

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00257 vom 8. August 2012**

ZH Verwaltungsgericht, 2012-08-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2012.00257](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00257)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00257 du 8 août 2012

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00257 del 8 agosto 2012

## **Regeste**

Submission | Vergabe von Strassensanierungsarbeiten: Rechtzeitigkeit der Beschwerde; Behauptung, Mitbewerber hätten wegen spekulativer Einheitspreisofferten vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Zustellung des Vergabeentscheids per E-Mail genüge den dafür geltenden Anforderungen vorliegend nicht. Erst durch die Bestätigung des Eingangs wurde eine solche Zustellung nachträglich genehmigt, womit die Beschwerdefrist zu laufen begann (E. 2.2). Ein Angebot ist nur auszuschliessen, wenn es wesentliche Mängel aufweist (E. 3.1). Es ist vom Grundsatz der Kalkulationsfreiheit der Anbietenden auszugehen. Diese wird dadurch eingeschränkt, dass die Anbietenden denjenigen Preis anzugeben haben, den sie bei Ausführung der vorgegebenen Menge verlangen würden. Es ist nicht ersichtlich, dass die Mitbeteiligten dieser Verpflichtung nicht nachgekommen wären (E. 3.7). Die Vergabebehörde hat den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht rechtsverletzend gehandhabt (E. 3.8). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (VGr, 9. Februar 2011, VB.2010.00389, E. 1 mit Hinweisen). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 zur Anwendung.

### **E. 2.1**

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend belegt die Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot in der Gesamtbewertung hinter den Mitbeteiligten den dritten Rang. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Angebote der Mitbeteiligten dürften nicht berücksichtigt werden, da sie wegen der Verwendung spekulativer Einheitspreise vom Verfahren auszuschliessen seien. Dringt die Beschwerdeführerin damit durch, ist ihr der Zuschlag zu erteilen. Sie ist daher zur

Erhebung der Beschwerde legitimiert. Die Ausführungen der Beschwerdegegnerin in der Duplik ändern daran nichts. Aus dem E-Mail, auf das sich die Beschwerdegegnerin beruft, ergibt sich nicht, dass es der Beschwerdeführerin an einem Rechtsschutzinteresse mangeln würde. Es wird vielmehr ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin das behauptete Vorgehen der Mitbeteiligten als unzulässig erachtet, weshalb die beiden Angebote hätten ausgeschlossen werden müssen. Dass die Beschwerdeführerin in Betracht zieht, ihre Vorgehensweise zu ändern, sollte die Beschwerde abgewiesen werden, ist legitim und ändert nichts an ihrem Rechtsschutzinteresse. Primär strebt sie an, dass ihre Auffassung bestätigt und ihr der Zuschlag erteilt wird.

## **E. 2.2**

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Beschwerde sei verspätet erhoben worden. Der Vergabeentscheid sei am Donnerstag, 5. April 2012, um 13.31 Uhr, per E-Mail bei der Beschwerdeführerin eingegangen. Diese habe am elektronisch durchgeführten Vergabeverfahren teilgenommen und sich damit auch mit der elektronischen Zustellung der Zuschlagsverfügung einverstanden erklärt. Die Beschwerdeführerin habe es selber zu vertreten, dass die Mailbearbeitung bei Abwesenheit des fraglichen Mitarbeiters nicht gewährleistet gewesen sei.

