

WBE.2011.405 / MW / jb

Art. 7

Urteil vom 27. Februar 2012

Besetzung Verwaltungsrichter Winkler, Präsident
 Verwaltungsrichter Gysi
 Verwaltungsrichterin Lang
 Gerichtsschreiber Wildi

Beschwerde- A._____,
führerin

gegen

Einwohnergemeinde B._____,
handelnd durch den Gemeinderat

Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend Submission

 Entscheid des Gemeinderats B._____ vom 17. November 2011

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

Im Zusammenhang mit der Sanierung und Aufstockung des Schulhauses "C._____" schrieb die Einwohnergemeinde B._____ die Lüftungsanlagen (BKP 244) im offenen Verfahren öffentlich aus (vgl. Amtsblatt des Kantons Aargau vom ____). Innert Eingabefrist wurden sieben Angebote mit Netto-Eingabesummen (unbereinigt) zwischen Fr. 404'693.60 und Fr. 629'826.65 (inkl. MWSt) eingereicht. Mit Beschluss vom 31. Oktober 2011 vergab der Gemeinderat B._____ die Arbeiten zum Preis von Fr. 443'827.00 an die D._____. Mit Verfügung vom 17. November 2011 wurde der A._____, die anderweitige Auftragsvergabe mitgeteilt.

B.

1.

Mit Eingabe vom 28. November 2011 erhob die A._____ beim Verwaltungsgericht Beschwerde mit folgenden Anträgen:

"a)

Derjenige, der den Zuschlagsentscheid bekommen hat, durfte eine Preis-anpassung vornehmen. Wir wollen unseren Preis ebenfalls anpassen.

b)

Dieser Entscheid wird verlangt, damit alle Beteiligten gleich behandelt werden."

2.

Mit Beschwerdeantwort vom 9. Dezember 2011 beantragte die Vergabestelle:

"1.

Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

2.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Gunsten der Vergabestelle."

3.

Die D._____ hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt (vgl. Ziff. 3 der Verfügung des Kammerpräsidenten vom 30. November 2011).

C.

Das Verwaltungsgericht hat den Fall am 27. Februar 2012 beraten und entschieden.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

1.

1.1.

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen letztinstanzliche Entscheide der Verwaltungsbehörden und, wenn vorgesehen, gegen Entscheide der Spezialverwaltungsgerichte (§ 54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 [VRPG; SAR 271.200]). Ausgeschlossen ist die Beschwerde in den Sachbereichen gemäss § 54 Abs. 2 lit. a - h VRPG. Vorbehalten bleiben sodann Sonderbestimmungen in anderen Gesetzen (§ 54 Abs. 3 VRPG). Die Beschwerde ist auch in den Fällen von Absatz 2 und 3 zulässig, wenn die Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde gerügt wird (§ 54 Abs. 4 VRPG).

1.2.

Gegen Verfügungen der Vergabestellen gemäss § 5 des Submissionsdekrets vom 26. November 1996 (SubmD; SAR 150.910) kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD).

Bei der Einwohnergemeinde B._____ handelt es sich um eine Vergabestelle im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. b SubmD.

Sind die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens gemäss § 8 Abs. 2 SubmD erreicht, was beim hier streitigen Auftrag des Baunebengewerbes klar der Fall ist (vgl. Protokoll der Offertöffnung vom 19. Oktober 2011 [Beschwerdeantwortbeilage 3]), gilt als anfechtbare Verfügung u. a. der Zuschlag (§ 24 Abs. 2 lit. b SubmD). Das Verwaltungsgericht ist somit zur Behandlung des vorliegenden Falles zuständig.

2.

Mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht können unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, geltend gemacht werden (§ 25 Abs. 2 SubmD). Die Ermessenskontrolle ist dagegen ausgeschlossen (§ 25 Abs. 3 SubmD).

II.

1.

1.1.

Die Beschwerdeführerin stellt in ihrer Beschwerde fest, dass die Auftragsvergabe (an die D._____) nicht zur Eingabesumme gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 27. Oktober 2011 erfolgt ist. Daraus schliesst sie, dass die Zuschlagsempfängerin im Gegensatz zu ihr eine Preisan-

passung vornehmen durfte und verlangt, ihren Preis aus Gründen der Gleichbehandlung ebenfalls anpassen zu können.

1.2.

Nach Darstellung der Vergabestelle hat das mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragte Ingenieurbüro E._____ bei der Prüfung der Angebote festgestellt, dass beim Angebot der D._____ zwei offerierte Produkte zum Teil nicht dem in der Submission vorgegebenen Qualitätsstandard entsprachen. Daraufhin seien diese beiden Preise für die qualitativ gleichwertigen Produkte bei der D._____ nachgefragt und von dieser nachgeliefert worden. Die beiden Preise seien in der Kostenzusammenstellung ersetzt worden, ohne dabei andere Preise oder Konditionen zu verändern. Aus diesem Grund sei es beim Angebot der D._____ im Rahmen der Offertprüfung zu einer Preiserhöhung von Fr. 404'693.60 auf Fr. 443'827.08 gekommen. Diese Korrektur sei zu Ungunsten der D._____ erfolgt. Da bei der Offerte der Beschwerdeführerin keine offensichtlichen Rechnungsfehler festgestellt worden seien und Preisverhandlungen unzulässig seien, könne bei der Beschwerdeführerin keine Preisanpassung erfolgen (Beschwerdeantwort, S. 1 f.).

2.

2.1.

Die Vergabebehörde prüft die Angebote rechnerisch und fachlich. Sie bringt sie auf eine vergleichbare Basis (§ 17 Abs. 1 SubmD). Sind Angaben eines Angebots unklar, können von den Anbietenden Erläuterungen, fachliche Präsentationen, Begehungen usw. verlangt werden, die schriftlich festzuhalten sind (§ 17 Abs. 2 SubmD). Die Vergabestelle darf offensichtliche Rechnungsfehler korrigieren (§ 17 Abs. 3 SubmD). Verhandlungen zwischen der Vergabestelle und den Anbietenden über Preise sind unzulässig (§ 17 Abs. 4 SubmD). Im freihändigen Verfahren sind Verhandlungen zulässig (§ 17 Abs. 5 SubmD).

Das Verwaltungsgericht erachtet nebst der Korrektur offensichtlicher Rechnungsfehler in eng begrenztem Rahmen auch die Berichtigung anderer eindeutig als solche erkennbarer Versehen und Irrtümer als zulässig. Die Vergabestelle ist in diesen Fällen nötigenfalls auch zu Rückfragen bei den Anbietern befugt, ohne dass sie sich allein deswegen schon den Vorwurf einer unzulässigen Abgebotsrunde aussetzt. Indessen haben solche Rückfragen mit der nötigen Zurückhaltung und Sorgfalt zu geschehen, und es sind alle Anbietenden nach gleichen Massstäben zu behandeln. Unzulässig ist es, in wesentlichen Punkten unvollständige oder mangelhafte Angebote durch Rückfragen im Rahmen der technischen Bereinigung mit den anderen Angeboten vergleichbar zu machen statt sie vom Verfahren auszuschliessen (vgl. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2003, S. 248; 1999, S. 341 ff., insbes. S. 345).

2.2.

Eingereicht wurden gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 19. Oktober 2011 (Beschwerdeantwortbeilage 3) u. a. die folgenden Netto-Angebotssummen (inkl. MWSt):

D. _____	Fr. 404'693.60
Beschwerdeführerin	Fr. 487'387.50

In den für den Zuschlag massgebenden Offertvergleich einbezogen wurden nach erfolgter Bereinigung der Angebote die folgenden Preise netto inkl. MWSt (vgl. Offertvergleich / Vergabeantrag der E. _____ vom 25. Oktober 2011 [Beschwerdeantwortbeilage 5]):

D. _____	Fr. 443'827.10
Beschwerdeführerin	Fr. 491'689.75

2.3.

