

**Öffentliches Beschaffungswesen. Hochwasserschutzprojekt Urner Talboden. Verbauung des rechtsufrigen Reussdammes bei der Schächenmündung. Blocklieferung. "R-Position" im Leistungsverzeichnis. Gemäss Amtsvariante sind die Baumeisterarbeiten auf 1.5 Jahre (zwei Winter) eingeplant. Sollten die Arbeiten in nur einem Jahr (1 Winter) ausgeführt werden können, sind die Steine in der verkürzten Zeit zu liefern. Allfällige Mehrkosten respektive Minderkosten durch die eventuell grösseren Liefermengen pro Tag sind in dieser Position auszuweisen. Die Beschwerdeführerin bezifferte die Minderkosten mit Fr. 100'000.--. Die Vorinstanz liess bei der Bewertung der Offerte diesen Abzug jedoch unberücksichtigt, weil die Baumeisterarbeiten nach Massgabe der Amtsvariante vergeben worden seien. Zum Wesen der "R-Position". In concreto hätten gemäss dem klaren Wortlaut der Position R515.191 die damit – auf die Baumeisterarbeiten bezogenen – verbundenen Mehr- oder Minderkosten nur im Fall einer Unternehmervariante mit kürzerer Bauzeit berücksichtigt werden können. Die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung, wonach die Minderkosten in jedem Fall einzurechnen gewesen wären, steht, wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, dazu eindeutig im Widerspruch. Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.**

Obergericht, 29. Mai 2015, OG V 14 84

#### **Aus den Erwägungen:**

2. In der Kritik der Beschwerdeführerin steht die Handhabung der Vorinstanz der unter dem Titel "Optionale Mehrleistung" im Leistungsverzeichnis (Teil D der Ausschreibungsunterlagen) enthaltenen Position R515.191 (S. 6). Danach sind die Baumeisterarbeiten gemäss Amtsvariante auf 1.5 Jahre (zwei Winter) eingeplant. Sollten die Arbeiten nur in einem Jahr (einem Winter) ausgeführt werden können, sind die Steine in der verkürzten Zeit zu liefern. Allfällige Mehrkosten respektive Minderkosten durch die eventuell grösseren Liefermengen pro Tag sind in dieser Position auszuweisen. Spätere Forderungen werden nicht berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin bezifferte die Minderkosten mit Fr. 100'000.--. Die Vorinstanz liess diesen Abzug jedoch unberücksichtigt, weil die Baumeisterarbeiten nach Massgabe der Amtsvariante vergeben worden seien. Die Position R515.191 hätte nur berücksichtigt werden können, wenn der zuschlagsberechtigte Baumeister eine Unternehmervariante mit verkürzter Bauzeit eingereicht hätte.

a) Das hier in Diskussion stehende Vergabeverfahren steht im Zusammenhang mit dem Hochwasserschutzprojekt Urner Talboden. Konkret geht es um den rechtsufrigen Reussdamm bei der Schächenmündung. Für die Uferverbauungen werden Blocksteine unterschiedlichen Gewichts (bis 0.5 t / 0.5 - 1 t / 1 - 1.5 t / 2 - 2.5 t) und unterschiedlicher Abmessung benötigt. Die Gesamtliefermenge beläuft sich auf 30'000 t (Besondere Bestimmungen [Teil C], S. 3 Ziff. 133 und S. 5 Ziff. 422; Leistungsverzeichnis, S. 6 Ziff. 515.111-116). Aus den Submissionsanweisungen (Teil 0) kann entnommen werden, dass die ausgeschriebene Amtsvariante zu offerieren ist. Eine Unternehmervariante ist nicht zulässig (S. 6).

b) Was die Baumeisterarbeiten aber anbelangt, so konnte nebst der Amts- auch eine Unternehmervariante eingereicht werden. Die Amtsvariante sieht vor, dass das Bauprogramm in zwei Etappen (Abschnitt Nord und Süd) gegliedert ist, die Bauarbeiten rund eineinhalb Jahre dauern und hierbei die Arbeiten im Wasser über zwei Winter hinweg ausgeführt werden sollen (Besondere Bestimmungen, S. 7 Ziff. 612-615). Dagegen verkürzt sich die Bauzeit bei der Unternehmervariante (Leistungsverzeichnis, S. 6 f. Ziff. R515.191). Schlussendlich wurde eine Offerte für die Amtsvariante berücksichtigt.

