


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2019.00285

Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 26.09.2019
 Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
 Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
 Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: Submission

Stichworte:

[NACHTRÄGLICHE ANGEBOTSÄNDERUNG](#)
[NACHTRÄGLICHE PREISANPASSUNG](#)
[OFFERTPRÄSENTATION](#)
[RÜCKWEISUNG](#)
[SUBMISSIONSVERFAHREN](#)
[TREU UND GLAUBEN](#)
[VERGLEICHBARKEIT DER ANGEBOTE](#)

Rechtsnormen:

Art. 11 lit. c IVöB
 Art. 18 Abs. I IVöB
 § 24 Abs. IV SubmV
 § 29 Abs. II SubmV
 § 30 SubmV
 § 31 SubmV

Publikationen:

- keine -

Nachträgliche Einladung zur Projektüberarbeitung an bestimmte Anbieterinnen.

Die Beschwerdegegnerin lud drei Anbieterinnen, nicht aber die Beschwerdeführerin, zu einer Überarbeitung der Offerteingaben ein (E. 3).

Im Vergaberecht gilt der Grundsatz der Unveränderlichkeit der Angebote nach deren Einreichung, wobei eine nachträgliche Änderung in den engen Grenzen von Berichtigung und Erläuterung möglich ist. Vorliegend ging es aber nicht um eine nachträgliche Präzisierungen untergeordneter Nebenpunkte. So hat die Mitbeteiligte eine durchaus markante Projektänderung (von einem dreigeschossigen Punktbau zu einem zweigeschossigen Zeilenbau) vorgenommen. Da die hier durchgeführte Überarbeitungsrunde in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen war, erweist sie sich als vergaberechtswidrig (E. 4.1).

Die Sachlage und die Missachtung grundlegender vergaberechtlicher Prinzipien gebieten eine Wiederholung des Verfahrens (E. 6).

Teilweise Gutheissung.

Verwaltungsgericht
 des Kantons Zürich
 1. Abteilung



VB.2019.00285

Urteil

der 1. Kammer

vom 26. September 2019

Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiber José Krause.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Stadt Winterthur Departement Bau, Amt für Städtebau, vertreten durch Stadt Winterthur, RA C, vertreten durch RA D und/oder RA E,

Beschwerdegegnerin,

und

F AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Die Stadt Winterthur eröffnete mit Publikation vom 5. Oktober 2018 ein offenes Submissionsverfahren zur Planung und Ausführung von Modulbauten durch eine Totalunternehmerin (Rahmenvertrag Schulhauspavillons). Nach Vorprüfung der eingegangenen Offerten lud die Stadt Winterthur am 20. Dezember 2018 drei der fünf zugelassenen Anbieterinnen

zur Präsentation ein und hernach auch zur Überarbeitung ihrer Projekte. Mit Beschluss vom 3. April 2019 erteilte die Stadt Winterthur den Zuschlag im Betrag von Fr. 2'465'808.- an die F AG. Am 25. April 2019 erfolgte die schriftliche Mitteilung des Ergebnisses an die Beteiligten.

II.

Mit Beschwerde vom 6. Mai 2019 gelangte die A AG an das Verwaltungsgericht und beantragte, den Vergabeentscheid aufzuheben und die Sache zur korrekten Durchführung des Submissionsverfahrens an die Stadt Winterthur zurückzuweisen; eventualiter sei das Verfahren abubrechen und zur Neuausschreibung an die Stadt Winterthur zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. In prozessualer Hinsicht beantragte die A AG, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Präsidialverfügung vom 7. Mai 2019 wurde der Stadt Winterthur ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt. Die Stadt Winterthur beantragte mit Beschwerdeantwort vom 7. Juni 2019, die Beschwerde und das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Die F AG hat sich nicht vernehmen lassen. Mit Replik vom 10. Juli 2019 hielt die A AG an ihren Anträgen fest. Mit Präsidialverfügung vom 22. Juli 2019 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt. Am 19. August 2019 erfolgte die Duplik der Stadt Winterthur.

Die Kammer erwägt:

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 revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

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).

Die Beschwerde richtet sich namentlich gegen die durchgeführte Überarbeitungsrunde, zu der die Beschwerdegegnerin drei der Anbieterinnen, nicht aber die Beschwerdeführerin zugelassen hatte. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchdringen, so besteht eine realistische Chance auf eine Wiederholung des Submissionsverfahrens, bei dem sich die Beschwerdeführerin wiederum beteiligen könnte. Ihre Legitimation ist deshalb zu bejahen. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.

Wie eingangs dargelegt, lud die Beschwerdegegnerin am 20. Dezember 2018 drei Anbieterinnen zu einer Überarbeitung der Offerteingaben ein. Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll betreffend "Nachbesserung" vom 31. Januar 2019 reduzierten sich in der Folge die Angebotspreise bei der Mitbeteiligten von Fr. 10'125'963.70 auf Fr. 9'743'386.- und bei der Firma G AG von Fr. 12'060'084.90 auf Fr. 11'892'262.-; fast unverändert blieb das Angebot der H AG mit einem bereinigten Betrag von Fr. 12'008'121.-. In der nachfolgenden Angebotsauswertung rangierte die Mitbeteiligte vor der G AG auf Platz 1; das Angebot der nicht zur Überarbeitung eingeladenen Beschwerdeführerin erreichte Platz 5.

