

# **TG\_OBERGERICHT TVR 2022 Nr. 19 vom 1. Januar 2022**

Tg Obergericht, 2022-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_obergericht\\_TVR\\_2022\\_Nr.\\_19](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_TVR_2022_Nr._19)

FR: TG\_OBERGERICHT TVR 2022 Nr. 19 du 1 janvier 2022

IT: TG\_OBERGERICHT TVR 2022 Nr. 19 del 1 gennaio 2022

## **Regeste**

Preisbildungsvorschriften, Spekulationsofferten, Platzhalterpreise

## **Erwägungen**

### **E. 3**

In materieller Hinsicht ist strittig, ob die Beschwerdeführerinnen von der Vergabestelle zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen wurden. Dabei stellt sich in erster Linie die Frage, ob eine Vergabestelle zur Gewährung eines fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung ein Angebot ausschliessen kann, wenn Preisbildungsregeln als formelle Vorschriften missachtet wurden. (...)

### **E. 4.1**

Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich gemäss Handelsregister um eine privatrechtliche Genossenschaft, welche in gemeinnütziger Weise das Alterszentrum Z baut und betreibt. Mit Blick auf Art. 8 IVöB ist davon auszugehen, dass das öffentliche Beschaffungsrecht auch auf die Beschwerdegegnerin zur Anwendung gelangt, weil sie kommunale Aufgaben im Sinne von Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB erfüllt.

### **E. 4.2**

Ein Anbieter ist in der Regel von der Teilnahme auszuschliessen, wenn er unter anderem wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder verlangter Unterlagen oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 36 Abs. 1 Ziff. 9 VöB).

### **E. 4.3**

Die Beschwerdegegnerin wirft den Beschwerdeführerinnen insbesondere vor, dass das Einsetzen von Einheitspreisen von einem Rappen in diversen Positionen des Angebots eine unzulässige Preisspekulation darstelle. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Urteil B-7216/2014 vom 18. März 2020 einlässlich zur Frage von Preisspekulationen bzw. Preisumlagerungen von Einheitspreispositionen in andere Einheitspreispositionen bzw. von Einheitspreispositionen in Festpreispositionen geäussert (vgl. insbesondere E. 7 und 8 des zitierten Urteils).

### **E. 4.3.1**

Gemäss den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil B-7216/2014 vom 18. März 2020 stellt nicht jede Chancenrealisierung eine Spekulation im Sinne des Vergaberechts dar. Die Spekulationsofferte beinhaltet eine Preisgestaltung, die darauf abzielt, im Fall des Eintretens einer Divergenz zwischen den Annahmen des Auftraggebers und den Tatsachen einen Zusatzgewinn zu erzielen, der vom Aufwand für die zu

erbringenden Leistungen ganz oder jedenfalls weitgehend abgekoppelt ist. Die Spekulationsofferte ist mithilfe einer ungewöhnlichen Preisgestaltung gezielt darauf ausgerichtet, zufolge von Mengendivergenzen eine bessere Rentabilität als jene zu erreichen, die sich nach Massgabe der Annahmen des Auftraggebers ergäbe.

Preisspekulation ist mit anderen Worten dort gegeben, wo basierend auf (wahrscheinlichen oder unwahrscheinlichen) Hypothesen durch spezifische Preisgestaltung darauf gewettet wird, dass gewisse Annahmen des Auftraggebers, insbesondere Mengenannahmen, nicht zutreffen werden und dass aus der entsprechenden Divergenz zwischen Prognose und Wirklichkeit ein Gewinn entsteht, dem als solchem keine Gegenleistung gegenübergestellt ist (E. 8.1.1 des Urteils B-7216/2014 vom 18. März 2020).

#### **E. 4.3.2**

Bei der Vergabespekulation offeriert der Anbieter ungewöhnlich tiefe Preise, die zum Zuschlag verhelfen sollen, in Bezug auf Positionen, bei denen er hofft, dass sie nicht oder jedenfalls nur in viel geringerem Umfang zur Anwendung kommen als in der Ausschreibung vorgesehen, ohne dass deswegen andere Einheitspreise erhöht werden (sogenanntes reines Abpreisen). Der Anbieter wettet im Ergebnis darauf, dass die Teilleistung überhaupt nicht oder jedenfalls in viel geringeren Mengen als ausgeschrieben zur Ausführung kommen wird. Wenn die Spekulation aufgeht, erleidet der Anbieter aus dem zu tiefen Preis keinen oder jedenfalls keinen nennenswerten Verlust, obwohl das im Rahmen des Offertvergleichs so scheint (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 8.1.2, mit Hinweis auf AGVE 2011, S. 151 ff. E. 3).

