Kanton Zug

Buch GVP 2013

Kanton Zug

Buch GVP 2013

Inhalt

1.1.6 Submissionsrecht 3

1.1.6 Submissionsrecht

§ 26 lit. i der Submissionsverordnung vom 20. September 2005 (SubV, BGS 721.53)
Regeste:

§ 26 lit. i der Submissionsverordnung vom 20. September 2005 (SubV, BGS 721.53) – Ein Anbieter, der das Hauptangebot nicht vollständig und ohne jede Veränderung von Text und Ausmass ausfüllt und der bei allen Eventual- bzw. per-Positionen keine Einheitspreise einsetzt, wird zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen (Erw. 4). Ebenfalls ein Ausschlussgrund ist die Abänderung der Gültigkeitsdauer des Angebots. Akteneinsicht und Verletzung des rechtlichen Gehörs? (Erw. 5)

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 29. Oktober 2012 reichte die A AG im Rahmen eines Einladungsverfahrens bei der Gemeindeverwaltung B ein Angebot für die Sanitäranlagen, BKP 250, für die Überbauung C mit einer Eingabesumme von Fr. 385’500.– ein. Mit Verfügung vom 7. November 2012 schloss die Vergabebehörde die A AG vom Submissionsverfahren aus. Zur Begründung des Ausschlusses führten sie aus, die Positionen 254.0 (Kaltwasser) und 254.1 (Warmwasser und Zirkulation) würden nicht der Ausschreibung entsprechen. Der Einsatz von nichtrostendem Stahl (1.4401) sei unterlassen worden. Bei der diesbezüglichen Offerte würden die Kosten für die Mehr- und/oder Minderkosten der Versorgungsleitungen sowie der zwingend erforderlichen Brandschutzisolation für die Feuerlöschleitungen fehlen. Weiter wird darauf hingewiesen, dass nachträgliche Änderungen des Angebots ebenso unzulässig seien wie nachträgliche Verhandlungen.

B. Gegen diese Verfügung liess die A AG am 19. November 2012 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die Ausschlussverfügung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen vollumfänglich aufzuheben. In prozessualer Hinsicht wird beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren.

C. Mit Vernehmlassung vom 3. Dezember 2012 lässt die Vergabebehörde beantragen, die Beschwerde sei unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

4. Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob die Beschwerdeführerin zu Recht oder zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden ist.

a) Gemäss § 26 lit. i der Submissionsverordnung vom 20. September 2005 (SubV, BGS 721.53) kann eine Anbieterin oder ein Anbieter vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn sie oder er wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine nicht abschliessend gehaltene Generalklausel in Kombination mit einem Beispielkatalog von Ausschlussgründen. Die Vergabebehörden sind verpflichtet, bei gegebenen Voraussetzungen einen Anbieter bzw. dessen Angebot vom Submissionsverfahren auszuschliessen. Sie sind aber auch verpflichtet, auf geringfügige Formfehler hinzuweisen und zu deren Beseitigung beizutragen. Dieser Möglichkeit des Einholens von zusätzlichen Informationen sind jedoch wegen der für das Vergabeverfahren wichtigen Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter, der unparteiischen Vergabe sowie der Sicherstellung der Transparenz enge Grenzen gesetzt. Das gilt auch dann, wenn dadurch ein günstiges Angebot nicht berücksichtigt werden kann (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 267, mit Verweis auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich, VB 2006.00131, Erw. 5.3.3). Zu beachten ist weiter, dass den Formvorschriften im Submissionsrecht ein hoher Stellenwert zukommt. Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und den entsprechenden Unterlagen nicht entspricht, verletzt das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und ist daher

grundsätzlich auszuschliessen. Vorbehalten bleibt aber das Verbot des überspitzten Formalismus (vgl. hierzu Art. 29 BV). Es steht aber nicht jede prozessuale Formstrenge mit dem verfassungsmässigen Verbot des überspitzten Formalismus im Widerspruch, sondern nur diejenige, die durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit muss ein Ausschlussgrund eine gewisse Schwere aufweisen. Dies bedeutet umgekehrt, dass ein Verhalten mit Bagatellcharakter in der Regel keinen Ausschluss rechtfertigt. Ein Anbieter, der mit seinem Angebot Formvorschriften verletzt, die mit dem Zweck aufgestellt wurden, die Angebote nachvollzieh- und vergleichbar zu machen, muss aber vom Verfahren ausgeschlossen werden.