Die Beschwerdeführerin rügt namentlich die Durchführung der Überarbeitungsrunde mit bloss einem Teil der Anbietenden und mit der Gelegenheit zu Abänderung und Nachverhandlungen als nicht ausschreibungskonform. Bei der Zulassung zur Überarbeitung sei allein der Preis berücksichtigt worden. Dabei sei das Preiskriterium stärker gewichtet worden als mit der vorgesehenen Gewichtung von 40 %.

4.

Im Vergaberecht gilt der Grundsatz der Unveränderlichkeit der Angebote nach deren Einreichung (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 312 Rz. 710; § 24 Abs. 4 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]).

4.1 Dennoch ist eine nachträgliche Änderung in den engen Grenzen von Berichtigung und Erläuterung möglich, insbesondere auch zur Bereinigung der Angebote (Galli et al., S. 312 ff.; § 29 Abs. 2 und § 30 SubmV).

4.1.1 Diese Grenze ist vorliegend überschritten: Im Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 20. Dezember 2018 wurden die drei bereits zur Präsentation zugelassenen Anbieterinnen zu einer Überarbeitung der Offerten eingeladen. Abgesehen von ausführlichen konkreten Hinweisen zur Verbesserung der einzelnen Projekte wurde auf die Möglichkeit hingewiesen, die Projekte hinsichtlich Layout und Modulgrössen anzupassen; in diesem Fall sei es möglich, (auch) den Preis linear anzupassen; diese Möglichkeit stehe nur bei einer Volumenkorrektur oder bei einer ausgewiesenen Leistungsänderung zur Verfügung; Änderungen müssten vom Anbieter konkret und transparent benannt werden.

4.1.2 Wohl macht die Beschwerdegegnerin – insbesondere mit Blick auf das Institut der Bereinigung – geltend, die Angebote seien nur schwer vergleichbar gewesen, weshalb die drei (preisgünstigsten) Anbietenden aufgefordert worden seien, ihr Angebot zu präzisieren. Die Beschwerdegegnerin vermochte jedoch keineswegs aufzuzeigen, dass die Durchführung der Überarbeitungsrunde für eine Bereinigung im Sinn einer Vergleichbarmachung der Offerten nötig gewesen wäre.

Wie etwa der Titelzusatz im zweiten Offertöffnungsprotokolls zeigt, ging es nicht primär um eine Präzisierung, sondern vielmehr um eine "Nachbesserung" der drei Offerten. Gemäss Jurybericht vom 25. März 2019 wurde nach Eingang der drei nachgebesserten Offerten generell der "grosse Fortschritt gewürdigt, den alle drei Teams in der Überarbeitung erlangten". Dies wird etwa auch dadurch illustriert, dass gerade beim Projekt der Mitbeteiligten unter anderem eine Änderung der Formation von einem dreigeschossigen Punktbau zu einem zweigeschossigen Zeilenbau erfolgt ist, also eine durchaus markante Projektänderung. Es ging nicht um nachträgliche Präzisierungen untergeordneter Nebenpunkte. Hinzu kommt, dass angesichts der zugelassenen Überarbeitung nicht zuverlässig geprüft werden kann, in welchem Bezug Preis- und Leistungsanpassungen erfolgt sind. So hielt der Jurybericht bezüglich der Mitbewerberin G AG explizit fest, dass die Anpassung der Baukosten nicht linear sei und deshalb nur summarisch beurteilt werden könne.

4.1.3 Zwar wurde mit der Durchführung der Überarbeitungsrunde nicht ein unlimitierter Spielraum zur Anpassung und Abänderung der Angebote geöffnet (vgl. in diesem Sinn VGr, 6. August 2018, VB.2018.00350, E. 4). Indessen ist nicht nur die Durchführung einer unzulässigen (versteckten) Abgebotsrunde (Art. 11 lit. c IVöB; § 31 SubmV), für die vorliegend einige Anhaltspunkte bestehen, sondern auch die hier durchgeführte Überarbeitungsrunde zur Verbesserung der Projekte vergaberechtswidrig. Letztere mag zwar allenfalls zulässig sein, wenn die Ausschreibungsunterlagen eine Überarbeitungsrunde in Aussicht gestellt haben. Eine solche Überarbeitungsmöglichkeit haben die hier infrage stehenden Submissionsbedingungen jedoch nicht vorgesehen.

4.2 Sinngemäss scheint die Beschwerdegegnerin als Grund für die Überarbeitung auch geltend zu machen, dass keine der Anbietenden die verlangten Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen erfüllt habe. Dem widersprechen jedoch die weiteren Ausführungen in der Beschwerdeantwort gemäss S. 21 Rz. 63. Es wäre aber ohnehin nicht nachvollziehbar, dass und inwiefern die Angebote zwingende Anforderungen der Ausschreibung erst nach der Überarbeitung erfüllt hätten. Mit ihrem Vorgehen hat die Vergabebehörde auch die Grenzen einer solchermaßen motivierten Überarbeitungsrunde überschritten.

