



Kriterium

Information zur Submissionspraxis

Nr. 44, November 2018

Das Bundesgericht hat entschieden: Was es bei der Plausibilitätsprüfung des Angebots zu beachten gilt



Dr. iur. Beatrice Käser, Rechtsanwältin,
Schneider Rechtsanwälte AG, Zürich

I. Zusammenfassung des Bundesgerichtsentscheids (BGE 143 II 553)

Im konkreten Fall schrieb die Auftraggeberin/Vergabestelle (Stadt Zürich) im Rahmen eines offenen Submissionsverfahrens die Vergabe von Ingenieurleistungen für die Planung und Projektierung der Erneuerung eines Seewasserwerks aus. Das Honorar war auf der Grundlage einer Kostenschätzung der Auftraggeberin für die Phasen Vor- und Bauprojekt sowie Bewilligungsprojekt als Pauschale zu offerieren. Für die weiteren Phasen des Vorhabens mussten verschiedene verbindliche Faktoren offeriert werden. Zur Bewertung des Zuschlagskriteriums «Honorarofferte» (= Preis) führten die Submissionsbedingungen als Unterkriterien die Offertsumme, die Ansätze für Zusatzaufträge sowie die Plausibilität der Honorarofferte auf. Das Unterkriterium Plausibilität wurde mit dem Hinweis versehen, dass «Abzüge für nicht plausible Annahmen oder Berechnungen vorgenommen» würden.

Gemäss den allgemeinen Submissionsbedingungen galten im vorliegenden Fall folgende Zuschlagskriterien mit Unterkriterien und Subkriterien (inkl. Angabe der Gewichtung):

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Das Redaktionsteam freut sich, Ihnen Kriterium Nr. 44 im neuen, dem aktuellen Corporate Design des Kantons angepassten Layout präsentieren zu können. Auch in diesem moderneren «Kleid», unser Anspruch bleibt derselbe. Mit dem Kriterium wollen wir Sie verständlich und praxisnah über neuere Entwicklungen im öffentlichen Beschaffungswesen informieren. In diesem Sinne wünschen wir Ihnen viel Freude sowie hoffentlich neue und interessante Erkenntnisse bei der Lektüre der vorliegenden Ausgabe.

Der Hauptbeitrag von Dr. iur. Beatrice Käser befasst sich mit der Plausibilitätsprüfung des Angebots und liefert uns in diesem Zusammenhang wichtige Hinweise und Merkmale für die Praxis, indem sie ein neueres Urteil des Bundesgerichts zusammenfasst und würdigt. Sie gelangt zum Schluss, dass das Kriterium der Plausibilität nicht verwendet werden sollte, da bei der Plausibilitätsprüfung das Risiko bestehe, dass preislich niedrige Angebote bei der Bewertung bestraft würden, was unzulässig sei. **Erinnert wird schliesslich an das korrekte Vorgehen der Vergabestellen bei preislich tiefen Angeboten.**

Weiter enthält die Ausgabe – neben einer Zusammenfassung eines aktuellen Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich zum Thema «falsche Verfahrenswahl» und den sich daraus ergebenden Folgen – kurze Mitteilungen (Kastentexte) zur Publikationsplattform simap.ch, zum obligatorischen «Lehrlingskriterium» sowie zum Stand der laufenden Revision des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen.

Für das Redaktionsteam
Roland Fey

- Qualität des Angebots (30 %)
- Referenzen (20 %)
- Qualifikation des Anbieters (20 %)
- Honorarofferte (30 %)
 - Offertsumme (70 %)
 - Ansätze für Zusatzleistungen (10 %)
 - Plausibilität (20 %)
 - Nachvollziehbarkeit der Honorarberechnung
 - Plausibilisierung des Stundenaufwands
 - Kommentare, Bemerkungen (zur Kalkulation)

Die nicht berücksichtigte X AG erhob gegen den Zuschlag Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und rügte die Vorgehensweise der Vergabestelle, insbesondere in Bezug auf die Plausibilitätsprüfung.

Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde der X AG gut, da es zum Schluss kam, dass das Unterkriterium «Plausibilität» im Rahmen des Zuschlagskriteriums «Honorarofferte» unzulässig sei (Urteil VB.2016.00025 vom 27. September 2016). Die Anbieter seien bei der Berechnung und Einrechnung des Personalaufwands frei. Vor dem Hintergrund, dass Pauschalpreise zu offerieren gewesen seien, habe keine Verpflichtung bestanden, die tatsächlich anfallenden Kosten vollständig im Offertpreis einzurechnen. Der Befürchtung, dass ein tiefer Preis Auswirkungen auf die Auftragserfüllung nach sich ziehen könne, habe mit dem Kriterium «Qualität des Angebots» Rechnung getragen werden können. Das Vorgehen der Vergabestelle führe zu einer verfälschten Bewertung des Angebotspreises und widerspreche der vorgängig bekannt gegebenen Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien.

Die Vergabestelle und die Y GmbH, welche ursprünglich den Zuschlag erhalten hatte, zogen das Urteil ans Bundesgericht weiter.

Dieses hielt im Entscheid 143 II 553 fest, es sei zwar zutreffend, dass die Anbieter bei der Kalkulation ihrer Offertpreise grundsätzlich frei seien. Unterangebote, also unter den Gestehungskosten liegende Angebote, seien als solche zulässig, wenn der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen gleichwohl erfülle. Bei diesbezüglich bestehenden Zweifeln der Vergabestelle könne diese schliesslich ergänzende Erkundigungen einholen. Bei Unterangeboten oder wenn der Aufwand signifikant unter-

Redaktion Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.;
Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösl, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf;
Michèle Klausberger, Stadt Zürich;
Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur

Layout BDKom

E-Mail gs-stab@bd.zh.ch

Internet www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug

kdmz, Räfelstrasse 32, 8090 Zürich

Telefon 043 259 99 30

E-Mail publikationen@kdmz.zh.ch

Submissionsrechtliche Publikationen nur noch auf simap.ch (simap only)

Der Regierungsrat des Kantons Zürich hat im Rahmen der Totalrevision des Publikationsgesetzes und der Publikationsverordnung auch die Submissionsverordnung geändert. Diese Änderung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Damit entfällt seit dem 1. Januar 2018 die Pflicht, submissionsrechtliche Ausschreibungen, Zuschläge, Abbrüche und Wiederholungen im Amtsblatt zu publizieren. Neu müssen Beschaffungen nur noch auf simap.ch publiziert werden, wobei folgendes gilt:

- Veröffentlichungen können von Montag bis Freitag, einschliesslich Feiertage, auf simap.ch publiziert werden.
- Der Redaktionsschluss ist ein Tag vor der Publikation, um 23:59 Uhr, festgesetzt (gilt auch für die Ausschreibungsunterlagen). Danach können die Unterlagen nicht mehr bearbeitet werden.

schätzt bzw. die Schwierigkeit des Projekts nicht erkannt werde, sei der betreffende Anbieter in der Bewertungsphase auf die erheblichen Abweichungen hinzuweisen und ihm diesbezüglich das rechtliche Gehör zu gewähren. Damit habe er Gelegenheit für entsprechende Erläuterungen. Weise das besonders niedrige Angebot tatsächlich Mängel auf, werde es wegen dieser Mängel ausgeschlossen oder schlechter bewertet, nicht aber wegen des niedrigen Preises. Es sei somit nicht statthaft, beim Zuschlagskriterium «Preis» einen Bewertungsabzug vorzunehmen mit der Begründung, der Preis als solcher sei nicht plausibel oder nicht kostendeckend.

Da die Bewertung eines Angebots unter dem Titel «Plausibilität» unstatthaft ist, sofern sich dieses Kriterium auf den Angebotspreis als solchen bezieht, musste das Bundesgericht vorliegend überprüfen, ob mit dem Unterkriterium «Plausibilität» allein der Angebotspreis oder aber andere Zuschlagskriterien bewertet wurden. Anlässlich dieser Überprüfung kam das Bundesgericht zusammenfassend zum Schluss, dass sich keines der Subkriterien im Unterkriterium «Plausibilität» direkt auf den Angebotspreis beziehe, sondern alle vielmehr in einem sachlichen Bezug zur angebotenen Leistung stünden. Im Ergebnis habe die Vergabestelle somit mit dem «Plausibilitätskriterium» nicht den Angebotspreis als solchen bewertet, sondern eine Einschätzung zur Qualität des Angebots vorgenommen.

Die Vorinstanz (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich) argumentierte, dass eine Plausibilitätsprüfung im konkreten Fall unzulässig gewesen sei. Die Vergabestelle habe in der Ausschreibung Pauschalangebote mit Fixpreisen verlangt. Wenn sie unter diesen Umständen ein Angebot als grundsätzlich zuschlagswürdig erachte, verbiete es sich, auch noch dessen Plausibilität zu bewerten. Die Vergabestelle habe die Qualität des Angebots anhand des Kriteriums «Qualität» bereits bewertet. Eine zusätzliche Plausibilitätsprüfung, welche qualitative Kriterien analysiere, die dem Kriterium «Preis» untergeordnet seien, würde die Bewertung des Angebotspreises verfälschen.

Das Bundesgericht präzisierte, dass dieser Einwand wohl bei Leistungen zutreffen möge, die nach Eigenschaft, Qualität und Umfang bereits in der Ausschreibung und den zugehörigen Unterlagen detailliert bestimmt werden könnten. In solchen Fällen könne die Vergabestelle gestützt auf die eingereichten Offerten abschliessend beurteilen, ob die offerierten Leistungen im Einzelnen der Ausschreibung entsprächen. Falls dies nicht der Fall sein sollte, könnten die Angebote vom Verfahren ausgeschlossen werden. Vorliegenderfalls handle es sich aber um eine komplexe Beschaffung, weshalb die zu erbringende Dienstleistung in der Ausschreibung nicht bereits nach Eigenschaft, Qualität und Umfang in allen Einzelheiten fixiert werden könne. Bei solchen komplexen Beschaffungen bleibe es der Vergabestelle auch bei Angeboten zu Pauschalpreisen unbenommen, deren «Plausibilität» im Sinne einer Qualitätsbewertung einzuschätzen. Diese könne das notorische Risiko späterer Auseinandersetzungen über Nachträge und Zusatzaufträge miteinbeziehen, zu denen es auch bei Verträgen mit Pauschalpreisen regelmässig komme. Dabei handle es sich im Vergleich zum Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren wegen (wahrscheinlicher) Abweichungen der Offerte vom ausgeschriebenen Leistungsumfang um die mildere Massnahme. Sie belasse dem betroffenen Anbieter unter Berücksichtigung des Risikos für spätere Auseinandersetzungen über Leistungsumfang und -qualität weiterhin die Chance auf den Zuschlag. Voraussetzung für eine Bewer-

Stand Revision Beschaffungsrecht

Aufgrund der Revision des WTO-Abkommens zum öffentlichen Beschaffungswesen (GPA) wurden Anpassungen in der nationalen Gesetzgebung erforderlich. Kantone und Bund haben dazu gemeinsam inhaltlich harmonisierte Revisionstexte für die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) erarbeitet.

2017 hat der Bundesrat die Botschaft zur Totalrevision des BöB zu Händen des Bundesparlaments verabschiedet. Im Juni 2018 wurde diese Vorlage im Nationalrat als Erstrat mit Änderungen angenommen. Im Juli 2018 hat die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates die Detailberatung aufgenommen. Anschliessend folgen die Beratung im Ständerat sowie allenfalls ein Differenzbereinigungsverfahren. Die Kantone warten bis zum Abschluss des parlamentarischen Prozesses beim Bund mit der Weiterführung ihres politischen Prozesses zur IVöB ab, um die Harmonisierung mit dem Bund möglichst zu gewährleisten.

Der Bundesrat wird das revidierte WTO-Beschaffungsübereinkommen (GPA) ratifizieren, wenn das revidierte BöB durch die eidgenössischen Räte sowie die Musterbotschaft zur IVöB durch das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen verabschiedet wurden. Mit den Beitrittsverfahren zur revidierten IVöB in den Kantonen ist voraussichtlich erst ab 2020 zu rechnen.

