

teilen enthalten sind – zu korrigieren sind, nicht jedoch Kalkulationsfehler des Anbieters<sup>78</sup>. Wird so verfahren, ist weder das Transparenz- noch das Gleichbehandlungsgebot verletzt. Denn die, in der Offertphase zum Schutz der Vergabebehörde sinnig, quasi präventiv anzuwendende Regel von Art. 24 Abs. 3 OR, ist als bekannt vorauszusetzen, die entsprechenden Preiskorrekturen sind nachvollziehbar und die Regel gilt für alle Anbieter.

Nun enthalten die Submissionsvorschriften oft sinngemäss Bestimmungen, welche die Vergabebehörden verpflichten, «offensichtliche Fehler» zu korrigieren. Unter diesem Gesichtspunkt wird oft argumentiert, dass auch offerierte Preise, die im Sinne von Kalkulationsfehlern «offensichtlich» unrichtig seien, korrigiert werden müssten. In diesem Zusammenhang stellt sich dann aber die Frage, wie die Vergabebehörde zum «richtigen» Preis kommt. Eine einseitige Korrektur durch die Vergabestelle (indem sie etwa anstelle des offerierten, als «unrichtig» vermuteten Offertpreises einen aufgrund der übrigen Offertpreise ermittelten Durchschnittspreis einsetzt) ist meines Erachtens nicht zulässig. Eine Rücksprache mit dem betreffenden Anbieter verletzt das Gleichbehandlungsgebot und öffnet diesem Offerenten häufig die Möglichkeit, seine Zuschlagschance durch entsprechende Festlegung des «richtigen» Preises zu erhöhen. Ich halte dafür, dass Kalkulationsfehler nicht korrigierbar sein sollten.

Das Bundesgericht vertritt eine andere Auffassung. Mit Urteil vom 30. Mai 2000 (2P.151/1999), hielt es in E. 3 fest: «Wenn ... der Auftraggeber nach ausdrücklicher Submissionsvorschrift von den Anbietern schon Erläuterungen bezüglich ihres Angebots verlangen kann, so muss er dabei festgestellte offensichtliche Versehen auch korrigieren können, ansonsten diese Regelung in vielen Fällen, insbesondere bei Preisanalysen, ihren Sinn und Zweck verfehlen würde. Eine Berichtigung muss jedenfalls dann zulässig sein, wenn auf Grund der eingeholten Erläuterung der tatsächliche Wille des Anbieters eindeutig feststeht.»

Mit STÖCKLI<sup>79</sup> halte ich diese Rechtsprechung als problematisch, weil sie dazu führt, dass (ausgerechnet) ein Anbieter, der sich geirrt hat, eine zweite Offert-Chance erhält, was ich als Bevorteilung des irrenden Anbieters und Ungleichbehandlung der übrigen Offerenten betrachte und vor dem Hintergrund des kantonalen Verhandlungsverbots ohnehin als unzulässig qualifiziere. Das abschliessende Wort in dieser submissionsrechtlichen Problematik dürfte noch einige Zeit nicht gesprochen sein. Man kann gespannt sein auf die nächste höchstrichterliche Beurteilung.

<sup>78</sup> Vgl. zum Kalkulationsfehler BGE 102 II 82 ff.

<sup>79</sup> HUBERT STÖCKLI, Bundesgericht und Vergaberecht, BR/DC 2002, S. 3 ff.

## Bewertung der Angebotspreise

Dr. Beat Denzler, Rechtsanwalt LL.M.\*, Winterthur

Nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung genügt es in vielen Kantonen, die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt zu geben<sup>80</sup>. Zulässig wäre demnach etwa folgende Formulierung:

«Die Kriterien Preis, Qualität und Umwelt werden in dieser Reihenfolge bewertet.»

Das sagt wenig, ist aber meist «beschwerdefest», jedenfalls wenn man bei der Auswertung nicht übertreibt.

Wer etwas mehr Mathematik vorzeigen, sich aber ebenfalls nicht festlegen möchte, könnte z.B. folgende Matrix bekannt geben:

«Zuschlagskriterien:  
Preis (60%)  
Qualität (30%)  
Umwelt (10%)»

Verschiedentlich wird – über die angeführte Rechtsprechung hinaus gehend – eine solche prozentuale Gewichtung gefordert<sup>81</sup>. Allerdings sagt auch diese Matrix im Grunde nichts aus, sofern nicht zugleich Hinweise abgegeben werden, wie der Preis einerseits und die weichen Faktoren andererseits in Punkte umgerechnet werden<sup>82</sup>. Wer drei Unbekannte mit z. B. 60, 30 oder 10% multipliziert, erhält als Ergebnis wieder drei Unbekannte.

Spielregeln, welche nichts oder nur dem Scheine nach etwas aussagen, sind für Teilnehmende und m.E. auch für die Vergabeinstanzen unbefriedigend.

Die öffentliche Hand verfolgt mit einer Ausschreibung das Ziel, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln<sup>83</sup>. An dieser

Ausgangslage knüpft das Vergaberecht an. Es formuliert die Mindestanforderungen, welche für ein transparentes<sup>84</sup> Verfahren sorgen, in welchem die Bewerber gleich behandelt<sup>85</sup> werden.

\* Meinem Mitarbeiter RA Dr. Christian Laux danke ich herzlich für die Unterstützung bei der Verfassung dieses Aufsatzes.

<sup>80</sup> Dazu die folgenden Entscheide: BGr.: E vom 02.03.2000 (2P.274/1999, E. 3e; www.bger.ch; nicht amtlich publiziert); E vom 21.01.2004 (2P.111/2003; www.bger.ch; nicht amtlich publiziert) – VGr. SG: E vom 21.08.2001 = SGGVP 2001, 21; E vom 21.08.01 = SGGVP 2001, 21 – OGr. UR: E vom 14.07.2000 (OG V 00 28) – VGr. ZH: E vom 24.03.1999 (VB.1998.00372, nicht auf www.vgrzh.ch) = RB 1999 Nr. 62 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 1999 372, E. 3b = BR/DC 4/99, 143 (S35, mit Kommentar); E vom 07.07.1999 (VB.1999.00026, nicht auf www.vgrzh.ch) = RB 1999 Nr. 58 = BEZ 1999 Nr. 26 = ZBI 2000, 271; E vom 04.06.2003 (VB.2002.00383, www.vgrzh.ch); E vom 24.09.2003 (VB.2003.00106, www.vgrzh.ch) – *Offen gelassen*: VGr. ZH: E vom 18.12.2002 (VB.2001.00095, www.vgrzh.ch), mit eingehender Begründung = RB 2002, Nr. 47 = BEZ 2003 Nr. 13. – Siehe auch GALLI/MOSER/LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 443 ff. und 480 ff.

<sup>81</sup> In der Rechtsprechung erstmals VGr. FR, E vom 16.07.1999 (2 A 99 61, abrufbar unter [http://www.fr.ch/tad/arrets\\_word/ac\\_2a\\_99\\_61.doc](http://www.fr.ch/tad/arrets_word/ac_2a_99_61.doc)) = BR 4/99, 142 (S30, mit Kommentar). – In den Kantonen AG (§ 18 Abs. 3 SubmD), AR (Art. 33 Abs. 3 VO), BS (§ 22 Abs. 1 Beschaffungsgesetz) und NE (Art. 18 lit. c LCMP) ist die Gewichtung der Zuschlagskriterien gesetzlich vorgeschrieben (STÖCKLI, Bundesgericht und Vergaberecht, Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, BR/DC 1/02, 8).

<sup>82</sup> VGr. ZH, E vom 18.12.2002 (VB.2001.00095, siehe Fn. 66).

<sup>83</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. c BoeB; Art. 1 Abs. 2 lit. d IVöB (1994); Art. 1 Abs. 3 lit. d revIVöB. BGE 125 II 100, E. 7c = Pra 88, 579.

<sup>84</sup> Art. XVII Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA, SR 0.632.231.42); Art. 4 Abs. 1 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68); Art. 1 Abs. 1 lit. a BoeB; Art. 1 Abs. 2 lit. c IVöB; Art. 1. Abs. 3 lit. c revIVöB.

Das Transparenzgebot gehört zum Kern des Vergaberechts<sup>86</sup>. Es verpflichtet die Vergabebehörde, die entscheidenden Zuschlagskriterien zu nennen. Die Vergabebehörde darf derart bekannt gegebene Kriterien nach erfolgter Ausschreibung nicht abändern<sup>87</sup>. Verboten ist insbesondere die Veränderung nach Eingang der Angebote. Transparenz ist die Voraussetzung für die Überprüfbarkeit des Zuschlags<sup>88</sup>. Das Transparenzgebot steht damit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs nahe und ist wie dieser eine Regel formeller Natur<sup>89</sup>.

