zur Wahrung ihrer Rechte weitergehende Akteneinsicht zu gewähren.

E. 4.1

Die Vergabestelle kann den Zuschlag gegenüber der Anbieterin oder dem Anbieter unter denselben Voraussetzungen widerrufen wie sie diese vom Verfahren ausschliessen kann (§ 4a Abs. 2 IVöB-BeitrittsG). Da die in Absatz 1 von § 4a IVöB-BeitrittsG statuierten Voraussetzungen die Eignung der Anbietenden sowie deren Verhalten im Verfahren betreffen, sind sie nur beschränkt als Widerrufsgründe tauglich. Ein Widerruf muss daher nach der Rechtsprechung auch in Fällen zulässig sein, welche von den Ausschlussgründen nicht erfasst werden. Die Vergabebehörde kann als Widerrufsgründe indes keine Mängel geltend machen, welche ihr im Zeitpunkt des Zuschlags bekannt waren. Ein Widerruf kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn nachträglich wesentliche Mängel zutage treten, welche für sich allein oder zusammen mit früher festgestellten Tatsachen zu einem anderen Zuschlagsentscheid geführt hätten (vgl. zum Ganzen VGr, 20. April 2005, VB.2005.00068, E. 3.4 = BEZ 2005 Nr. 33, mit Hinweisen; VGr, 23. Mai 2017, VB.2016.00673, E. 4; Peter

Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 548). Ebenso wie beim Ausschluss vom Verfahren ist beim Widerruf eines Zuschlags der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (VGr, 21. Mai 2008, VB.2007.00540, E. 3.8 mit Hinweisen).

E. 4.2

Die Gründe, die einen Abbruch des Verfahrens und dessen anschliessende Wiederholung rechtfertigen (vgl. § 37 SubmV), können hingegen nicht ohne Weiteres als Gründe für einen Widerruf des Zuschlags herangezogen werden. Das ergibt sich schon aus dem unterschiedlichen Stand des Verfahrens zum Zeitpunkt der jeweiligen Entscheide. Während der Abbruch ein noch hängiges Vergabeverfahren betrifft, bei welchem der Behörde in mancher Hinsicht ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht, richtet sich der Widerruf gegen einen rechtskräftigen Zuschlagsentscheid nach abgeschlossenem Verfahren und ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit an strengere Voraussetzungen gebunden (VGr, 20. April 2005, VB.2005.00068, E. 3.4 = BEZ 2005 Nr. 33, mit Hinweisen; Galli et al., N. 548).

E. 5.1

Die Beschwerdegegnerin hat in ihrem Entscheid zur Begründung des Widerrufs und der Neuerteilung des Zuschlags zusammengefasst ausgeführt, nachdem der Zuschlag am 16. Dezember 2019 an die Mitbeteiligte erteilt worden sei, habe diese am 26. März 2020 – noch vor Abschluss des Zusammenarbeitsvertrags – festgestellt, dass in der Honorartabelle (Excel) ihrer Offerte ein Formel- beziehungsweise Rechnungsfehler bestehe. Konkret seien die Totalbeträge der Honorarkolonnen "Bauleitung" und "MSRL" nicht in den Endbetrag eingerechnet worden. Demzufolge liege ein offensichtlicher Rechnungs- beziehungsweise Schreibfehler im Sinn von § 29 Abs. 2 SubmV vor, welcher berichtigt werden müsse. Da der Zuschlag an die Mitbeteiligte bereits in Rechtskraft erwachsen sei, könne jedoch keine Berichtigung mehr vorgenommen werden, weshalb dieser gestützt auf § 4a Abs. 2 i. V. m. § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG zu widerrufen sei. Sodann führte sie aus, die Berichtigung des genannten Rechnungs- beziehungsweise Schreibfehlers in der Offerte der Mitbeteiligten sowie die darauffolgende Überprüfung der Rangfolge aller Angebote habe ergeben, dass das Angebot der Mitbeteiligten nach wie vor auf dem ersten Platz liege. Sie habe daher den Zuschlag zum berichtigten Preis erneut an die Mitbeteiligte erteilt. Ergänzend lässt sich der Beschwerdeantwort entnehmen, dass die Mitbeteiligte seit der Startsitzenz vom 29. Januar 2020 am Projekt gearbeitet habe und bereits mehrere Besprechungen stattgefunden hätten, obwohl der Zusammenarbeitsvertrag noch nicht abgeschlossen gewesen war. Per Ende März 2020 habe die Mitbeteiligte für die bereits erbrachten Leistungen Rechnung stellen dürfen. In diesem Zusammenhang habe letztere festgestellt, dass in ihrer Honorartabelle zwar die Totale der einzelnen Spalten korrekt berechnet, die Totale der beiden genannten, für diese Offerte neu eingefügten Kolonnen, jedoch durch die Excel-Formel für das Gesamttotal nicht automatisch übernommen worden seien. Weder die Mitbeteiligte noch sie selber hätten den Summenfehler bei der Offertprüfung erkannt. Die erneute Bewertung des Preiskriteriums unter Einschluss dieser Beträge habe überraschenderweise ergeben, dass das Angebot der Mitbeteiligten mit neu 409,00 anstatt bisher 458,80 Punkten noch immer vor der zweitplatzierten Anbieterin mit 406,00 Punkten liege. Dies sei mit der geringen Gewichtung des Preiskriteriums von lediglich 20 % zu erklären.

