

Die Argumentation der Stadt X. (Stadtrat), wonach keine "Exklusivvergabe" erfolge, sondern beabsichtigt sei, allenfalls an mehrere Anbieter Konzessionen zu erteilen, ändert an der Tatsache, dass ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts vorliegt, im Übrigen nichts. Die Wahl einer besonderen Rechtskonstruktion soll nicht dazu dienen, dass das Vergaberecht umgangen werden kann. Sollen auf dem Stadtgebiet mehrere Anbieter berücksichtigt werden können, so ist z.B. vorstellbar, dass die Standorte der Sammelcontainer von der Stadt vorgegeben (solche Standorte bestehen ja bereits) und für die Vergabe der einzelnen Standorte Lose gebildet werden.

31 Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren

Ein spekulatives Angebot, in welchem unter Verletzung von Preisbildungsregeln mit einem Rabatt von 99 % auf die Regieansätze völlig unrealistische Kosten für die Regiearbeiten angeboten werden, stellt einen Ausschlussgrund dar.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 14. April 2020, in Sachen A. AG gegen B. AG (WBE.2019.440).

Aus den Erwägungen

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 genannten Fällen. Auszuschliessen sind u.a. Anbietende, deren Angebote wesentliche Formvorschriften verletzt haben, z.B. durch Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 28 Abs. 1 lit. g SubmD; vgl. auch § 27 lit. h der Vergaberichtlinien vom 15. April 2009 [VRöB] zur IVöB), oder die der Vergabestelle falsche

Auskünfte erteilt haben (§ 28 Abs. 1 lit. b SubmD; § 27 lit. b VRöB). Bereits dem Ausdruck "insbesondere" lässt sich entnehmen, dass der Aufzählung der Ausschlussgründe in § 28 SubmD kein abschliessender Charakter zukommt. So können beispielsweise sogenannte Unterangebote unter bestimmten Voraussetzungen vom Verfahren ausgeschlossen werden, obwohl weder das SubmD noch die IVöB ihren Ausschluss ausdrücklich vorsehen. Ein Ausschluss von ungewöhnlich niedrigen Angeboten fällt nach Lehre und Rechtsprechung dann in Betracht, wenn – gegebenenfalls auch nach Einholung zusätzlicher Erkundungen – Anlass besteht, an den Fähigkeiten des Anbieters zur Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrages zu den angebotenen Konditionen und damit im Ergebnis an der Seriosität des Angebots zu zweifeln. Auszuschliessen sind aber auch Angebote, die keine vernünftige Beurteilung des Preis-Leistungsverhältnisses zulassen und die deshalb mit den übrigen Angeboten nicht oder kaum vergleichbar sind, sowie spekulative Angebote, die gegen explizite oder implizite Preisbildungsregeln des Auftragsgebers verstossen (vgl. zum Ganzen AGVE 2011, S. 152 mit Hinweisen).

2.2.

Der Beschwerdeführerin ist zunächst beizupflichten, dass das Leistungsverzeichnis relativ ausführlich und detailliert ist. Allein daraus lässt sich jedoch nicht schliessen, dass die von der Vergabestelle angenommenen Regieanteile "nicht möglich" bzw. unrealistisch hoch wären. Regiearbeiten zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie in den Positionen des Leistungsverzeichnisses (wo Einheitspreise vorgesehen sind) nicht enthalten sind, sondern aufgrund nicht vorhersehbarer Entwicklungen zusätzlich anfallen. Die Vergabestelle bestätigt denn auch, die C. AG als Planerin sei jeweils bestrebt, die Projekte in den Ausschreibungsunterlagen so gut wie möglich abzubilden, was bedeute, auch noch unbekannte, undefinierte Leistungen klar und transparent aufzuzeigen, um vergleichbare Angebote zu erhalten. Letztlich ist es Sache der Vergabestelle, wie sie die Ausschreibungsunterlagen konkret gestaltet und ausarbeitet. Im konkreten Fall ging die Vergabestelle von einem überdurchschnittlichen Anteil für Regiearbeiten und

