

GR_GERICHTE U 2022 22 vom 1. November 2022

GR Gerichte, 2022-11-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2022_22

FR: GR_GERICHTE U 2022 22 du 1 novembre 2022

IT: GR_GERICHTE U 2022 22 del 1 novembre 2022

Regeste

Submission | Submissionen

Erwägungen

E. 1

B._____ AG, Fr. 5'695'726.90

E. 1.1

Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet der Beschluss/Entscheid vom 15./16. März 2022, worin die Beschwerdegegnerin die Baumeisterarbeiten im Zuge einer Strassenkorrektur an die preiswerteste Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) für CHF 5'695'726.90 (mit Gesamtpunktzahl 2.00) und nicht an die zweitrangierte Beschwerdeführerin für CHF 6'286'366.95 (= 10.4% teurer; Punktzahl 1.88) erteilte, wogegen letztere am 28. März 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhob und darin die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Vergabe an sich selber beantragte. Beschwerdethema bildet die Frage, ob die Beschwerdegegnerin korrekt handelte, als sie die festgestellten

- 6 - Umlagerungen von Einheitspreisen in Pauschalen in der Offerte der Zuschlagsempfängerin noch als zulässig und verhältnismässig erachtete (lediglich Abzug eines Punktes) und daher nicht unter dem Kriterium der 'Preiswahrheit' vom Wettbewerb ausschloss.

E. 1.2

Die fragliche Auftragsvergabe untersteht unbestritten dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Konkret kommen hier die einschlägigen Normen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB; SR 12.056.5 [BR 803.510]) sowie das Submissionsgesetz für den Kanton Graubünden (SubG; BR 803.300) mitsamt zugehöriger Submissionsverordnung (SubV; BR 803.310) zur Anwendung. Die totalrevidierten Bestimmungen der IVöB vom 15. November 2019 kommen vorliegend laut Übergangsrecht (Art. 64 Abs. 1 IVöB) noch nicht zum Zuge, da das Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden. Das jetzige Verfahren vor dem Verwaltungsgericht richtet sich nach dem Gesetz über die Verwaltungspflege (VRG; BR 370.100).

E. 1.3

An der schriftlich eingereichten Beschwerde gibt es weder bezüglich ihrer Form (Erfordernis an Rechtsschriften nach Art. 38 VRG [Rechtsbegehren; Sachverhalt, Begründung]) noch bezüglich der Einhaltung der 10-tägigen Beschwerdefrist nach Art. 15 Abs. 2 IVöB/Art. 26 Abs. 1 SubG etwas auszusetzen, da hier nach Art. 7 Abs. 2 VRG der

Ablauf der Anfechtungsfrist auf den nächstfolgenden Werktag, also den Montag 28. März 2022, gefallen ist. Die Beschwerde ist somit frist- und formgerecht eingereicht worden.

E. 1.4

Nach Art. 15 Abs. 1 IVöB (Beschwerde an unabhängige kantonale Instanz zulässig) bzw. Art. 25 Abs. 2 lit. c SubG (Beschwerde an das Verwaltungsgericht) kann namentlich gegen den Zuschlag und den Ausschluss vom Vergabeverfahren Beschwerde erhoben werden. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Verwaltungsgerichts ist damit gegeben, da es

- 7 - um die gerichtlich unabhängige Überprüfung des angefochtenen Vergabe-/Zuschlagsentscheids vom 15./16. März 2022 geht.

E. 1.5

Zur Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ist legitimiert, wer durch den strittigen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 50 VRG). Die Legitimation ist gegeben, wenn die Beschwerdeführerin als nicht berücksichtigte Bewerberin eine reelle Chance hat, bei Gutheissung ihres Rechtsmittels den Zuschlag zu erhalten; ob dies zutrifft, ist aufgrund der Begehren und Rügen der Beschwerdeführerin zu beurteilen. Im konkreten Fall beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des strittigen Entscheids und die direkte Vergabe an sich selber. Die Beschwerdeführerin stellt sich insbesondere auf den Standpunkt, das preisgünstigere und punktemässig höher bewertete Angebot der Zuschlagsempfängerin hätte im Voraus wegen Missachtung des Preiswahrheitsgebots ausgeschlossen werden müssen. Würde der Beschwerdeführerin gefolgt, könnte sie grundsätzlich bei tatsächlichem Ausschluss der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag für ihr zweitrangiertes Bau-meisterangebot erhalten. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin kann infolgedessen bejaht werden.

E. 1.6

Die Überprüfung von Vergabeentscheiden beschränkt sich gemäss Art. 16 Abs. 1 IVöB i.V.m. Art. 27 Abs. 1 SubG auf Rechtsverletzungen inklusive Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie auf unvollständige oder unrichtige Sachverhaltsfeststellungen. Dabei kann das Verwaltungsgericht sein Ermessen nicht an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzen (Art. 16 Abs. 2 IVöB i.V.m. Art. 27 Abs. 2 SubG). Vielmehr hat es Lösungen der Vergabebehörde zu akzeptieren, die mit sachlichen Gründen vertretbar sind, auch wenn eine andere Lösung als zweckmässiger erschiene (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts U 19 14 vom 19. März 2019 E.2.2.3.1, U 19 7 vom 19. März 2019 E.7 sowie U 18 52 vom 30. Oktober 2018 E.5.2).

