



## «Plausibilisierung ja, aber...»

### Neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Plausibilitätsprüfungen im Vergabeverfahren

**Autor:** Thomas Geiger

*"registered access only"*

**Beitragsarten:** Urteilsbesprechungen

**Rechtsgebiete:** Vergaberecht

**Zitiervorschlag:** Thomas Geiger, «Plausibilisierung ja, aber...», in: Jusletter 2. Oktober 2017

*In einem zur Publikation vorgesehenen Urteil (2C\_1021/2016 und 2D\_39/2016 vom 18. Juli 2017) hat das Bundesgericht in Fünferbesetzung entschieden, dass Plausibilitätskriterien bei der Angebotsbewertung möglich sind, solange dabei nicht der Angebotspreis als solcher, sondern die vom Angebot umfassten Leistungen nach anderen (qualitativen) Kriterien beurteilt werden. Im Beitrag wird das Urteil zusammengefasst und besprochen.*

#### Inhaltsverzeichnis

1. Grundsätzliches zur Zulässigkeit von Plausibilitätsprüfungen im Vergaberecht
2. Anwendung auf den konkreten Fall
3. Fazit und Würdigung

#### 1. Grundsätzliches zur Zulässigkeit von Plausibilitätsprüfungen im Vergaberecht

[Rz 1] Die Bewertung des Angebots unter dem Titel der «Plausibilität» ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unzulässig, sofern sich dieses Kriterium (unmittelbar) auf den Angebotspreis als solchen bezieht. Die in **BGE 130 I 241**<sup>1</sup> noch offen gelassene Frage, ob ungewöhnlich niedrige Angebote allein aufgrund ihres tiefen Preises sanktioniert werden dürfen, wird vom Bundesgericht nunmehr beantwortet und verneint.<sup>2</sup> Angebote, die unter den Gestehungskosten liegen (sog. «Unterangebote») sind deshalb als solche nicht unzulässig, solange der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen gleichwohl erfüllt. Bestehen daran Zweifel, etwa weil das (Unter-) Angebot ungewöhnlich niedrig ist, kann die Vergabestelle ergänzende Erkundigungen einholen.<sup>3</sup>

[Rz 2] Andere Aspekte einer Offerte im Rahmen der Zuschlagskriterien unter dem Gesichtswinkel der «Plausibilität» zu bewerten, sei hingegen zulässig, solange damit in objektiver Weise die Leistungen bewertet werden, die vom Angebotspreis abgedeckt sind («Qualitätsbewertung»). In diesem Fall diene das Kriterium der «Plausibilität» in grundsätzlich zulässiger Weise der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots.<sup>4</sup>

#### 2. Anwendung auf den konkreten Fall

[Rz 3] Zur Vergabe von Ingenieurleistungen für die Planung und Projektierung der Erneuerung des Seewasserwerks Moos eröffnete die Stadt Zürich ein offenes Submissionsverfahren, wobei gemäss den allgemeinen

Submissionsbedingungen folgende Zuschlagskriterien galten: Qualität des Angebots (30%), Honorarofferte (30%), Referenzen (20%) und Qualifikation des Anbieters (20%).

