

VS_GERICHTE A1 11 155 vom 15. März 2012

VS Kantonsgericht, 2012-03-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 11 155](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_11_155)

FR: VS_GERICHTE A1 11 155 du 15 mars 2012

IT: VS_GERICHTE A1 11 155 del 15 marzo 2012

Regeste

JUGCIV A1 11 155 URTEIL VOM 15. MÄRZ 2012 Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung Es wirken mit: Kantonsrichter Jean-Pierre Zufferey, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner sowie Gerichtsschreiberin Nadja Schwery in Sachen Verwaltungsgerichtsbeschwerde der X_____, bestehend aus der A_____, der B_____ sowie der C_____ Bauunternehmung, vertreten durch Rechtsanwalt D_____ gegen Staatsrat des Kantons Wallis (Arbeitsvergabe)

Erwägungen

E. 1

Der Entscheid des Staatsrats ist eine Verfügung im Sinne von Art. 15 des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 (GIVöB; SGS/VS 726.1) und damit auch gemäss Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6), gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 16 GIVöB; Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; SGS/VS 726.1]).

E. 1.1

Der Kanton ist ein Auftraggeber im Sinne von Art. 6 GIVöB und er hat das offene Verfahren nach Art. 9 GIVöB gewählt. Das GIVöB und die VöB sind vorliegend anwendbar.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Ausschlussverfügung betreffend die Sondervorschlags-Offerte und durch die angefochtenen Ausschreibungsunterlagen in ihrer Rechtsstellung betroffen. Sie ist somit durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, so dass sie nach Art. 80 Abs. 1 lit. a und 44 VVRG zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c, 46 und 48 VVRG).

E. 2

Aus Art. 16 IVöB resp. Art. 16 GIVöB leitet das Kantonsgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen eine angefochtene Verfügung auf allfällige Sachverhaltsmängel oder Rechtswidrigkeiten überprüft, sondern dass vom Beschwerdeführer im Einzelnen darzulegen ist, inwiefern die Verfügung mangelhaft sein soll. Der Beschwerdeführer muss in seiner Eingabe anführen, in welchen

Punkten der angefochtene Entscheid auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht und/oder inwiefern Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet wurden (Urteil des Kantonsgerichts A1 02 145 vom 7. Februar 2003). Zudem steht den Vergabebehörden bereits bei der Festlegung der für den Zuschlag massgeblichen Kriterien, dann aber auch bei deren Gewichtung und Bewertung, ein erheblicher Ermessensspielraum zu (ZB1 99/2000 S. 267; Urteil des Bundesgerichts 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.4; Urteil des Kantonsgerichts A1 02 168 vom 26. März 2003). Solange ihre Überlegungen mit den zu beachtenden Vorschriften

- 10 -

in Einklang stehen und objektiv nachvollziehbar erscheinen, greift das Gericht nicht ein, da es lediglich eine Kontrolle von Rechtsverletzungen vornehmen kann, die sich beim Ermessen auf die Überschreitung oder den Missbrauch beschränken muss und die Angemessenheit nicht einbeziehen kann (BGE 125 II 86 E. 6; Urteil des Bundesgerichts 2P.85/2001 vom 6. Mai 2002 E. 3.2).

E. 3

Die Beschwerdeführerin rügt vorab, dass die Mengenangaben im Leistungsverzeichnis nicht mit den übrigen Ausschreibungsunterlagen übereinstimmen. Die angegebenen Mengen, die naturgemäss nur prognostiziert werden könnten, würden ausserhalb des Streubereichs, den jede fachkundige, vernünftige und seriöse Prognose erzeugen würde, liegen. Sodann macht sie geltend, Konkurrenzanbieter hätten in den fraglichen Positionen spekulative Umlagerungen vorgenommen, so dass letztlich nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot zum Tragen komme. Sie hinterlegte zu Beweis Zwecken mit ihrer Beschwerde das Parteigutachten eines Tunnelbauingenieurs. Nachdem die Vergabebehörde die Richtigkeit der Vorbringen bestritt und zu einzelnen Leistungspositionen Stellung bezog, hielt die Beschwerdeführerin in der Replik an ihren Behauptungen fest und hinterlegte ein zweites Gutachten von E. _____, welcher das Vorausmass auch unter Berücksichtigung der Einwände der Vergabebehörde für fehlerhaft hält.

E. 3.1

Das Vergabeverfahren muss, gestützt auf die Ausschreibung und die Angebote, zu einem eindeutigen Ergebnis führen, das den Abschluss des Vertrages ohne wesentliche Ergänzungen ermöglicht. Gegenstand und Umfang des Auftrags sind daher in der Ausschreibung klar zu umschreiben und die Offerten der Anbieter müssen ebenso deutlich auf die ausgeschriebene Leistung Bezug nehmen (Art. 2 Abs. 1 lit. c VöB; vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 225). Die Ausschreibung oder die Ausschreibungsunterlagen haben einen Leistungsbeschrieb zu enthalten, welcher vollständig und klar sein muss (vgl. Entscheid der BRK 014/04 vom 11. März 2005, veröffentlicht in VPB 69.79 E. 2b/aa). Die Vergabeunterlagen haben die benötigten Waren oder Dienstleistungen mittels eines umfassenden Produkte- oder Aufgabenbeschriebs oder eines detaillierten Leistungsverzeichnisses zu beschreiben sowie alle Anforderungen an technische Spezifikationen, die erfüllt werden müssen, zu enthalten (vgl. Entscheid der BRK 014/04 vom 11. März 2005, a.a.O., E. 2b/aa; Denis Esseiva, Baurecht 2/2005, S. 72, Anmerkung zu S9, N. 1). Die Leistungen sind in besonderen Positionen aufzuführen, wobei sie möglichst objektiv und umfassend zu ermitteln sind. Diese Vorschriften stellen sicher,