Obligatorisches Lehrlingskriterium

Am 1. Juli 2018 sind die Änderungen des Beitrittsgesetzes und der Submissionsverordnung betreffend das Zuschlagskriterium «Ausbildung von Lernenden» in Kraft getreten. Neu müssen die Vergabestellen bei den Vergaben ausserhalb des Staatsvertragsbereichs das Zuschlagskriterium «Ausbildung von Lernenden in der beruflichen Grundbildung» immer anwenden und es mit mindestens 5% und höchstens 10% gewichten (§ 4c des Beitrittsgesetzes). Der bisherige § 5 der Submissionsverordnung wurde aufgehoben und § 33 angepasst.

tung der so verstandenen «Plausibilität» eines Angebots sei natürlich, dass die Qualitätsprognose nach objektivierbaren Kriterien erfolge. Dies sei vorliegend der Fall gewesen.

II. Fazit / Bemerkungen

Gemäss Rechtsprechung ist die Bewertung eines Angebots unter dem Titel der Plausibilität erlaubt, solange sich dieses Kriterium nicht auf den Angebotspreis als solchen bezieht. Unter diesem Aspekt dürfen Angebote bewertet werden, soweit Qualitätskriterien davon betroffen sind und soweit für die Anbieter erkennbar ist, dass im Rahmen des (Unter-)Kriteriums «Plausibilität» nicht eigentlich der Angebotspreis, sondern eine qualitative Einschätzung des Angebots vorgenommen wird. In einem solchen Fall dient das Kriterium der Plausibilität in grundsätzlich zulässiger Weise der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots.

Meines Erachtens ist jedoch davon abzuraten, das Kriterium der Plausibilität zu verwenden, da bei der Plausibilitätsprüfung das Risiko besteht, dass dennoch direkt oder indirekt der Preis bewertet wird. Dadurch würden insbesondere preislich niedrige Angebote bei der Bewertung bestraft, was unzulässig ist.

Möchte die Vergabestelle in ihrer Ausschreibung trotzdem die «Plausibilität» als Zuschlagskriterium verwenden, erscheint es mit Blick auf die vergaberechtlichen Grundsätze der Verfahrenstransparenz und der Fairness geboten, die Plausibilität in der Ausschreibung als eigenständiges Zuschlagskriterium mit möglichst präzisen Angaben zur Bewertung zu definieren. Weiter ist es empfehlenswert, in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sich die Plausibilitätsprüfung auf die Leistungen des Angebots wie beispielsweise Qualität, nicht aber auf den Preis bezieht.

III. Empfohlenes Vorgehen für Vergabestellen bei preislich tiefen Angeboten

Ein ungewöhnlich niedriges Angebot darf weder allein wegen des tiefen Preises ausgeschlossen noch wegen des tiefen Preises bei der Bewertung des Preiskriteriums bestraft werden. Anbieter sind in ihrer Kalkulation grundsätzlich frei, solange sie die Eignungs- und Zuschlagsbedingungen erfüllen. Aufgrund des Gleichbehandlungsprinzips kann es bei Unterangeboten geboten sein, die Kalkulation des Angebots zu überprüfen und allenfalls ergänzende Erkundigungen beim Anbieter einzuholen (§ 32 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [LS 720.11]). So sind

ungewöhnlich niedrige Angebote vorgängig zur Zuschlagserteilung auf ihre Ausschreibungskonformität (Leistungserbringung und Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen) zu prüfen und falls notwendig, sind beim Anbieter Bestätigungen, Erkundigungen, Auskünfte etc. einzuholen. Aus dieser Prüfung resultiert entweder, dass das Angebot gültig und in die Bewertung miteinzubeziehen oder dann erheblich ausschreibungswidrig und deshalb auszuschliessen ist.

Vor einem definitiven Ausschluss sollte die Vergabestelle aber den betreffenden Anbieter zunächst auf die erheblichen Abweichungen aufmerksam machen und ihm in Nachachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör Gelegenheit für entsprechende Erläuterungen einräumen. Dabei sollte sie den Anbieter unter Ansetzung einer Frist bitten, zu be-

stätigen bzw. nachzuweisen, dass er die Teilnahmebedingungen einhält und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. Für die Überprüfung steht es der Vergabestelle frei, zusätzliche Unterlagen und Auskünfte zu verlangen. Dabei empfiehlt es sich, darauf hinzuweisen, dass keine Nachtragsofferten (neue Preise) angeboten werden dürfen und Vorbehalte zur Ungültigkeit und damit zum Ausschluss des Angebots führen. Falls bis zum von der Vergabestelle genannten Datum kein Angebotsrückzug erfolgt oder keine bzw. nur eine unvollständige oder nicht stichhaltige Antwort eingeht, kann sie das Angebot gestützt auf § 4a Abs. 1 lit. d des Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (BeitrittsG, LS 720.1) ausschliessen.