c) Der Beschaffungsgegenstand liegt in der Blocksteinlieferung. Wie diese auszusehen hat, ergibt sich abschliessend aus den Positionen 515.111-116. Die Position R515.191 betrifft lediglich den zeitlichen Aspekt der Lieferung und die allenfalls damit verbundenen Mehr- oder Minderkosten. Dass solche Kosten nur im Fall einer – auf die Baumeisterarbeiten bezogenen – Unternehmervariante mit kürzerer Bauzeit hätten berücksichtigt werden können, ergibt sich aus dem Wortlaut der Position R515.191. Dieser Wortlaut erscheint klar. Die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung, wonach die Minderkosten in jedem Fall einzurechnen gewesen wären, steht, wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, dazu eindeutig im Widerspruch.

d) Die Beschwerdeführerin versteht die Position R515.191 weiter als sogenannte "R-Position". Diese Position ist Teil des Normpositionenkataloges (NPK). Sie ermöglicht es dem Bauherrn, Positionen mit individuellem, vom Normtext abweichendem Leistungsbeschrieb zu verfassen oder eine im standardisierten Text nicht vorhandene Position neu und mit eigenem Text zu erstellen. Solche Positionen sollen nur in den dafür vorgesehenen Reservefenstern des NPK erstellt werden und sind zusätzlich mit dem Buchstaben "R" vor der Positionsnummer zu bezeichnen (Spiess/Huser, Norm SIA 118, Handkommentar, Bern 2014, N. 24 zu Art. 8). Davon zu unterscheiden ist die Eventualposition (vergleiche Art. 8 Abs. 4 und Art. 102 SIA-Norm 118) und die "Per-Position" (Spiess/Huser, a.a.O., N. 18 und 20 f. zu Art. 8; zum Ganzen Anton Egli, in Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 1-37 [Ausgabe 1977/1991], Zürich 2009, N. 5 zu Art. 8). Der Beschwerdeführerin ist insoweit beizupflichten, dass "R-Positionen" beim Angebotspreis miteinzubeziehen sind (Anton Egli, a.a.O., S. 84 mit Hinweisen). Zudem unterliegen auch sie dem Abänderungsverbot. Danach ist die nachträgliche Projektänderung in wesentlichen Punkten unzulässig (Christoph Jäger, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Muri-Bern 2013, S. 842; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 826). Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die angefochtene Ausschreibung fehlerhaft war, erweist sich diese nicht als rechtswidrig. Insbesondere der Verweis der Beschwerdeführerin auf den Vertrauensgrundsatz geht fehl. Art. 5 Abs. 3 BV verpflichtet den Staat und Private, nach Treu und Glauben zu handeln (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 12.10.2012, OG Z 12 10, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 2012 und 2013, Nr. 6 S. 73 f.). Das Rechtsmissbrauchsverbot als Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben, welcher auch im öffentlichen Recht gilt, untersagt die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstitutes zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (BGE 110 Ib 336 f. E. 3a; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 22 N. 26; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 716; Thomas Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005, S. 175). Zum einen übergang die Beschwerdeführerin den unmissverständlichen Wortlaut des Leistungsverzeichnisses (E. 2c). Zum anderen sah sie von Rückfragen an die Vorinstanz ab (siehe Ausschreibung im Amtsblatt des Kantons Uri vom 15.08.2014, S. 1021 Ziff. 1.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 387; vergleiche Robert Wolf, in Häner/Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, S. 163). Bei diesem Verhalten ist es nicht mehr gerechtfertigt, unter Anrufung des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebotes (Art. 1 Abs. 3 lit. c und Art. 11 lit. a Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB, RB 3.3111]; Art. 1 Abs. 2 lit. d und Art. 14 lit. a SubV) auf den gerügten Formfehler zu beharren. Vielmehr ist das Verhalten der Beschwerdeführerin als treuwidrig zu bezeichnen. Demnach ist der Rechtsschutz ihr zu verweigern.

3. Zum Antrag auf Akteneinsicht und Edition des Vertrages mit der Beigeladenen (Zuschlagsempfängerin):

Das Recht auf Akteneinsicht und auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 VRPV) besteht erst im Schlichtungs- beziehungsweise im

Beschwerdeverfahren (Art. 62 SubV). Der Gehörsanspruch kann eingeschränkt werden. Grund dafür sind die Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten (siehe Art. 11 lit. g IVöB; BGE 139 II 496 E. 3.3; Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 05.05.1999, OG V 99 24, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1998 und 1999, Nr. 28 S. 72 E. 4b; vergleiche Christoph Jäger, a.a.O., S. 833; siehe zum Ganzen auch ZBI 2003 S. 22 ff.). Die Konkurrenzofferten an sich sind nicht Thema der Beschwerde. Es geht einzig um die strittige Position Nr. R515.191 im Leistungsverzeichnis. Vor diesem Hintergrund braucht die Beschwerdeführerin keine vollständige Einsicht in die Akten zu bekommen. Ebenfalls als unnötig erweist sich die Edition des Vertrages mit der Beigeladenen.

Nach dem Gesagten ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen.