

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 20. Oktober 2003 in Sachen R u. M. gegen Stadtrat Aarau.

Aus den Erwägungen

3. Nicht als unzulässig zu beanstanden ist, dass sich die Vergabebehörde auf die Neubewertung des Angebots der F. AG und desjenigen der Beschwerdeführer, welche in der ursprünglichen Beurteilung die Ränge 1 und 2 belegt hatten, beschränkt hat. Die übrigen Anbieter haben auf eine Anfechtung der Zuschlagsverfügung verzichtet und sich damit mit dem Ergebnis des Submissionsverfahrens abgefunden. In ein lediglich zur Neubewertung der Angebote nochmals aufzurollendes Submissionsverfahren sind deshalb nur noch die Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter einzubeziehen (siehe Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. März 2000 [BRK 1999-013], Erw. 4/b mit Hinweisen, publiziert in: VPB 64.59; Peter Galli/André Moser/ Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 696 mit Hinweisen).

Die in diesem Zusammenhang geäusserten Bedenken der Beschwerdeführer, die Bewertung von nur zwei Angeboten falle gröber aus als die Bewertung von 10 Angeboten, erweisen sich zumindest im vorliegenden Fall als unbegründet. Die Bewertung der Teilkriterien richtet sich nämlich nach in der Bewertungsmatrix klar definierten Vorgaben, welche nicht zwingend einen Quervergleich aller Angebote für eine objektive und sachgerechte Bewertung erfordern.

59 Offertbereinigung; Verfahrensabbruch und Wiederholung des Verfahrens.

- Anforderungen an eine Offertbereinigung; die vorgenommene Preisbereinigung überschreitet das noch zulässige Mass (Erw. 3/b und c).
- Verfahrensabbruch und Wiederholung des Verfahrens (Erw. 4/b/aa); die Erweiterung des im Übrigen unverändert gebliebenen Leistungsverzeichnisses um Regiearbeiten und die Einladung eines weiteren

Anbieters stellen keine wichtigen Gründe im Sinne von § 22 Abs. 2 SubmD dar (Erw. 4/b/bb).

- Es besteht keine Verpflichtung, ein angehobenes Vergabeverfahren mit einem Zuschlag zu beenden (§ 22 Abs. 1 SubmD); das Verwaltungsgericht muss es in solchen Fällen bei der Feststellung bewenden lassen, dass das Submissionsverfahren ohne genügenden Grund und damit zu Unrecht abgebrochen worden ist (Erw. 4/b/cc).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 1. Juli 2003 in Sachen E. AG gegen Gemeinderat Würenlingen.

Aus den Erwägungen

3. a) Als unzulässig erachtet die Beschwerdeführerin zunächst die unbestrittene Tatsache, dass die beiden ursprünglichen Anbieterinnen telefonisch zur Überprüfung ihrer Angebote auf Rechnungsfehler aufgefordert worden sind. Die Vergabebehörde begründet dieses Vorgehen mit der auffallend grossen Preisdifferenz, die zwischen den beiden Angeboten bestanden habe. Es habe sich bei der Prüfung der Offerten gezeigt, dass beim Angebot der Beschwerdeführerin die Einheitspreise nicht gemäss Punkt 2 der allgemeinen Bestimmungen der Submission gerechnet worden seien; im Angebot der M. AG sei diese Position jedoch berücksichtigt und in die Einheitspreise eingerechnet worden. Nach der Offertbereinigung sei das Angebot der M. AG dann das günstigere gewesen. Leider seien bei der Offertbereinigung zu viele Details telefonisch besprochen worden, so dass das formelle Vorgehen nicht mehr dem üblichen Vorgehen bei einer Preisbereinigung entsprochen habe.

Die Vergabebehörde anerkennt somit jedenfalls ausdrücklich, im Zusammenhang mit der Bereinigung der beiden Angebote Fehler gemacht zu haben.

b) Die Vergabestelle prüft die Angebote rechnerisch und fachlich. Sie bringt sie auf eine vergleichbare Basis (§ 17 Abs. 1 SubmD). Sind Angaben eines Angebots unklar, 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). Abgebotsrunden sind verboten. Abänderungen eines Angebots dürfen nur während der Eingabefrist und nur auf schriftlichem Weg erfolgen (§ 17 Abs. 4 SubmD).

