

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00256 vom 3. Dezember 2003

ZH Verwaltungsgericht, 2003-12-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00256

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00256 du 3 décembre 2003

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00256 del 3 dicembre 2003

Regeste

Submission | Lärmschutzwände entlang einer Autobahn Eignungskriterien: Unklare Umschreibung. Widersprüchliches Verhalten der Vergabebehörde bei der Auswertung, indem sie dem Angebot der Beschwerdeführerinnen in ihrer internen Beurteilung zwar die Eignung absprach, es anschliessend aber dennoch anhand der Zuschlagskriterien beurteilte (E. 2.2). Preisgestaltung (Vergütungsmodus): Ein Pauschal- bzw. Globalpreisangebot als Variante zum geforderten Angebot nach Einheitspreisen ist bei fehlender Vergleichbarkeit mit einem Einheitspreisangebot und angesichts von Missbrauchsmöglichkeiten nicht zu berücksichtigen (E. 3.1-3.5). Unzulässige nachträgliche Änderung des Gesamtpreisangebots bei Mengenkorrekturen im Leistungsverzeichnis. Bei einem Gesamtpreisvertrag wird die geschuldete Vergütung unabhängig von einer nachträglichen Abrechnung über die Menge festgelegt; mit Bezug auf die Mengenangaben erhalten daher die Pläne den Vorrang vor dem Leistungsverzeichnis, und der Unternehmer trägt das Mengenrisiko (E. 3.7). Versuchte Täuschung der Vergabebehörde: Ausnützung von Mängeln des Leistungsverzeichnisses durch Verschieben von mengenabhängigem Aufwand in eine sachfremde Festpreisposition. Ausschluss des Angebots (E. 4). Gutheissung (E. 5).

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 sowie die §§ 3 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. September 1996 zur Anwendung.

E. 2

Der Beschwerdegegner macht mit der Beschwerdeantwort geltend, dass die Beschwerdeführerinnen aus dem Verfahren hätten ausgeschlossen werden müssen, weil sie die Eignungskriterien nicht erfüllt hätten. Die Beschwerdeführerinnen sind dagegen der Auffassung, dass sie die Eignungskriterien ohne weiteres erfüllen. Überdies habe der Beschwerdegegner bis zur Erhebung ihrer Beschwerde an das Verwaltungsgericht nie Zweifel an ihrer Eignung geäussert; das nachträglich vorgebrachte Argument der fehlenden Eignung sei daher nur als Vorwand zu betrachten.

E. 2.1

In den Ausschreibungsunterlagen hatte der Beschwerdegegner unter anderem die folgenden Eignungskriterien festgelegt: "Nachweis der Erfahrung (Hauptunternehmer sowie Schlüsselpersonal gemäss Angaben unter NPK 102.911 und 912): Realisierung bzw. Mitarbeit an vergleichbaren Objekten in den vergangenen 5 Jahren." In der Bewertungsmatrix der Eignungs- und Zuschlagskriterien umschrieb er diese Anforderungen wie folgt: "- Erfahrung der Unternehmung mit vergleichbaren Objekten in den vergangenen 5 Jahren - Erfahrung des Schlüsselpersonals mit vergleichbaren Objekten in den vergangenen 5 Jahren" Die Beschwerdeführerinnen nannten im Technischen Bericht ihres Angebots als Referenzen unter anderem Lärmschutzbauten an der A1 bei X, welche die B AG in der Zeit vom Juni 1996 bis März 1997 ausgeführt hatte (Technische Leitung, Fundation und Betonbauten), sowie die Instandsetzung von Lärmschutzwänden an der A2/A8, die von der C AG im Jahr 2000 ausgeführt wurde. Von diesen Objekten lag das umfangreichere und wohl auch anspruchsvollere der B AG zum Zeitpunkt der Offerteingabe rund sechs Jahre zurück und damit ausserhalb des vom Beschwerdegegner vorgegebenen Zeitrahmens von fünf Jahren. Der Beschwerdegegner hat dieser geringfügigen Überschreitung seiner zeitlichen Vorgaben aber offenbar kein grosses Gewicht beigemessen und macht nicht geltend, dass die Referenz schon aus diesem Grund nicht zu berücksichtigen sei. Er ist jedoch der Auffassung, dass die beiden Referenzen keine vergleichbaren Objekte betreffen, da bei den vorliegend geplanten Lärmschutzwänden eine andere Bauweise zur Anwendung gelange. Die hier vorgesehene Konstruktion durchsichtiger Wände mit Acrylglas- und Aluminiumelementen erfordere besondere Erfahrung, die mit dem Bau anderer Arten von Lärmschutzwänden nicht erworben werden könne. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, dass die vorgesehene Bauweise ungewöhnliche Anforderungen mit sich bringe; nach ihrem Dafürhalten sind vor allem die Fundierungen der Lärmschutzwände anspruchsvoll, und in dieser Hinsicht seien sie besser qualifiziert als die Mitbewerberinnen.