Drittleistungen von rund 15 % der Bausumme aus. Dies namentlich aufgrund der Erfahrungen aus anderen Projekten. Die C. AG, welche die Ausschreibungsunterlagen als Planerin erstellt hat und selbst Eigentümerin zahlreicher Wasserkraftwerke ist oder an solchen beteiligt ist, verfügt, wie die Vergabestelle einleuchtend darlegt, über grosse Erfahrungen in diesem Gebiet. Die Vergabestelle untermauert zudem, dass in ähnlichen bzw. vergleichbaren Projekten der Regieanteil jeweils mit zwischen 9 % und 29 % zu Buche schlug (C. AG, Neubau Kraftwerk D., ökologische Ausgleichsmassnahmen: Regieanteil 29 %; Kraftwerk E. AG, Umweltmassnahme Los C 1, Etappe 3a [M 13 & 14]: Regieanteil 19 %; Kraftwerk E. AG, Umweltmassnahme Los C 1, Etappe 5b: Regieanteil 12%; Kraftwerk F. AG, Aufwertung G.: Regieanteil 9 %). Schon vor diesem Hintergrund werfen die Ausführungen der Beschwerdeführerin, aufgrund ihrer eigenen Erfahrungen liege im Durchschnitt aller Projekte, bei denen in der Mehrzahl sowohl Behörden als auch Interessengruppen und -organisationen ihr Mitspracherecht ausübten, der Anteil an Regiearbeiten – trotz Leistungen im Umweltbereich und trotz der erwähnten Mitspracherechte verschiedenster Behörden, Drittpersonen und -organisationen – "lediglich zwischen 1 % und 3 % und nur in Ausnahmefällen unwesentlich höher, nie jedoch bei 10 bis 15 %", Fragen auf. Die von der Vergabestelle eingereichten Schlussabrechnungen stützen solche Behauptungen nicht im Ansatz. Zwei der von der Vergabestelle genannten Projekte (Kraftwerk E.) wurden übrigens von der Beschwerdeführerin in einer Arbeitsgemeinschaft mit einem anderen Unternehmen ausgeführt, wobei die Regieanteile bei diesen Vorhaben letztlich 19 % bzw. 12 % betrugen (im LV Werkvertrag/Offerten war bei jenen Projekten zudem von Regieanteilen in Höhe von 24 % bzw. 17 % ausgegangen worden). Dies widerlegt die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach der Anteil für Regiearbeiten "nie jedoch bei 10 bis 15 %" liege.

Dass die Vergabestelle von einem relativ hohen Anteil für Regiearbeiten und Drittleistungen von rund 15 % der Bausumme ausging, leuchtet nicht nur mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen, sondern auch mit Blick das konkrete Vorhaben

"KlinKE, Ersatz- und Ausgleichsmassnahmen Los A1" sowie die ausführlichen Darlegungen der Vergabestelle durchwegs ein. Die Konzession und Projektgenehmigung sowie die zugehörigen Bewilligungen (wie die fischereirechtliche Bewilligung, die Rodungsbewilligung oder die Gewässernutzungsbewilligung) enthalten eine Vielzahl von Auflagen. Aus diesen können wiederum zusätzliche Massnahmen resultieren, welche zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht exakt definiert werden konnten und daher nicht im Leistungsverzeichnis bzw. in den Einheitspreispositionen aufgeführt sind. Darüber hinaus sind in die Realisierung des Projekts zahlreiche Fachstellen (u.a. eine Umweltbegleitkommission mit über 30 Mitgliedern – ohne H.-Mitarbeiter) und Fachpersonen involviert, denen ein Mitspracherecht zukommt und deren Anliegen und Wünschen bei der Bauausführung fortlaufend Rechnung zu tragen ist, was die Vergabestelle unter Bezugnahme zu verschiedenen Auflagen aus dem Regierungsratsbeschluss vom 13. Juni 2018 (Nr. 2018-000686) (Auflage Ziffer 4.1 a, b, d und f, Ziffer 4.3 a und d, Ziffer 4.4 a und Ziffer 4.9 a und d) sowie der fischereirechtlichen Bewilligung vom 25. September 2017 (Auflage Ziffern 2 und 4) aufzeigt. Ebenso trifft zu, dass die Auflagen im Regierungsratsbeschluss vom 13. Juni 2018 (Nr. 2018-000686) eher offen formuliert sind und Spielräume lassen. Insoweit ist es plausibel und naheliegend, dass diverse Ausführungsdetails noch gar nicht oder zumindest noch ungenügend bekannt sind, um im Leistungsverzeichnis als Einheitspreispositionen aufgeführt werden zu können. Die Vergabestelle nennt in der Beschwerdeantwort denn auch gleich verschiedene Leistungen aus den Ausschreibungsunterlagen Teil 4 "Technischer Bericht, Pläne und übrige Beilagen" sowie der Projektgenehmigung bzw. deren Auflagen, welche in den Akkordpositionen nicht spezifiziert und damit über NPK 111 abzurechnen seien. In der Duplik werden Änderungswünsche und zusätzliche Massnahmen aufgeführt, zu welchen es im vorliegenden Projekt bereits jetzt gekommen sei (Erstellung einer befestigten Ausbuchtung [Sporn]; Ausführung Abflussmessstelle allenfalls mittels Holz- anstatt Stein-einbauten), wobei für diese ingenieurbioologischen Massnahmen keine Einheitspreise vorlägen.