Bei der Beschwerdeführerin erklärt sich der gegenüber dem Preis im Offertöffnungsprotokoll um Fr. 4'302.25 höhere bereinigte Betrag damit, dass (wie bei allen Angeboten) die Abzüge für Baureinigung, Bauwesenversicherung und Baustrom für den Preisvergleich unberücksichtigt blieben. Die Berechnung des bereinigten Preises bei der Beschwerdeführerin ist nachvollziehbar und nicht zu beanstanden.

2.4.

Im Leistungsverzeichnis waren bei den Apparaten (BKP 244.1.0) die Fabrikate beispielhaft vorgegeben (Fabrikat F. _____ beim Zuluft-Monoblock und beim Abluft-Monoblock) mit der Möglichkeit, gleichwertige Fabrikate zu wählen. Bei den Armaturen (BKP 244.1.2) konnten die Fabrikate teilweise frei gewählt werden (z. B. Schalldämpfer); teilweise gab die Vergabebehörde auch hier die Fabrikate beispielhaft vor mit der Möglichkeit, gleichwertige andere Produkte zu offerieren (Fabrikat G. _____ bei den Brandschutzklappen und Abluft-Gittern). Die Zuschlagsempfängerin machte von der im Leistungsverzeichnis (richtigerweise) eröffneten Möglichkeit Gebrauch, andere Fabrikate anzubieten (vgl. Offerte der D. _____). Das mit der Prüfung der Angebote beauftragte Ingenieurbüro E. _____ kam zum Schluss, dass zwei offerierte Produkte zum Teil nicht dem vorgegebenen Qualitätsstandard entsprachen und fragte die Preise für die qualitativ gleichwertigen Produkte bei der D. _____ nach. Mit E-Mail vom 25. Oktober 2011 teilte die Anbieterin die angepassten Preise für die Apparate und die Armaturen mit (vgl. E-Mail und Kostenzusammenstellung vom 25. Oktober 2011 [bei der Offerte der D. _____]). Bei den Apparaten erhöhte sich der Preis dadurch um Fr. 13'844.00 und bei den Armaturen um Fr. 19'084.00. Die höheren Preise dieser beiden Positionen (BKP 244.1.0 und 244.1.2) wurden in die Kostenaufstellung übernommen, was zu einem bereinigten Brutto-Preis

von Fr. 410'951.00 bzw. zu einem bereinigten Netto-Angebotspreis von Fr. 443'827.10 (netto, inkl. MWST, ohne Berücksichtigung der Abzüge für Baureinigung, Bauwesenversicherung und Baustrom) führte. Zu diesem Betrag wurde auch der Zuschlag erteilt (Verfügung des Gemeinderats B. _____ vom 17. November 2011 [Beschwerdebeilage 2]). Rechnerisch ist die Preisbereinigung ohne Weiteres nachzuvollziehen und erweist sich als korrekt.