b) In Ziff. 221 der Ausschreibungsunterlagen ist festgehalten, dass das Hauptangebot ohne Veränderung von Text und Ausmass vollständig ausgefüllt, unterzeichnet und termingerecht einzureichen sei. Bezüglich der Eingabeform wird in Ziff. 231 der Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass das Angebot, einschliesslich «Erklärung/Bestätigung» und «Unternehmerblatt» auf dem von der Auftraggeberin abgegebenen Original in Papierform schriftlich, vollständig und termingerecht der Gemeindeverwaltung B in einem verschlossenen Couvert einzureichen sei. In Ziff. 270 sind die Ausschlussgründe aufgeführt. Dort ist festgehalten, dass derjenige vom Verfahren ausgeschlossen werde, der nicht die Originalofferte in Papierform einreiche (270.11). Ebenfalls ausgeschlossen werde derjenige, der ein unvollständiges Angebot einreiche (z. B. ohne «Erklärung/Bestätigung», ohne «Unternehmerblatt», ohne rechtsgültige Unterschrift, (oder) wenn Einheitspreise fehlen (270.12)). Ebenfalls ausgeschlossen werde gemäss Ziff. 270.13 derjenige, der die Originalausschreibungsunterlagen inhaltlich verändert habe (z. B. Änderungen, Ergänzungen, Streichungen jeglicher Art). Auf Seite 18 der Ausschreibungsunterlagen wird nochmals darauf hingewiesen, dass das Submissionsformular unverändert, mit allen verlangten Angaben, Daten und Preisen ausgefüllt einzureichen sei.

c) Das Hauptangebot der Beschwerdeführerin vom 26. Oktober 2012 besteht einerseits aus den Originalausschreibungsunterlagen der Vergabebehörden und andererseits aus verschiedenen Separatausdrucken, welche die Beschwerdeführerin selber erstellt und mit den Originalunterlagen kombiniert hat. Betrachtet man die einzelnen Teile des Angebots, so fällt auf, dass die Originalausschreibungsunterlagen nicht oder nur teilweise ausgefüllt sind. Als Beispiel sei auf die das Haus D betreffenden Seiten hinzuweisen. Auf den Seiten 38–84 der Originalunterlagen sind in den meisten BKP Positionen die Einheitspreise nicht aufgeführt. Für die BKP 2511 (Montage Sanitärapparate) wird im Devis der Vergabebehörde ein Betrag von Fr. 4’648.- eingesetzt. Im Separatausdruck findet sich für die gleiche Position der Betrag von Fr. 11’619.40. Für die BKP 2521 (Total Montage Waschautomaten) werden im Devis Fr. 784.– ausgewiesen, im Separatdruck der Beschwerdeführerin Fr. 1’959.–. Für die BKP 2522 (Lieferung spez. Anlage) sind im Devis der Vergabebehörde Fr. 3’734.– ausgewiesen, im Separatdruck Fr. 0.–. (. . .) Die unterschiedlichen Preise zwischen Devis und Separatausruck können für die viele Baukostenpositionen weitere weitergeführt werden (. . .) .

d) Bereits die Ergebnisse für das Haus D zeigen, wie schwierig es für die Vergabebehörden ist, im vorliegenden Fall das Angebot der Beschwerdeführerin mit den anderen Angeboten zu vergleichen. In den Originalunterlagen sind zwar gewisse Total-Positionen ausgefüllt, jedoch fehlen Detailpreise weitgehend. Besonders schwierig wird es, wenn man die Preise nur mit Hilfe von Mutmassungen bezüglich Rabatte nachvollziehen kann und auch auf diese Weise nicht in allen Fällen zu einem plausiblen Resultat gelangt. Mit ihrem «Separatausdruck» verstösst die Beschwerdeführerin in vielerlei Hinsicht gegen die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Eingabeform. Das Angebot wurde nicht im Original ausgefüllt, denn auf den Originalunterlagen fehlen die Einheitspreise, was von den Vergabebehörden ausdrücklich als Ausschlussgrund bezeichnet wurde. Deutlich wird von den Vergabebehörden verlangt, dass das Submissionsformular unverändert, mit allen verlangten Angaben, Daten und Preisen ausgefüllt einzureichen sei. Es würde in der Tat von der Vergabebehörde einen unverhältnismässigen Aufwand verlangen, wenn sie die Preisangaben der Anbieterinnen und Anbieter in den verschiedenen Unterlagen «zusammensuchen» müsste. Im Angebot der Beschwerdeführerin ist weiter zu beanstanden, dass verschiedentlich Einheitspreise in ihrem Separatausdruck von Hand nachgetragen wurden. Diese Handeinträge wurden jedoch bei der Addition der Einheitspreise und damit auch bei den jeweiligen BKP-