#### **E. 4.3.3**

Offerten können wegen Verletzung von Preisbildungsvorschriften ausgeschlossen werden (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.3 und B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 8.2.1). Namentlich der Ausschluss von spekulativen Offerten rechtfertigt sich dann, wenn gegen Preisbildungsvorschriften des Auftraggebers verstossen wird (AGVE 2011, S. 155 ff., E. 3). Stellt die Vergabestelle Regeln darüber auf, in welchen Positionen die Anbieter welche Leistungen offerieren sollen, so beschlagen diese Regeln über die Preisbildung, unabhängig von der Beantwortung, ob eine Spekulation vorliegt, die Ausschreibungskonformität eines Angebots. Ein den Preisbildungsvorschriften widersprechendes Angebot stellt gemäss dem Beschaffungsrecht des Bundes ein ausschreibungswidriges Angebot dar, was grundsätzlich zum Ausschluss aus dem Verfahren führt. Der Ausschluss eines Anbieters richtet sich demnach nach den bekannten Grundsätzen bei Ausschluss einer ausschreibungswidrigen Offerte unter Beachtung des Verbots des überspitzten Formalismus (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 8.2.1).

#### **E. 4.3.4**

Ein Angebot, bei dem bestimmte Einheitspreise bewusst tief gehalten und die auf diese Positionen entfallenden Kosten in eine Pauschal- bzw. Globalpreisposition übertragen werden (z.B. die Position der Baustelleneinrichtung), widerspricht 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. Globalpreisposition in jedem Fall ausbezahlt wird. Zudem verunmöglicht eine solche Verschiebung einerseits die korrekte Analyse der offerierten Preise und andererseits wird der direkte Vergleich mit anderen

Angeboten erschwert. Eine solche Offerte verstösst demnach gegen die Prinzipien der Transparenz, der Kostenwahrheit sowie gegen das Verbot der Wettbewerbsverfälschung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 8.2.3).

#### **E. 4.3.5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass ein Anbieter vom Verfahren namentlich ausgeschlossen werden kann, wenn Verschiebungen von mengenabhängigen Einheitspreispositionen in Pauschal- bzw. Globalpreispositionen vorkommen wegen dadurch verunmöglichter oder erschwerter 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. 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 (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 8.3 mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 5.1**

(...)

#### **E. 5.2**

Ziff. 2.1.3 der "Projektbedingen und besonderen Bestimmungen" der Ausschreibungsunterlagen kann entnommen werden, dass die Preise der einzelnen Positionen sich für eine fachgemässe, in allen Teilen einwandfreie vollständige Arbeit samt allen erforderlichen Materiallieferungen in bester Qualität verstehen, inklusive Kosten für Transporte bis zur Verwendungsstelle, Ablad- sowie Rückschub von überschüssigem Material, Werkzeug etc. Die Ausschreibung erfolgte nach Einheitspreisen, was bedeutet, dass bei jeder Position der entsprechende Einheitspreis anzugeben ist. Daraus wiederum ergibt sich, dass zusätzliche Erläuterungen oder Erklärungen zu erfolgen haben, wenn beispielsweise der Einheitspreis für eine Position in einer anderen Position enthalten ist. Solche zusätzlichen Ausführungen oder Ergänzungen haben die Beschwerdeführerinnen im Gegensatz zu einer anderen Anbieterin unbestrittenermassen nicht getätigt. Auch im Rahmen des Schriftenwechsels ist unklar geblieben, warum für diverse Positionen Einheitspreise offeriert wurden, die zweifellos nicht kostendeckend sind bzw. die nicht so verstanden werden konnten, dass mit dem betreffenden Einheitspreis (von einem bzw. drei Rappen) eine "fachgemässe, in allen Teilen einwandfreie vollständige Arbeit samt allen erforderlichen Materiallieferungen in bester Qualität" im Sinne von Ziff. 2.1.3 der Ausschreibungsunterlagen auch tatsächlich abgedeckt sein würde. Ebenso wenig wurde dargelegt, in welchen anderen Positionen die betreffende Position mit dem nicht nachvollziehbar tiefen Einheitspreis enthalten sein sollen. Es ist daher davon auszugehen, dass mit Platzhalterpreisen ein möglichst tiefer Vergabepreis erreicht werden sollte.

