

VI. Submissionen

36 Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren

Ein Angebot mit einem Vorbehalt, der die Verbindlichkeit des gesamten Angebots tangiert, stellt einen Ausschlussgrund dar.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 28. Februar 2013 in Sachen A. AG gegen Kanton Aargau (WBE.2012.339).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Gemäss § 28 Abs. 1 SubmD schliesst die Vergabestelle bei Vorliegen genügender Gründe Anbietende vom Verfahren aus. Dies gilt insbesondere in den in § 28 Abs. 1 lit. a - h SubmD genannten Fällen. Auszuschliessen sind u.a. Anbietende, deren Angebote wesentliche Formvorschriften verletzt haben, u.a. durch Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 28 Abs. 1 lit. g SubmD vgl. auch § 27 lit. h der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB), oder die der Vergabestelle falsche Auskünfte erteilt haben (§ 28 Abs. 1 lit. b SubmD; § 27 lit. b VRöB). Wie schon aus dem Wortlaut der Bestimmung hervorgeht, hat die Aufzählung der Ausschlussgründe jedoch keinen abschliessenden Charakter. So führen Vorbehalte und Bedingungen dazu, dass die Verbindlichkeit des in der Offerte enthaltenen Leistungsversprechens, der versprochene Leistungsumfang oder andere Charakteristiken der Leistung nicht dem entsprechen, was die Ausschreibung vorgesehen hat (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1932 ff., insbes. 1939 f.). Solche Angebote sind grundsätzlich mangels Ausschreibungskonformität vom Verfahren auszuschliessen (BEYELER, a.a.O., Rz. 1965 ff.; vgl. auch

PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 287 f.). Ob ein Ausschlussgrund im Sinne von § 28 SubmD vorliegt, ist im Rahmen der Offertbereinigung zu prüfen.

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). Nach der Offerteingabe kann der Anbieter sein Angebot somit grundsätzlich nicht mehr verändern.

Das Verwaltungsgericht erachtet neben 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 schon deswegen dem 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 (AGVE 1999, S. 345; 2003, S. 248; 2004, S. 236 f.). Nicht nachträglich korrigiert werden dürfen Kalkulationsfehler (AGVE 2003, S. 250 f.; VGE III/26 vom 29. Februar 2000 [BE.2000.00002], S. 19 ff.). Die Offertbereinigung insgesamt und ihr Ergebnis müssen nachvollziehbar sein (ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 130 mit Hinweis auf AGVE 2003, S. 247 ff.).

Gegenüber der Anerkennung von angeblichen Irrtümern der Anbieter ist dabei namentlich im Interesse der Gleichbehandlung eine grosse Zurückhaltung am Platz; nur wenn die Mängel von absolut untergeordneter Bedeutung sind, ein absichtliches oder fahrlässiges

Vorgehen des Anbieters auszuschliessen ist oder dieses zumindest entschuldbar erscheint und die Beseitigung des Mangels ohne Weiteres und ohne Beeinträchtigung eines fairen Wettbewerbs erfolgen kann, verbieten das Verhältnismässigkeitsprinzip und der Grundsatz von Treu und Glauben einen Ausschluss aus dem Wettbewerb (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 288; vgl. auch BEYELER, a.a.O., Rz. 1969).

2.2.

2.2.1.

Vorliegend hat die Vergabestelle im Rahmen der Prüfung der Angebote festgestellt, dass die Offerte der Beschwerdeführerin im Management Summary den folgenden Vorbehalt enthielt:

"Vorbehalt Risikoprüfung

Diese Offerte gilt unter dem Vorbehalt einer genauen Risikoprüfung. Ändern der Tarif bzw. die Einreihung in den Tarif oder gesetzliche Grundlagen vor einem allfälligen Vertragsbeginn, so gelten die neuen Bestimmungen auch für diese Offerte."

Die Beschwerdeführerin wurde am 3. August 2012 telefonisch auf die Problematik des Vorbehalts hingewiesen. Mit E-Mail vom gleichen Tag bestätigte die Beschwerdeführerin, dass der Vorbehalt in den Anträgen gegenstandslos sei. Eine weitere Risikoprüfung erfolge nicht, und die Offerten seien verbindlich. Massgebend sei der der Vergabestelle vorliegende Vertragsentwurf, in dem keine Vorbehalte enthalten seien. Bei den Anträgen handle es sich lediglich um diejenigen Dokumente, die bei einem Vertragsabschluss zu unterzeichnen seien. In diesen sei der genannte Vorbehalt ein immer eingedruckter Standard.

2.2.2.

Zu prüfen ist, ob es sich beim streitigen Vorbehalt um einen eindeutig als solchen erkennbaren und damit im Rahmen der Offertbereinigung korrigierbaren Fehler bzw. Irrtum im Sinne der vorgenannten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (oben Erw. 2.1.) handelt. Mit andern Worten stellen sich die Fragen, ob die Beschwerdeführerin im Sinne einer zulässigen Offertbereinigung den Vorbehalt nachträglich zurückziehen bzw. für gegenstandslos erklären durfte und ob die Vergabestelle diesen nachträglichen Verzicht hätte

akzeptieren und von einem Ausschluss absehen müssen. Die Beschwerdeführerin geht von einem korrigierbaren Fehler aus, indem sie vorbringt, es handle sich beim Vorbehalt lediglich um einen in ihren Standardofferten enthaltenen Textbaustein, dem bei der vorliegenden öffentlichen Ausschreibung inhaltlich gar keine Bedeutung zukommen könne und der die Verbindlichkeit des (Preis-)Angebots in keiner Weise in Frage stelle.

2.2.3.

Der fragliche Vorbehalt ist im Management Summary enthalten. Dieses ist Bestandteil des Angebots und muss eine Zusammenfassung der wichtigsten Punkte der offerierten Leistungen enthalten, insbesondere eine schematische Übersicht der angebotenen Leistungen und eine Preis- und Kostenzusammenfassung. Diesen Anforderungen kommt das Management Summary nach; gleichzeitig enthält es aber die unmissverständlichen Hinweise, dass die Offerte unter dem "Vorbehalt einer genauen Risikoprüfung" gelte, und dass vor Vertragsbeginn erfolgende Tarif- und Gesetzesänderungen für die Offerte massgebend seien. Damit wird die Verbindlichkeit der Offerte in Bezug auf Preis und Leistungsinhalt klarerweise in erheblicher Weise eingeschränkt. Der Vorbehalt betrifft somit die zentralen Punkte des Angebots, weshalb er nicht als unwesentlich bezeichnet werden kann. Daran ändert entgegen der Beschwerdeführerin nichts, dass die restliche Offerte, insbesondere auch das Preiskalkulationsformular, keinen entsprechenden Vorbehalt enthalten. Der im Management Summary enthaltene Vorbehalt bezieht sich klarerweise auf das von der Beschwerdeführerin gemachte Angebot. Die Beschwerdeführerin macht nun allerdings geltend, bei diesem Vorbehalt handle es sich um eine in den Standardofferten übliche Formulierung, die für die vorliegende Ausschreibung jedoch ohne jede Bedeutung sei. Zum einen habe die Beschwerdeführerin über sämtliche Grundlagen verfügt, um eine Risikoprüfung vorzunehmen; eine noch genauere Risikoprüfung könne daher gar nicht mehr durchgeführt werden. Zum anderen erfolge weder eine Gesetzesänderung noch eine Tarifänderung oder eine Änderung der Einreihung in den Tarif. Ob der gemachte Vorbehalt tatsächlich versehentlich in die Offerte aufgenommen worden und inhaltlich ohne Bedeutung ist, was die Verga-

bestelle bestreitet und als reine Schutzbehauptung bezeichnet, ist letztlich jedoch irrelevant. Tatsache ist, dass das im Vergabeverfahren eingereichte Angebot der Beschwerdeführerin unbestreitbar einen eindeutig formulierten Vorbehalt enthält, der wesentliche Offertinhalte, insbesondere den Preis, betrifft. Der Vorbehalt tangiert die Verbindlichkeit des gesamten Angebots und ist somit nicht von bloss untergeordneter Bedeutung. Allein dies würde für einen Ausschluss genügen (vgl. Erw. 2.1. oben). Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführerin klarerweise Fahrlässigkeit bei der Erstellung ihres Angebots vorzuwerfen ist, sollte ihre Darstellung, dass der fragliche "Standard-Vorbehalt" im vorliegenden Kontext gar keinen Sinn macht, tatsächlich zutreffen. Beim Verfassen des Management Summary, auch wenn diesem eine IT-unterstützte Standardofferte zugrunde liegt, hätte ihr der "Vorbehalt Risikoprüfung" bei der gebotenen Sorgfalt auffallen müssen. Selbst wenn die Beschwerdeführerin somit den fraglichen Vorbehalt nicht bewusst in das Angebot aufgenommen haben sollte, sondern in der Standard-Vorlage irrtümlich nicht gestrichen bzw. weggelassen hat, würde dies nicht dazu führen, dass der Vorbehalt im Rahmen der Offertbereinigung noch nachträglich korrigiert bzw. zurückgezogen werden könnte. Mit dem unzulässigerweise angebrachten Vorbehalt hat die Beschwerdeführerin somit einen Ausschlussgrund erfüllt, der ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren gemäss § 28 Abs. 1 SubmD als gerechtfertigt erscheinen lässt. Von überspitztem Formalismus, Unverhältnismässigkeit oder gar Willkür der Vergabestelle kann keine Rede sein.

3.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin als rechtmässig erweist. Demgemäss ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

37 De-facto-Vergabe bzw. fehlende öffentliche Ausschreibung

- **Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts (Erw. I/1.)**
- **Beschwerdebefugnis (Erw. I/2.)**
- **Einhaltung der Beschwerdefrist (Erw. I/3.)**
- **Vergaberechtsfreie Quasi-in-house-Vergabe verneint (Erw. II/1. und 2.)**