Das Verwaltungsgericht erachtet nebst 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 deswegen schon 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).

c) aa) Nach eigenem Eingeständnis der Vergabebehörde sind im vorliegenden Fall im Rahmen der Offertbereinigung zu viele Details telefonisch besprochen worden. Um welche Fragen es sich dabei im Einzelnen handelt, geht aus den dem Verwaltungsgericht vorliegenden Akten nicht hervor. Schriftliche Aufzeichnungen über die Telefongespräche sind offensichtlich nicht erstellt worden, was ebenfalls einen Fehler darstellt. Letztlich ist die Offertbereinigung insgesamt und namentlich auch deren Ergebnis nicht nachvollziehbar. Wenn die Vergabebehörde gegenüber der Beschwerdeführerin den - von dieser im Übrigen ausdrücklich bestrittenen - Vorwurf erhebt, sie habe in den Submissionsbedingungen verlangte Leistungen im Gegensatz zur M. AG nicht in die Einheitspreise miteingerechnet, so steht diese Behauptung im Widerspruch zum Ergebnis der Bereinigung, nämlich zum plötzlich rund Fr. 23'000.-- tieferen Angebotspreis der M. AG. Der Logik würde es - wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht - eher entsprechen, wenn die M. AG an ihrer Preiskalkulation festgehalten und die Beschwerdeführerin ihre Einheitspreise erhöht hätte. Die Argumentation der Gemeinde gäbe nur einen Sinn, wenn die Submissionsbedingungen im Rahmen der Offertbereinigung geändert worden wären.

bb) Gemäss Ziffer 2 der Submissionsbedingungen war die Preisberechnung wie folgt vorzunehmen:

"2 Preisberechnung

Die Einheitspreise verstehen sich für betriebsfertig am Ort erstellte Installationen und Lieferung.

In die Einheitspreise sind alle Unkosten einzurechnen, wie Verschnitt, Transport usw. Im speziellen sind bei bauseitigen Lieferungen im Montage- und Anschlusspreis folgende Leistungen einzurechnen:

- 2.1 Der Transport des Materials ab der Empfangsstelle (auf der Baustelle) nach dem Unternehmermagazin.
- 2.2 Das Auspacken und Vertragen sowie das Einsetzen der Leuchtmittel.
- 2.3 Mithilfe beim Ausmessen, Kontrollieren, Inbetriebsetzen, Abnahme, Übergabe der Anlage, instruieren des Bedienungspersonals.
- 2.4 Die Korrektur und Ergänzung der Installationspläne."

Die Möglichkeit von zusätzlich anfallenden Arbeiten, die nach Aufwand abzurechnen sind (Regiearbeiten), wurde durch diese Auflistung nicht ausgeschlossen; dies gilt namentlich für unvorhergesehene Anpassungen und Mehrarbeiten.

Der Beschwerdeführerin waren diese Submissionsbedingungen zweifellos bereits beim Erstellen der Offerte bekannt. Sie hat auf die Aufforderung der Vergabestelle hin ihre Preiskalkulation überprüft und den offerierten Preis bestätigt. In den Unterlagen sind keine Hinweise zu finden, die darauf schliessen lassen, dass die Beschwerdeführerin sich bei der Kalkulation der Einheitspreise nicht an diese Bedingungen gehalten hat. In ihrer Stellungnahme vom 6. Juni 2003 bestätigt sie, dass alles Verlangte in den Einheitspreisen enthalten gewesen sei. Die Beschwerdeführerin hatte diese Leistungen somit verbindlich offeriert und hätte sich später dabei behaften lassen müssen. Insbesondere hätte sie die in den Submissionsbedingungen aufgelisteten Leistungen nicht nachträglich als zusätzlich zu entschädigende Regiearbeiten gelten machen können.

