

Faktenblatt

Umgang mit ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angeboten

(Art. 38 Abs. 3 und Art. 44 Abs. 2 lit. c BöB/IVöB 2019)

Bern, 1. Juni 2023 (V 1.0)

Im Zusammenhang mit der Revision des Vergaberechts und dem Ziel, einen Wandel in der Vergabekultur zu mehr Qualitätswettbewerb zu bewirken, stellt sich die Frage, ob und wie «ungewöhnlich niedrig erscheinende» Angebote, d.h. Angebote mit einem vergleichsweise tiefen Gesamtpreis bzw. tiefen Kostenelementen in die Angebotsbewertung aufgenommen werden dürfen.

Die Vergabestellen sind neu rechtlich verpflichtet, bei Anbietenden «Erkundigungen einzuholen», sofern diese ein «ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot» eingereicht haben. Mit dieser Nachfrage soll abgeklärt werden, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung richtig verstanden wurden (Art. 38 Abs. 3 BöB/IVöB).

Sofern die betreffende Anbieterin trotz der Aufforderung nicht «nachweist», dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden und sie keine Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen bietet, kann die Vergabestelle die Anbieterin vom Vergabeverfahren ausschliessen (Art. 44 Abs. 2 lit. c BöB/IVöB).

Ungewöhnlich niedrige Angebote unter dem bisherigen und dem revidierten Recht (BöB/IVöB)

Das bis Ende 2020 geltende Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB 1996) und die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2001) enthielten noch keine ausdrücklichen Bestimmungen zum Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten. Die Rückfragemöglichkeit wurde als «Kann-»Vorschrift ausgestaltet: Bei Angeboten, deren Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten aussergewöhnlich niedrig waren, *konnten* bei der Anbieterin Erkundigungen darüber eingeholt werden, ob ein Ausschlussgrund nach Art. 11 aBöB vorlag (Art. 25 Abs. 4 aVöB) bzw. ob die

Teilnahmebedingungen eingehalten und die Auftragsmodalitäten erfüllt wurden (§ 31 VRöB).

Unter dem neuen Recht *musst* die Auftraggeberin gestützt auf Art. 38 Abs. 3 BöB/IVöB im Fall von ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angeboten bei der Anbieterin nachfragen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die Modalitäten der Auftragserfüllung richtig verstanden wurden. Wenn keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Einhaltung der Teilnahmebedingungen und für die Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistung bestehen, kann die Vergabestelle das Angebot ausschliessen (vgl. Art. 44 Abs. 2 lit. c BöB/IVöB). In diesem Fall eröffnet die Auftraggeberin eine Ausschluss-Verfügung gegenüber der Anbieterin (Art. 51 Abs. 1 BöB/IVöB).

In einem Punkt unterscheiden sich das revidierte Vergaberecht des Bundes von demjenigen der Kantone: Während Art. 38 Abs. 3 BöB bei einem ungewöhnlich niedrigen «*Gesamtpreis*» anknüpft, verwendet Art. 38 Abs. 3 IVöB den etwas offeneren Begriff «Preis». Die Kantone wollen mit dieser Wortwahl die Ausschlussmöglichkeit auch für Angebote mit ungewöhnlich tiefen *Einzelpreisen*, ohne dass der Gesamtpreis ungewöhnlich tief ausfällt, gewährleisten (vgl. dazu Musterbotschaft des INÖB zur IVöB 2019 vom 16.01.2020, S. 78).

Grundsätzlich freie Preiskalkulation

Für das Bundesgericht gilt, dass die Anbieterinnen bei der Kalkulation ihrer Offertpreise grundsätzlich - unter Einhaltung der Bedingungen in der Ausschreibung - frei sind.

