

# CH\_VB JAAC 70.51 vom 13. Februar 2006

Bundesverwaltung, 2006-02-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_JAAC\\_70.51\\_\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_70.51__)

FR: CH\_VB JAAC 70.51 du 13 février 2006

IT: CH\_VB JAAC 70.51 del 13 febbraio 2006

## Erwägungen

### E. 1

Öffentliche Beschaffung im offenen Vergabeverfahren. Selbständige Anfechtbarkeit der Ausschreibung. Variante. Bewertung des Preiskriteriums. Vergleich der offerierten Preise. Einheitspreis. Globalpreis. Rückweisung an die Vorinstanz. Art. 29, Art. 32 Abs. 1 BoeB. Art. 22 Abs. 2 VoeB. - Gebot der unmittelbaren Anfechtung von Mängeln der Ausschreibung (E. 2b). Die Rüge betreffend das von der Vergabebehörde angewendete und bereits in der Ausschreibung klar umschriebene Bewertungssystem ist vorliegend verwirkt (E. 2c/cc). Keine Nichtigkeit der Ausschreibung (E. 2c/dd). - Zulässigkeit von Pauschal- bzw. Globalpreisangeboten, obwohl die Ausschreibungsunterlagen Einheitspreise verlangten. Ein von der Ausschreibung abweichender Vergütungsmodus stellt eine Variante nach Art. 22 Abs. 2 VoeB dar. Solche sind grundsätzlich zulässig, sofern sie in der Ausschreibung nicht ausgeschlossen wurden (E. 4b). - Fehlerhaftigkeit des Preisvergleichs bzw. der Preisbewertung. Vergleichbarkeit verschiedener Vergütungsarten bzw. eines Globalpreisangebots mit einer Einheitspreisofferte (E. 4c/aa und bb). Begriff des Global- bzw. Festpreisangebots (E. 4c/cc/cc). Die Globalofferte der Zuschlagsempfängerin enthält verschiedene Unklarheiten, die von der Vergabebehörde im Rahmen der Bereinigung nicht oder nicht ausreichend beseitigt worden sind und die einen seriösen Vergleich der beiden Angebote daher nicht zulassen (E. 4c/ff). Namentlich wurden die Konsequenzen (Mehrkostenrisiko) bei allfälligen Projekt- bzw. Beststellungsänderungen nicht geprüft (E. 4c/ff/ddd). Die Vergabebehörde wäre verpflichtet gewesen, das Globalpreisangebot der Zuschlagsempfängerin einer vertieften Analyse zu unterziehen. Rückweisung an die Vorinstanz zur Vervollständigung der Evaluation in Bezug auf die Globalofferte (E. 4d). Acquisti pubblici nella procedura d'aggiudicazione aperta. Possibilità di impugnare a titolo indipendente il bando di concorso. Variante. Valutazione del criterio del prezzo. Comparazione dei prezzi offerti. Prezzo unitario. Prezzo globale. Rinvio all'autorità inferiore. Art. 29, art. 32 cpv. 1 LAPub. Art. 22 cpv. 2 OAPub. - Principio dell'impugnabilità immediata di vizi del bando (consid. 2b). Nella fattispecie, la contestazione sollevata a proposito del sistema di valutazione applicato dall'ente aggiudicatore e già chiaramente descritto nel bando è perentoria (consid. 2c/cc). Il bando non è nullo (consid. 2c/dd). - Ammissibilità di offerte con prezzo forfettario risp. globale, benché i documenti del bando esigessero prezzi unitari. Un modo di remunerazione diverso da quello del bando costituisce una variante

### E. 2

secondo l'art. 22 cpv. 2 OAPub. In linea di principio, queste varianti sono ammissibili, nella misura in cui non sono state escluse nel bando (consid. 4b). - Comparazione errata rispettivamente valutazione errata del prezzo. Possibilità di comparare diversi tipi di remunerazione risp. un'offerta di prezzo globale con un'offerta di prezzo unitario (consid.

4c/aa e bb). Nozione di offerta di prezzo globale, forfettaria rispettivamente fissa (consid. 4c/cc/ccc). L'offerta globale di chi ha ricevuto l'appalto contiene diversi punti poco chiari che non sono stati risolti del tutto o comunque in modo sufficiente dall'ente aggiudicatore nell'ambito della revisione e quindi non permettono un confronto serio delle due offerte (consid. 4c/ff). In particolare, non sono state esaminate le conseguenze (rischio di costi maggiorati) in caso di modifiche del progetto rispettivamente della comanda (consid. 4c/ff/ddd). L'ente aggiudicatore avrebbe avuto l'obbligo di esaminare in modo approfondito l'offerta di prezzo globale di chi ha ricevuto l'appalto. Rinvio all'autorità inferiore per completare la valutazione relativa all'offerta globale (consid. 4d). Zusammenfassung des Sachverhalts: A. Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; ...) schrieb die Alptransit Gotthard AG (...) den Auftrag für die Tunnelbauarbeiten (Vorbereitung des Baugeländes und der Baustelle, Bauarbeiten für Tiefbau, Arbeiten für spezialisierte Bauunternehmen) im offenen Verfahren öffentlich aus. In Ziff. 3.7 der öffentlichen Ausschreibung wurden die Zuschlagskriterien und die zugehörigen Unterkriterien sowie die entsprechende Gewichtung bekannt gegeben, und es wurde darauf hingewiesen, dass die Zuschlags- bzw. die Unterkriterien mit Noten von 1 bis 5 beurteilt würden. Bei den Kriterien 1 (Termingewährleistung der Bauzeit: 40%), 2 (Baustellenorganisation: 30%), 3 (Arbeitssicherheit: 15%) und 4 (Dauerhaftigkeit und Gebrauchstauglichkeit: 5%) gelte eine zu erzielende Mindestnote von 3.0. Erreiche ein Angebot bei diesen Kriterien die Mindestnote nicht, werde es nicht weiter berücksichtigt. Zudem wurde eine Gesamtpunktzahl von 360 Punkten als Zielwert definiert. Die ARGE X. reichte am 19. Oktober 2004 fristgerecht eine Offerte für

### **E. 2.6**

Mio. Franken zum Angebot der Beschwerdeführerinnen bestand, die rund 0.6% der Vergabesumme entspricht. ee. Die beiden Angebote der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerinnen sind betragsmässig beinahe gleichwertig, mit einem geringen Preisvorteil zugunsten der Zuschlagsempfängerin. Die auf unterschiedlichen Vergütungsgrundsätzen basierenden Offerten sind dann miteinander vergleichbar, wenn Leistung und Gegenleistung der beiden Angebote genau definiert sind. Die Zuschlagsempfängerin geht bei ihrem Globalangebot von exakt definierten Projekttrandbedingungen und insbesondere von einer klar beschriebenen Projektgeologie (Baugrundanalyse) aus, die das Erfassen der Baugrundrisiken durch den Unternehmer ermöglichen. Die Globalvariante ist analog dem Amtsvorschlag mit den exakten Projekttrandbedingungen der Bauherrschaft definiert. In der ursprünglichen Globalofferte enthaltene Vorbehalte (Randbedingungen Variante Ziff. 2.3 [Zuordnung der geologischen Risiken] und 2.4 [Angebotsschnittstellen / Drittlose]) sind im Rahmen der Fragebeantwortung (...) gestrichen bzw. relativiert worden. Insofern ist der Auffassung der Alptransit Gotthard AG, beide Angebote würden denselben Leistungsumfang aufweisen (...), grundsätzlich zuzustimmen.

