

## Faktenblatt

### Verlässlichkeit des Preises nach Art. 29 Abs. 1 BÖB

#### Betroffene Phase im Beschaffungsablauf:

*Dieses Faktenblatt betrifft nur Beschaffungen gestützt auf die IVöB. Phase: Ausschreibung, Festlegung und Zulässigkeit von Zuschlagskriterien im kantonalen oder kommunalen Verfahren.*

Für die Vergabestellen, welche nach Bundesrecht (BöB) beschaffen, ergibt sich aus dem gesetzlichen Katalog der Zuschlagskriterien (Art. 29 Abs. 1 BöB) insofern eine Neuerung, als neben der Bewertung des Angebotspreises auch dessen **Verlässlichkeit** beurteilt werden kann. Neben dem nominalen Preis soll die «Verlässlichkeit des Preises» als relativierende Grösse in die Berechnung der Note hinzugezogen werden. Ziel: Verhinderung von Dumping-Preisen mit späteren Nachforderungen bzw. Folgekosten zulasten der Vergabestelle.

Im Unterschied dazu hat das InöB an der Sonderplenarversammlung vom 15. November 2019 in Bern die revidierte IVöB **bewusst ohne das Zuschlagskriterium der «Verlässlichkeit des Preises»** einstimmig verabschiedet. Dieses Kriterium steht in **kantonalen und kommunalen Verfahren daher nicht zur Verfügung**. Das vorliegende Faktenblatt zeigt die Gründe und Alternativen auf.

#### Worum geht es?

In der Beschaffungspraxis kommt es immer wieder vor, dass ein **preislich sehr tiefes Angebot** den Zuschlag erhält und erhalten muss, weil es aufgrund des Preisgewichts gemäss Ausschreibung unter allen Angeboten am besten abschneidet. Häufig sind die Vergabestellen danach im Zuge der Auftragserfüllung mit hohen und unerwarteten **Folgekosten** bzw. Nachforderungen dieses Anbieters konfrontiert.

Auf **Bundesebene** wollte das Parlament diesen Praxiserfahrungen im Rahmen der Gesetzesrevision Rechnung tragen und hat deshalb dem Zuschlagskriterium des Preises auch jenes der Verlässlichkeit des Preises zur Seite gestellt. Dieses soll es den Vergabestellen des Bundes ermöglichen, «unrealistische» Preisangebote kritisch hinterfragen und die Bewertung des Angebots unter diesem Gesichtspunkt **korrigieren** zu können.

Auf der **kantonalen Ebene** war das InöB demgegenüber einstimmig der Auffassung, dieses vom Bundesparlament geschaffene, neue Zuschlagskriterium sei nicht nötig, bringe sowohl rechtliche wie auch praktische Umsetzungsschwierigkeiten mit sich und sei mit der neuen Vergabekultur sowie dem Ziel, das Beschaffungswesen möglichst zu vereinfachen, nicht zu vereinbaren. Es ist deshalb auch ausgeschlossen, dieses Kriterium im Rahmen der kantonalen Beitrittsgesetzgebung einzuführen (vgl. Art. 63 Abs. 4 IVöB).

#### Gründe gegen die Preisverlässlichkeit als Zuschlagskriterium

- Nicht plausible, preisrelevante Angaben im Angebot wie z.B. eine ungewöhnlich tiefe oder eine Nullposition im Leistungsverzeichnis können zu einem **Ausschluss** führen, wenn der Anbieter keine Erklärung dafür vorbringen kann und eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen angenommen werden muss (Art. 38 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 lit. c BöB/IVöB).
- Die Vergabestellen müssen mit dem/der neuen BöB/IVöB im Sinne einer Prüfungspflicht in jedem Vergabeverfahren die Einhaltung der Teilnahmebedingungen durch die Anbieter sicherstellen und **unlautere Angebote** (z.B. infolge Nichteinhaltens von GAV-Bestimmungen) konsequent vom Vergabeverfahren ausschliessen (Art. 12 und 26). Das gilt auch für **Unterangebote**, d.h. Preisangebote unter den Gestehekosten, falls solche durch Nichteinhalten zwingender Vorschriften «erkauft» werden (Ausschluss).
- Mit Anwendung des – auch gestützt auf die IVöB zur Verfügung stehenden – Zuschlagskriteriums **«Plausibilität des Angebots»** (siehe unten) führen unplausible Angaben zu einer **schlechteren Bewertung in der Benotung**. Das kann auch Preisangaben oder preisbezogene Angebotsteile betreffen, sodass ein weiteres ähnliches Kriterium nicht nötig ist und eine Klärung des Verhältnisses dieser Kriterien untereinander unterbleiben kann. Die Abgrenzung in einer konkreten Bewertung im Verfahren wäre für die Vergabestelle schwierig und würde Fehlerliken bergen.