- 8 -

E. 2

A. _____ SA, Fr. 6'286'366.95 + 10.4%

E. 2.1

In materieller Hinsicht ist zunächst auf die Bewertung der Offerten sowie die Begründung des Vergabeentscheids Bezug zu nehmen (nachfolgend E. 2.2.1). Weiter sind die Auffälligkeiten der Nebenkostenpositionen (NKP) darzustellen und zu interpretieren (E. 2.2.2). Zu prüfen gilt es dann insbesondere die Rüge der Nichtbefolgung von

Preisbindungsregeln bzw. deren vorgenommenen Umlagerungen von mehreren (mengenabhängigen) Einzel- in (mengenunabhängigen) Pauschalpositionen (E. 2.2.3.f.). Weiter wird die Frage zu klären sein, ob die getätigten Umlagerungen als gravierender Mangel zu werten sind und somit die Note 2 nicht möglich ist (E. 2.2.4.f.). Im Detail ist noch konkret auf die Bewertungen der NKP 241 (Ortsbetonbau) und NPK 221 (Fundationsschichten; E. 2.2.5.f.) und NKP 211/163. 101 (Böschungen nachbearbeiten/Steine herauslesen) samt der diesbezüglich offerierten Gehälter nach dem Landesmantelvertrag (LMV) für das Bauhauptgewerbe einzugehen (E. 2.2.6.f.). Nach diesem Prüfungsraster ist zu entscheiden, ob die Einwände der Beschwerdeführerin begründet sind und das Angebot der Zuschlagsempfängerin daher von der Vergabe hätte ausgeschlossen werden müssen oder ob die Beschwerdegegnerin im konkreten Fall rechtlich vertretbar und verhältnismässig handelte. 2.2.1. Ausgangspunkt bildet die Bewertung der Offerten und die Begründung des Zuschlags, welche in Tabellenform von der Beschwerdegegnerin erarbeitet und aufgeführt wurden. Danach erhielt die Zuschlagsempfängerin die Gesamtpunktzahl 2.00 bei einem Angebotspreis von CHF 5'695'726.90, wobei die Preisdifferenz zur Beschwerdeführerin eigentlich die höhere Punktzahl

E. 3

Am 28. März 2022 erhob die A._____ SA (Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen den Vergabeentscheid beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Sie beantragte kostenfällig die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Vergabe an sich selber. Weiter sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Sie begründete ihre Beschwerde im Wesentlichen mit der Argumentation, das Angebot der Zuschlagsempfängerin enthalte unerklärlich tiefe Einzelpositionen, dafür eine mehr als doppelt so hohe Pauschale für die Baustelleninstallation als diejenige der Beschwerdeführerin. Dadurch sei die Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gegeben, was zum Ausschluss dieses Angebots aus dem Vergabeverfahren hätte führen müssen anstatt nur zu einem Punkteabzug.

E. 3.00

[A1] ergeben hätte, unter dem Kriterium der "Preiswahrheit" jedoch ein Punkteabzug [A2] wegen "Umlagerung von positionsgebundenen Kosten in Installationsglobalen NPKs 113+164 (Geräte, Lohnzuschläge)" erfolgte. Bei der Gewichtung des Preises (50%), des Bauablaufs/Termine (25%) und der Qualität (25%) resultierte daraus die erwähnte Gesamtpunktzahl (zusammengesetzt aus: Preis 1.00 [A], Bauablauf/Termine 0.50 [B] und Qualität 0.50 [C]). Die Punktzahl der Beschwerdeführerin ist darin mit 1.88 (Angebotspreis CHF 6'286'366.95; 10.4% teurer; ergibt Punktzahl 1.75 [A1]; bei Gewichtung Preis 50%, 0.88 Punkte [A], Bauablauf/Termine 25%, 0.50 [B] und Qualität 25%, 0.50 [C]) verzeichnet; wobei sowohl bei der Zuschlagsempfängerin als auch der Beschwerdeführerin beim Bauablauf/Termine und der Qualität jeweils von der Note 2 [C1] ausgegangen wurde. In der Bewertungsskala der Zuschlagskriterien wurde für den Bauablauf/Termine und die Qualität noch die Punkteminderung bei Differenzen in Prozenten abgebildet und transparent dargestellt (vgl. Akten Beschwerdegegnerin [Bg-act.] Offertbeurteilung/Bewertungsskala). 2.2.2. Im Weiteren gilt es die illustrativ von der Beschwerdeführerin beispielhaft aufgelisteten "Auffälligen NKP-Positionen" zu erläutern: Es kann dazu sachdienlich auf die eingereichten tabellarischen Auszüge der Beschwer-

deführerin im Vergleich zur Zuschlagsempfängerin verwiesen werden (vgl. Akten der Beschwerdeführerin [Bf-act.] 10 mit Tabellen 1 und 2).

