



CH-3003 Bern, WEKO

A-Post

Bau-, Planungs- und
Umweltdirektoren-Konferenz BPUK
Frau Dr. Regina Füeg
Haus der Kantone
Speichergasse 6
Postfach
3001 Bern

POSTEINGANG		
Datum	-1. NOV. 2022	
	Scan	Visum / Notiz:
BPUK	X	SM
KöV		

Direktwahl: +41 58 483 95 79 / +41 58 462 27 07
Bern, 31.10.2022

043-00001: Verlässlichkeit des Preises und Plausibilität der Angebote

Sehr geehrte Frau Dr. Füeg

Vor rund einem Jahr richtete sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) im Schreiben vom 21. Oktober 2021 zu den Zuschlagskriterien «Verlässlichkeit des Preises» und «Plausibilität des Angebotes» an die BPUK und die KBOB. In der Folge fand ein gemeinsamer und unseres Erachtens wertvoller Austausch zwischen der KBOB, der BPUK und dem WEKO-Sekretariat statt. Das WEKO-Sekretariat blieb im vergangenen Jahr in laufendem Kontakt mit der KBOB. Während dieses Austausches erhielt das Sekretariat der WEKO die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf des Projektstatusberichtes.

Angesichts der in verschiedenen Kantonen laufenden und anhaltenden Diskussionen zu den beiden Zuschlagskriterien «Verlässlichkeit des Preises» und «Plausibilität der Angebote» informieren wir Sie hiermit über unsere Stellungnahme zum Entwurf des Projektstatusberichtes. Diese Stellungnahme ist nicht abschliessend, da sie sich auf einen Entwurf des Projektstatusberichtes und entsprechend den Stand unserer Kenntnisse per Mitte August 2022 bezieht.

Unser Fazit, das wir nachfolgend begründen, lautet wie folgt: Die Prüfung und Umsetzung der Zuschlagskriterien «Verlässlichkeit des Preises» und «Plausibilität des Angebotes» anhand von schematischen, rechnerischen Bewertungsmethoden wie die Mittelwerts- oder Medianmodelle stabilisiert und fördert kartell- sowie beschaffungsrechtlich unzulässige Submissionsabreden, hemmt den Wettbewerb und ist binnenmarktrechtlich problematisch. Das Sekretariat der WEKO empfiehlt eingehend, von solchen schematischen, rechnerischen Methoden sowie von der gesetzlichen Verankerung des Zuschlagskriteriums «Verlässlichkeit des Preises» auf kantonaler und kommunaler Ebene abzusehen.

1. Ausgangslage

Gemäss Artikel 29 der revidierten BöB berücksichtigen die Auftraggeberinnen unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz als neue Zuschlagskriterien unter anderem die Plausibilität des Angebotes sowie die Verlässlichkeit des Preises. Im entsprechenden Artikel 29 der revidierten IVöB 2019 ist die Verlässlichkeit des Preises nicht verankert, jedoch steht die Aufnahme dieses Zuschlagskriteriums in kantonale Bestimmungen zur Diskussion. Die KBOB erörtert in Leitfäden¹ und Pilotprojekten², wie die Bewertung dieser Zuschlagskriterien in der Praxis umgesetzt werden könnte. So etwa durch einen Vergleich der verschiedenen Angebote untereinander oder durch den Vergleich mit externen Daten und Statistiken. Ziel ist es Angebote hervorzuheben, die nicht plausibel, bzw. Preise, die nicht verlässlich sind, etwa in Form eines zu niedrig veranschlagten Zeitaufwands (qualitätsbezogenes Kriterium) oder eines zu niedrig offerierten Preises (preisbezogenes Kriterium). Die Anwendung dieser Zuschlagskriterien kann für nicht plausible Angebote und nicht verlässliche Preise zu einer geringeren Bewertung führen, z.B. durch Punktabzüge bei Abweichung vom Mittelwert (oft als «Tessiner Modell» bezeichnet). Spätere Risiken wie Mehrkosten, Nachforderungen oder andere Komplikationen sollen so vermieden werden.

