

**60 Preisbewertung.**

- **Bewertungssysteme (Erw. 4/c).**
- **Unzulässige nachträgliche Anpassung der Preisbewertung (Erw. 4/d).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 16. Juni 2003 in Sachen J. AG gegen Stadt Baden.

*Aus den Erwägungen***4. Streitig ist die Bewertung des Preises.**

a) Die Vergabebehörde hat ein "Bewertungssystem zu den Angeboten A1/A2/B1/B2" erstellt bzw. von der B. erstellen lassen. Danach sollte das tiefste Angebot (= Summe der Pauschalen Phase 3/4 und des aus dem Honorarprozentsatz und einer durch das Beurteilungsgremium definierten honorarberechtigten Bausumme errechneten Honorars für die Phase 5) das Maximum von 30 Punkten erhalten. Die restlichen Angebote sollten "gemessen am tiefsten Angebot" bewertet werden. Dies wurde den Anbietenden im Rahmen der Fragenbeantwortung auch so bekannt gegeben.

Vorgesehen war, die jeweils tiefsten Angebote für B1 und B2 mit 30 Punkten zu bewerten, während diejenigen Angebote, die 100% über dem niedrigsten Angebot lagen, 0 Punkte erhalten sollten. Die übrigen Angebote sollten linear bewertet werden. In der Folge gelangten bei der Bewertung der Angebote beim Projekt B1 und beim Projekt B2 jedoch unterschiedliche Bewertungsmodi zur Anwendung. Beim Projekt B1 wurde das tiefste Angebot mit 30 Punkten und das höchste Angebot mit 0 Punkten bewertet. Dazwischen wurde eine lineare Punkteverteilung vorgenommen. Die Bewertung des Projekts B2 erfolgte wie ursprünglich vorgesehen. Einem E-mail-Schreiben vom 25. Februar 2003 lässt sich entnehmen, dass es beim Projekt B1 zu einer Änderung der ursprünglich vorgesehenen Bewertungsskala gekommen ist. Die Anpassung sei erforderlich geworden, weil zwei Anbieter sehr tief offeriert hätten; andernfalls hätten alle übrigen Anbieter beim Preis 0 Punkte gehabt. Die Vergabebehörde habe es so zudem vermeiden können, die Frage

zu prüfen, ob seitens der Beschwerdeführerin ein Unterangebot vorgelegen habe. Hätte die Vergabebehörde die beiden ungewöhnlich niedrigen Angebote der R./L. und der Beschwerdeführerin auf ihre Seriosität prüfen wollen, hätte sie sich in unzulässiger Weise "auf die Äste hinauswagen" müssen.

b) Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist die Bewertung des Honorars durch die nach der Offertöffnung erfolgte Festlegung unterschiedlicher Bewertungsmodi willkürlich erfolgt. Die Beantwortung der Frage 3.4 durch den Anhang "Bewertungssystem zu den Angeboten A1/A2/B1/B2" zeige klar, dass alle vier Ausschreibungen die gleiche Bewertungsskala aufweisen würden. Die spätere Änderung bzw. Verzerrung der Bewertungsskala entspreche nicht mehr der Beantwortung der unter 3.4 gestellten Fragen. Die Beschwerdeführerin vertritt daher den Standpunkt, der ursprünglich vorgesehene Schlüssel B2 sei für den Vergabeentscheid beider Submissionen heranzuziehen.