dass den Anbietern der genaue Leistungsauftrag bekannt ist, so dass sie in die Lage versetzt werden, eine Offerte einzureichen, die den Anforderungen der Ausschreibung entspricht. Jeder Unternehmer soll wissen, welche Leistung er zu erbringen hat und sich darauf verlassen können, dass der Auftraggeber nicht einen vom ausgeschriebenen Auftrag abweichenden vergibt. Nachträgliche Änderungen des Beschaffungsauftrages oder von Zuschlagskriterien sind demnach unzulässig und führen unter Umständen zu einer Neuausschreibung (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 494, 702; vgl. auch Hubert Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, Baurecht 1/2002, S. 9 ff.).

- 11 -

E. 3.2

Tunnelbauprojekte erfordern ein hohes Mass an technischem Fachwissen bei der Planung und der Ausführung. Letztere 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 geologischer Vorabklärungen kann das Risiko eingegrenzt, nie aber abschliessend beurteilt werden (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 440; BRK 016/05 E. 4c/cc/aaa). Um auf die Risiken angemessen reagieren zu können, werden bei Vergaben von Tunnelbauprojekten die Verträge in der Regel - wie auch im vorliegenden Fall - auf ein detailliertes Leistungsverzeichnis mit Einheitspreisen abgestützt. Mit dieser Grundlage kann angemessen auf Bestellungenänderungen reagiert werden, die im Untertagebau sehr häufig vorkommen (BRK 016/05 E. 4c/cc/aaa).

E. 3.3

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 Kosten in andere Einheitspreise 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 (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 15. Dezember 2010, VB.2010.00402, E. 2.2.2 und Urteil vom 3. Dezember 2003, VB.2003.00256, E. 4). 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. Diese Grundsätze wurden in mehreren Gerichtsurteilen des Bundesgerichtes und kantonaler Verwaltungsgerichte festgehalten (Urteil des Bundesgerichtes vom 27. November 2002, 2P.164/2002; VG ZH 15. Dezember 2010, VB.2010.00402, E. 2.2.2 und 3. Dezember 2003, VB.2003.00256, E. 4; VG ZH vom 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.4; Baurecht 4/2009 (S75), S. 182 f.).

E. 3.4

Grundlage der Offerten war das von der Vergabestelle mit den Ausschreibungsunterlagen abgegebene Leistungsverzeichnis. Aufgrund desselben hatten die Anbietenden die Mehrzahl der Leistungen nach Einheitspreisen zu offerieren, das heisst als Preise für Leistungseinheiten, die in den Positionen des Verzeichnisses aufgeführt sind. Bei dieser Vertragsgestaltung ergibt sich die geschuldete Vergütung aus der Abrechnung über die ausgeführte Menge an Einheiten,

- 12 -

multipliziert mit dem für die Einheiten offerierten Preis (Art. 39 Abs. 1 der SIA-Norm 118). Aus diesem Grund soll im Leistungsverzeichnis das beschriebene Projekt möglichst wirklichkeitsnah dargestellt werden. Der Parteexperte E_____ führte im Bericht vom 3. September 2011 aus, dass im „Tunnel J_____“ die Vorausmassangaben im Leistungsverzeichnis zum Teil ganz erheblich von den Angaben in den Submissionsplänen abweichen würden und nicht mehr mit den Bandbreitenvorgaben in den „Besonderen Bestimmungen“ (BB) erklärt werden könnten (E. 2). Es bestünden Fehler in der Bestimmung des Ausmasses und fehlende NPK- Positionen für zu erbringende Leistungen, die das Leistungsangebot verfälschen würden. Festgestellte Ausmassfehler könnten zu einer starken Verfälschung des Bieterwettbewerbs führen und ein fairer Anbieter sei stark benachteiligt. Beispielsweise könne für die Leistungen „Gewölbebeton“ LÜF-O bzw. LÜF-W (Kap. 273 Pos. 421.451, 452 und 491) oder für die Stützmassnahmen bei der Gewölbebewehrung (Kap. 273 Pos. 351.201) „ohne jeden Kunstgriff eine vergleichbare Preisverfälschung“ nachgewiesen werden (S. 8). Es bestehe ein Preisspekulationspotenzial von vermutlich über 10 Mio. Franken.