E. 2.2

Der vergebenden Behörde steht beim Festlegen der Anforderungen, die an eine bestimmte Beschaffung gestellt werden, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zur Verfügung (RB 2001 Nr. 47 E. 2c; RB 1999 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 15 E. 4b). Dasselbe gilt auch bei der Beurteilung der Angebote im Hinblick auf diese Anforderungen. Dabei ist zwar, wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht ausführen, nach Möglichkeit zu vermeiden, dass derartige Anforderungen eine Abschottung des Marktes gegenüber weniger spezialisierten Betrieben bewirken (vgl. auch die Grundsätze zur Bekanntgabe der technischen Spezifikationen nach § 18 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997), und es dürfen aus diesem Grund keine unnötig hohen Anforderungen gestellt werden, die angesichts des Gegenstands der Vergabe nicht gerechtfertigt sind. Vorliegend war jedoch der Beschwerdegegner, wenn er der Meinung war, dass nur Unternehmungen mit Erfahrung im Bau gleichartiger Lärmschutzwände für die Vergabe in Frage kämen, zu einer entsprechenden Festlegung befugt. Auch zeigt der Offertvergleich, dass von fünf Anbieterinnen vier das fragliche Kriterium erfüllten, so dass die Gefahr einer Marktabschottung jedenfalls nicht als überaus gross erscheint. Der Beschwerdegegner hat indessen bei der Bekanntgabe der Eignungskriterien in den Ausschreibungsunterlagen nicht verdeutlicht, dass unter vergleichbaren Objekten nur Lärmschutzwände zu verstehen seien, bei denen eine Aluminium-Plexiglas-Konstruktion verwendet wurde. Auch verhielt er sich bei der

Auswertung der Angebote in dieser Frage widersprüchlich, indem er dem Angebot der Beschwerdeführerinnen in seiner internen Beurteilung zwar die Eignung absprach, es anschliessend aber dennoch anhand der Zuschlagskriterien beurteilte. Widersprüchlich ist ebenso, dass er den Beschwerdeführerinnen beim Kriterium Qualität der Unterlagen einen Abzug von zwei Punkten machte, den er in der Beschwerdeantwort mit der fehlenden Eignung begründet; wenn er die Beschwerdeführerinnen aber tatsächlich für ungeeignet gehalten hätte, hätte er sich nicht mit einem so geringen Abzug begnügen dürfen. Der Ausschluss eines Anbieters muss nicht zwingend mit separatem Entscheid vorweg bekannt gegeben werden, sondern kann noch im Rahmen des Endentscheids erfolgen (RB 2000 Nr. 70 E. 6c = BEZ 2000 Nr. 25). Notwendig ist jedoch, dass der Ausschluss aufgrund einer einwandfreien Beurteilung der Eignung erfolgt. Dabei war vorliegend – insbesondere in Anbetracht der ungenauen Umschreibung der Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen und des entsprechend erhöhten Beurteilungsspielraums des Beschwerdegegners – das von diesem während des Verfahrens an den Tag gelegte Verhalten von wesentlicher Bedeutung. Angesichts der dargestellten Umstände lag der Entscheid des Beschwerdegegners, die Beschwerdeführerinnen von vornherein vom Verfahren auszuschliessen, nicht mehr im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens. Der Ausschluss der Beschwerdeführerinnen erweist sich damit als unzulässig, und deren Angebot ist in die Bewertung anhand der Zuschlagskriterien einzubeziehen.