Wie das Bundesgericht verschiedentlich festgehalten hat (vgl. BGE 143 II 553 E. 7), sind Angebote mit vergleichsweise tiefen Preisen als solche nicht unzulässig, solange die Anbieterin die Teilnahmebedingungen, die Anforderungen an die Leistung selbst und die Eignungskriterien (Leis-

tungsfähigkeit in fachlicher, finanzieller, wirtschaftlicher, technischer oder organisatorischer Hinsicht) erfüllt.

Die Vergabestellen dürften somit auch in Fällen grosser Preisdifferenzen nicht ohne Weiteres ein sehr tiefes Angebot von der Vergabe ausschliessen. Es sei gemäss Bundesgericht in zumutbarem Masse abzuklären, ob das preislich besonders tiefe Angebot zum offerierten Preis realisierbar ist. Sofern sich aufgrund der zusätzlichen Abklärungen zeige, dass das besonders niedrige Angebot tatsächlich Mängel aufweise, sei es wegen dieser Mängel auszuschliessen oder schlechter zu bewerten, nicht wegen des niedrigen Preises.

Unzulässige Preiskalkulationen

Unzulässig sind in jedem Fall Angebote, die gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, z.B. «Lockvogelangebote») oder das Kartellgesetz (KG) verstossen. Letzteres könnte beispielsweise dann vorliegen, wenn eine Anbieterin ihre Marktmacht gegen Konkurrenten nach Art. 7 KG missbraucht, Ersteres wenn ein Unternehmen die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, bspw. durch die Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch die Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- und Abgabehinterziehungen resultieren. Bei solchen Angeboten liegen Ausschlussgründe gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. g oder Art. 44 Abs. 2 lit. b, f, g oder h BöB/IVöB vor.

Aus der Rechtsprechung ergibt sich überdies, dass Angebote, bei welchen eine Quersubventionierung zu einer vorteilhafteren Kalkulation führt, problematisch sind (BGer 2C_838/2019). Bei einem Verdacht auf eine Quersubventionierung besteht deshalb eine den besonderen Umständen angepasste Überprüfungsspflicht der Vergabestelle, wenn z.B. öffentliche (bzw. von der öffentlichen Hand beherrschte) Anbieterinnen eine Offerte unterbreiten (vgl. BVGer B-3797/2015; BGer 2C_582/2016).

Wann ist ein Angebot ungewöhnlich niedrig?

Unter der Prämisse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der offenen Formulierung im Vergaberecht sowie unter Beachtung des Zweckartikels (Art. 2 BöB/IVöB) wird im Einzelfall zu entscheiden sein, inwiefern ein Angebot ungewöhnlich niedrig erscheint.

Wann ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, ist gesetzlich nicht geregelt. Ein ungewöhnlich niedriges Angebot ist anhand eines relativen Vergleichs mit den übrigen Angeboten, Erfahrungswerten aus früheren Beschaffungen bzw. der internen Kostenschätzung zu identifizieren. Häufig (aber nicht zwingendermassen immer)

handelt es sich um ein Angebot, welches die Gestehungskosten nicht deckt.

Aus theoretischer Sicht wird sich ein ordnungsgemäss kalkulierter Preis einer Leistung aus den Gestehungskosten der Anbieterin (Lohn, Material, Leistungen, Fixkosten), zuzüglich einer branchen- und marktüblichen Marge errechnen lassen. Eine Anbieterin mit einem ungewöhnlich tiefen Preisangebot nimmt für das fragliche Geschäft demnach einen wirtschaftlichen Verlust in Kauf, um für sich selber positive Effekte zu erzielen.

In der Schweiz hat die Praxis keine Faustregeln definiert, bei welcher prozentualen Abweichung gegenüber den Angebotspreisen der Mitbewerberinnen («Aufgreifschwelle») ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt (vgl. aber z.B. die Urteile des Verwaltungsgerichtes Waadt bei denen eine Abweichung von 30% vom Mittel als Indiz geschützt wurde [MPU.2013.0003 bzw. MPU2020.0019]. Das Verwaltungsgericht Aargau hielt in einem Urteil andererseits fest, dass Preisdifferenzen von 25% im Dienstleistungsbereich keineswegs unüblich sind und nicht per se auf das Vorliegen eines «Dumpingangebots» schliessen lassen [AGVE 2014 S. 192]. In Deutschland hat das OLG Düsseldorf eine Aufgreifschwelle bei einem Abstand von «mindestens 20%» zum nächsthöheren Angebot geschützt [VII-Verg 26/19].