Der Transparenzgedanke sollte m.E. ernster genommen werden, nicht nur formal, sondern auch inhaltlich. Die eingangs angeführte Rechtsprechung bleibt hinter diesem Postulat zurück. Mit Blick auf diese Diskrepanz formuliere ich nun sieben Thesen:

## I. Die richtige Preisbewertung gibt es nicht<sup>90</sup>

Verschiedene Kantone haben in Form von Vergabehandbüchern Methoden zur Preisbewertung publiziert<sup>91</sup>. Gelegentlich werden auch in Gerichtsentscheiden Preisbewertungsformeln thematisiert und beurteilt<sup>92</sup>. Die im Laufe einer Beschaffung zu berücksichtigenden technischen und kommerziellen Fragen erfordern Ermessen der Verwaltungsbehörde, auch hinsichtlich Auswahl, Anfang und Ende der Skala<sup>93</sup>. Dieses Ermessen muss nicht unnötig eingeschränkt werden. Der Grundsatz der Transparenz kann durch vorgängige Bekanntgabe der gewählten Preisberechnungsmethode gewahrt werden.

Am einfachsten (und in den meisten Fällen wohl am zweckmässigsten) ist es, dem tiefsten zulässigen Preis das Punktemaximum zuzuteilen und festzulegen, bei welchem Mehrpreis keine Punkte mehr vergeben werden. Zwischen diesen beiden Punkten kann linear interpoliert werden. Andere Methoden sind aber zulässig, z.B.:

- Bildung von Quotienten (Preis/Leistung oder Leistung/Preis);
- die Betrachtung nicht nur der Anschaffungs-, sondern auch der auf den Erwerbzeitpunkt heruntergerechneten Lebenszykluskosten (Life Cycle Costs). Das Preiskriterium darf sich also ebenfalls aus mehreren Elementen zusammensetzen<sup>94</sup>;
- kalkulatorische Abzüge oder Zuschläge für besondere Zielwerte: etwa für kürzere Bauzeiten o.ä. oder für besonders günstige Offertstruktur (z.B. könnte Offerten mit Festpreis wegen besserer Voraussehbarkeit ein Bonus gegenüber Ausmassofferten gewährt werden)<sup>95</sup>;
- unterschiedliche Gewichtungen des Preises im Rahmen von Hauptangebot und Optionen.

## II. Transparenz; die Preisbewertungs-Methode ist offenzulegen

Mit Publikation werden die Zuschlagskriterien verbindlich, nicht nur für die Offerenten, sondern auch für die Vergabebehörde. Daraus folgt: Die Bewertungsmethode muss, erstens, im Vorfeld bekannt gegeben werden, d.h. die Vergabebehörde muss nachvollziehbar erläutern, welche Methode sie einsetzen wird, wie sie z.B. Franken in Punkte umrechnen wird, ob sie Fest- neben Ausmasspreisen zulässt, ob sie diese gleich bewertet oder eine Preisart bevorzugt usw. Zweitens: während des Wettbewerbs darf die Methode nicht mehr geändert werden<sup>96</sup>. Anders gesagt, die Spielregeln sollen vor dem Spiel festgelegt und bekannt gegeben werden, nicht erst, wenn man das Resultat kennt; im Sport eine Selbstverständlichkeit, im Vergaberecht leider (noch) nicht.

Bislang hat meines Wissens noch kein Gericht entschieden, die Preiskurve müsse im Voraus bekannt gegeben werden. Mit Entscheidung vom 21. April 2004 hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich immerhin festgehalten, das Transparenzgebot sei verletzt, wenn die Bewertungsmethode nicht im Voraus für alle Beteiligten voraussehbar sei<sup>97</sup>.

## III. Einfache Preisformeln

Es wird immer eine Illusion bleiben, Ermessen mathematisch exakt zu erfassen. Daher sind einfache Preisformeln anzustreben. Komplizierte Formeln oder Kurven sind nicht unzulässig, wenn sie nicht zu willkürlichen Ergebnissen führen. In der Regel spiegeln sie aber Exaktheit vor, wo es keine Exaktheit gibt. Je komplizierter ein Bewertungsmodell ist, desto schwieriger ist es auch für die Beteiligten, seine Auswirkungen auf die eigenen Offerten zu durchschauen.

