

Beibehaltung des ursprünglichen Bewertungssystems zu einer Verzerrung bzw. Verfälschung der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien kommen würde. Im vorliegenden Fall kommt dem Preis lediglich ein Gewicht von 30% zu. Das Hauptgewicht liegt bei den Zuschlagskriterien "Präsentation" und "Fragebeantwortung" mit insgesamt 70%. Auch die Nullbewertung eines Anbieters mit einem teuren Angebot beim Preis führt nicht zwangsläufig dazu, dass er den Zuschlag selbst nicht mehr erhalten kann. Ein bei diesen beiden Kriterien mit dem Maximum und beim Preis mit 0 benoteter Offerent erhält insgesamt 70 Punkte. Der preisgünstigste Anbieter, der bei den beiden qualitativen Kriterien schlecht oder nur durchschnittlich (halbe Punktzahl) abschneidet, liegt klar darunter.

Die nachträgliche Anpassung des Bewertungssystems beim Preis lässt sich im vorliegenden Fall somit sachlich nicht rechtfertigen. Vielmehr hätte die Vergabebehörde auch beim Projekt B1 den ursprünglich gewählten Bewertungsmodus beibehalten und - um unerwünschte Unterangebote allenfalls ausschliessen zu können - die beiden Angebote mit dem auffallend niedrigen Preis im Hinblick auf die Unterangebotsproblematik näher prüfen müssen.

61 Preisbewertung; Vorbehalte mit Kostenauswirkungen.

- **Vorbehalte bezüglich Mehrkosten, die nicht ohnehin zusätzlich vergütet werden müssen (wie beispielsweise Mehrkosten wegen ausserordentlicher Umstände im Sinne von Art. 373 Abs. 2 OR, schuldhaften Verhaltens des Bestellers, Annahmeverzugs oder Beststellungsänderungen) können einen Abzug bei der Preisbewertung rechtfertigen.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 25. November 2003 in Sachen K. AG gegen Gemeinderat Windisch.

Aus den Erwägungen

3. a) Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Offerte u.a. die folgenden "Ergänzungen und Bemerkungen zum Angebot" angebracht:

- Allfällige Behandlungskosten für schadstoffhaltiges Material ist in unseren Preisen nicht enthalten. Ebenso die möglichen Erschwerisse wegen archäologischen Funden.
- Die Einheitspreise verstehen sich ohne Mehrwertsteuer.
- Das Freilegen der Grenzsteine und das Abstecken der Hauptachse ist Sache der Bauleitung.
- Die Transportpreise basieren auf vollen Ladungen des jeweiligen Transportfahrzeuges.
- Unserer Kalkulation liegt zu Grunde, dass die öffentlichen Strassen ohne Behinderungen befahren werden können.

Die Beschwerdeführerin verneint, dass es sich dabei um kostenrelevante Vorbehalte handle. Vielmehr sei damit ausschliesslich darauf hingewiesen worden, dass Bestellungsänderungen mit Kostenfolgen verbunden seien. Das allfällige Vorfinden von verschmutztem Material oder das Vorhandensein archäologischer Funde habe Bestellungsänderungen zur Folge, die alle Anbieter zu Mehrforderungen berechtigen und zur Anpassung der Werkpreise führen würden. Es handle sich somit lediglich - im Sinne einer Dienstleistung - um einen Hinweis auf allfällige Kostenrisiken, welche ausschliesslich in der Sphäre der Vergabestelle liegen würden.

b) aa) Grundlage der Offerte bildeten im vorliegenden Fall zunächst die Besonderen Bestimmungen der I., sodann u.a. die SIA-Norm 118 und einschlägigen Bestimmungen des OR.

bb) Gemäss den Besonderen Bestimmungen verpflichteten sich die Anbieter mit ihrer Offerte "in rechtsverbindlicher Weise, sämtliche genannte Arbeiten zu den eingesetzten Einheitspreisen zu übernehmen und vertragsgemäss in allen Teilen sach- und fachgemäss fertig zu stellen". Auch ein Unter- oder Überschreiten der (approximativen) Ausmasse berechtigte den Unternehmer nicht zur Änderung. Mithin waren die eingesetzten Einheitspreise fest vereinbart, d.h. es liegt eine feste Übernahme der Werkausführung zu genau bestimmten Einheitspreisen vor (Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, S. 258 Rz. 915). Der Unternehmer hat Anspruch auf Bezahlung des zum Voraus genau bestimmten Preises je geleisteter (erforderlicher) Einheit, nicht mehr und nicht weniger (Art. 373 Abs. 1 und 3 OR; SIA-Norm 118, Art. 38 Abs. 2 und 58