2.5.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob es durch das nachträgliche Offerieren von Produkten mit höherem Qualitätsstandard (und entsprechend höheren Preisen) nicht zu einer unzulässigen Nachbesserung des ursprünglichen Angebots gekommen ist. Angebote, die nicht den Spezifikationen der ausgeschriebenen Leistung entsprechen oder die unvollständig sind, sind grundsätzlich als nicht ausschreibungskonform vom Vergabeverfahren auszuschliessen (AGVE 1999, S. 341 ff.; vgl. auch Hubert Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 7. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2008, S. 548 ff.). Von einem Ausschluss kann aus Gründen der Verhältnismässigkeit allerdings dann abgesehen werden, wenn ein Angebot nur unwesentlich von den Anforderungen der Ausschreibung abweicht. Zudem kommt gerade bei Fragen wie der Qualitätsbeurteilung der Vergabestelle ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Vergabestelle bzw. das beauftragte Ingenieurbüro hat die Abweichungen vom geforderten Qualitätsstandard offensichtlich als nicht derart erheblich erachtet, dass sich ein Ausschluss des ansonsten ausschreibungskonformen Angebots gerechtfertigt hätte. Die Preiserhöhung für den höheren Qualitätsstandard beträgt rund 8 % der ursprünglichen Angebotssumme; insofern ist zumindest fraglich, ob überhaupt von einer erheblichen Abweichung gesprochen werden könnte. Das Verwaltungsgericht, dem keine Ermessenskontrolle zukommt (Erw. I/2. oben), hat im vorliegenden Fall keine Veranlassung, den Verzicht auf einen Ausschluss der D. _____ und die Behebung der Abweichungen im Rahmen der technischen Bereinigung in Frage zu stellen.

3.

Für die von der Beschwerdeführerin ihrerseits geforderte Preisanpassung besteht ebenfalls keinerlei Veranlassung. Die Beschwerdeführerin selber nennt keine Gründe, die eine Preisanpassung notwendig erscheinen lassen könnten. Nach Darstellung der Vergabestelle wurden im Angebot der Beschwerdeführerin keine offensichtlichen Rechnungsfehler festgestellt (Beschwerdeantwort, S. 3). Auch aus den Vergabeakten geht nichts hervor, was eine nachträgliche Preisanpassung rechtfertigen könnte. Verhandlungen zwischen der Vergabestelle und den Anbietenden über Preise sind unzulässig (§ 17 Abs. 4 VRPG); nur im freihändigen Verfahren sind Verhandlungen zulässig (§ 17 Abs. 5 VRPG).

4.

Zusammenfassend können der Vergabestelle im Zusammenhang mit der Zuschlagserteilung an die D. _____ keine Rechtsverletzungen angelastet werden. Insbesondere liegt kein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot vor. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten der Beschwerdeführerin (§ 31 Abs. 2 VRPG).

Nicht entsprochen werden kann dem Begehren der nicht anwaltlich vertretenen Vergabestelle, es sei ihr eine Parteientschädigung für den durch die Beschwerde verursachten Zusatzaufwand zu entrichten (vgl. Beschwerdeantwort, S. 3 unten). Ersetzt werden nur die notwendigen Parteikosten, d. h. die Kosten der Vertretung oder Verbeiständung durch Anwältinnen oder Anwälte oder weitere vor Verwaltungsjustizbehörden zugelassene Vertretungen (§ 29 Abs. 1 VRPG).

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 3'000.00 sowie der Kanzleigebühr und den Auslagen von Fr 166.00, gesamthaft Fr. 3'166.00, sind von der Beschwerdeführerin zu bezahlen.

3.

Es werden keine Parteikosten ersetzt.

Zustellung an:

die Beschwerdeführerin

die Einwohnergemeinde B. _____ (Gemeinderat)

1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Dieser Entscheid kann – bei gegebenen Voraussetzungen – **innert 30 Tagen** seit der Zustellung mit **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1) und der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SR 172.056.12) oder des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR. 0.172.052.68) erreicht **und** sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG; SR 173.110]).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid das Bundesrecht oder kantonale Verfassungsrechte (Art. 95 ff. BGG) verletzt und warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **geschätzte Auftragswert** beträgt Fr. 410'951.00 (ohne MWSt).

2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Dieser Entscheid kann, soweit keine Beschwerde gemäss Ziff. 1 zulässig ist, wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten **innert 30 Tagen** seit Zustellung mit der **subsidiären Verfassungsbeschwerde** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August und vom 18. Dezember bis und mit 2. Januar. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 113 ff. BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 27. Februar 2012

Verwaltungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

i.V.

Winkler

Wildi