- 10 -

Die Beschwerdeführerin machte dazu geltend, dass die Zuschlagsempfängerin in verschiedenen Nebenleistungspositionen eine ungewöhnlich hohe Installationspauschale und gleichzeitig unerklärlich tiefe Einzelpositionen offeriert habe (vgl. Ausformulierungen in der Beschwerde: Ziff. 4, S. 4-6). Aus Sicht des Verwaltungsgerichts ist daraus folgende Hypothese erkennbar: Eine Umlagerung von variablen Einheitspreisen in Pauschalen dient in der Regel der Ertragsoptimierung durch die Anbieterin. Im vorliegenden Fall wird auf ein geringeres Ausmass spekuliert, was zur Folge hätte, dass die Pauschalen gleichbleibend geschuldet sind und die Abzüge aufgrund geringerer Einheitspreise tiefer ausfallen.

- 11 - 2.2.3. Die Beschwerdeführerin rügt massive Umlagerungen in der Offerte der Zuschlagsempfängerin von Positionen mit Einheitspreisen in Pauschalpositionen, konkret in Baustelleninstallationen (vgl. Beschwerde: B. Materielles/ Ziff. 4 [NPK 113] sowie Ziff. 5 [NPK 241, 211, 221,164]). Damit würden die Preisbindungsregeln gemäss Ausschreibung verletzt sowie die Gebote der Transparenz und Gleichbehandlung, was zum Ausschluss der Zuschlagsempfängerin aus dem Vergabeverfahren hätte führen müssen. Das (unzulässige) Angebot der Zuschlagsempfängerin habe System. Das Grundmuster sei stets dasselbe: Die Zuschlagsempfängerin habe geradezu unerklärliche Tiefstpreise offeriert und dafür umgekehrt sehr hohe Kosten in die Position Installationen versteckt. Nicht anders sei auch der Überpreis von CHF 969'396.40 in der Festposition Installationen 111.0024 im Vergleich zur entsprechenden Position der Beschwerdeführerin zu erklären. Von untergeordneten Mängeln im Angebot der Zuschlagsempfängerin könne wahrlich nicht gesprochen werden. Die Dimension in den Preisunterschieden sei wie dargelegt gewaltig, die Installationspauschalen absurd hoch und viele Einzelpositionen sehr tief. Eine Vergleichbarkeit der Offerten sei damit unmöglich. Die Zuschlagsempfängerin habe bewusst artfremde Preisumlagerungen von Einheits- in Pauschalpositionen vorgenommen, was unter Umständen zu beträchtlichen Mehrkosten führen könnte. 2.2.3.1. Die Beschwerdegegnerin (Vergabebehörde) räumt das Vorhandensein von Umlagerungen ein, weist aber darauf hin, dass ein Angebot deshalb nicht zwingend vom Verfahren ausgeschlossen werden müsse, selbst wenn dieses Preisbildungsregeln verletze (vgl. Vernehmlassung E.6.1 S. 9 f.). Nachdem sie über die betreffenden Positionen Kostenanalysen vorgenommen habe (vgl. Aufzählung in Vernehmlassung Ziff. 5 S. 4) sei für sie ein fallrelevantes Mehrkostenrisiko mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschliessbar gewesen. Vor diesem Hintergrund wäre ein Ausschluss der Offerte der Zu-

- 12 - schlagsempfängerin nicht angezeigt, sondern ein Punkteabzug (Gesamtpunktzahl: 3 minus 1 = 2.00) ausreichend und verhältnismässig. 2.2.3.2. Das streitberufene Verwaltungsgericht hat sich zu der hier stehenden Frage der Zulässigkeit und Verhältnismässigkeit von "Preisumlagerungen" bereits in seinem Urteil [VGU] U 13 8 vom 6. März 2014 ausgiebig befassen, welches darauf mit Urteil des Bundesgerichts 2D_39/2014 vom 26. Juli 2014 bestätigt wurde und worin in E. 7b was folgt festgehalten und bestimmt wurde: Preisumlagerungen können gemäss Rechtsprechung einen Verstoss gegen die substantiell relevanten Gebote der Kostenwahrheit und der Transparenz sowie gegen das Verbot der Wettbewerbsverfälschung darstellen (Urteile des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden U 10 40 vom 25. Mai 2010, U 05 47 vom 23. Juni 2005). Gegebenenfalls läge ein Ausschlussgrund gemäss Art. 22 lit. c SubG (in

