

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00426 vom 16. Januar 2025

ZH Verwaltungsgericht, 2025-01-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2024.00426

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00426 du 16 janvier 2025

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00426 del 16 gennaio 2025

Regeste

Submission | Beschaffung von Solarmodulen im Einladungsverfahren. Zulässigkeit von Unternehmervarianten. Aufgrund des Wortlauts des Leistungsverzeichnisses mussten die Anbietenden davon ausgehen, dass es sich bei der Anzahl Module und der Absturzsicherung um Vorgaben handelt, von welchen nicht abgewichen werden darf (E. 3.5). Das Angebot der Mitbeteiligten wich wesentlich vom Leistungsverzeichnis ab, sie wurde jedoch nicht gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB aus dem Verfahren ausgeschlossen. Es ist daher zu prüfen, ob es sich um eine zulässige Unternehmervariante handelt (E. 3.6). Vorliegend hat die Vergabestelle mit dem Angebot der Mitbeteiligten von der Unternehmervariante erfahren und den übrigen Anbietenden keine Gelegenheit gegeben, ihre Offerten mit Blick auf die neue Umschreibung des Leistungsinhalts zu ergänzen. Bei der von der Mitbeteiligten angebotenen Variante in den Abweichungspunkten handelt es sich um eine Leistungsänderung ohne Originalität. Die Behörde hätte nicht darauf verzichten können, den übrigen Anbietenden Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Offerten zu geben. Nachdem nunmehr vorliegend die Beschwerdeführerin den offerierten Preis der Mitbeteiligten kennt, fällt dieses Vorgehen ausser Betracht, würde dies doch faktisch auf eine (unzulässige) Abgebotsrunde hinauslaufen. Vorliegend verbleiben bei dieser Ausgangslage deshalb einzig die Möglichkeit des Ausschlusses des Angebots der Mitbeteiligten infolge der Abweichung von den Vorgaben des Projektbeschriebs und der Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin oder der Abbruch des Vergabeverfahrens gemäss den Voraussetzungen von Art. 43 IVöB. Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [BeiG IVöB]). Das BeiG IVöB ist seit dem 1. Oktober 2023 in Kraft (RRB Nr. 826/2023 vom 28. Juni 2023). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren, dem ein am 10. Februar 2024 eröffnetes Einladungsverfahren zugrunde liegt, gilt demnach neues Recht. Somit gelangen die Art. 51 ff. IVöB sowie § 3 BeiG IVöB zur Anwendung. Anwendbar ist sodann im Weiteren die Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO). Nach § 3 Abs. 1 BeiG IVöB ist gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB, wozu auch der Zuschlag zählt (lit. e), unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig.

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 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9). Gemäss Auswertung erzielte die Mitbeteiligte mit 76,1 Punkten die höchste Gesamtbewertung. Das Angebot der Beschwerdeführerin rangiert bei einem Rückstand von 13,5 Punkten mit 62,6 Punkten auf Rang 2. Mit der Beschwerde macht die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht eine unzulässige Abänderung des Leistungsverzeichnisses durch die Mitbeteiligte geltend, was zu deren Ausschluss führen müsse. Würde die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge durchdringen, hätte sie als zweitplatzierte Anbieterin eine realistische Chance auf den Zuschlag. Die Beschwerdelegitimation ist mithin zu bejahen. Da die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei mit dem Projektbeschrieb vom 13. Februar 2024 konkret eine Modulanzahl von 260 Stück vorgegeben worden. Eine Abänderung auf 304 Stück sei unzulässig. Nach Treu und Glauben hätten die Anbietenden von der ausgeschriebenen Anzahl Solarmodule ausgehen müssen. Alle anderen Unternehmen, die eine Offerte eingereicht hätten, hätten die ausgeschriebene Anzahl angeboten. Im Beurteilungsbogen würden denn unter dem Titel Wirtschaftlichkeit entsprechend der installierten Leistung Punkte vergeben. Gemäss aktuellem Markt variierten die Standard-Module zwischen einer Leistung von 390 W bis 470 W. Entsprechend wäre eine maximale Leistung bei einer Modulanzahl von 260 Stück von 122,2 kWp möglich. Unter der Bewertung W1 wäre somit das Maximum von 60 Punkten zu erwarten. Das Leistungsverzeichnis gelte als verbindlich. Eine Unternehmervariante sei nicht zulässig. Wäre die Möglichkeit, eine Unternehmervariante einzureichen, allen Anbietenden kommuniziert worden, hätte die Mitbeteiligte voraussichtlich nicht mehr das wirtschaftlichste Angebot erzielt. Die Anpassung der Modulanzahl werde mittels eines alternativen Sicherungssystems begründet. Allerdings sei auch dieses im Projektbeschrieb vom 13. Februar 2024 als Seilsicherung definiert. Somit wäre das Geländersystem nicht zulässig resp. hätte allen die Möglichkeit gewährt werden müssen, ein solches einzuplanen. Weiter sei zu beachten, dass bei einem permanenten Gelände eine sehr starke Verschattung der Solarmodule im Randbereich zu erwarten sei. Diese Verschattung reduziere den Anlageertrag.

