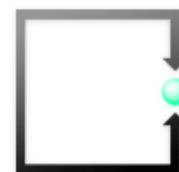


FSDZ RECHTSANWÄLTE & NOTARIAT AG
ZUGERSTRASSE 76b
CH-6340 BAAR
Tel. ++ 41 41 727 60 80
Fax. ++ 41 41 727 60 85
marti@fsdz.ch



UNTERANGEBOT / DUMPING IM ÖFFENTLICHEN BESCHAFFUNGS- RECHT

3.10.2017



Andreas Marti,
Rechtsanwalt, LL.M.

Im Rahmen von öffentlichen Submissionsverfahren stellt sich des Öfteren die Frage, wie mit besonders tiefen, allenfalls sogar schwer nachvollziehbaren Angeboten umzugehen ist und ob die jeweiligen Anbieter vom Verfahren auszuschliessen sind. Es fragt sich mit anderen Worten, ob Unter- bzw. Dumpingangebote unzulässig sind. Generell werden solche Angebote nicht automatisch unzulässig sein. Sie können jedoch in vielen Fällen Anlass für die Beschaffungsstelle sein, weitere Erkundigungen zu solchen Angeboten einzuholen.

Wie bei allen Beschaffungsfragen muss vorab ermittelt werden, welche gesetzlichen Bestimmungen auf den jeweiligen Einzelfall Anwendung finden. Je nach Beschaffungsstelle, Beschaffungsgegenstand und Auftragswert können unterschiedliche Gesetzesbestimmungen betroffen sein. Im vorliegenden Artikel wird die Frage einmal mit besonderem Blick auf den Kanton Bern für eine Beschaffung im staatsvertraglichen Bereich (=Gatt-/WTO-Beschaffung) näher geprüft. Dabei sind primär die Regelungen des internationalen Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen («GPA», SR 0.632.231.422), der Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen («IVöB», BSG 731.2-1) sowie des kantonalen öffentlichen Beschaffungsrechts des Kantons Bern (ÖBG, BSG 731.2, und ÖBV, BSG 731.21) zu beachten.

Staatsvertragliche Bestimmungen

Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA sieht vor, dass die Vergabestelle, wenn sie ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, beim Anbieter Erkundigungen einziehen und sicherstellen kann, dass er die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsmodalitäten erfüllen kann. Nach dieser Bestimmung besteht deshalb grundsätzlich ein Ermessen bei der Vergabestelle, ob sie weitere Erkundigungen einholt. Die Bestimmung ist zudem im Sinne einer Mindestvorgabe so zu verstehen, dass sie die Nachfrage beim Anbieter erlaubt, aber auch einer nationalen Regulierung nicht entgegensteht, welche die

Lukas Fässler

lic.iur. Rechtsanwalt^{1,2}, Informatikexperte
faessler@fsdz.ch

Andreas Marti

lic.iur. Rechtsanwalt^{1,2}, LL.M.
marti@fsdz.ch

Zugerstrasse 76b
CH-6340 Baar
Tel.: +41 41 727 60 80
Fax: +41 41 727 60 85
www.fsdz.ch
sekretariat@fsdz.ch
UID: CHE-349.787.199 MWST



Assoziierte selbständige Rechtsanwältin:

Eva Patroncini

lic.iur. Rechtsanwältin^{1,3}
Fachanwältin SAV für Arbeitsrecht
Imkerstrasse 7
CH-8610 Uster
Tel.: +41 44 380 85 85
patroncini@fsdz.ch

Partnerkanzleien:

Lichtsteiner Rechtsanwälte und Notare

Urs Lichtsteiner

lic. iur. Rechtsanwalt^{1,2}, MSc (Stanford)
lichtsteiner@lilaw.ch

Nadja Eggerschwiler

MLaw Rechtsanwältin und Notarin^{1,2}
eggerschwiler@lilaw.ch

Baarerstrasse 10, Postfach 7517
CH-6302 Zug
Tel.: +41 41 726 90 00
Fax: +41 41 726 90 05
www.lilaw.ch
info@lilaw.ch
UID: CHE-404.805.335 MWST