Totalbeträgen, welche inkl. Rabatte ins Devis übertragen wurden, nicht berücksichtigt. Allein bei der das Haus K betreffenden Kostenaufstellung ergibt dies einen Betrag von fast Fr. 7'700.– Diese Beträge hat die Beschwerdeführerin zwar mittels Handeintrag ausgewiesen, jedoch nicht in ihren Gesamtbetrag miteinbezogen.

e) Die Frage, ob die Beschwerdeführerin bei ihrem Angebot unter der Kategorie Nr. 2540.260 (Rohre und Formstücke für Pressverbindungen) nicht rostenden Stahl (1.4401) oder das Produkt JRG Sanipex MT berücksichtigt hat, kann letztlich offenbleiben. Im Verzeichnis der Fabrikate bei Änderungen (Ausschreibungsunterlagen S. 83) hatten die Anbieterinnen und Anbieter – nach BKP, Mat. Nr., Fabrikat sowie Mehr-/Minderpreis aufgegliedert – anzugeben, ob ihre vorgeschlagenen Fabrikate von den Fabrikaten gemäss Auszug abweichen würden. Hierzu führte die Beschwerdeführerin auf S. 83 der Originalunterlagen unter Bezugnahme auf die Seite 46 des Devis bei der BKP 254.0 aus, dass sie als neues Fabrikat JRG Sanipex MT anbiete. Statt der verlangten Auskünfte über den Mehr-/Minderpreis brutto exkl. MwSt führte sie an: «dito bessere Qualität». Ohne klaren Hinweis darauf, welche preislichen Auswirkungen dieser Wechsel des Fabrikats haben würde, ist dieser so gut wie wertlos und führt höchstens zu Unklarheiten. Man weiss in der Tat nicht, welches Fabrikat die Beschwerdeführerin nur vorschlägt und welches sie gerechnet hat, nachdem die entsprechenden Angaben im OriginalDevis fehlen. Mit Bezug auf die Klärung der Frage, ob die Beschwerdeführerin nun nicht rostenden Stahl oder Sanipex offeriert hat, ist ihr Angebot zumindest als unklar zu bezeichnen. Hätten die Vergabebehörden hierüber Klarheit gewünscht, so hätten sie zusätzliche Informationen von der Beschwerdeführerin einholen müssen, was jedoch unzulässig gewesen wäre.

f) Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin darauf verzichtet hat, die Detailpositionen der Ausschreibungsunterlagen auszufüllen, und dafür zum Teil einen eigenen Separatausdruck verwendet hat. Dieser Separatausdruck ist einerseits nicht vollständig und enthält andererseits Handeintragungen, welche bei der Addition der jeweiligen Kosten für die einzelnen BKP nicht berücksichtigt wurden. Der Übertrag in die originalen Ausschreibungsunterlagen erfolgte in Form von Beträgen, bei denen zum Teil schon die Rabatte eingetragen waren, ohne aber diese Rabatte in allen Positionen korrekt auszuweisen oder zu berechnen. Das Angebot der Beschwerdeführerin entspricht klar nicht den Vorgaben der Ausschreibung, welche unmissverständlich verlangt hatten, dass das Hauptangebot vollständig und ohne jede Veränderung von Text und Ausmass ausgefüllt, unterzeichnet und termingerecht einzureichen sei. Ausdrücklich war auch verlangt worden, bei allen Eventual- bzw. per-Positionen die Einheitspreise einzusetzen. Dies hat die Beschwerdeführerin beim Hauptangebot offensichtlich nicht getan und damit einen Ausschlussgrund im Sinne von Ziff. 270.12 der Ausschreibungsunterlagen gesetzt. Mit ihrem Separatausdruck hat sie auch die Originalausschreibungsunterlagen inhaltlich verändert, was ebenfalls als Ausschlussgrund zu betrachten ist. Die Beschwerdegegnerinnen lassen zutreffend feststellen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin wegen fehlender Systematik, Übersichtlichkeit und Nachvollziehbarkeit auch für eine Fachperson unzumutbar gewesen sei. Auf alle Fälle entspricht das Angebot der Beschwerdeführerin nicht den Originalausschreibungsunterlagen. Dies erstaunt insofern, als die Forderung nach Eingabe des Originalangebots nicht nur in den Ausschreibungsunterlagen klar festgelegt wurde, sondern die Parteien mit der Einladung zur Offertstellung auch nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen wurden, das Angebot mit Einzelpreisen zu versehen. Zu beachten ist schliesslich, dass das Angebot der Beschwerdeführerin auch noch aus einem anderen Grund hätte ausgeschlossen werden müssen. Gemäss den klaren Vorgaben auf S. 1 der Ausschreibungsunterlagen wurde für die Gültigkeit des Angebots eine Frist von sechs Monaten ab Einreichung des Angebots vorgeschrieben (Stichtag: Offertöffnung), d.h. das Angebot hätte bis mindestens zum 29. April 2013 Gültigkeit haben müssen. Sinn dieser Dauer der Verbindlichkeit der Angebote ist dabei, dass bei der Festsetzung der Bindungsfrist die Möglichkeit der Anfechtung des Zuschlags und die dadurch bedingte Verzögerung des Verfahrens einzurechnen ist. Die Beschwerdeführerin ihrerseits hat nun unter Ziff. D.7.1 ihres Angebots zwar einen Festpreis bis zum 31. Dezember 2013 bestätigt, jedoch erklärt sie ausdrücklich, dass ihr Angebot nur drei Monate gültig sei. Diese Verbindlichkeit für nur drei Monate wurde von Seiten der Beschwerdeführerin für alle Angebotspositionen wiederholt. Damit hat sie zusätzlich eine weitere wesentliche Grundlage des

