

BL_GERICHTE 810 04 125 vom 26. Januar 2005

BL Gerichte, 2005-01-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_810_04_125

FR: BL_GERICHTE 810 04 125 du 26 janvier 2005

IT: BL_GERICHTE 810 04 125 del 26 gennaio 2005

Regeste

Unterangebot

Erwägungen

E. 1

(...)

E. 5

a) Das moderne Submissionsrecht liberalen Zuschnitts lässt nur Vergabemotive zu, die geeignet sind, ohne Verfälschung des freien Wettbewerbs das wirtschaftlich günstigste Angebot zu eruieren. Lässt der öffentliche Auftraggeber vergaberechtswidrig unsachliche oder sachfremde Überlegungen in den Zuschlagsentscheid einfließen, so ist dies im Allgemeinen nur schwer beweisbar, da es sich (ähnlich etwa wie beim Problem der Befangenheit des Richters) um einen "inneren" Vorgang handelt, auf dessen Vorhandensein in der Regel nur indirekt - nämlich aus dem Ergebnis der Verfügung - geschlossen werden kann. Weil nun ein entsprechender Nachweis praktisch nicht zu führen ist, müssen für das zum Vergabeentscheid führende Verfahren Rahmenbedingungen geschaffen werden, welche die Einflussnahme nicht submissionsrechtskonformer Faktoren - namentlich solcher, welche die Prinzipien der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung verletzen - abwenden, obwohl auch dadurch nicht ausgeschlossen werden kann, dass rechtlich verpönte "Kriterien" in einen Zuschlag einfließen. Dass der Vergabeentscheid auf eine objektiv nachvollziehbare Basis gestellt wird, ist nicht allein im Interesse der konkurrierenden Submittenten gesetzliche Pflicht der Vergabebehörde; eine solche Ausgestaltung des Verfahrens verhindert darüber hinaus zum Vornherein auch die Entstehung entsprechender Verdachtsmomente und ist daher grundsätzlich geeignet, tatsächlich unberechtigte, aber aus Anlass mangelnder Transparenz subjektiv begründete Anfechtungen zu vermeiden. Vorerst sind die aus den anwendbaren Rechtsgrundlagen abzuleitenden Erfordernisse und Grenzen einer der vorstehend skizzierten Problematik gerecht werdenden Praxis zu betrachten. b) Art. 5 Abs. 2 BGBM, der seit dem 1. Juli 1996 in Kraft steht, schreibt den Behörden auf kantonaler und kommunaler Ebene vor, die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich zu publizieren. Weiteres ist diesem Rahmengesetz nicht zu entnehmen. Hier ergibt sich die direkte Anwendbarkeit aus dem ausreichenden Konkretisierungsgrad, der im Übrigen von demjenigen vergleichbarer Normen des Landesrechts keineswegs übertroffen wird. Gemäss § 7 BeG können die Auftraggebenden von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre fachliche Qualifikation und ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nachweisen (Abs. 1). Die Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden (Abs. 2). § 22 Abs. 1 BeG statuiert, dass die Ausschreibungsunterlagen alle wesentlichen Angaben enthalten und die für den Zuschlag

massgebenden Kriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung aufgeführt sein müssen. Gemäss § 12 BeV geben die Ausschreibungsunterlagen unter anderem mindestens die Eignungskriterien (lit. d), die mit dem Angebot zu erbringenden Nachweise (lit. e) und die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung (lit. m) an. c) Das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid vom 20. November 1998 in Sachen Groupement G2IR3 gegen Conseil communal de La Chaux-de-Fonds et al. (BGE 125 II 86 ff. = Pra 1999 Nr. 105 S. 571 ff.) gestützt auf den dort anwendbaren Art. 13 lit. f IVöB und vor dem Hintergrund des Prinzips der Transparenz Regeln hinsichtlich der Verpflichtung der Vergabebehörde zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und ihrer Rangfolge oder relativen Bedeutung aufgestellt. Art. 13 lit. f IVöB besagt, dass die kantonalen Ausführungsbestimmungen geeignete Zuschlagskriterien beinhalten sollen, die den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten. Dazu stellte das Bundesgericht zunächst klar, dass diese Vorschrift genügend genau sei, um direkt anwendbar zu sein (BGE 125 II 99 E. 7a). Die neue Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens verfolge insbesondere den wesentlichen Zweck, die Transparenz der Vergabeverfahren zu verbessern, um einen wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu gewährleisten und eine sparsame Verwendung der öffentlichen Mittel zu ermöglichen. Die Transparenz sei eine unverzichtbare Bedingung zur Kontrolle der Rechtsbefolgung und der richtigen Abwicklung der Verfahren (BGE 125 II 100 f. E. 7c; zum Grundsatz der Transparenz vgl. auch Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, *das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, Rz. 218-222). Die Vergabebehörde sei daher - so das Bundesgericht weiter - verpflichtet, alle Zuschlagskriterien, die sie bei der Bewertung der Angebote berücksichtigen werde, zum Voraus und in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuzählen; zumindest sei die relative Wichtigkeit, die sie jedem der Kriterien beizumessen gedenke, deutlich zu präzisieren. Da die Formulierung des Art. 13 lit. f IVöB vage sei und den Vergabestellen folglich einen beträchtlichen Ermessensspielraum überlasse, bestehe ansonsten eine Gefahr der Ermessensüberschreitung oder des Ermessensmissbrauchs seitens des betreffenden öffentlichen Gemeinwesens (125 II 101 f. E. 7c). d) Aufgrund der dargelegten einschlägigen Gesetzesbestimmungen sowie gestützt auf die Rechtsprechung und Lehre ist somit zunächst erforderlich, dass alle Zuschlagskriterien bereits im sozusagen abstrakten Stadium des Verfahrens festgelegt werden, solange die einzelnen Bewerber und deren Offerten noch nicht bekannt sind. Der Detaillierungsgrad dieser Kriterien ergibt sich aus den Erfordernissen, die das betreffende Projekt an den Unternehmer stellt. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Transparenz ist es geboten, dass die Zuschlagskriterien für die konkrete Vergabe unter Einschluss ihrer Gewichtung und allfälliger Subkriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen präzise definiert werden. Da sich der Auftraggeber über seine Beschaffungsbedürfnisse ohnehin schon vor der Ausschreibung im Klaren sein muss, dürften diese Erfordernisse keine grösseren Probleme aufwerfen (Peter Gauch/Hubert Stöckli, *Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes.*, Freiburg 1999, S. 23 Ziff. 11.2, Fn. 89; vgl. zum Zusammenhang von Ermessensspielraum des Auftraggebers und Auftragsbezogenheit der Zuschlagskriterien Renate Scherrer-Jost, *Öffentliches Beschaffungswesen*, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli, *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Basel 1999, S. 29, N 54; VGE vom 5. September 2001 E. 5a sowie KGE VV vom 15. Januar 2003 E. 7a). Es gilt somit der Grundsatz, dass alles Zuschlagsrelevante zum Voraus mit der Ausschreibung festgelegt und den Offerenten zur Kenntnis gebracht werden soll. Die

Spielregeln dürfen danach nicht mehr geändert werden, damit Gewähr für eine willkürfreie Vergabe im öffentlichen Beschaffungswesen besteht (vgl. Gauch/Stöckli, a.a.O., S. 24, Ziff. 11.3). e) Gleichzeitig ist zu betonen, dass die Vergabebehörde bei der Auswertung und Bewertung der eingegangenen Offerten notwendigerweise einen auf Fachkenntnis beruhenden Beurteilungsspielraum auszufüllen hat, in den das Gericht nicht eingreifen kann (vgl. dazu Francesco D.A. Bertossa, Der Beurteilungsspielraum, Bern 1984, S. 83 ff.). Auch diese Wertungen ("Benotungen") müssen in der Begründung des Vergabeentscheids möglichst transparent gemacht werden (zur Begründungspflicht bei Vergabeverfügungen vgl. den Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 18. Juni 1998, in: BR 1999, S. 58 f., S14). Dieser Einschränkung der Beurteilungsbefugnis der Rechtsmittelbehörde ist Rechnung zu tragen. Ein wirksamer Rechtsschutz ist daher stark von einem im beschriebenen Sinne formalisierten - und damit eben der gerichtlichen Kontrolle zugänglichen - Verfahren abhängig. Streng formalisierte Anforderungen an die Definition der Zuschlagskriterien bereits in der Ausschreibung fördern die Justiziabilität eines Vergabeentscheides. f) Die Beschwerdeführerin hatte in den Ausschreibungsunterlagen die Zuschlagskriterien wie folgt definiert: Nettopreis Gewichtung 70% Qualifikation Anbieter Gewichtung 22% Technische Lösung Gewichtung 8%

E. 6

Die Beschwerdeführerinnen machen vorweg geltend, dass die Beigeladene die am schlechtesten qualifizierte Firma und fachlich nicht genügend ausgewiesen sei, um die umstrittenen Aufträge ausführen zu können. Zudem habe sie falsche Auskünfte über ihre fachliche Eignung erteilt. Sie sei deshalb wegen mangelnder Sachkenntnis gemäss § 7 Abs. 1 i.V.m. § 8 lit. c BeG sowie der Erteilung falscher Auskünfte gemäss § 8 lit. d BeG vom Verfahren auszuschliessen. a) Vorerst ist festzuhalten, dass gemäss Art. 44 Abs. 2 VAV der Kanton Arbeiten im Bereich der Informationsebenen Fixpunkte, Liegenschaften, Nomenklatur und administrative Einteilungen sowie den Unterhalt der amtlichen Vermessung nur durch Gemeinden, andere öffentlichrechtliche Körperschaften und juristische Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie über eine eigene Dienststelle für Vermessung unter der Leitung eines patentierten Ingenieur-Geometers oder einer patentierten Ingenieur-Geometerin verfügen (lit. a) oder durch patentierte Ingenieur-Geometer oder Ingenieur-Geometerinnen (lit. b) ausführen lassen darf. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Beigeladene über die in Art. 44 Abs. 2 VAV verlangte Ausbildung verfügen und deshalb zur Durchführung der ausgeschriebenen Arbeiten nach Bundesrecht grundsätzlich berechtigt sind. b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es grundsätzlich erlaubt, einen Anbieter in eine ständige Liste einzutragen, um dessen fachliche Qualifikation beurteilen zu können (BGE vom 5. April 2002 [2P.226/2001] E. 2.2 und E. 2.3.2). Dem Anbieter muss es allerdings auch möglich sein, seine Eignung auf andere Weise darzulegen. Dabei ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zwingend erforderlich, dass ein Anbieter bezüglich eines konkreten Auftrages die gleichen Eignungskriterien erfüllt, wie sie für die Eintragung in die Liste vorgesehen sind, denn diese besteht lediglich darin, das Vergabeverfahren zu vereinfachen und den Eingetragenen den Nachweis ihrer Eignung zu erleichtern (BGE vom 5. April 2002 [2P.226/2001] E. 2.2 und E. 2.3.2). Es ist deshalb entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen nicht willkürlich oder widerrechtlich, wenn eine Firma für eine bestimmte Zeitperiode generell qualifiziert wird und diese Qualifikation in jeder einzelnen Offerteingabe während einer bestimmten Periode in die Bewertung des Zuschlagskriterium "Qualifikation" einfließt. Allerdings, wie das Bundesgericht zu Recht festgestellt hat, muss

es einem Anbieter auch möglich sein, seine Qualifikation auf andere Weise zu erbringen, falls er nicht in dieser Liste eingetragen ist. c) Mit Schreiben vom 2. Juli 2003 hat die VSD den Nachführungsgeometern des Kantons Basel-Landschaft die Qualifikation für das Bewertungsjahr 2002/2003 zukommen lassen, welche für alle kommenden Ausschreibungen bis zum 30. Juni 2004 verwendet wurde. Dabei wurde die Fachkompetenz mit 9 Punkten (von 100 P.), die Qualitätssicherung mit 8 Punkten (von 100 P.) sowie die Termineinhaltung mit 5 Punkten (von 100 P.) gewichtet, was zusammen 22 von möglichen 100 Punkten ausmachte. Diese Liste wurde sowohl den Beschwerdeführerinnen als auch der Beigeladenen zur Kenntnis gebracht. Für die Ausschreibungsperiode bis zum 30. Juni 2004 wurde die Beigeladene aufgrund der Bewertungsperiode Juli 2002-Juni 2003 mit 16 von möglichen 22 Punkten bewertet. Diese Bewertung ist in allen im vorliegenden Verfahren umstrittenen Ausschreibungen verwendet worden. d) Die Beigeladene hat mit Schreiben vom 9. März 2004 der Vergabebehörde eine Personalliste zugestellt, aus welcher das der Anbieterin zur Verfügung stehende Personal samt dessen fachliche Qualifikation ersichtlich wird. Aus diesem Schreiben geht hervor, dass zwei patentierte Ing.-Geometer sowie sechs Vermessungsfachleute den Auftrag ausführen werden. In der Praxis ist es durchaus üblich, dass die von Art. 44 VAV nicht erfassten Arbeiten von Vermessungsfachleuten ausgeführt werden, ohne dass diese über die Qualifikation eines pat. Ingenieur-Geometers verfügen. Ebenfalls üblich ist es, wie die VSD zu Recht ausgeführt hat, dass für die Arbeitsausführung Mitarbeiter von anderen Firmen beigezogen werden. Indem die Beigeladene G. AG mit Schreiben vom 9. März 2004 der Vergabebehörde eine Liste der Mitarbeitenden samt deren fachlicher Qualifikation zukommen liess, hat diese einerseits Kenntnis von der Zusammenarbeit der G. AG sowie der J. AG und andererseits die erforderlichen Unterlagen für die Bewertung der fachlichen Qualifikation erhalten. Inwiefern ein solches Vorgehen einen Ausschlussgrund gemäss § 8 BeG, insb. § 8 lit. c und lit. d BeG, begründen soll, ist nicht ersichtlich, zumal im Rahmen des Vergabeverfahrens stets das zur Verfügung stehende Personal deklariert wurde. Art. 44 Abs. 2 VAV umschreibt lediglich die Arbeiten, die nur unter Leitung eines pat. Ingenieur-Geometers ausgeführt werden dürfen. Die Ausführungen der übrigen Arbeiten unterstehen weder nach Bundesrecht noch nach kantonalem Recht speziellen Anforderungen. Die Beschwerde ist in diesem Punkte demnach abzuweisen.

E. 7

Die Beschwerdeführerinnen werfen der Beigeladenen im Weiteren vor, ihr Angebot sei unredlich und unseriös. Es stelle ein Unterangebot dar, welches gemäss Beschaffungsgesetz unzulässig sei und Bedenken bezüglich der Qualität des Angebots hervorrufe. Aus diesen Gründen müsse die Offerentin vom Verfahren um die Vergabe der ausgeschriebenen Arbeiten ausgeschlossen werden. a) Die Beigeladene G. AG hat bei allen drei Vergabeverfahren unbestrittenermassen das Angebot mit dem niedrigsten Preis eingereicht. Die Beschwerdeführerinnen erachten diesen Preis jedoch als unrealistisch tief. Sie bezweifeln, dass die Beigeladene die ausgeschriebenen Arbeiten mit dem von ihr kalkulierten Einsatz von Personal rechtzeitig und qualitativ einwandfrei abschliessen könne. Sie nehmen an, dass die Beigeladene den Auftrag wegen ungenügender Auslastung ihrer Mitarbeiter dringend benötigt habe und ihn daher mit einem Tiefpreisangebot habe an sich ziehen wollen. Die Beigeladene hält daran fest, dass sie in der Lage sei, die Arbeiten termingerecht und qualitativ einwandfrei abzuschliessen. Ihr Angebot beruhe auf kostendeckenden Selbstkostenpreisen; zudem sei es nicht Sache der Vergabebehörde, ihre Kalkulation zu überprüfen. b) Ein sogenanntes Unterangebot liegt nach gängiger

