

vergabe bzw. als Ausschluss der nur «weitgehend» standardisierten Leistungen aus diesem Bereich zu verstehen sein sollte (darauf deutet der Umstand hin, dass der E-BöB [BBl 2017 2005] in Art. 41 Abs. 2 noch von «weitgehend standardisierten Leistungen» sprach und dass das Parlament diese Vorschrift zugunsten von Art. 29 Abs. 4 BöB [«standardisierte Leistungen»] gestrichen hat), müsste das BGer die vorliegend rapportierte Untergrenze von 60% Preisgewicht bei «einfachsten Vergaben» auf einen tieferen Prozentsatz reduzieren. Denn in diesem Fall käme für «weitgehend standardisierte Leistungen» neu nicht mehr ein Preisgewicht von 100%, sondern nur mehr eines von vielleicht 80–90% infrage. Weil die «einfachsten Vergaben», von denen das rapportierte Urteil handelt, weniger standardisiert sind als die gewissermassen in der Skala heruntergerutschten «weitgehend standardisierte Leistungen», zumal bei diesen definiti-

onsgemäss geringere Qualitätsunterschiede zu erwarten sind als bei jenen, müsste die Verschiebung der zulässigen Obergrenze der Gewichtung des Preises für «weitgehend standardisierte Leistungen» nach unten zu einer Verschiebung der Ober- und vor allem der Untergrenze der zulässigen Gewichtung des Preises für «einfachste Vergaben» nach sich ziehen. Mit anderen Worten: Wenn es nicht mehr zulässig sein sollte, für bloss «weitgehend standardisierte Leistungen» die Qualität unbewertet zu lassen (was einem Preisgewicht von 100% entspricht), muss daraus folgen, dass die Qualität auch bei «einfachsten Vergaben» entsprechend höher gewichtet werden muss.

**d.** Letztlich wird aus denselben Gründen auch die bundesgerichtliche Untergrenze der Preisgewichtung von derzeit 20% um eine kritische Überprüfung nicht herumkommen.

## Zur Bedeutung von Alternativszenarien

Nach erfolgter Offerteingabe fragte die Vergabestelle die Anbieterinnen nach allfälligen Vergütungsfolgen einer eventuellen Verschiebung des Vorhabens um ein Jahr, um Gewissheit über die Forderungen der Anbieterinnen zu erlangen und sich vor weitergehenden Nachforderungen zu schützen. Eine Anbieterin stellte für den Verschiebungsfall eine Vergütungsminderung in Aussicht und focht später den Zuschlag mit dem Argument an, die Verschiebung werde eintreten, und ihre Offerte müsse aufgrund des verringerten Preises bewertet werden. Das BVGer verneint das Vorliegen einer Bereinigung nach Art. 39 Abs. 2 lit. b BöB und weist die Beschwerde ab. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung hat eine solche Bereinigung stattgefunden und hätte der für den Verschiebungsfall offerierte Preis möglicherweise mitbewertet werden müssen.

*Après le dépôt des offres, l'adjudicateur demande aux soumissionnaires de déterminer les conséquences d'un éventuel report du projet d'un an sur la rémunération, afin d'obtenir des précisions sur les prétentions des soumissionnaires et de se protéger contre des revendications ultérieures. Un des soumissionnaires estime que le report du marché entraînerait une diminution du prix de son offre; il attaque par la suite l'adjudication au motif que le report aura certainement lieu et que son offre doit par conséquent être évaluée sur la base du nouveau prix réduit. Le TAF refuse d'admettre l'existence d'une rectification de l'offre au sens de l'art. 39 al. 2 let. b LMP et rejette le recours. Selon l'opinion défendue ici, il aurait fallu admettre l'existence d'une telle rectification; il eut été d'ailleurs éventuellement nécessaire de la prendre en compte dans l'évaluation du prix consécutif au report du marché.*

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. April 2023 (B-5257/2022)

**Martin Beyeler**, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

(«Lavori Preliminari») bezeichnete Leistungen erbracht werden; im restlichen Zeitraum sollten die «Hauptarbeiten» («Lavori Principali») geleistet werden.

### Der Fall

**(262)** 1. Die Vergabestelle hatte einen Auftrag betreffend Ingenieursdienstleistungen (Bauleitung; SIA-Phase 52) im offenen Verfahren ausgeschrieben und dabei verbindliche Termine bestimmt (Erfüllung des Auftrags zwischen dem 1.11.2022 und dem 30.6.2027; vgl. simap-Meldung Nr. 1 251 271, Ziff. 2.13). Während des ersten Jahrs der Vertragslaufzeit sollten bestimmte als «Vorbereitungsarbeiten»

2. Nach Eingang der Offerten und rund einen Monat vor dem ausgeschriebenen Datum des Beginns der Vertragserfüllung gelangte die Vergabestelle an die Anbieterinnen und bat unter dem Titel der «technischen Klärungen» («chiarimenti tecnici») um Auskünfte.

**a.** Eines der Klärungsbegehren der Vergabestelle betraf die Preisofferten der Anbieterinnen. Diese wurden gefragt: «Falls der Beginn der Teilphase 52 Ausführung und damit auch das Ende der Vertragslaufzeit je um ungefähr ein Jahr

nach hinten verschoben werden sollten, und falls aufgrund des neuen Terminplans die Leistungen der Phase 52 Vorbereitungsarbeiten in eine einheitliche Phase 52 Hauptarbeiten integriert werden sollten: Hätte dies Auswirkungen auf die am 6.7.2022 [Datum der ursprünglichen Offerte] angebotenen Preise?» («Qualora l'inizio della fase parziale 52 Esecuzione dovesse subire un posticipo di ca. 1 anno con conseguente traslazione del termine di fine lavori/dell'incarico e se, a causa delle nuove tempistiche i lavori della fase 52 Lavori Preliminari prevista attualmente venissero integrati in un'unica Fase 52 Lavori Principali, l'offerta presentata il 06.07.2022 potrebbe subire conseguenze relative al prezzo attualmente offerto?»).

**b.** Die Anbieterinnen konnten diese Frage mit «Ja» oder «Nein» beantworten, wobei sie gemäss den Anweisungen der Vergabestelle im Fall der Bejahung «den neuen Teil C Honorartabelle einreichen und darin nur die Ansätze der Honorarkategorien B und C ändern (im Vergleich zur Offerte vom 6.7.2022) sowie das Deckblatt F1 ausfüllen» sollten («consegnare la nuova Parte C Tabella dell'onorario modificando le sole tariffe di categoria di onorario B, C rispetto all'offerta presentata in data 06.07.2022 e compilare la copertina F1»).

**c.** Die Vergabestelle präzisierte in ihrer Anfrage zudem, dass bei der Beantwortung der Frage das Folgende zu berücksichtigen sei: «Falls sich die Möglichkeit verwirklichen sollte, dass der Leistungsbeginn um ca. ein Jahr nach hinten verschoben und alle Leistungen in eine einheitliche Phase 52 Hauptarbeiten werden, würde dies die Natur des Vorhabens nicht verändern, d.h. die auszuführenden Werkteile wären dieselben, allerdings mit einem neuen Terminprogramm, und die durch die Bauherrschaft festgelegte Gesamtsumme an durch die Bauleitung zu leistenden Stunden (33 500 + 3000 Stunden) bliebe unverändert» («Il Committente precisa che qualora si manifestasse l'eventualità di traslare di ca. 1 anno le attività e di integrare tutto in una fase 52 Lavori Principali la natura del progetto non cambierebbe, ossia le parti d'opera da realizzare sarebbero comunque le stesse ma con un nuovo programma generale dei lavori e il monte orario complessivo stabilito dal committente nel presente concorso per la Direzione locale dei lavori (33 500 ore + 3000 ore) rimarrebbe invariato»).

**2.** Am 5.10.2022 antwortete die Anbieterin X. auf die Klärungsfrage betreffend Verschiebung und Honorare mit «Ja» und gab im neuen Teil C Honorartabelle geringere Ansätze an als in ihrer ursprünglichen Offerte. Dies begründete sie damit, dass sie bei verschobener Ausführung ihre Personalkosten optimieren könne.

**3.** Die Vergabestelle erteilte den Zuschlag der Anbieterin Y. (welche die Frage betreffend Verschiebung und Honorare mit «Nein» beantwortet hatte).

**4.** Die Anbieterin X. focht diesen Zuschlag mit Beschwerde an und rügte unter anderem, die Vergabestelle habe bei der Angebotsbewertung in rechtswidriger Art auf ihre ursprüng-

liche Preisofferte (vom 6.7.2022) statt auf den neuen Teil C Honorartabelle (vom 5.10.2022) abgestellt und ihr deswegen unter dem Preiskriterium zu wenige Punkte erteilt.

## Der Entscheid

Das Bundesverwaltungsgericht erachtet die Rüge, die Vergabestelle habe der Bewertung des Preiskriteriums die falsche Honorarofferte zugrunde gelegt, als unbegründet.

**1.** Das Gericht legt die Anfrage betreffend Verschiebung des Leistungszeitraums und Auswirkungen dahin aus, dass die Vergabestelle damit zu erfahren bezweckte, welche allfälligen Auswirkungen auf die Vergütung eine Verschiebung der Leistungen haben würde. Diese Anfrage betraf eine blosser Hypothese und war nicht so zu verstehen, dass die ausgeschriebenen Termine hätten geändert werden sollen. Das Gericht weist in diesem Zusammenhang namentlich darauf hin, dass die Vergabestelle im Rahmen der Anfrage betont hatte, dass sich die Natur des Vorhabens im Verschiebungsfall nicht ändern würde, und es schliesst daraus, die Vergabestelle habe durch ihre Anfrage keine Änderung an den ausgeschriebenen Vorgaben vorgenommen. Es sei der Vergabestelle lediglich darum gegangen, das Risiko von Vergütungsänderungen im Verschiebungsfall abzuklären und sich so vor (weiteren) Mehrforderungen zu schützen («[la domanda serviva] alla committente per quantificare i rischi per gli ulteriori costi cagionati da un eventuale differimento dell'inizio dei lavori e per evitare rivendicazioni nell'ipotesi di ritardi nell'esecuzione del progetto»).

**2.** Vor diesem Hintergrund nimmt das BVGer an, die Vergabestelle habe durch ihre Anfrage betreffend Verschiebungshypothese keine Änderung der Ausschreibungsvorgaben vorgenommen («la committente non ha mutato le condizioni d'appalto»). Sie habe daher die Anbieterinnen nicht zu einer Bereinigung i.S.v. Art. 39 BöB eingeladen und ihnen auch keinerlei Gelegenheit zur Änderung ihrer Offerte eingeräumt («non ha dato alle offerenti la facoltà di modificare le loro offerte»), sondern lediglich im Rahmen einer blossen Angebotserläuterung («chiarimento d'offerta») die Vergütungsfolgen einer allfälligen Verschiebung geklärt («In sintesi, in nessun modo traspaiono indizi secondo cui la committente abbia richiesto una rettifica e invitato gli offerenti a modificare le loro tariffe al di là dell'ambito di un'ipotesi futura di posticipo dei lavori»). Weil die Anfrage lediglich eine Hypothese betraf und eine Verschiebung zum Zeitpunkt des Zuschlags nicht beschlossen war, sei es, so das Gericht, offensichtlich («evidente»), dass die ursprünglichen Preisofferten (und nicht jene betreffend Verschiebungshypothese) zu bewerten waren.

**3.** Die Vergabestelle hatte im Beschwerdeverfahren behauptet, nicht damit gerechnet zu haben, dass eine Anbieterin für den Verschiebungsfall geringere Honorare anbieten würde. Das BVGer betrachtet die für den Verschiebungsfall reduzierten Honorare der beschwerdeführenden Anbieterin X. als

unzulässige Angebotsänderung, zu welcher die Vergabestelle im Übrigen nicht den geringsten Anlass gegeben habe («modifica inammissibile dell'offerta, essendo avvenuta in pratica su iniziativa delle ricorrenti senza che la committente avesse dato alcuna ragione per farlo»).

4. Das BVGer wirft im Rahmen eines obiter dictum die Frage auf, ob es zulässig ist, dass eine Vergabestelle den Anbieterinnen nach der Offerteingabe im Rahmen einer technischen Klärung Fragen unterbreitet, deren Beantwortung wahrscheinlich geeignet ist, die Angebotsbewertung zu beeinflussen. Nach dem Gericht sei damit möglicherweise das Problem verbunden, dass die Vergabestelle im Rahmen der Bewertung versucht sein könnte, jene Anbieterinnen «abzustrafen» («penalizzare»), welche die Frage nach allfälligen Vergütungsfolgen der technischen Klärung bejahen und eine Vergütungserhöhung ankündigen. Wenn sie die nachträglich angekündigten Vergütungsfolgen bei der Offertbewertung berücksichtigte, würde sich die Vergabestelle dem Vorwurf aussetzen, nachträglich ein neues (nicht ausgeschriebenes) Zuschlagskriterium eingeführt zu haben. Da jedoch die Beschwerdeführerin keinen entsprechenden Vorwurf erhoben hat und weder sie noch die Zuschlagsempfängerin eine Erhöhung der Vergütung angekündigt hatte, geht das Gericht dieser Thematik nicht weiter nach.

5. Im Weiteren hält das Gericht fest, dass seiner Auffassung zufolge die reduzierten Honorare der Beschwerdeführerin selbst dann nicht hätten berücksichtigt werden dürfen, wenn eine Berichtigung im Sinn von Art. 39 BöB stattgefunden und zudem festgestanden hätte, dass der Leistungszeitraum verschoben wird. Denn die Anfrage der Vergabestelle sei klarerweise («distintamente») so zu verstehen gewesen, dass die Vergabestelle lediglich im Sinn ihres Risikomanagements habe erfahren wollen, ob sie im Verschiebungsfall mit einer Mehrvergütung zugunsten der Leistungserbringerin rechnen müsste. Die Vergabestelle habe es den Anbieterinnen in ihrer Anfrage jedoch nicht explizit erlaubt, für den Verschiebungsfall eine Minderung der Vergütung in Aussicht zu stellen. Damit sei die Angabe einer solchen Minderung den Anbieterinnen verboten gewesen. Denn im Angesicht des Verbots von Preisverhandlungen (Art. 11 lit. d BöB), das zur Folge hat, dass Preisanpassungen nicht unlimitiert, sondern nur im Rahmen von erforderlichen Leistungsänderungen i.S.v. Art. 39 Abs. 2 und Abs. 3 BöB vorgenommen werden dürfen, müssten die Anbieterinnen eine Anfrage nach Vergütungsfolgen, in welcher die Möglichkeit von Minderungen nicht ausdrücklich eingeräumt werde, nach der Meinung des BVGer dahin verstehen, dass gegebenenfalls einzig Erhöhungen der Vergütungsforderung zulässig sein würden. Die Beschwerdeführerin könne aus der entsprechenden Anfrage auch unter der Annahme einer Verschiebung der Vertragserfüllung keinen Anspruch darauf ableiten, dass ihre für den Verschiebungsfall verminderten Honorare im Rahmen der Offertbewertung berücksichtigt würden.

6. Das BVGer kommt zum Schluss, die Vergabestelle habe dadurch, dass sie (auch) die Offerte der Beschwerdeführerin

ausschliesslich aufgrund der ursprünglich angebotenen Honorare bewertet hatte, kein Recht verletzt.

## Die Anmerkungen

Diesen Erwägungen ist zu widersprechen, weil sie von unzutreffenden Annahmen darüber ausgehen, wie die Anfrage der Vergabestelle betreffend Vergütungsfolgen einer allfälligen Verschiebung zu verstehen und rechtlich zu qualifizieren ist.

1. Zunächst trifft es nicht zu, dass eine Anfrage einer Vergabestelle betreffend allfällige Vergütungsfolgen einer bestimmten Hypothese der Vertragserfüllung, in welcher eine Minderung der Vergütung weder ausdrücklich gestattet noch ausdrücklich verboten wird, wegen des Verbots von Preisverhandlungen (Art. 11 lit. d BöB) notgedrungen stets dahin ausgelegt werden müsste, dass eine solche Minderung unzulässig (bzw. als verpöntes Abgebot zu qualifizieren) wäre.

a. Das BVGer verkennt die Tragweite des Verbots von Preisverhandlungen und Abgeboten. Solche liegen nur dann vor, wenn es (je nachdem der Vergabestelle oder der Anbieterin) um eine Reduktion der ursprünglich offerierten Vergütung geht, welche nicht in einer Änderung der ausgeschriebenen Vorgaben, sondern allein kommerziell begründet ist (vgl. insb. TRÜEB/CLAUSEN, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 11 BöB N 9: «Abgebotsrunden sind Verhandlungen, die einzig und allein darauf abzielen, den Angebotspreis zu reduzieren.»). Das heisst, dass eine Vergütungsminderung nicht als (unzulässiges) Abgebot zu qualifizieren ist, wo sie die objektive Folge (bzw. den preislichen Nachvollzug) einer Änderung der Ausschreibungsvorgaben darstellt. In diesem Sinn kann die Anfrage einer Vergabestelle, ob eine bestimmte Hypothese Vergütungsfolgen nach sich ziehen würde, wobei nicht präzisiert wird, dass es dabei nur um Steigerungen oder nur um Senkungen der Vergütung gehen soll, durchaus und unabhängig vom Abgebotsverbot dahin verstanden werden, dass weder objektiv begründete Steigerungen noch ebenso begründete Senkungen unzulässig sein werden.

b. Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle im Rahmen ihrer Anfrage nicht festgehalten, dass nur allfällige Steigerungen, nicht jedoch Minderungen des Honorars infolge der (hypothetischen) Verschiebung des Leistungszeitraums zulässig sein würden. Vielmehr war die Anfrage in dieser Hinsicht augenscheinlich neutral formuliert, indem sie von «Konsequenzen für den Preis» («conseguenze relative al prezzo»; rapportiertes Urteil, E. 2.3.2) und vom «Ändern der Tarife» («modificando le [...] tariffe»; a.a.O.) sprach. In Anbetracht dieser Formulierung spielt es keine Rolle, dass die (in Beschaffungssachen überaus erfahrene) Vergabestelle später behauptete, nur mit Steigerungen, nicht jedoch mit Minderungen gerechnet zu haben (diese Behauptung mag in Bezug auf die subjektive Erfahrungswelt der Vergabestelle zutreffend sein, doch hätte die Vergabestelle vorhersehen können und wohl auch sollen, dass die Anbieterinnen dann,

wenn die Vertragserfüllung nicht unmittelbar bevorstehen, sondern um ein Jahr verschoben werden würde, möglicherweise mit geringeren Kosten konfrontiert wären; im Übrigen kommt es nicht darauf an, womit die Vergabestelle rechnete, sondern darauf, was sie im Rahmen ihrer richtig ausgelegten Anfrage zulies. Diese behauptete Erwartung fand keinen Niederschlag im Text der Anfrage der Vergabestelle, und die Anbieterinnen hatten jedenfalls nach Treu und Glauben keinen Anlass (vgl. auch hinten Ziff. 1c), diese Erwartung aus dem Text bzw. zwischen den Zeilen herauszulesen, vielmehr durften sie annehmen, dass die versierte Vergabestelle Minderungen ausdrücklich ausschliessen würde, wenn sie solche nicht zulassen wollte.

**c.** Die Anbieterinnen hatten auch keinen Grund zur Annahme, dass eine Minderung des Honorars (für den Verschiebungsfall) per se und unausweichlich ein unzulässiges Abgebot (i.S.v. Art. 11 lit. d BÖB) darstellen würde. Denn mit der Verschiebungshypothese der Vergabestelle bestand an sich ein sachlicher Grund für eine allfällige Anpassung der Vergütung, und zwar auch gegen unten, zumal es sich nicht so verhält, dass die infrage stehende Verschiebung naturgemäss nur allenfalls zu einer Steigerung der Vergütungsforderung führen konnte (es ist alles andere als ausgeschlossen, dass im Fall der Verschiebung von Leistungen nach hinten die eine oder die andere Anbieterin von einer Entspannung ihrer Ressourcenlage ausgehen und daher ihr Vergütungsangebot reduzieren kann; hierin liegt kein Abgebot). Mit anderen Worten: Es ging nicht um das Verhandeln einer anderen Vergütung, sondern um die allfällige Anpassung der Vergütung als Folge einer möglichen Terminverschiebung (vgl. zur Unterscheidung zwischen Abgeboten und zulässigen Vergütungsanpassungen als Folge von Änderungen der Vorgaben JÄGER, Technische Verhandlungen, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2020, S. 387 ff., Rz. 40, Rz. 72 ff.). In diesem Sinn mussten die Anbieterinnen die Anfrage der Vergabestelle in casu auch mit Blick auf Art. 11 lit. d BÖB nicht dahin auslegen, dass diese impliziter jede Minderung des Honorars verbieten wollte. Die zitierte Bestimmung wendet sich auf (hypothetische) Preissenkungen, die in objektiv nachvollziehbarer Weise in (hypothetisch) veränderten Vorgaben gründen, nicht an.

**d.** Der Vollständigkeit halber sei daran erinnert, dass eine Anbieterin eine auf eine bestimmte Frist hinaus erklärte Offerte nicht verändern (sondern höchstens eine weitere Offerte erklären) kann (vgl. BEYELER, Wenn der Beschaffungsprozess ins Stocken kommt, BR/DC 2017, S. 213 ff., S. 214 f.). Insoweit konnte es in casu in keinem Fall um eine «unzulässige Offertänderung» («modifica inammissibile dell'offerta»); rapportiertes Urteil, E. 2.3.5) gehen, sondern nur um eine zweite Offerte der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin (selbst wenn die Letztere angegeben hatte, dass sich bei ihr im Verschiebungsfall keine Vergütungsfolgen ergäben, handelte es sich dabei um eine weitere Offerte, durch die das ursprünglich Erklärte bezüglich der neuen Hypothese ergänzt wird; vgl. hinten Ziff. 2).

**2.** Sodann trifft auch die Annahme des BVGer nicht zu, die Vergabestelle habe die ausgeschriebenen Vorgaben nicht geändert. Das Gericht übergeht den Zweck und die rechtliche Natur der Anfrage der Vergabestelle.

**a.** Zuvorderst ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht am Ende von E. 2.3.3 des rapportierten Urteils zwar jene Passagen der Anfrage der Vergabestelle wiedergibt, die festhalten, dass sich auch im Verschiebungsfall in Bezug auf den Umfang und den Inhalt der zu erbringenden *Leistungen* nichts verändern würde («la natura del progetto non cambierebbe, ossia le parti d'opera da realizzare sarebbero comunque le stesse [...] e il monte orario complessivo stabilito dal committente [...] rimarrebbe invariato»); vgl. rapportiertes Urteil, E. 2.3.3), es dabei aber durch Unterbrechung des Zitats dieses unvollständig werden lässt und im Ergebnis ausblendet, dass der entsprechende Passus für den Verschiebungsfall von einem *neuen Terminprogramm* spricht («ma con un nuovo programma generale dei lavori»; a.a.O., E. 2.3.2). Das ist zumindest als unglücklich zu bezeichnen. Ebensowenig geht das Gericht darauf ein, dass der Umstand, dass die Vergabestelle die Anbieterinnen nach den allfälligen Vergütungsfolgen des Verschiebungsfalls gefragt hatte, wohl dadurch zu erklären ist, dass die Vergabestelle (richtigerweise) davon ausging, dass eine Verschiebung eine Änderung der ausgeschriebenen Vorgaben bedeuten würde.

**b.** Zwar ist dem BVGer beizupflichten, wenn es schliesst, dass die an die Anbieterinnen gerichtete Anfrage nicht so zu verstehen war, dass die Vergabestelle die ursprünglich ausgeschriebenen Termine (bzw. den ursprünglich vorgesehenen Erfüllungszeitraum und die Staffelung von Vor- und Hauptarbeiten) hätte fallenlassen wollen. Dadurch, dass sie durchweg im Konjunktiv II abgefasst war, machte die Anfrage deutlich, dass es lediglich um eine zumindest vorläufig als nicht am wahrscheinlichsten erachtete Eventualität ging, welche die Vergabestelle zusätzlich zum ausgeschriebenen Erfüllungsszenario geklärt haben wollte.

**c.** Indessen ändert das nichts daran, dass die Vergabestelle in casu entgegen der Auffassung des Gerichts durch ihre Anfrage die Ausschreibungsvorgaben geändert hat: Die ursprüngliche Ausschreibung enthielt kein alternatives Terminszenario, und es darf ohne weiteres angenommen werden, dass sie (bzw. der Vertragsentwurf) keine Regel enthielt, wonach die offerierten Honoraransätze auch im Fall von auftraggeberseitig zu vertretenden Verschiebungen oder Verspätungen fix bleiben oder sich nach festgelegten Regeln neu kalkulieren würden – ansonsten hätte sich die diesbezügliche nachträgliche Anfrage der Vergabestelle erübrigt. Es muss also angenommen werden, dass der ausgeschriebene Vertrag die Vergütungsfolgen einer auftraggeberseitig zu vertretenden Verschiebung oder Verspätung nicht (oder nicht abschliessend) regelte (möglicherweise war nach diesem Vertrag auch nicht klar, ob im Verschiebungsfall eine Leistungsschuld überhaupt noch bestehen würde). Vor diesem Hintergrund wollte die Vergabestelle (nach ihren hierzu im Beschwerdeverfahren gemachten Angaben, an deren Richtigkeit kein Zweifel besteht) durch die Anfrage betreffend

das Verschiebungsszenario und die auf dieser Grundlage eingeholten Erklärungen der Anbieterinnen tatsächliche Gewissheit und vertragliche Sicherheit über die Frage der Leistungsschuld und der konkreten Vergütungsfolgen im Fall einer Verschiebung erlangen. Unabhängig davon, ob sie eine Veränderung oder die Nichtveränderung der Vergütung im Verschiebungsfall zum Gegenstand hatten, stellten die Erklärungen der Anbieterinnen in diesem Licht nichts anderes als vertragsrechtlich verbindliche Ergänzungen der Offerten dar. Exakt um diese Verbindlichkeit im Verschiebungsfall ging es der Vergabestelle, die sich vor (weiteren) Mehrforderungen schützen wollte (vgl. rapportiertes Urteil, Sachverhalt lit. F: «Secondo la committente, le domande poste in fase di chiarimenti d'offerta avevano per obiettivo quello di quantificare il rischio di un ritardo e parallelamente salvaguardare rivendicazioni nell'eventuale avveramento dell'ipotesi di rischio»). Das BVGer stellt jedoch die Antworten der Anbieterinnen auf die Anfrage so dar, als hätte es sich um blosser Auskünfte gehandelt. Das entsprach weder der Absicht der Vergabestelle noch der Rechtswirkung dieser Antworten. Diese sollten die Anbieterinnen nach der erkennbaren Intention der Vergabestelle abschliessend und definitiv binden und jegliche weitergehenden Forderungen (im Verschiebungsfall) ausschliessen. Soweit eine Anbieterin in ihrer entsprechenden Antwort keine Vorbehalte machte, ist davon auszugehen, dass die durch die Vergabestelle intendierte vertragsrechtliche Verbindlichkeit auch eingetreten ist. In dieser Verbindlichkeit liegt die Sicherheit, welche die Vergabestelle in casu suchte. Am Zweck und an den rechtlichen Folgen der Antworten der Anbieterinnen lässt sich erkennen, dass die Vergabestelle durch ihre Anfrage einen in der ursprünglichen Ausschreibung (bzw. im ursprünglich ausgeschriebenen Vertragsentwurf) noch offen gelassenen Punkt fixiert hatte. Darin lag eine Änderung der Ausschreibungsvorgaben, welche um die vertragliche Regel ergänzt wurden, dass die Auftraggeberin das einseitige Recht erhalten sollte, unter Inkaufnahme der (allfälligen) entsprechenden Vergütungsfolgen den ursprünglich ausgeschriebenen Erfüllungszeitraum um rund ein Jahr zu verschieben. Die ursprüngliche Ausschreibung sah weder dieses Recht noch eine Anforderung vor, wonach die Anbieterinnen ihre Vergütungsvorstellungen auch für den Verschiebungsfall offerieren sollten. Aus diesem Grund hat die Vergabestelle unter Ergänzung der Ausschreibungsvorgaben ergänzende Offerten nachgefragt.

**d.** Das BVGer nimmt nach dem Gesagten zu Unrecht an, die Vergabestelle habe bloss interessehalber Auskünfte eingeholt und keine Anpassung der Ausschreibung i.S.v. Art. 39 Abs. 2 lit. b BöB vorgenommen. Eine «Leistungsänderung» im Sinn der zitierten Bestimmung liegt nicht nur dann vor, wenn die Art oder der Umfang der nachgefragten Leistungen geändert wird, sondern ebenso, wenn bei gleichbleibender Natur und Menge der Leistungen die Ausführungsmodalitäten geändert werden (vgl. Art. 39 Abs. 1 BöB: «die Angebote hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung bereinigen»; JÄGER, a.a.O., Rz. 36; TRÜEB/CLAUSEN, a.a.O., Art. 39 BöB N 7: «Anpassungen an den benötigten Leistungsinhalten oder -anforderungen»; nach der

Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1954, geht es schlicht um die «Füllung echter Lücken in den Ausschreibungsunterlagen»). Gleichermassen liegt eine «Leistungsänderung» nach Art. 39 Abs. 2 lit. b BöB vor, wo die Vergabestelle vorgesehene Vertragsabreden ändert (vgl. JÄGER, a.a.O., Rz. 38: «Vertragsinhalte (z.B. Leistungsverzeichnis, technische Spezifikationen oder auch kommerzielle Vorgaben)»), zum Beispiel, wie in casu, in der Form, dass sie zunächst offengelassene bzw. späterer Aushandlung überlassene vertragsrechtliche Fragen über die Einholung von entsprechenden Informationen (bzw. Ergänzungsofferten) eindeutig und abschliessend klären lässt. Anders zu entscheiden, würde darauf hinauslaufen, dass entweder der vertragsrechtlich verbindliche Charakter der Festlegung von vorher offengelassenen Punkten verkannt würde oder dass es der Vergabestelle (mangels gesetzlicher Grundlage, insbesondere in Art. 39 BöB) verboten würde, solche Festlegungen zu treffen. Weder das eine noch das andere kann richtig sein. Insbesondere wäre im Fall eines Verbots nicht ersichtlich, warum nachträgliche Änderungen von Art und Umfang der Leistungen (nach Massgabe von Art. 39 BöB) erlaubt, solche Festlegungen jedoch verboten wären.

**e.** Damit steht fest, dass die Anfrage der Vergabestelle betreffend die Verschiebungshypothese eine Bereinigung von Ausschreibung und Angeboten nach Art. 39 Abs. 2 lit. b BöB darstellte und rechtlich als solche zu behandeln war. In diesem Rahmen wäre es der Vergabestelle selbst dann, wenn diese subjektiv meinte, es würden höchstens Honorarsteigerungen offeriert, verboten gewesen, Honorarminderungen per se zu verbieten, d.h. auch dann, wenn sie eine direkte Folge der hypothetischen Verschiebung gewesen wären. Der Art. 39 Abs. 3 BöB spricht nicht ohne Grund in neutraler Art von «Preisanpassungen» und weder von «Preiserhöhungen» noch von «Preissenkungen». In der Tat ergibt sich nur im Einzelfall unter Würdigung der gesamten Fallumstände (einschliesslich der durch die Auftraggeberin vorgegebenen Änderung sowie der Charakteristika der betreffenden Anbieterin und ihres Angebots), ob eine bestimmte Änderung der Vorgaben i.S.v. Art. 39 Abs. 2 lit. b BöB erstens eine Preisanpassung zur objektiven Folge haben kann (vgl. JÄGER, a.a.O., Rz. 72) und ob, falls ja, zweitens diese Anpassung nach unten oder nach oben geht (vgl. auch JÄGER, a.a.O., Rz. 75 und Rz. 76). Die Vergabestelle muss den Anbieterinnen nach einer Änderung der Vorgaben die Möglichkeit geben, die objektiven Folgen dieser Änderung (vgl. JÄGER, a.a.O., Rz. 77) in ihren Offerten (bzw. in den ergänzenden Offerten) nachzuvollziehen, und sie darf dabei weder in Bezug auf die Richtung noch auf den Betrag von allfälligen Vergütungsanpassungen einschränkende Bestimmungen zulasten der Anbieterinnen aufstellen (vgl. JÄGER, a.a.O., Rz. 76: «Der Preis ist der wichtigste Anbieterparameter; die Vergabestelle darf ihn in der Ausschreibung nicht von sich aus direkt festlegen oder Vorgaben zur internen Kalkulation machen; die Preiskalkulation ist vielmehr grundsätzlich Sache und Freiheit der Anbieter [interne Kalkulationsfreiheit]. Dies gilt auch für die Preisanpassung im Rahmen von Art. 39 BöB.»). Nur Abgebote, d.h. Preissenkungen, die nicht objektiv auf

durch die Änderung der Anforderungen bewirkte Kostensparnisse der betreffenden Anbieterin zurückgehen, darf (und muss; Art. 39 Abs. 3 und Art. 11 lit. d BÖB) die Vergabestelle in diesem Rahmen verbieten (vgl. dazu bereits unter Art. 11 lit. c IVöB 2001 das Urteil VGer ZH VB.2011.00714, 9.5.2012, E. 3.3). In diesem Sinn hätte es in casu auf ein durch die Vergabestelle aufgestelltes Verbot der Senkung der Honoraransätze selbst dann nicht ankommen können, wenn davon auszugehen gewesen wäre, dass die Vergabestelle ein solches Verbot (ggf. impliziter) aufgestellt hätte (hiervon ist jedoch nicht auszugehen; vgl. vorne Ziff. 1b–c). Ein solches Verbot hätte Art. 39 Abs. 3 BÖB verletzt. Hieraus ist auch zu schliessen, dass eine Vergabestelle die durch die genannte Bestimmung geforderte (und in praxi nicht immer einfache; vgl. VGer ZH, a.a.O., E. 3.4) Prüfung der ergänzenden Offerten auf offene und verdeckte Abgebote nicht dadurch umgehen kann, dass sie jegliche Preissenkungen von vornherein verbietet.

**3.** Damit bleibt zu klären, ob die Vergabestelle im rapportierten Fall verpflichtet gewesen wäre, die durch die Anbieterinnen für den Verschiebungsfall offerierten Honoraransätze im Rahmen der Bewertung der Offerten unter dem Preis-Zuschlagskriterium zu berücksichtigen.

**a.** Weil die Vergabestelle die Verschiebung des Erfüllungszeitraums lediglich als Hypothese betrachtete und bezeichnete, und weil nicht erstellt ist, dass eine Verschiebung zum Zuschlagszeitpunkt gewiss war (vgl. dazu rapportiertes Urteil, E. 2.3.4.1), steht ohne weiteres fest, dass der Beschwerdeführerin insoweit nicht zu folgen war, als diese forderte, ihre Offerte sei *allein* nach Massgabe der nachträglich gesenkten Honoraransätze zu bewerten.

**b.** Die Frage, die sich demgegenüber durchaus stellt, ist, ob die Vergabestelle verpflichtet gewesen wäre, in der Angebotsbewertung zusätzlich zur ursprünglich angebotenen Honorarsumme *auch* die für den Verschiebungsfall offerierten Honoraransätze bzw. die sich daraus ergebende Offertsumme zu berücksichtigen, allenfalls unter Anpassung des Zuschlagskriteriums des Preises. Diese Frage war in casu potentiell entscheidungserheblich (zumal die Beschwerdeführerin eine Senkung und die Zuschlagsempfängerin ein Beibehalten der ursprünglichen Honoraransätze im Verschiebungsfall nachofferiert hatten). Das BVGer geht zu Unrecht davon aus, dass sie das nicht war (rapportiertes Urteil, E. 2.3.6): Es nimmt an, dass eine Berücksichtigung der für den Verschiebungsfall angebotenen Preise im Rahmen der Offertbewertung die unzulässige Einführung eines neuen Zuschlagskriteriums bedeuten würde und dass die Vergabestelle in diesem Rahmen versucht sein könnte, jene Anbieterinnen «abzustrafen» («penalizzare»); rapportiertes Urteil, E. 2.3.6), welche eine Erhöhung der Vergütung vorsähen. Weil aber, so das Gericht, die Beschwerdeführerin ein solches «Abstrafen» nicht gerügt hatte und dieses aufgrund der gegebenen Fallkonstellation, wenn überhaupt, die Zuschlagsempfängerin (welche die Honorare unverändert liess) getroffen hätte und nicht die Beschwerdeführerin (welche eine Senkung in Aussicht stellte), sei die Frage nicht ent-

scheidungserheblich. Das trifft zum einen deswegen nicht zu, weil es im Rahmen der Bereinigung nach Art. 39 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 BÖB (vgl. oben Ziff. 2) in begründeten Fällen zulässig ist, die ausgeschriebene Ordnung der Zuschlagskriterien entsprechend der vorgenommenen Änderung der Leistung oder der Modalitäten der Leistungserbringung zu modifizieren und so auch neue Kriterien aufzunehmen (so ausdrücklich [«Kriterien»] Art. 39 Abs. 2 lit. b BÖB; JÄGER, a.a.O., Rz. 38; vgl. auch Rz. 56, drittes Lemma). Nur so kann gegebenenfalls eine den veränderten Anforderungen gerecht werdende Angebotsbewertung sichergestellt werden. Zum anderen greift die Überlegung des Gerichts, eine Vergabestelle könnte versucht sein, bestimmte Anbieterinnen wegen angekündigter Vergütungserhöhungen «abzustrafen», an der Sache vorbei. Eine weniger günstige Bewertung einer Offerte (im Vergleich zu einer anderen) aufgrund eines höheren Preises derselben (im Vergleich zu dem einer anderen Offerte) ist Ausfluss des Grundsatzes der (wirtschaftlichen) Nachhaltigkeit des Einsatzes der öffentlichen Mittel (vgl. Art. 2 lit. a, Art. 29 Abs. 1 und Art. 41 BÖB) und hat mit einer Bestrafung nichts zu tun.

**c.** Die soeben formulierte Frage (vgl. oben Ziff. 3b) ist im Grundsatz zu bejahen. Unabhängig davon, ob eine Vergabestelle ein zunächst hypothetisches Alternativszenario (z.B. betreffend die Termine oder andere Randbedingungen der Leistungserbringung oder betreffend den Inhalt und den Umfang der Leistungen) schon in der Ausschreibung ankündigt und auch dafür ein Vergütungsversprechen der Anbieterinnen erhalten will, oder ob sie solches nachträglich einfordert, wie in casu geschehen, kann dieses alternative Vergütungsversprechen der Anbieterinnen nicht von vornherein oder per se aus der Angebotsbewertung (unter dem Preiskriterium) ausgeklammert werden. Insoweit verhält es sich gleich wie bei den Optionen (welche bei genauer Betrachtung ohnehin mitunter trotz ihrer Bezeichnung Alternativszenarien und damit Änderungsrechte und nicht Ergänzungs- oder Zusatzoptionen darstellen): Solange eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Vergabestelle eine bestimmte Option aktivieren wird, muss sie die für die Option offerierten Konditionen, namentlich den entsprechenden Preis, grundsätzlich in die Bewertung der Offerten einbeziehen (BVGer B-1185/2020, 1.12.2020, E. 4.5.2; BVGer B-2457/2020, 23.8.2021, E. 7.4.3.8 und E. 7.4.4.2 f.). In Bezug auf die Frage, ob sie in Anbetracht der konkreten Wahrscheinlichkeit, dass die Option aktiviert werden wird, die Bewertung der für die optionalen Leistungen offerierten Preise voll oder nur reduziert gewichtet, verfügt die Vergabestelle über ein weites Ermessen (BVGer B-2457/2020, 23.8.2021, E. 7.4.3.8 und E. 7.4.4.2 f.). Nur wenn die Auslösung einer Option unwahrscheinlich ist, kann unter Umständen von der Bewertung der diesbezüglichen Offertversprechen der Anbieterinnen gänzlich abgesehen werden (BVGer B-1185/2020, 1.12.2020, E. 4.5.2; BVGer B-2457/2020, 23.8.2021, E. 7.4.3.8 und E. 7.4.4.2 f.). In diesem Sinn hätte die Vergabestelle in casu zu prüfen gehabt, ob das Alternativszenario, das ihrer Anfrage betreffend hypothetische Verschiebung zugrunde lag, zum Zuschlagszeitpunkt derart unwahrscheinlich war, dass sie auf eine Bewertung der alternativen Honoraransätze (ggf.

unter einem neuen Subkriterium des Preiskriteriums und mit entsprechend der Wahrscheinlichkeit reduzierter Gewichtung) gänzlich verzichten durfte. Ob das zu bejahen war, kann dem rapportierten Urteil nicht entnommen werden; aus diesem (E. 2.3.4.1 und E. 2.3.5) ergibt sich lediglich, dass das Alternativszenario schliesslich nicht eingetreten ist. Dies jedoch bedeutet nicht, dass die Wahrscheinlichkeit seiner

Verwirklichung zum Zuschlagszeitpunkt als überaus gering eingestuft werden musste. Zumindest zum Zeitpunkt ihrer Anfrage hielt die Vergabestelle es immerhin für so wahrscheinlich, dass sich in ihren Augen der Aufwand einer detaillierten Nachfrage (mit dem Ziel des Erhalts verbindlicher Ergänzungsofferten) rechtfertigte.

## Demande de clarification et modification de l'offre

Dans cet arrêt, le TAF met en lumière le risque lié aux demandes de clarification effectuées par le pouvoir adjudicateur en présence d'une offre incomplète, dès lors que la réponse du soumissionnaire, lorsqu'elle confirme la réalisation des prestations mises en soumission au prix proposé, peut avoir pour conséquence de modifier l'offre de manière contraire au principe de l'intangibilité de l'offre.

*In diesem Urteil weist das BVGer auf das Risiko hin, dass eine Vergabestelle auf sich nimmt, wenn sie sich mit Klärungsfragen an einen Anbieter wendet, der eine unvollständige Offerte eingereicht hat. Bestätigt der Anbieter in der Folge, die ausgeschriebene Leistung zum offerierten Preis ausführen zu wollen, kann das auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unabänderlichkeit der Angebote hinauslaufen.*

Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 janvier 2023 (B-2686/2022)

**Milena Pirek**, docteure en droit, chargée de cours à UniDistance et l'IEI, avocate, Genève

### Les faits

**(263)** Cet arrêt concerne le recours intenté par un soumissionnaire évincé à l'encontre de la décision d'adjudication de l'Office fédéral des routes adjugeant à un consortium un marché de travaux de construction portant sur le contournement de la ville du Locle.

Dans le cadre de la procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur a souhaité clarifier l'offre du consortium, sans toutefois considérer le prix de l'offre comme anormalement bas. Il a ainsi déposé quinze demandes de clarification et fait procéder à 38 analyses de prix, ces démarches ayant pour but de garantir la comparabilité des offres. Cette opération aurait selon lui permis d'écarter toutes les réserves émises par le consortium dans son offre et n'aurait entraîné aucune modification matérielle de celle-ci, dès lors que tous les prix mentionnés dans l'offre ont été confirmés, que les prestations proposées sont restées les mêmes, que les modalités d'exécution sont conformes au dossier d'appel d'offres et qu'il n'y a pas eu de transferts de prix unitaires vers d'autres positions à prix fixe.

Selon la recourante, l'offre du consortium était anormalement basse, ce qui permettait de douter du respect des exigences de l'appel d'offres et aurait dû conduire à son exclusion. Plus précisément, la fourniture des prestations requises

serait soumise à des conditions et réserves non prévues par le pouvoir adjudicateur et l'offre du consortium serait incomplète. Compte tenu du prix avantageux de l'offre, le pouvoir adjudicateur aurait néanmoins autorisé le consortium à modifier son offre afin qu'elle remplisse les exigences de l'appel d'offres. En effet, en confirmant, à la suite des demandes de clarification, pouvoir réaliser les prestations mises en soumission, le consortium aurait en réalité supprimé les réserves émises et inclus dans le prix offert des prestations qu'il avait initialement exclues de réaliser audit prix.

### L'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal administratif fédéral considère que les demandes de clarification du pouvoir adjudicateur n'ont pas eu pour but de garantir l'exécution du marché au prix proposé conformément à l'appel d'offres, dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a pas invité le consortium à justifier ses prix comme il y aurait été tenu en présence d'une offre anormalement basse. La question de l'offre anormalement basse et de la violation de l'art. 38 al. 3 LMP est toutefois restée ouverte pour les raisons suivantes.

Le TAF rappelle que si des écarts par rapport aux exigences fixées dans le dossier d'appel d'offres peuvent être réparés dans le cadre de l'épuration technique des offres (art. 38 al. 2 LMP), cela ne doit toutefois pas entraîner de modifications du contenu matériel des offres s'agissant des presta-