### **E. 3**

die Tunnelbauarbeiten (ein Angebot für die Amtsvariante sowie fünf Unternehmervarianten) ein. Die Alptransit Gotthard AG erteilte den Zuschlag an die ARGE Y. (bestehend aus A. und B.). B. Die Mitglieder der ARGE X. (...; nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) erheben Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK). Sie beantragen, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben. C. Mit Zwischenentscheid vom 21. November 2005

erteilte die Rekurskommission der Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zugleich wurde dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen teilweise stattgegeben. D. Die Alptransit Gotthard AG beantragt in der Vernehmlassung vom 5. Oktober 2005, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Aus den Erwägungen: 1. (...) 2.a. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen verletzt die von ihnen als «Guillotinen-System» bezeichnete Bewertungsmethode sowohl den Grundsatz der Transparenz und der Gleichbehandlung als auch das zentrale Prinzip des Vergaberechts, dass der Zuschlag (ausser bei Standardgütern) auf das wirtschaftlich günstigste, nicht auf das billigste Angebot erfolgen müsse (...). Das «Guillotinen-Prinzip» habe zur Folge, dass bis zu einer bestimmten Mindestpunktzahl die Qualität allein ausschlaggebend sei, und dass darüber hinaus einzig noch der Preis zähle (...). Die Beschwerdeführerinnen hätten keine Möglichkeit gehabt, aus den Unterlagen zu erkennen, welche Anforderungen bei den technischen Faktoren zu erfüllen gewesen seien, um die als Zielwert vorgegebenen 360 Punkte zu erreichen. Jedes Angebot sei damit in hohem Mass spekulativ geblieben, sowohl in Bezug auf die Qualität als auch auf den Preis (...). Sodann führe die doppelte Hürde (Mindestnote bei vier von sechs Kriterien; Mindestpunktzahl insgesamt) im Resultat zu einer verkappten zweiten Eignungsprüfung (...). Die Beschwerdeführerinnen sind der Meinung, die Tragweite des nach ihrer Ansicht rechtswidrigen Guillotinen-Prinzips habe sich erst nach Abschluss des Verfahrens gezeigt. Weder in der SHAB-Publikation noch in den Ausschreibungsunterlagen sei transparent gemacht worden, wie das nur mathematisch nachvollziehbare System inhaltlich zu verstehen gewesen sei. Die gegen das Guillotinen-System erhobenen Rügen seien daher zulässig (...). Die Alptransit Gotthard AG hingegen vertritt den Standpunkt, die von den Beschwerdeführerinnen gegen das verwendete zweistufige Bewertungssystem vorgebrachten Rügen seien verwirkt. Das von ihnen beanstandete Verfahren sei bereits in der öffentlichen Ausschreibung bekannt gegeben worden und hätte deshalb sofort mit Beschwerde angefochten werden müssen (...). b.aa. Art. 29 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) bezeichnet die durch Beschwerde selbständig anfechtbaren Verfügungen. Es sind dies der Zuschlag oder der Abbruch des Vergabeverfahrens, die Ausschreibung des Auftrags, der Entscheid über die Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren, der

#### **E. 4**

Ausschluss vom Vergabeverfahren nach Art. 11 BoeB sowie der Entscheid über die Aufnahme eines Anbieters in ein Verzeichnis im Rahmen eines Prüfungssystems. Die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit zur selbständigen Anfechtung der Ausschreibung gemäss Art. 29 Bst. b BoeB bedeutet, dass Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden können (André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2000, S. 689 mit Hinweisen; Entscheid der Rekurskommission vom 9. Oktober 1998, veröffentlicht in: VPB 63.16 E. 4 in fine). Der Beschwerdeführer muss folglich gegen eine Ausschreibung - will er sie anfechten - innert 20 Tagen nach ihrer mit Rechtsmittelbelehrung versehenen Publikation Beschwerde führen. Eine spätere Berufung auf die diesbezüglichen Beschwerdegründe ist nicht (mehr) möglich (vgl. Entscheid der Rekurskommission vom 29. Oktober 1999 i.S. T. AG [BRK 1999-007], E. 2a mit weiteren Hinweisen). bb. Nach der Botschaft zum BoeB und nach der Rechtsprechung der Rekurskommission können Beschwerdegründe, welche gegen eine selbständig anfechtbare

Verfügung hätten vorgebracht werden können, im Beschwerdeverfahren gegen den Auswahlentscheid gemäss Art. 29 Bst. c BoeB oder im Rahmen einer späteren Zuschlagsanfechtung grundsätzlich nicht mehr gerügt werden; vorbehalten bleibt die durch die Schwere des betreffenden Mangels allenfalls bewirkte Nichtigkeit der Ausschreibungsverfügung (Entscheide der Rekurskommission vom 8. Oktober 1998, veröffentlicht in: VPB 63.16 E. 4, vom 29. Oktober 1999 i.S. T. AG [BRK 1999-007] E. 2a, und vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in: VPB 64.63 E. 3; Entscheid der BRK vom 29. März 2005 [BRK 2004-018], E. 2 und 3; vgl. auch Moser, a.a.O., S. 689). So ist z. B. eine in der öffentlichen Ausschreibung enthaltene Beschränkung der Verfahrenssprache mit Beschwerde gegen die Ausschreibungsverfügung anzufechten, ansonsten das Beschwerderecht des Anbieters diesbezüglich verwirkt (Entscheid der Rekurskommission vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in: VPB 64.63 E. 3). Dasselbe gilt in Bezug auf die in der Ausschreibung vorgesehene Beschränkung der Teilnehmerzahl im selektiven Verfahren (Entscheid der Rekurskommission vom 8. Oktober 1998, veröffentlicht in: VPB 63.16 E. 4 in fine) oder für die in der öffentlichen Ausschreibung bekannt gegebene Auswahl der Zuschlagskriterien (Entscheid der Rekurskommission vom 29. Oktober 1999 i.S. T. AG [BRK 1999-007] E. 2 a). Das Gebot der unmittelbaren Anfechtung (mit der Konsequenz der Verwirkung) gilt in erster Linie für diejenigen Anordnungen in der öffentlichen Ausschreibung, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheinen und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar sind. Dies trifft in der Regel zu auf Anordnungen betreffend Verfahrensart, Eingabefristen, Zulässigkeit und Rechtsformen von Bietergemeinschaften, Teilangeboten und Varianten, Losbildung oder Verfahrenssprache(n). Die Verpflichtung zur sofortigen Anfechtung des erkannten Mangels der öffentlichen Ausschreibung ergibt sich hier nicht nur aufgrund von Art. 29 BoeB, sondern auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, nach dem sich auch die Anbietenden zu verhalten haben (vgl. BGE 130 I 246 E. 4.3 mit Hinweisen).

## **E. 5**

Soweit die öffentliche Ausschreibung hingegen Anordnungen enthält, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlaufe des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergibt, muss die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls sogar erst im Rahmen der Zuschlagsverfügung, erhalten bleiben. Solche Anordnungen können insbesondere den Gegenstand der Beschaffung oder die Eignungs- und Zuschlagskriterien bzw. Teile davon betreffen. Gerade solche für das Vergabeverfahren grundlegende Punkte werden in der öffentlichen Ausschreibung häufig nur rudimentär und stichwortartig aufgeführt, und ihre tatsächliche Bedeutung wird erst zusammen mit den Ausschreibungsunterlagen (Präqualifikationsunterlagen beim selektiven Verfahren, Leistungsbeschriebe und -verzeichnisse, Pflichtenhefte etc.) vollumfänglich erkenn- und beurteilbar. Dies lässt sich nicht vermeiden, können in der Publikation doch naturgemäss keine umfangreichen und umfassenden Ausführungen gemacht werden. Daraus darf den Interessenten indessen kein Rechtsverlust erwachsen. Ob eine selbständige Anfechtung einer in der öffentlichen Ausschreibung enthaltenen Anordnung möglich war oder nicht, die Anordnung mit andern Worten dafür inhaltlich ausreichend bestimmt war, muss im jeweiligen Einzelfall geprüft werden (vgl. zum Ganzen Entscheide der BRK vom 16. November 2001, veröffentlicht in: VPB 66.38 E. 3, vom 8. Januar 2004, veröffentlicht in: VPB 68.88 E. 1 f., sowie vom 29. März 2005 [BRK 2004-018], E. 2 und 3; ferner Urteil des Bundesgerichts vom 2. März