E. 3.1

Grundlage der Offerten war das vom Beschwerdegegner mit den Ausschreibungsunterlagen abgegebene Leistungsverzeichnis. Aufgrund desselben hatten die Anbieterinnen die Mehrzahl der Leistungen nach Einheitspreisen zu offerieren, das heisst als Preise für Leistungseinheiten, die in den Positionen des Verzeichnisses aufgeführt sind. Die erwartete Menge der Einheiten gemäss Leistungsverzeichnis ist dabei nicht verbindlich, sondern die geschuldete Vergütung ergibt sich erst aus der Abrechnung über die ausgeführte Menge (Art. 39 Abs. 1 der SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 1977/1991; vgl. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, N. 915 ff.; Rainer Schumacher, Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Freiburg 1998, N. 44 f., 160 f.). Einige Positionen des Leistungsverzeichnisses waren nicht als Einheitspreise, sondern nach Aufwand (Regiearbeiten) bzw. als Festpreise zu offerieren. In einem Werkvertrag nach Einheitspreisen wird in der Regel vereinbart, innerhalb welcher Bandbreite von Über- bzw. Unterschreitung der erwarteten Mengen die Einheitspreise gültig bleiben, so z.B. gemäss Art. 86 Abs. 1 der SIA-Norm 118 bis zu Abweichungen von 20 % nach oben oder unten. Vorliegend legten die Ausschreibungsunterlagen des Beschwerdegegners jedoch fest, dass entgegen der Regel der SIA-Norm 118 bei veränderten Mengen ungeachtet der Grösse der Veränderung keine Preisänderungen geltend gemacht werden können. Ferner behielt sich der Beschwerdegegner vor, einzelne Positionen und Bauteile ganz wegzulassen, ohne dass der Unternehmer Nachforderungen stellen könne. Die Beschwerdeführerinnen reichten ein Angebot ein, das sich insgesamt auf netto Fr. 15'141'724.05 belief bzw. nach Abzug eines doppelt aufgeführten Betrags für Regiearbeiten von brutto Fr. 800'000.- auf Fr. 14'331'883.45. Die Mitbeteiligte reichte ein Angebot gemäss Leistungsverzeichnis über insgesamt netto Fr. 16'351'234.15 ein und zusätzlich als Variante ein Globalpreisangebot von Fr. 14'505'000.-; das Globalangebot entspricht nach Art. 40 der SIA-Norm 118 einem Pauschalangebot mit Teuerungsvorbehalt.