### **E. 2.2.1**

Die Form, in der eine Verfügung erlassen und eröffnet werden muss, bestimmt sich nach dem massgeblichen Verfahrensgesetz (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, N. 884). Anders als etwa Art. 34 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG) sehen weder die IVöB noch die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) noch das VRG die Schriftform vor. Sie äussern sich auch nicht zur Art der Zustellung. Diesbezüglich rechtfertigt es sich, die Bestimmungen von Art. 136 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) ergänzend heranzuziehen. Art. 139 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass mit dem Einverständnis der betroffenen Person jede Zustellung elektronisch erfolgen kann. Der Bundesrat regelt gemäss Art. 139 Abs. 2 ZPO die Einzelheiten. Dies hat er mit Verordnung vom 18. Juni 2010 über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (VEÜ, SR 272.1) getan. Demnach können Verfügungen auf elektronischem Weg nur Verfahrensbeteiligten zugestellt werden, die sich auf einer anerkannten Zustellplattform eingetragen haben (Art. 9 VEÜ). Als Zeitpunkt der Zustellung gilt jener des Herunterladens von der Zustellplattform (Art. 11 Abs. 1 VEÜ). Wenn die Zustellung in ein elektronisches Postfach erfolgt, das auf einer anerkannten Zustellplattform nach persönlicher Identifikation der Inhaberin oder des Inhabers des Postfachs eingerichtet wurde, so sind die Bestimmungen über die Zustellung eingeschriebener Sendungen sinngemäss anwendbar (Art. 11 Abs. 2 VEÜ). Die Zustimmung zur elektronischen Zustellung wird in der Regel vorgängig erfolgen. Es ist aber auch eine nachträgliche Genehmigung denkbar. Die Wirkungen der Zustellung treten in diesem Fall jedoch erst mit der Genehmigung ein (Roger Weber, in: Paul Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 139 N. 2). Die vorliegend zu beurteilende Mitteilung des Zuschlags per E-Mail vermag den dargestellten Anforderungen an eine elektronische Zustellung in technischer Hinsicht nicht zu genügen, was von der Beschwerdeführerin allerdings nicht beanstandet wird. Sie macht jedoch geltend, fristauslösend sei erst die Bestätigung des Eingangs am 10. April 2012 gewesen. Unter den

vorliegenden Umständen kann nicht von einer vorgängigen Zustimmung zur elektronischen Zustellung ausgegangen werden. Dies wird von der Beschwerdegegnerin zwar behauptet (Beschwerdeantwort, Rz. 5), jedoch nicht substantiiert. Aus dem Umstand, dass die Angebote über eine Internetplattform einzureichen waren, wo auch die Ausschreibungsunterlagen zu beziehen waren und die Offertöffnung eingesehen werden konnte, kann jedenfalls nicht geschlossen werden, die Beschwerdeführerin sei damit einverstanden gewesen, dass ihr der Entscheid, welcher die Beschwerdefrist auslösen würde, nur per E-Mail zugestellt würde. Vielmehr ist durch die Bestätigung vom 10. April 2012 erst eine nachträgliche Genehmigung erfolgt, weshalb die Wirkungen der Zustellung erst in diesem Zeitpunkt eintraten. Die Beschwerdefrist lief daher für die Beschwerdeführerin bis am 20. April 2012. Die Beschwerde erweist sich damit als rechtzeitig.

#### **E. 2.2.2**

Zum gleichen Ergebnis führen im Übrigen Vertrauensschutzüberlegungen: Die Mitteilung der Beschwerdegegnerin vom 10. April 2012, wonach die "Ansicht mit dem heutigen Datum (10.04.2012) versehen" sei, ist zwar nicht als (neue) Zustellung zu qualifizieren, wohl aber als Auskunft über deren Zeitpunkt. Da die Einhaltung der Rechtsmittelfrist von der Rechtsmittelbehörde zu beurteilen ist, wäre die Vergabebehörde bzw. ihre Vertretung für eine solche Auskunft zwar nicht zuständig. Dies war für die Beschwerdeführerin aber nicht offensichtlich; genauso wenig wie die Unrichtigkeit der Auskunft. Die Beschwerdeführerin durfte daher in guten Treuen davon ausgehen, diese Bestätigung führe zu einem (nochmaligen) Beginn des Fristenlaufs.