E. 5.2

Gemäss den submissionsrechtlichen Bestimmungen werden die eingegangenen Angebote nach der Offertöffnung fachlich und rechnerisch geprüft (§ 29 Abs. 1 SubmV). Offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler werden dabei berichtigt (§ 29 Abs. 2 SubmV). Daraufhin wird über die Angebote eine objektive Vergleichstabelle erstellt (§ 29 Abs. 3 SubmV). Die Beurteilung der Angebote erfolgt grundsätzlich zum Stand im Zeitpunkt der Eingabe (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 5.3). Nachträgliche Änderungen der Offertangaben sind verboten (§ 24 Abs. 4 SubmV).

E. 5.2.1

Vorliegend stellte die Beschwerdegegnerin den streitbetroffenen Rechnungsbeziehungsweise Schreibfehler nicht selber im Rahmen der Offertprüfung fest. Erst rund drei Monate nach der Zuschlagserteilung und erst nachdem die Zuschlagsempfängerin bereits Leistungen erbracht hatte, entdeckte letztere den Fehler im Zuge der Rechnungsstellung und Anwendung ihrer Honorartabelle. Aus der Honorartabelle im Angebot der Mitbeteiligten ist der streitbetroffene Fehler durch Nachrechnen ermittelbar und es ist nachvollziehbar, dass vergessen wurde, die bestehende Excel-Formel für das Gesamttotal mit den erweiterten Feldern zu ergänzen. Es handelt sich dabei offensichtlich um ein menschliches Versehen. Anhaltspunkte, dass die Mitbeteiligte absichtlich unterlassen hätte, die Totalbeträge der beiden Kolonnen im Gesamttotal einzurechnen, bestehen keine.

E. 5.2.2

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann der Beschwerdegegnerin nicht vorgeworfen werden, dass der Fehler erst rund drei Monate nach Zuschlagserteilung und auch nicht durch sie selber entdeckt wurde. So lässt sich aus § 29 Abs. 1 SubmV keine Pflicht der Vergabebehörde ableiten, jeweils bei sämtlichen eingegangenen Angeboten die (Total-)Beträge nachzurechnen. Denn für den Inhalt ihrer Offerte beziehungsweise deren sorgfältige Ausarbeitung und damit die Überprüfung der Preiskalkulation ist grundsätzlich jeder Bieter selbst verantwortlich (VGr, 7. Mai 2015, VB.2015.00081, E. 4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 729). Aufgabe der Vergabebehörde ist demgegenüber die (preisliche) Bereinigung der eingegangenen Angebote, um diese objektiv vergleichbar zu machen (§ 29 Abs. 3 SubmV; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 665).

