

## **Öffentliches Beschaffungsrecht** **Marchés publics**

KGVS A1 06 140 / KGVS A1 06 141

*KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) vom 20. Oktober 2006 i.S. A. c. Gemeinde S.*

### **Einladungsverfahren**

- Einladungsverfahren, Bestimmung des Auftragswertes.
- Nachträgliches Weglassen von Teilen des ausgeschriebenen Auftrags.

### **Procédure sur invitation**

- Détermination de la valeur du marché dans une telle procédure.
- Abandon ultérieur de fractions du marché.

### **Gekürzter Sachverhalt**

Die Gemeinde S. beabsichtigt eine Alpstrasse zu sanieren. Aufgrund einer Kostenschätzungsvariante «Optimal», ohne die Kosten für Projekt und Bauleitung sowie Unvorhergesehenes, errechnete sie einen Auftragswert von Fr. 480'790.– und beschloss demzufolge die Vergabe im Einladungsverfahren. Aufgrund der eingereichten Angebote, das billigste belief sich auf Fr. 639 183.05, erwies sich die Schätzung «Optimal» als zu optimistisch. Trotzdem vergab sie den Auftrag im Einladungsverfahren zum Preis von Fr. 639'183.05. Die nicht eingeladene Unternehmung A. focht diesen Entscheid nach der Publikation im Amtsblatt beim Kantonsgericht an und beantragte die Annullierung des Verfahrens und die Anordnung an die Gemeinde, den Auftrag im offenen Verfahren auszuschreiben. Die Gemeinde brachte im Beschwerdeverfahren vor, sie habe in Zusammenarbeit mit den Subventionsbehörden im Juli 2006, nach Eingang der Offerten, eine Redimensionierung des Projektes vorgenommen, so dass der Auftrag schliesslich nur mehr Fr. 422'175.45 betragen habe. Das Kantonsgericht hiess die Beschwerde jedoch gut und hob den Entscheid auf.

### **Erwägungen**

(...)

2. Nach dem Anhang zum GIVöB dürfen Aufträge im Bauhauptgewerbe mit einem Umfang zwischen 50'000 und 500'000 Franken im Ein-

ladungsverfahren vergeben werden, wobei der Auftraggeber immer ein Verfahren höherer Stufe wählen kann (Art. 8 Abs. 1 GIVöB). Die Behörde muss deshalb, um das richtige Verfahren zu wählen, vorgängig den Auftragswert schätzen.

2.1 Die Beschreibung und die Schätzung des Auftragswertes ist für die Wahl des Verfahrens wichtig. Die Schätzung ist nach sachlichen Kriterien und meist aufgrund bisher gemachter Erfahrungswerte vorzunehmen, wobei die Vergabebehörde nicht zu knapp kalkulieren, sondern den Auftragswert in der oberen Bandbreite der Schätzung festlegen sollte (Urteil [des Kantonsgerichts] vom 11. Januar 2001 i.S. B.-B.AG c/ Gemeinde Z.; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2003, N 155 ff.; D. Kuonen, a.a.O., S. 80; Jean-Baptiste Zufferey, a.a.O., S. 81 ff.). Nach Angaben der Gemeinde hat sie dies getan und gelangte aufgrund ihrer Schätzung zum Ergebnis, der Auftrag könne im Einladungsverfahren vergeben werden. Sie kam in der «Kostenschätzungsvariante 'Optimal' ohne Projekt und Bauleitung und mit der Position «Unvorhergesehenes» auf Fr. 480'790.–, so nahe an den Schwellenwert, über dem ein Einladungsverfahren nicht mehr zulässig ist, dass sich bereits in diesem Stadium, aufgrund der vorherigen Ausführungen, Zweifel an der Berechtigung des Einladungsverfahrens hätten ergeben müssen und sie sich zu Gunsten des höherstufigen Verfahrens hätte entscheiden sollen.