Artikel 29 BöB/IVöB 2019 enthält eine exemplarische, nicht abschliessende Aufzählung von möglichen Zuschlagskriterien. Bei einer Beschaffung können neben dem Preis und der Qualität auch einzelne oder mehrere Kriterien aus dieser Aufzählung berücksichtigt werden. Auf (inter-)kantonaler Ebene sieht Artikel 29 Absatz 1 IVöB 2019 vor, dass der Auftraggeber diese Kriterien anwenden «kann», womit explizit die bestehende Möglichkeit einer Anwendung hervorgehoben wird. Eine zwangsläufige Anwendung bestimmter Zuschlagskriterien besteht aus Sicht des revidierten BöB und der IVöB 2019 nicht.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass im revidierten Beschaffungsrecht Bestimmungen enthalten sind, mit welchen ungewöhnlich niedrige Angebote erfasst respektive gegen solche vorgegangen werden kann. Artikel 38 Absatz 3 BöB/IVöB 2019 sieht in solchen Fällen zweckdienliche Erkundigungen beim Anbieter vor. Bei Vorliegen der Voraussetzungen von Artikel 44 Absatz 2 Buchstabe c BöB/IVöB 2019 kann bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten ein Ausschluss vom Verfahren oder ein Widerruf des Zuschlags erfolgen.

Weiter anerkennt auch die Rechtsprechung, dass der Ausschluss einer Offerte erfolgen kann und vor dem Willkürverbot standhält, wenn es bei eklatanten Unterschieden in preislichen Hauptpositionen nicht möglich ist, sich einen aussagekräftigen und umfassenden Überblick über das Preis-Leistungs-Verhältnis des Angebotes zu verschaffen, und dieses nicht mit den übrigen Angeboten verglichen werden kann, da es an der gebotenen Transparenz und Kostenwahrheit fehlt (Urteil BGer 2D_34/2010 vom 23.2.2011 E. 2.4). Ausgeschlossen werden darf ein Angebot nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, wenn dieses keine vernünftige Beurteilung des Preis-Leistungs-Verhältnisses zulässt (Urteil BVGer B-7216/2014 vom 18.3.2020 E. 8.2.2).

2. Wettbewerbsökonomische und kartellrechtliche Beurteilung schematischer Methoden zur Prüfung der Plausibilität des Angebotes und der Verlässlichkeit des Preises

Das Kartellgesetz soll den wirksamen Wettbewerb fördern, auf welchen das Beschaffungsrecht baut. In diesem Sinne und auf Basis des Kartellgesetzes hat die WEKO in den letzten rund 15 Jahren eine Vielzahl von unzulässigen Submissionsabreden in verschiedenen Gebieten der Schweiz und verschiedenen Märkten aufgedeckt. Diese aufgespürten Submissionsabreden erstreckten sich auf rund 2'000 Beschaffungen. Die gemachte Erfahrung der WEKO deckt sich mit den internationalen Erkenntnissen: Submissionsabreden führen zu höheren

¹ Z.B. Leitfaden zur Beschaffung von Planerleistungen.

² Pilotprojekt des Bundes betreffend Umsetzung der neuen ZK «Verlässlichkeit des Preises» und «Plausibilität des Angebotes», insb. Teil II-B: Methodenübersicht für die Angebotsbewertung.

Preisen, senken Effizienz und Innovation der Unternehmen, bewirken Strukturhaltung und schädigen die öffentliche Hand sowie Private. Gerade in preislicher Hinsicht sind die Auswirkungen von Submissionsabreden gravierend: So geht die OECD von 10-20 Prozent höheren Preisen infolge von Submissionsabreden aus.³ LONDON ECONOMICS fasste in ihrer Arbeit für die dänische Wettbewerbsbehörde verschiedene Studien über die Preisfolgen von Kartellen (insbesondere Submissionskartellen) zusammen und stellte fest, dass solche Kartelle im Vergleich zu Wettbewerbssituationen ohne Abreden am Medianwert gemessen zu rund 25 Prozent und durchschnittlich gesehen zu rund 45 Prozent höheren Preisen führen.⁴ Die WEKO stellte etwa in ihrer Untersuchung betreffend Strassenbeläge Tessin⁵ fest, dass die Offertpreise für Strassenbelagsarbeiten nach dem Zusammenfallen eines grösseren Kartells um durchschnittlich rund 30 Prozent tiefer lagen als während der Kartellphase.