E. 3.5

Vorliegend hält dann der Gerichtsexperte zusammenfassend fest, dass zwischen den Mengenangaben, die sich aus den Plänen und den übrigen Ausschreibungsunterlagen ermitteln liessen und den Mengenangaben im Leistungsverzeichnis bei verschiedenen Positionen Differenzen bestehen würden, „die weit über die üblichen Ungenauigkeiten hinausgehen“ würden (Gutachten F_____ vom 29. Dezember 2011, S. 3). Diese Differenzen würden einerseits ein Spekulationspotential in der Angebotsphase und andererseits das Risiko grosser Abweichungen zwischen Angebots- und Abrechnungssumme ergeben. Das Gericht kann sich diesen Ausführungen anschliessen, zumal der Experte folgende Abweichungen feststellte:

E. 3.5.1

Zur Abschätzung des Wasseranfalls stützte sich der Experte auf die geologischen Unterlagen, die besagten, der voraussichtliche Wasseranfall sei relativ gut abschätzbar. Aus seiner Sicht liegen die Mengen, welche im Leistungsverzeichnis für die Wasserhaltung ausgesetzt sind, weit über dem Ausmass, das angesichts der Kenntnisse und Vorgaben der Ausschreibung in der Abrechnung zu erwarten sind (Gutachten F_____, S. 24). Die in den geologischen Unterlagen und BB erwähnten grösseren Wassereinbrüche könnten mit einer relativ bescheidenden Wasserhaltung beherrscht werden, da sie kurzfristiger Natur seien.

E. 3.5.2

In den Positionen NPK 266.R121.920, 121.990 und 124.900 enthält das Leistungsverzeichnis für das Teilobjekt TUN-N total 190 500 m' (Laufmeter) respektive 18

350 Stück Mörtelanker zur Sicherung der Ortsbrust. Die vom Experten ermittelte Menge gemäss Plänen ergibt 79 000 m³ respektive 8 250 Stück, was damit bei den Brustankern ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zum Plan von rund 230 % ergibt (Gutachten F _____, S. 27).

E. 3.5.3

In den Positionen NPK 266.R121.920 und 121.990 enthält das Leistungsverzeichnis für das Teilobjekt VZ-I total 76 600 m³ respektive 6 350 Stück

- 13 -

Mörtelanker zur Sicherung der Ortsbrust. Die vom Experten ermittelte Menge gemäss Plänen ergibt 23 000 m³ respektive 1 800 Stück, was damit bei den Brustankern ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zum Plan von rund 340 % ergibt (Gutachten F _____, S. 29).

E. 3.5.4

In den Positionen NPK 266.R121.927 und 121.995 enthält das Leistungsverzeichnis für das Teilobjekt TUN-N total 36 000 m³ respektive 1 800 Stück Mörtelanker von 20 m Länge zur Sicherung der Ortsbrust. Die vom Experten ermittelte Menge gemäss Plänen ergibt aber 2 503 m³ respektive 125 Stück, was damit bei den Brustankern von 20 m Länge ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zum Plan von rund 1 400 % ergibt (Gutachten F _____, S. 32).

E. 3.5.5

In der Position NPK 266.R149.111 enthält das Leistungsverzeichnis für das Teilobjekt VZ-I total 36 000 m³ Spritzbeton für die Gewölbesicherung. Die vom Experten ermittelte Menge gemäss Plänen ergibt 24 000 m³, was im Vergleich zu den nach den Submissionsplänen Nrn. 9.1, 9.3, 9.6 und 9.7 und den BB ermittelten Mengen damit beim Spritzbeton ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zum Plan von 150 % respektive im Leistungsverzeichnis eine um 50 % höhere Menge als gemäss Plan ergibt (Gutachten F _____, S. 34).

E. 3.5.6

Im Positionsbeschrieb NPK 273.R211 (Vergütung nach Tunnellänge) enthält das Leistungsverzeichnis für das Teilobjekt VZ-I total 1 309 m³ Schalung, während gemäss des Experten nach Massgabe des Submissionsplanes Nr. 9.1 im Teilobjekt VZ-I nur 435 m³ abrechnungsrelevante Tunnelmeter anfallen. Im Vergleich zu den nach dem Submissionsplan Nr. 9.1 und den BB ermittelten Mengen ergibt sich damit bei der Gewölbeschalung ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zum Plan von 300 %. Auffallend sei auch die Differenz beim Profiltyp A, welcher gemäss Plan 9.1 auf 32 m komme, für welchen jedoch im Leistungsverzeichnis, Position NPK 273.R211.396, ein Vorausmass von 870 m ausgesetzt sei (Gutachten F _____, S. 35).

E. 3.5.7

In der Position NPK 273.351.201 enthält das Leistungsverzeichnis für das Teilobjekt TUN-N total 8 500 m² Stützmassnahmen bei der Gewölbebewehrung. Die vom Experten ermittelte Menge gemäss Plänen ergibt 21 245 m², was im Vergleich zu den nach den Submissionsplänen Nrn. 8.1, 8.8 sowie 8.9 und den BB ermittelten Mengen damit bei der Gewölbeschalung ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zum Plan von 40 %

ergibt (Gutachten F_____, S. 36).

E. 3.5.8

In der Position NPK 273.351.201 enthält das Leistungsverzeichnis für das Teilobjekt VZ-I total 4 000 m² Stützmassnahmen bei der Gewölbebewehrung. Die vom Experten ermittelte Menge gemäss Plänen ergibt aber 14 485 m², was im Vergleich zu den nach den Submissionsplänen Nrn. 9.1, 9.8 sowie 9.9 und den BB ermittelten Mengen damit bei der Gewölbeschulung ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zum Plan von 28 % ergibt (Gutachten F_____, S. 39).