#### **E. 2.3**

Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitbeteiligten hätten bei verschiedenen Positionen spekulative Einheitspreise eingesetzt, um aus den erwarteten Änderungen von Teilleistungen gegenüber der Leistungsbeschreibung einen finanziellen Vorteil zu ziehen. So spekuliere die Mitbeteiligte 1 entgegen der Ausschreibung darauf, dass keine Regiearbeiten notwendig würden, bzw. dass sie solche als Nachtragsarbeiten im Akkord, das heisst zu den Einheitspreisen des Vertrags, abrechnen können werde. Dies führe dazu, dass die Offerten nicht mit den richtig kalkulierten Offerten der anderen Anbieter verglichen werden könnten. Das müsse zum Ausschluss der beiden Mitbeteiligten und zum Zuschlag an die Beschwerdeführerin führen. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, die Anbieter seien bei den einzelnen Positionen frei, welche Preise sie offerieren wollten, solange die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und die Bedingungen eingehalten würden. Die Offerten der beiden Mitbeteiligten würden weder Pauschalierungen von Einheitspreispositionen, noch Minuspreise oder symbolische Preise enthalten. Auch Umlagerungen in andere Positionen, welche einen Ausschluss aus dem Verfahren gerechtfertigt hätten, lägen nicht vor. Die Mitbeteiligte 1 habe dem Gemeinderat schriftlich bestätigt, dass sie sich an die in der Offerte gemachten Angaben halten werde. Diese Zusicherungen hätten insbesondere die Punkte Einheitspreise, Regiearbeiten, Nachtragspositionen sowie Lieferungen und Abfahren betroffen. Der Gemeinderat sei im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens geblieben, wenn er aufgrund dieser

Zusicherungen, des günstigsten Angebots und des guten Rufs der Mitbeteiligten 1, dieser den Zuschlag erteilt habe. Die Mitbeteiligte 1 macht geltend, ihrem Angebot lägen keine unzulässigen Umlagerungen oder Verschiebungen oder sonstige Spekulationen zugrunde. Ihr Angebot enthalte keine Positionen, bei denen Einheitspreise in Pauschalpositionen verschoben worden wären. Es seien auch keine ungewöhnlich hohen Pauschalpositionen offeriert worden. Die Mitbeteiligte 1 sei – wie alle der fünf erstplatzierten Anbieter – dem Auftraggeber preislich weit entgegengekommen, indem sie einzelne Positionen im korrekt erstellten Devis knapp kalkuliert und bei den Regiearbeiten einen sehr grossen Rabatt gewährt habe. Es lägen keine Umlagerungen vor, sondern auf unternehmerischen Entscheiden basierende aggressive Preise. Eine Manipulation sei ausgeschlossen. Auch bei unerwarteten Mehr- oder Mindermengen profitiere der Auftraggeber. Die Mitbeteiligte 1 habe bei keiner Position Preise offeriert, die als übermässig qualifiziert werden könnten.

### **E. 3.1**

Ein Ausschluss vom Verfahren ist gerechtfertigt, wenn ein Angebot wesentliche Mängel aufweist (VGr, 30. August 2006, VB.2006.00131, E. 5.2 mit Hinweisen; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., Zürich etc. 2007, Rz. 276 ). Als solche gelten etwa die Unvollständigkeit des Angebots und die Abänderung der Ausschreibungsunterlagen bzw. des Leistungsverzeichnisses (§ 28 lit. h SubmV; vgl. dazu Daniela Lutz, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich etc. 2008, S. 215 ff., N. 26 mit Hinweisen) oder – bei einem ungewöhnlich niedrigen Angebot – der fehlende Nachweis, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden können (§ 28 lit. j SubmV).

### **E. 3.2**

Grundlage der Offerten war das von der Beschwerdegegnerin mit den Ausschreibungsunterlagen abgegebene Leistungsverzeichnis. Aufgrund desselben hatten die Anbietenden Einheitspreise zu offerieren, das heisst 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, multipliziert mit dem für die Einheiten offerierten Preis (Art. 39 Abs. 1 der SIA-Norm 118; VGr, 3. Dezember 2003, VB.2003.00256, E. 3.1 mit Hinweisen = BEZ 2004 Nr. 16).