E. 3.2

Anlässlich der Offerteingabe wies eine dritte Anbieterin den Beschwerdegegner darauf hin, dass die im Leistungsverzeichnis genannten Mengen nicht mit den Plänen übereinstimmten. Bei der Überprüfung stellten die Fachleute des Beschwerdegegners fest, dass im Kapitel Lärmschutz bei den Positionen Glas- und Aluminiumelemente deutlich zu hohe Mengen eingesetzt waren. Die vom Beschwerdegegner beauftragte I AG stellte daher mit Schreiben vom 19. Mai 2003 allen Anbieterinnen den entsprechend korrigierten Abschnitt des Leistungsverzeichnisses zu und forderte sie auf, die Preise ihrer Offerten zu bestätigen. Die Beschwerdeführerinnen bestätigten die Gültigkeit ihrer Einheitspreise mit Schreiben vom 28. Mai 2003 unter Hinweis auf die Besonderen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen, nach welchen auch bei grösseren Mengenänderungen keine Preisänderung geltend gemacht werden kann. Aufgrund der reduzierten Mengen belief sich ihr Angebot gemäss der Zusammenstellung des Beschwerdegegners neu auf netto Fr. 11'029'365.45. Die Mitbeteiligte reichte am 28. Mai 2003 den mit unveränderten Preisen versehenen Abschnitt des korrigierten Leistungsverzeichnisses ein und bestätigte damit grundsätzlich ebenfalls die offerierten Einheitspreise. Mit Schreiben vom gleichen Datum wies sie jedoch darauf hin, dass sie in ihrem ursprünglichen Angebot die effektiven Einheitspreise der Aluminiumelemente und Acrylgläser "aus Gründen der Materialbeschaffung und den damit zusammenhängenden Gestehungskonditionen" aufgesplittet habe. So habe sie die Materialkosten der Acrylgläser mit 90 % und die der Aluminiumelemente mit 60 % (das heisst bei der allgemeinen Baustelleneinrichtung) eingerechnet. Von der Mengenänderung seien daher zwar die Einheitspreise im Kapitel 188 Lärmschutzwände nicht berührt, doch ergebe sich bei der Baustelleneinrichtung eine massive Reduktion. Aus der Beilage zum genannten Schreiben geht hervor, dass der Gesamtbetrag für das Kapitel Baustelleneinrichtung von ursprünglich brutto Fr. 4'297'204.- auf Fr. 2'460'282.-, also um einen Betrag von Fr. 1'836'922.-, reduziert wurde. Zusammen mit der Reduktion im Kapitel Lärmschutzwände, dessen Gesamtbetrag aufgrund der geänderten Mengenangaben von ursprünglich brutto Fr. 6'772'206.- auf Fr. 4'430'346.- zurückging, belief sich damit die neue Offerte der Mitbeteiligten auf netto Fr. 11'944'792.08. Überdies machte sie mit dem Schreiben vom 28. Mai 2003 ein revidiertes Globalangebot, welches nun auf Fr. 10'970'000.- lautete. Der Beschwerdegegner liess das revidierte Globalangebot der Mitbeteiligten, welches im Preisvergleich als günstigstes erschien, zu und erteilte ihr gestützt darauf den Zuschlag.

E. 3.3

Das Vergabeverfahren muss gestützt auf die Ausschreibung und die Angebote zu einem eindeutigen Ergebnis führen, das den Abschluss des Vertrags ohne wesentliche Ergänzungen ermöglicht. Gegenstand und Umfang des Auftrags sind daher in der Ausschreibung bzw. den an die Interessenten abgegebenen Unterlagen klar zu umschreiben, und die Offerten der Anbieter müssen ebenso deutlich auf die ausgeschriebene Leistung Bezug nehmen (RB 1998 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 12 = ZBl 101/2000, S. 255 E. 2c; vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 193). Das Erfordernis einer klaren Bezugnahme auf die Ausschreibung bzw. die zugehörigen Unterlagen gilt auch für den Vergütungsmodus (vgl. VGr, 8. Oktober 2003, VB.2003.00091, E. 2, www.vgrzh.ch; 9. Juli 2003, VB.2003.00024, E. 2c und 3c, www.vgrzh.ch; VGr LU, LGVE 2001 II Nr. 12). Die Preisbestimmung erfolgt bei verschiedenen Vergütungsarten nach anderen Grundsätzen, und Angebote verschiedener Preisarten sind daher nicht oder höchstens bedingt miteinander vergleichbar. Weicht etwa die im Leistungsverzeichnis zu den einzelnen Leistungen angenommene