c) Unbestreitbar ist, dass mit der Art und Weise der Bewertung des Angebotspreises die Gesamtbewertung unabhängig von der einheitlichen und objektiven Bewertung der restlichen Zuschlagskriterien erheblich beeinflusst werden kann. Weit verbreitet sind die linearen Bewertungssysteme, bei denen das preisgünstigste Angebot die Maximalpunktzahl erzielt, und ein Angebotspreis, der dieses preisgünstigste Angebot *um einen bestimmten Prozentsatz* überschreitet, keine Punkte mehr erzielt, während die dazwischenliegenden Angebote linear interpoliert bewertet werden. Die lineare Gleichung (Neigung der Geraden) wird in der Regel für jedes Vergabeverfahren gesondert festgelegt, zumeist erst nach der Offertöffnung. Zumindest die Möglichkeit, dass damit das Resultat der jeweiligen Gesamtbewertung beeinflusst werden kann, lässt sich nicht leugnen. Ebenfalls verbreitet sind (lineare) Bewertungssysteme, die in Abhängigkeit vom höchsten und vom tiefsten eingegangenen Angebot erfolgen, indem das tiefste Angebot das Punktemaximum und das teuerste Angebot - ungeachtet der effektiven Preisdifferenz - 0 Punkte (oder eine Minimalpunktzahl, z.B. 25 Punkte) erhält. Auch diese Bewertungsmethode ist keineswegs unproblematisch. Geht z.B. ein sehr teures Angebot ein, kann dies im Extremfall zur

Folge haben, dass trotz der bekannt gegebenen hohen Gewichtung des Preises durchaus nennenswerte Preisunterschiede zwischen den übrigen Anbietern bewertungsmässig kaum mehr ins Gewicht fallen. Liegen das tiefste und das höchste Angebot dagegen nahe beisammen, wirken sich auch verhältnismässig geringe Preisunterscheide punktemässig sehr deutlich aus. Die Bedeutung, die dem Preis im Gefüge der Zuschlagskriterien tatsächlich zukommt, hängt damit davon ab, innerhalb welcher Bandbreite sich die eingereichten Angebotssummen bewegen. Je näher die einzelnen Angebotssummen beisammen liegen, desto stärker wirken sich auch kleine Preisunterschiede auf die Bewertung aus und desto grösser wird die Bedeutung, die dem Preis schliesslich für den Zuschlag zukommt (VGE III/33 vom 30. April 2002 [BE.2002.00041] in Sachen ARGE A., S. 47 f.; vgl. zur Preisbewertung auch Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: AJP/PJA 2001, S. 1420; Jacques Pictet/Dominique Bollinger, Aide multicritère à la décision: Aspects mathématiques du droit suisse des marchés publics, in: BR 2000, S. 64).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist in erster Linie entscheidend, dass ein Bewertungs- oder Benotungssystem im Grundsatz sachgerecht ist und einheitlich, d.h. auf alle Anbietenden bzw. auf alle Angebote in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben angewendet wird. Das Verwaltungsgericht beschränkt sich im Rahmen seiner (beschränkten) Kontrollbefugnisse auf die Überprüfung dieser Gesichtspunkte; ihm kommt nicht die Funktion einer "Ober-Vergabebehörde" zu. Welches System letztlich Anwendung findet und wie es im Detail ausgestaltet ist, ist dabei von eher untergeordneter Bedeutung. Auch bei der Bewertung des Preises gilt, dass das Verwaltungsgericht die von der Vergabestelle gewählte Vorgehensweise respektieren muss, sofern diese nicht völlig sachfremd ist oder auf die einzelnen Anbieter unterschiedlich angewendet wird (VGE III/158 vom 26. November 1998 [BE.1998.00289] in Sachen G. AG, S. 9 mit Hinweisen).

d) Im vorliegenden Fall hat sich die Vergabebehörde zu Beginn des Verfahrens dafür entschieden, diejenigen Angebote, die das preislich günstigste Angebot um 100% oder mehr überschritten, beim

Zuschlagskriterium "Honorarofferte" mit 0 Punkten zu bewerten. Den Anbietenden wurde im Rahmen der Fragebeantwortung lediglich bekannt gegeben, dass das tiefste Angebot mit 30 Punkten und die übrigen Angebote "gemessen am tiefsten" bewertet würden. Darüber, wie die Bewertung im Einzelnen vorgenommen werden sollte, wurden keine Angaben gemacht. Jedoch durften die Anbieter angesichts der Fragebeantwortung (bzw. des ihnen zur Kenntnis gebrachten Bewertungssystems) davon ausgehen, dass auf die Angebote A1/A2/B1/B2 das selbe Bewertungssystem zur Anwendung gelangen würde.