Dass sich ihre Kalkulation durchaus im Bereich des Üblichen bewegte, zeigen auch die in der zweiten Submissionsrunde - mit den

gleichen Submissionsbedingungen - offerierten Einheitspreise. Diese sind bei der Beschwerdeführerin weitgehend mit denen der ersten Runde identisch. Die Einheitspreise der M. AG bewegen sich diesmal im Bereich derjenigen der Beschwerdeführerin, und diejenigen der neu dazu gekommenen G. AG sind erheblich tiefer. Darauf hinzuweisen ist auch, dass im Rahmen des Gesprächs der Vergabebehörde mit den beiden Anbieterinnen, anlässlich dessen eine Arbeitsgemeinschaft angestrebt wurde, im Protokoll festgehalten wurde, dass die Einheitspreise der Beschwerdeführerin für die ARGE gelten sollten. Auch diese Tatsachen weisen darauf hin, dass die Beschwerdeführerin die Submissionsbedingungen durchaus richtig verstanden und ein sie berücksichtigendes Angebot eingereicht hat.

cc) Die M. AG hat - wie sich ihrem Schreiben vom 17. April 2003 an den Gemeinderat - entnehmen lässt, in der ersten Offerrunde bei ihrer Kalkulation der Preise berücksichtigt, dass es sich um einen Umbau am bestehenden Netz handelt, wo auch mit Unvorhergesehenem gerechnet werden müsse. Zudem seien folgende Punkte berücksichtigt worden: Arbeiten in verschiedenen Etappen, Ausmessen der Leitungslängen, Abhängen der bestehenden Hausanschlüsse, Anpassen und Umlegen der Abgänge, Inbetriebnahme inkl. Drehrichtungskontrolle und Messung nach NIN aller Abgänge, Organisation für Um-Abschaltungen inkl. Meldungen an Strombezüger, Provisorien. Diese mitberücksichtigten Punkte gehen wesentlich über das hinaus, was in den Submissionsbedingungen verlangt worden ist, und führten zwangsläufig zu den im Vergleich zum Angebot der Beschwerdeführerin überhöhten Einheitspreisen.

Die Tatsache, dass die M. AG ihre Preise überdies sehr vorsichtig kalkuliert und allfällige Zwischenfälle und Schwierigkeiten mit einberechnet hat, konnte nun allerdings kein Grund sein, ihr im Rahmen der Offertbereinigung die Möglichkeit zur Reduktion ihres Angebots, die dann äusserst massiv ausgefallen ist, zu geben. Im Gegensatz zu offensichtlichen Rechnungsfehlern dürfen Kalkulationsfehler nicht nachträglich korrigiert werden (vgl. VGE III/26 [BE.2000.00002] vom 29. Februar 2000 in Sachen B. AG, S. 19 ff. mit Hinweisen). Die Preiskalkulation gehört zum unternehmerischen Risiko, und ein Anbieter, der die Preise (zu

seinen Gunsten) vorsichtig kalkuliert, muss immer damit rechnen, dass er von einem risikofreudigeren, knapper kalkulierenden Anbieter unterboten wird.

Die Vergabebehörde geht somit zu Recht davon aus, dass die von ihr vorgenommene Offertbereinigung den Rahmen des für eine Preisbereinigung Zulässigen gesprengt hat. Ob die Vermutung der Beschwerdeführerin, es sei "Zahlenmaterial" - gemeint sind wohl ihre Eingabesumme und die von ihr offerierten Einheitspreise - weitergegeben worden, tatsächlich zutrifft (und somit seitens der Vergabebehörde bei der M. AG bewusst ein Abgebot eingeholt worden ist), kann letztlich offen bleiben.

4. a) Die Vergabebehörde hat in der Folge von einer Zuschlagserteilung abgesehen und die Wiederholung des Verfahrens unter Einbezug eines dritten Anbieters angeordnet. Begründet wurde das Vorgehen mit "verfahrenstechnischen Gründen". Die Beschwerdeführerin erachtet den Abbruch und die Wiederholung als unzulässig; ein Grund gemäss § 22 SubmD habe nicht vorgelegen.

b) Zu prüfen ist, ob die Vergabestelle berechtigt war, die Submission abzubrechen und zu wiederholen.

aa) Die Vergabestelle ist nicht zum Zuschlag verpflichtet (§ 22 Abs. 1 SubmD). Aus wichtigen Gründen kann das Verfahren jederzeit abgebrochen oder wiederholt werden. Dies ist gemäss § 22 Abs. 2 lit. a - c SubmD insbesondere zulässig, wenn

- kein Angebot eingereicht wurde, das die in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt;
- auf Grund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen oder wegen wegfallender Wettbewerbsverzerrungen günstigere Angebote zu erwarten sind;
- eine wesentliche Änderung des Projektes erforderlich wurde.

Diese Aufzählung ist nicht abschliessend, macht aber deutlich, dass der Abbruch des Submissionsverfahrens nicht grundlos erfolgen darf. Nicht nur § 22 Abs. 2 SubmD, sondern schon die vorvertragliche Treuepflicht nach Art. 2 ZGB verbietet es nämlich der Vergabestelle, dem einzelnen Submittenten seine Chance auf den Zuschlag durch grundlosen Verfahrensabbruch zu entziehen oder durch eine

Wiederholung des Verfahrens allenfalls zu verschlechtern. Der Anbieter darf sich gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber auf ein vertrauenswürdiges, korrektes Verhalten verlassen, und darauf, dass die Vergabestelle das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäss ausübt; eine grundlose Schmälerung der Chancen des einzelnen Submittenten auf den Zuschlag erscheint auch unter diesem Gesichtswinkel ausgeschlossen. Bereits aus der allgemeinen, vorvertraglichen Treuepflicht sowie auf Grund des vom öffentlichen Auftraggeber pflichtgemäss auszuübenden Ermessens folgt daher ohne Weiteres der Grundsatz, dass das Submissionsverfahren nur aus wichtigen Gründen abgebrochen oder wiederholt werden darf, falls nicht die Haftung aus culpa in contrahendo Platz greifen soll (AGVE 1999, S. 313 f. mit Hinweisen).

bb) Gründe im Sinne von § 22 Abs. 2 lit. a - c SubmD sind im vorliegenden Fall keine gegeben. Die ursprünglich eingereichten Angebote entsprachen beide den Submissionsbedingungen. Dies gilt namentlich auch für das Angebot der Beschwerdeführerin. Das Argument der Vergabebehörde, die Beschwerdeführerin habe die Einheitspreise nicht gemäss Ziffer 2 der allgemeinen Bestimmungen der Submission gerechnet, vermag - wie bereits ausgeführt (siehe vorne, Erw. 3) - nicht zu überzeugen. Die Rand- und Rahmenbedingungen haben sich nicht verändert, und von einer wesentlichen Projektänderung kann ebenfalls nicht die Rede sein.

Die Vergabebehörde begründete die Wiederholung den beiden betroffenen Anbieterinnen gegenüber mit "verfahrenstechnischen Gründen", ohne diese allerdings näher zu erläutern. Telefonisch wurde der Beschwerdeführerin gegenüber offenbar auch geltend gemacht, dass die Offertunterlagen nicht komplett gewesen seien. Falls mit "verfahrenstechnischen Gründen" das unzulässige Vorgehen bei der Bereinigung des Angebots der M. AG gemeint sein sollte sowie der anschliessende gescheiterte Versuch, die beiden Konkurrentinnen zur Übernahme der Arbeiten als Arbeitsgemeinschaft zu bewegen, ist festzuhalten, dass sich damit die Wiederholung des Verfahrens nicht rechtfertigen lässt. Ebenfalls kein wichtiger Grund ist die Erweiterung des im Übrigen unverändert gebliebenen Leistungsverzeichnisses um die beiden Positionen "Schaltun-

gen" sowie "Unvorhergesehenes und Anpassungen". Es handelt sich hierbei um Regiearbeiten, deren Aufnahme wegen des hypothetischen Charakters ihres Umfangs in das Leistungsverzeichnis ohnehin eher fragwürdig ist (vgl. VGE III/83 [BE.2001.00211] vom 9. August 2001 in Sachen E. AG, S. 7 f.). Die Fragwürdigkeit des Einbezugs von Regiestunden in die Preisbewertung zeigt sich gerade auch im hier zu beurteilenden Fall, wie die folgende Übersicht deutlich aufzeigt:

(tabellarische Übersicht der Angebote)

Bei den Einheitspreisen beträgt die Differenz zwischen dem tiefsten und dem höchsten Angebot Fr. 11'770.15 oder 47.66%. Bei den Regiearbeiten beträgt die Differenz lediglich Fr. 1'023.80 oder 5.87 %. Die Regiearbeiten sind somit wenig aussagekräftig, zumal sie hypothetisch sind, da es sich bei der zugrunde gelegten Stundenzahl um Schätzungen bzw. Annahmen handelt. Es stellt sich im Übrigen die Frage, wieso die Vergabebehörde die wiederum auffallend grosse Preisdifferenz zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Angebot - jedenfalls bei den Einheitspreisen - diesmal nicht hinterfragt hat.

Auch die Einladung einer weiteren Anbieterin stellt keinen wichtigen Grund im Sinne von § 22 SubmD dar (vgl. VGE III/98 [BE.1997.00248] vom 3. November 1997 in Sachen M., S. 9 f.).

cc) Es bleibt somit festzustellen, dass die Wiederholung des Submissionsverfahren nicht durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt war. Der Vergabebehörde lagen in der ersten Runde zwei gültige Angebote vor. Ihr wäre es im Grundsatz möglich gewesen, diese beiden Angebote anhand der in den Offertunterlagen bekannt gegebenen Zuschlagskriterien (Preis 60%, Qualifikation 40%) zu beurteilen und alsdann einen Zuschlag zu erteilen. Da die Vergabebehörde indessen nicht verpflichtet ist, ein angehobenes Vergabeverfahren mit einem Zuschlag zu beenden (vgl. § 22 Abs. 1 SubmD), muss es das Verwaltungsgericht bei der Feststellung bewenden lassen, dass das erste Submissionsverfahren ohne genügenden Grund und damit zu Unrecht abgebrochen worden ist.

60 Preisbewertung.

- **Bewertungssysteme (Erw. 4/c).**
- **Unzulässige nachträgliche Anpassung der Preisbewertung (Erw. 4/d).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 16. Juni 2003 in Sachen J. AG gegen Stadt Baden.

*Aus den Erwägungen***4. Streitig ist die Bewertung des Preises.**

a) Die Vergabebehörde hat ein "Bewertungssystem zu den Angeboten A1/A2/B1/B2" erstellt bzw. von der B. erstellen lassen. Danach sollte das tiefste Angebot (= Summe der Pauschalen Phase 3/4 und des aus dem Honorarprozentsatz und einer durch das Beurteilungsgremium definierten honorarberechtigten Bausumme errechneten Honorars für die Phase 5) das Maximum von 30 Punkten erhalten. Die restlichen Angebote sollten "gemessen am tiefsten Angebot" bewertet werden. Dies wurde den Anbietenden im Rahmen der Fragenbeantwortung auch so bekannt gegeben.

Vorgesehen war, die jeweils tiefsten Angebote für B1 und B2 mit 30 Punkten zu bewerten, während diejenigen Angebote, die 100% über dem niedrigsten Angebot lagen, 0 Punkte erhalten sollten. Die übrigen Angebote sollten linear bewertet werden. In der Folge gelangten bei der Bewertung der Angebote beim Projekt B1 und beim Projekt B2 jedoch unterschiedliche Bewertungsmodi zur Anwendung. Beim Projekt B1 wurde das tiefste Angebot mit 30 Punkten und das höchste Angebot mit 0 Punkten bewertet. Dazwischen wurde eine lineare Punkteverteilung vorgenommen. Die Bewertung des Projekts B2 erfolgte wie ursprünglich vorgesehen. Einem E-mail-Schreiben vom 25. Februar 2003 lässt sich entnehmen, dass es beim Projekt B1 zu einer Änderung der ursprünglich vorgesehenen Bewertungsskala gekommen ist. Die Anpassung sei erforderlich geworden, weil zwei Anbieter sehr tief offeriert hätten; andernfalls hätten alle übrigen Anbieter beim Preis 0 Punkte gehabt. Die Vergabebehörde habe es so zudem vermeiden können, die Frage