#### **E. 5.3**

Aufgrund der vorhandenen Preisspanne lag unbestrittenermassen kein ungewöhnlich niedriges Angebot der Beschwerdeführerinnen im Sinne von § 40 VöB vor. Dies wurde denn auch von keiner Seite geltend gemacht. Das bedeutet allerdings auch, dass die Beschwerdegegnerin nicht verpflichtet war, Nachfragen zu tätigen bzw. den

Beschwerdeführerinnen vor dem Ausschlussentscheid die Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Die Beschwerdegegnerin war auch nicht gehalten, eine Verbesserung des Angebots zu verlangen, zumal nur offensichtliche Fehler wie Rechnungs- oder Schreibfehler korrigiert werden dürfen (§ 37 Abs. 2 VöB). Vor diesem Hintergrund liegt diesbezüglich, wie bereits dargestellt (...), auch keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor.

#### **E. 5.4**

Die Beschwerdegegnerin hat (...) zu Recht ausgeführt, dass die Ausschreibung der Arbeiten auf Basis eines Leistungsverzeichnisses nach NPK erfolgte (...). Mit Ausnahme von einzelnen Globalpositionen, wie z.B. Baustelleneinrichtungen, waren alle Leistungen zu Festpreisen pro Leistungseinheit zu offerieren. Grundlage bildete das verbindliche Vorausmass des Ingenieurs. Dies wurde erklärt mit den hohen Anforderungen für die Ortbetonarbeiten. (...) Die übrigen Anbieterinnen haben auf Basis des Leistungsverzeichnisses offeriert oder zumindest weitere Angaben gemacht. Diese durften darauf vertrauen, dass von allen Anbietern korrekte Einheitspreise anzugeben sind. Auch vor diesem Hintergrund besteht der Verdacht, dass die Beschwerdeführerinnen durch das Einsetzen von Einheitspreisen von lediglich einem oder drei Rappen eine Vergabespekulation bzw. das Erreichen eines möglichst tiefen Offertpreises bezweckten.

#### **E. 5.5**

(...)

#### **E. 5.6**

Zwar ist die Angebotskalkulation grundsätzlich Sache des Anbieters und die Art und Weise, wie er seinen Aufwand in Einheitspreise umrechnet, steht ihm grundsätzlich frei (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.2.2.1). Unbestritten ist auch, dass grundsätzlich auch Offertpreise eingereicht werden dürfen, welche unter den Gestehungskosten liegen. Jedoch stellen die Preisbildungsregeln der Vergabestelle formelle Offertvorschriften dar (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N. 2338). Vorliegend wurden solche Preisbildungsregeln definiert, welche im Zusammenhang mit der Wichtigkeit der Sichtbetonarbeiten durchaus sachlich gerechtfertigt erscheinen. Diese Vorgaben missachtet das Angebot der Beschwerdeführerinnen. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Beschwerdegegnerin ein Nachteil erwachsen könnte. Tatsache ist und bleibt, dass die Offerte der Beschwerdeführerinnen nicht ausschreibungskonform ist.

#### **E. 5.7**

Das Angebot der Beschwerdeführerinnen enthält verschiedene Platzhalterpreise, obwohl gemäss Ziff. 2.1.3 der "Projektbedingten und besonderen Bestimmungen" der Ausschreibungsunterlagen die Preise für die einzelnen Positionen angegeben werden mussten. Bei den Platzhalterpreisen handelt es sich nicht um reale Preise für die zu offerierenden Arbeiten bzw. Materialien. Damit sollte offenbar erreicht werden, dass der zu offerierende Preis im Hinblick auf die Bewertung bzw. Zuschlagserteilung möglichst tief ist. Dabei wurde von den Beschwerdeführerinnen spekulativ in Kauf genommen, dass gewisse Positionen allenfalls nicht zur Ausführung gelangen oder dass teurere Positionen zur Anwendung gelangen, was letztlich Auswirkungen auf den Gesamtpreis haben kann (ohne dass dies im Ergebnis auch tatsächlich der Fall sein muss).