- 14 -

E. 3.5.9

Für das Teilobjekt TUN-N enthält das Leistungsverzeichnis in der Position NPK 273.411.511 total 19 750 m³ Gewölbebeton unbewehrt und in der Position NPK 273.421.411 total 2 500 m³ Gewölbebeton bewehrt. Die vom Experten ermittelten Mengen gemäss Plänen ergeben 11 200 m³ Gewölbebeton unbewehrt und 9 200 m³ Gewölbebeton bewehrt, was im Vergleich zu den nach den Submissionsplänen Nrn. 8.1, 8.8 und 8.9 und den BB ermittelten Mengen beim unbewehrten Beton ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zu den Plänen von 176 % und beim bewehrten Beton ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zu den Plänen von 27 % ergibt (Gutachten F_____, S. 42).

E. 3.5.10

Für das Teilobjekt TUN-N enthält das Leistungsverzeichnis in der Position NPK 273.411.311 total 1 900 m³ Beton für gerade Sohlen unbewehrt und in der Position NPK 273.411.411 total 5 150 m³ Beton für gewölbte Sohlen unbewehrt. Die vom Experten ermittelten Mengen gemäss Plänen ergeben 263 m³ Beton für gerade Sohlen unbewehrt und 2 361 m³ Beton für gewölbte Sohlen unbewehrt, was im Vergleich zu den ermittelten Mengen beim Beton für gewölbte Sohlen unbewehrt ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zu den Plänen von 722 % und beim Beton für gewölbte Sohlen unbewehrt ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zu den Plänen von 218 % ergibt (Gutachten F_____, S. 46).

E. 3.5.11

In der Position NPK 273.421.433 enthält das Leistungsverzeichnis für das Teilobjekt VZ-I total 19 000 m³ Gewölbebeton bewehrt. Die vom Experten ermittelte Menge gemäss Plänen ergibt 11 400 m³, was im Vergleich zu den nach den Submissionsplänen Nrn. 9.1, 9.7, 9.8 sowie 9.9 und den BB ermittelten Mengen damit beim Gewölbebeton ein Mengenverhältnis vom Leistungsverzeichnis zum Plan von 167 % ergibt (Gutachten F_____, S. 47).

E. 3.5.12

In der Position NPK 273.421.442 Überprofilbeton zur Unterposition 430 enthält das Leistungsverzeichnis für das Teilobjekt VZ-I eine Menge von 100 m². Die vom Experten ermittelte Menge gemäss Plänen ergibt aber 16 000 m², was im Vergleich zu den nach den Submissionsplänen Nrn. 9.1, 9.6, 9.7, 9.8 sowie 9.9 ermittelten Mengen damit beim Überprofilbeton ein „um Dimensionen“ zu niedriges Vorausmass ergibt (Gutachten F_____, S. 50).

E. 3.5.13

In den Positionen NPK 273.R411.591 Überprofilbeton unbewehrt und Position NPK 273.R421.491 Überprofilbeton bewehrt wurden im Leistungsverzeichnis für das Teilobjekt LÜF-W lediglich je die Menge von 10 m³ ausgeschrieben. Der Experte hält es nicht für möglich, im Sprengvortriebsverfahren einen Stollen von 223 m Länge und einer Ausbruchsfläche von 40 m² so auszubrechen und zu sichern, dass für den Gewölbebeton lediglich 20 m³ Überprofilbeton anfallen. Er schätzt die planmässige Menge von 500 bis 900 m³ (Gutachten F _____, S. 52).

E. 3.5.14

In den Positionen NPK 273.R411.591 Überprofilbeton unbewehrt und Position NPK 273.R421.491 Überprofilbeton bewehrt wurden im Leistungsverzeichnis für das Teilobjekt LÜF-O ebenfalls lediglich je die Menge von 10 m³ ausgeschrieben. Der Experte hält es nicht für möglich, im Sprengvortriebsverfahren einen Stollen von 463 m

- 15 -

Länge und einer Ausbruchsfläche von 60 m² so auszubrechen und zu sichern, dass für den Gewölbebeton lediglich 20 m³ Überprofilbeton anfallen. Er schätzt die planmässige Menge von 880 bis 1 760 m³ (Gutachten F _____, S. 54).

E. 3.6

Die Rüge, dass in den Ausschreibungsunterlagen in zahlreichen und wichtigen Leistungspositionen falsche Mengen angegeben wurden, erweist sich als begründet. Die Mengenangaben des Experten kann das Gericht aufgrund der Pläne nachvollziehen und die Ausführungen des Experten sind plausibel. Der Experte ist bei der Ermittlung der Mengen von den Abschnittslängen gemäss den Submissionsplänen ausgegangen, ohne Szenarien mit unterschiedlicher Geologie zu bilden. Bei Bandbreiten hat er die Mengen für den oberen sowie den unteren Randbereich und den Mittelwert berechnet. Bestehen grosse Differenzen zwischen den Leistungsverzeichnis- und den Planmengen, hat derjenige Unternehmer einen Wettbewerbsvorteil, der diese kennt und weiss, welche Leistungspositionen in geringerer oder grösserer Menge als ausgeschrieben effektiv zu Ausführung gelangen werden (vgl. Gutachten F _____, S. 8). Dies gibt ihm die Möglichkeit, bei zu hohen Mengen zu tiefe Preise einzusetzen, was zu einer tiefen Offertsumme und damit erhöhten Chancen auf den Zuschlag führt. Der Unternehmer kann aber auch bei zu tiefen Mengen hohe Preise einsetzen, womit er mit den effektiven Mengen eine entsprechend hohe Vergütung erzielt, ohne dass sich dies in der Offertsumme niedergeschlagen hätte (vgl. Gutachten F _____, S. 8). Hier liegt ein Spekulationspotenzial. Die Beschwerdeführerin hat deshalb zu Recht gerügt, dass die falschen Mengen des Leistungsverzeichnisses dazu führen, dass die Offertsummen nicht den voraussichtlichen Abrechnungssummen entsprechen. Es liegt deshalb ein Verstoss gegen das Gebot der Transparenz und der Gleichbehandlung vor. Die Ausschreibungsunterlagen sind bezüglich der falschen Mengen im Leistungsverzeichnis aufzuheben.