Nach dem Gesagten ist es nachvollziehbar und schlüssig, dass die Vergabestelle bei der Ausschreibung einen relativ hohen Anteil für Regiearbeiten und Drittrechnungen (ca. 15 % des Kostenvoranschlags) veranschlagte. Pro Massnahme ging sie von Regiearbeiten in Höhe von Fr. 10'000.00 bis Fr. 50'000.00 aus und von Drittrechnungen in Höhe von Fr. 10'000.00, insgesamt von einem Betrag für NPK 111 von Fr. 360'000.00. Dass diese Einschätzung nicht verfehlt ist, zeigen auch die Offerten der übrigen Anbieter: Bei den vier anderen Angeboten wurden die Regiearbeiten (NPK 111) – je nach Rabattsatz – zu Preisen zwischen Fr. 250'400.00 und Fr. 358'000.00 offeriert. Demgegenüber gewährte die Beschwerdeführerin in NPK 111 auf die Regieansätze einen Rabatt von 99 %, d.h. sie offerierte die Regiearbeiten (NPK 111) zu einem Preis von lediglich Fr. 3'600.00 (Beschwerdeantwortbeilage 5). Da – wie oben erörtert – jedoch mitnichten von "lediglich in einem zu vernachlässigenden Ausmass" anfallenden Regiearbeiten ausgegangen werden kann, sondern im Gegenteil von einem relativ hohen Anteil an Regiearbeiten gemäss NPK 111 ausgegangen werden muss, erweist sich der von der Beschwerdeführerin eingesetzte Ansatz klar als unrealistisch.

Die Beschwerdeführerin begründet ihren Rabatt ausschliesslich damit, dass ihrer Ansicht nach (entgegen den Vorgaben der Vergabestelle in NPK 111) praktisch keine Regiearbeiten anfallen werden. Am Bereinigungsgespräch vom 27. November 2019 wurden die Regiearbeiten angesprochen. Auf die Frage, wie sich der Anbieter die Abwicklung von Zusatzaufträgen vorstelle, verbunden mit dem Hinweis, dass der Bauherr keinerlei Nachträge des Anbieters akzeptiere und nach Regietarifen abgerechnet werde, wurde seitens der Beschwerdeführerin geantwortet: "Zusatzarbeiten, welche direkt im Zusammenhang mit dem ausgeschriebenen Projekt KlinKE stehen, werden in Regie abgerechnet". Und auf die Frage, wie der Anbieter damit umgehe, falls sich der Regiestundenanteil während der Projektausführung weiter erhöhe (von heute im Leistungsverzeichnis ausgewiesenen Fr. 360'000.00.00 auf z.B. Fr. 600'000.00), wurde geantwortet: "Wir haben die Ausschreibungsunterlagen des Projektes KlinKE überprüft und konnten feststellen, dass das Projekt sehr

sorgfältig erarbeitet und ausgeschrieben wurde. Daher können wir uns nicht vorstellen, dass sich der Regieanteil derart erhöhen könnte." In der Beschwerde führte die Beschwerdeführerin zudem aus, mit Ausnahme der Leistungen unter NPK 111 (Regiearbeiten) seien die Leistungen sehr detailliert und sorgfältig erfolgt, was durch das Leistungsverzeichnis nachgewiesen werde; aufgrund dieses Detaillierungsgrads des Leistungsverzeichnisses in den übrigen NPK Positionen sei sie zum Schluss gekommen, dass die zu erwartenden Regiearbeiten lediglich in einem zu vernachlässigenden Ausmass anfallen würden. Aus diesen Angaben wird deutlich, dass die Beschwerdeführerin letztlich darauf spekuliert, dass sie keine bzw. praktisch keine Regiearbeiten erbringen müssen. Dies, obwohl aus der Ausschreibung bekannt war, dass die Vergabestelle einen relativ hohen Anteil für Regiearbeiten (NPK 111) veranschlagt hat. Damit verschafft sich die Beschwerdeführerin gegenüber den anderen Anbietern bezüglich des Gesamtpreises einen Vorteil. Unter Einbezug der Regiearbeiten gemäss NPK 111 liegt sie mit diesem Vorgehen beim Preis nämlich an erster Stelle; lässt man NPK 111 dagegen unberücksichtigt, liegt sie lediglich noch an dritter Stelle. Wie oben dargelegt, ist es jedoch offenkundig, dass der von der Beschwerdeführerin offerierte Ansatz bei NPK 111 nicht realistisch ist. Vor diesem Hintergrund befürchtet die Vergabestelle zu Recht, dass Auseinandersetzungen bei der Bauausführung "vorprogrammiert" sind, zumal es naheliegt, dass spätestens dann, wenn die verlangten Regiearbeiten einen gewissen Umfang angenommen haben, Diskussionen darüber entstehen, ob die in Regie verlangten Arbeiten nun in einem "direkten Zusammenhang" mit dem Auftrag bzw. dem ausgeschriebenem Projekt stehen oder nicht. Die Vergabestelle müsste damit rechnen, dass die Beschwerdeführerin auf Zusatz- bzw. Nachtragsofferten beharrt, um möglichst keine Regiearbeiten (die sie ja praktisch kostenlos zu erbringen hätte) ausführen zu müssen, was für die Vergabestelle zu unabsehbaren und allenfalls erheblichen Mehraufwendungen und -kosten führen kann.

Soweit die Beschwerdeführerin in der Replik im Übrigen festhält, dass der "überwiegendste Teil" der von der Vergabestelle unter NPK 111 (Regiearbeiten) erwähnten Leistungen vom

Unternehmer bereits in die Einheitspreise einzurechnen seien und nicht noch zusätzlich als Regieleistungen verrechnet werden könnten, kann dem nicht gefolgt werden. Müssten die Anbieter zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht bekannte Auflagen (bzw. die später daraus folgenden möglichen Massnahmen) bereits in die Einheitspreise einrechnen, wären die Angebote nicht mehr miteinander vergleichbar, da – wie die Vergabestelle zutreffend festhält – jeder Anbieter spekulieren müsste, welche Änderungen oder Zusatzmassnahmen möglicherweise gewünscht werden könnten. Aus dem Umstand, dass die Vergabestelle in NPK 111 einen relativ hohen Regiebetrag veranschlagte, konnten und mussten die Anbieter schliessen, dass in einem erheblichen Umfang (von rund 15 % der Gesamtsumme) mit noch nicht bekannten und nicht definierten Leistungen zu rechnen ist, die als Regieleistungen (und ebengerade nicht nach Einheitspreisen) abzurechnen sind. Alle anderen Anbieter haben dies erkannt und – im Gegensatz zur Beschwerdeführerin – realistische Rabatte auf den Positionen von NPK 111 (Regiearbeiten) gewährt (siehe oben). Zudem bestätigt die Beschwerdeführerin zwar "ein weiteres Mal" den Rabatt von 99 % auf den vorgegebenen Regieleistungen von Fr. 360'000.00, sie bestätigt jedoch nicht, dass sie die künftigen (noch nicht bekannten und nicht definierten) Leistungen tatsächlich in ihre Einheitspreise eingerechnet hat, erst Recht nicht, bei welchen Einheitspreispositionen sie dies getan und wie sie diese Leistungen eingerechnet hat. Sie belässt es vielmehr bei ihrer allgemeinen Behauptung. Sollte sie aber tatsächlich nach NPK 111 zu offerierende Regiearbeiten im Sinne von "Reserven" in die Einheitspreispositionen eingerechnet haben, bedeutete dies wiederum eine unzulässige Umlagerung artfremder Leistungspositionen (NPK 111 [Regiearbeiten]) in Einheitspreispositionen und eine Verletzung der Preisbildungsregeln der Vergabestelle. Die Vergabestelle bringt zu Recht vor, dass eine solch spekulative Einrechnung unbekannter Leistungen in die Einheitspreispositionen mit den submissionsrechtlichen Geboten der Kostenwahrheit und Transparenz nicht zu vereinbaren wäre (vgl. AGVE 2011, S. 153 f.).

