

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00316 vom 3. September 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-09-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00316

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00316 du 3 septembre 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00316 del 3 settembre 2020

Regeste

Submission | Einladungsverfahren. Ausschlussgrund. Vorbehalt. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin bezüglich Baustelleneinrichtung durften vom Beschwerdegegner als Vorbehalt verstanden werden. Jedoch liegt kein wesentlicher Vorbehalt vor; es war offensichtlich, dass der Vorbehalt keinen Einfluss auf Leistung und Rangierung hatte. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin erweist sich als unverhältnismässig (E. 4.4 ff.).
Gutheissung.

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 = 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. 2.1

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 bzw. eine Wiederholung des Submissionsverfahrens zu erreichen, in welchem sie ein neues Angebot vorlegen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; VGr, 19. Februar 2015, VB.2014.00562, E. 2; BGr, 15. September 2014, 2C_380/2014, E. 4.5.–4.8.; § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin rügt einen unzulässigen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Da die Beschwerdeführerin mit Fr. 320'888.55.- das preislich günstigste Angebot eingereicht hat und der Preis laut Ausschreibungsunterlagen als Zuschlagskriterium mit 95 % gewichtet wird, bestünden bei Gutheissung der Beschwerde realistische Chancen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot zum Zug käme. Ihre Legitimation ist demnach zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls gegeben.

E. 3

In den Ausschreibungsunterlagen hat der Beschwerdegegner zwei Zuschlagskriterien unter Angabe deren Gewichtung festgelegt, nämlich: 1. Preis (95 %) 2. Lehrlingsausbildung (5 %) Innert Frist gingen beim Beschwerdegegner drei Angebote ein. Die Beschwerdeführerin hatte zwar mit Fr. 320'888.55.- das deutlich preislich günstigste Angebot eingereicht (vor der Anbieterin mit dem zweittiefsten Angebot [Fr. 372'548.95.-]), wurde jedoch in der Folge vom Verfahren ausgeschlossen.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt, dass sie zu Unrecht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Der von ihr im technischen Bericht angebrachte, hier streitgegenständliche Passus "vorbehältlich BAG Covid-19 Massnahmen" stelle weder einen unzulässigen Vorbehalt im Sinne des Vergaberechts dar noch ändere er die Ausschreibungsunterlagen ab. Der besagte Passus sei lediglich ein Hinweis – ohne Kostenfolgen für die Vergabestelle –, welcher im Rahmen der ausserordentlichen Lage ohne Weiteres zulässig sei. Mithin handle es sich um eine Pflicht der Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin, Vorkehrungen zum Schutz ihrer Mitarbeiter vor COVID-19 zu treffen. Es seien nirgendwo im Angebot diesbezügliche Zusatzkosten deklariert worden. Eine Verfälschung des Angebots liege nicht vor. Zudem habe die Vergabestelle bei ihrem Vorgehen das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Bevor sie zur ultima ratio des Ausschlusses greife, habe sie einer Anbieterin zwingend das rechtliche Gehör zu gewähren. Eine Nachfrage bei der Beschwerdeführerin hätte bestätigt, dass es sich lediglich um einen Hinweis handle, welcher keine Abänderung des Angebots, der Ausschreibung oder Zusatzkosten zur Folge habe. Des Weiteren sei Art. 43 Abs. 1 SIA-Norm 118 hinzuweisen. Diese Norm besage, dass, falls für Baustelleneinrichtungen besondere Positionen vorgesehen seien, sämtliche Kosten für die vertragsgemässe Ausführung der Arbeiten bei der Position der Baustelleneinrichtung eingerechnet seien. Vorliegend sei die Baustelleneinrichtung gemäss SIA-Norm 118 offeriert worden, wodurch auch Art. 43 Abs. 1 zur Anwendung komme. Weiter bestimme Art. 103 SIA-Norm 118, dass bis zur Abnahme der Unternehmer Massnahmen zum Schutze von Personen und deren Gesundheit die gebotenen Vorkehrungen trifft, wobei die Aufwendungen in die Positionen der Baustelleneinrichtungen eingerechnet würden. Darunter fielen auch allfällige COVID-19 Massnahmen, falls nötig.

E. 4.2

Gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG (bisher § 28 lit. h 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. 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). Durch den Ausschluss von an sich wirtschaftlich günstigen, aber mit kleineren, rein formellen Mängeln behafteten Angeboten würde der Wettbewerb verzerrt und wäre die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel nicht mehr gewährleistet (VGr AG, 25. Oktober 2005, AGVE 2005 S. 255).

E. 4.3

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). Jedoch führen Vorbehalte nicht zwingend zum Ausschluss der Anbietenden. Sie können den Ausschluss eines Anbieters bewirken, sofern sie wesentlich sind. Auch hier sind das Verbot des überspitzten Formalismus und das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Die Praxis zeigt, dass Vorbehalte nicht immer zum Ausschluss führen (Galli et. al., N. 473).

E. 4.4

Die Beschwerdeführerin führte im Begleitschreiben zu ihrem Angebot unter anderem aus: "Gesamtbauzeit von 68 Tagen vom 29. Juni bis 30. September 2020, vorbehältlich den Arbeitsbestimmungen des Bundesrates und den allgemeinen Folgen im Zusammenhang mit der Pandemie". Ferner führte sie im technischen Bericht unter dem Titel Baustelleneinrichtung und Installationsfläche aus: "Vorbehältlich BAG Covid-19 Massnahmen". Mit "Sternchen" gab sie 2 statt 1 Baubüro, 2 statt 1 Mannschaftscontainer sowie 2 statt 1 Sanitäranlage an.