#### **E. 5.8**

Die Beschwerdegegnerin hat (...) in Form einer Tabelle ausgeführt, in welchen wichtigen Positionen im Zusammenhang mit dem zentralen NPK-Kapitel 241 "Ortbeton" deutliche, letztlich nicht nachvollziehbare Unterschiede zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerinnen sowie den weiteren eingereichten Angeboten bestehen und dass letztlich dadurch eine Vergleichbarkeit sämtlicher Angebote nicht gewährleistet ist. In verschiedenen Positionen im Zusammenhang mit Notspriessung, Mehrleistungen für dichte Abstandhalter und Schalungsbinder, Betonstähle BG2, Frostschutzmittel und Betonnachbehandlungen resultierten in den Angeboten der übrigen Offerenten Totalpreise von Fr. 362'085.20 bis Fr. 413'351.20, während dieselben Positionen im Angebot der Beschwerdeführerinnen lediglich Fr. 6'335.15 ausmachten. Daraus ist ersichtlich, dass es vorliegend nicht lediglich um Bagatellen oder Kleinigkeiten geht, zumal die Differenzen im massgebenden Kapitel erheblich sind. Es geht dabei auch nicht um einen einfach und ohne weiteres behebbaren Mangel (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.1.3), sondern vielmehr um eine bewusste Preisgestaltung durch die Beschwerdeführerinnen, durch welche die korrekte Analyse der offerierten Preise verunmöglicht und der direkte Vergleich mit den anderen eingereichten Angeboten erschwert oder gar verunmöglicht wurde, was eine Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebotes darstellt (vgl. hierzu auch Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2010.00402 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2.2).

#### **E. 5.9**

Der Ausschluss einer Offerte kann bzw. muss erfolgen, wenn formelle Vorschriften verletzt werden. Als formelle Vorschriften können auch Preisbildungsregeln gelten, wie sich diese vorliegend aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben. Die Beschwerdeführerinnen haben das Abweichen von den diesbezüglichen Vorgaben mit den eingesetzten Platzhalterpreisen weder in der Offerte selber noch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nachvollziehbar oder plausibel erläutert. Dadurch wurde die Vergleichbarkeit der Offerten verunmöglicht. Es besteht der dringende Verdacht einer Vergabespekulation bzw. es ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen möglichst tiefe Vergabepreise offerieren wollten und darauf spekulierten, dass gewisse Positionen nie zur Anwendung gelangen würden. (...) Dass den Preisbildungsregeln der Beschwerdegegnerin keine sachliche Rechtfertigung zugekommen wäre, wird von den Beschwerdeführerinnen nicht geltend gemacht. Im Übrigen durften auch die anderen Anbieter darauf vertrauen, dass Preisbildungsregeln eingehalten werden. Vorliegend haben die anderen Anbieter die Preisbildungsregeln beachtet und keine blossen Platzhalterpreise offeriert bzw. in einem Fall wurden die Abweichungen detailliert erläutert. Damit wäre auch eine Korrektur der Platzhalterpreise nicht zulässig gewesen. Vielmehr ist ein solches Angebot vom Vergabeverfahren auszuschliessen; Offerten, die der Ausschreibung nicht entsprechen, können ausgeschlossen werden, wenn Formvorschriften verletzt werden oder wenn deswegen das Angebot mit anderen Offerten nicht vergleichbar ist (vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons St. Gallen B 2014/61 vom 16. September 2014 E. 3.1.2 und Urteil des Bundesgerichts 2C\_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 1.1.2). Die fehlende Vergleichbarkeit der Offerte der Beschwerdeführerinnen ist vorliegend gegeben. Zudem wurden Formvorschriften im Rahmen der Preisbildungsregeln verletzt. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen wurde (...) zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen. Entscheid des Verwaltungsgerichts VG.2021.202/E vom 30. März 2022 Das Bundesgericht hat mit Urteil 2C\_365/2022 vom 19. Januar 2023 eine dagegen erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde abgewiesen; auf eine gleichzeitig erhobene Beschwerde in

öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist das Bundesgericht mit demselben Urteil nicht eingetreten. × JavaScript errors detected Please note, these errors can depend on your browser setup. If this problem persists, please contact our support. Contact Support Close

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