

V. Submissionen

30 Bereinigung der Angebote.

- Anforderungen an die Offertbereinigung.
- Transparenzgebot; Gleichbehandlungsgrundsatz (Erw. 4.2.2).
- Eine nachträgliche Abänderung eines wesentlichen Teils des Angebots sowohl in inhaltlicher als auch in preislicher Hinsicht ist unzulässig (Erw. 4.3.1).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 23. Juni 2008 in Sachen M. AG gegen das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (WBE.2008.51).

Aus den Erwägungen

4.

Zu prüfen ist zunächst, ob es beim Angebot der Zuschlagsempfängerin nach der Öffnung der Angebote zu einer unzulässigen Veränderung des Leistungsinhalts gekommen ist.

4.1.

4.1.1.

Die Vergabebehörde prüft die Angebote rechnerisch und fachlich. Sie bringt sie auf eine vergleichbare Basis (§ 17 Abs. 1 SubmD). Sind Angaben eines Angebots unklar, insbesondere bezüglich Bauabläufen und Prozessoptimierungen, so 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); einzig im freihändigen Verfahren sind Verhandlungen zulässig (§ 17 Abs. 5 SubmD). Auch Art. 11 lit. c IVöB statuiert als allgemeinen Grundsatz den Verzicht auf Abgebotsrunden. Die

Vergaberichtlinien (VRöB) aufgrund der IVöB führen dazu in § 30 unter dem Titel "Verbot von Abgebotsrunden" präzisierend aus: "Verhandlungen zwischen der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber und den Anbieterinnen oder Anbietern über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhaltes in diesem Zusammenhang sind unzulässig" (§ 30 Abs. 1 VRöB). Zulässig sind Verhandlungen im freihändigen Verfahren (§ 30 Abs. 2 VRöB).

4.1.2.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind Offertbereinigungen technischer Natur, die über die Berichtigung von Rechnungsfehlern oder anderer offensichtlicher Irrtümer und Fehler hinausgehen, aufgrund der mit ihnen verbundenen Gefahr der Wettbewerbverfälschung bzw. Begünstigung einzelner Bewerber eher zurückhaltend zu handhaben; sie dürfen auf keinen Fall zu einer Änderung des Leistungsinhaltes führen (AGVE 1999, S. 344). Das Verbot nachträglicher Offertänderungen gilt sowohl für die Anbieter als auch die Vergabestellen. Rückfragen bei den Anbietern sind, soweit erforderlich, zulässig; sie haben aber mit der nötigen Zurückhaltung und Sorgfalt zu erfolgen, und es sind alle Anbieter nach gleichen Massstäben zu behandeln. Die Offertbereinigung insgesamt und ihr Ergebnis müssen nachvollziehbar sein. Mit dem schriftlichen Festhalten soll sichergestellt werden, dass das Bereinigungsverfahren nicht für fremde Zwecke missbraucht wird; das Ergebnis der Bereinigung muss für die Mitbewerber nachvollziehbar sein, damit sie sich wehren können (vgl. Protokoll des Grossen Rates vom 26. November 1996, S. 618, Votum Küng; vgl. auch Protokoll der grossrätlichen Kommission, 3. Sitzung, vom 4. September 1996, S. 13, Voten Pfisterer; ferner VGE III/127 vom 3. September 1998 [BE.98.00168], S. 9). Unzulässig ist daher beispielsweise eine ausschliesslich telefonisch vorgenommene Bereinigung, über die keinerlei schriftliche Aufzeichnungen erstellt worden sind (AGVE 2003, S. 247 ff.; Elisabeth Lang, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltverband, Zürich / Basel / Genf 2005, S. 130).

4.2.

4.2.1.

Vorliegend steht unbestrittenermaßen fest, dass beide Angebote von den Anbieterinnen nach der Offertöffnung gestützt auf die Vorgaben der Vergabestelle sowohl inhaltlich als auch preislich verändert worden sind. Beim Angebot der Zuschlagsempfängerin ist in diesem Zusammenhang der Lieferant für die Hydraulik und die Steuerung ausgewechselt worden, und es hat auch eine sehr erhebliche Preisreduktion von rund 24 % stattgefunden. Demgegenüber haben sich die vorgenommenen Anpassungen beim Angebot der Beschwerdeführerin preislich nicht bzw. nur geringfügig im Umfang von weniger als 0,5 % ausgewirkt.

Seitens der Vergabestelle wird ausgeführt, beide Angebote hätten bezüglich der Hydraulikanlage und der Steuerung nicht den Anforderungen der diesbezüglich offenbar zu wenig präzise formulierten Ausschreibungsunterlagen entsprochen. Die Vergabestelle habe in den Submissionsunterlagen als Grundvariante eine gesteuerte Anlage verlangt, die im Vergleich zur (komplexeren, mit hoher Rechenleistung) geregelten Anlage den gestellten Anforderungen genügt hätte. Beide Anbieterinnen hätten eine geregelte Anlage angeboten und somit nicht den Submissionsunterlagen entsprochen. Beide Anbieterinnen seien im Punkt Steuerung und Hydraulik sowie weiteren Punkten von den Submissionsunterlagen wesentlich abgewichen. Aufgrund der Dringlichkeit habe sich die Vergabestelle entschieden, das Vergabeverfahren nicht von vorne zu wiederholen – dies wäre bei einem Einladungsverfahren der vorliegenden Art einem leeren Formalismus gleichgekommen –, sondern die eingeladenen Parteien unter Wahrung des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebots aufzufordern, die Offerten zu verbessern. In Fällen wie hier, wo im Einladungsverfahren kein Angebot eingereicht werde, das die Erfordernisse der Submissionsunterlagen erfülle, sei die Vergabestelle ohnehin berechtigt, den Auftrag freihändig zu vergeben.

(...)

Beiden Anbietern seien die nicht umgesetzten Anforderungen der Submissionsunterlagen vom Experten am 20. bzw. 27. November 2007 mündlich erläutert worden. Diese Erläuterungen seien nötig

gewesen, um weitere Missverständnisse in dieser technisch komplexen Sache zu vermeiden. Die Fachperson habe den Offerierenden die Anforderungen an eine genügende Offerte erklärt und in welchen Anforderungen sie ihre Eingabe zu verbessern hätten. Angaben über Konkurrenzofferten seien keine gemacht worden. Über diese Erläuterungen sei kein Protokoll erstellt worden. Die Anbieter seien so dann unabhängig voneinander schriftlich (zur Bereinigung) eingeladen worden mit genauer Angabe, was bereinigt werden solle.

4.2.2.

Zunächst steht fest, dass zwischen der Vergabestelle bzw. dem in ihrem Auftrag handelnden Experten am 20. bzw. 27. November 2007 Gespräche mit den beiden Anbieterinnen über die jeweiligen Angebote bzw. deren Inhalt geführt worden sind (Erläutern der nicht umgesetzten Anforderungen der Submissionsunterlagen). Es ist auch unbestritten, dass über diese Gespräche bzw. deren genauen Inhalt keine schriftlichen Aufzeichnungen erstellt worden sind. Insofern ist nicht nachzuvollziehen, welche Änderungen/Anpassungen die Vergabestelle bzw. der Experte von den Anbietern, insbesondere aber von der Zuschlagsempfängerin, konkret verlangt hat. Dies stellt im Hinblick auf § 17 SubmD und das Transparenzgebot klarerweise einen Fehler des Submissionsverfahrens dar (vgl. AGVE 2003, S. 248). Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die beiden Anbieterinnen mit inhaltlich identischem Schreiben vom 23. November 2007 (speidiert am 26. November 2007) schriftlich zur Überarbeitung ihrer Angebote aufgefordert worden sind. Dieses Schreiben weist folgenden Inhalt auf:

"Das Angebot entspricht bezüglich Hydraulikanlage und der Steuerung nicht den Anforderungen der Ausschreibung.

Für den Betrieb der Anlage erwarten wir eine sehr einfache Bedienung und Instandstellung. Aus diesem Grund wurden durch Eigengewicht schliessende Schützentaafeln als Sicherheitselemente spezifiziert:

- Als Zylinder werden Standard-Zylinder erwartet. Die Messtechnik soll nicht in die Zylinder eingebaut werden.
- Das Aggregat soll sehr einfach mit Handumschaltung konzipiert sein.
- Die Anlage ist in der Grundvariante nur gesteuert ausgeschrieben."

Entgegen der Behauptung der Vergabestelle kann nicht davon gesprochen werden, es seien mit diesem Schreiben genaue Angaben gemacht worden, was zu bereinigen sei. Es ist zum Beispiel unbestritten, dass die Beschwerdeführerin – im Gegensatz zur Zuschlagsempfängerin – bereits in ihrem (ersten) Angebot einen Standard-Zugzylinder mit separater Messvorrichtung offeriert hat. Insofern bestand hier für sie überhaupt keine Veranlassung zu einer Änderung. Weiter ist festzustellen, dass die Vergabestelle im vorliegenden Verfahren beanstandet, die Beschwerdeführerin habe weder Betriebsartenschalter noch Hauptschutz zur Sicherung der Stillsetzung offeriert, wie dies in Maschinenrichtlinie MRL 2006/42/EG verlangt werde. Im Angebot der Beschwerdeführerin sei somit das Einhalten der MRL 2006/42/EG nicht gewährleistet; die Vorrichtung zur Sicherung der Stillsetzung fehle. Weiter seien die Positionen 2, 3 und 5 der Spezifikation Hydraulikzylinder sowie die Positionen 6 und 7 der Spezifikation Hydraulikaggregat vergabewidrig nicht offeriert worden. Wieso die Beschwerdeführerin im Rahmen der weitreichenden Bereinigung nicht zur Behebung dieser von der Vergabestelle festgestellten Mängel in ihrem Angebot aufgefordert worden ist, ist im Hinblick auf die von der Vergabestelle angestrebte Gleichbehandlung der Anbietenden nicht nachvollziehbar und widersprüchlich. Das Argument vermag auch insofern nicht zu überzeugen, als die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin lediglich hinsichtlich der Kriterien "Preis" und "Referenzanlagen" mit einem Abzug bewertet hat, während die Beschwerdeführerin insbesondere unter "Ausführung", "Technische Grundlagen" und "Leistungsfähigkeit" die volle Punktzahl erhalten hat. Ebenfalls nicht gefolgt werden kann dem Argument der Vergabestelle, im Sinne der Gleichbehandlung und aus Gründen der Transparenz habe sie die Schreiben an beide Anbietende im gleichen Wortlaut abfassen müssen, so dass beide Parteien immer über alle Punkte den gleichen Wissensstand gehabt hätten. Der Grundsatz der Gleichbehandlung schliesst es selbstverständlich nicht aus, dass die Vergabestelle dem jeweiligen Anbieter konkret diejenigen Punkte seines Angebots nennt, die noch zu bereinigen sind. Hingegen verlangt das Transparenzgebot, dass dies in nachvollziehbarer Weise geschieht, d.h. entweder schriftlich erfolgt