2000 [2P.222/1999], E. 3a; Vincent Carron / Jacques Fournier, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002, S. 58, 74 ff.). c.aa. Ziff. 3.7 der (...) publizierten Ausschreibung enthielt folgende Umschreibung der Zuschlagskriterien: (...) Die Unterkriterien (bzw. die Kriterien 5 und 6) werden mit Noten von 1 bis 6 (1 = tiefster Wert, 5 = höchster Wert; Skalierung 0.5) beurteilt. Bei den Kriterien 1, 2, 3 und 4 gilt eine zu erzielende Mindestnote von 3.0. Erreicht das Angebot bei diesen Kriterien die Mindestnote nicht, wird es nicht weiter berücksichtigt. Für die 6 obgenannten Kriterien wird durch den Bauherrn eine Gesamtpunktzahl von 360 Punkten als Zielwert definiert. Unter den Angeboten, die aufgrund der Beurteilung im Rahmen des Offertvergleichs diesen Zielwert erreichen, erhält das Angebot mit dem tiefsten Preis den Zuschlag. bb. Nicht gefolgt werden kann zunächst dem Argument der Beschwerdeführerinnen, die Vergabebehörde habe durch die (verfrühte) Bekanntgabe der detaillierten Zuschlagskriterien bereits in der öffentlichen Ausschreibung in unzulässiger Weise versucht, «auf die Schnelle zu rechtskräftigen Spielregeln zu gelangen» (...). Zum einen handelt es sich bei den gemäss Anhang 4 zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VoeB, SR 172.056.11) zu machenden Angaben klarerweise lediglich um Mindestangaben, d. h. weitere Angaben sind zulässig; zum andern liegt die möglichst frühzeitige Bekanntgabe der massgebenden

## **E. 6**

«Spielregeln» eines Verfahrens und deren Verbindlichkeit im Interesse sowohl der Rechtssicherheit als auch der Transparenz. Sie dient damit nicht nur der an der möglichst effizienten Abwicklung des Verfahrens interessierten Vergabestelle, sondern auch den beteiligten Anbietenden. cc. Aus dem Wortlaut der öffentlichen Ausschreibung geht hervor, dass unter denjenigen Angeboten, welche sowohl die geforderte Mindestbewertung bei den Zuschlagskriterien 1 - 4 als auch die Mindestgesamtpunktzahl von 360 Punkten erreichen, nur noch der Preis über den Zuschlag entscheiden, jegliche Besserbewertung des Angebots bezüglich Qualität also unberücksichtigt bleiben soll. Das vorgesehene Bewertungssystem mit Unterteilung in zwei Bewertungsphasen, wie es in der Folge auch zur Anwendung gelangt ist, ist somit bereits in der öffentlichen Ausschreibung (und nicht erst in oder zusammen mit den Ausschreibungsunterlagen) klar und eindeutig umschrieben, und die entsprechenden Konsequenzen für die Zuschlagserteilung waren für die interessierten Unternehmer ohne Weiteres erkenn- und beurteilbar. Infolgedessen wären die Beschwerdeführerinnen verpflichtet gewesen, bereits die öffentliche Ausschreibung mit Beschwerde anzufechten und die Rechtswidrigkeit der bekannt gegebenen Modalitäten des Bewertungssystems zu rügen. Die mit der vorliegenden Beschwerde gegen das angewendete Bewertungssystem vorgebrachten Rügen sind entsprechend verspätet erhoben worden, weshalb sie von der Rekurskommission nicht (mehr) materiell auf ihre Begründetheit überprüft werden können. dd. Das von den Beschwerdeführerinnen als unzulässig gerügte Bewertungssystem vermag sodann auch nicht zur Nichtigkeit der öffentlichen Ausschreibung führen, welche von Amtes wegen zu berücksichtigen wäre (vgl. Entscheid der BRK vom 29. März 2005 [BRK 2004-018], E. 3b). Gemäss den Beschwerdeführerinnen verletzt das beanstandete «Guillotinen-System» den Grundsatz der Transparenz, den Grundsatz der Gleichbehandlung und das vergaberechtliche Gebot, dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen. Die Annahme der Nichtigkeit setzt einen schwerwiegenden Rechtsfehler voraus, der überdies offenkundig oder zumindest leicht erkennbar sein muss. Inhaltliche Mängel einer Verfügung bewirken nur ausnahmsweise deren Nichtigkeit (vgl. Entscheid der BRK vom 29. März 2005 [BRK

2004-018], E. 3b mit Hinweisen). Zur Begründung der Nichtigkeit müssten die genannten Grundsätze daher in überaus schwerwiegender Weise verletzt sein. Davon kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil es sich beim hier beanstandeten Vorgehen um ein der Praxis der Alptransit Gotthard AG bei Tunnelbauten entsprechendes Verfahren handelt, dem sich (auch) die Beschwerdeführerinnen bei anderen Vergabeverfahren vorbehaltlos unterzogen haben (...). Ob die fragliche Bestimmung in der Ausschreibung die genannten Prinzipien verletzt, kann offen bleiben, die Ausschreibungsverfügung kann aufgrund der geltend gemachten Mängel jedenfalls nicht als nichtig bezeichnet werden. 3. (...) 4.a. Die Beschwerdeführerinnen rügen einen rechtsfehlerhaften Preisvergleich bzw. eine unkorrekte Preisbewertung. Die Ausschreibungsunterlagen hätten Einheitspreise verlangt; der Zuschlag sei indessen unzulässigerweise an das von der Zuschlagsempfängerin zusätzlich zur Amtsofferte eingereichte Globalpreisangebot erteilt worden.

## **E. 7**

Die Vergleichbarkeit eines Globalpreisangebots mit Einheitspreisofferten sei nicht oder jedenfalls nur erschwert möglich; zumindest hätte beim Globalangebot daher eine Aufrechnung der in den Mengengerüsten enthaltenen «Angstreserven» erfolgen müssen (...). Die Alptransit Gotthard AG vertritt im Wesentlichen die Auffassung, bei der Globalofferte der Zuschlagsempfängerin handle es sich um eine zulässige und technisch gleichwertige Unternehmervariante zum Grundangebot nach Einheitspreisen. Das Globalangebot habe sachgerecht mit den Einheitspreisangeboten verglichen werden können. Mit der Globalvariante seien alle ausgeschriebenen Positionen angeboten worden; sie habe daher direkt mit den Einheitspreisofferten verglichen werden können. Entscheidend für den Offertvergleich sei der Preis der eingereichten Offerten, nicht der Abrechnungspreis (...). b.aa. Es stellt sich damit zunächst die Frage, ob es sich beim Globalpreisangebot der Zuschlagsempfängerin um eine zulässige Unternehmervariante zum Grundangebot oder um ein ausschreibungswidriges Angebot, das von der Vergabe hätte ausgeschlossen werden müssen, handelt. Die Rekurskommission hat sich bisher lediglich einmal zur Frage der Zulässigkeit von Pauschal- und Globalpreisangeboten geäußert. Nach einem Entscheid aus dem Jahr 1997 stellt auch ein von der Ausschreibung abweichender Vergütungsmodus eine Variante (zum Grundangebot nach Einheitspreisen) dar (Entscheid der BRK vom 7. November 1997, veröffentlicht in: VPB 62.32 II E. 3). Bei dieser Feststellung handelte es sich allerdings - wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht feststellen (...) - lediglich um ein kurz gehaltenes obiter dictum und nicht um eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Problematik. Die Frage der Zulässigkeit von Pauschal- oder Globalpreisangeboten im Bundesbeschaffungsrecht bedarf daher der näheren Klärung. bb. Gemäss Art. 22 Abs. 2 VoeB steht es den Anbietern und Anbieterinnen frei, zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen. Die Auftraggeberin kann diese Möglichkeit jedoch beschränken oder ausschliessen. Im vorliegenden Fall wurde die Zulässigkeit von Varianten in der öffentlichen Ausschreibung bejaht (Ziff. 2.9: «Varianten zugelassen»). Die grundsätzliche Zulässigkeit folgt auch aus den Ausschreibungsunterlagen; hier werden auch die näheren Anforderungen an die Unternehmervarianten umschrieben (...). Die Ausschreibungsunterlagen äussern sich nicht explizit zur Frage, ob und unter welchen Bedingungen auch von den Ausschreibungsunterlagen abweichende Vergütungsmodi als zulässige Varianten zur auf Einheitspreisen basierenden Amtslösung offeriert werden können. Aus dem Fehlen dieser Angaben kann indessen noch nicht der Schluss gezogen werden, Pauschal- oder Globalpreisangebote seien deswegen grundsätzlich unzulässig. cc. In der Baubranche wird

als Unternehmervariante üblicherweise jeder Offertvorschlag bezeichnet, der inhaltlich von der ausgeschriebenen Bauleistung (Amtslösung) abweicht (vgl. Roland Hürlimann, Unternehmervarianten - Risiken und Problembereiche, in: Baurecht [BR] 1996, S. 3 f.). In Lehre und Rechtsprechung umstritten ist dabei die Frage, ob als Variante auch ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichender Vergütungsmodus, insbesondere ein Pauschal- oder Globalangebot zusätzlich zum Grundangebot nach Einheitspreisen vorgeschlagen werden kann.

## **E. 8**

Die eine Seite bejaht die Frage. Eine Variante sei eine Abweichung von etwas Vorgegebenem. Im Submissionsverfahren sei das Vorgegebene das, was der Auftraggeber in der Ausschreibung bzw. in den entsprechenden Unterlagen an Bedingungen für die Offerte bekannt gebe. Verlange ein Auftraggeber für die Grundofferte ausschliesslich Einheitspreisangebote, so stelle ein Pauschal- oder ein Globalangebot eine Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen und somit grundsätzlich ebenfalls eine (finanzielle) Variante dar (Peter Rechsteiner, in: BR 2001, S. 60; Rechsteiner, Ermittlung der Angebotspreise, in: Sonderheft Vergaberecht, BR 2004, S. 19 mit Hinweis auf ein Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 27. Februar 2004; vgl. ferner Entscheid des Verwaltungsgericht des Kantons Zug V 2002 22 vom 12. März 2003, E. 5; Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004, E. 4.1.1). Die gegenteilige Auffassung wird damit begründet, dass eine Variante immer eine leistungsbezogene Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen enthalte (z. B. Projektierungs- oder Ausführungsvarianten); mit der Variante solle den Anbietern die Möglichkeit eingeräumt werden, von der Amtslösung abweichende, innovative Alternativen anzubieten. Wähle der Anbieter lediglich eine Preisart, die von den Bedingungen der Ausschreibung abweiche, liege keine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot vor (vgl. Hürlimann, a.a.O., S. 3 f.; Peter Gauch / Hubert Stöckli, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 46, Rz. 19.2; Urteile des Verwaltungsgericht des Kantons Aargau vom 8. Juni 2001, AGVE 2001, S. 337, vom 20. Oktober 2003, Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2003, S. 281; Entscheid des Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg 2A 02 92 vom 29. Oktober 2002). Hingewiesen wird für die Ablehnung von finanziellen Varianten zum Teil auch auf die problematische Vergleichbarkeit von Pauschal- bzw. Globalangeboten mit Einheitspreisofferten (AGVE 2003, S. 281). dd. Das Beschaffungsrecht des Bundes enthält keine besonderen Bestimmungen zu den Pauschal- oder Globalpreisangeboten, sondern regelt in Art. 22 Abs. 2 VoeB einzig die Zulässigkeit von «Varianten». Der Begriff der Variante (gemäss Fremdwörter-Duden «leicht veränderte Art, Form von etwas; Abwandlung; Spielart») legt es nun keineswegs nahe, als solche nur von den leistungsbezogenen Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen («inhaltlich») abweichende Angebote (im Sinne von Herstellungs-, Projektierungs- oder Ausführungsvarianten), nicht aber abweichende Vergütungsmodi zuzulassen. Entscheidend erscheint vorab die Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen und nicht ein allfälliger innovativer Charakter des Unternehmervorschlags. Gemäss Art. 21 Abs. 1 Satz 1 BoeB erhält das jeweils wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Dies kann unter gegebenen Umständen nicht nur eine technische Variante, sondern durchaus auch eine Preisvariante sein. Kein grundsätzlich gegen die Zulässigkeit von Preisvarianten als Varianten im submissionsrechtlichen Sinn sprechender Gesichtspunkt ist das Argument, dass der Vergleich zwischen einer Einheitspreis- und einer Pauschal- oder Globalpreisofferte

Probleme bieten könne. Die Vergleichbarkeitsproblematik stellt sich bei Projekt- und Ausführungsvarianten ebenfalls (vgl. auch Rechsteiner,

#### **E. 9**

Angebotspreis, a.a.O., S. 19). Mithin ist daran festzuhalten, dass auch von den Ausschreibungsbedingungen abweichende Preisangebote Varianten im Sinne von Art. 22 Abs. 2 VoeB darstellen. c.aa. Wie soeben erwähnt, kann der Vergleich zwischen einer Einheitspreis- und einer Pauschal- bzw. Globalofferte Probleme bieten (Rechsteiner, Angebotspreis, a.a.O., S. 19), da die Preisbestimmung bei den verschiedenen Vergütungsarten nach unterschiedlichen Grundsätzen erfolgt. Wiederholt Bedenken geäussert bezüglich Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Vergütungsarten hat namentlich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Weiche beispielsweise die im Leistungsverzeichnis zu den einzelnen Leistungen angenommene Menge von der für die geschuldete Einheitspreisvergütung massgeblichen tatsächlichen Menge ab, so könne ein höheres Einheitspreisangebot preislich günstiger sein als ein tieferes Pauschalangebot; umgekehrt könne ein höherer Pauschalpreis günstiger sein als ein Angebot mit Einheitspreisen und zusätzlich separat zu entschädigenden Regiearbeiten. Die Unterschiede der Vergütungsarten könnten unter Umständen auch dazu missbraucht werden, den öffentlichen Auftraggeber absichtlich zu benachteiligen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Dezember 2003 [VB.2003.00256], E. 3.3; ferner auch Urteil vom 8. Oktober 2003 [VB.2003.00091], E. 2.1., und Urteil vom 23. Januar 2003 [VB.2002.00195], E. 4a). In diesem Sinne ist im vorliegenden Fall die Alptransit Gotthard AG von der Ingenieurgemeinschaft Gotthard-Basistunnel Nord (IG GBTN), der gemäss den Ausschreibungsunterlagen die Projektierung und die örtliche Bauleitung obliegt und die im Submissionsverfahren mit der technischen Prüfung der Angebote sowie der Unterstützung der Alptransit Gotthard AG bei der technischen Angebotsbereinigung beauftragt war (...), mit Schreiben vom 24. Juni 2005 ausdrücklich auf die mit der Berücksichtigung einer Globalpreisofferte verbundenen grundsätzliche Problematik hingewiesen worden: «Die Globalvariante birgt aus unserer Sicht ein sehr grosses Kostenrisiko (Angebotsgestaltung, Reduktion Ausmasse), das bei der Amtslösung nicht vorhanden ist. Bei günstigen Verhältnissen kann mit der Amtslösung auch günstig abgerechnet werden, dies ist bei einer Globallösung nicht der Fall. Bei der Globallösung werden Projektänderungen zudem unverhältnismässig teuer. Die IG GBTN hat mündlich bereits mehrfach auf diesen Umstand aufmerksam gemacht und möchte nochmals betonen, dass sie dem Bauherrn abrät, die Globalvariante zu berücksichtigen.» bb. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist bei einer technisch so komplexen Ausschreibung wie der vorliegenden ein sachgerechter Vergleich der Angebote zu Einheitspreisen mit einer einzigen Globalen «geradezu denkunmöglich». Die Globalofferte für ein ganzes Werk setze voraus, dass das Mengengerüst bei der Vertragsunterzeichnung verbindlich vorliege. Nur so bestehe einerseits Klarheit für den Unternehmer darüber, welche Leistungen er für die Globale erbringen müsse, und andererseits Klarheit für die Bauherrschaft, was alles in der Globalen inbegriffen sei. Überdies müsse ein im Voraus definiertes Änderungsregulativ vorhanden sein. In den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen, welche Bestandteil

#### **E. 10**

des vorgesehenen Werkvertrags werden würden, werde indessen explizit und unmissverständlich festgehalten, dass die Mengenangaben in den Leistungsverzeichnissen unverbindlich seien (...). Es sei davon auszugehen, dass im Leistungsverzeichnis