Vergabeverfahrens nicht beachtet bzw. für sich abgeändert. Auch die Abänderung der Gültigkeitsdauer des Angebots ist an sich ein Ausschlussgrund.

5. Die Beschwerdeführerin wirft den Vergabebehörden weiter vor, sie hätten in verschiedener Hinsicht das rechtliche Gehör verletzt. Einmal erklärt sie, wenn sie vor dem Erlass der Ausschlussverfügung angehört worden wäre, so hätten sich allfällige Missverständnisse aus dem Wege räumen lassen. Womöglich wäre es gar nicht zu einem Ausschluss gekommen. In ihrer Replik lässt sie weiter geltend machen, das rechtliche Gehör sei auch dadurch verletzt, dass die Begründung der Vergabebehörden unzutreffend sei und nicht den Anforderungen entspreche, welche aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitet würden. Im Übrigen falle eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs ausser Betracht, weil sich daraus eine unzulässige Verkürzung des Instanzenzuges ergeben würde. Die Ausschlussverfügung sei schon aus diesem Grund aufzuheben. Ebenfalls verlangt die Beschwerdeführerin Einsicht in die Angebote der übrigen Anbieterinnen und Anbieter.

a) Vorerst ist die Frage der Akteneinsicht zu klären: Das Recht auf Akteneinsicht ist ein Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör, dessen Grundlage sich in Art. 29 Abs. 2 BV und in § 15 VRG findet. Die Einsicht in die für das Verfahren wesentlichen Unterlagen ist Voraussetzung dafür, dass die Beteiligten ihre Parteirechte wahrnehmen, insbesondere Beweisanträge stellen und sich zu den rechtserheblichen Punkten äussern können. Die Akteneinsicht im Submissionsverfahren vor den Vergabebehörden und im submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht richtet sich nach dem § 16 VRG. Gemäss § 16 Abs. 1 VRG haben die Parteien Anspruch auf Einsicht in die Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Im Submissionsverfahren wird die Vertraulichkeit der eingereichten Offerten durch Art. 11 lit. g IVöB und § 17 Abs. 1 SubV garantiert. Die jeweiligen Angebote der Mitbewerber geniessen den Schutz als Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse. Der unterlegene Bewerber hat grundsätzlich nur Anspruch auf Bekanntgabe jener Elemente, die von Gesetzes wegen zur Begründung des Zuschlags angeführt werden müssen. Diese Regelung kann nicht durch das blosse Einlegen eines Rechtsmittels umgangen werden, weshalb die unmittelbar durch die Verfassung gewährleisteten Minimalgarantien für das besonders geartete Verfahren der Submission auch im Rechtsmittelstadium regelmässig keinen Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten gewähren (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 28. September 2011, VB 2011.00361 mit Verweis auf BGE vom 2. März 2000, 2P.274/1999, Erw. 2c/aa). Im vorliegenden Fall haben die Vergabebehörden das Angebot der Beschwerdeführerin ausgeschlossen, weil sie die originalen Offertunterlagen einerseits abgeändert und andererseits nicht den Vorgaben entsprechend ausgefüllt hat. Es ist unter diesen Umständen nicht einzusehen, aus welchen Gründen sie Einblick in die Angebote der anderen Anbieterinnen und Anbieter erhalten müsste. Dies wäre allenfalls dann erforderlich, wenn Grund zu der Annahme bestehen würde, dass diese den Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen ebenfalls nicht entsprechen würden. Für eine solche Annahme fehlen jedoch jede Anhaltspunkte. Die Einsicht in die Angebote und damit in die Kalkulationsgrund-lagen der Mitbewerberinnen und Mitbewerber würde der Beschwerdeführerin im Hinblick auf andere Vergaben und Offerten einen unzulässigen Vorteil verschaffen. Die gewünschte Akteneinsicht kann somit nicht gewährt werden.

