

festlegen, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten (AGVE 2003, S. 280 f.; ferner Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Januar 2003 [VB.2002.00195], Erw. 4a; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Dezember 2003 [VB.2003.00256], Erw. 3.3 - 3.5; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Mai 2010 [VB.2009.00668], Erw. 7.3, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch § 12 Abs. 2 SubmD in Verbindung mit Ziff. 6 von Anhang 5 zum SubmD).

## 2.2.

In Ziff. 1.5.1. der Submissionsunterlagen wird "ein vollständig ausgefülltes und unterzeichnetes Akkordangebot" verlangt. Die Submissionsunterlagen lassen zwar Varianten zum bestehenden Beschrieb zu, enthalten aber keine Vorschriften über Zulässigkeit und Bedingungen für Pauschal- oder Globalangebote. Schon deshalb war die Vergabestelle weder verpflichtet noch auch nur berechtigt, Pauschalangebote beim Zuschlag zu berücksichtigen (vgl. AGVE 2003, S. 281). Die Vergabestelle selbst geht zudem davon aus, dass die vorliegenden Submissionsunterlagen, insbesondere die beiden beigelegten Baupläne, mangels Detaillierungsgrad für das Einreichen eines Pauschalangebots untauglich sind. Auch seien im Leistungsverzeichnis bzw. in den Akkordangeboten Ausmassreserven zwischen 5 und 10% bzw. rund Fr. 30'000.00 enthalten. Das Verwaltungsgericht hat keine Veranlassung, diese Angaben der Vergabestelle in Zweifel zu ziehen, zumal die Beschwerdeführerin den fehlenden Detaillierungsgrad zumindest der beigelegten Pläne indirekt selbst dadurch bestätigt hat, dass sie offenbar in Eigenregie zusätzliche Pläne beizog. Die Vergleichbarkeit des Pauschalangebots der Beschwerdeführerin mit den verlangten Einheitspreisangeboten ("Akkordangeboten") ist somit nicht gegeben, weshalb die Vergabestelle das Pauschalangebot auch aus diesem Grund zu Recht nicht berücksichtigt hat.

### 33 Unterangebot; Vorbefassung

- **Unterangebote sind nicht per se verboten. Umfasst ein ungewöhnlich niedriges Angebot alle geforderten Leistungen bzw. ist die Anbieterin**

in der Lage, diese Leistungen zum offerierten Preis zu erbringen und verletzt die Anbieterin mit ihrem Angebot auch nicht die Teilnahme- oder Antragsbedingungen, so besteht kein Grund für einen Ausschluss des Angebots vom Verfahren. Dies umso weniger, wenn sich die Vergabestelle der Preisdifferenzen zwischen den Angeboten bewusst ist und zusätzliche Abklärungen vorgenommen hat (Erw. 7.).

- Die Frage einer unzulässigen Vorbefassung (§ 28 Abs. 1 lit. h SubmD) stellt sich nicht, wenn die fragliche Person (welche heute für die Zuschlagsempfängerin tätig ist) an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen für das vorliegende Verfahren nicht mitgewirkt hat. Ob die Zuschlagsempfängerin für die Ausarbeitung ihres Angebots aus der Tatsache, dass diese Person aufgrund ihrer früheren Tätigkeit für die Beschwerdeführerin bereits über Vorkenntnisse verfügte, einen Nutzen ziehen konnte und damit allfällige private Rechte der Beschwerdeführerin verletzt wurden, ist submissionsrechtlich nicht relevant (Erw. 8.).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 22. April 2014 in Sachen A. AG gegen Einwohnergemeinde B. (WBE.2014.29).

### *Aus den Erwägungen*

2.

2.1.

Sog. Unterangebote bzw. ungewöhnlich niedrige Angebote sind nicht per se verboten. Weder die IVöB noch das SubmD sehen den Ausschluss von Unterangeboten vor. Es wird als zulässig erachtet, wenn ein Anbieter mit einkalkuliertem Risiko ein bezüglich des Preises (zu) niedriges Angebot einreicht, solange die Eignungs- und Zuschlagskriterien erfüllt sind. Ein im Vergleich zu den andern Angeboten deutlich geringerer Preis bedeutet nicht zwangsläufig das Vorliegen eines Unterangebots; denkbar ist auch, dass die andern Angebote schlicht überhöht bzw. zu teuer sind. Wird ein ungewöhnlich niedriges Angebot eingereicht, kann die Vergabebehörde beim Anbieter Erkundigungen einziehen, um sich zu vergewissern, dass dieser die

Teilnahmebedingungen einhalten und Auftragsbedingungen erfüllen kann. Eine Verpflichtung zu entsprechenden Nachfragen besteht aber nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Verletzung der Teilnahme- und Auftragsbedingungen bestehen (vgl. zum Ganzen PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1115 ff. mit Hinweisen).

2.2.

(...)

Die Differenz zwischen dem Preisangebot der Beschwerdeführerin und demjenigen der Zuschlagsempfängerin beträgt 26 % (ohne Optionen) bzw. 17 % (mit Optionen). Wesentlich grösser sind die Preisdifferenzen zum drittplatzierten Angebot der C. AG. Dies gilt aber nicht nur für die Beschwerdeführerin, sondern auch für die Zuschlagsempfängerin. Solche Preisunterschiede sind im Dienstleistungsbereich indessen keineswegs unüblich und lassen nicht per se auf das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots bzw. "Dumpingangebots" schliessen.

Festzustellen ist, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin – im Gegensatz zur Offerte der Beschwerdeführerin – eine detaillierte Kostenschätzung enthält, aus der die Kosten für die einzelnen Leistungen hervorgehen. Auf dem Planerhonorar inkl. Nebenkosten wird ein Rabatt von 15 % gewährt. Die offerierten Stundenansätze basieren auf den (im Übrigen nicht verbindlichen) KBOB-Richtlinien; von unrealistisch tiefen Ansätzen kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht die Rede sein.

Die eingereichten Angebote wurden von der Vergabebehörde bzw. von der damit beauftragten D. AG rechnerisch und inhaltlich geprüft, insbesondere auch auf Vollständigkeit und Vergleichbarkeit. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2013 wurden alle drei Anbieter zu verschiedenen Klarstellungen in Bezug auf den Umfang der offerierten Leistungen aufgefordert. Die Zuschlagsempfängerin bestätigte in ihrem Antwortschreiben vom 19. Oktober 2013, dass das offerierte Kostendach von Fr. 122'784.00 auch die Optionen enthalte bzw. diese von ihr erbracht würden. Für das Mitwirkungsverfahren seien Fr. 5'000.00 als ausreichend angenommen worden. Es würden keine

zusätzlichen Kosten verrechnet. Für das Einwendungsverfahren sei mit 10 Einwendungen gerechnet worden. Sollte die Zahl der Einwendungen massiv höher ausfallen, müssten dadurch begründete Zusatzkosten allenfalls weitergegeben werden. Ein allfälliges Beschwerdeverfahren sei nicht Bestandteil des Angebots.

Vorliegend ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht alle geforderten Leistungen umfassen würde bzw. die Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage wäre, diese Leistungen zum offerierten Preis zu erbringen. Ebenfalls ist nicht ersichtlich, inwiefern die Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot die Teilnahme- oder Antragsbedingungen verletzen würde (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1126 ff.). Selbst wenn das Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht kosten deckend sein sollte, wäre dies letztlich irrelevant. Entscheidend ist, dass sich die Vergabebehörde der Preisdifferenzen zwischen den Angeboten durchaus bewusst war und sie auch zusätzliche Abklärungen vorgenommen hat. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin besteht kein Grund für einen Ausschluss des Angebots der Zuschlagsempfängerin vom Verfahren.

3.

Die Beschwerdeführerin vermutet, dass die Zuschlagsempfängerin die Vorkenntnisse von E. aus der ersten Offertstellung (für die Beschwerdeführerin) ausgenutzt habe, was unlauteren Wettbewerb darstelle.

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin am 15. März 2012 dem Gemeinderat B. ein Pflichtenheft mit Honorarofferte zur Gesamtrevision der Nutzungsplanung unterbreitet hat. Diese Unterlagen wurden nach Angaben der Beschwerdeführerin von E. erstellt, der bis zum 1. Oktober 2012 als Freelancer bei ihr tätig war. Nachdem die Gemeindeversammlung vom 25. Juni 2012 den Verpflichtungskredit für die Gesamtrevision der Bau- und Nutzungsordnung nicht genehmigte, sondern die Sache zur Überarbeitung an den Gemeinderat zurückwies mit dem Auftrag, Konkurrenzofferten einzuholen, beauftragte der Gemeinderat die D. AG mit der Erarbeitung eines Pflichtenhefts sowie mit der Begleitung des Submissionsverfahrens.

Klar ist damit zunächst, dass E. nicht an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen für das vorliegende Verfahren mitgewirkt hat. Die Frage einer allfälligen unzulässigen Vorbefassung (§ 28 Abs. 1 lit. h SubmD) stellt sich somit von vornherein nicht. Ob die Zuschlagsempfängerin für die Ausarbeitung ihres Angebots aus der Tatsache, dass E. aufgrund seiner früheren Tätigkeit für die Beschwerdeführerin bereits über Vorkenntnisse verfügte, einen Nutzen ziehen konnte und damit allfällige private Rechte der Beschwerdeführerin verletzt wurden, ist hingegen keine submissionsrechtlich relevante Fragestellung, welche die Vergabebehörde (oder das Verwaltungsgericht) zu prüfen hätte (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 4. Oktober 2004 [V 04 186], Erw. 3.c a.E. = LGVE 2004 II Nr. 9).

#### **34 Staatsvertragsbereich; Sektorentätigkeit; Rechtsschutz**

- **Begriff bzw. Umfang der Sektorentätigkeit. Die Beschaffung von Ganzkörperkontaminationsmonitoren für ein Kernkraftwerk gehört zur Sektorentätigkeit.**
- **Selbst wenn eine Beschaffung nicht dem Staatsvertragsbereich untersteht, kann sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes ergeben, dass einem ausländischen Anbieter der Rechtsschutz auf gerichtliche Überprüfung des Zuschlags nicht abgesprochen werden kann.**

Verfügung des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 21. August 2014 in Sachen A. GmbH gegen B. AG (WBE.2014.219).

#### *Sachverhalt*

Im Rahmen der Beurteilung eines Gesuchs um aufschiebende Wirkung (§ 26 Abs. 2 SubmD) stellte sich die Frage, ob die