Umschreibung dann vor, wenn ein Anbieter seine Leistung zu einem Preis anbietet, der unter seinen Gestehungskosten liegt (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 536; Robert Wolf, Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, BR 2004, S. 12 ff.). Auf Bundesebene enthalten weder das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen noch die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen Bestimmungen zum Unterangebot. Lediglich gemäss Art. XIII Abs. 4 lit. a ÜöeB kann die Beschaffungsstelle, die ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichten Angebote, beim Anbieter Erkundigungen einziehen und sicherstellen, dass er die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsmodalitäten erfüllen kann. Ein ungewöhnlich tiefes Angebot darf somit zumindest nach bundes- und völkerrechtlicher Rechtslage nicht von der Vergabe ausgeschlossen werden; verlangt werden kann lediglich, dass die Vergabebehörde bei derartigen Angeboten beim Anbieter Erkundigungen einzieht, um allenfalls bestehende qualitative oder sonstige Mängel des Angebots abklären zu können. Die Umschreibung in Art. XIII Abs. 4 lit. a ÜöeB lässt darauf schliessen, dass die zusätzlichen Abklärungen sich auf die Qualität des Angebots und die Leistungsfähigkeit des Anbieters beziehen. Es geht somit stets um die Einhaltung der Vergabekriterien, nicht um den Preis als solchen (vgl. auch Wolf, a.a.O., S. 13). Stellt sich tatsächlich heraus, dass der Anbieter nicht in der Lage ist, die Teilnahmebedingungen einzuhalten oder die Auftragsbedingungen zu erfüllen, so ist er mangels Eignung - und nicht wegen des zu tiefen Angebots - vom Wettbewerb auszuschliessen (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 540). c) Für die meisten Kantone lässt sich feststellen, dass weder die gesetzlichen Grundlagen noch die Gerichtspraxis es als zulässig erachten, ein ungewöhnlich niedriges Angebot vom Vergabeverfahren auszuschliessen, solange die Eignungs- und Zulassungsbedingungen erfüllt werden (siehe Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 538). Weder die IVöB noch das kantonale Beschaffungsgesetz sehen einen Ausschluss von Unterangeboten oder ungewöhnlich niedrigen Angeboten vor. Auch die Rechtsprechung des Kantonsgerichts hat sich bisher nie mit dieser Fallkonstellation befasst bzw. hat nie entschieden, dass ein ungewöhnlich niedriges Angebot vom Verfahren ausgeschlossen werden müsse. In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass ein Ausschluss eines ungewöhnlich niedrigen Angebots unzulässig ist, wenn er einzig dem Interesse an der Erhaltung eines leistungsfähigen Wirtschaftssektors dient (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 538). Das Submissionsrecht will eine wettbewerbsorientierte Auftragsvergabe bezwecken. Die Zuschlagskriterien sind somit grundsätzlich auf den Nutzen der angebotenen Leistung ausgerichtet und dürfen nicht derart weit interpretiert werden, dass sie ebenso dem gesamtwirtschaftlichen Interesse zu dienen haben (Wolf, a.a.O., S. 15). Der von den Beschwerdeführerinnen angeregte Einbezug des gesamtwirtschaftlichen Interesses in die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots findet im Vergaberecht keine Stütze. d) Ein Unterangebot kann verschiedene Ursachen haben. Es ist durchaus denkbar, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, dass ein im Vergleich mit anderen Angeboten deutlich geringerer Preis Folge davon ist, dass die anderen Angebote schlicht zu teuer sind oder Arbeitsmethoden berücksichtigt haben, die eine Verteuerung des Angebots mit sich bringen. Unzulässige Preisabsprachen können ebenfalls zu einem Unterangebot führen. Zudem bleibt anzumerken, dass ein Unterangebot auch auf das grundsätzlich berechnete Bestreben eines Anbieters, Überkapazitäten zu überbrücken, Fixkosten zu decken oder Arbeitsplätze zu erhalten, zurückgeführt werden kann. e) Gemäss § 26 Abs. 1 BeG erfolgt der Zuschlag zu Marktpreisen auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Die für eine bestimmte Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien legt die vergabende Behörde im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags fest,