<sup>85</sup> Art. 1 Abs. 2 BoeB; Art. 1 Abs. 2 lit. b IVöB; Art. 1 Abs. 3 lit. b revIVöB. VGr. SG, E vom 12.09.2003 (B 2003/70; www.gerichte.sg.ch).

<sup>86</sup> Vgl. GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 219.

<sup>87</sup> Siehe aber BGE 2P.146/2001 vom 06.05.2002 = BR/DC 2002, 163 (Zulässigkeit von neuen Unterkriterien, die mit dem Preiskriterium direkt zusammenhängen).

<sup>88</sup> GALLI/MOSER/LANG (Fn. 66), Rz. 445.

<sup>89</sup> BGE 125 II 86 E. 7c S. 101 ff.; BGr. 24. 08. 2001 (2P.299/2000), E. 2c und E. 4. Im zuletzt genannten Entscheid hat das BGr. offen gelassen, ob die Verletzung stets zur Aufhebung des Entscheids führt. Nach der Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) soll die Aufhebung des Zuschlags die Regel sein (E vom 27.06.2000, RDAF 2000 I 331 ff., 335, E. 4b). Vgl. auch VGr. AG, E vom 03.12.2000 = AGVE 2000 Nr. 75, 337 (Verletzung von § 18 SubmD-AG).

<sup>90</sup> ESSEIVA, BR 2/02, 75, Anmerkung zu S10-S13.

<sup>91</sup> Z.B. Guide pratique AIMP des Kantons GE (Formulare D3 und E20), abrufbar unter [http://www.etat-ge.ch/dael/marche\\_public/aimp/index-guide.html](http://www.etat-ge.ch/dael/marche_public/aimp/index-guide.html); Guide Romand (Kantone BE, FR, GE, JU, NE, TI, VS und VD), Annexes.

<sup>92</sup> VGr. SG, E vom 06.12.2002 (B 2002/93); VGr. ZH, E vom 21.04.2004 (VB.2003.00469, www.vgrzh.ch).

<sup>93</sup> BGr. 10. 03. 03 (2P.172/2002), E. 3.2.

<sup>94</sup> VGr. SG, E vom 11.12.2003 (B 2003/137; www.gerichte.sg.ch). Vorausgesetzt ist jedoch, dass keine Verzerrungen entstehen. Eine minder gewichtige Komponente darf z.B. nicht ein überproportionales Gewicht erhalten (z.B. dürfen sich Nebenkosten im Umfang von 1/20 des Gesamtpreises nicht im Verhältnis 1:9 auswirken, VGr. SG, E vom 21.08.2001 = SGGVP 2001, 21). Vgl. auch VGr. ZH, E vom 19.06.2002 (BV.2001.00360; www.vgrzh.ch); Einbezug des Anfahrtswegs; VGr. SG, E vom 28.08.2003 (B 2003/86 und B 2003/87; www.gerichte.sg.ch).

<sup>95</sup> Nicht jedoch ein Skonto, wenn er nicht den Ausschreibungsunterlagen entspricht, VGr. ZH, E vom 24.09.2003 (VB.2003.00207; www.vgrzh.ch). Ein Skonto darf nur berücksichtigt werden, wenn die Vergabebehörde in der Lage ist, die entsprechende Zahlungsfrist im konkreten Fall einzuhalten, HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001, 1414.

<sup>96</sup> Vgl. VGr. SG, E vom 28.08.2003 (B 2003/86 und B 2003/87; www.gerichte.sg.ch): Es ist unzulässig, einen aus sämtlichen Honoraren gebildeten Mittelwert als Basis der Preisbewertung zu verwenden, wenn in der Ausschreibung für den günstigsten Preis das Punktemaximum angekündigt wurde.

<sup>97</sup> VGr. ZH, E vom 21.04.2004 (VB.2003.00469, E. 2.3; www.vgrzh.ch).

#### IV. Der tiefste zulässige Preis erhält die maximale Punktezahl<sup>98</sup>

Formeln, welche tiefe Preise «bestrafen», sind unzulässig<sup>99</sup>. Unterpunkte sind nicht über die Preisbewertung, sondern über den Ausschluss von Unterangeboten zu erfassen<sup>100</sup>.

#### V. Das Preiskriterium darf nicht nur für den tiefsten Preis nachvollziehbar sein

Es ist im Voraus festzulegen, nach welcher Methode die Punkte für die über dem tiefsten Preis liegenden Preise verteilt werden. In der Regel ist es – wie gesagt – zweckmässig, eine Preiskurve festzulegen, die bei einem bestimmten Prozentsatz des tiefsten Preises (z.B. 150%) bei 0 Punkten endet. Anfangs- und Endpunkt sind mit einer Geraden zu verbinden (lineare Interpolation)<sup>101</sup>. Phantasievollere Kurven (Hyperbeln, Parabeln u.dgl.) sind rechtlich nicht ausgeschlossen. In der Regel ist aber eine einfache Gerade am zweckmässigsten. Methoden, bei denen der Endpunkt vom höchsten Angebot abhängt, sind abzulehnen<sup>102</sup>.

#### VI. Die Bandbreite für das Preiskriterium muss realistisch sein

Preisgewichtung und Preiskurve sind so festzulegen, dass sie einen realistischen Preisbereich abdecken<sup>103</sup>. Bei Standardprodukten (Tiefbau, Hochbau, Fahrzeugerverwerb, EDV-Hardware usw.) ist der Preis stark zu gewichten (z.B. 70%) und ist die Kurve steil zu legen (z.B. 0 Punkte bei 150% des tiefsten Preises<sup>104</sup>). Bei individuellen Produkten (insb. bei Planer- und Entwicklungsaufträgen, welche einen hohen Hebel im Hinblick auf die Folgekosten haben) sind höhere Preisunterschiede zu erwarten und spielt der Preis eine eher untergeordnete Rolle; entsprechend ist der Preis tief zu gewichten und ist die Kurve flach zu legen<sup>105</sup>.

#### VII. Plausibilisierung der weichen Faktoren in Franken

Ziel der Submission ist die wirtschaftliche Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen. Die weichen Faktoren (insb. die verschiedenen Qualitätskriterien) sind nicht Selbstzweck. Sie erlauben der Vergabebehörde zu ermitteln, ob ein Mehrpreis durch einen entsprechenden Mehrwert aufgewogen wird. Wer Qualitätspunkte verteilt, verteilt Franken. Dies muss sich die Vergabe-

behörde vor Augen halten, bei der Festlegung der Zuschlagskriterien ebenso wie bei der Auswertung der Angebote.

Das Preiskriterium – und das mag überraschen – ist besonders anfällig für Manipulationen. Schon eine leichte Änderung der Preiskurve kann das Resultat einer Ausschreibung fundamental ändern. Transparenz kann nicht jede Manipulation verhindern. Es liegt aber auch und vor allem im Interesse der Vergabeinstanzen, Regeln festzulegen, die den Spielraum für Manipulationen möglichst einschränken. Auch hier gilt, dass Prävention besser ist als Repression.

### Anhang 1: Checkliste für die Bewertung des Preises

#### A Vorbereitung der Ausschreibung

- Welche Positionen der Offerte bilden die Grundlage für die Preisbewertung (wichtig insb. bei Aufträgen mit gemischten Preisformen wie z.B. Kombinationen von Global-/Pauschalpreisen mit Einheitspreisen sowie bei Aufträgen nach Zeitaufwand)?
- Sollen ein Bonus-/Malussystem oder andere kalkulatorische Elemente (z.B. bevorzugte Preisart) bei der Preisbewertung berücksichtigt werden; falls ja, wie?
- Ist ein (a) Standardauftrag (z.B. Tiefbau, Fahrzeuge, EDV-Hardware) oder (b) ein Individualauftrag (z.B. Gutachten, Projektleitung usw.) zu vergeben?
- Welche Skala zur Bewertung der Zuschlagskriterien soll verwendet werden? (Empfehlung: 100-er Skala; d.h. insgesamt sind maximal 100 Punkte erzielbar)
- Wie soll der Preis gewichtet werden? (Empfehlung bei Standardaufträgen 60 – 80%, bei Individualaufträgen 30 – 50%)
- Wie soll die Preiskurve festgelegt werden? (Empfehlung: Maximalpunktzahl beim tiefsten Preis, 0-Punkt bei Standardaufträgen 125–150%, bei Individualaufträgen bei 175–250%; Verbindung dieser Punkte mit einer Geraden, d.h. lineare Interpolation.)
- Sollen Preise über dem festgelegten 0-Punkt mit Minuspunkten belegt werden? (Empfehlung: ja)
- Ist das gewählte System im Verhältnis zu den weichen Faktoren ausgewogen? (Empfehlung: Plausibilisierung anhand von Erfahrungswerten)

#### B Auswertung der Angebote

- Bestimmen des tiefsten zulässigen Angebots.
- Es ist sicherzustellen, dass die weichen Faktoren mit Blick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen sachgerecht bewertet wer-

<sup>98</sup> VGr. ZH, E vom 23.11.2001 (VB.2001.00008) = RB 2001 Nr. 49; BEZ 2002 Nr. 12; BR 2/02, 75 (Entscheid S11, mit Kommentar). Siehe auch ESSEIVA, BR/DC 2/02, 75, Anmerkung zu S10–S13.

<sup>99</sup> BGr. 18. 10. 2001 (2P.153/154/2001); VGr. VD, E vom 23.04.2001 (GE 00/0161) = BR/DC 2/02, 75 (Entscheid S12); VGr. ZH, E vom 21.06.2001 (VB.2000.00379; www.vgrzh.ch); VGr. ZH, E vom 21.04.2004 (VB. 2003.00469; www.vgrzh.ch); GALLI/MOSER/LANG (Fn. 66), Rz. 471. Hingegen: BGr. 06. 05. 2002 (2P.85/2001); BGr. 10. 03. 2003 (2P.172/2002). Vgl. auch VGr. SG, E vom 24.10.2002 (B 2002/63) (mit Differenzierung).

<sup>100</sup> Vgl. VGr. JU, E vom 19.10.2000 (21/00) = BR/DC 2/01, 71 (Entscheid S27); VGr. ZH, E vom 23.11.2001 (VB.2001.00008; vgl. Fn. 85). Hingegen: VGr. FR, E vom 22.05.2001 (2A 01 21) = BR/DC 2/02, 75 (Entscheid S10).

<sup>101</sup> Das teuerste Angebot muss nicht zwingend mit der schlechtesten Note («0») bewertet werden, VGr. SG, E vom 11.12.2003 (B 2003/137; www.gerichte.sg.ch); VGr. ZH, E vom 21.04.2004 (VB.2003.00469; www.vgrzh.ch); denn sonst würde erheblich von der linearen Interpolation abgewichen, was insbesondere bei nahe beieinander liegenden Offerten zu Verzerrungen führen kann, vgl. VGr. ZH, E vom 06.06.2001 (VB.2000.00391; www.vgrzh.ch).

<sup>102</sup> Siehe aber VGr. SG, E vom 06.12.2002 (B 2002/93; www.gerichte.sg.ch).

<sup>103</sup> VGr. ZH, E vom 28.10.2002 (VB.2002.00033, nicht auf www.vgrzh.ch) = RB 2002 Nr. 51; BEZ 2003 Nr. 14; VGr. ZH, E vom 18.12.2002 (VB.2001.00095, siehe Fn. 66); VGr. ZH, E vom 11.09.2003 (VB.2003.00188; www.vgrzh.ch); VGr. ZH, E vom 21.04.2004 (VB.2003.00469; www.vgrzh.ch).

<sup>104</sup> So z.B. die Beschaffungsfibel des Kantons BL, 44; vgl. VGr. BS, E vom 04.07.2001 = BJM 2002 230 ff.

<sup>105</sup> VGr. ZH, E vom 21.04.2004 (VB.2003.00469; www.vgrzh.ch).

den. (Empfehlung: Es ist zu ermitteln, was ein Punkt in Franken wert ist, damit man sich bewusst wird, wie viel man für erhoffte bessere Qualität oder sonstige Faktoren wie z. B. Lehrlingsausbildung in Franken ausgeben will. Die Punkte können wie folgt in Franken umgerechnet werden:

$$\text{CHF pro Punkt} = \frac{\text{Preis A} - \text{Preis B}}{\text{Punkte B} - \text{Punkte A}}$$

Es können zwei beliebige Angebote genommen werden; Ausnahme: Angebote über dem Endpunkt der Preiskurve, wenn keine Minuspunkte vergeben werden.

## Anhang 2: Formel für die Benotung der Angebotspreise

(Bei Anwendung des im Text empfohlenen Systems)

$$\text{Punkte} = M * \frac{P_{\max} - P}{P_{\max} - P_{\min}} * G\%$$

- M = Maximale Punktezahl aller Zuschlagskriterien (Bewertungsskala)
- P = Preis des zu bewertenden Angebots
- P<sub>min</sub> = Preis des tiefsten zulässigen Angebots
- P<sub>max</sub> = Preis, bei welchem die Preiskurve den Nullpunkt schneidet, berechnet wie folgt: P<sub>min</sub> \* F%
- F = Faktor zur Bestimmung des Nullpunktes (in Prozentpunkten)
- G = Gewichtung des Preises (in Prozentpunkten)

Beispiel: Angebote A 100, B 110 und C 140; 0-Punkt bei 150%; Gewichtung 70%; maximale Punktezahl aller Zuschlagskriterien 100: A erzielt 70 Punkte, B 56 Punkte, C 14 Punkte.

## Verschieben von Einheitspreisen in eine Pauschalpreisposition

Andreas Bass, Rechtsanwalt, Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement Graubünden

### I. Problemstellung

Darf ein Anbieter die Vergütung für Leistungen, die im Leistungsverzeichnis in einer mengenabhängigen Einheitspreisposition zu offerieren sind, ganz oder teilweise in eine Pauschal- oder Globalpreisposition des Leistungsverzeichnisses verschieben? Sowohl das Bundesgericht (Urteil vom 27.11.2002; 2P.164/2002) als auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (Urteil vom 3.12.2003; VB.2003.00256) haben sich mit dieser Frage auseinandergesetzt. Für Anwender und Praktiker des Vergaberechts lohnt es sich, diese beiden nachstehend kurz vorgestellten Entscheide in ihrer ausführlichen Länge zu lesen.

### II. Urteil des Bundesgerichts

#### A Sachverhalt

Im Rahmen der Offertbereinigung und -kontrolle hat der Auftraggeber festgestellt, dass die Firma A. im Leistungsverzeichnis bei zwei Positionen einen ungewöhnlich niedrigen Einheitspreis eingesetzt hat. Dies hat die Bauherrschaft veranlasst, von A. eine Erklärung für diese ungewöhnlich tiefen Einheitspreise einzuverlangen. Die Firma A. begründete in der Folge die tiefen Einheitspreise damit, dass sie die effektiven Kosten dieser beiden Einheitspreispositionen in die global zu offerierende Position «Baustelleneinrichtung» eingerechnet habe.

#### B Erwägungen

Im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung darf eine wesentliche Umlagerung von Einheitspreisen in eine sachfremde Globalpreisposition nicht akzeptiert werden. Eine solche Verschiebung verunmöglicht sowohl eine korrekte Analyse der offerierten Preise als auch einen direkten Vergleich mit den anderen eingereichten Angeboten. Zudem trägt der Auftraggeber bei einer derart gestalteten Offerte das Mehrkostenrisiko für den Fall von Mengenreduktionen. Darüber hinaus stellt die Umlagerung im Ergebnis eine ungerechtfertigte Kreditgewährung dar, weil die entsprechende Forderung bereits zu Beginn der Bauarbeiten fällig wird. Gemäss Art. 145 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 146 der SIA-Norm 118 schuldet nämlich der Bauherr dem Unternehmer für die Baustelleneinrichtung nach Erreichen der vollständigen Betriebsbereitschaft (d.h. faktisch zu Beginn der Bauarbeiten) bereits 80% des offerierten Globalpreises. Eine solche verfrühte Vergütungszahlung würde beim Auftraggeber folglich auch Zinsverluste hervorrufen, die unter dem Zuschlagskriterium Preis zu berücksichtigen wären.

### II. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich

#### A Sachverhalt

Die Bauherrschaft hatte im Kapitel «Lärmschutzwände» bei den Positionen «Glas- und Aluminiemelemente» deutlich zu hohe Mengen eingesetzt als aufgrund der Pläne erforderlich war. Der Anbieter B. hat diesen Mangel erkannt und die von ihm offerierten Einheitspreise im Kapitel Lärmschutzwände künstlich tief gehalten, indem er 90% bzw. 60% der auf diese Positionen entfallenden Materialkosten ins Kapitel «Baustelleneinrichtung» übertrug.