E. 3.2

Die Gemeinde Uetikon am See führt dazu aus, dass im Projektbeschrieb die Anzahl Module mit 260 Stück und die Absturzsicherung mit einer permanenten Seilsicherung vorgeschlagen werde. Im durch den Anbietenden auszufüllenden Leistungsverzeichnis seien sowohl die Pos. 3.1, PV-Module, als auch die Pos. 3.10, Absturzsicherung über die ganze Dachfläche, als gelb hinterlegte Felder markiert. Es sei somit im Leistungsverzeichnis ersichtlich, dass die gelb hinterlegten Felder vom Unternehmen auszufüllen seien und somit auch angepasst werden könnten. Falls bei den Anbietenden

diesbezüglich Unklarheiten aufgetaucht wären, hätten diese innerhalb der vorgegebenen Frist eine Frage einreichen können. Die Vergabekriterien und Bewertungsmatrix seien mit dem Projektbescrieb klar dargelegt worden und während des Verfahrens unverändert geblieben. Eine Unternehmervariante werde in der gesamten Dokumentation zur Ausschreibung nicht ausgeschlossen. Es sei deshalb den Unternehmen überlassen gewesen, eine solche vorzuschlagen. Es liege weder eine unzulässige Abänderung des Leistungsverzeichnisses durch die Mitbeteiligte noch eine Ungleichbehandlung der Anbietenden vor. Damit liege kein Grund vor, die Mitbeteiligte auszuschliessen. Die Berücksichtigung der Unternehmervariante der Mitbeteiligten sei aufgrund des öffentlichen Interesses an einer möglichst leistungsfähigen PV-Anlage im Sinn der Gemeinde. Die Behauptung, dass das Gelände eine signifikante Leistungsminderung der Anlage verursache, sei stark übertrieben. Es seien detaillierte Verschattungsberechnungen durchgeführt worden, die eine vernachlässigbare Minderung bestätigten.

E. 3.3

Gemäss Art. 44 Abs. 1 IVöB kann der Auftraggeber einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihm bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass auf den betreffenden Anbieter, seine Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe einer der folgenden Sachverhalte zutrifft: a. sie erfüllen die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr, oder der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens wird durch ihr Verhalten beeinträchtigt; b. die Angebote oder Anträge auf Teilnahme weisen wesentliche Formfehler auf oder weichen wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung ab; c. es liegt eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers oder wegen eines Verbrechens vor; d. sie befinden sich in einem Pfändungs- oder Konkursverfahren; e. sie haben Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption verletzt; f. sie widersetzen sich angeordneten Kontrollen; g. sie bezahlen fällige Steuern oder Sozialabgaben nicht; h. sie haben frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt oder liessen in anderer Weise erkennen, keine verlässlichen und vertrauenswürdigen Vertragspartner zu sein; i. sie waren an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt, und der dadurch entstehende Wettbewerbsnachteil der anderen Anbietenden kann nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden; j. sie wurden nach Art. 45 Absatz 1 von künftigen öffentlichen Aufträgen rechtskräftig ausgeschlossen. Vorliegend ist ein Ausschluss gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB zu prüfen. 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; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 6.1; 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 3.1; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen).