Submissionsabreden werden teilweise von sämtlichen, teilweise von einer Gruppe der relevanten Marktteilnehmerinnen getroffen. Sind nicht alle Marktteilnehmenden in eine Abrede eingebunden, gibt es mit anderen Worten «Kartellaussenseiter», reichen die Letzteren «unverfälschte» und im Vergleich zu den Kartellteilnehmenden preislich deutlich tiefere Angebote ein. Deren «unverfälschte», marktübliche Angebote können je nach Methode der Prüfung der Verlässlichkeit des Preises «abgestraft» und damit die Kartellteilnehmenden «belohnt» bzw. das Kartell geschützt werden. Sprechen sich beispielsweise vier in einem Beschaffungsverfahren relevante Strassenbauunternehmen darüber ab, wer eine konkrete Ausschreibung gewinnen soll und dass diese Unternehmen zu 25 Prozent über den Marktpreisen liegende Preise offerieren. Gleichzeitig würde ein Kartellaussenseiter zu den üblichen Marktpreisen offerieren. Würde in diesem Beispiel der Median oder Mittelwert aller Angebote zur Prüfung der Verlässlichkeit des Preises und der Plausibilität des Angebotes zur Bewertung der Angebote beigezogen, würde der Kartellaussenseiter deutlich unter dem Median oder Mittelwert liegen und damit eine schlechtere Bewertung als die Kartellisten erhalten. Durch Verwendung schematischer Bewertungsmethoden mittels Mittelwert oder Median würden folglich schädliche Wettbewerbsabreden durch die öffentliche Hand unterstützt und der Beschaffungswettbewerb verhindert. Das wäre unwirtschaftlich, wettbewerbsschädigend und kann nicht Sinn und Inhalt einer Methode zur Prüfung der Verlässlichkeit des Preises oder der Plausibilität des Angebotes darstellen. Bei der Anwendung von schematischen Grössen wie des Mittelwerts und Median (oder auch der schematischen Verwendung von Quantilen⁶) ist dies jedoch offensichtlich der Fall, weshalb diese Methoden Submissionsabreden stärken würden und folglich von ihnen abzusehen ist.

Die Verwendung von schematischen Methoden kann auch in Situationen ohne Wettbewerbsabreden den Wettbewerb einschränken und zu paradoxen Ergebnissen führen:

- Angenommen fünf Unternehmen reichen Offerten für eine Heizung zu einer Überbauung für mehrere Wohnungen zu marktüblichen Preisen mit einer marktüblichen Streuung zwischen 180'000 bis 230'000 Franken ein. Zwei dieser Unternehmen offerieren knapp über 180'000 und drei zwischen 225'000 bis 230'000 Franken. Die Verwendung der Mittelwert- oder Medianwerte kann dazu führen, dass die beiden tieferen Angebote weniger Punkte bei der Beurteilung der Angebote erhalten, obwohl diese marktüblich sind. Damit würden diese schematischen Bewertungsmethoden den wirksamen Wettbewerb entscheidend

³ OECD, Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws, DAF/COMP, 7, 2002, S. 7-9.

⁴ London Economics, The Nature and Impact of Hardcore Cartels, A Report to the Danish Competition Authority, London 2011, S. 25 ff.

⁵ RPW 2008/1, S. 102 f. Rz. 139 ff.

⁶ Quantile sind Punkte einer nach Rang oder Grösse der Einzelwerte sortierten statistischen Verteilung. Das 10 Prozent-Quantil etwa umfasst (von den kleinsten Werten aus gesehen) 10 Prozent aller Werte, das 75 Prozent-Quantil entsprechend 75 Prozent aller Werte. Das 90 Prozent-Quantil könnte auch so umschrieben werden, dass es 25 Prozent aller «oberen» Werte umfasst.

schwächen. Gleiches gilt auch hier, wenn schematisch Quantile angewandt würden (z.B. jene Angebote, die unter dem 10-Prozent-Quantil liegen, erhalten eine tiefere Bewertung).

- Auch ist bekannt, dass Unternehmen, die neu in einen Markt eintreten oder erstmals bei einer Beschaffung einer bestimmten Beschaffungsstelle (z.B. des Bundes) offerieren, bereit sind, sehr «scharf» zu kalkulieren. Gleiches kann für Unternehmen gelten, deren Auftragsbücher zu wenig gefüllt sind und mittels knapp kalkulierter Angebote zumindest ihre Fixkosten zu decken beabsichtigen. Solche Angebote sind marktüblich und können durch schematische Methoden zur Prüfung der Verlässlichkeit des Preises oder der Plausibilität des Angebotes eine schlechtere Bewertung erhalten, womit der Wettbewerb geschwächt wird.

Zusammenfassend können schematische, rechnerische Bewertungsmethoden wie die Mittelwerts- oder Medianmodelle kartell- und beschaffungsrechtlich unzulässige Submissionsabreden stabilisieren und fördern sowie den Wettbewerb hemmen.