2.2 Aufgrund der eingereichten Offerten erwies sich die Schätzung denn auch als zu optimistisch und zu tief. Das billigste Angebot belief sich auf Fr. 639'183.05, das höchste auf Fr. 721'628.– und der Durchschnitt der sieben Angebote auf Fr. 692'689.–. Damit stellte sich das gewählte Einladungsverfahren als offensichtlich falsch heraus und der Zuschlag erfolgte in Verletzung einer elementaren, gesetzlichen Regel. Die Wahl des richtigen Verfahrens ist ein grundlegendes Anliegen des Submissionsrechts, das den Marktzugang, Transparenz, Gleichbehandlung und eine wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Gelder sicher stellen will ( Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, a.a.O., N. 385). Eine solche Fehlschätzung stellt zudem einen Abbruchgrund gemäss Art. 35 VöB dar. Die Gemeinde hätte das Verfahren somit abbrechen und offen neu ausschreiben müssen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, a.a.O., N. 385; D. Kuonen, a.a.O., S. 86 f., mit Hinw.). Die Beschwerden erweisen sich somit als begründet und sind gutzuheissen.

3. Die Gemeinde bringt allerdings vor, der Auftrag, wie er schliesslich von ihr vergeben worden sei, belaufe sich nur auf Fr. 422'175.45. Sie habe den Auftragsgegenstand nach der Besprechung mit dem Bundesexperten am 04. Juli 2006 reduziert und der Kanton Wallis habe das reduzierte Projekt am 03. August 2006 zusammen mit dem Vergabeantrag an die Zuschlagsempfängerin genehmigt. Durch diese Reduktion habe sich, gleichsam im Nachhinein, das Einladungsverfahren als richtig erwiesen. Diese Rechtfertigung hält offensichtlich nicht stand.

3.1 In den Akten ist einmal kein kommunaler Entscheid vorhanden, der eine Vergabe über diesen reduzierten Betrag dokumentiert. Vielmehr genehmigt der Vorsteher DVR am 03. August 2006 einen kommunalen Zuschlag von Fr. 639'183.05 und der Anteil des Staates wird ausdrücklich mit Fr. 153'403.95 (24%) angegeben. Es trifft zwar zu, dass im Genehmigungsentscheid des DVR vom 03. August 2006 die Rede von einer Redimensionierung ist. Danach soll auf bestimmten Teilen auf den Einbau einer «HMT-Verschleisschicht» verzichtet werden (S. 3 Ziff. 1.1.2 in fine). Der Subventionsentscheid, der im Genehmigungsentscheid für das Projekt enthalten ist (S. 8 Ziff. 3), geht denn auch von Fr. 510'000.– und einem kantonalen Pauschalbeitrag von Fr. 122'400.– (24 %) aus. Für das Vergabeverfahren entscheidend ist aber die departementale Genehmigung des kommunalen Vergabeentscheides. Das Gericht hat sich diesbezüglich an die Akten zu halten, die einen Vergabebetrag ausweisen, der markant über dem zulässigen Schwellenwert liegt.

3.2 Aber selbst wenn der Auftrag tatsächlich reduziert worden wäre, hätte die Gemeinde angesichts der Reduktion des Auftragsvolumens um rund einen Drittel ein neues Verfahren einleiten müssen. Sofern die Voraussetzungen dann erfüllt gewesen wären, hätte sie allenfalls das Einladungsverfahren wählen können. Das Vorgehen der Gemeinde ist vorliegend nicht nachvollziehbar. Sie hat nach der Reduktion des Projektes gleichsam freihändig vergeben, da sie scheinbar das Angebot der Zuschlagsempfängerin entsprechend der Reduktion des Auftrags verringert hat, ohne diese Reduktion in Bezug auf die übrigen Angebote zu analysieren. Eine Änderung in so erheblichem Umfang hat aber erfahrungsgemäss Auswirkungen auf die gesamte Kalkulation eines Angebotes, weshalb ein Zuschlag auf der Basis der alten Angebote unzulässig erscheint. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, wie die Gemeinde bei der Vergabe vorgegangen ist, womit sie elementar gegen das Gebot der Transparenz verstossen hat.

4. Es kann somit zusammengefasst werden, dass entgegen den Ausführungen der Gemeinde in der Beschwerdeantwort gemäss Akten und insbesondere ausdrücklichem Staatsratsentscheid die Vergabe über Fr. 639 183.05 erfolgte, was aber den Anwendungsbereich des Einladungsverfahrens offensichtlich übersteigt. Zudem hätte das Verfahren wegen erheblichen Änderung in jedem Fall wiederholt werden müssen. Der angefochtene Entscheid der Gemeinde und des Staatsrates ist deshalb aufzuheben und die Gemeinde hat das Verfahren neu durchzuführen.