- [Rz 4] Das Honorar war auf der Grundlage einer Kostenschätzung der Stadt Zürich für verschiedene Projektphasen als Pauschalpreis zu offerieren, d.h. die Anbieter waren an diese Pauschale selbst dann gebunden, wenn sich ihre Kalkulation nachträglich als fehlerhaft und die tatsächlichen Kosten als höher erwiesen. Den Anbietern stand es daher offen, nicht kostendeckend zu offerieren, sofern das Angebot den gestellten Anforderungen genügte und waren entsprechend nicht verpflichtet, die (in einer Prognosesicht) tatsächlich anfallenden Kosten vollständig im Offertpreis einzurechnen.<sup>5</sup>
- [Rz 5] Zur Bewertung des Zuschlagskriteriums «Honorarofferte» führten die Submissionsbedingungen die Unterkriterien «Offertsumme» (Gewichtung 70%), «Ansätze für Zusatzleistungen» (10%) und «Plausibilität» (20%) auf, letzteres Unterkriterium versehen mit dem Hinweis, dass «Abzüge für nicht plausible Annahmen oder Berechnungen vorgenommen» würden.
- [Rz 6] In Bezug auf das Unterkriterium «Plausibilität» hat die Vergabestelle sodann weitere Subkriterien gebildet:
- «Nachvollziehbarkeit der Honorarberechnung»;
  - «Plausibilisierung des Stundenaufwands»; sowie
  - «Kommentar[e], Bemerkungen [zur Kalkulation]».
- [Rz 7] Nach Auffassung des Bundesgerichts beziehen sich diese Subkriterien gerade nicht direkt auf den Angebotspreis, sondern ermöglichen eine objektive Einschätzung der Qualität des Angebots («Qualitätsprognose»<sup>6</sup>).
- [Rz 8] Eine realistische Einschätzung des Komplexitätsgrads durch den Anbieter gebe *erstens* Aufschluss über die Qualität des Angebots und könne sich auf die Auftragserfüllung auswirken («Nachvollziehbarkeit der Honorarofferte»). *Zweitens* berücksichtige die Stadt Zürich, ob mit dem vorgesehenen personellen Aufwand die verlangten Leistungen in Qualität und Umfang vernünftigerweise erbracht werden können. Dabei gelte es zu berücksichtigen, dass im Rahmen komplexer Dienstleistungsaufträge ein grundsätzlicher Zusammenhang zwischen Leistungsqualität und Personaleinsatz nicht von der Hand zu weisen sei. Damit sei zwar weder gesagt, dass die Qualität einer Leistung mit Einsatz von mehr Personal stets zunimmt, noch dass Anbieter einen tiefen Personalaufwand mit Erfahrung, Qualifikation oder Innovation nicht wettmachen können. Beides habe die Vergabestelle zu beachten, was hier der Fall gewesen sei («Plausibilisierung der Stunden»<sup>7</sup>). *Drittens* würden Kommentare und Bemerkungen zur Kalkulation einer Honorarofferte ihrerseits Hinweise auf die Qualität des Anbieters und der vorgesehenen Leistungserbringung geben, womit sich die Stadt Zürich auch hier eines objektiven Entscheidkriteriums bedient habe («Kommentar, Bemerkungen»).
- [Rz 9] Auch lässt das Bundesgericht den Einwand der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin, die Plausibilitätsprüfung sei mit Blick auf die in der Ausschreibung verlangten Pauschalangebote mit Fixpreisen von vornherein unzulässig, nicht gelten<sup>8</sup>. Ein solcher Einwand möge zwar bei Leistungen zutreffen, die nach Eigenschaft, Qualität und Umfang bereits in der Ausschreibung und den zugehörigen Unterlagen detailliert bestimmt werden können. Im Rahmen komplexer Beschaffungen bleibe es der Vergabestelle demgegenüber auch bei Angeboten zu Pauschalpreisen unbenommen, deren «Plausibilität» im Sinne einer Qualitätsbewertung einzuschätzen. Dabei handle es sich im Vergleich zum Ausschluss eines Anbieters wegen (wahrscheinlicher) Abweichungen der Offerte vom ausgeschriebenen Leistungsumfang um die mildere Massnahme.
- [Rz 10] Angesichts des Umstands, dass die Stadt Zürich die «Plausibilität» der Offerten als Unterkriterium im Zuschlagskriterium «Preis» bewertete, prüfte das Bundesgericht weiter, ob ein solches Vorgehen mit dem

Transparenzprinzip und den praxisgemäss geltenden Vorgaben zur Mindestgewichtung des Zuschlagskriteriums «Preis» vereinbar ist:

- *Transparenzgebot*<sup>9</sup>: Beim Unterkriterium «Plausibilität» handle es sich um ein sog. «preisfremdes» Kriterium, was mit dem Transparenzprinzip nicht ohne weiteres vereinbar sei. In der Ausschreibung habe die Stadt Zürich jedoch ausdrücklich auf dieses Unterkriterium hingewiesen und erwähnt, dass «Abzüge für nicht plausible Annahmen oder Berechnungen vorgenommen» würden. Folglich sei für die Anbieter hinreichend erkennbar gewesen, dass im Rahmen des Unterkriteriums «Plausibilität» nicht eigentlich der Angebotspreis bewertet, sondern eine qualitative Einschätzung des Angebots vorgenommen werde.
- *Auswirkungen auf die effektive Preisgewichtung*<sup>10</sup>: Mit Verwendung des preisfremden Unterkriteriums «Plausibilität» (Gewichtung 20%) verringerte sich die effektive Gewichtung des Zuschlagskriteriums «Preis» von 30% auf 24%. Da das ebenfalls nicht auf den Grundpreis bezogene zweite Unterkriterium «Ansätze für Zusatzleistungen» seinerseits mit 10% gewichtet wurde, floss der Preis für das Grundangebot (drittes Unterkriterium: 70%) noch mit einer Gewichtung von 21% in die Gesamtbewertung der Offerte ein. Diese tiefe(re) Gewichtung sei mit Blick auf die bundesgerichtliche Praxis, wonach der Preis auch bei komplexen Beschaffungen im Umfang von mindestens 20% Berücksichtigung finden müsse, «gerade noch zulässig».