«Angstreserven» enthalten seien (...). Keinesfalls könne es daher zulässig sein, die nach völlig unterschiedlichen Ansätzen ermittelten Offertsummen unbeschrieben für Franken für Franken miteinander zu vergleichen, wie dies die Alptransit Gotthard getan habe (...). Die Alptransit Gotthard AG weist daraufhin, dass die Mengenangaben im Leistungsverzeichnis für das Los 151 keine (versteckten) Mengen- bzw. Ausmassreserven enthalten würden. Das Leistungsverzeichnis enthalte auch keine fehlerhaften Mengenangaben. Damit allenfalls verbundene Missbrauchsmöglichkeiten könnten ausgeschlossen werden. Das von der Zuschlagsempfängerin eingereichte Globalangebot habe daher sachgerecht mit den Einheitspreisangeboten verglichen werden können. Die Variante der Zuschlagsempfängerin sei an den gleichen Zuschlagskriterien gemessen worden wie die Angebote auf die Amtslösung. Dem Gleichbehandlungsgrundsatz sei damit entsprochen worden. Mit der Globalvariante würden alle ausgeschriebenen Positionen angeboten. Sie könne daher direkt mit den Einheitspreisofferten verglichen werden. Entscheidend für den Offertvergleich sei der Preis der eingereichten Angebote, nicht der Abrechnungspreis (...). cc. Bei der Beurteilung der strittigen Frage der Vergleichbarkeit der beiden auf einer unterschiedlichen Vergütungsphilosophie basierenden Angebote ist von folgenden grundsätzlichen Überlegungen auszugehen: aaa. Tunnelbauprojekte zählen zu den komplexen Bauvorhaben, die ein hohes Mass an technischem Fachwissen sowohl bei der Planung als auch der Ausführung fordern. Die Ausführung hängt stark von den geologischen Gegebenheiten ab, die trotz allen vorgängigen Abklärungen öfters nicht mit Bestimmtheit festgelegt werden können. Bei jedem bergmännischen Vortrieb besteht eine hohe Unsicherheit bezüglich der tatsächlichen Gegebenheit im Gebirge vor Ort. Mittels geologischen Vorabklärungen kann das Risiko eingegrenzt, nie aber abschliessend beurteilt werden. Wie Beispiele aus jüngerer Zeit zeigen, kann es durchaus vorkommen, dass die angetroffenen Verhältnisse wesentlich besser sind als erwartet und somit die kalkulierte Bauzeit um Monate verringert werden kann (z. B. Umfahrung Klosters, Tunnel Gotschna, Eröffnung zwei Jahre früher als geplant). Oft trifft man vor Ort aber schlechtere Verhältnisse an, so dass das Bauprogramm und der Baufortschritt massiv angepasst werden müssen (z. B. Adler-Tunnel der Schweizerischen Bundesbahnen [SBB] von Muttenz nach Liestal, Umfahrung Sissach). Um auf diese Risiken, aber auch Chancen angemessen reagieren zu können, werden bei Vergaben von Tunnelbauprojekten die Verträge in der Regel - wie auch im vorliegenden Fall vorgesehen - auf ein detailliertes Leistungsverzeichnis mit Einheitspreisen abgestützt. Mit dieser Grundlage kann man auch angemessen auf Beststellungsänderungen reagieren, die im Untertagebau sehr häufig vorkommen. bbb. Bei der Kalkulation des Kostenvoranschlages wird in der Regel mit einer Genauigkeit der Kosten im Bereich von +/-10% gerechnet. Die Kostenangaben verfeinern sich mit jeder Projektierungsstufe und bilden mit dem Streumass an Genauigkeit die Basis für die jeweiligen Kreditanträge.

## **E. 11**

Je nach Bauherrschaft werden in die jeweiligen Kostenberechnungen Reserven seitens Bauherr eingerechnet. Bei der Erstellung des Devis wird im Tunnelbau in der Regel mit einer Ausmassreserve von 5% gerechnet. Die Berechnung der Mengenangaben durch die Projektverfasser erfolgt sowohl bei den Kostenvoranschlägen als auch bei der Devisierung nach dem besten Wissen und Gewissen, wenn nötig wird aber aufgerundet. Diese Rundungsreserven bezüglich Ausmass sind nicht zu verwechseln mit Reserven des Bauherrn oder den Genauigkeitsreserven aus der jeweiligen Projektierungsstufe. Die Ausmasse im Leistungsverzeichnis des Abschnittes Gotthard-Basistunnel Teilabschnitt Erstfeld Los 151 enthalten auf jeden Fall eine Rundungsreserve. Gemäss den vorliegenden

Unterlagen wurde indes auf den Einbezug einer bewussten Ausmassreserve verzichtet (...). Die im Leistungsverzeichnis aufgeführten Ausmasse liegen aber auf der sicheren Seite und sind auf keinen Fall zu tief kalkuliert. Insofern sind gewisse Reserven mit Sicherheit vorhanden. ccc. Eine Globalofferte zeichnet sich dadurch aus, dass für die ausgeschriebenen Leistungen gesamthaft ein fester Preis offeriert wird, der ohne Teuerung kalkuliert wird. Im Gegensatz zum Pauschalpreisangebot ist die Globalofferte also noch teuerungsberechtigt (vgl. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz. 910 ff.). Ein Festpreisangebot (Pauschal- oder Globalangebot) ist unabhängig von den tatsächlichen Erstellungskosten des Werkes und den ausgeführten Leistungsmengen. Es ist unabänderlich; dies auch dann, wenn die Erstellungskosten höher oder geringer ausfallen als bei Vertragsschluss vorgesehen (Gauch, a.a.O., Rz. 902). Gemäss Norm 118 des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA, Art. 40) besteht ein Globalpreis in einem festen Geldbetrag, bei dem für die geschuldete Vergütung nicht auf die Menge abgestellt wird. Die Mengen müssen gemäss SIA-Norm 118 vom Unternehmer geprüft werden, um ein Globalangebot einreichen zu können. Ein wesentlicher Vorteil der Festpreisofferten ist, dass im Hinblick auf die tatsächlich geschuldete Entschädigung nicht ausgemessen werden muss. Globalofferten eignen sich vor allem dann, wenn die zu erbringenden Leistungen genau definiert werden können, die getroffenen Annahmen somit sehr nahe an die tatsächliche Ausführung kommen und nicht mit grösseren Projektänderungen zu rechnen ist. Bei der Globalofferte wird dem offerierten Betrag ein fester Zahlungsplan zu Grunde gelegt. Die Abrechnung der Leistungen erfolgt nach diesem fixen Zahlungsplan, der Vertragsbestandteil ist und zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ausgehandelt wird. Der Zahlungsplan muss möglichst genau auf den Arbeitsfortschritt abgestimmt sein, da darauf basierend die Teuerung errechnet wird. Je später die Zahlungen bei einem mehrjährigen Bauwerk erfolgen, umso höher wird die Teuerung ausfallen. Von Seiten der Bauherrschaft muss daher verhindert werden, dass infolge eines ungünstigen Zahlungsplanes zuviel Geld für den Anteil der Teuerung ausgewiesen wird. Für die Abrechnung aufgrund einer Globalofferte muss - wie erwähnt - kein Ausmass ermittelt werden, da die Menge nicht relevant ist, sondern nach dem Zahlungsplan vergütet wird. Im Gegensatz dazu muss bei den Offerten mit Einheitspreisen für die Abrechnung jeweils vorgängig das Ausmass gemäss dem aktuellen Baufortschritt auf der Baustelle festgestellt werden.