E. 3.4

Werden in den Ausschreibungsunterlagen Angaben zur Bewertung gemacht, so sind sie in der Folge für die Vergabebehörde verbindlich. Für die Bewertung sind die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Kriterien so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (VGr, 21. Dezember 2022, VB.2022.00388, E. 3.2 mit Hinweisen).

E. 3.5

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Projektbeschrieb bezüglich der Anzahl Module und bezüglich der Absturzsicherung mit einer permanenten Seilsicherung, wie von der Gemeinde Uetikon am See ausgeführt, als Vorschlag zu verstehen ist. Im Projektbeschrieb wird bezüglich dieser zwei Punkte Folgendes festgehalten: Module 260 Stk, monokristallin Absturzsicherung Seilsicherung permanent, Leistungsteil Solarteure. Es wird nicht darauf hingewiesen, dass von diesen Vorgaben abgewichen werden darf. Zwar sind Ziff. 3.1, PV-Module, und Ziff. 3.10, Absturzsicherung über die ganze Dachfläche, im durch die Anbietenden auszufüllenden Leistungsverzeichnis als gelb hinterlegtes Feld markiert mit der Folge, dass dieses Feld von den Anbietenden ausgefüllt werden konnte. Aufgrund des Wortlauts des Leistungsverzeichnisses mussten die Anbietenden jedoch davon ausgehen, dass es sich um eine Vorgabe handelt, von welcher nicht abgewichen werden darf. Im Projektbeschrieb wurde die Anzahl der Module klar festgelegt, ohne Hinweis auf die Zulässigkeit eines Abweichens. Dasselbe gilt für die permanente Seilsicherung. Entsprechend haben drei der vier teilnehmenden Anbietenden 260 PV-Module offeriert. Hinzu kommt, dass in dem von der Gemeinde Uetikon am See eingereichten Leistungsverzeichnis die Zahl mit 260 Stück bereits vorausgefüllt war. Es handelt sich somit um von der Vergabestelle vorgegebene Parameter (technische Spezifikationen), welche sie in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen fixiert hat. Grundsätzlich haben die Anbietenden diese Parameter zwingend in ihren Angeboten zu übernehmen, um nicht den Ausschluss vom Vergabeverfahren zu riskieren. Das Angebot der Mitbeteiligten weicht von den Vorgaben des Projektbeschriebs bezüglich der vorgegebenen Anzahl Module und bezüglich der Absturzsicherung ab. Dabei handelt es sich um eine wesentliche Abweichung. Neben der veränderten Absturzsicherung werden 44 Module mehr offeriert. Dies zeigt sich auch darin, dass das Angebot der Mitbeteiligten Fr. 43'438.70 bzw. 28,4 % teurer ist als dasjenige der Beschwerdeführerin. Ein Ausschluss der Mitbeteiligten wäre daher grundsätzlich gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB zulässig.

E. 3.6

Da die Vergabestelle keinen Ausschluss der Mitbeteiligten verfügt hat, ist zu prüfen, ob es sich um eine zulässige Unternehmervariante handelt.

E. 3.6.1

Als Variante gilt nach Art. 33 Abs. 2 BeiG IVöB jedes Angebot, mit dem das Ziel der Beschaffung auf andere Art als vom Auftraggeber vorgesehen erreicht werden kann. Die Mitbeteiligte änderte den Leistungsinhalt bezüglich der vorgesehenen Absturzsicherung ab, indem sie anstelle der Seilsicherung ein Geländer vorsah, wodurch eine Belegung mit Solarmodulen bis an den Dachrand und damit eine grössere Anlage (304 Module anstelle der vorgegebenen 260 Module) möglich wurde. Es handelt sich dabei um eine Variante im Sinn von Art. 33 Abs. 2 BeiG IVöB.