- Die Anbieter haben grundsätzlich Kalkulationsfreiheit. Ein tiefes Angebot darf nach der heutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung allein aufgrund seines Preises nicht schlechter bewertet werden als höhere Angebote, z.B. mit der Begründung, ein Angebotspreis sei zu tief, unplausibel oder unseriös. Es besteht deshalb grosse Unsicherheit, wie diese Preisplausibilitätsprüfung durch die Vergabestelle im Vergabeverfahren überhaupt bewerkstelligt werden könnte. Auch stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wie eine Vergabestelle zudem die Plausibilität der (internen) Preiskalkulation des Anbieters während des Verfahrens überprüfen könnte. Die **praktischen Schwierigkeiten** und der **Aufwand** für die Vergabestellen sprechen klar gegen dieses Kriterium.
- Es ist nach der (heutigen) Lehre und Rechtsprechung unzulässig, die Preise anhand einer Glockenkurve zu bewerten, welche bei einem bestimmten Mittel- oder Idealpreis die höchste Punktezahl erreicht, bei höheren oder tieferen Preisen hingegen zu Punkteabzügen führt. Die Seriosität und Qualität eines Angebots müssen **im Rahmen der qualitativen Zuschlagskriterien** (und nicht beim Preis) zum Ausdruck gebracht werden. Das wird auch unter dem neuen Recht voraussichtlich weiterhin gültig sein, sodass sich Vergabestellen unter dem Kriterium der Preisverlässlichkeit **Beschwerderisiken** aussetzen würden, ohne dass dies nötig ist.
- Auch die Vergabestellen des Bundes haben **noch keine definitive Lösung**, um dieses neue Zuschlagskriterium rechtmässig und praktisch umzusetzen. Bewertungsmodelle sollen in ausgewählten **Pilotprojekten des Bundes** evaluiert werden, damit konkrete Vorschläge zum Umgang mit dem Kriterium für die Praxis gemacht werden können.
- Vor der Revision des Submissionsrechts Mitte der 1990er-Jahre konnten sogenannte «Unterangebote» – mittels einer von der Verwaltung entwickelten Mittelwertmethode – vom Verfahren ausgeschlossen werden. Diese Praxis wurde aber aufgegeben, weil sie zu stark in die **Wirtschaftsfreiheit der Anbieter** eingriff und zudem aufgrund der Anwendungsschwierigkeiten zu **zahlreichen Beschwerdefällen** geführt hatte. Diese Erfahrungen sollten nun nicht erneut gesammelt werden.
- Den Vergabestellen dürfte es im Rahmen von Debriefing-Gesprächen nach dem Zuschlag schwierig fallen, einem unterlegenen Anbieter mit dem tiefsten Preisangebot, aber vergleichbarer Qualität zu erklären, weshalb er aufgrund mangelnder «Verlässlichkeit» Punkteabzüge und ein Anbieter mit höherem Preis «grösserer Verlässlichkeit» den Zuschlag erhalten hat (**fehlende Nachvollziehbarkeit**).
- Die Anbieter könnten durch die separate Prüfung der Preisplausibilität gezwungen sein, nicht mehr hart zu kalkulieren, da sie sonst Punkteabzüge riskieren. Eine solche Vergabepaxis würde zu **Effizienzverlusten** führen und sich als **innovationshemmend** erweisen. Dies steht im Widerspruch zur **neuen Vergabekultur**, welche mehr Nachhaltigkeit, Qualitätswettbewerb und Innovation im Beschaffungswesen anstrebt.
- Schliesslich ist zu unterstreichen, dass die schweizerischen Behörden (Steuerbehörden, Wettbewerbsbehörden etc.) sowie die GAV-Vollzugsorgane die schweizerischen Unternehmen relativ eng überwachen. Da die bei der öffentlichen Hand obsiegenden Anbieter fast immer schweizerische Unternehmen sind, würden mit dem Zuschlagskriterium «Verlässlichkeit des Preises» letztlich **vor allem schweizerische Unternehmen getroffen** (u.a. mit Administrativaufwand). Unter Umständen würden diese dadurch abgeschreckt, überhaupt an öffentlichen Beschaffungsverfahren teilzunehmen, was die Auswahl und den Wettbewerb einschränkt – zulasten der öffentlichen Auftraggeber.

#### Rechtliche Zulässigkeit und Relevanz

Sofern das Zuschlagskriterium «Verlässlichkeit des Preises» darauf abzielt, die hiesigen Anbieter gegenüber ausländischer Konkurrenz zu schützen, besteht im **Staatsvertragsbereich** dafür kein Raum. Ein solches Zuschlagskriterium würde insbesondere gegen die Grundsätze der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung verstossen.<sup>1</sup>

Das Kriterium wäre daher **nur im Binnenmarkt und bei Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte relevant**, z.B. in Einladungsverfahren von Gemeinden. Gerade dort sollten die Verfahren aber nicht mit einem unverhältnismässigen Aufwand der Behörden und An-

<sup>1</sup> TRÜEB/ZOBL, Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus bei öffentlichen Beschaffungen, Rechtsgutachten zuhanden der BPUK vom 11. März 2020, Rz 58 ff.

bieter und Rechtsunsicherheiten belastet werden, sondern möglichst einfach handhabbar sein.

#### Kein Spielraum für kantonales Ausführungsrecht

Art. 63 Abs. 4 IVöB erlaubt den Kantonen, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, und zwar insbesondere zu den Art. 10, 12 und 26 IVöB. «Ausführungsbestimmungen» sind Normen organisatorischer, vollziehender oder konkretisierender Natur. Ausführungsbestimmungen dürfen keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Adressaten beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen. Es ist den Kantonen deshalb **nicht gestattet**, auf dem Weg des Ausführungsrechts weitere (generell-abstrakte) Zuschlagskriterien wie jenes der Verlässlichkeit des Preises aufzunehmen.<sup>2</sup>

#### Bessere Alternativen, z.B. ZK «Plausibilität des Angebots»

Die revidierten BöB/IVöB enthalten andere Möglichkeiten und Instrumente, um das Ziel der Preisverlässlichkeit auch zu erreichen, z.B. die folgenden:

- Nach dem neuen Beschaffungsrecht ist es ausdrücklich zulässig, die angebotene Leistung (nicht nur den Preis) im Rahmen des Zuschlagskriteriums «**Plausibilität des Angebots**» zu plausibilisieren und zu bewerten. Für die Praxis bedeutet dies beispielsweise, dass die **Schätzung des Stundenaufwandes** im Angebot entweder mit einer individuellen Qualitätsprognose oder durch eine Gegenüberstellung zu den Angeboten der Mitbewerber oder der internen Aufwandschätzung der Vergabestelle **überprüft und verifiziert** werden darf (vgl. dazu BGE 143 II 553, E. 7.5.2). Soll die Plausibilität des Angebotes bewertet werden, ist in den Ausschreibungsunterlagen neben der Gewichtung dieses Zuschlagkriteriums auch anzugeben, wie die Bewertung konkret erfolgen wird.
- Die Gesamtprojektkosten von der Planung bis zur Entsorgung können zudem mit dem Zuschlagskriterium «**Lebenszykluskosten**» bewertet werden.
- Bei Verdacht auf **Unterangebote** besteht neu eine Abklärungspflicht der Vergabestellen (Art. 38 Abs. 3 BöB/IVöB).
- Es liegt sodann im Ermessen der Vergabestelle, ob sie bei unplausibel scheinenden Angaben eine **Bereinigung** (Art. 39 BöB/IVöB) vornimmt oder direkt bewertet.

Ergibt sich aufgrund der getroffenen Abklärungen, dass ein besonders niedriges Angebot tatsächlich Mängel aufweist, Vorgaben verletzt werden oder davon ausgegangen werden muss, dass die verlangte Leistungserbringung zum angebotenen Preis nicht gewährleistet ist, wird der Anbieter deswegen (und nicht wegen des niedrigen bzw. «nicht verlässlichen» Preises) ausgeschlossen (vgl. BGE 143 II 553 E. 7.1).

Das Zuschlagskriterium der Verlässlichkeit des Preises bringt gegenüber diesen rechtlich zulässigen und praxistauglichen Möglichkeiten zur gesamthaften Angebotsplausibilisierung somit **keinen Mehrwert**, sondern führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten. Die Vergabestellen verfügen über Instrumente, um unplausible Angebote abzuklären und notfalls auszuschliessen.

<sup>2</sup> Gutachten TRÜEB/ZOBL, Rz. 3 f. und 92 ff.