E. 4.5

Im Sinn der dargelegten strengen Rechtsprechung zu den Vorbehalten im Submissionsverfahren durfte der Beschwerdegegner die genannten Ausführungen, insbesondere die von der Beschwerdeführerin angebrachten Ergänzungen in den "Sternchen", als echte Vorbehalte und nicht blosser Hinweise verstehen. Diese Vorbehalte können grundsätzlich zu einem Ausschluss aus dem Verfahren führen. Jedoch stellt sich die Frage, ob die gemachten Vorbehalte im Sinn der Rechtsprechung und Lehre als wesentlich zu qualifizieren sind und zu einer Abänderung der Ausschreibung bzw. einer Verfälschung des Angebots führen. Nur dann und unter Beachtung des Verbots des überspitzten Formalismus bzw. des Verhältnismässigkeitsgebots liesse sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin rechtfertigen (Galli et. al., N. 470, 473).

E. 4.6

Hinsichtlich des Vorbehalts betreffend die Baustelleneinrichtungen fällt vorab ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin mit Fr. 320'888.55.- das deutlich tiefste Angebot eingereicht hat. Selbst bei einer Verdopplung der offerierten Kosten Baustelleneinrichtung von rund Fr. 20'000.- durch die in den "Sternchen" gemachten Angaben (2 Baubüro, 2 Mannschaftscontainer, 2 Sanitäranlagen) würde sich immer noch klar nichts an der Rangierung ändern. Bei einer Anhebung des Angebotspreises auf rund Fr. 340'000.- bliebe das Angebot der Beschwerdeführerin angesichts der Gewichtung des Preises mit 95 % vor der Anbieterin mit dem zweittiefsten Angebot platziert (Fr. 372'548.95.-). Dieser offensichtliche Umstand musste die Vergabebehörde fraglos erkannt haben. Ist es aber offensichtlich, dass ein Vorbehalt keinen Einfluss auf Leistung und Rangierung hat, so muss der Vorbehalt als unwesentlich qualifiziert werden. Anders zu beurteilen wären dagegen Konstellationen, in welchen die Bedeutungslosigkeit eines Vorbehalts nicht sofort und leicht erkennbar ist.

E. 4.7

Wie erwähnt führte die Beschwerdeführerin ferner im Begleitschreiben zu ihrem Angebot aus: "Gesamtbauzeit von 68 Tagen vom 29. Juni bis 30. September 2020, vorbehältlich den Arbeitsbestimmungen des Bundesrates und den allgemeinen Folgen im Zusammenhang mit

der Pandemie". Dieser Satz wurde vom Beschwerdegegner zwar für sich alleine betrachtet nicht als Anlass für einen Ausschlussgrund betrachtet, jedoch in mehreren Rechtsschriften des Beschwerdeverfahrens thematisiert. Ein Ausschlussgrund lässt sich aus dieser Bemerkung nicht ableiten. Gemäss Art. 96 SIA Norm 118 besteht ohnehin ein Anspruch auf angemessene Fristerstreckung, wenn sich die Ausführung des Werkes ohne Verschuldung des Unternehmers verzögert. Dies deckt sich im wesentlichen Inhalt mit der Formulierung der Beschwerdeführerin in ihrem Angebot. Jedenfalls ist auch in dieser Anmerkung kein wesentlicher Vorbehalt, eine relevante Abänderung der Ausschreibungsunterlagen oder eine Verfälschung des Angebots zu erblicken.

E. 4.8

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Vergabebehörde die zwei Bezugnahmen der Beschwerdeführerin auf die Covid-19 Massnahmen mit übertriebener Schärfe behandelt hat, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt gewesen wäre. Der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin aus dem Submissionsverfahren erweist sich als unverhältnismässig und damit rechtswidrig. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde im Hauptpunkt. Die Verfügung des Tiefbauamtes des Kantons Zürich vom 7. Mai 2020 ist demnach aufzuheben und die Beschwerdeführerin zum Vergabeverfahren zuzulassen.

E. 5

Weiter beantragte die Beschwerdeführerin, den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin aufzuheben und ihr zu erteilen (Rechtsbegehren 2 und 3). Verfahrensgegenstand des Rechtsmittelverfahrens kann nur sein, worüber die Vorinstanz bereits entschieden hat oder richtigerweise bereits hätte entscheiden müssen. Gegenstände, über welche die erste Instanz zu Recht (noch) nicht entschieden hat, fallen nicht in den Kompetenzbereich der Rechtsmittelinstanz; andernfalls würde in die funktionelle Zuständigkeit der erstinstanzlich verfügenden Behörde eingegriffen (vgl. Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu §§ 19–28a; N. 45; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 20a N. 9 f., § 52 N. 11). Aus den Akten und den Stellungnahmen der Vergabebehörde ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zuschlag bereits erfolgt wäre. Ebenso wenig hätte ein Zuschlagsentscheid bereits erfolgen müssen. Bezüglich der Rechtsbegehren 2 und 3 ist deshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten. Gegen eine Zuschlagsverfügung der Vergabebehörde steht grundsätzlich wiederum das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung. Falls ein Zuschlag dennoch bereits erfolgt sein sollte (und der Zuschlagsempfängerin, nicht aber der Beschwerdeführerin mitgeteilt wurde), so hätte die Vergabebehörde diesen Zuschlagsentscheid nun auch der Beschwerdeführerin zuzustellen und ihr den Rechtsmittelweg zu öffnen.

E. 6

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unter Berücksichtigung des teilweisen Nichteintretens sind die Gerichtskosten zu 1/5 der Beschwerdeführerin und zu 4/5 dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Der Beschwerdegegner wird zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin verpflichtet (§ 17 Abs. 2 VRG), wobei sich eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.- als angemessen erweist.

E. 7

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (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]). Gegen diesen Entscheid steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen.

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