Anwaltskanzlei Dr. Weltert

Hans M. Weltert

Dr. iur. Rechtsanwalt^{1,4}
hans.weltert@raweltert.ch

Matthias Heim

lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
matthias.heim@raweltert.ch

Michael Heim

lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
michael.heim@raweltert.ch

Bahnhofstrasse 10
CH-5001 Aarau
Tel.: +41 62 832 77 33
Fax: +41 62 832 77 34
www.raweltert.ch
info@raweltert.ch
UID: CHE-100.877.506 MWST

¹ Mitglied des Schweizerischen
Anwaltsverbandes

² Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Zug

³ Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Zürich

⁴ Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Aargau



Vergabestelle zur Nachfrage verpflichtet (vgl. dazu z.B. BVGer B-1332/2013, Urteil vom 12. Februar 2014, mit weiterführenden Verweisen).

Interkantonale Bestimmungen

Das IVöB sieht selbst keine Bestimmungen zu ungewöhnlich niedrigen Angeboten vor. In der unverbindlichen Mustervorlage VRöB für kantonale Richtlinien zur IVöB ist in §31 ebenfalls nur vorgesehen, dass bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten die Vergabestelle bei der Anbieterin oder beim Anbieter Erkundigungen einziehen kann, um sich zu vergewissern, dass diese oder dieser die Teilnahmebedingungen einhält und die Auftragsbedingungen erfüllen kann.

Kantonale Bestimmungen

Die Bestimmung des VRöB §31 wurde im Kanton Bern praktisch identisch mit Art. 28 der ÖBV umgesetzt. Danach gilt für ungewöhnlich niedrige Angebote folgendes:

Erhalten die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber ein Angebot, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, können sie bei den Anbieterinnen oder Anbietern nähere Erkundigungen betreffend die Erfüllung der Teilnahme- und Auftragsbedingungen einholen.

Für den Kanton Bern wurde früher einmal unter der Webseite der Finanzdirektion folgendes zu dieser Bestimmung festgehalten:

Ungewöhnlich niedrige Angebote

*Unterangebote, d.h. Angebote, bei denen die Anbieterin oder der Anbieter (vermutlich) mit Verlust arbeitet, sind an sich zulässig und verbindlich. Die Frage des **Preisdumpings** braucht die Vergabestelle somit nicht zu kümmern; sie muss lediglich danach streben, für den Staat das wirtschaftlichste Angebot, das rechtmässig zu Stande gekommen ist, einzuholen. Demzufolge dürfen und müssen Unterangebote lediglich dann vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn die gesetzlichen Rahmenbedingungen (Art. 24 ÖBV) nicht eingehalten werden oder wenn das Unterangebot nachweislich verbotenen unlauteren Wettbewerb im Sinne des UWG darstellt.*

Grosse Preisdifferenzen können aber ganz allgemein Fragen zur Eignung, zur Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen oder zur Angebotsqualität aufwerfen. Erhalten die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber ein Angebot, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote, können (und sollten) sie bei den Anbieterinnen oder Anbietern daher nähere Erkundigungen betreffend die Erfüllung der Teilnahme- und Auftragsbedingungen einholen.

Solche Rückfragen sollten schriftlich (unter kurzer Fristansetzung) oder mündlich mit schriftlichem Protokoll eingefordert werden. Die Fragen sind präzise zu formulieren. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Angebot selbst bezüglich Leistungen oder Preisen nicht mehr verändert werden darf, ausser bezüglich Schreib- oder Rechnungsfehlern (Art. 25 ÖBV) Es wird empfohlen, in solchen Fällen frühzeitig den Rat juristischer Sachverständiger einzuholen.