wobei ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft anerkennt jedoch einen Rechtsanspruch des wirtschaftlich günstigsten Anbieters auf den Zuschlag (VGE vom 29. September 1999 in: BLVGE 1998/1999 S. 313 f. E. 2.4.2.2). Diese Formulierung lässt nach Ansicht des Kantonsgerichts keinen Spielraum für ein Auswahlermessen der Vergabebehörde; vielmehr mache sie deutlich, dass die Behörde an die sich aus der Evaluation der eingegangenen Offerten ergebende Rangierung gebunden sei und den Zuschlag dem erstplatzierten Anbieter erteilen müsse (BLVGE 1998/1999 S. 314 E. 2.4.2.2). Sind somit die unterschiedlichen Angebote qualitativ nicht wesentlich verschieden, ist daraus ein Anspruch des kostengünstigsten Anbieters auf den Zuschlag abzuleiten. Art. 13 lit. f IVöB bestimmt in diesem Sinne, dass die Ausführungsbestimmungen geeignete Zuschlagskriterien vorsehen sollen, die den Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten. f) Der Wortlaut der zitierten Bestimmungen, die dazu ergangene Rechtsprechung sowie die mit dem neuen Vergaberecht verfolgte Zielsetzung einer wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe (vgl. insb. Art. 1 Abs. 2 lit. a BeG) sprechen somit gegen einen derart begründeten Ausschluss von Unterangeboten oder ungewöhnlich niedriger Angebote. Die Rechtsprechung kantonaler Gerichte weist ebenfalls in diese Richtung, wie auch in der Vergabepaxis der Kantone und Gemeinden, von wenigen Ausnahmen abgesehen, in den vergangenen Jahren im Bereich des Bauwesens Angebote berücksichtigt wurden, die ungewöhnlich niedriger waren als andere eingereichte Angebote. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubündens hat etwa ausgeführt, im liberalisierten Beschaffungsmarkt sei es Sache der Unternehmungen, wie und mit welchem Risiko sie ihre Preise kalkulieren würde. Auch für das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern stellen ungewöhnlich niedrige Angebote keinen Ausschlussgrund dar, weil die geltenden Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens einen wirksamen Wettbewerb bezwecken und demnach kein grundsätzliches Verbot von ungewöhnlich niedrigen Angeboten enthalten würden; entscheidend sei einzig, dass die Teilnahme- und Auftragsbedingungen des entsprechenden Verfahrens eingehalten würden. Die Tatsache allein, dass die Anbieterin allenfalls unter ihren Selbstkosten offeriert habe, reicht auch nach dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich nicht aus, um ihr Angebot auszuschliessen. Schliesslich betrachtet das Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen Angebote, bei denen der Unternehmer zunächst seine Leistung kalkuliert, danach seinen Preis senkt und die Differenz zu den Selbst- oder Gestehungskosten aus seinen finanziellen Reserven deckt, als zulässig (Hinweise auf die Rechtsprechung Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 538). g) Ein im Vergleich mit anderen Angeboten deutlich geringerer Preis bedeutet im Weiteren nicht notwendigerweise, dass überhaupt ein Unterangebot bzw. ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt. Vielmehr ist es durchaus denkbar, wie das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg festgehalten hat, dass die anderen Angebote zu teuer oder teurere Materialien und Arbeitsmethoden einkalkuliert haben. Schliesslich kann die beschriebene Ausgangslage auch Indiz für eine unzulässige Preisabsprache unter den anderen, im vorliegenden Fall nicht berücksichtigten Anbietern sein (zur Rechtsprechung siehe Hubert Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz: Überblick, Erlasse, Rechtsprechung, 6. Auflage, Zürich 2004, S. 434). h) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung ein ungewöhnlich niedriges Angebot allein aus diesem Grunde nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann.

E. 8

Lehre und Rechtsprechung erachten es als zulässig, wenn die Vergabebehörde unlautere Angebote, das heisst Angebote, die gegen das Bundesgesetz über den unlauteren

Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 verstossen, von der Vergabe ausschliesst. Die Beschwerdeführerinnen machen in diesem Sinne geltend, die Beigeladene habe eine unredliche Offerte unterbreitet, welche widerrechtlich sei. a) Unlauter ist ein Angebot beispielsweise dann, wenn der Unternehmer die Differenz zu den kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt oder wenn der Unternehmer, namentlich marktmächtige Anbieter, Mitbewerber durch gezieltes Unterbieten der Preise vom Markt zu verdrängen versucht. Ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot zu einem Ausschluss führt, ist somit abhängig vom Verhalten des Anbieters bzw. abhängig davon, auf welche Art und Weise das Unterangebot zu Stande kommt. Unlauter ist somit ein Angebot nicht allein deshalb, wenn es die Selbstkosten nicht mehr zu decken vermag; unlauter ist es erst dann, wenn die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln oder sonstigem widerrechtlichem Verhalten erzielt wird (vgl. auch Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 541). b) Diese Zielsetzung liegt auch dem kantonalen Beschaffungsrecht zugrunde. Gemäss § 8 lit. i BeG kann lediglich ein Angebot ausgeschlossen werden, welches ungenügende Sachkenntnis oder Merkmale unlauteren Wettbewerbs erkennen lässt. Folgt man dieser Auffassung, wie sie im Gesetz zum Ausdruck kommt, erscheint ein Angebot erst dann als unzulässig und kann dementsprechend von der Vergabe ausgeschlossen werden, wenn Vorschriften des Wettbewerbsrechts verletzt wurden. Diese Auffassung stimmt überein mit der Zielsetzung des modernen Vergaberechts, welches eine wettbewerbsorientierte Auftragsvergabe bezwecken will. Innerhalb der Regeln des Wettbewerbsrechts steht es somit dem Anbieter frei, welchen Preis er offerieren will. c) Fraglich ist, ob der Auftraggeber, werden ungewöhnlich niedrige Angebote eingereicht, verpflichtet ist, beim Anbieter Erkundigungen einzuziehen, um sich zu vergewissern, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten und die Auftragsbedingungen erfüllt werden können bzw. ob das Angebot unter Einhaltung der massgebenden Vorschriften zustande gekommen ist. Gemäss § 25 Abs. 2 BeG ist es der Vergabebehörde erlaubt, Rückfragen zur Klärung des Offertinhaltes vorzunehmen. Dies muss namentlich dann gelten, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Anbieterin eines kostengünstigen Angebots Teilnahme- oder Auftragsbedingungen verletzt hat, ansonsten der Ausschlussgrund von § 8 lit. i BeG nicht wirksam umgesetzt werden könnte. Ob die Pflicht, Erkundigungen einzuziehen, auch dann gilt, wenn lediglich ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, kann im vorliegenden Fall, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, offen gelassen werden. d) Aus den im Rahmen der Parteiverhandlung durchgeführten Abklärungen ergaben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die erstplatzierte Anbieterin wettbewerbswidrig verhalten, ihre Marktmacht missbraucht oder sonst wie gegen die Regeln des Wettbewerbsrechts verstossen hat. Auch fehlen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die G. AG nicht in der Lage ist, die Arbeiten zu den vereinbarten Bedingungen termingerecht und qualitativ einwandfrei abzuschliessen. Im Weiteren ist fraglich, ob überhaupt ein Unterangebot bzw. ein ungewöhnlich niedriges Angebot, dass allenfalls zu weiteren Abklärungen verpflichtet, vorliegt. Die Differenz zwischen der erst- und zweitplatzierten Anbieterin lag bei den drei umstrittenen Ausschreibungen jeweils zwischen 10 % und 15 %. Diese Differenz kann allerdings auch aus unzulässigen Preisabsprachen der anderen, nicht berücksichtigten Anbieterinnen resultieren oder Resultat zu teurer Angebote sein. Zudem ist festzuhalten, dass die von der Anbieterin offerierten Preise bei allen Losen nicht wesentlich unter den von der Vergabebehörde geschätzten Kosten lagen. Von einem "Dumpingangebot" kann unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände jedenfalls nicht gesprochen werden. Demzufolge hat die Vergabebehörde ihr Ermessen nicht überoder präziser unterschritten,

wenn sie im Hinblick auf das Zustandekommen des Preises keine genaueren Abklärungen vorgenommen hat, zumal sie Rückfragen bezüglich der termingerechten Einhaltung aller Aufträge getätigt hat.

E. 9

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Zuschlagskriterien auf den Nutzen der angebotenen Leistung ausgerichtet sind und das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten soll. Es ist somit unzulässig, einen Anbieter eines tiefen Angebots allein deswegen auszuschliessen, um einen leistungsfähigen Wirtschaftssektor zu erhalten.

Überdies ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich, wieso das Angebot der Beigeladenen unlauter sein sollte. Im Weiteren hat die Vergabebehörde eingehend geprüft, ob die Arbeiten termingerecht und qualitativ einwandfrei abgeschlossen werden können. Auch diesbezüglich liegen keine konkreten Anhaltspunkte vor, die einen Ausschluss rechtfertigen würden. Selbst die Zusammenarbeit mit der J. AG wurde der Vergabebehörde frühzeitig zur Kenntnis gebracht und die entsprechende Qualifikation der Mitarbeitenden bekanntgegeben. Die G. AG hat demnach weder täuschende Angaben gemacht noch falsche Auskünfte erteilt. Auch diesbezüglich erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

Insgesamt sind keine konkreten Anhaltspunkte erkennbar, dass die G. AG Bestimmungen des Vergaberechts verletzt hat und vom Verfahren gemäss § 8 BeG ausgeschlossen werden müsste. KGE VV vom 26. Januar 2005 (810/2004/125)/WIR

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.