Verbindung mit Art. 24 lit. c SubG) vor. Beim Prinzip der Preisvereinbarung nach Einheitspreisen wird davon ausgegangen, dass sich Mengenänderungen in entsprechenden Preisänderungen niederschlagen. Ein Angebot, bei dem bestimmte Einheitspreise bewusst tief gehalten und die auf diese Positionen entfallenden Material- und/oder Arbeitskosten in andere Einheitspreise oder in eine Festpreisposition übertragen werden, widerspricht nach der Rechtsprechung dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen. Zwar ist die Kalkulation der Angebotspreise Sache des anbietenden Unternehmers, und die Art und Weise, wie er seinen Aufwand in Einheitspreise umrechnet, steht ihm grundsätzlich frei. Die Verschiebung von Kostenteilen aus bestimmten Einheitspreisen in andere Positionen darf aber nicht offensichtlich einzig dem Zweck dienen, allfällige Fehler des Leistungsverzeichnisses zulasten des Auftraggebers auszunützen. Denn bei einer derart gestalteten Offerte profitiert der Auftraggeber bei allfälligen Mengenreduktionen nicht von der Kostenersparnis. Zudem verunmöglicht eine solche Verschiebung die korrekte Analyse der offerierten Preise und wird der direkte Vergleich mit den anderen eingereichten Angeboten erschwert oder gar verunmöglicht, was eine Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebotes darstellt (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 2P.164/2002 vom 27. November 2002; Urteile des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich VB.2010.00402 vom 15. Dezember 2010 E.4, VB.2007.00123 vom 12. September 2007 E.3.4, VB.2003.00256 vom 3. Dezember 2003 E.4; Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Luzern LGVE II 2004 Nr. 8 vom 19. März 2004). In den erwähnten Urteilen des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden wurden Offerenten ausgeschlossen, weil sie einerseits einen rund achtfach

- 13 - höheren Globalpreis für die Baustelleninstallation bei gleichzeitig rund 90 % tieferem Einheitspreis für Beton anboten (Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden U 10 40 vom 25. Mai 2010) bzw. rund fünffach höhere Kosten für die Baustelleninstallation bei einem Sonderrabatt von 99 % für den Beton (Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden U 05 47 vom 23. Juni 2005). Im zitierten Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich (Urteil VB.2010.00402 vom 15. Dezember 2010) ging es um den Ausschluss eines Anbieters, der in seinen Ausschreibungsunterlagen Einheitspreise mit negativen Vorzeichen (Minuspriese) oder unrealistisch tiefe, nicht kostendeckende Preise wie z.B. Nullerpreise oder Einfrankenpreise (sog. Platzhalterpreise) im Grundangebot offerierte, was die Vergabestelle (und auf Beschwerde hin auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich) nicht akzeptierte.

2.2.3.3. Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7216/2014 vom 18. März 2020 wurde zu dieser Thematik (auszugsweise) folgendes festgehalten: E.8.2.2. Ausgeschlossen werden kann ein Angebot allgemein, wenn dieses keine vernünftige Beurteilung des Preis-Leistungsverhältnisses zulässt. Das Bundesgericht hat in Bezug auf das Urteil U 10 40 des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden vom 25. Mai 2010 festgestellt, dass der Ausschluss einer Offerte mit der Begründung, dass es der Vergabeinstanz angesichts der eklatanten Unterschiede in den drei genannten Hauptpositionen nicht möglich gewesen sei, sich einen aussagekräftigen und umfassenden Überblick über das Preis-Leistungsverhältnis des Angebots zu verschaffen, und dieses nicht mit den übrigen Angeboten habe verglichen werden können, da es an der gebotenen Transparenz und Kostenwahrheit fehle, vor dem Willkürverbot standhalte (Urteil des BGer 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4). Umso mehr geht BEYELER wegen Treuwidrigkeit von einem Ausschlussgrund aus, wenn ein klarer Fehler des Auftraggebers durch spekulative Preisgestaltung ausgenützt wird und die spekulative Preisgestaltung so zu einem

Sonderertrag führen soll. In diesem Falle liege treuwidriges Verhalten vor, das ohne Zweifel einen Ausschlussgrund abgebe (MARTIN BEYELER, Umgelagert, gemischt und offeriert - Thesen zur Preisspekulation, in: Stöckli et alii [Hrsg.], Schweizerische Bau-rechtstagung 2011, Freiburg 2010, [im Folgenden zitiert als: Preisspekulation], S. 125 ff., S. 161; BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 2312 und 2357). Nach der Rechtsprechung rechtfertigt sich bei der Ausnutzung von Fehlern im Leis-tungsverzeichnis der Ausschluss auch wegen Vorstosses gegen das Prinzip einer Preis-vereinbarung nach Einheitspreisen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2003.00256 vom 3. Dezember 2003 E. II/4). ...