oder aber – wenn mündlich erfolgt – zumindest in den wesentlichen Punkten protokolliert wird. An einer Dokumentation, aus der nachvollziehbar hervorgeht, in welchen Punkten die beiden Anbieterinnen ihre Angebote zu bereinigen hatten, fehlt es wie ausgeführt im vorliegenden Fall.

4.3.

4.3.1.

In Bezug auf die Zuschlagsempfängerin im Besonderen ist festzuhalten, dass deren ursprüngliches Angebot vom 9. November 2007 als Unterlieferantinnen für die Hydraulik die A. in B. und für die Steuerung und Messung die C. in D. nannte. Im überarbeiteten Angebot vom 7. Dezember 2007 ist als Lieferantin von Hydraulik und Steuerung die E., d.h. dieselbe Lieferantin wie beim Angebot der Beschwerdeführerin, vorgesehen. Zudem wird die Hydraulik neu für Fr. 54'500.00 (statt ursprünglich Fr. 107'020.00) und die Steuerung neu für Fr. 32'000.00 (statt ursprünglich Fr. 84'650.00) offeriert. Das heisst, Hydraulik und Steuerung wurden – anders als beim Angebot der Beschwerdeführerin – nicht lediglich in einigen untergeordneten Punkten den Vorgaben der Vergabestelle angepasst, sondern vollständig neu mit einem neuen Lieferanten offeriert. Damit kann nicht mehr von einer "Angebotspräzisierung" bzw. einer zulässigen Bereinigung des Angebots im Sinne von § 17 SubmD gesprochen werden. Vielmehr liegt eine wesentliche nachträgliche Änderung des Leistungsinhalts vor. Seitens der Vergabebehörde ist unbestritten, dass das ursprüngliche Angebot der Zuschlagsempfängerin den grundlegenden Anforderungen der Ausschreibung nicht entsprach. Aus dem Vergabeantrag geht hervor, dass die Offerten der ersten Eingabe nicht den spezifischen Vorgaben entsprachen und nicht vergleichbar waren. Erst nachdem die Zuschlagsempfängerin ihre Unterlieferanten für Hydraulik und Steuerung wechselte und den gleichen Unterlieferanten wie die Beschwerdeführerin beizog, wurden die Angebote überhaupt miteinander (systemtechnisch) vergleichbar. Laut der Vergabestelle entsprachen die Angebote im Übrigen auch nach der Änderung nicht vollumfänglich den Anforderungen, wurden aber nichtsdestotrotz aus Zeitgründen akzeptiert, da sie nun immerhin, da in Bezug auf Hydraulik und Steuerung die

gleiche technische Lösung angeboten wurde, miteinander vergleichbar waren. Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin ihr Angebot letztlich nur sehr geringfügig modifiziert hat, wird offensichtlich, dass die ursprüngliche Offerte der Zuschlagsempfängerin in wesentlichen Punkten (Hydraulik und Steuerung) von den Vorgaben der Ausschreibung abwich und infolgedessen gar nicht hätte bereinigt werden dürfen, sondern bereits vorher als nicht ausschreibungskonformes Angebot von der Vergabe hätte ausgeschlossen werden müssen.

Auf jeden Fall aber hätte der Ausschluss des betreffenden Angebots erfolgen müssen, nachdem die Zuschlagsempfängerin für die (Teil-) Bereiche Hydraulik und Steuerung ein vollständig neues Angebot mit anderen Lieferanten und damit auch anderen Produkten einreichte. Hierbei handelt es sich – wie bereits erwähnt – klarerweise um eine nachträgliche Abänderung eines wesentlichen Teils des Angebots sowohl in inhaltlicher als auch in preislicher Hinsicht, was nicht zulässig ist. Offen bleiben kann, ob der von der Zuschlagsempfängerin vorgenommene Lieferantenwechsel für Hydraulik und Steuerung durch die Vergabestelle initiiert wurde, wie die Beschwerdeführerin vermutet.

31 Zuschlagskriterien.

- **Zuschlagskriterium "gerechte Abwechslung und Verteilung" als "vergabefremdes" Kriterium.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 18. August 2008 in Sachen ARGE F. (Z. AG und E. AG) gegen das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (WBE.2008.150).