E. 3.6.1

Das Transparenzgebot ist formeller Natur; wurde es verletzt, so ist der angefochtene Entscheid grundsätzlich auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 4.) Im vorliegenden Fall ist der

Zuschlag noch nicht erfolgt, die Vergabestelle hat aber bei der Ausarbeitung des Leistungsverzeichnisses in mehrfacher Hinsicht gegen das Transparenzgebot verstossen. Gemäss Art. 18 Abs. 1 IVöB kann das Gericht im Fall, dass der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist, in der Sache selbst entscheiden oder die Sache an die Vorinstanz mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen. Die Beschwerdeführerin beantragt, die falschen Vorausmasse zu korrigieren und dann den Anbietern die Gelegenheit einzuräumen, ihre Preise in den korrigierten Positionen allenfalls anzupassen. Diese Lösung sei einer Neuausschreibung des gesamten Auftrags bzw. aller Leistungspositionen vorzuziehen (vgl. Schreiben RA D _____ vom 6. Februar 2012, S. 3). Bei den Alternativen, die gesamte Ausschreibung zu wiederholen oder die veränderten Positionen nachträglich durch alle Bewerber korrigieren zu lassen, ist letzterer Möglichkeit der Vorzug zu gewähren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.282/2002 vom 11. Juni 2003, E. 4.2). Es ist deshalb allen Anbietern die Möglichkeit zu gewähren, die Preise in den gemäss E. 3.5.1 bis 3.5.14

- 16 -

und der Expertise F _____ korrigierten Positionen anzupassen, wobei auf die vom Experten ermittelten Mengen aus den Plänen abzustellen ist. Wenn die korrigierten Positionen von einem Anbieter nicht angepasst werden, stimmt diese Offerte nicht mehr mit dem Leistungsverzeichnis überein, was zum Ausschluss dieser Offerte führt.

E. 4

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin den Ausschluss ihrer Sondervorschlags- Offerte. Sie habe sich bewusst gegen eine Spekulation entschieden und habe in der Sondervorschlags-Offerte die jeweiligen falschen Positionen mit Fr. 0.00 ausgefüllt. Die Ausschlussgründe seien allesamt nicht nachvollziehbar und falsch. Darüber hinaus verletze ein Ausschluss nur ihrer Sondervorschlags-Offerte und nicht der übrigen hoch spekulativen Offerten ohnehin den Grundsatz der Gleichbehandlung. Unklarheiten hätten durch Unternehmengespräche beseitigt werden können.

E. 4.1

Gemäss Art. 14 Abs. 1 VöB muss das Angebot schriftlich und vollständig innerhalb der Frist eingereicht und darf nicht mehr geändert werden. Eine unvollständige Offerte erfüllt die Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen nicht, weshalb sie gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. c VöB auszuschliessen ist. Dabei muss der Mangel jedoch wesentlich und nicht nachträglich ohne Verletzung der Submissionsvorschriften korrigierbar sein. Die Mängelbehebung und Korrekturen im Rahmen der Kontrolle im Sinne von Art. 19 VöB bleiben vorbehalten. Die Vollständigkeit der Angebote wird für deren objektiven Vergleich benötigt (Art. 19 Abs. 3 VöB). Bestehen nach Eingang der Angebote Unklarheiten, kann die Vergabebehörde von den Anbietenden Erläuterungen verlangen (Art. 20 VöB); diese dürfen aber nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Angebots nachträglich zu ändern (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., N. 447).

E. 4.1.1

Art. 23 Abs. 1 lit. g VöB sieht den Ausschluss eines Anbieters vor, der ein Angebot eingereicht hat, das nicht die Selbstkosten deckt. Weder die IVöB noch das GIVöB sehen den Ausschluss eines aussergewöhnlich niedrigen Angebots vor. Der sehr tiefe Preis allein genügt somit nicht, um ein Angebot auszuschliessen (Robert Wolf, Preis und Wirtschaftlichkeit, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 13 f.). Es müsste sich

vielmehr erweisen, dass dem Anbieter die Eignung im Zusammenhang mit dem Preis nicht zugestanden werden könnte (Urteile des Kantonsgerichts A1 09 103 vom 24. Juli 2009, E. 3.1; A1 02 6 vom 3. Mai 2002, A1 01 58 vom 6. April 2001 und A1 01 79 vom 30. August 2001; Robert Wolf, a.a.O., S. 12 f., mit Hinweisen).