- 14 - E.8.2.3. Nach der kantonalen Praxis widerspricht ein Angebot, bei dem bestimmte Ein- heitspreise bewusst tief gehalten und die auf diese Positionen entfallenden Kosten in eine Pauschal- bzw. Globalpreisposition übertragen werden (z.B. die Position der Baustellen- einrichtung), dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen (Verstoss gegen Preisbildungsvorschriften). Denn bei einer solchen Offerte profitiert der Auftraggeber bei allfälligen Mengenreduktionen nicht von der Kostenersparnis, da die Pauschal- bzw. Glo- balpreisposition in jedem Fall ausbezahlt wird. Zudem verunmöglicht eine solche Ver- schiebung einerseits die korrekte Analyse der offerierten Preise und andererseits wird der direkte Vergleich mit anderen Angeboten erschwert. Sie verstösst demnach gegen die Prinzipien der Transparenz, der Kostenwahrheit sowie gegen das Verbot der Wettbe- werbsverfälschung (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00257 vom 8. August 2012 E. 3.4; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Luzern 7H 17 279 vom 10. Januar 2018 E. 3.2). Vor diesem Hintergrund hat die KBOB am 28. Mai 2015 Empfehlungen zum Umgang mit Umlagerungen von Kosten in Angeboten für Arbeiten im Bauhauptgewerbe erlassen mit der Zielsetzung, dass die Anbieter für alle ausgeschriebe- nen Leistungen untereinander vergleichbare Angebote einreichen (Art. 1 Abs. 1 der KBOB-Empfehlungen). Schliesslich kann eine solche Umlagerung bzw. Verschiebung in die Position Baustelleneinrichtung im Ergebnis einer ungerechtfertigten Kreditgewährung gleichkommen, da die Umlagerung in die Positionen Baustelleneinrichtung dazu führt, dass die entsprechende Forderung bereits zu Beginn der Bauarbeiten fällig wird (AGVE 2011, S. 154 ff. E. 2.3 und 3; Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00257 vom 8. August 2012 E. 3.4 und VB.2009.00480 vom 10. März 2010 E. 3.4; Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 10 40 vom 25. Mai 2010 E. 2 und U 5 47 vom 23. Juni 2005 E. 1.c; Art. 145 Abs. 2 i.V.m. Art. 146 der SIA-Norm 118 "Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten" [2013]). Die "klassische" Rollenverteilung im Vergabeprozess ist dabei diejenige, dass die Vergabestelle ein Angebot ausschliessen will, wogegen sich die Anbieterin, die das Umlagerungen enthaltene Angebot gelegt hat, wehrt. Das Kantonsgericht des Kantons Luzern hat dazu festgehalten, dass die Vergabe- behörde nicht verpflichtet ist, in einem solchen Fall die damit verbundenen Risiken auf sich zu nehmen (Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 17 279 vom 10. Januar 2018 E. 7.3). Das Bundesgericht wiederum ist zum Schluss gekommen, dass die Verwaltungsgerichte nicht in Willkür verfallen sind, wenn sie den mit der dargestellten Begründung verfügten Ausschluss durch die Vergabestelle als rechtskonform beurteilt haben (vgl. Urteile des BGer 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4 und 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3). Dabei müssen die anwendbaren Normen betreffend den Ausschluss von Angeboten

- 15 - regelmässig weit ausgelegt werden, damit die Subsumtion und damit das Bejahen der für den Ausschluss vorausgesetzten gesetzlichen Grundlage bejaht werden kann. E. 8.3. Zusammenfassend ergibt sich aus der oben angeführten Rechtsprechung sowie aus der juristischen Lehre, dass ein Anbieter vom Verfahren namentlich ausgeschlossen werden kann, wenn Verschiebungen von mengenabhängigen Einheitspreispositionen in Pauschal- bzw. Globalpreispositionen vorkommen wegen dadurch verunmöglichter oder erschwelter Vergleichbarkeit der Angebote. Generell werden Preisspekulationen als einen Ausschluss rechtfertigend bezeichnet unter der Voraussetzung, dass die Angebote keine vernünftige Beurteilung des Preis-Leistungsverhältnisses zulassen und deshalb mit den übrigen Angeboten nicht oder kaum vergleichbar sind (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WBE.2019.203 vom 7. Oktober 2019 E. II/1 in fine mit Hinweis auf AGVE 2011, S. 152 ff.). Verschiebungen von Kostenteilen von den einen Einheitspreispositionen in andere sind dagegen grundsätzlich nur dann unzulässig, wenn sie gegen Preisbildungsregeln verstossen. Der Verstoss gegen Preisbildungsregeln kann unabhängig von der Frage nach einer allfälligen Preisspekulation aufgrund der fehlenden Angebotskonformität einen Ausschlussgrund darstellen. 2.2.3.4. Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdegegnerin bei einer ersten Kontrolle der Offerten sowohl bei der Zuschlagsempfängerin als auch bei der Beschwerdeführerin Unklarheiten betreffend Bauvorgänge und Preisgestaltung festgestellt. Zur Klärung der offenen Fragen hat sie beide Anbieterinnen aufgefordert, gewisse Bauvorgänge zu erläutern und die Preisanalysen zu diversen Positionen vorzunehmen (vgl. Schreiben der Vergabebehörde vom 21. Februar 2022, Bg-act. 6 + 7); dabei hat die Beschwerdegegnerin bei beiden Anbieterinnen dieselben NPK-Positionen analysieren lassen. Beide Anbieterinnen haben ihr sodann die verlangten Auskünfte, insbesondere die Preisanalysen, am 25. Februar 2022 zukommen lassen (vgl. Bg-act. 8 + 9 [beide vertraulich]). Mit den Preisanalysen hat die Beschwerdegegnerin die beiden Offerten insbesondere durch die Aufschlüsselung der Baustelleneinrichtungen vergleichbar gemacht, indem namentlich Einheiten und Mengen nachgefragt wurden, welche diese Positionen ausmachten. Mit diesen zusätzlichen Angaben war es der Vergabestelle möglich, ein allfälliges Mehrkostenrisiko zuverlässig einzuschätzen. Gleich-

- 16 - zeitig hat die Beschwerdegegnerin feststellen können, dass die Zuschlagsempfängerin nicht in treuwidriger Absicht einen Mangel in den Ausschreibungsunterlagen zu ihren Gunsten auszunutzen versucht hat. 2.2.3.5. Damit kann festgehalten werden, dass die hier strittigen Umlagerungen nicht zwingend zu einem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen mussten. Dies, weil die grundsätzlich zwar eine Preisbildungsvorschrift verletzende Offerte nicht mit erheblicher Wahrscheinlichkeit sehr gravierende und für den Auftraggeber ungewöhnliche und unverhältnismässige negative Folgen in Bezug auf die Entwicklung der Vergütung haben wird, so dass das Submissionsergebnis verfälscht wäre und sich das Vergaberisiko gerade deshalb verwirklicht hätte (BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2338). 2.2.3.6. Im vorliegenden Fall hätte die Beschwerdeführerin nur dann einen Anspruch auf gerichtliche Durchsetzung des Ausschlusses der Zuschlagsempfängerin, wenn zu erwarten wäre, dass die aufgrund von Mengenänderungen anzunehmenden Mehrkosten bei der Annahme des preisgünstigsten Angebots so hoch ausfallen, dass der Gesamtpreis letztlich über demjenigen der momentan zweitgünstigsten Anbieterin zu liegen käme, oder anders gesagt, dass zu erwartende Mengenverminderungen bei Einheitspositionen dazu führen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin bei der konkreten Abrechnung günstiger zu liegen käme als dasjenige der Zuschlagsempfängerin. Eine Vergabe an die Beschwerdeführerin zum Mehrpreis von

rund CHF 600'000 käme für die Beschwerdegegnerin mit Blick auf den haushälterischen Umgang mit Steuergeldern nicht in Frage; sollte das Gericht feststellen, dass die Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschlossen werden müssen, so würde sie den Auftrag nicht neu vergeben, sondern das Vergabeverfahren abbrechen. 2.2.3.7. Bei einer Preisofferte von CHF 5.695 Mio. der Zuschlagsempfängerin gegenüber CHF 6.286 Mio. der Beschwerdeführerin beträgt die Preisdifferenz ca. CHF 590'000.--. Die Beschwerdegegnerin hat sich aufgrund der nach-

- 17 - geforderten Preisanalyse und vor dem Hintergrund, dass sie das Vorausmass im Rahmen der Submission detailliert ausgearbeitet hat und somit kaum Unsicherheiten bietet, von einem bloss geringen Mehrkostenrisiko überzeugt. Diese Sichtweise hält auch einer gerichtlichen Überprüfung stand, zumal es keinerlei Anzeichen dazu gibt, dass die Beschwerdegegnerin die zu erbringenden Leistungen für die strittige Vergabe sowohl auf Seiten der Auftraggeberin als auch auf Seiten der Anbieterin nicht gut abschätzen könnte, sodass der Raum für eine Margenspekulation aufgrund des hohen Genauigkeitsgrades des Vorausmasses als geringfügig zu beurteilen ist und jedenfalls nicht annähernd die Preisdifferenz von ca. CHF 590'000.-- überschreiten wird. So gesehen ist es nicht nur das Recht der Beschwerdegegnerin, von einem Ausschluss der Zuschlagsempfängerin abzusehen, sondern vor dem Hintergrund des haushälterischen Umgangs mit Steuergeldern geradezu die Pflicht, dem (nach Vornahme eines Punkteabzugs immer noch) wirtschaftlich günstigeren Angebot zum Durchbruch zu verhelfen. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin (Punkteabzug anstatt Ausschluss) ist somit nicht zu beanstanden. Gänzlich unbehelflich ist sodann das Argument der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin verfüge im ganzen Projekt 2022 – 2024 in Bezug auf die Baumeisterarbeiten noch über ein genehmigtes Budget von CHF 8.115 Mio., weshalb ihr um rund CHF 600'000.-- teureres Angebot darin durchaus Platz finde und keine Mehrkosten generiere. 2.2.4. Zur Rüge der Umlagerung als gravierender Mangel weist die Beschwerdeführerin auf ein TBA-internes Dokument hin, gemäss welchem ein Angebot mit der Note 2 zu bewerten ist, wenn es nur 'eventuelle unwesentliche Mängel' aufweist. Konkret sei aber das Angebot der Zuschlagsempfängerin mit seinen massiven Umlagerungen als ein Angebot mit 'inhaltlich gravierenden' Mängeln einzustufen, weshalb eine Bewertung mit der Note 2 nicht mehr zu rechtfertigen sei.