## **E. 12**

Bei der Globalofferte entfällt somit ein aufwändiger Arbeitsschritt auf der Baustelle, der eine Vereinfachung für die Bauleitung darstellt und auch eine Kosteneinsparung bedeutet. In der Schweiz wird bei der Bauausführung in der Regel auf das System von SIA-Normen und den Normpositionenkatalog (NPK) der CRB (Schweizerische Zentralstelle für Baurationalisierung) zurückgegriffen. Die Ausschreibungen in der Schweiz basieren praktisch ausschliesslich auf diesem System. Eine Ausschreibung nach NPK ermöglicht die Vergleichbarkeit der Angebote und bildet auch die entsprechende Grundlage für die spätere Abrechnung des Objektes. Der NPK besteht aus Katalogen, die für jede Arbeitsgattung genormte Leistungsbeschreibungen aufführen. Die Ausschreibung mit Hilfe des NPK hat sich in der Schweiz durchgesetzt. Die Abstimmung mit dem Normenwerk des SIA ist gut gelöst. Sowohl Bauherren als auch Unternehmer sind mit diesem System vertraut. Jeder kennt die zu erbringenden Leistungen in den einzelnen Positionen und kann darauf basierend die Gegenleistung, d. h. die Honorierung, definieren. Jeder Unternehmer weiss, welche Leistungen für welche Position zu erbringen sind. Globalen sind in der Schweiz im

Untertagebau nicht üblich. Eine Globalofferte ist für den Bauherrn nur dann von Vorteil, wenn der Unternehmer bereit ist, die Risiken z. B. bezüglich Schlechtwetter, Geologie und Ausmass aufgrund der getroffenen Annahmen zu übernehmen. Die Chance für den Unternehmer ist, dass der Baufortschritt schneller als erwartet erfolgen kann. Für den Bauherrn entfällt diesfalls bei der Globalofferte jede Möglichkeit, günstiger abzuschliessen. Erweisen sich z. B. die geologischen Verhältnisse besser als erwartet und die projektierte Bauzeit wird unterschritten, so hat der Bauherr die Möglichkeit nicht, billiger abzuschliessen. Wird eine Globalofferte eingereicht, so ist davon auszugehen, dass der Unternehmer neben den Risiken, die er damit übernimmt, auch Chancen sieht. Die Zuschlagsempfängerin unter der Führung der A. konnte bei der Kalkulation ihrer Globalofferte für das Los 151 auf eigene Erfahrungswerte aus früheren Tätigkeiten im fraglichen Gebiet zurückgreifen, namentlich in Bezug auf die Geologie. Sie hebt diesen Umstand in ihren Unterlagen ausdrücklich hervor. Allein schon die Tatsache, dass hierzulande Globalangebote im Untertagebau wenig verbreitet sind und dementsprechend mit solchen Offerten auch wenig Erfahrung vorliegt, lässt es erforderlich erscheinen, dass die Vergabebehörde, die mit einer Globalofferte als Variante zur Amtslösung konfrontiert wird, sich mit der Frage der damit verbundenen Konsequenzen und Risiken sowie der Vergleichbarkeit mit den Einheitspreisangeboten ernsthaft und vertieft auseinandersetzt. dd. Zum Ablauf der von der Alptransit Gotthard AG vorgenommenen Preisbereinigung ist Folgendes festzuhalten: Die Öffnung der technischen Angebote erfolgte am 27. Oktober 2004; die finanziellen Angebote blieben dabei noch unter Verschluss. Am 22. Dezember 2004 wurden dann auch die finanziellen Angebote der (vier) im Verfahren verbliebenen Anbieter geöffnet (...). Im Anschluss an die Offertöffnung vom 22. Dezember 2004 fand ein erstes Unternehmergespräch statt. Nachdem sich zeigte, dass einer der Anbieter keine (reelle) Chance auf den Zuschlag hatte, wurde dessen Angebot zurückgestellt. Mit den andern drei Anbietern fanden zwei weitere Gesprächsrunden statt. Gegenstand

### **E. 13**

dieser Unternehmergespräche war die technische Bereinigung der Angebote. Im Vordergrund der Bereinigung stand hierbei die Redimensionierung des Verzweigungsbauwerkes. Dabei reichten die drei verbliebenen Anbieter für die Redimensionierung des Verzweigungsbauwerkes eine ähnliche Reduktion von rund 20 Mio. Franken ein. Auch bei der Zuschlagsempfängerin betrug die Reduktion beim Globalangebot rund 20,7 Mio. Franken, beim Amtsvorschlag hingegen lediglich ungefähr 5,6 Mio. Franken (...). Die Preisdifferenz zwischen der Reduktion bei der Amtslösung und bei der Globalofferte von beinahe Faktor 4 wird in den Unterlagen nirgends näher erläutert bzw. begründet und - erstaunlicherweise - auch von der Vergabebehörde nicht weiter hinterfragt. Es kann - mit der Vergabebehörde (...) - höchstens vermutet werden, dass die Differenz sich auf unterschiedliche Risikobeurteilungen und Kalkulationen abstützt, die den beiden Offertvarianten der Zuschlagsempfängerin zu Grunde liegen. Letztlich ist die erhebliche Differenz aber sachlich nicht nachzuvollziehen (vgl. auch E. 4c/ff/eee hinten). Mit Schreiben vom 31. Mai 2005 teilte die Zuschlagsempfängerin der Vergabebehörde mit, die Angebotssumme der wegfallenden Teile (Redimensionierung Verzweigungsbauwerk) betrage insgesamt (sogar) Fr. 30'961'835.00 und nicht Fr. 20'761'835.00, was zu einer entsprechenden Reduktion des Preises des Globalangebots führe. Die Alptransit Gotthard AG wies die unaufgeforderte nachträgliche Preiskorrektur der Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 29. Juni 2005 unter Hinweis auf das Gleichbehandlungsgebot zurück, forderte aber gleichentags alle Anbieter auf, bis zum 13. Juli 2005 ein abschliessendes

Angebot einzureichen. Im Gegensatz zu der nach der technischen Bereinigung erstrangierten Anbieterin reduzierten sowohl die Beschwerdeführerinnen als auch die Zuschlagsempfängerin ihre Offertpreise noch einmal massiv, d. h. um ein Zehnfaches der von der ursprünglich Erstplatzierten offerierten Reduktion (...). Ob diese Abgebote allenfalls im Wissen darum erfolgten, dass beide Anbieterinnen rund 10 Mio. Franken hinter der Bestrangierten lagen, braucht vorliegend nicht näher untersucht zu werden. Das abschliessende Angebot der Zuschlagsempfängerin führte schliesslich dazu, dass eine Differenz von

#### **E. 14**

Die Randbedingungen der Globalofferte der Zuschlagsempfängerin vom 19. Oktober 2004 stellen sich (...) wie folgt dar: - Die Beschaffenheit des Baugrundes liegt unabhängig der in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Grenzwerte im Risikobereich des Unternehmers, solange Gesteine der Erstfelder Gneise durchfahren werden. - Die Durchörterung von granitischen bzw. granodioritischen Bereichen im Erstfelder Gneis liegt im Risikobereich des Unternehmers. - Die Durchörterung von Störungen im Erstfelder Gneis unabhängig von deren Anzahl, Beschaffenheit und Ausdehnung liegt im Risikobereich des Unternehmers. - Das geologisch bedingte Überprofil liegt im Risikobereich des Unternehmers, solange Erstfelder Gneise durchfahren werden. - Die Globalofferte enthält alle ausgeschriebenen Leistungen, insbesondere auch jene im Speisepunkt Amsteg und das gesamte, nicht reduzierte Verzweigungsbauwerk. - Es ist richtig, dass das geologische Risiko beim Unternehmer ist, soweit es sich im ausgeschriebenen Rahmen bewegt. Die Geologie ist durch verschiedene Felsarten gegeben. Die Felsarten bestimmen die Ausbruchsart, die Ausbruchssicherung und den Ausbau. Die Kosten variieren stark je nach Ausbruchsklassen. Dadurch wird klar, dass wenn der Bauherr die Verteilung der Ausbruchsklassen ausschreibt und diese sich besser als erwartet erweisen, respektive der Vortrieb schneller erfolgt als erwartet, auch günstiger gearbeitet werden kann. Das Risiko für die Verteilung der Ausbruchsklassen liegt vorliegend vollumfänglich beim Unternehmer. Die Zuschlagsempfängerin kennt die zu erwartenden Felsformationen aufgrund ihrer Erfahrungen mit dem (Nachbar■)Los (...). Es ist davon auszugehen, dass das Angebot basierend auf diesem Wissen erstellt wurde und die Chancen für bessere Ausbruchsklassen miteingerechnet wurden. Damit lässt sich der erheblich tiefere Preis der Globalofferte im Vergleich zur ebenfalls offerierten Amtslösung grundsätzlich nachvollziehen. Demgegenüber dürften im vorliegenden Fall die vorhandenen Ausmassreserven für die Preiskalkulation keine übermässig grosse Rolle gespielt haben (vgl. E. 4c/cc/aaa vorne; ...). ff. Die Globalofferte der Zuschlagsempfängerin enthält indessen verschiedene Unklarheiten und offene Fragen, die von der Vergabebehörde im Rahmen der Bereinigung nicht oder nicht ausreichend beseitigt worden sind und die einen seriösen Vergleich der beiden Angebote daher nicht zulassen. aaa. Im Leistungsverzeichnis wurden in NPK 111 (Regieansätze) die geschätzten Summen für Löhne, Material und Maschinen mit insgesamt rund ... Mio. Franken vorgegeben. Die Anbieter mussten den jeweiligen Prozentsatz anbieten. Bei Frage 14 des Fragenkatalogs zur Variante Globalofferte (...) hatte die Zuschlagsempfängerin entsprechend zu bestätigen, dass in ihrem Angebot Regiearbeiten von ... Mio. Franken für Löhne, ... Mio. Franken für Materiallieferungen und ... Mio. Franken für Maschinen, Geräte und Betriebsmaterial enthalten seien. Die Zuschlagsempfängerin antwortete (...) zunächst, dass in ihrem Angebot «die Regiearbeiten für ein Projekt dieser Grössenordnung nach ihrem Ermessen resp. im Risiko des Unternehmers berücksichtigt» seien. Sie unterbreitete überdies einen Vorschlag