4.3 Insgesamt erweist sich die durchgeführte Überarbeitungsrunde damit als rechtswidrig und angesichts der Nichtzulassung der Beschwerdeführerin zur Überarbeitung als rechtsungleich.

5.

Die Beschwerdegegnerin wendet zusätzlich ein, die Beschwerdeführerin habe ihr Beschwerderecht verwirkt, weil sie keine Einwände gegen ihre Nichtzulassung zur Präsentation erhoben habe.

5.1 Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 3.7; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.2; 24. November 1999, VB.98.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10; Galli et al., N. 667 f.; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Eine solche Obliegenheit anzunehmen, rechtfertigt sich nach der Praxis allerdings nur bei offensichtlichen Mängeln. Dies ist etwa der Fall, wenn gerügt wird, wegen Mängeln der Ausschreibungsunterlagen habe von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren durchgeführt werden können (VGr, 2. März 2017, VB.2016.00778, E. 3.2; 23. November 2001, VB.2001.00016, E. 4b). Ein Anbieter kann nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn er den Mangel tatsächlich festgestellt hat oder bei gehöriger Vorsicht hätte feststellen können (VGr, 3. April 2014, VB.2013.00758, E. 2.4.1). Angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3).

5.2 Die Beschwerdegegnerin weist zutreffend darauf hin, dass es in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen war, nach der Vorprüfung "eine Präsentationsrunde mit den zugelassenen Bietern, die Aussicht auf den Zuschlag haben", durchgeführt wird. Somit musste es der Beschwerdeführerin nach der Absage bezüglich der Präsentation klar sein, dass sie nach Auffassung der Vergabebehörde für den Zuschlag nicht mehr infrage kam.

Indessen konnte sie nicht beurteilen, ob die Vorinstanz diese Annahme zu Recht getroffen hatte oder nicht und ebenso wenig musste sie damit rechnen, dass eine unzulässige Überarbeitungsrunde geplant war. Mit anderen Worten: Es lässt sich der Beschwerdeführerin nicht vorwerfen, sie habe die Mängel im Verfahren tatsächlich festgestellt oder hätte diese bei gehöriger Vorsicht feststellen können. Dies wäre wie gesehen Voraussetzung, um die Rüge einer Anbieterin auf dem Rechtsweg nicht mehr zu behandeln (VGr, 3. April 2014, VB.2013.00758, E. 2.4.1).

Dementsprechend ist die infrage stehende Rüge gegen die durchgeführte Überarbeitungsrunde im vorliegenden Beschwerdeverfahren zuzulassen.

6.

6.1 Da sich die Rüge wie gesehen als begründet erweist, ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung der Beschwerdegegnerin vom 3. April 2019 bzw. vom 25. April 2019 aufzuheben.

Angesichts des Verstosses der Vergabebehörde gegen den Grundsatz der Unabänderlichkeit der Angebote und angesichts des rechtsungleichen Vorgehens rechtfertigt sich eine Wiederholung des Verfahrens (vgl. VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.00612, E. 5; 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 7). Davon wäre nur abzusehen, wenn mit dem Zuschlag an die Mitbeteiligte eine mögliche Benachteiligung der Beschwerdeführerin im Ergebnis ausgeschlossen werden könnte. Dies trifft indessen nicht zu: Angesichts der weitreichend zugelassenen Projektänderungen ist es im Gesamtkontext denkbar, dass die Beschwerdeführerin bei Teilnahme an der Überarbeitungsrunde das Angebot im Vergleich zu den anderen Anbietenden in verschiedener Hinsicht hätte verbessern können, wie dies auch der Mitbeteiligten möglich war.

6.2 Allerdings wäre es angesichts der durchgeführten Überarbeitungsrunde mit dem Resultat verbesserter Projekte unergiebig, über den Zuschlag nun unter allen fünf Anbietenden retrospektiv aufgrund deren ursprünglichen Offerten zu entscheiden. Die Sachlage sowie die Missachtung grundlegender vergaberechtlicher Prinzipien gebietet es vielmehr in Anwendung von Art. 18 Abs. 1 IVöB, die Angelegenheit entsprechend dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin zur Neuausschreibung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

7.

Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung der Sache gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend (BGr, 28. April 2014, 2C_846/2013, E. 3.2; VGr, 28. August 2014, VB.2014.00106, E. 2.3, je mit Hinweisen). Die Verfahrenskosten sind deshalb der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Sie ist überdies zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für den gerechtfertigten Beizug der Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

8.

Der Auftragswert für den Rahmenvertrag beträgt rund Fr. 10 Mio. und übersteigt damit den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Bauwerke (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]). Gegen dieses Urteil ist daher 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.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Zuschlagsverfügung der Beschwerdegegnerin vom 3. bzw. 25. April 2019 aufgehoben. Die Sache wird im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 12'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 270.-- Zustellkosten,
Fr. 12'270.-- Total der Kosten.
 3. Die Kosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
 4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.- zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils.
 5. Gegen dieses Urteil kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
 6. Mitteilung an ...
-