E. 3.6.2

Den Anbietenden steht es nach Art. 33 Abs. 1 BeiG IVöB frei, zusätzlich zum Angebot der in der Ausschreibung beschriebenen Leistung Varianten vorzuschlagen. Der Auftraggeber kann diese Möglichkeit in der Ausschreibung beschränken oder ausschliessen. Inwiefern das vorliegende Fehlen eines Grundangebots zum Ausschluss führen muss (als zumindest nicht zwingend erachtet dies Claudia Schneider Heusi, Vergaberecht in a nutshell, 2023, S. 153 f.), kann offenbleiben, da die Beschwerde aus einem anderen Grund gutzuheissen ist:

E. 3.6.3

Vorliegend hat die Vergabestelle mit dem Angebot der Mitbeteiligten von der Unternehmervariante erfahren und den übrigen Anbietenden keine Gelegenheit gegeben, ihre Offerten mit Blick auf die neue Umschreibung des Leistungsinhalts zu ergänzen (zu diesem Erfordernis VGr, 17. Mai 2010, VB.2010.00171, E. 4.1.2; 1. November 2006, VB.2005.00514, E. 4.2.3; 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.2.2 [Leitsatz: RB 2004 Nr. 45] = BEZ 2004 Nr. 70; 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 8c). Bei der von der Mitbeteiligten angebotenen Variante handelt es sich in den Abweichungspunkten um eine Leistungsänderung ohne Originalität (zu diesen Kriterien Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 773) und die Behörde hätte nicht darauf verzichten können, den übrigen Anbietenden diese Gelegenheit zu geben. Nachdem nunmehr vorliegend die Beschwerdeführerin den offerierten Preis der Mitbeteiligten kennt, fällt dieses Vorgehen ausser Betracht, würde dies doch faktisch auf eine (unzulässige) Abgebotsrunde hinauslaufen. Vorliegend verbleiben bei dieser Ausgangslage deshalb einzig die Möglichkeit des Ausschlusses des Angebots der Mitbeteiligten infolge der Abweichung von den Vorgaben des Projektbeschriebs gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. b IVöB und der Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin oder der Abbruch des Vergabeverfahrens unter den Voraussetzungen von Art. 43 IVöB.

E. 4

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der angefochtene Zuschlagsentscheid der Beschwerdegegnerin vom 2. Juli 2024 aufzuheben. Die Sache ist zum Neuentscheid an die Vergabebehörde zurückzuweisen, wobei entweder die Mitbeteiligte auszuschliessen und der Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen ist (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33) oder das Vergabeverfahren abubrechen ist, sofern die Voraussetzungen von Art. 43 IVöB erfüllt sind.

E. 5

Die Verfahrenskosten sind ausgangsgemäss der in der Hauptsache unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

E. 6.1

Für den Bau einer Gründach-Photovoltaikanlage mit 120 kWp müssen Module geliefert werden, was einen wesentlichen Teil des Auftragswerts ausmacht. Es sind jedoch auch Bauleistungen notwendig. Vorliegend kann jedoch auf die Feststellung verzichtet werden, welcher Leistung der Charakter als Hauptleistung und welcher derjenige als Nebenleistung zukommt. Der Auftragswert übersteigt weder den massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen bzw. Dienstleistungen im Einladungsverfahren noch denjenigen für Bauleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BöB]). Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist somit unzulässig (Art. 83 lit. f Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 lit. b BöB). Folglich kann gegen das vorliegende Urteil nur subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

E. 6.2

Beim vorliegenden Urteil handelt es sich um einen Rückweisungsentscheid. Ein solcher wird grundsätzlich als Zwischenentscheid qualifiziert, der sich nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) weiterziehen lässt (BGE 134 II 137 E. 1.3.2).

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