zur

### **E. 15**

Unterscheidung von werkvertraglich nicht explizit vorgesehenen Leistungen in «Ausführung in Regie» (= übliche, ergänzende Arbeiten auf Anordnung der Bauherrschaft) und Bestellungenänderungen (= Projektänderungen respektive ■anpassungen mit Einfluss auf den Bauvorgang und das Bauprogramm). Am

### **E. 20**

April 2005 bestätigte die Zuschlagsempfängerin, dass die gemäss VB III A auszuführenden Leistungen in Regie und die üblichen ergänzenden Arbeiten auf Anordnung der Bauherrschaft in der Globalofferte eingerechnet sind. Hingegen bezeichnete sie die von der Vergabebehörde gestellte Frage, für wie viele Leistungseinheiten Löhne, Material und Maschinen und Geräte in die Globalofferte eingerechnet seien, als hinfällig, da beim Globalpreis nicht auf die Menge abgestellt werde. Die von der Zuschlagsempfängerin vorgenommene Definition der Abgrenzung zwischen Regiearbeiten und Bestellungenänderung ist zwar nicht falsch, aber zu wenig präzise formuliert. Mit Diskussionen und Abgrenzungsproblemen während der Ausführung wird daher zu rechnen sein. Die exakte Abgrenzung ist von erheblicher Bedeutung, da unterschiedliche Auffassungen der Parteien über die Zuordnung grosse finanzielle Konsequenzen mit sich bringen können; sie muss daher bereits im Rahmen der Offertevaluation eindeutig festgelegt sein. Für die Abrechnung der Regiearbeiten müssen im Gegensatz zur restlichen Globalofferte Ausmasse erfasst werden, da Regiearbeiten nur bei Bedarf ausgelöst bzw. in Anspruch genommen werden und, sollte dies der Fall sein, die Mengen nicht im Voraus bestimmt sind. Die Zuschlagsempfängerin hat in ihrer Variante Globalofferte gemäss ihren Aussagen «nach eigenem Ermessen» Regiearbeiten eingerechnet. Der Bauherr weiss damit nicht, wie hoch die eingerechnete Summe ist und ob der von ihm vorgegebene Betrag auch tatsächlich im Angebot berücksichtigt wurde. Dieser Kostenpunkt müsste in einer Sensitivitätsanalyse berücksichtigt werden. Die Regiearbeiten sind in der vorliegenden Globalofferte zu wenig eindeutig abgegrenzt zu den Projektänderungen. Die Zuschlagsempfängerin verweigert zudem die Auskunft darüber, welchen Anteil Regiearbeiten sie in ihr Angebot eingerechnet hat. Beim Einheitspreisangebot werden geringfügige Änderungen in Regie gemacht, grössere Änderungen aber mit Einheitspreisen. Bei der vorliegenden Globalofferte ist ein Spielraum offen, der nicht abgeschätzt werden kann. Dieses Mehrkostenrisiko hat wiederum einen Einfluss auf die geringe Preisdifferenz der beiden Angebote. Hier hätte die Vergabebehörde die möglichen Konsequenzen daher vertieft prüfen müssen. bbb. Im «Fragenkatalog zur Variante» (...) hatte die Zuschlagsempfängerin bei Frage 22 zu bestätigen, dass die im Leistungsverzeichnis (...) vorgesehenen Prämien in der Höhe von insgesamt 3 Mio. Franken (= Bonus von Seiten des Bauherrn für den Fall des Unterschreitens bestimmter Termine des Bauprogramms [...] in die Globalofferte eingerechnet seien und dass diese vom Bauherrn gemäss Angaben in VB III A eingesetzt werden könnten. Die Zuschlagsempfängerin bestätigt in ihrer Antwort, dass die Prämien der Position ... im Angebot eingerechnet seien. Gemäss Definition SIA-Norm 118 Art. 40 werde beim Globalpreis für die geschuldete Vergütung nicht auf die Menge abgestellt. Somit stehe die Position dem Bauherrn nicht zur Verfügung. Die Antwort der Bietergemeinschaft ist zumindest unklar. Gemäss dieser Antwort würde der Unternehmer nämlich «doppelt» belohnt, indem er nicht nur den vollen Globalpreis, sondern darin eingeschlossen auf jeden Fall auch noch die Prämie respektive den Bonus für schnellere 16

Bauzeit erhält. Gemäss Antwort der Zuschlagsempfängerin im Fragenkatalog hat der Bauherr keinen Zugriff auf die Prämien; dies also offenbar auch dann nicht, wenn die Zuschlagsempfängerin die Bauzeiten gemäss Bauprogramm nicht zu verkürzen vermag und somit keine Prämien geschuldet sind. Indem die Zuschlagsempfängerin der Vergabebehörde antwortet, die Prämien seien in der Globalen ebenfalls eingerechnet, kann sie verhindern, dass die entsprechende Summe von 3 Mio. Franken beim Angebot der Beschwerdeführerinnen zum Herstellen der Vergleichbarkeit abgezogen werden muss. Die Antwort der Zuschlagsempfängerin ist nicht nur unbefriedigend, sondern widersprüchlich. Einerseits führt sie aus, die Prämien seien eingerechnet (damit sie nicht bei der Offerte der Beschwerdeführerinnen abgezogen werden muss, um die Vergleichbarkeit herzustellen) und andererseits macht sie geltend, dass der Bauherr nicht darauf zugreifen könne. Die Vergabebehörde hätte hier zwingend noch einmal nachhaken müssen, um eine Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen. Gegebenenfalls wäre das Angebot der Beschwerdeführerinnen um die darin enthaltenen Prämien zu reduzieren, womit der Preisvorsprung der Zuschlagsempfängerin dahinfallen würde. ccc. Im Fragenkatalog zur Variante Globalofferte (...) wird in Frage 7 die Wahl des Abdichtungssystems hinterfragt. Die Zuschlagsempfängerin bestätigt, dass die Wahl des Abdichtungssystems («hart»/«weich», Polyvinylchlorid [PVC] / Polyäthylen [PE]) vom Bauherrn frei getroffen werden könne. In Analogie zur Amtslösung sei der Globalofferte das Abdichtungssystem A zu Grunde gelegt. Die (zusätzlichen) Kosten würden bei der Wahl eines anderen Abdichtungssystems zwischen 0.5 Mio. Franken und 1.8 Mio. Franken betragen. Bei der Sensitivitätsanalyse der Preiskalkulation wären diese Mehrkosten in die Summe der Variante Globalofferte einzurechnen. Dies würde je nach gewähltem System Mehrkosten von bis 1.8 Mio. Franken bedeuten. Es ist freilich zu beachten, dass auch beim Amtsvorschlag bzw. bei der Offerte der Beschwerdeführerinnen Mehrkosten anfallen würden, wenn sich die Vergabestelle für ein anderes, als das im Leistungsverzeichnis enthaltene, System entscheiden sollte. Diese offenen Fragen hätten von der Vergabebehörde jedenfalls einer näheren Betrachtung unterzogen werden müssen. ddd. Die Vergabebehörde muss sich bei der Gegenüberstellung von Globalangebot und Einheitspreisofferte sodann die Frage nach den finanziellen Konsequenzen stellen, wenn sich im Projekt Änderungen ergeben. Bei einem Tunnelbauprojekt dieser Grössenordnung sind erfahrungsgemäss massive Änderungen zu erwarten. Der Bauherr ist daher bei einer Konstellation wie der vorliegenden verpflichtet, bereits beim Offertvergleich Überlegungen dazu zu machen und das Mehrkostenrisiko abzuschätzen. Er darf sich nicht nur auf die offerierten Frankenbeträge abstützen, sondern der Preis muss auch im Hinblick auf mögliche Projektänderungen einer Sensitivitätsanalyse unterzogen werden. Nur so können die Angebote seriös einander gegenübergestellt und die beiden Preisvarianten miteinander verglichen werden. Bei einem Einheitspreisangebot ist mit den Einheitspreisen auch die Grundlage für künftige Projektänderungen gegeben. Die diesbezügliche Preisgestaltung in der Globalofferte der Zuschlagsempfängerin wirft hingegen durchaus Fragen auf. In den «Randbedingungen zur Globalofferte» unter Ziff. 2.2 17