- 18 - 2.2.4.1. Die Beschwerdegegnerin entgegnet dem, dass die Note 2 laut TBA-internem Dokument 'Handbuch Offert- und Vertragswesen' bedeute, dass ein Angebot bezüglich des zu beurteilenden Kriteriums den Anforderungen entspreche; eventuelle unwesentliche Mängel könnten dabei ohne Verbesserung der Offerte beseitigt werden. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass sich diese internen Weisungen auf die Kriterien 'Bauablauf/Termine' sowie 'Qualität' bezögen; das Preiskriterium erfolge in erster Linie aufgrund der Preisdifferenz nach einer abgestuften Herabsenkung und bei der Preiswahrheit vor allem aufgrund der Vollständigkeit des Leistungsbeschreibs. Dabei würde insbesondere beurteilt, ob allfällige Mehrkosten zu erwarten seien. Weil das Mehrkostenrisiko als gering beurteilt worden sei, sei der ein Punkteabzug (-1) von der Gesamtnote (ursprünglich 3) gerechtfertigt. 2.2.4.2. Nach Auffassung des Gerichts ist die Begründung der Beschwerdegegnerin überzeugend. Wichtig erscheint dem Gericht, dass die Bewertung des Mehrkostenrisikos terminlich erst nach der von beiden Parteien im Februar 2022 nachgeforderten Preisanalyse erfolgte. Ausserdem steht der Vergabebehörde bei der Bewertung der Angebote ein erheblicher geschützter Ermessensspielraum zu,

welcher hier nicht verletzt ist. 2.2.5. Die Beschwerdeführerin moniert im Weiteren bezüglich der NPK 241 (Orts- betonbau) und NPK 221 (Fundationsschichten) den Umstand, dass die von der Zuschlagsempfängerin offerierten Einzelpreise betreffend Fundations- material und Beton unter der von der Bezugsquelle (Kies- und Betonwerk AG, E._____) ausgegebenen Preisliste 2022 liegen. 2.2.5.1. Die Beschwerdegegnerin stellt dies ebenfalls fest, weist jedoch darauf hin, dass die von der Zuschlagsempfängerin offerierten Bezugspreise verbind- lich seien, eine Differenz zu einer Preisliste einer Lieferantin also unerheb- lich sei.

- 19 - 2.2.5.2. Nach Ansicht des Gerichts ist der Argumentation der Beschwerdegegnerin zuzustimmen. Die von einer Anbieterin offerierten Einheitspreise werden mit dem Zuschlag verbindlich, d.h. die Zuschlagsempfängerin ist rechtlich verpflichtet, im Auftragsfall die in Frage stehende Leistung zum offerierten Preis (pro Mengeneinheit) zu erbringen, ganz gleichgültig, wie gross die Menge tatsächlich ist (BEYELER, Geltungsanspruch, Rz. 2327). Tief (oder zu tief) offerierte Einheitspreise für Beton und Fundationsmaterial gehen somit so oder anders zu Lasten der Zuschlagsempfängerin und stellen kein Mehrkostenrisiko für die Beschwerdegegnerin dar. 2.2.6. Es bleibt sodann der Einwand der Beschwerdeführerin zu klären, wonach die Zuschlagsempfängerin in der NPK 211/163.101 betreffend Nachbear- beitung Böschungen (Herauslesen Steine) für diese Aufwandpositionen ei- nen Stundenansatz von CHF 22.80 offeriert, worin die Beschwerdeführerin eine klare Unterschreitung und damit eine Verletzung verbindlicher Lohn- vorgaben erblickt, weshalb die Selbstdeklaration im Devis falsch sei. 2.2.6.1. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, dass der von der Zuschlags- empfängerin in dieser Position festgelegte Stundenansatz unter dem mitt- leren Grundlohn und tiefer als der im Landesmantelvertrag (LMV) für das Bauhauptgewerbe vom Mai 2019 festgelegte Basislohn der Lohnklasse C (CHF 26.35) liege, in Ausnahmefällen aber von diesen Löhnen abgewichen werden könne (Art. 45 LMV). Dieser Fall liege hier vor, weil es sich bei der Position NPK 211/163.101 um eine Arbeit handle, welche allenfalls durch einen branchenfremden Arbeitnehmer ausgeführt werde; so gesehen liege keine Fehlangabe in der Selbstdeklaration der Zuschlagsempfängerin vor. 2.2.6.2. Wie aus Art. 45 LMV hervorgeht, regelt diese Vorschrift die Sonderfälle, in denen die festgelegten Basislöhne lediglich als Richtwert dienen. Einer die- ser Sonderfälle sind Arbeitnehmende, deren Beschäftigungsdauer im Bau- hauptgewerbe nicht mehr als zwei Monate im Kalenderjahr beträgt (so Art. 45 Abs. 1 lit. c LMV; abrufbar unter: <https://www.pbkbe.ch/de/home-de/ar->

- 20 - [chiv/10-news/63-lmv-2019-2022.html](https://www.pbkbe.ch/de/home-de/ar-chiv/10-news/63-lmv-2019-2022.html); zuletzt besucht 1. November 2022). Die Zuschlagsempfängerin hat in der Offerte – genauso wie die Beschwer- deführerin – als Kalkulationsgrundlage einen mittleren Grundlohn von CHF 32.46 festgesetzt. Dieser Ansatz entspricht den Kalkulationsgrundsät- zen des Bündner Baumeisterverbandes für das Jahr 2022. Der Ausnahme- tatbestand gemäss Art. 45 Abs. 1 lit. c LMV scheint dem Gericht vorliegend anwendbar, zumal eine Vornahme dieser Arbeiten durch branchenfremde Arbeitnehmer durchaus möglich und auch sinnvoll erscheint. Da es sich bei der fraglichen Garten- und Umgebungsarbeit (Steine entfernen/Böschung bearbeiten) um eher einfache und repetitive und sicherlich nicht besonders qualifizierte Tätigkeiten handelt, erscheint es dem Gericht nachvollziehbar, dass diese Arbeiten nicht dem Bauhauptgewerbe im engeren Sinne zuzu- ordnen sind und daher auch von branchenfremden Lohnempfängern (Hilfs- arbeitern/Grenzgängern, die maximal zwei Monate beschäftigt werden) et- was günstiger erledigt werden können, weil sie über keine