Menge von der für die geschuldete Vergütung massgeblichen tatsächlichen Menge ab, so kann ein höheres Einheitspreisangebot preislich günstiger sein als ein tieferes Pauschalangebot; umgekehrt kann ein höherer Pauschalpreis günstiger sein als ein Angebot mit Einheitspreisen und zusätzlich separat zu entschädigenden Regiearbeiten. Diese Unterschiede können unter Umständen auch dazu missbraucht werden, den öffentlichen Auftraggeber absichtlich zu benachteiligen. Ob ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichender Vergütungsmodus als Variante angeboten werden kann, insbesondere ein Pauschalpreis zusätzlich zu einem Grundangebot nach Einheitspreisen, ist daher in Rechtsprechung und Lehre umstritten (bejahend: Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, 7. November 1997, VPB 62/1998 Nr. 32 II E. 3a, S. 267 f. = Baurecht 4/1998, S. 126 Nr. 335 E. 5; Peter Rechsteiner, Kurzbeitrag in: Baurecht 2/2001, S. 60, unter Hinweis auf die deutsche Lehre; unentschieden: Peter Gauch, Urteilsanmerkung, Baurecht 4/1998, S. 126 Nrn. 334–336 E. 4; dagegen Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes – Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, Ziff. 19.1). Das Verwaltungsgericht hat die Frage in zwei Entscheiden offen gelassen (VGr, 23. Januar 2003, VB.2002.00195, E. 4a, www.vgrzh.ch; 12. September 2001, VB.2001.00105, E. 4). In einem Fall, in welchem die Behörde das als Variante eingereichte Pauschalangebot ausgeschlossen hatte, wurde deren Entscheid mit Blick auf die fehlende Vergleichbarkeit der Angebote geschützt (VGr, 8. Oktober 2003, VB.2003.00091, E. 2, www.vgrzh.ch). Andererseits wurde eine von der Behörde verlangte Pauschalpreisofferte ohne weiteres zugelassen (VGr, 9. Juli 2003, VB.2003.00024, www.vgrzh.ch).

E. 3.4

Die angesprochenen Schwierigkeiten zeigen sich im vorliegenden Fall überaus deutlich. Wie aus den nachträglichen Korrekturen ersichtlich ist, waren im Kapitel Lärmschutzwände des Leistungsverzeichnisses die ursprünglichen Mengenangaben der Aluminium- und Acrylgläselemente im Mittel rund doppelt so hoch als erforderlich. Nach den Angaben des Beschwerdeführers in der Beschwerdeantwort reduzierten sich die Flächen der Aluminiumelemente um 51 %, jene der Acrylgläselemente um 49 %. Betragsmässig belief sich die Summe des betroffenen Abschnitts des Leistungsverzeichnisses im ursprünglichen Angebot der Beschwerdeführerinnen auf Fr. 6'886'462.50, im revidierten Angebot noch auf Fr. 3'624'074.50. Die Reduktion betrug somit brutto Fr. 3'262'388.-. Bei der Mitbeteiligten betrug die Gesamtsumme des Kapitels Lärmschutzwände (nicht nur der Aluminium- und Acrylgläselemente) ursprünglich Fr. 6'772'206.-, im revidierten Angebot noch Fr. 4'430'346.-. Zu berücksichtigen ist überdies der im Kapitel Baustelleneinrichtung enthaltene Teilbetrag, der nach den Angaben der Mitbeteiligten Materialkosten der Lärmschutzelemente enthält und den sie daher im revidierten Angebot um Fr. 1'836'922.- reduzierte. Insgesamt ermässigten sich damit die Bruttokosten der Lärmschutzwände aufgrund der reduzierten Mengen um Fr. 4'178'782.- (Fr. 2'341'860.- im Kapitel Lärmschutzwände plus Fr. 1'836'922.- im Kapitel Baustelleneinrichtung). Die fehlerhaften Mengenangaben betrafen einen grossen Teil der Aluminium- und Acrylgläselemente im Kapitel Lärmschutzwände, doch fielen die nachträglichen Reduktionen je nach Position sehr unterschiedlich aus. Manche Reduktionen betragen 10 % bis 50 %, einige auch deutlich mehr. In einzelnen Positionen ergeben sich hohe Differenzbeträge, wie die folgenden Beispiele aus dem bereinigten Leistungsverzeichnis der Mitbeteiligten zeigen:

| Menge alt | Menge neu | Differenzbetrag | Pos. 333.003 |
|-----------|-----------|-----------------|-------------------|
| 4000 | 1300 | Fr. 432'000.- | Pos. 333.009 4100 |