Abs. 1; Gauch, a.a.O., S. 262 Rz. 929). Der vereinbarte Einheitspreis ist unabhängig von den tatsächlichen Erstellungskosten und unabänderlich, mögen dem Ersteller auch grössere oder geringere Kosten erwachsen als vorgesehen war. Der umschriebene Festpreischarakter des Einheitspreises ist allerdings nicht ein absoluter. Zur Mehrvergütung führen können u.a. das Vorliegen ausserordentlicher Umstände im Sinne von Art. 373 Abs. 2 OR, schuldhaftes Verhalten des Bestellers, Annahmeverzug oder Beststellungsänderungen (Gauch, a.a.O., S. 262, Rz. 930, S. 291, Rz. 1045). Gemäss Art. 372 Abs. 2 OR kann das Gericht nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises (oder sogar die Auflösung des Vertrages) bewilligen, falls ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren. Eine ähnliche Regelung enthält Art. 59 Abs. 1 SIA-Norm 118. Danach gehören zu den ausserordentlichen Umständen z.B. Wassereintritte, Erdbeben, Sturm, Gasaustritte, hohe unterirdische Temperatur, Radioaktivität, einschneidende behördliche Massnahmen, Störung des Arbeitsfriedens. Zu den ausserordentlichen Umständen nach Art. 373 Abs. 2 OR können auch Schwierigkeiten des Baugrundes gehören, wie z.B. Kontamination von Abbruch- oder Aushubmaterialien (Gauch, a.a.O., S. 297, Rz. 1071; vgl. auch Peter Gauch, in Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38 - 156, hrsg. von Peter Gauch, Zürich 1992, Art. 58 N 12 und N 17). Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn der Unternehmer das Aushub- und Abbruchmaterial zu Eigentum erwirbt und auf einen selbstgewählten Deponieplatz wegzuschaffen hat. In diesem Fall obliegen die erforderlichen Entsorgungsmassnahmen von vornherein dem Unternehmer, der sich bei gegebenen Voraussetzungen auf Art. 372 Abs. 2 OR berufen und eine Mehrvergütung geltend machen kann. Ist der Unternehmer hingegen nur zur Ablagerung des Materials auf dem Bauplatz oder zum Abtransport auf eine Deponie des Bauherrn verpflichtet, so liegt eine Beststellungsänderung vor, wenn der Bauherr eine zusätzliche Entsorgungsmassnahme (z.B. Abtransport auf eine Sonderdeponie) verlangt (Gauch, a.a.O., S. 319, Rz. 1150).

cc) Mit der Einreichung der Offerte erklärten die Unternehmer ausdrücklich, über den Inhalt derselben orientiert zu sein und die allgemeinen und speziellen Bedingungen, den Arbeitsbeschrieb sowie alle Zeichnungen und evtl. Muster eingesehen zu haben. Der Unternehmer hatte sich auch über die Lage des Bauplatzes, die Zufahrt und Depotmöglichkeiten, die Verhältnisse bezüglich eventuell nötiger Werkanschlüsse sowie über die Transportverhältnisse an Ort und Stelle und nach den vorliegenden Unterlagen zu orientieren. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten keinerlei Hinweise auf ein mögliches Vorhandensein schadstoffhaltigen Materials (vgl. Gauch, SIA-Norm 118, Art. 58 N 12). Es ist davon auszugehen, dass das Vorhandensein von schadstoffbelastetem Material von der Vergabebehörde ausgeschlossen wurde, worauf sich die Anbieter bei der Kalkulation der Einheitspreise verlassen durften. Eine Veranlassung oder gar eine Verpflichtung der Anbieter, den Baugrund vorgängig der Offertstellung selbst auf solches Material hin untersuchen zu lassen, bestand im vorliegenden Fall (Erneuerung der Werkleitungen und Sanierung des Strassenbelags) nicht; die Bauherrschaft bzw. die örtliche Bauleitung muss diesbezüglich als (ausreichend) sachverständig qualifiziert werden (vgl. Art. 25 Abs. 3 SIA-Norm 118; ferner Gauch, SIA-Norm 118, Art. 58 N 17). Sollte daher im Verlaufe der Arbeitsausführung wider Erwarten doch schadstoffbelastetes Material aufgefunden werden, das einer speziellen Behandlung oder Entsorgung bedarf, so führt dies entweder zu einer Beststellungsänderung mit entsprechenden Kostenfolgen oder aber - soweit dieses Material ins Eigentum des Unternehmers übergeht - zur Mehrvergütung wegen ausserordentlicher Umstände im Sinne von Art. 373 Abs. 2 OR zu Gunsten des Unternehmers. Gleiches muss für die erwähnten allfälligen Erschwernisse wegen archäologischer Funde geltend. Obwohl im Gemeindegebiet von Windisch solche Funde keineswegs unüblich sind, muss im vorliegenden Fall, in dem es um Erneuerungs- und Sanierungsarbeiten und nicht um Neubauten geht, nicht damit gerechnet werden. Der Beschwerdeführerin ist darin beizupflichten, dass die unvorhergesehene Anpassung der Leitungsführung wegen solcher Funde einer Beststellungsänderung gleichkommen würde, die den ausführenden Unternehmer zu einer Mehrforderung