[Rz 11] Vor diesem Hintergrund hiess das Bundesgericht die gegen das vorinstanzliche Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich erhobenen Beschwerden gut und bestätigte den ursprünglichen städtischen Zuschlagsentscheid.<sup>11</sup>

### 3. Fazit und Würdigung

[Rz 12] Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Bewertung des Angebots unter dem Titel der «Plausibilität» grundsätzlich unzulässig ist, sofern sich dieses Kriterium (unmittelbar) auf den Angebotspreis als solchen bezieht. Die Stadt Zürich bewegte sich als Vergabebehörde innerhalb des Beurteilungsspielraums, der ihr im Rahmen ihrer Gemeindeautonomie auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens zusteht; namentlich: Festlegung des Verfahrens, der Zuschlagskriterien und Entscheid- resp. Bewertungsermessen bei der Zuschlagserteilung.

[Rz 13] Die Verwendung eines Zuschlagskriteriums unter dem Titel der «Plausibilität» war in der konkreten Ausgestaltung zulässig, weil es nicht den Angebotspreis als solchen, sondern die vom Angebot umfassten Leistungen nach zulässigen Kriterien beurteilte. Hierfür geeignete Subkriterien sind mit Blick auf das vorliegende Urteil z.B.: Nachvollziehbarkeit der Honorarofferte, Plausibilisierung der Stunden sowie Kommentare/Bemerkungen zur Kalkulation der Honorarofferte.

[Rz 14] Es ist daher zulässig, die Plausibilität der Qualität des Angebots zu bewerten. Die Vergabestelle darf also beispielsweise einen Abzug machen, wenn der Anbieter den mit dem Projekt verbundenen Aufwand signifikant unterschätzt und/oder die Schwierigkeit des Projekts nicht erkennt (einen viel zu tiefen Schwierigkeitsfaktor annimmt) und damit Anlass zur Befürchtung gibt, dass sich im Verlauf des komplexen, mehrjährigen Projekts Auseinandersetzungen über Nachträge und Zusatzleistungen ergeben würden. Dabei erscheint es mit Blick auf das vorliegende Urteil empfehlenswert, den betreffenden Anbieter in der Bewertungsphase zunächst auf die erheblichen Abweichungen aufmerksam zu machen und ihm in Nachachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör Gelegenheit für entsprechende Erläuterungen einzuräumen.

[Rz 15] Das Bundesgericht erachtete es auch mit dem Transparenzgebot als gerade noch vereinbart, die Plausibilität als Unterkriterium zum Zuschlagskriterium «Preis» zu beurteilen. In solchen Fällen erscheint es aber zwingend, dass die Vergabebehörde in der Ausschreibung ausdrücklich auf dieses Vorgehen hinweist und die Anbieter im Voraus erkennen können, was unter der zu beurteilenden «Plausibilität» zu verstehen ist (z.B. Hinweis darauf, dass für nicht plausible Annahmen oder Berechnungen Abzüge vorgenommen werden, also keine eigentliche Preisbewertung, sondern eine qualitative Einschätzung des Angebots vorgenommen wird).

