


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2018.00183

Stichworte:

Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 07.06.2018
 Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
 Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
 Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: Submission

[ANFORDERUNG](#)
[AUSSCHLUSS](#)
[GLEICHBEHANDLUNGSGEBOT](#)
[GLEICHWERTIGES PRODUKT](#)
[NACHTRÄGLICHE ANGEBOTSÄNDERUNG](#)
[RÜCKFRAGEN](#)
[SUBMISSIONSRECHT](#)
[TREU UND GLAUBEN](#)

Vergabe von Brandschutztooren: Abweichung von den Anforderungen; nachträgliche Angebotsänderung.

Art. 5 Abs. III BV
 Art. 1 Abs. III IVöB
 § 24 Abs. I SubmV
 § 24 Abs. IV SubmV

Rechtsnormen:

Publikationen:

- keine -

Angebote dürfen nach Ablauf der Eingabefrist nicht mehr geändert werden. Für die Beurteilung massgebend sind die Angaben und Unterlagen in der Offerte (E. 4.1.1). Rückfragen durch die Vergabebehörde zur Erläuterung oder Präzisierung eines Angebots sind gestattet, sofern sie nicht zu einer nachträglichen Änderung oder Ergänzung führen, welche den Rahmen der Vorschriften von § 29 und 30 SubmV sprengt (E. 4.1.2).

Für die Erfüllung der Zuschlagskriterien berücksichtigte die Beschwerdegegnerin die Variante "Drehfalttor", auf die sich Beschwerdegegnerin und Mitbeteiligte im Unternehmungsgespräch offenbar einigten, nachdem das ursprünglich offerierte Produkt die Anforderungen nicht erfüllt hatte. Die Mitbeteiligte hat nach Ablauf der Eingabefrist ein anderes Produkt angeboten und ihre Offerte in diesem Punkt nachträglich abgeändert. Die Zuschlagserteilung für das geänderte Angebot ist unzulässig (E. 4.2.2).

Gutheissung und Rückweisung zur Zuschlagserteilung.

Verwaltungsgericht
 des Kantons Zürich
 1. Abteilung



VB.2018.00183

Urteil

der 1. Kammer

vom 7. Juni 2018

Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiberin Laura Diener.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA E,

Beschwerdeführerin,

gegen

Stadt Zürich, Amt für Hochbauten,

Beschwerdegegnerin,

und

B AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Die Stadt Zürich, Amt für Hochbauten, schrieb am 15. September 2017 den Bauauftrag BKP 273.5: Brandschutztore aus Holz im Submissionsverfahren BAV 40182: Alterszentrum Wolfswinkel aus. Innert Frist offerierten vier Unternehmen die Arbeiten mit Preisen zwischen Fr. 273'303.50 (Angebot der B AG) und Fr. 389'908.20. Die A AG reichte ein Angebot über Fr. 358'481.95 ein. Am 12. März 2018 erteilte die Stadt Zürich den Zuschlag an die B AG zum bereinigten Betrag von Fr. 272'544.35.

II.

Dagegen gelangte die A AG mit Beschwerde vom 23. März 2018 an das Verwaltungsgericht und beantragte, den Zuschlag an die B AG aufzuheben und an sie zu erteilen. In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um Einsicht in die Vergabeakten.

Mit Präsidialverfügung vom 27. März 2018 wurde der Beschwerdegegnerin ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 18. April 2018 beantragte die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen sowie eine Parteientschädigung zulasten der Beschwerdeführerin. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Sodann begründete sie teilweise Geheimhaltungsinteressen an den eingereichten Unterlagen.

Das vorläufige Verbot betreffend Vergabe beziehungsweise Vertragsschluss wurde in der Präsidialverfügung vom 23. April 2018 aufrechterhalten. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin teilweise Einsicht in die Vergabeakten gewährt.

Mit Replik vom 8. Mai 2018 erneuerte die Beschwerdeführerin ihre mit Beschwerde gestellten Anträge und ersuchte um Einsicht in sämtliche Beilagen der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin vom 17. April 2018.

Ihre Duplik reichte die Beschwerdegegnerin am 24. Mai 2018 mit unveränderten materiellen Begehren ein. Die mitbeteiligte Zuschlagsempfängerin hat sich zu keiner Zeit vernehmen lassen.

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

2.

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 Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

2.2 Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, das angebotene Produkt der mitbeteiligten Zuschlagsempfängerin weiche von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen ab und hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Es handle sich dabei um eine gemäss Ausschreibung unzulässige Variante und nicht um einen gleichwertigen Unternehmensvorschlag. Ferner bringt sie vor, die berücksichtigte Produkteversion sei nachträglich eingereicht worden und habe zu diesem Zeitpunkt nicht über die erforderliche Zertifizierung verfügt. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchdringen, hätte sie eine realistische Chance auf Erhalt des Zuschlags. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

3.

3.1 Gegenstand der streitbetroffenen Vergabe sind gemäss Ausschreibung Brandschutztüre aus Holz. Den zugehörigen Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdegegnerin unter der Position R 499.110 den Tortyp RHT_5 gemäss Detailplan AZW_AS_DE_20.435 ausgeschrieben. Dazu hat sie folgende Anforderungen aufgestellt:

"Rahmenloses Drehfalttür ohne zusätzliche Fluchttür, inkl. elektromagnetischer Rückhaltung, selbstschliessend über bauseitige Brandfallsteuerung.

Alle Anschlüsse müssen allseitig VKF-zertifiziert sein.

Brandschutzklasse EI30.

System, Marke, Typ:

Z.B. Drehfalttür C der F AG oder gleichwertiger Unternehmensvorschlag.

Angaben Unternehmer

(Dokumentation ist zwingend der Offerte beizulegen)

.....

VKF-Nr.:

Sturzkonstruktion:

Ohne Sturzkonstruktion.

[...]"

3.2 Die Mitbeteiligte offerierte am 11. Oktober 2017 unter der Position R 499.110 für den Tortyp RHT_5 das Modell "D" mit der VKF-Nr. 01. Die zugehörige VKF Brandschutzanwendung Nr. 01 vom 13. September 2017 legte sie ihrer Offerte bei. Darin wird das Produkt als zweiflügeliges Falttor mit Fichtenholzrahmen beschrieben.

3.3 Im Protokoll zur technischen Bereinigung vom 12. Dezember 2017 vermerkte die Beschwerdegegnerin, der Türtyp RHT_5 würde gemäss Offertbeschreibung als rahmenloses Drehfalttor aufgeführt. Auf entsprechende Rückfrage habe die Mitbeteiligte bestätigt, dass ihr Produkt sämtliche Anforderungen einhalten könne, ohne dass der Bauherrschaft Mehrkosten entstünden. Sodann hielt die Beschwerdegegnerin im Protokoll zum Unternehmengespräch vom 25. Januar 2018 zu den Tor-Typen RHT_3 und RHT_5 fest, die Mitbeteiligte um Nachweis der Gleichwertigkeit zu ersuchen. Ein solcher habe mit den Produkteunterlagen zum Produktvorschlag für die Drehfalttören, welche dem Angebot sowie der technischen Bereinigung beigelegt worden seien, noch nicht erbracht werden können. Die ausgeschriebenen Anforderungen gemäss Position R 499.110 müssten zwingend eingehalten werden. Ergänzend führt die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort aus, die Mitbeteiligte habe im Nachgang zum Unternehmengespräch bei der Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen (VKF) die Variante Drehfalttor beantragt. Damit erachtete die Beschwerdegegnerin Ausschreibungsbedingungen als erfüllt bzw. den Nachweis eines gleichwertigen Unternehmervorschlags als erbracht.

4.

4.1 Die Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen haben zum Ziel, einen echten, fairen und transparenten Wettbewerb zu gewährleisten, in welchem alle Anbietenden gleichbehandelt werden (vgl. Art. 1 Abs. 3 IVöB). In vergaberechtlichen Verfahren sind insbesondere das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Die Vergabebehörde hat sich sodann ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu verhalten (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]). Den Formvorschriften kommt im Submissionsrecht insofern ein hoher Stellenwert zu, als sie wichtige Vergabeprinzipien – namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot – sichern (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 287 f., Rz. 662).

4.1.1 Gemäss § 24 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) müssen die Angebote innerhalb der Frist schriftlich, durch direkte Übergabe oder per Post vollständig bei der in der Ausschreibung genannten Stelle eintreffen und dürfen nach Ablauf der Frist nicht mehr geändert werden (§ 24 Abs. 4 SubmV). Für die Beurteilung massgebend sind die Angaben und Unterlagen in der Offerte (vgl. VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.00456, E. 4.3.4; 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 5.3).

4.1.2 Rückfragen durch die Vergabebehörde zur Erläuterung oder Präzisierung eines Angebots sind gestattet, sofern sie nicht zu einer nachträglichen Änderung oder Ergänzung führen, welche den Rahmen der Vorschriften von § 29 und 30 SubmV sprengt (statt vieler, VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.00612, E. 4.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 198 ff. Rz. 438 ff., S. 313 N. 711). Zulässig ist einzig die Berichtigung offensichtlicher Rechnungs- und Schreibfehler (§ 29 Abs. 2 SubmV). Dass ein offensichtlicher Fehler vorliegt, darf aufgrund der Missbrauchsgefahr nicht leichthin angenommen werden. Daher müssen für die Annahme eines offensichtlichen Fehlers unlautere Absichten des den Fehler verantwortenden Bieters ausgeschlossen werden können. Im Übrigen ist für den Inhalt der Offerte und die sorgfältige Ausarbeitung des Angebots grundsätzlich jeder Bieter selbst verantwortlich (VGr, 7. Mai 2015, VB.2015.00081, E. 4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 320 N. 729).

4.2 Vorliegend hat die Vergabebehörde im Leistungsverzeichnis für den Türtyp RHT_5 ein rahmenloses Drehfalttor ohne zusätzliche Fluchttür und Sturzkonstruktion samt VKF-Zertifikat und Dokumentation verlangt (vgl. E. 3.1). Das von der Mitbeteiligten angebotene Produkt wird indessen im miteingereichten VKF-Zertifikat nicht als rahmenloses Drehfalttor, sondern als Falttor mit Rahmen bezeichnet (vgl. E. 3.2). Aufgrund dieser Bezeichnung war es zulässig, wenn sich die Beschwerdegegnerin diesbezüglich erkundigte. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, führte das darauffolgende Vorgehen allerdings zu einer unzulässigen Änderung des Angebots.

4.2.1 Im Rahmen der technischen Bereinigung ging die Vergabebehörde gestützt auf die Offerte davon aus, dass die Mitbeteiligte ein Schiebfalttor offeriert hat. Dem widersprach die Mitbeteiligte nicht und teilte als Antwort mit, dass sie das Falttor (auch) als Drehfalttor liefern könne. Im Unterschied zur Beschwerdeführerin hat die Mitbeteiligte kein Drehfalttor offeriert. Gegenteilige Hinweise ergeben sich auch aus dem Produktebeschrieb in der Offertbeilage keine. Sodann hat es die Mitbeteiligte unterlassen, die Gleichwertigkeit des offerierten Produkts mit dem Amtsvorschlag "Drehfalttor" nachzuweisen. Die ursprüngliche Offerte ist daher zu Recht unberücksichtigt geblieben (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 335 N. 759).

4.2.2 Für den Zuschlag berücksichtigte die Beschwerdegegnerin das Produkt "Drehfalttor", auf das sich Beschwerdegegnerin und Mitbeteiligte im Unternehmergespräch offensichtlich einigten, nachdem das ursprünglich offerierte Produkt den Anforderungen nicht genügt hatte. Aus diesem Grund wurde denn auch die nachträgliche Beantragung eines entsprechenden VKF-Zertifikats erforderlich. Somit ergibt sich, dass die Mitbeteiligte nach Ablauf der Eingabefrist ein anderes Produkt angeboten und ihre Offerte in diesem Punkt nachträglich abgeändert hat. Nachträgliche Änderungen der Offerte stellen eine Verletzung der vergaberechtlichen Vorschriften von § 24 Abs. 1 und 4 SubmV dar, welche in der Regel deren Ausschluss zur Folge hat. Ein offensichtlicher (Schreib-)Fehler bei der Offertstellung oder dergleichen, was einen Ausschluss als unverhältnismässig erscheinen liesse, liegt nicht vor. Die Abänderung der Offerte war daher nicht zulässig. Dementsprechend hätte das abgeänderte Angebot nicht berücksichtigt werden dürfen. Folglich versties die Beschwerdegegnerin durch die Zuschlagserteilung nach Änderung des

Angebots gegen das submissionsrechtliche Gleichbehandlungsgebot sowie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 1 Abs. 3 IVöB und Art. 5 Abs. 3 BV.

4.3 Die Beschwerdegegnerin führt im Beschwerdeverfahren aus, (auch) das Angebot der Beschwerdeführerin habe einen Rahmen aufgewiesen. Soweit sie damit suggerieren will, (auch) die Beschwerdeführerin habe die Anforderungen nicht erfüllt, kann ihr nicht gefolgt werden: Die Beschwerdeführerin hat in der Replik unwidersprochen und nachvollziehbar dargelegt, sie habe die Drehfalttür "C der FAG" offeriert, also genau das, was die Beschwerdegegnerin ausgeschrieben habe. Dass in den Offertbeilagen im Zusammenhang mit dem Konstruktionsbeschrieb "Rahmenelemente" erwähnt werden, ändert nichts daran. Es ergibt sich aus den Produkteinformationen, welche die Beschwerdeführerin der Offerte beigelegt hat, dass sie das Produkt "C" als "Rahmenlose Türen" anbietet.

4.4 Zusammenfassend liegt eine Verletzung der vergaberechtlichen Vorschriften von § 24 Abs. 1 und 4 SubmV vor und versties das Vorgehen der Beschwerdegegnerin gegen das submissionsrechtliche Gleichbehandlungsgebot sowie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 1 Abs. 3 IVöB und Art. 5 Abs. 3 BV. Demzufolge ist der angefochtene Zuschlag in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Da das Angebot der Beschwerdeführerin nach dem Ausschluss der Mitbeteiligten an erster Stelle steht und keine weiteren Abklärungen erforderlich sind, hat die Vergabe an sie zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

5.

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. 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 daher der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Beschwerdegegnerin ist überdies zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für ihre Umtriebe im Beschwerdeverfahren auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

6.

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Bauaufträge nicht (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 steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Vergabeentscheid der Stadt Zürich vom 12. März 2018 aufgehoben. Die Sache wird an die Stadt Zürich zurückgewiesen, um den Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen.
 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 3'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 130.-- Zustellkosten,
Fr. 3'130.-- Total der Kosten.
 3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
 4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils.
 5. Gegen dieses Urteil kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
 6. Mitteilung an
-