Aus der Gerichtspraxis Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2015.00238 vom 3. Dezember 2015

1. Ausgangslage

Die Vergabestelle vergab der Mitbeteiligten im freihändigen Verfahren Architekturleistungen (BKP 291.1, Phase 3 Projektierung) für den Um- und Neubau eines Schulhauses zu Fr. 160 000. In der Folge entschied sich die Vergabestelle dazu, die Mitbeteiligte auch mit der Ausarbeitung der Ausschreibungs- und Ausführungspläne (BKP 291.1, Phasen 4 und 5) zu beauftragen und vergab ihr die Arbeiten in Anwendung von § 10 Abs. 1 lit. c und f der Submissionsverordnung. Die ursprüngliche Vergabe wurde auf Fr. 370 000 erhöht. Während des laufenden Beschwerdeverfahrens zog die Vergabestelle ihren Entscheid in Wiedererwägung und beschloss, die Architekturleistungen der Phasen 4 und 5 im offenen Verfahren auszuschreiben. Strittig blieb insbesondere die Art des gewählten Submissionsverfahrens für die freihändig vergebene Phase 3 der Architekturleistungen.

2. Richtige Wahl des Vergabeverfahrens anhand vorsichtiger Kostenschätzung

Betreffend die Wahl des richtigen Verfahrens hielt das Gericht fest, dass einerseits die Art und andererseits der Wert des zu vergebenden Auftrags massgebend seien. Bei der Wahl des richtigen Verfahrens sei letzterer durch eine vorgängige Schätzung zu bestimmen, welche jedoch nicht zu knapp ausfallen dürfe, um eine Umgehung der Schwellenwerte zu verhindern. Vorliegend hätten die vorsichtig geschätzten Kosten zwischen Fr. 150 000 (entspricht dem tatsächlichen Auftragswert gemäss Angebot der Mitbeteiligten) und Fr. 250 000 (Höhe Projektierungskredit) liegen müssen, weshalb das Einladungsverfahren hätte gewählt werden müssen. Mit der freihändigen Vergabe der Leistungen habe die Vergabestelle somit die vergaberechtlichen Vorschriften verletzt.

3. Folgen des bereits erfüllten Vertrags

Im vorliegenden Fall war der Vertrag bereits geschlossen und ein Grossteil der Leistungen war bereits erbracht worden. Das Gericht führte hierzu aus, dass es gemäss Art. 18 Abs. 2 IVöB nur noch die Rechtswidrigkeit des Zuschlags feststellen könne, sofern der Vertrag von der Vergabestelle

zulässigerweise abgeschlossen worden sei. Dies stellte das Gericht aber in Frage. Zwar sei die Abschlusserlaubnis im unterschweligen Freihandverfahren grundsätzlich sofort und ohne Zuschlagspublikation gegeben. Bei absichtlichen oder grobfahrlässigen Fehlberechnungen bei der Schätzung des Auftragswerts trete aber die Abschlusserlaubnis ohne Zuschlagspublikation nicht ein. Vorliegend habe die Vergabestelle aufgrund der Fehlschätzung keine Abschlusserlaubnis erlangen können, weshalb der Vertragsschluss mit der Mitbeteiligten unzulässig sei. Bei einem solchen unzulässigen Vertragsschluss sei das Gericht zwar zur Aufhebung des Zuschlags, nicht jedoch zum Eingriff in das zivilrechtliche Vertragsverhältnis befugt. Das Gericht könne der Vergabestelle immerhin aber Vorschriften über deren vertragliches Verhalten machen. In Fällen, in denen die Arbeiten noch nicht ausgeführt sind, kämen die Anordnung des Vertragsrücktritts und der Neuvergabe des Auftrags in Betracht. Im vorliegenden Fall seien die Projektierungsarbeiten aber zumindest grösstenteils bereits erbracht worden, weshalb die Rückabwicklung dieser Leistungen unverhältnismässig wäre. Das Gericht sah deshalb von der Aufhebung des Zuschlags und der Rückweisung ab.