3. Binnenmarktrechtliche Einschätzung schematischer Methoden zur Prüfung der Plausibilität des Angebotes und der Verlässlichkeit des Preises

Die Anwendung der Zuschlagskriterien «Plausibilität des Angebotes» und «Verlässlichkeit des Preises» enthält auch Bezüge zum Binnenmarktgesetz (BGBM). Die nachfolgend beschriebenen Bezugspunkte können sich sowohl bei der konkreten Rechtsanwendung als auch hinsichtlich von Leitfäden mit Methodenbeurteilungen ergeben.

Das BGBM kommt gemäss Artikel 5 Absatz 1 BGBM auf öffentlichen Beschaffungen von Kantonen, Gemeinden und anderen Trägern kantonaler oder kommunaler Aufgaben zur Anwendung, nicht hingegen auf Bundesbeschaffungen. Artikel 5 Absatz 1 BGBM sieht vor, dass bei kantonalen und kommunalen Beschaffungen die Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen dürfen, welche Artikel 3 BGBM widerspricht. Artikel 5 Absatz 1 BGBM geht in seinem letzten Satz von einer vermutungsweisen BGBM-Konformität von öffentlichen Beschaffungen aus, die sich auf die IVöB 2019 stützen.

Artikel 5 Absatz 1 BGBM beinhaltet ein Diskriminierungsverbot respektive Gleichbehandlungsgebot im kantonalen und kommunalen Beschaffungswesen (u.a. BGer vom 11.1.2021, 2C_718/2020 E.3.3.1). Zu Diskriminierungen nach Art. 5 Abs. 1 BGBM besteht eine reichhaltige Praxis⁷. Artikel 5 BGBM kommt ergänzend zum (inter-)kantonalen Vergaberecht zur Anwendung und hat gegenüber diesem Vorrang (Art. 49 Abs. 1 BV). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Verstösse gegen das kantonale Submissionsrecht in der Regel gleichzeitig auch als Verstoß gegen Artikel 5 Absatz 1 BGBM zu qualifizieren (BGE 141 II 113 E. 3.1.5). Als Aufsichtsbehörde überwacht die WEKO gestützt auf Artikel 8 Absatz 1 BGBM unter anderem die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes und verfügt gemäss Artikel 9 Absatz 2^{bis} BGBM auch über ein Beschwerderecht.

Eine Anwendung von schematischen, rechnerischen Bewertungsmethoden basierend auf Mittelwerten oder Median (oder anderen Grössen) kann zu einer Schlechterstellung der betroffenen günstigen Anbieterinnen führen. Eine abstrakte methodische Betrachtungsweise dürfte darauf hinauslaufen, dass günstige Anbieterinnen ohne spezifische weitere Begründungen benachteiligt würden, was vermutlich als Diskriminierung und damit als Verstoß gegen Artikel 5 Absatz 1 BGBM einzustufen wäre. Im hier vorliegenden Kontext regelmässig erwähnten und auch unter dem revidierten Beschaffungsrecht weiter zu berücksichtigenden Leitentscheid (BGE 143 II 553 E. 7.1) hielt das Bundesgericht in Bezug auf Artikel 5 Absatz 1 BGBM fest, dass ein tiefes Angebot allein aufgrund seines Preises nicht schlechter bewertet werden darf als höhere Angebote. Schematischen, rechnerischen Methoden sind deshalb aufgrund der

⁷ Etwa MATTHIAS OESCH/STEFAN RENFER, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Auflage Zürich 2021, Kommentar zu Art. 5 BGBM N 3.

Vorgaben in Artikel 5 Absatz 1 BGBM enge Grenzen gesetzt und sind rechtlich nur beschränkt zulässig. Dies gilt auch für das im Dokument «Teil II-B: Methodenübersicht für die Angebotsbewertung» erwähnte Tessiner Modell.

Keine Diskriminierung würde hingegen aus binnenmarktrechtlicher Hinsicht unter dem Blickwinkel von Artikel 5 Absatz 1 BGBM vorliegen, wenn begründet und konkret bezogen auf zweifelhafte Angebote, beispielsweise, weil eine Leistungserbringung zu den offerierten Konditionen objektiv kaum möglich wäre und vermutlich mit Nachforderungen zu rechnen wäre, derartige Angebote unterschiedlich behandelt würden.

Zusammenfassend ergibt sich, dass schematische, rechnerische Bewertungsmethoden wie die Mittelwerts- oder Medianmodelle aus binnenmarktrechtlicher Optik problematisch sind.