Die Abweichung vom vorgesehenen Bewertungssystem begründet die Vergabebehörde damit, dass beim Projekt B1 zwei im Vergleich zu den restlichen vier auffallend niedrige Angebote eingebracht worden seien. Ihr Argument, durch die Anpassung der Bewertungsskala für das Projekt B1 habe sie es vermeiden können, zu prüfen, ob es sich dabei um Unterangebote handle, ist nicht haltbar. Hat die Vergabebehörde wegen des tiefen Preises den begründeten Verdacht, es liege ein Unterangebot vor, hat sie die erforderlichen Abklärungen vorzunehmen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 536 ff). Dieser Verpflichtung kann sie sich nicht einfach durch eine entsprechende Ausgestaltung - oder hier sogar nachträgliche Anpassung - der Preisbewertung entziehen (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 547). Hätten die Abklärungen ergeben, dass die Angebote tatsächlich nicht kostendeckend sind, wäre die Vergabebehörde nach der Praxis des Verwaltungsgerichts berechtigt gewesen, diese von der Vergabe auszuschliessen, selbst wenn die Einhaltung der Submissionsbedingungen an sich gewährleistet gewesen wäre (AGVE 1997, S. 367 ff.; Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 543, insbes. Fn. 1082).

Nicht haltbar ist aber auch das von der Vergabebehörde zur Hauptsache vorgebrachte Argument, sie habe mit der Anpassung vermeiden wollen, dass die restlichen vier Angebote wegen der beiden Tiefpreisofferten alle undifferenziert mit 0 Punkten hätten bewertet werden müssen. Eine solche nachträgliche Anpassung des Bewertungssystems liesse sich wegen der damit verbundenen Manipulationsgefahr einzig dann rechtfertigen, wenn es auf Grund der

Beibehaltung des ursprünglichen Bewertungssystems zu einer Verzerrung bzw. Verfälschung der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien kommen würde. Im vorliegenden Fall kommt dem Preis lediglich ein Gewicht von 30% zu. Das Hauptgewicht liegt bei den Zuschlagskriterien "Präsentation" und "Fragebeantwortung" mit insgesamt 70%. Auch die Nullbewertung eines Anbieters mit einem teuren Angebot beim Preis führt nicht zwangsläufig dazu, dass er den Zuschlag selbst nicht mehr erhalten kann. Ein bei diesen beiden Kriterien mit dem Maximum und beim Preis mit 0 benoteter Offerent erhält insgesamt 70 Punkte. Der preisgünstigste Anbieter, der bei den beiden qualitativen Kriterien schlecht oder nur durchschnittlich (halbe Punktzahl) abschneidet, liegt klar darunter.

Die nachträgliche Anpassung des Bewertungssystems beim Preis lässt sich im vorliegenden Fall somit sachlich nicht rechtfertigen. Vielmehr hätte die Vergabebehörde auch beim Projekt B1 den ursprünglich gewählten Bewertungsmodus beibehalten und - um unerwünschte Unterangebote allenfalls ausschliessen zu können - die beiden Angebote mit dem auffallend niedrigen Preis im Hinblick auf die Unterangebotsproblematik näher prüfen müssen.

**61 Preisbewertung; Vorbehalte mit Kostenauswirkungen.**

- **Vorbehalte bezüglich Mehrkosten, die nicht ohnehin zusätzlich vergütet werden müssen (wie beispielsweise Mehrkosten wegen ausserordentlicher Umstände im Sinne von Art. 373 Abs. 2 OR, schuldhaften Verhaltens des Bestellers, Annahmeverzugs oder Beststellungsänderungen) können einen Abzug bei der Preisbewertung rechtfertigen.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 25. November 2003 in Sachen K. AG gegen Gemeinderat Windisch.

*Aus den Erwägungen*

3. a) Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Offerte u.a. die folgenden "Ergänzungen und Bemerkungen zum Angebot" angebracht: