

III. Submissionen

40 Eventualpositionen; "Per-Positionen"

Fehlt in den Ausschreibungsunterlagen der klare Hinweis, dass die zu offerierenden Preise für die Eventualpositionen in die Gesamtpreisumme einbezogen und somit bewertet werden, stellt die nachträgliche Berücksichtigung im Rahmen der Bereinigung der Angebote eine unzulässige Änderung der "Spielregeln" des Verfahrens dar und verstösst gegen das Transparenzverbot.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 19. Mai 2011 in Sachen A. AG gegen Einwohnergemeinde B. (WBE.2011.54).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Eventualpositionen umschreiben einzelne zusätzliche, aber bloss mögliche Leistungen, wobei sie in der Regel auch die zugehörige Vergütung bestimmen und häufig die voraussichtliche Menge angeben (Rainer Schumacher, in: Peter Gauch [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 38-156, Zürich 1992, Art. 102 Rz. 1; Roland Hürlimann / Hans Heer, Preise, Leistungsverzeichnis und Kalkulation, S. 11, in: Baurechtstagung 1999, Tagungsunterlage 1, hrsg. vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht). Zu den Eventualpositionen zählen insbesondere auch die sogenannten "Per-Positionen", bei denen die Bieter zwar bestimmte Einheitspreise offerieren sollen, für deren Leistungen das Leistungsverzeichnis des Auftraggebers aber keine Menge angibt und die daher regelmässig nicht in die bewertungsgegenständliche provisorische Gesamtvergütung einfließen (Martin Beyeler, Umgelagert, gemischt und offeriert – Thesen zur Preisspekulation, in: Schweizerische Baurechtsta-

gung 2011, Freiburg 2011, S. 135). In der Regel fliessen die Eventualpositionen somit preislich nicht in die Angebotssumme ein; entsprechend werden sie auch nicht bewertet. Dies kann einen Anbieter zur Spekulation veranlassen: Der Bieter kann hier seine Marge bei gegebenen Kosten pro Leistungseinheit theoretisch beliebig erhöhen, ohne damit seine Position im Vergleich mit den übrigen Offerten zu gefährden, denn der provisorische Gesamtpreis seiner Offerte, der für die Angebotsbewertung errechnet wird, ändert sich dadurch nicht (Beyeler, a. a. O., S. 135). Es ist indessen am Auftraggeber zu bestimmen, welche Positionen er messen will. Will der Auftraggeber Risiken, die sich aus der Margenspekulation auf nicht bewerteten Eventualpositionen ergeben können, vermeiden, hat er diese Positionen mit einigermaßen realistischen Mengenangaben, allenfalls gewichtet mit ihrer Wahrscheinlichkeit, in die Bewertung einzubeziehen. Das verunmöglicht jede Margenspekulation, und drängt sich im Hinblick auf den vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz umso eher auf, je grösser die Wahrscheinlichkeit ist, dass die fraglichen Positionen tatsächlich zur Ausführung kommen. Ein solcher Einbezug der Eventualpositionen in die Bewertung setzt allerdings voraus, dass diese Vorgehensweise ausgeschrieben wurde oder sie in zulässigen Verhandlungen – was nur für das Bundesbeschaffungsrecht zutrifft – nachträglich noch angeordnet werden kann (Beyeler, a. a. O., S. 158). Wird in den Ausschreibungsunterlagen nicht klar ersichtlich darauf hingewiesen, dass die zu offerierenden Preise für die Eventualpositionen in die Gesamtpreissumme einbezogen und somit auch bewertet werden, stellt die nachträgliche Berücksichtigung im Rahmen der Bereinigung der Angebote eine unzulässige Änderung der "Spielregeln" des Verfahrens dar und verstösst gegen das Transparenzgebot.

3.2. (...)

3.3.

Die Ausschreibungsunterlagen enthalten vorliegend keinen Hinweis, dass und unter welchen Voraussetzungen (z. B. bei Eintritt einer ausreichenden Wahrscheinlichkeit der Realisierung zum Zeitpunkt des Vergabeentscheids) die Eventualpositionen beim Gesamtpreis mitberücksichtigt und in die Preisbewertung einfließen wür-

den. Vielmehr wird im Submissionsbericht ausdrücklich festgehalten, dass diese "während der Ausführung der Hauptarbeiten für jede Liegenschaft separat, durch die Unternehmung, mit den Preisen im LV (Objekt HA) zu offerieren" seien. Auch die Umschreibung des Zuschlagskriteriums "Preis" und dessen Bewertung im Leistungsverzeichnis nennt lediglich den "Angebotspreis"; der günstigste Anbieter erhalte 100 % der möglichen Bewertungspunkte; Anbieter, die teurer als 30 % des günstigsten Angebots seien, erhielten 0 % der möglichen Bewertungspunkte (Pos. 224.100 und Pos. 224.200). Ein Hinweis, dass die Eventualpositionen bei der Preisbewertung mitberücksichtigt würden, hätte sich vorliegend umso mehr aufgedrängt als die Vergabestelle geltend macht, gemäss langjährigen Erfahrungswerten würden solche Hausanschlüsse in der Regel zu 80 - 90 % realisiert. Mit der vorgenommenen Aufaddierung der Preise für die Hausanschlüsse auf den Angebotspreis für die Hauptarbeiten mussten die Anbieter somit aufgrund der Ausschreibung klarerweise nicht rechnen. Damit erweist sich die vorgenommene Aufaddierung der Preise für die Hausanschlüsse als unzulässige nachträgliche Angebotskorrektur, die vor dem Transparenzgrundsatz nicht standhält. Richtigerweise hätten für die Preisbewertung nur die für die Hauptarbeiten offerierten Preise Berücksichtigung finden dürfen.

Aus dem Offertvergleich / Vergabeantrag geht hervor, dass die Beschwerdeführerin ohne die aufaddierten Preise für die Hausanschlüsse eine Bewertung von insgesamt 92.50 Punkten erreicht hat und damit mit einem Vorsprung von 2.12 Punkten auf Rang 1 vor der zweiplatzierten ARGE C. liegt.

41 Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren

Ein spekulatives Angebot, in welchem unter Verletzung entsprechender Preisbildungsregeln mehrere Einheitspreispositionen kombiniert auf- und abgepreist werden, stellt einen Ausschlussgrund dar.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 29. Juli 2011 in Sachen A. AG gegen Einwohnergemeinde B. (WBE.2011.97).