E. 4.1.2

Diese Bestimmungen sind im Zusammenhang mit den in Art. 1 Abs. 3 IVöB umschriebenen Zielen des öffentlichen Beschaffungswesens zu interpretieren: Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern (lit. a), Gewährleistung der Gleichbehandlung sowie einer unparteiischen Vergabe (lit. b), Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren (lit. c) und eine wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel (lit. d). Es ist deshalb grundsätzlich Sache des Unternehmers, wie er die einzelnen Positionen kalkuliert und welches Risiko er dabei eingeht. Massgebend ist einzig, dass das Gesamtergebnis erzielt wird (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 718). Nach dem Bundesgericht ist die

- 17 -

Vergabebehörde nicht gehalten, abzuklären, ob ein Auftrag zum gebotenen niedrigen Preis realisiert werden kann, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Anbieter Teilnahme- und Auftragsbedingungen verletzt (Urteil des Bundesgerichts 2P.254/2004, E. 2.2, ZBl 107/2006, S. 275; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 721). Auf jeden Fall erachtet das Bundesgericht einen allein mit dem niedrigen Preis motivierten Ausschluss als unzulässig (Urteil des Bundesgerichts 2P.70/2006 vom 23. Februar 2007). Die Entgegennahme eines Angebotes, das den Vorschriften der Ausschreibung nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden verletzen. Ein solches Angebot ist grundsätzlich auszuschliessen (Art. 23 Abs. 1 lit. c VöB), wobei das Verbot des überspitzten Formalismus vorbehalten bleibt. Was die Offerte umfassen muss, damit sie als vollständig angesehen werden kann, ergibt sich aus den Ausschreibungsunterlagen. Offeriert ein Bewerber nicht die Leistung, die im Leistungsverzeichnis definiert wurde, gilt sie als unvollständig. Sein Preisangebot kann im Ergebnis nicht mit dem verglichen werden, das die gesamte definierte Leistung umfasst.

E. 4.2

Im vorliegenden Fall begründet die Vergabebehörde den Ausschluss der Sondervorschlags-Offerte der Beschwerdeführerin vom 22. Juni 2011 damit, ihr Angebot sei unvollständig, missachte die Regeln in Pos. 261.200 der Besonderen Bestimmungen, „ganze Kapitel“ seien mit „Nullbeträgen“ offeriert und die Umlagerungen der Positionen mit den „Nullbeträgen“ in „sichere Positionen“ sowie die entsprechenden Preisanalysen seien nicht nachvollziehbar (Beschwerdebeleg 7).

E. 4.2.1

Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, die Sondervorschlags-Offerte enthalte in jeder einzelnen ausgeschriebenen Position einen vertragsrechtlich gültigen und verbindlichen Preis. Sie umfasse alle ausgeschriebenen Leistungen und sehe entsprechende Vergütungen nach den ausgeschriebenen Modalitäten vor. Die Positionen mit falschen Mengen seien preislich auf 0.00 Franken gesetzt und der fragliche Umsatz in sichere Positionen eingerechnet worden, wobei die betroffenen NPK-Kapitel auf der Seite 45 des Technischen Berichts aufgezeigt worden seien. Null- Franken-Preise seien in der Ausschreibung nicht

verboten und selbst spekulative Preisbildungen seien nicht ausgeschlossen worden (vgl. Ziff. 224.132 BB). Von einer Unvollständigkeit der Offerte und einer Abweichung von der Ausschreibung könne nicht gesprochen werden. Da in der Sondervorschlags-Offerte sämtliche Leistungen des Leistungsverzeichnisses offeriert würden, bestehe auch keine Missachtung der Variantenregelung gemäss Ziff. 261.200 BB. Es liege weder eine Ausführungs- noch eine Vergütungsvariante vor, da keine andere Art von Leistungen und in keiner Position andere Preisarten offeriert worden seien. Diese Offerte sei ohne jede Spekulationsabsicht erstellt worden. Die Preisumlagerungen seien auf Seite 45 des Technischen Berichts sowie der Preisanalyse transparent gestaltet worden. Falls die Vergabestelle die Offerte nicht nachvollziehen bzw. verstehen konnte, hätte sie ein Unternehmersgespräch gemäss Ziff. 225 BB durchführen können, ansonsten der Ausschluss der Sondervorschlags-Offerte schon wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben sei.

- 18 -

E. 4.2.2

Die Vergabestelle führte dazu aus, die Sondervorschlags-Offerte sei unvollständig, spekulativ sowie intransparent und unplausibel, da die Verschiebungen der Nullpositionen nicht nachvollziehbar seien. Es werde auf im Projekt vorgesehene Massnahmen verzichtet, womit die Sicherheit beim Vortrieb reduziert und bezüglich des Wasseranfalls neue Risiken beim Bauherrn entstehen würden. Die Beschwerdeführerin habe nicht die Ausmasse der Ausschreibung, sondern jene gemäss ihrer eigenen Beurteilung im Angebot eingerechnet, weshalb der Ausschluss gerechtfertigt sei. Es seien „ganze Kapitel mit Nullbeträgen“ offeriert worden und die entsprechenden Preisanalysen seien nicht nachvollziehbar.