### **E. 3.3**

Beim Prinzip der Preisvereinbarung nach Einheitspreisen wird davon ausgegangen, dass sich Mengenänderungen in entsprechenden Preisänderungen niederschlagen. Die Beweislast für Umlagerungen liegt bei der Vergabestelle ( Anmerkungen von Stefan Scherler zum Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 29. Juli 2011, BR 2011, S. 251) . Bestehen diesbezüglich Anhaltspunkte, hat sie entsprechende Abklärungen vorzunehmen, um den Nachweis zu erbringen, dass der fragliche Anbieter Preisbildungsregeln verletzt hat. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Beschwerdeschrift, S. 8), muss die Vergabebehörde daher nicht nachweisen, dass Spekulationen auszuschliessen sind. Vielmehr müsste sie positiv eine – wesentliche (vgl. E. 3.1) – Verletzung von Preisbildungsregeln begründen. Im Zweifelsfall darf ein Angebot nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden.

### **E. 3.4**

Die Rechtsprechung hat sich bisher – im Rahmen von angefochtenen Verfahrensausschlüssen – in erster Linie zu Preisumlagerungen von Einheitspreispositionen in Festpreispositionen geäußert. Demnach widerspricht ein Angebot, bei dem bestimmte Einheitspreise bewusst tief gehalten und die auf diese Positionen entfallenden Materialkosten in eine Festpreisposition übertragen werden, dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen. Denn bei einer solchen Offerte profitiert der Auftraggeber bei allfälligen Mengenreduktionen nicht von der Kostenersparnis. Zudem verunmöglicht eine solche Verschiebung einerseits die korrekte Analyse der offerierten Preise und andererseits wird der direkte Vergleich mit anderen Angeboten erschwert. Schliesslich kann eine solche Umlagerung im Ergebnis zu einer ungerechtfertigten Kreditgewährung führen (VGr, 10. März 2010, VB.2009.00480, E. 3.4, 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.4.1 mit Hinweisen; vgl. auch Andreas Bass, Verschieben von Einheitspreisen in eine Pauschalpreisposition, in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 23 f. mit Hinweisen). Das Bundesgericht führte im Rahmen der Prüfung einer subsidiären Verfassungsbeschwerde aus, es halte vor dem Willkürverbot stand, wenn die Vergabebehörde einen Ausschluss damit begründe, es sei ihr angesichts eklatanter Unterschiede in den drei Hauptpositionen – einem hohen Baustelleninstallations-Globalpreis standen unrealistisch tiefe Einheitspreis-Ansätze in den zwei anderen Hauptpositionen gegenüber – nicht möglich gewesen, sich einen aussagekräftigen und umfassenden Überblick über das Preis-Leistungs-Verhältnis des Angebots zu verschaffen und dieses habe nicht mit den übrigen Angeboten verglichen werden können, da es an der gebotenen Transparenz und Kostenwahrheit fehle. Auch der Ausschluss eines formell zwar vollständigen, jedoch erhebliche inhaltliche Mängel aufweisenden Angebots, in welchem beispielsweise einzelnen Positionen Leistungsparameter zugrunde gelegt würden, die offensichtlich nicht realistisch seien, erscheine jedenfalls nicht schlechterdings unhaltbar (BGr, 23. Februar 2011, 2D\_34/2010, E. 2.4).

### **E. 3.5**

Die Kalkulation der Angebotspreise ist Sache des anbietenden Unternehmens, und die Art und Weise, wie dieses seinen Aufwand in Einheitspreise umrechnet, steht ihm grundsätzlich frei (VGr, 15. Dezember 2010, VB.2010.00402, E. 2.2.2). Selbst Angebote, die unter Kalkulation eines Verlusts zustande kommen, stehen nicht zwingend im Widerspruch zur Zielsetzung einer wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe (VGr, 8. April 2009, VB.2008.00194, E. 7 mit Hinweisen; Robert Wolf, Preis und Wirtschaftlichkeit, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 12 f., mit Hinweisen). Die Anbieter sind daher nicht verpflichtet, die "wahren Kosten" zu offerieren. Es steht ihnen auch frei, welche Marge sie bei den einzelnen Positionen berechnen (Martin Beyeler/Hubert Stöckli, Rechtsprechung aus den Jahren 2010–2012, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich etc. 2012, S. 65 ff., Rz. 90). Das Vorliegen eines ungewöhnlich tiefen, allenfalls nicht kostendeckenden Preises vermag daher nicht von vornherein den Ausschluss eines Angebots zu rechtfertigen. Aus diesem Grund ist ein Angebot nur auszuschliessen, wenn Anlass besteht, an der Fähigkeit des Anbieters zur Auftrags Erfüllung zu den angebotenen Konditionen und damit an der Seriosität des Angebots zu zweifeln (BGr, 23. Februar 2011, 2D\_34/2010, E. 2.4 mit Hinweisen).