berechtigen würde. Der Umstand, dass die übrigen Unternehmer in ihren Angeboten keine entsprechenden Vorbehalte anbrachten, ändert nichts daran, dass sie im Falle des Eintretens solcher unvorhersehbarer Ereignisse bzw. Erschwernisse ebenfalls berechtigt wären, entsprechende Mehrforderungen auf Grund ausserordentlicher Verhältnisse oder Beststellungsänderungen geltend zu machen.

dd) Die Ausschreibungsunterlagen enthalten keine Hinweise auf Einschränkungen in Bezug auf die Beladbarkeit der einzusetzenden Transportfahrzeuge oder die Benutzung der Zufahrtswege. Sie äussern sich zu den (einschränkenden) Verkehrsmassnahmen im Baustellenbereich und halten allgemein fest, dass der Werkverkehr des Unternehmers ohne spezielle Bewilligung die Verkehrsvorschriften einzuhalten habe. Im Leistungsverzeichnis wird festgehalten, als Transportdistanz gelte die kürzeste *benutzbare* Verbindung der Massenschwerpunkte. Denkbar sind für den Unternehmer entstehende Mehrkosten, falls sich im Verlaufe der Auftragsausführung zeigen sollte, dass die Zufahrtsstrassen der Belastung durch den (zusätzlichen) Lastwagenverkehr nicht gewachsen sind oder wenn gewisse öffentliche Strasse dem Werkverkehr - aus Gründen der Verkehrssicherheit oder des Immissionsschutzes bzw. auf Grund von Beschwerden der Anwohner - nicht (mehr) zugänglich sind und Umwege gefahren werden müssen. In diesem Sinne sind offenbar auch die Hinweise der Beschwerdeführerin zu verstehen. Indessen waren die Unternehmer verpflichtet, sich über die Lage des Bauplatzes, die Zufahrt und Depotmöglichkeiten, die Verhältnisse bezüglich eventuell nötiger Werkanschlüsse sowie über die Transportverhältnisse an Ort und Stelle zu orientieren. Ebenso hatten sie die Möglichkeit, bei der Vergabebehörde entsprechende Auskünfte einzuholen. Die Beschwerdeführerin kam auf Grund ihrer Abklärungen offensichtlich zur Überzeugung, dass ein Befahren der Zufahrtswege mit voll beladenen Fahrzeugen möglich sei und kalkulierte die Einheitspreise für die Transporte dementsprechend, sie brachte aber einen entsprechenden Hinweis bzw. Vorbehalt an. Wenn ein Unternehmer auf Grund der Besichtigung der Baustelle mit der Möglichkeit, dass solche Erschwernisse eintreten könnten, rechnet, liegt es indessen nahe, dass er sich diesbezüglich bei der Auftraggeberin erkundigt und nähere

Abklärungen macht. Tut er dies nicht, und kommt es später zu behördlichen Beschränkungen, sei dies in Bezug auf die Zufahrtswege oder in Bezug auf die Höchstbeladung der Fahrzeuge, so rechtfertigt sich eine Mehrvergütung nicht, sondern der Anbieter hat die damit verbundenen Mehrkosten selber zu tragen. Wird ihm jedoch seitens der Vergabebehörde ausdrücklich versichert, dass er nicht mit solchen Einschränkungen zu rechnen hat, muss er berechtigt sein, sich die Mehrkosten vergüten zu lassen, falls es in der Folge wider Erwarten trotzdem zu Einschränkungen kommt.