1700 Fr. 388'800.- Pos. 345.005 1700 750 Fr.

347'700.- Dass in den Ausschreibungsunterlagen ein Leistungsverzeichnis mit derart fehlerhaften Mengenangaben verwendet wurde, ist schwer verständlich. Die Missbrauchsmöglichkeiten, die sich aus den frappanten Differenzen ergaben, sind offensichtlich. So hätte die Mitbeteiligte, wenn ihr der Auftrag auf der Grundlage ihres Globalangebots von Fr. 14'505'000.- erteilt worden wäre, nach den für Globalpreise geltenden Regeln, die grundsätzlich keine Anpassung infolge von Mengenänderungen vorsehen (hinten, E. 3.7), einen um rund Fr. 2'560'000.- höheren Betrag verlangen können, als ihrem eigenen revidierten Angebot nach Einheitspreisen entsprach. Weitere Missbrauchsmöglichkeiten bestanden ferner bei der Kalkulation der Einheitspreise (vgl. hinten, E. 4).

E. 3.5

Diese Ergebnisse zeigen, dass ein Global- bzw. Pauschalpreisangebot sich unter derartigen Voraussetzungen nicht sachgerecht mit einem Einheitspreisangebot vergleichen lässt und daher im Vergabeverfahren nicht berücksichtigt werden kann. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das Leistungsverzeichnis inzwischen korrigiert wurde, denn kleinere Abweichungen von den vorgesehenen Mengen sind bei Projekten dieser Art schwer vermeidbar. Im Übrigen war auch die nachträgliche Anpassung des Globalpreisangebots unzulässig (hinten, E. 3.7). Ob ein Gesamtpreisangebot als Variante zu einem Angebot nach Einheitspreisen unter bestimmten Voraussetzungen dennoch zulässig sein kann, braucht hier nicht generell entschieden zu werden. Auf jeden Fall kann die vergebende Behörde von vornherein ausdrücklich bekannt machen, dass ein Pauschal- bzw. Globalpreisangebot anstelle oder neben dem Angebot gemäss Leistungsverzeichnis eingereicht werden darf. Bei diesem Vorgehen hat sie auch die Möglichkeit, die notwendigen Rahmenbedingungen (z.B. mit Bezug auf die Verrechnung von Regiearbeiten) festzulegen, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten.

E. 3.6

Mit der Duplik hat der Beschwerdegegner überdies vorgebracht, dass aus den Plänen, die den Anbieterinnen bei der Ausarbeitung ihres Angebots zur Verfügung standen, keine Mengenangaben zuverlässig hätten eruiert werden können. Die Pläne hätten nur informativen Charakter über die ausgeschriebenen Arbeiten gemäss dem massgebenden Leistungsverzeichnis besessen (Duplik, Ziff. 18). Falls dem so war, kam ein Gesamtpreisangebot schon aus diesem Grund nicht in Frage, denn es ist nicht ersichtlich, auf welche Grundlage das Angebot sich dann hätte beziehen können und nach welchen Grundsätzen die Abrechnung der geschuldeten Vergütung erfolgt wäre.

E. 3.7

Selbst wenn ein Gesamtpreisangebot vorliegend in Frage gekommen wäre, hätte der Beschwerdegegner die nachträgliche Änderung des angebotenen Globalpreises durch die Mitbeteiligte nicht zulassen dürfen. Bei einem Gesamtpreisvertrag (Pauschalpreis oder Globalpreis) wird die geschuldete Vergütung unabhängig von einer nachträglichen Abrechnung über die Menge festgelegt (Art. 40 und 41 der SIA-Norm 118); mit Bezug auf Mengenangaben erhalten daher die Pläne den Vorrang vor dem Leistungsverzeichnis, und der Unternehmer trägt das Mengenrisiko (vgl. Peter Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38–156, Zürich 1992, Art. 40 N. 10; Schumacher, N. 121). Eine nachträgliche Änderung der Mengenangaben des Leistungsverzeichnisses bedeutet folglich auch keine