### **E. 3.6**

Der von der Mitbeteiligten 1 offerierte hohe Rabatt bei den Regiearbeiten (die Mitbeteiligte 1 setzte dafür Fr. 7'000.-, die Beschwerdeführerin Fr. 48'500.-, die Mitbeteiligte 2 Fr. 67'000.- ein) und der tiefe Preis bei anderen Kapiteln stellen nach dem Gesagten nicht per se einen Ausschlussgrund dar. Die Vergabebehörde liess sich von der Mitbeteiligten 1 zudem bestätigen, dass grundsätzlich "alle notwendigen Arbeiten, Materialien und Transportleistungen, welche zur umweltgerechten Ableitung des anfallenden Abwassers aus der Kanalisation innerhalb der Baustelle notwendig sind, in Regie abgerechnet" werden, und dass allfällige Nachtragspositionen zusammen mit den Regiearbeiten an den wöchentlichen Bausitzungen vorzulegen und von der Bauherrschaft zu bewilligen sein werden. Es besteht damit kein Anlass, an der Seriosität des Angebots der Mitbeteiligten 1 zu zweifeln, zumal dieses die übrigen Offerten, insbesondere auch jene der Beschwerdeführerin, preislich insgesamt nicht signifikant unterbietet. Ebenso wenig ist davon auszugehen, dass die Bauherrschaft einen Nachteil erleiden wird, indem Regiearbeiten als Nachtragsarbeiten im Akkord abgerechnet werden müssen.

### **E. 3.7**

Auch soweit Positionen zu beurteilen sind, von welchen die Beschwerdeführerin behauptet, das Angebot der Mitbeteiligten 1 enthalte infolge von Umlagerungen überhöhte Preise, ist vom Grundsatz der Kalkulationsfreiheit der Anbietenden auszugehen. Diese wird dadurch eingeschränkt, dass die Anbietenden denjenigen Preis anzugeben haben, den sie bei Ausführung der vorgegebenen Menge verlangen würden (VGr, 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.4.3). Anders kann die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet werden. Dass die Angebote der beiden Mitbeteiligten dieser Anforderung nicht genügen, ist nicht ersichtlich. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sind die Angebote der beiden Mitbeteiligten daher ohne Weiteres mit den übrigen Angeboten vergleichbar. Es ist klar ersichtlich, welche Positionen zu welchen Ansätzen offeriert worden sind. Es ist für die Vergleichbarkeit der Angebote nicht notwendig, dass die Vergabestelle die den einzelnen Einheitspreisen zugrunde liegende Kalkulation nachvollziehen kann. Es steht jedoch im Ermessen der Vergabebehörde, entsprechende Erkundigungen einzuholen; dies insbesondere dann, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich eine Offerte für den Auftraggeber nachteilig auswirken kann. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Mitbeteiligten würden darauf spekulieren, einzelne Positionen bei der Abrechnung verschieben, das heisst unter einer anderen, teureren Position verrechnen zu können, ist festzuhalten, dass dies einen Mangel des Leistungsverzeichnisses voraussetzen würde. Einen solchen hat die Beschwerdeführerin indessen nicht dargetan, und er ist auch nicht ersichtlich. Es wird sodann Sache der Beschwerdegegnerin sein, sicherzustellen, dass die Arbeiten vereinbarungsgemäss abgerechnet werden.