- [Rz 16] Plausibilitätskriterien sind somit sowohl als eigenständige Qualitätskriterien möglich wie auch unter dem Preiskriterium, solange dadurch die Preisgewichtung insgesamt nicht unter 20% fällt. Obschon vom Bundesgericht vorliegend nicht ausdrücklich gefordert, erscheint es aber mit Blick auf die vergaberechtlichen Grundsätze der Fairness und Verfahrenstransparenz geboten, die Plausibilitätsprüfung in der Ausschreibung als eigenständiges, d.h. insbesondere vom Preis unabhängiges, Zuschlagskriterium zu definieren. Zumal so die effektive Gewichtung der einzelnen Kriterien von Anfang bekannt ist und zugleich klargestellt werden kann, dass sich die Plausibilitätsprüfung nicht auf den Preis, sondern die Qualität des Angebots bezieht.
- [Rz 17] Ob neben der Angebotsqualität auch andere Zuschlagskriterien (bspw. Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert etc.<sup>12</sup>) einer Plausibilitätsprüfung zugänglich sind, musste das Bundesgericht nicht beantworten. Solange kein unmittelbarer Preisbezug gegeben ist (und die sachliche Begründetheit des zu plausibilisierenden Kriteriums im Hinblick auf das konkrete Beschaffungsgeschäft gegeben ist), spricht m.E. nichts gegen weitergehende Angebotsplausibilisierungen.
- [Rz 18] Es wird sich überdies zeigen müssen, ob bzw. inwiefern eine qualitätsbezogene Plausibilitätsprüfung (mit Abzügen für unterschätzten Aufwand und/oder Schwierigkeitsfaktor) noch greifen kann, wenn der Anbieter im Zeitpunkt der Angebotseinreichung geltend macht, dass er den Aufwand/Schwierigkeitsfaktor aus kommerziellen Gründen («Unterangebot») tief angesetzt hat, seine Begründung also bewusst auf preisliche und nicht qualitative Komponenten abstützt. Jedenfalls dürften bewusst tief angesetzte Preise (weiterhin) zu keinem Abzug unter dem Titel «Plausibilität» führen. Aufgrund des Gleichbehandlungsprinzips kann es aber dennoch geboten sein, die Kalkulation des Angebots zu überprüfen und allenfalls ergänzende Erkundigungen bei der Anbieterin einzuholen (bspw. zur Berücksichtigung allfälliger Quersubventionierungen).<sup>13</sup>

---

THOMAS GEIGER, Rechtsanwalt, Kellerhals Carrard Bern.

---

1 Vgl. dort E. 7.3 S. 255 f.

2 Vgl. Urteil des Bundesgerichts [2C\\_1021/2016](#) und [2D\\_39/2016](#) vom 18. Juli 2017 E. 7.1.

3 Vgl. Urteil des Bundesgerichts [2C\\_582/2016](#) vom 22. Mai 2017 E. 5.2; [BGE 141 II 14](#) E. 10.3 S. 48 f.

4 Vgl. Urteil des Bundesgerichts [2C\\_1021/2016](#) und [2D\\_39/2016](#) vom 18. Juli 2017 E. 7.2.

5 Vgl. vorinstanzliches Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich [VB.2016.00025](#) vom 27. September 2016 E. 6.5.2.

6 Vgl. Urteil des Bundesgerichts [2C\\_1021/2016](#) und [2D\\_39/2016](#) vom 18. Juli 2017 E. 7.4.3 und 7.5.2.

7 Vgl. Urteil des Bundesgerichts [2C\\_1021/2016](#) und [2D\\_39/2016](#) vom 18. Juli 2017 E. 8.

8 Vgl. Urteil des Bundesgerichts [2C\\_1021/2016](#) und [2D\\_39/2016](#) vom 18. Juli 2017 E. 7.5.

9 Vgl. Urteil des Bundesgerichts [2C\\_1021/2016](#) und [2D\\_39/2016](#) vom 18. Juli 2017 E. 7.7.

10 Vgl. Urteil des Bundesgerichts [2C\\_1021/2016](#) und [2D\\_39/2016](#) vom 18. Juli 2017 E. 7.8.

11 Dabei vereinigte das Bundesgericht zunächst die von der Stadt Zürich (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiäre Verfassungsbeschwerde) und der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) separat eingeleiteten Verfahren [2C\\_1021/2016](#) und [2D\\_39/2016](#); vgl. Urteil des Bundesgerichts [2C\\_1021/2016](#) und [2D\\_39/2016](#) vom 18. Juli 2017 E. 2 (Eintretensvoraussetzungen Verfahren der Stadt Zürich), E. 3 (Eintretensvoraussetzungen Verfahren der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin) und E. 4 (Verfahrensvereinigung).

12 Vgl. § 33 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003 (SubmV; [LS 720.11](#)).

13 Vgl. in diesem Zusammenhang Urteil des Bundesgerichts [2C\\_582/2016](#) vom 22. Mai 2017 E. 5.3. und E. 6.2 [zur Publikation vorgesehen].