E. 5.2.3

Auch wenn es nicht auf den ersten Blick und ohne Nachrechnen aus der Honorartabelle ersichtlich ist, handelt es sich bei der vergessenen Anpassung der Excel-Formel für das Gesamttotal hinsichtlich der beiden ergänzten Spalten um einen offensichtlichen Fehler im Sinn von § 29 Abs. 2 SubmV , welcher der Berichtigung zugänglich ist. Da sämtliche Positionen in der Honorartabelle der Mitbeteiligten ausgefüllt und lediglich die Totalbeträge aus zwei Spalten aufgrund des Formelfehlers nicht in den Gesamtbetrag eingerechnet waren, erweist sich eine Berichtigung des gesamten Offertpreises als ohne Weiteres möglich. Es erfolgte daher keine unerlaubte nachträgliche (inhaltliche) Angebotsänderung, wenn die Beschwerdegegnerin den Totalbetrag korrigierte.

E. 5.3

In der eingereichten Honorartabelle war als Gesamttotal Fr. 2'827'604,35 (exkl. MWSt.) aufgeführt. Unter Einrechnung der darin fehlenden Totalbeträge für die Honorarkolonnen "Bauleitung" und "MSRL" gelangt man zu einem Gesamttotal von Fr. 3'992'527,20 (exkl. MWSt.). Die Differenz von Fr. 1'288'318,85 (exkl. MWSt.) und damit rund einem Viertel

des Angebotspreises ist hoch. Es handelt sich daher um einen wesentlichen Mangel, welcher (betragsmässig) zu einem anderen Zuschlagsentscheid geführt hätte. Da der Beschwerdegegnerin dieser wesentliche Mangel im Zeitpunkt des Zuschlags nicht bekannt war und der Summenfehler erst nachträglich entdeckt wurde, erweist sich der Widerruf als zulässig. Nach dem Gesagten (E. 5.2) war eine Korrektur des Fehlers ohne Verletzung des Vergaberechts möglich und musste insbesondere auch nicht zum Ausschluss der Mitbeteiligten führen. Ebenfalls nicht erforderlich war eine Neuausschreibung. Vielmehr widerspricht eine Neubewertung unter Berücksichtigung des korrigierten Offertpreises und die Neuerteilung des Zuschlags den vergaberechtlichen Grundsätzen nicht und ist daher als zulässig zu beurteilen. Die Berichtigung bezog sich lediglich auf den Totalpreis und hatte keine weitergehende Veränderung der Offerte beziehungsweise deren Bewertung zur Folge. Zudem war lediglich die Punktzahl des Angebots der Mitbeteiligten im Preiskriterium neu zu berechnen. Die Art und Weise der Preisbewertung wurde (zu Recht) nicht beanstandet. Diese erfolgte sowohl vor als auch nach der strittigen Korrektur gemäss den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere gemäss der dort bereits vorgegebenen Preisspanne. Die berechtigterweise vorgenommene Korrektur tangierte die Bewertung der anderen Offerten nicht. Zusammenfassend ist das Vorgehen der Beschwerdegegnerin, in diesem Fall den Zuschlag zu widerrufen und nach korrigierter Bewertung neu zu erteilen, weder in formeller noch in materieller Hinsicht zu beanstanden. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, das Verfahren müsse aufgrund von Verfahrensfehlern unter Neuausschreibung wiederholt oder die Mitbeteiligte vom Verfahren ausgeschlossen werden, erweisen sich damit als unbegründet. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

E. 6

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§§ 70 und 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu und wurde auch nicht beantragt (§ 17 Abs. 2 VRG). Auch die Beschwerdegegnerin hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung: Mit der Erstattung der Beschwerdeantwort ist sie im Wesentlichen ihrer Begründungspflicht nachgekommen (vgl. § 38 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Ein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG ist nicht ersichtlich.

E. 7

Da der geschätzte Auftragswert den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen übersteigt (Art. 1 lit. b 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]), ist gegen diesen Entscheid 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.