Obschon diese Hinweise zwischenzeitlich nicht mehr zugänglich sind, erscheinen die darin enthaltenen Ausführungen immer noch als hilfreich. Ähnlich übrigens auch das Bundesgericht (BGer 2C_383/2014 vom 15.09.2014):

[...10.3. Ein Unterangebot ist als solches nicht unzulässig, solange der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen erfüllt (vgl. BGE 130 I 241 E. 7.3 S. 255 f.; Urteile 2C_877/2008 vom 5. Mai 2009 E. 6.2; 2P.70/2006 vom 23. Februar 2007 E. 4.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 516 ff.). Die



Vergabestelle kann ergänzende Erkundigungen einziehen, wenn sie daran Zweifel hat. Sie ist dazu aber nicht verpflichtet, jedenfalls dann nicht, wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, dass der Anbieter eines kostengünstigen Angebots Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen verletzt (Urteil 2P.254/2004 vom 15. März 2005 E. 2.2; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG). Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt, und sich der Anbieter damit - sofern der Vertrag zustande kommt - verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (Urteil 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.3.3).

In Bezug auf das UWG und Kartellrecht könnte ein Unterangebot dann unzulässig sein, wenn es von einer marktbeherrschenden Anbieterin oder einem Zusammenschluss von Anbietern ausgeht, die auf diesem Weg versuchen, Konkurrenten durch gezieltes Unterbieten vom Markt zu verdrängen („Dumping“).¹ Dafür wäre jedoch eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 und 4 des Kartellgesetzes erforderlich, was in der Regel wohl nicht vorliegen wird. Ein unlauteres Angebot im Sinne des UWG könnte allenfalls vorliegen, falls ein Unterangebot so zustande kommt, dass die Differenz zu kostendeckenden Preisen aus illegalen Mitteln gedeckt werden, zum Beispiel durch die Verwendung von Einsparungen aus Steuer- und Abgabehinterziehungen, durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Missachtung von Sicherheitsvorschriften etc. Gleichzeitig muss jedoch auch beachtet werden, dass es zahlreiche zulässige Gründe gibt, weshalb in einem Einzelfall ein Unterangebot zulässig ist. Dies kann beispielsweise der Fall sein bei Überbrückung von Überkapazitäten, Deckung von Fixkosten oder zum Erhalt von Arbeitsplätzen.² In Frage kommen ausserdem auch Fälle, in denen ein Anbieter durch tiefe Preis versucht, in einen neuen Markt einzutreten.³ In einem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts wurde ausserdem festgehalten, dass es nicht Aufgabe der Vergabestelle sei, angesichts von preislich tiefen Angeboten Fragen des UWG oder KG zu prüfen sondern vielmehr von den Konkurrenten in den dafür vorgesehenen Verfahren.⁴

Fazit

Unter- bzw. Dumpingangebote sind gemäss heutiger Rechtspraxis nicht automatisch unzulässig. Eine Beschaffungsstelle hat jedoch regelmässig die Möglichkeit, nähere Erkundigungen einzuholen, um die Erfüllung der Teilnahme- und Auftragsbedingungen sowie das Vorliegen allfälliger klarer Anhaltspunkte für unlautere Handlungen näher zu prüfen. Hier kann sich je nach Umständen auch die Durchführung eines Präsentationsverfahrens anbieten, um besser herauszufinden, wie die tiefen Preise zustanden kommen, ob diese realistisch sind und ob allenfalls Anhaltspunkte für unlautere Handlungen, wie beispielsweise die Verwendung von illegalen Mitteln, vorliegen könnten. Allerdings sind selbst Angebote unter den Selbstkosten denkbar. Dafür können plausible Gründe vorliegen. Bestehen selbst nach Einholung zusätzlicher Erkundigungen keine genügenden Anhaltspunkte für Fehler im Angebot, fehlende Sicherheitsleistungsbereitschaft oder unlautere Handlungen betroffener Anbieter, kann ein Anbieter nicht einfach vom Verfahren ausgeschlossen werden. Dessen Angebot muss folglich bewertet und berücksichtigt werden.

¹ Vgl. z.B. *Die öffentliche Submission – ausgewählte Rechtsfragen*, Ralph D. Braendli, November 2009, abrufbar unter <http://lw-p.ch/de/rechtsthemen/die-oeffentliche-submission-ausgewaehlte-rechtsfragen/>.

² Vgl. *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Galli/Moser/Lang/Steiner, Schulthess 2013, RZ 1126f.

³ Vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, RZ 1116.

⁴ Vgl. BVGE 2011/40 E. 4.1.