


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2022.00577

Entscheidart und - datum: Endentscheid vom 24.11.2022

 Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
 Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
 Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: Submission

Stichworte:

[AUSSCHLUSS](#)
[ERMESSEN](#)
[GRUNDANGEBOT](#)
[SUBMISSIONSRECHT](#)
[VARIANTENANGEBOT](#)

Rechtsnormen:

Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB

Publikationen:

- keine -

Zulässigkeit von Varianten; Erfordernis eines Grundangebots.

Den Anbietenden steht es gemäss der verwaltungsgerichtlichen Praxis grundsätzlich frei, eine Variante einzureichen. Ihre Zulässigkeit darf nur eingeschränkt werden, wenn dies sachlich begründet wird – etwa in den Ausschreibungsunterlagen. Eine Variante ohne gleichzeitiges Grundangebot führt nicht generell zum Ausschluss der Anbieterin aus dem Verfahren. Bei Ablehnung der Variante – die in weitem Rahmen im Ermessen der Vergabebehörde liegt – verbleibt dann aber kein Angebot des betreffenden Anbieters, das in die Auswertung einbezogen werden kann (E. 3.1).

Zumal von der Beschwerdegegnerin keine sachlichen Gründe für den Ausschluss von Varianten dargetan wurden bzw. werden, lässt sich der Ausschluss der (gesamten) Offerte der Beschwerdeführerin nicht auf – die ohnehin widersprüchliche – Ziff. 17 des Angebotsdokuments stützen (E. 3.3).

Die Beschwerdeführerin hat sich im Rahmen ihrer Offerte zum Grundangebot nicht ausdrücklich geäussert und hat im Zusammenhang damit, dass sie – unter Verweis auf ihren technischen Bericht – nur einen einzigen Preis offerierte, die Lesart der Beschwerdegegnerin zumindest in Kauf genommen. Die Beschwerdegegnerin überschritt ihren Ermessensspielraum nicht, indem sie davon ausging, dass nur ein einziges (Varianten-)Angebot eingereicht wurde und sich der Wille der Beschwerdeführerin zu einer "gemeinsame[n] Projektrealisierung" auf dieses Angebot beschränkte (E. 3.4).

Abweisung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2022.00577

Urteil

der 1. Kammer

vom 24. November 2022

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichter Lukas Widmer,
Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiber Jonas Alig.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Stadt Zürich,

Beschwerdegegnerin,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Mit Ausschreibung vom 8. Juli 2022 eröffnete die Stadt Zürich, Amt für Hochbauten, Bereich Finanzen und Dienste, ein offenes Submissionsverfahren hinsichtlich des Bauauftrags "BAV 80689 Schulanlage im Isengrind (unter Vorbehalt der Kreditgenehmigung)" mit dem Vertragsgegenstand "201 Baugrubenaushub inkl. BKP 17 Spez. Foundationen". Innert Eingabefrist ergingen acht Angebote, darunter jenes der A AG für Fr. 4'216'939.65. Mit Verfügung vom 19. September 2022 wurde die A AG wegen Missachtung der wesentlichen Formerfordernisse aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

II.

Dagegen erhob die A AG am 29. September 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, die Ausschlussverfügung sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin – aufzuheben und die Beschwerdeführerin sei zum Vergabeverfahren zuzulassen. Eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie die – superprovisorische – Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Zudem beantragte sie, der Beschwerdegegnerin sei als vorsorgliche Massnahme der Abschluss des Vertrags – ebenfalls superprovisorisch – zu untersagen. Ausserdem beantragte sie, ihr sei Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll, – soweit bereits ergangen – in den Zuschlagsentscheid sowie in die übrigen Verfahrensakten zu gewähren, soweit Letztere nicht der Geheimhaltung unterstellt werden.

Mit Präsidialverfügung vom 30. September 2022 wurde der Beschwerdegegnerin das Weiterführen des Verfahrens, die Erteilung des Zuschlags sowie der Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt.

Am 5. Oktober 2022 ersuchte die Beschwerdegegnerin um eine Fristerstreckung bis 24. Oktober 2022. Mit Beschwerdeantwort vom 21. Oktober 2022 beantragte sie, die Beschwerde sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin – vollumfänglich abzuweisen. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei umgehend abzuweisen.

Mit Präsidialverfügung vom 26. Oktober 2022 wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht mangels Rechtserheblichkeit für das vorliegende Verfahren abgewiesen. Der Beschwerdegegnerin wurde weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, das Verfahren weiterzuführen, den Zuschlag zu erteilen oder den Vertrag abzuschliessen.