### **E. 3.8**

Bei der Annahme von Preisumlagerungen zwischen Einheitspreispositionen ist nach dem Gesagten Zurückhaltung geboten. Die Chancen/Risiko-Verteilung ist in solchen Fällen nicht mit jener vergleichbar, die bei Preisumlagerungen in Fixpreispositionen besteht. Bei Preisvereinbarungen nach Einheitspreisen besteht in einem gewissen Mass naturgemäss immer ein gewisses Mehrkostenrisiko, unabhängig vom Grund für die unterschiedlichen Preisofferten. Ein Eingriff in die Kalkulationsfreiheit der Anbieter in der Form eines Verfahrensausschlusses lässt sich daher höchstens in Ausnahmefällen rechtfertigen (vgl. auch Anmerkungen von Stefan Scherler zum Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons

Aargau vom 29. Juli 2011, BR 2011, S. 251). Solche können etwa darin erblickt werden, dass die Verschiebung von Kostenteilen offensichtlich einzig dem Zweck dient, allfällige Fehler des Leistungsverzeichnisses zulasten des Auftraggebers auszunützen (VGr, 15. Dezember 2010, VB.2010.00402, E. 2.2.2). Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ist ein Anbieter allenfalls gehalten, einen von ihm entdeckten Fehler im Leistungsverzeichnis der Vergabebehörde mitzuteilen. Vorliegend macht die Beschwerdeführerin keine Fehler im Leistungsverzeichnis geltend, und solche sind auch nicht ersichtlich. Die Mitbeteiligten haben auch keine Änderungen der Ausschreibungsunterlagen oder des Leistungsverzeichnisses vorgenommen. Es ist zudem nicht ersichtlich, dass ein erhebliches Risiko für den Eintritt von nicht unerheblichen, für den Auftraggeber negativen Auswirkungen besteht (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 29. Juli 2011, E. 2b, auszugsweise wiedergegeben in BR 2011, S. 250 f.). Angesichts des der Beschwerdegegnerin zustehenden Ermessensspielraums und der ihr zukommenden Verantwortung für die Bauausführung ist es Sache der Beschwerdegegnerin einzuschätzen, ob sie bereit ist, ein allfälliges Kostenrisiko in Kauf zu nehmen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 29. Juli 2011, E. 4c, auszugsweise wiedergegeben in BR 2011, S. 250 f.). Da keine Fehler im Leistungsverzeichnis ersichtlich sind, stand es im Ermessen der Beschwerdegegnerin, sich auf die Einholung der erwähnten Bestätigung (E. 3.6) zu beschränken. Da keine konkreten Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die Angebote der Mitbeteiligten für die Auftraggeberin nachteilig auswirken würden, bestand keine Veranlassung, die Mitbeteiligten vom Verfahren auszuschliessen. Die Beschwerdegegnerin erblickte in den Angeboten der beiden Mitbeteiligten mithin zu Recht keinen wesentlichen Mangel. Es ist daher jedenfalls nicht rechtsverletzend, dass sie die beiden Angebote nicht vom Verfahren ausschloss.

### **E. 3.9**

Aus den dargelegten Überlegungen zur Kalkulationsfreiheit der Anbietenden (vgl. E. 3.5 und 3.7) folgt schliesslich, dass – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – die Preisgestaltung insgesamt dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen unterliegt. Die von der Beschwerdeführerin wiederholt geforderte Offenlegung der Angebote der Mitbeteiligten, soweit sie Einheitspreise von Fr. 1.-, Fr. 0.10 oder gar Fr. 0.00 enthielten, käme daher einer Verletzung von Geschäftsgeheimnissen gleich. Diese wäre mit Art. 11 lit. g IVöB und § 18 SubmV nicht vereinbar, zumal die Beschwerdeführerin aus den allfälligen Informationen nach dem Gesagten nichts zu ihren Gunsten ableiten könnte. Im Übrigen enthält auch das Angebot der Beschwerdeführerin Einheitspreise von Fr. 1.- und weniger. Einheitspreise von Fr. 0.- wurden von beiden Mitbeteiligten nicht eingesetzt.

### **E. 4**

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, über das Akteneinsichtsgesuch der Mitbeteiligten 1 vom 23. Juli 2012 zu befinden.

### **E. 5**

Entsprechend dem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu berücksichtigen ist,

dass diese mit der Beschwerdeantwort weitgehend nur die ihr obliegende Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat. Als angemessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-.

#### **E. 6**

Da der geschätzte Wert der zu vergebenden Tiefbauarbeiten den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG zulässig (Art. 83 lit. f BGG).

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