2.3.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Vergabestelle bei der Ausschreibung aus nachvollziehbaren Gründen von einem eher hohen Anteil an Regiearbeiten (NPK 111) ausging, was sie den Anbietern in den Ausschreibungsunterlagen auch klar zu erkennen gab. Die Preisbildungsregeln der Vergabestelle waren insofern bekannt. Indem die Beschwerdeführerin bei NPK 111 einen Rabatt von 99 % gewährte und somit offensichtlich völlig unrealistische Kosten für die Regiearbeiten offerierte (Fr. 3'600.00), hat sie das Anliegen der Vergabestelle, über die zu erwartenden Regiekosten aussagekräftige Angaben zu erhalten, missachtet. Die Preisgestaltung der Beschwerdeführerin führt auch dazu, dass dies für die Vergabestelle erheblich nachteilige Folgen haben kann, indem sie in ausgeprägtem Mass damit rechnen muss, dass sich die Beschwerdeführerin bei der Ausführung mittels Zusatz- bzw. Nachtragsofferten schadlos zu halten versucht, zumal sie aufgrund ihres Angebots bestrebt sein dürfte, möglichst keine Regiearbeiten (die sie nahezu unentgeltlich zu erbringen hätte) ausführen zu müssen. Für die Vergabestelle kann dies erhebliche Mehraufwendungen und -kosten zur Folge haben. Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, solche mit einem spekulativen Angebot verbundenen Risiken hinzunehmen. Ein Verstoss gegen Preisbildungsvorschriften berechtigt die Vergabestelle zum Ausschluss der betreffenden Offerte (vgl. Erw. 2.1).

Aufgrund der Preisgestaltung der Beschwerdeführerin sind im Weiteren auch die Angebotspreise nicht vergleichbar: Die Beschwerdeführerin hat die verlangten Regiearbeiten nur in einem äusserst minimalen Umfang, der offenkundig unrealistisch ist, angeboten. Dies im Gegensatz zu den anderen Anbietern. Mit ihrem Vorgehen verschafft sich die Beschwerdeführerin gegenüber ihren Konkurrenten bezüglich des Gesamtpreises einen Vorteil. Das Angebot der Beschwerdeführerin mag formell zwar vollständig sein, weist jedoch erhebliche inhaltliche Mängel auf, indem bezüglich der Regiearbeiten (NPK 111) Leistungsparameter zugrunde gelegt wurden, welche klarerweise nicht realistisch sind. Ein solches Angebot ist mit den anderen Angeboten nicht vergleichbar und darf vom Verfahren ausgeschlossen werden (vgl. Erw. 2.1). Auch nach der

Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Ausschluss zulässig, wenn ein Angebot zwar formell vollständig ist, jedoch erhebliche inhaltliche Mängel aufweist, indem z.B. einzelnen Positionen Leistungsparameter zugrunde gelegt werden, welche offensichtlich nicht realistisch sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 2011 [2D_34/2010], Erw. 2.4).

Ob die Vergabestelle zum Ausschluss berechtigt oder gar verpflichtet war, kann letztlich offenbleiben. Selbst wenn von ersterem auszugehen ist, ist jedenfalls kein Grund ersichtlich, dass der Ausschluss zu Unrecht erfolgt wäre, indem die Vergabestelle bei der Ermessensausübung rechtsfehlerhaft (vgl. § 25 Abs. 2 SubmD) gehandelt hätte.

32 Abbruch des Verfahrens; Begründungspflicht

Bei Abbruchverfügungen wird eine höhere Begründungsdichte verlangt als bei Zuschlagsverfügungen, zumal hier die Möglichkeit, zusätzliche Informationen nachträglich auf Gesuch hin zu erhalten, nicht vorgesehen ist.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 2. Dezember 2020, in Sachen A. AG gegen B. AG (WBE.2020.245).

Aus den Erwägungen

4.

4.1.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht. Die angefochtene Verfügung enthalte keinerlei Anhaltspunkte, weshalb der wirksame Wettbewerb im vorliegenden Verfahren nicht garantiert sein solle. Für sie sei völlig ungewiss, welche konkreten Gründe und Überlegungen die Vergabestelle zum Abbruch des Vergabeverfahrens veranlasst hätten.