«Ausschreibungsprojekt ... / Bestellungenänderungen laut SIA 118» hält die Zuschlagsempfängerin fest, dass die Globalofferte grundsätzlich auf dem Ausschreibungsprojekt der Bauherrschaft beruhe. «Bestellungenänderungen des Bauherrn, im Sinne der SIA 118, die in der Ausführungsphase realisiert werden, sind nicht abgegolten. In einem solchen Fall wird das Einheitspreis-Leistungsverzeichnis als Basis für Nachträge verwendet.» Im Fragenkatalog zur Variante Globalofferte (...) wird in Frage 10 die

Kalkulation der Einheitspreise bei Bestellungenänderungen in der Globalofferte von der Vergabebehörde hinterfragt. Für Bestellungenänderungen hat die Zuschlagsempfängerin offenbar ein Leistungsverzeichnis mit Einheitspreisen als Basis für Nachträge abgegeben. Dieses befindet sich allerdings nicht bei den der BRK zur Verfügung gestellten Akten. Nach Angaben der Vergabebehörde im Fragenkatalog handelt es sich durchwegs um Positionen, welche im Durchschnitt um ungefähr 19% über den Einheitspreisen gemäss der offerierten Amtslösung und ungefähr 24% über der Preisbasis der Globalofferte liegen. Der Unterschied zu den Einheitspreisen der Amtsofferte beruht gemäss Antworten der Zuschlagsempfängerin im Fragenkatalog ... darauf, dass es sich bei diesen Preisangaben für Bestellungenänderungen um die Gestehungskosten der Bietergemeinschaft handelt und diese auf einer Sensitivitätsanalyse der Vorausmasse des Leistungsverzeichnisses durch den Unternehmer basieren. Gemäss SIA-Norm 118 Art. 87 und Art. 89 sind die Nachtragspreise indessen auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage zu kalkulieren. Für die Kalkulation der Nachtragspreise hätte die ARGE Y. somit ebenfalls die Kalkulationsansätze aus der Globalofferte verwenden müssen. Es gibt keinen nachvollziehbaren Grund, warum nicht die Einheitspreise der Globalofferte oder des Amtsvorschlages verwendet wurden. Im Vergleich zum Einheitspreisangebot der Beschwerdeführerinnen ist zu vermerken, dass bei Nachträgen zu deren Angebot die dort offerierten Einheitspreise zur Anwendung kommen. Die Möglichkeit zu höheren Einheitspreisen bei Nachträgen ist damit ausgeschlossen. Dies führt dazu, dass mit der Globalofferte gegenüber dem Angebot der Beschwerdeführerinnen bei jeder Projektänderung ungefähr 24% mehr bezahlt werden müsste. Bei Projektänderungen in der Grössenordnung von 10 Mio. Franken wäre der minime Preisvorteil des Globalangebots von 0.6% somit schon hinfällig. Bereits diese «Minianalyse» zeigt, dass die Globalofferte der Zuschlagsempfängerin die Vergabebehörde sehr rasch teurer zu stehen käme als die Einheitspreisofferte der Beschwerdeführerinnen. Bei einer Sensitivitätsanalyse hätte dieses erhebliche Mehrkostenrisiko im Fall von Bestellungenänderungen jedenfalls mitberücksichtigt werden müssen. eee. Wie bereits erwähnt, ist die grosse Differenz für die Redimensionierung des Verzweigungsbauwerkes, die zwischen dem Amtsvorschlag und der Globalofferte der Zuschlagsempfängerin besteht, von dieser nirgends verständlich dargelegt und von der Vergabebehörde auch nicht hinterfragt worden. Es handelt sich hier jedoch um dasselbe Verzweigungsbauwerk; gemäss der klaren Aussage der betreffenden Anbieterinnen sind im Amtsvorschlag und in der Globalofferte die gleichen Leistungen berücksichtigt. Eine Differenz mit Faktor 4 ist daher nicht nachvollziehbar und lässt sich nicht lediglich mit dem Hinweis auf unterschiedliche Risikobeurteilungen und 18

Kalkulationen erklären. Es genügt auch nicht der blosse Hinweis, die übrigen Anbieter hätten hier eine Reduktion in derselben Grössenordnung gemacht (...). d. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vergabebehörde vorliegend zwingend verpflichtet gewesen wäre, angesichts der mit einer Globalofferte - im Vergleich zu den auf Einheitspreisen basierenden Angeboten - verbundenen erhöhten Kostenrisiken, das Globalpreisangebot der Zuschlagsempfängerin einer vertieften Analyse zu unterziehen. Dies insbesondere, nachdem sie von der Ingenieurgemeinschaft Gotthard-Basistunnel Nord unmissverständlich auf das damit verbundene und als sehr gross beurteilte Kostenrisiko hingewiesen worden ist und die Ingenieurgemeinschaft von der Berücksichtigung des Globalangebots sogar ausdrücklich abriet. Allein schon die geringe Differenz von lediglich rund 0.6% hätte eine Beurteilung der mit der Globalofferte bei Projekt- und Bestellungenänderungen verbundenen Mehrkosten im Sinne einer Sensitivitätsanalyse notwendig gemacht. Die im «Fragenkatalog

Variante» (...) vorgenommenen Abklärungen in Bezug auf die Globalofferte genügen diesen Anforderungen nicht. Das erhebliche Mehrkostenrisiko im Falle von Projektänderungen, die im vorliegenden Fall mit einiger Sicherheit zu erwarten sind, ist nicht beurteilt worden und hat entsprechend im Offertvergleich keine Berücksichtigung gefunden. Das von der Alptransit Gotthard AG durchgeführte Evaluationsverfahren erweist sich damit in Bezug auf die Globalofferte als klar ungenügend und damit bundesrechtswidrig. Insofern ist die Beschwerde begründet und die angefochtene Zuschlagsverfügung ist aufzuheben. Die Sache ist zur Vervollständigung der Evaluation im Sinne der Erwägungen und zu neuer Beurteilung der Angebote der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerinnen an die Alptransit Gotthard AG zurückzuweisen (Art. 32 Abs. 1 BoeB). Damit erübrigt es sich, auf den von den Beschwerdeführerinnen ebenfalls erhobenen Vorwurf unzulässiger Abgebotsrunden näher einzugehen. (...) 19

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 70.51 - Auszug aus dem Entscheid BRK 2005-016 der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 13. Februar 2006 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2006 Année Anno Band 70 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 007 346 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

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