einschlägige Berufserfahrung verfügen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4C.429/1999 vom 6. März 2000 E.1 und E.2c); folglich liegt keine Falschdeklaration vor.

E. 3.1

In einer Gesamtschau lässt sich demnach zusammenfassend festhalten, dass die Beschwerdeführerin keine überzeugenden oder einleuchtenden Gründe vorzubringen vermag, welche einen Ausschluss der Zuschlagsempfängerin nach Art. 22 SubG erfordern würden. Auch in Bezug auf die weiteren Rügen sind keine rechtlich relevanten Fehlbeurteilungen seitens der Beschwerdegegnerin vorhanden. Die Beschwerdeführerin dringt somit mit keiner ihrer Rügen durch, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

E. 3.2

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten zu Lasten der Beschwerdeführerin. Angesichts der hohen wirtschaftlichen Bedeutung des Streitgegenstands für die Beschwerdeführerin (Auftragsvolumen rund CHF 6.3 Mio.), dem gleichzeitig breiten Rügethema und drei Schriftenwechseln, erachtet das Gericht hier ermessensweise eine eher hohe

- 21 - Staatsgebühr für gerechtfertigt. Als Vergleichsfälle kommen etwa VGU U 18 52 (mit Staatsgebühr CHF 10'000.-- bei Auftragswert im Bauhauptgewerbe von rund CHF 4.5 Mio.) oder VGU U 13 8 (mit Staatsgebühr CHF 20'000.-- bei Auftragswert im Bauhauptgewerbe von CHF 29 Mio.) in Frage. Im konkreten Einzelfall wird die Staatsgebühr auf gesamthaft CHF 12'000.-- festgesetzt.

E. 3.3

Die Zuschlagsempfängerin (Beigeladene) hat sich am Verfahren nicht beteiligt, weshalb eine Parteientschädigung nach Art. 78 Abs. 1 VRG entfällt.

E. 3.4

Der Beschwerdegegnerin steht nach Art. 78 Abs. 2 VRG keine aussergerichtliche Entschädigung zu, weil sie lediglich in ihrem amtlichen Wirkungsbereich obsiegt hat. III. Demnach erkennt das Gericht:

E. 4

Die Vergabebehörde beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 2. Mai 2022 die Abweisung der Beschwerde unter gesetzlicher Kostenfolge. Sie räumt ein, dass die Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot Umlagerungen von Einheitspositionen in Pauschalpositionen vorgenommen habe. Selbst bei einer Verletzung von Preisbindungsregeln müsse ein Angebot aber nicht zwingend vom Verfahren ausgeschlossen werden. Weil im vorliegenden Fall ein Mehrkostenrisiko mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne, habe sie als Vergabebehörde im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens bei der Zuschlagsempfängerin einen Punkteabzug im Kriterium Preiswahrheit vorgenommen und von einem Ausschluss abgesehen, da unverhältnismässig.

E. 5

Die beigeladene Zuschlagsempfängerin liess sich nicht vernehmen.

E. 6

Mit Replik vom 23. Mai 2022 zählte die Beschwerdeführerin die enormen Preisunterschiede bei den Installationspauschalen sowie verschiedener Ein-

- 5 - zelpositionen auf, bei denen es sich nicht mehr um kleine oder vernachlässigbare inhaltliche Fehler handeln könne. Die systematische Vornahme von grossen Umlagerungen in die Pauschalen behafte das Angebot der Zuschlagsempfängerin mit derart gravierenden Fehlern, dass ein Ausschluss unumgänglich sei. Am 24. Mai 2022 wurden die Vollmacht sowie eine Tabelle mit dem Vergleich der auffälligsten Positionen nachgereicht.

E. 7

In ihrer Duplik vom 14. Juli 2022 betont die Vergabebehörde (Beschwerdegegnerin), dass das Mehrkostenrisiko von ihr trotz der Umlagerungen als gering beurteilt wurde und das Angebot der Zuschlagsempfängerin selbst bei Eintritt dieses Risikos immer noch deutlich günstiger sei als dasjenige der Beschwerdeführerin. Unter diesen Umständen wäre ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin unverhältnismässig gewesen.

E. 8

Im dritten Schriftenwechsel (Triplik vom 30. Juli 2022 sowie Quadruplik vom 26. August 2022) vertieften die Parteien nochmals ihre Standpunkte.

E. 9

Trotz Aufforderung dazu (Schreiben vom 15. Juli 2022) hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin keine Honorarnote eingereicht. II. Das Gericht zieht in Erwägung:

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