Mit Replik vom 4. November 2022 verzichtete die Beschwerdeführerin auf den Antrag, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei. Sie beantragte neu, dass der

Beschwerdegegnerin als vorsorgliche Massnahme die Fortführung des Vergabeverfahrens, die Erteilung des Zuschlags und der Abschluss des Vertrags zu untersagen sei. Im Übrigen hielt sie an ihren Anträgen fest.

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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959, VRG).

Die Beschwerdeführerin hat gemäss dem Offertöffnungsprotokoll – selbst, wenn man den Pauschalrabatt, der sich gemäss der Beschwerdeführerin nur auf die Variante und nicht auf das behauptete Grundangebot bezieht, unberücksichtigt lässt – das tiefste Angebot eingereicht. Erweisen sich ihre Einwände gegen den Verfahrensausschluss als begründet, hätte sie somit eine realistische Chance, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen.

Nachdem die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.

Die Beschwerdegegnerin begründet den Ausschluss der Beschwerdeführerin damit, dass es sich bei ihrem Angebot um eine unzulässige finanzielle und technische Variante handle, wohingegen ein separates Grundangebot nicht eingereicht worden sei.

3.1 Der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) fehlt (wie zuvor der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 [aSubmV]) – abgesehen davon, dass sie in § 13 lit. d

und § 27 Abs. 2 SubmV im Zusammenhang mit der Ausschreibung bzw. der Offertöffnung erwähnt werden – eine explizite Regelung betreffend Varianten.

Den Anbietenden steht es gemäss der verwaltungsgerichtlichen Praxis grundsätzlich frei, eine Variante einzureichen. Dass Varianten zulässig sein müssen, ergibt sich bereits aus dem Gebot des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel. Der Vergabebehörde können aufgrund von Varianten bisher nicht erkannte Realisierungsmöglichkeiten bekannt gemacht werden, die kostensparender oder technisch ausgereifter sind als der eigene Amtsvorschlag (VGr, 5. Oktober 2012, VB.2012.00176, E. 6.1; 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 8c = BEZ 2000 Nr. 25, E. 8c; vgl. auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, 766 ff.). Ihre Zulässigkeit darf nur eingeschränkt werden, wenn dies sachlich begründet wird – etwa in den Ausschreibungsunterlagen (VGr, VGr, 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 6.1.1; vgl. VGr, 27. März 2013, VB.2012.00655, E. 6.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 749, N. 754 f.).

Eine Variante ohne gleichzeitiges Grundangebot führt – jedenfalls, sofern kein besonderer Fall vorliegt, bei dem ein solches aus Gründen der Vergleichbarkeit erforderlich ist – nicht generell zum Ausschluss der Anbieterin aus dem Verfahren (VGr, 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.1; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 753). Bei Ablehnung der Variante – die in weitem Rahmen im Ermessen der Vergabebehörde liegt – verbleibt dann aber kein Angebot des betreffenden Anbieters, das in die Auswertung einbezogen werden kann (VGr, 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.1). Somit hat das Angebot als unvollständig zu gelten, was nach geltender Vergabepaxis zum Ausschluss der Anbieterin führt (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00212, E. 4a/bb).

3.2 Im von der Beschwerdegegnerin vorgegebenen Angebotsdokument hiess es unter Ziff. 17 "Varianten und Optionen":

"Das Grundangebot ist stets einzureichen. Finanzielle Varianten (Angebot global/pauschal), sind unter Ziff. 19 einzutragen.

Finanzielle Varianten sind zugelassen: ja nein

Technische Varianten sind zugelassen: ja nein

Technische Varianten und Optionen sind ausdrücklich als solche zu bezeichnen und zusätzlich zum Grundangebot einzureichen. Die technischen Varianten werden, falls sie die Mindestanforderungen erfüllen, qualitativ beurteilt. Ansonsten werden die technischen Varianten ausgeschlossen.

Folgende Optionen sind von der Anbieterin/vom Anbieter separat zu offerieren:

...

...

□...".

3.3 Zumal von der Beschwerdegegnerin keine sachlichen Gründe für den Ausschluss von Varianten dargetan wurden bzw. werden, lässt sich der Ausschluss der (gesamten) Offerte der Beschwerdeführerin nicht auf – die ohnehin widersprüchliche – Ziff. 17 des Angebotsdokuments stützen.

Die Beschwerdeführerin macht hingegen zu Recht nicht geltend, dass die Beschwerdegegnerin die Variante hätte berücksichtigen müssen bzw. nicht hätte ablehnen dürfen.

3.4 Mithin ist deshalb für den Ausgang des Verfahrens entscheidend, ob die Beschwerdeführerin neben der *nicht berücksichtigten* Variante überhaupt ein Grundangebot eingereicht hat.

Weicht ein Angebot von den Ausschreibungsunterlagen ab, so muss die Abweichung für die Rechtfertigung eines Ausschlusses von einer gewissen Schwere bzw. nicht unwesentlich sein (Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 471). Auch besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie ein unvollständiges Angebot von der Vergabe von vornherein ausschliessen oder aber die fehlenden Angaben und Unterlagen nachträglich noch einholen bzw. vorhandene Unklarheiten durch entsprechende Rückfragen beseitigen will (VGr, 25. Juli 2019, VB.2019.00075, E. 4.5; 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3.3.2; 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 6.1 und 6.2 mit Hinweisen). Die Tendenz in Lehre und Rechtsprechung geht denn auch dahin, in Beachtung des Gleichbehandlungsgebots in solchen Fällen eine strenge Haltung einzunehmen und auch in nur geringem Masse unvollständige Angebote konsequent von der Vergabe auszuschliessen. Von einem überspitzten Formalismus ist eher dann auszugehen, wenn der Mangel auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen oder ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist, als wenn er von diesem bewusst in Kauf genommen wurde (VGr, 7. März 2012, VB.2011.00581, E. 4.1 mit Hinweisen). In das Ermessen der Vergabebehörde greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG).

Die Beschwerdeführerin offerierte nur einen einzigen Preis: Unter Ziff. 17 mit dem Titel "Detaillierte Eingabesumme" des Angebotsdokuments unterbreitete die Beschwerdeführerin ihr Angebot – unter Verweis auf den technischen Bericht unter Berücksichtigung eines Pauschalrabatts von Fr. 350'000.- – zu einem Nettopreis inklusive MWST von Fr. 4'216'939.65. Im technischen Bericht legte die Beschwerdeführerin Details zur Ausführungsvariante "Optimierte Baugrubensicherung" mit einer zweifach statt dreifach rückverankerten Rühlwand ohne Longarine dar. Zudem führte sie aus: "Im Falle einer gemeinsamen Projektrealisierung würde die Abrechnung der NPK des Spezialtiefbaus, NPK 162 und NPK 164, als Pauschale gemäss Angebot erfolgen. [D]er sich aufgrund der Optimierung ergebende Pauschalrabatt würde von [d]ieser abgezogen werden" (Technischer Bericht). Zwar wurde der Bruttopreis gemäss dem Leistungsverzeichnis

ohne die Pauschale berechnet. Indes wurde die Pauschale auch im Leistungsverzeichnis zur Berechnung des (einen) offerierten Nettopreises herangezogen (Leistungsverzeichnis). All dies erweckte den Eindruck, dass nur ein einziges (Varianten-)Angebot vorlag. Diesem Eindruck widersprechende Ausführungen finden sich in der Offerte nicht. Dementsprechend wurde von der Beschwerdeführerin auch nur ein einziger Terminplan eingereicht (Bauzeitenplan).

Es trifft nach dem Gesagten – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – nicht zu, dass das Grundangebot "klar und unmissverständlich" offeriert wurde. Die Beschwerdeführerin hat sich im Rahmen ihrer Offerte zum Grundangebot nicht ausdrücklich geäußert und hat im Zusammenhang damit, dass sie – unter Verweis auf ihren technischen Bericht – nur einen einzigen Preis offerierte, die Lesart der Beschwerdegegnerin zumindest in Kauf genommen. Die Beschwerdegegnerin überschreitet ihren Ermessensspielraum nicht, indem sie davon ausging, dass nur ein einziges (Varianten-)Angebot eingereicht wurde und sich der Wille der Beschwerdeführerin zu einer "gemeinsame[n] Projektrealisierung" auf dieses Angebot beschränkte (Technischer Bericht).

3.5 Der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren erweist sich damit als rechtmässig.

4.

Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um vorsorgliche Massnahmen gegenstandslos.

5.

5.1 Die Beschwerde ist abzuweisen.

5.2 Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und es steht ihr eine Parteientschädigung nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten. Letztere ist ihrer Begründungspflicht bereits mit der Ausschlussverfügung hinreichend nachgekommen. Der ihr im Beschwerdeverfahren entstandene Aufwand ist daher uneingeschränkt als besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG zu qualifizieren.

6.

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Bauleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB]). 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, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. f BGG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 10'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 95.-- Zustellkosten,
Fr. 10'095.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- 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 die Parteien.