Die Beschwerdeführerin hat im vorliegenden Fall darauf verzichtet, sich bei der Vergabebehörde nach möglichen Beschränkungen zu erkundigen. Insofern wäre sie nicht berechtigt, Mehrkosten geltend zu machen, falls es zur Anordnung von Beschränkungen kommen sollte. Die beiden Vorbehalte bezüglich Beladbarkeit der Fahrzeuge und Befahrbarkeit der öffentlichen Strassen müssen deshalb als kostenwirksam qualifiziert werden und berechtigen die Vergabebehörde zu einem entsprechenden Abzug bei der Bewertung.

ee) Einen weiteren Hinweis hat die Beschwerdeführerin dahingehend gemacht, dass das Freilegen der Grenzsteine und das Abstecken der Hauptachse Sache der Bauleitung sei. Den Ausschreibungsunterlagen ist zu entnehmen, dass die für die Bauausführung nötige Absteckung der Hauptachsen und die Bezeichnung von Höhenbezugspunkten durch die Bauleitung erfolgt, der Unternehmer aber für diese Arbeiten das nötige Hilfspersonal und Material unentgeltlich zur Verfügung stellt. Insofern stellt der von der Beschwerdeführerin gemachte Vorbehalt eine kostenrelevante Einschränkung der Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen dar.

ff) Nicht kostenrelevant ist hingegen der Hinweis, die Einheitspreise verstünden sich ohne Mehrwertsteuer. Er stimmt mit den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen überein.

gg) Als im Hinblick auf den offerierten Preis möglicherweise kostenwirksam erweisen sich somit die Hinweise bezüglich der Transportkosten (volle Beladbarkeit der Fahrzeuge; uneingeschränkte Befahrbarkeit der öffentlichen Strassen) sowie der Vorbehalt in Bezug auf das Abstecken der Hauptachsen und das Freilegen der Freilegen der Grenzsteine, nicht aber die restlichen Hinweise und

Bemerkungen. Das heisst, die Vergabebehörde hätte lediglich bei den Transportkosten, die (zusammen mit den Einfüllungen) höchstens einen Drittel der gesamten Offertsumme ausmachen, mit allfälligen Mehrkosten zu rechnen. Die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin mit der Note 1 erscheint unter diesen Umständen nicht lediglich unangemessen, sondern stellt eine Ermessenüberschreitung dar. Richtigerweise hätte hier die Bewertung mit der Note 2 ("befriedigend mit geringfügigen Abstrichen") erfolgen müssen. Dies führt dazu, dass die Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium "Preis" 300 Punkte (statt 290) hätte erhalten sollen.

62 Preisbewertung.

- **Zulässigkeit eines Bewertungssystems, das Angebote beim Preis innerhalb einer bestimmten Bandbreite gleich bewertet.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 12. September 2003 in Sachen S. AG gegen Gemeinderat Gansingen.

Aus den Erwägungen

4. a) Beanstandet wird von der Beschwerdeführerin die von der Vergabebehörde gewählte Methode der Preisbewertung. Sie erachtet es als willkürlich, dass die Vergabebehörde ihr Angebot und das um 1.4% teurere Angebot der P. AG mit der gleichen Punktzahl bewertet hat. Der Gemeinderat beruft sich auf den ihm bei der Bewertung zustehenden Freiraum. Es sei bewusst auf eine direkte Rangfolge verzichtet und ein "Raster" vorgegeben worden, der einen Preisspielraum fixiere.

b) Die Beschwerdeführerin irrt, wenn sie vorbringt, beim Preis handle es sich um eine mathematische Grösse, die der Vergabebehörde keinen Spielraum belasse. Auch bei der Bewertung des Preises gilt, dass das Verwaltungsgericht die von der Vergabebestelle gewählte Vorgehensweise respektieren muss, sofern diese nicht völlig sachfremd ist oder auf die einzelnen Anbieter unterschiedlich angewendet wird. Das Verwaltungsgericht hat die Gleichbewertung der