Änderung des Leistungsinhalts, die wie eine Beststellungsänderung zu behandeln wäre; die vom Unternehmer zu erbringende Leistung (das zu erstellende Bauwerk) ergibt sich vielmehr aus den Projektplänen und bleibt unverändert. Ob diese Regeln in einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem der Bauherr ein in hohem Mass fehlerhaftes Leistungsverzeichnis abgibt und dieses im Nachhinein korrigieren muss, unbeschränkt Geltung behalten, kann dahingestellt bleiben. Hier war zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Mitbeteiligte die Mangelhaftigkeit des Leistungsverzeichnisses offensichtlich bereits zum Zeitpunkt ihres ersten Angebots erkannt hatte (hinten, E. 4), was gegen das Zulassen einer Anpassung spricht. Überdies vermögen die von ihr vorgebrachten Gründe der Korrekturen und die vom Beschwerdegegner angestellte überschlagsmässige Überprüfung (Beschwerdeantwort) nicht zu gewährleisten, dass bei der Anpassung des Globalangebots keine über die Mengenkorrektur hinausgehende Preisreduktion vorgenommen wurde. Die nachträgliche Änderung war daher schon aus diesen Gründen unzulässig. Der Einwand des Beschwerdegegners, dass die abgegebenen Pläne nicht zuverlässig gewesen seien, kann nicht zugunsten der Abänderbarkeit eines Globalangebots herangezogen werden, weil unter diesen Umständen von vornherein kein solches möglich war (vorn, E. 3.6).

E. 3.8

Nachdem die Globalpreisangebote der Mitbeteiligten nicht zugelassen werden können, erweist sich aufgrund der vom Beschwerdegegner vorgenommenen Auswertung der Zuschlagskriterien die Offerte der Beschwerdeführerinnen als wirtschaftlich günstigstes aller verbleibenden Angebote (Offertvergleich). Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und die Sache an den Regierungsrat zurückzuweisen, um den Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen zu erteilen. Die weiteren von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rügen brauchen unter diesen Umständen nicht geprüft zu werden. Immerhin ist anzumerken, dass der von ihnen angebotene Skonto im Zusammenhang mit einem speziellen Zahlungsplan, der von den Zahlungsmodalitäten der Ausschreibungsunterlagen abweicht, beim Vergleich der Angebote zu Recht nicht berücksichtigt wurde (vgl. VGr, 24. September 2003, VB.2003.00207, E. 1, www.vgrzh.ch).

E. 4

Festzuhalten ist schliesslich, dass im vorliegenden Fall auch das reguläre, auf Einheitspreisen gemäss Leistungsverzeichnis basierende Angebot der Mitbeteiligten nicht zuzulassen wäre. Wie die Mitbeteiligte selber darlegt, hat sie die Einheitspreise der Aluminium- und Acrylgläselemente im Kapitel Lärmschutzwände tief gehalten, indem sie einen grossen Teil der auf diese Positionen entfallenden Materialkosten ins Kapitel Baustelleneinrichtung übertrug. Die auf diese Weise aus dem Kapitel Lärmschutzwände "entfernten" Materialkosten belaufen sich nach den Angaben der Mitbeteiligten für die nachträglich weggefallenen Mengen auf Fr. 1'836'922.-, denn um diesen Betrag wollte sie die Position Baustelleneinrichtung mit der erwähnten Begründung reduzieren (vorn, E. 3.2). Eine analoge Verlagerung von Materialkosten muss überdies gemäss ihren Angaben auch bei den noch verbleibenden Mengen vorliegen, so dass sich der Gesamtbetrag der Verlagerung auf rund das Doppelte belaufen dürfte. Tatsächlich sind die von der Mitbeteiligten offerierten Einheitspreise bei den Aluminium- und Acrylgläselementen fast durchwegs deutlich tiefer – teils um mehr als die Hälfte – als jene der Beschwerdeführerinnen, obschon diese das insgesamt günstigere Angebot eingereicht hatten. Dafür wies die Position Baustelleneinrichtung bei der Mitbeteiligten ursprünglich einen Betrag von Fr. 4'152'545.- auf, während dieselbe Position bei den

Beschwerdeführerinnen nur Fr. 674'475.- beträgt. Nach den Angaben der Mitbeteiligten erreichte die Verlagerung von Materialkosten ins Kapitel Baustelleneinrichtung bei den Acrylgläsern 90 % und bei den Aluminiumelementen 60 %. Dieses Vorgehen hätte bei einem Zuschlag auf das ursprüngliche, auf Einheitspreisen gemäss Leistungsverzeichnis basierende Angebot der Mitbeteiligten dazu geführt, dass die Mengenreduktion bei den Aluminium- und Acrylgläselementen sich entsprechend geringer auf die Schlussabrechnung ausgewirkt hätte. Denn indem die Einheitspreise künstlich tief gehalten wurden, wurden die betreffenden Positionen von den Mengenänderungen weniger betroffen. Andererseits wäre der in das Kapitel Baustelleneinrichtung verschobene Teil der Materialkosten trotz der Mengenreduktion voll zu zahlen gewesen, da es sich bei der betreffenden Position um einen Festpreis handelt, der von der Mengenänderung nicht berührt wird. Der derart verschobene Materialwert der nachträglich weggefallenen Mengen, der nach den eigenen Angaben der Mitbeteiligten Fr. 1'836'922.- betrug, hätte somit in Rechnung gestellt werden können, ohne dass bei ihr entsprechende Kosten angefallen wären. Ein derart gestaltetes Angebot widerspricht dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen, bei welcher davon ausgegangen wird, dass sich Mengenänderungen in entsprechenden Preisänderungen niederschlagen. 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. Vorliegend diente die Verschiebung von Kostenteilen aus den Einheitspreisen in eine Festpreisposition aber offensichtlich einzig dem Zweck, die Fehler des Leistungsverzeichnisses zu Lasten des Auftraggebers auszunützen. Ein anderer Sinn des gewählten Vorgehens ist nicht erkennbar; die von der Mitbeteiligten vorgebrachte Begründung, die effektiven Einheitspreise seien "in Anbetracht des sehr hohen Materialbedarfes ... aus Gründen der Materialbeschaffung und den damit zusammenhängenden Gestehungskonditionen" aufgeteilt worden, ist nicht nachvollziehbar, und im Kapitel Baustelleneinrichtung sind derartige Kostenteile von vornherein sachfremd (zur Umschreibung der Baustelleneinrichtung vgl. Art. 123 der SIA-Norm 118; Peter Gauch/Duri Prader in: Peter Gauch [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, Zürich 1992, Art. 123). Unter diesen Umständen durfte schon das ursprüngliche Angebot, dessen Preisbildung den Beschwerdegegner bei einer Mengenreduktion benachteiligte, nicht zugelassen werden. Ebenso wenig war die nachträgliche Änderung zulässig, soweit sie über die Mengenreduktion bei den Aluminium- und Acrylgläselementen hinausging und auch die Position Baustelleneinrichtung umfasste. Denn insoweit lief sie auf ein unerlaubtes Abgebot hinaus.

E. 5

Demgemäss ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid des Regierungsrats aufzuheben. Die Sache ist an den Regierungsrat zwecks Vergabe an die Beschwerdeführerinnen zurückzuweisen. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdegegner kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Er hat die Beschwerdeführerinnen ausserdem für ihre Umtriebe im Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a und b VRG). Demgemäss entscheidet die 1. Kammer :

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Entscheid des Regierungsrats vom 9. Juli 2003 aufgehoben. Die Sache wird an den Regierungsrat zur Vergabe an die Beschwerdeführerinnen zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 15'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 210.-- Zustellungskosten, Fr. 15'210.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
- 4.

Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, den Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids. 5. ...

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