4. Angebotsbewertung

In der Bewertung von Angeboten ist aus beschaffungsrechtlicher und ökonomischer Sicht das Preis-Leistungs-Verhältnis zentral. Nicht nur der Preis, sondern die Qualität oder etwa die Innovation einer Leistung haben in die Bewertung von Angeboten einzufließen. Ein Fokus auf den Preis kann bei bestimmten (z.B. standardisierten) Leistungen angebracht sein, gleichwohl steht im Beschaffungsrecht im Grundsatz das Preis-Leistungs-Verhältnis im Vordergrund. Auch vor diesem Hintergrund sind schematische Methoden mit einem Preisfokus für die Beurteilung der Plausibilität des Angebotes oder der Verlässlichkeit des Preises mit verschiedenen Unstimmigkeiten und Nachteilen verbunden. Angesichts dieser vielen Probleme sind auf anderen Wegen die Risiken wie Mehrkosten, Nachforderungen oder andere Komplikationen zu minimieren.

Im Arbeitspapier II-B des Projektstatusberichtes sind Alternativen zur Verwendung des Mittelwertes oder Medians aufgeführt. Eine Beurteilung dieser Alternativen war zum Beurteilungszeitpunkt angesichts der Kürze der Umschreibungen schwierig. Gleichwohl lässt sich zumindest Folgendes festhalten

- Schematische Beurteilungen wie Abweichungen zum Mittelwert bei Preisen und auch Stunden (Stundenaufwand, Stundenschätzungen) oder Kosten können zwar als ersten Analyseschritt beigezogen werden. Damit aber der Beschaffungswettbewerb nicht durch schematische Abstrafungen verfälscht wird, hat die individuelle Beurteilung der Angebote mit Fokus auf das Preis-Leistungs-Verhältnis im Vordergrund zu stehen.
- Schematische Methoden vermögen in der Regel nicht sämtlichen Angeboten gebührend Rechnung zu tragen. Abweichungen etwa zwischen angebotenen Stundenansätzen und den Gestehungskosten mögen zwar der ersten Bewertung von Angeboten dienen, jedoch ist zu hinterfragen, ob eine schematische Bewertung wie im Abschnitt 1.2.1 in der Zeile «Preisanalyse» dargestellt (z.B. 1 Punkt für Werte zwischen 16-30 %), sämtlichen Marktkonstellationen zu genügen vermag.
- Die individuelle Beurteilung der Angebote mit Fokus auf das Preis-Leistungs-Verhältnis kann bedeuten, Angebote eingehend analysieren (einen Weg können die in 1.2.2 aufgeführten Preisanalysen wichtiger Leistungspositionen darstellen) und mit den Anbieterinnen klären zu müssen. Es gilt die Angebote untereinander objektiv vergleichbar zu machen. So können z.B. Rechenfehler korrigiert, Unstimmigkeiten aufgedeckt (z.B. zu tiefe Material- oder Wegkosten) oder Begründungen für relativ tiefe Preise gefunden werden.

Zusammenfassend erachten wir es als zentral, dass sich die Beschaffungsstelle, die mit einem besonders günstigen und allenfalls nicht plausiblen Angebot konfrontiert ist, mit den möglichen Ursachen dieser tiefen Preisfestlegung auseinandersetzt und allenfalls mit den Anbieterinnen klärt. Kommt es zu einem Automatismus durch schematische Bewertungen laufen die Beschaffungsstellen Gefahr, das eigentliche Ziel einer Beschaffung nicht zu erreichen und den

wirksamen Wettbewerb zu schwächen. In Abweichung von bestimmten Grössen wie dem Mittelwert können Kostenschätzungen oder frühere oder ähnliche Beschaffungen für eine Ersteinschätzung bzw. als Ausgangspunkt für weitere Bewertungen dienen, in einem zweiten Schritt steht jedoch unseres Erachtens die individuelle Beurteilung der Angebote mit Fokus auf das Preis-Leistungs-Verhältnis im Vordergrund.

Der Vollständigkeit halber weisen wir darauf hin, dass dies eine Stellungnahme des Sekretariates der WEKO ist, welche die WEKO nicht bindet. Für Fragen und Diskussionen stehen Ihnen die beiden Unterzeichnenden (annabelle.marxen@weko.admin.ch, 058 483 95 79; frank.stuessi@weko.admin.ch, 058 462 27 07) sowie für die binnenmarktrechtlichen Aspekte Stefan Renfer (stefan.renfer@weko.admin.ch; 058 469 28 55) gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Wettbewerbskommission Sekretariat



Frank Stüssi
Stellvertretender Direktor



Dr. Annabelle Marxen
Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Kopie an: Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren KBOB, Herr Herbert Tichy, Geschäftsleiter, Fellerstrasse 21, 3003 Bern