E. 4.3

Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen in Ziff. 227.100 BB festgehalten, dass nicht vollständig oder zu spät eingereichte Angebote ausgeschlossen würden. Als vollständig gilt ein Angebot, wenn das unveränderte Leistungsverzeichnis in Papierform vollständig vorhanden und alle einverlangten Unterlagen gemäss Pos. 252 bzw. Anhang 101 der Besonderen Bestimmungen („Erläuterungen zum Angebot und Technischer Bericht des Unternehmers“) ausgefüllt sind (Ziff 227.100 BB). Die ausgeschriebenen Leistungen sind als fertige Leistungen unter Einrechnung aller dazu erforderlichen Aufwendungen anzubieten (Ziff. 227.200 BB). Es steht dem Anbieter grundsätzlich frei, wie er seine Offerte rechnen will. Er kann die Preise in den einzelnen Positionen frei berechnen und die Vergabebehörde kann des Preises wegen nur dann einen Ausschluss vornehmen, wenn das Angebot derart niedrig ist, dass es, nachdem bei der Anbieterin einverlangte Erklärungen sich als unzureichend erwiesen haben, als Unterangebot ausgeschlossen werden muss (Art. 22 und Art. 23 Abs. 1 lit. g VöB). Die Beschwerdeführerin hat tatsächlich in der Sondervorschlags-Offerte zahlreiche Positionen mit einem Einheitspreis von Fr. 0.00 ausgefüllt. Die Vergabestelle hat nicht dargetan, dass einzelne Preispositionen nicht ausgefüllt worden seien. Damit kann im Unterschied zum Leerlassen von Preispositionen die Preisangabe von Fr. 0.00, welche begrifflich und tatsächlich eine Aussage zum Angebotspreis darstellt, vorliegend nicht eine Unvollständigkeit der Offerte bewirken (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1774/2006 vom 13. März 2007, E. 4.2). Auch ein Preis von Fr. 0.00 bedeutet eine Preisangabe. Eine so ausgefüllte Offerte kann nicht von vornherein als unvollständig ausgeschlossen werden (vgl. Urteile des Kantonsgerichts A1

09 103 vom 24. Juli 2009, E. 3.4 und A1 03 46 vom 23. Mai 2003, E. 9). Zudem hat die Beschwerdeführerin bereits bei der Offerteinreichung bekannt gegeben, dass sie in den Positionen mit falschen Mengenangaben den Einheitspreis von Fr. 0.00 eingesetzt hätte. Die falschen Vorausmasse der angefochtenen Ausschreibungsunterlagen sind nun durch die Expertise von F_____ belegt und die Rüge der Vergabestelle, die Beschwerdeführerin habe die Ausmasse gemäss ihrer eigenen Beurteilung im Angebot eingerechnet, erweist sich als unbegründet.

E. 4.3.1

Die Beschwerdeführerin legt dar, dass sie auf der Seite 45 des Technischen Berichts und in der Preisanalyse angegeben habe, welche Positionen auf Fr. 0.00 gesetzt worden seien und wo der entsprechende Umsatz eingerechnet wurde. Sie hat die Umlagerungen begründet und transparent gemacht. Zu Recht macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vergabestelle zur Beseitigung von Unklarheiten

- 19 -

ein Unternehmersgespräch gemäss Ziff. 225 BB und Art. 20 VöB hätte durchführen können, falls die Sondervorschlags-Offerte für sie nicht nachvollziehbar gewesen sei. Die Vergabestelle hat nicht näher dargelegt, warum die Nullpositionen und die Preisanalyse nicht nachvollziehbar sein sollen. Der Einheitspreis von null Franken einer Position besagt, dass der Anbieter bereit ist, diese Leistungen ohne Entgelt zu erbringen. Die Offerte kann somit nicht als unvollständig und nicht nachvollziehbar angesehen werden, da die fehlenden Preise im Gesamtpreis inbegriffen sind. Indem die Vergabestelle keine diesbezüglichen Rückfragen machte, hat sie beim Ausschluss zudem das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt.

E. 4.3.2

Schliesslich hat die Vergabebehörde den Ausschluss der Sondervorschlags- Offerte der Beschwerdeführerin mit der Missachtung der Variantenregelung gemäss Ziff. 261.200 der Besonderen Bestimmungen begründet. Varianten sind in der Regel Angebote, die für das von der Vergabestelle angestrebte Ziel eine andere technische Lösung vorschlagen als diejenige, die der Ausschreibung zugrunde liegt. Die Rechtsprechung lässt jedoch auch Varianten zu, die einzig eine gegenüber den Anforderungen der Behörde reduzierte Leistung vorschlagen; in diesem Fall muss allerdings, falls die Behörde die Anforderungen im Sinn der Variante reduziert, den andern Anbietern Gelegenheit gegeben werden, auch ihre Offerten an die neue Umschreibung des Leistungsinhalts anzupassen (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2004.00006 vom 20. Juli 2004, E. 2.2.2, mit Hinweisen; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., Rz. 469 ff.). Gemäss der Ausschreibung sind Projektvarianten nicht erlaubt (Ziff. 261.100 BB). Ausführungs- und Unternehmervarianten sowie Varianten mit maschinellem Vortrieb sind unter vorgeschriebenen Bedingungen erlaubt (Ziff. 261.200 ff. BB). Einem Unternehmer war es im vorliegenden Vergabeverfahren daher freigestellt, eine Variante zu den von der Vergabestelle verlangten Anforderungen zu unterbreiten. Die Beschwerdeführerin hat ihre Sondervorschlags-Offerte selber nicht als Variante bezeichnet. Sie bringt dann auch vor, diese Offerte sei weder eine Ausführungs- noch eine Vergütungsvariante. Sie habe „in dieser Offerte genau jene Leistungen, in genau jener Qualität, in genau jenem Umfang, mit genau jener Verbindlichkeit und genau unter jenen Ausmass- und Vergütungsregelungen offeriert“, wie die Vergabestelle das ausgeschrieben habe (Replik S. 18, Ziff. 130.2). Sie

zeichne sich aber dadurch aus, dass ohne jede Spekulationsabsicht und ohne jede Spekulationswirkung gewisse Preise auf 0.00 Franken gesetzt und die fraglichen Umsätze in „mengenstabilen Einheitspreispositionen“ eingerechnet worden seien (Beschwerde S. 72, Ziff. 91.1). Es sei keine einzige Menge des Leistungsverzeichnisses verändert worden. Inwiefern die Sondervorschlags-Offerte eine Vergütungs- oder Ausführungsvariante darstellen würde, hat die Vergabestelle nicht aufgezeigt. Es ist nicht dargetan und auch nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin einen von der Vergabebehörde vorgesehenen anderen Bauablauf oder eine andere technische Lösung ausführen will. Die Vergabestelle bringt aber vor, die Beschwerdeführerin habe nicht die Ausmasse der Ausschreibung, sondern jene gemäss ihrer eigenen Beurteilung im Angebot eingerechnet. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten ein ausführliches Leistungsverzeichnis, welches die Beschwerdeführerin ausgefüllt hatte. Wie bereits

- 20 -

dargelegt, erweisen sich die ausgeschriebenen Mengenangaben in einzelnen Positionen als falsch. Die Beschwerdeführerin hat dies erkannt und in der Folge auch bekannt gemacht. Da somit davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin in der Sondervorschlags-Offerte nicht einen vom Leistungsverzeichnis abweichenden Bauablauf offeriert hat, darf ihr Angebot nicht als Variante behandelt werden und der Ausschluss ist nicht berechtigt.

E. 5

Dieses Urteil ist der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle schriftlich mitzuteilen.

Sitten, 15. März 2012

E. 5.1

Im Beschwerdeverfahren hat nach Art. 89 VVRG in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Abs. 1). Den Behörden des Bundes, des Kantons und der Gemeinden, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis und ohne dass es sich um ihr Vermögensinteresse handelt, als Parteien oder Vorinstanzen in einem Verfahren auftreten, werden in der Regel keine Kosten auferlegt (Art. 89 Abs. 4 VVRG). Auf Begehren der Beschwerdeführerin und auf Anordnung des Gerichts hin wurde eine Expertise durchgeführt. Die nicht in Art. 7 bis 10 GTar aufgelisteten anderen Auslagen gemäss Art. 11 GTar werden mit ihrem effektiven Betrag in Rechnung gestellt. Die Kosten der Expertise in der Höhe von insgesamt Fr. 31 839.50 werden deshalb der unterliegenden Vergabestelle auferlegt.

E. 5.2

Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin gemäss Art. 91 Abs. 1 VVRG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Das Gericht ist bei der Festlegung der Parteientschädigung nicht an die gestellten Begehren gebunden, die Parteientschädigung kann global festgesetzt werden (vom Bundesgericht bestätigt im Urteil 1P.69/2003 vom 16. Mai 2003). Sie umfasst gemäss Art. 4 GTar die Entschädigung an die berechnete Partei sowie ihre Anwaltskosten (Art. 4 Abs. 1 GTar). Letztere sind in Anwendung der Art. 27 ff. GTar festzusetzen und betragen im Verwaltungsgerichts-Beschreideverfahren zwischen Fr. 1 100.-- und Fr. 11 000.-- (Art. 39 GTar). Die Parteientschädigung ist aufgrund der Bedeutung, der Schwierigkeit und des

Umfangs des Falls sowie der vom Anwalt nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei festzusetzen. Es stellten sich keine komplizierten formellen Rechtsfragen; die Kenntnis des kantonalen Prozessrechts wird bei einem berufsmässigen Rechtsvertreter vorausgesetzt. Insgesamt war die anwaltliche Vertretung mit erheblichem Aufwand verbunden. Bei der Beurteilung des Arbeits- und des Zeitaufwands darf beachtet werden, dass das Verwaltungsverfahren im Unterschied zum Zivilprozess von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, wodurch in zahlreichen Fällen die Tätigkeit des Anwalts erleichtert wird. Ferner wird die Tätigkeit des Rechtsvertreters in casu nur insoweit berücksichtigt, als sie sich bei der Erfüllung ihrer Aufgabe an einen vernünftigen Rahmen hält, unter Ausschluss nutzloser oder sonst wie überflüssiger Schritte. Unter Berücksichtigung der für die Festsetzung

- 21 -

der Entschädigung geltenden Regeln, des notwendigen und eines der Schwierigkeit der Streitsache angemessenen Aufwandes und der Tatsache, dass der Fall durch ein Sachurteil endet, ist die Entschädigung auf insgesamt Fr. 10 000.-- (inkl. Auslagen) festzulegen (Art. 91 Abs. 2 VVRG).

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen, die Ausschreibungsunterlagen vom 1. Februar 2011 sind bezüglich der falschen Mengen im Leistungsverzeichnis aufzuheben und allen Anbietern ist die Möglichkeit zu gewähren, die Preise in den gemäss E. 3.5.1 bis 3.5.14 und der Expertise F_____ korrigierten Positionen innert angemessener Frist anzupassen. 2. Die Ausschlussverfügung vom 22. Juni 2011 wird aufgehoben und das Vergabeverfahren ist mitsamt der Sondervorschlags-Offerte weiterzuführen. 3. Die Gerichtskosten von Fr. 31 839.50 werden dem Staat Wallis auferlegt. 4. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 10 000.-- zu Lasten der Vergabestelle zugesprochen.

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