b) Die Frage, ob dem betroffenen Anbieter vor dem Ausschluss seines Angebots das rechtliche Gehör zu gewähren ist, kann nicht für jeden Fall gleich beantwortet werden. Unter Umständen ist die Vergabebehörde verpflichtet, im Sinne einer Gewährung des rechtlichen Gehörs auf geringfügige Formfehler hinzuweisen und zu deren Beseitigung beizutragen, weil sich ein Ausschluss vom Verfahren nur bei wesentlichen Mängeln eines Angebots rechtfertigt. Grundsätzlich sind aber dem weiteren Einholen von fehlenden Angaben zur Behebung von Mängeln eines Angebots wegen der für das Submissionsverfahren wichtigen Grundsätze der Gleichbehandlung aller Anbietenden, der unparteiischen Vergabe sowie der Sicherstellung der Transparenz des Vergabeverfahrens Grenzen gesetzt. Weist ein Angebot klare Fehler auf und würde deren Behebung grössere Abänderungen des ursprünglichen Angebots mit sich bringen, so erweist sich ein zu diesem Zweck gewährtes rechtliches Gehör sogar als vergaberechtswidrig. Als Beispiele für die Notwendigkeit einer Rückfrage gelten die fehlende Unterschrift, das versehentliche Nichteinreichen von im Angebot erwähnten Beilagen oder die Aufklärung über

Unklarheiten, die sich aus widersprüchlichen Ausschreibungsunterlagen ergeben können (vgl. hierzu Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O. Rz. 263 ff.). Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um irgendwelche nebensächlichen Formalien, denn die Beschwerdeführerin hat nicht nur die Originalunterlagen zum grösseren Teil nicht in verlangter Weise ausgefüllt, sondern zusätzlich noch einen Separatausdruck in das Angebot verarbeitet, und zudem eine verkürzte Geltungsdauer ihres Angebots festgelegt. Unter diesen Umständen waren die Vergabebehörden nicht gehalten, zu diesen Fehlern vor dem Ausschluss das rechtliche Gehör zu gewähren.

c) Was die ungenügende Begründung der Ausschlussverfügung betrifft, so ist auf die gesetzlichen Regelungen von Art. 11 lit. h IVöB und § 36 SubV zu verweisen. Gemäss § 36 Abs. 2 SubV sind die Verfügungen summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Die IVöB verlangt eine kurze Begründung. Auf Gesuch hin gibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber den nicht berücksichtigten Anbieterinnen und Anbietern insbesondere bekannt: a) das angewendete Vergabeverfahren; b) den Namen der berücksichtigten Anbieterin oder des berücksichtigten Anbieters; c) den Preis des berücksichtigten Angebots; d) die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung; e) die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots. Die Kurzbegründung gemäss § 36 Abs. 2 SubV und die erst auf ausdrückliches Verlangen hin zu erteilenden Auskünfte machen nach dem Willen des Gesetzgebers zusammen die genügende Begründung im Sinne von § 29 Abs. 2 BV aus. Weiter ist zu beachten, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs im Submissionsverfahren auch im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels geheilt werden könnte, weil dem Verwaltungsgericht hier die volle Überprüfungsbefugnis zukommt. In der angefochtenen Ausschlussverfügung haben die Vergabebehörden summarisch dargelegt, aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen wurde. In ihren Rechtsschriften haben die Vergabebehörden diese Gründe nochmals detailliert dargelegt und die Beschwerdeführerin konnte dazu Stellung nehmen. Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen ungenügender Begründung vor.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. März 2013 V 2012 / 150