Prozentuale Abweichungen von längerfristigen Erfahrungswerten können ein Indiz für ein ungewöhnlich tiefes Angebot darstellen, entlasten die Vergabestelle jedoch nicht von Abklärungen, ob das preislich besonders tiefe Angebot zum offerierten Preis realisierbar ist.

Umfang der Nachweiserbringung: Die Konzeption im internationalen Recht

Da sich BöB und IVöB nicht zum Umfang der Nachweiserbringung äussern, rechtfertigt sich für die Auslegung ein rechtsvergleichender Blick auf die Regelungen zum Vorgehen, wie sie das EU-Recht bei ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angeboten vorsieht (RL 2014/24/EU): In Ziff. 103 der einleitenden Erwägungen wird festgehalten, dass «Angebote, deren Preis im Verhältnis zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheinen, [...] auf *technisch, wirtschaftlich oder rechtlich fragwürdigen Annahmen oder Praktiken basieren [können]*». Die Vergabestelle habe diesfalls Erläuterungen bei der Anbieterin einzuholen. Gemäss Art. 69 Abs. 2 RL können sich die Erläuterungen insbesondere auf Folgendes beziehen: a) die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens, der Erbringung der Dienstleistung oder des Bauverfahrens; b) die gewählten technischen Lösungen oder alle aussergewöhnlich günstigen Bedin-

gungen, über die die Anbieterin bei der der Lieferung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistung sowie der Durchführung der Bauleistungen beziehungsweise der Waren verfügt; c) die Originalität der Bauleistungen, der Lieferungen oder der Dienstleistungen wie von der Anbieterin angeboten; d) die Einhaltung der umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen; e) die Einhaltung der Verpflichtungen bei Unterauftragnehmern; f) die Möglichkeit für die Anbieterin, staatliche Hilfe zu erhalten.

Die Vergabestelle bewertet die beigebrachten Informationen mittels einer Rücksprache mit der Anbieterin. Sie kann das Angebot nur dann ablehnen, wenn die beigebrachten Nachweise das niedrige Niveau des vorgeschlagenen Preises beziehungsweise der vorgeschlagenen Kosten unter Berücksichtigung der oben erwähnten Faktoren nicht zufriedenstellend erklären.

Fälle von zulässigen Ausschlüssen

Der Ausschluss eines ungewöhnlich tiefen Angebots kann also im Einzelfall geboten sein, wenn

trotz Nachfrage bei der Anbieterin hinreichende Anhaltspunkte für eine Nichteinhaltung der Teilnahmebedingungen und die fehlende Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistung bestehen bleiben. Es ist dabei aber zu beachten, dass eine Anbieterin bei der Erbringung des Nachweises, «wonach die Teilnahmebedingungen eingehalten und die Auftragsbedingungen erfüllt werden können», nicht einen Beweis im rechtstechnischen Sinne führen muss (BGer 2P.70/2006 und 2P.71/2006).

Ein Ausschluss kann zum Beispiel erfolgen, wenn vertiefte Abklärungen zum Ergebnis führen, dass die Anbieterin effektiv nicht in der Lage ist, die verlangten Leistungen zum angebotenen Preis zu erbringen und die Auftragsmodalitäten zu erfüllen (BVGer B-2686/2022).

Weitergehende Auskünfte

Geschäftsstelle der KBOB

kbob@bbl.admin.ch

Geschäftsstelle der BKB

bkb@bbl.admin.ch