

Bereinigung der Angebote (Art. 39 BÖB/IVöB)

Juli 2021

Betroffene Phase im Beschaffungsablauf: Der Bedarf nach Änderungen der Ausschreibung und/oder Angebotsänderungen ergibt sich in erster Linie während der **Evaluationsphase** eines Beschaffungsverfahrens, d.h. ab der Öffnung der Angebote bis vor den Zuschlag.

Unwesentliche Änderungen des Beschaffungsgegenstandes oder der Modalitäten (der Anbieterinnenkreis wird nicht verändert) wie auch Änderungen der Angebote bei unwesentlichen Mängeln (Ausschluss wäre unverhältnismässig) sind grundsätzlich zulässig, sogar der Preis, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 39 Abs. 2 und 3 BÖB/IVöB). Dabei sind aber stets die Verfahrensgrundsätze, v.a. die Gleichbehandlung und die Transparenz, zu wahren. Im Zweifel ist ein Abbruch des Verfahrens in Betracht zu ziehen.

Um was geht es?

Im Verlaufe eines Vergabeverfahrens kann sich in der Praxis Bedarf nach Änderungen ergeben. So kann es sein, dass die Auftraggeberin den Beschaffungsgegenstand ändern muss (Projektänderungen) oder die Anbieterin nachträglich ihre Angebote anpassen möchte. Die Gründe und Motive für solche Änderungen können vielfältig sein, etwa veränderte Rahmenbedingungen in zeitlicher, finanzieller Hinsicht oder aufgrund veränderter Bedarf (Mengen, Qualität, technische Anforderungen) oder aber die Behebung von Irrtümern oder Fehlern in den Offerten sowie die Nachlieferung von Angaben oder Unterlagen seitens der Anbieterinnen.

Das Vergabeverfahren ist ein (öffentlich-rechtliches) Verwaltungsverfahren, in welchem es die rechtsstaatlichen Grundsätze zu beachten gilt. Änderungen im Verfahren vorzunehmen oder zuzulassen, ist deshalb heikel. Allerdings besteht ein starkes praktisches Bedürfnis, gewisse Anpassungen machen zu können. In diesem Spannungsfeld muss die Auftraggeberin überlegt, transparent und mit guten Gründen vorgehen.

Grundsätze

Im Beschaffungsrecht sind allgemein und besonders im Zusammenhang mit Angebotsänderungen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz einzuhalten.

Daraus abgeleitet gilt, dass die Ausschreibung bzw. die Einladung und die dortigen Definitionen (Beschaffungsgegenstand, Konditionen, Kriterien und Verfahrensregeln) bzw. das Projekt nach der Publikation oder dem Versand grundsätzlich nicht

mehr abgeändert werden dürfen (Stabilität der Ausschreibung). Die Anbieterinnen vertrauen bei der Ausarbeitung und Abgabe ihrer Offerten insofern auf die ihnen bekanntgegebenen Bedingungen.

Das Gegenstück bildet der Grundsatz, dass die Anbieterinnen die einmal eingereichten Angebote nicht mehr ändern dürfen. Damit sollen unter anderem auch Preisverhandlungen ausgeschlossen werden (Verbot von «Abgebotsrunden», vgl. Art. 11 Bst. d BÖB/IVöB).

Zu beachten ist schliesslich, dass die Auftraggeberin das Verfahren führt und jegliche Änderungen, sei es der Ausschreibung bzw. des Beschaffungsgegenstandes, sei es des Angebots einer oder aller Anbieterinnen, «anzuleiten» und zu steuern hat. Die einseitige, unaufgeforderte Änderung des Angebots nach Ablauf der Eingabefrist durch eine Anbieterin ist als neues, verspätetes Angebot zu werten und somit stets unzulässig, auch aus Rücksicht auf die anderen Anbieterinnen (Gleichbehandlung).

Zulässigkeit der Bereinigung im Allgemeinen

Unter Beachtung der oben dargelegten vergaberechtlichen Grundsätze ist es in der Praxis zulässig, auf objektiv veränderte Bedürfnisse oder Rahmenbedingungen oder geringfügige Mängel im Verfahren reagieren zu können. Dies betrifft sowohl Änderungen der Ausschreibung bzw. des Projekts als auch der Angebote. Davon losgelöst sind Änderungen von Angeboten nötig und u.U. auch zulässig, wenn geringfügige Mängel zu beheben sind, welche keinen Ausschluss rechtfertigen (z.B. fehlende Unterschriften auf einem Formular).

Auch Preisanpassungen der Anbieterinnen sind im Rahmen einer Angebotsbereinigung zulässig, sofern der Preis veränderten Leistungen angepasst werden muss (Nachvollzug; vgl. Art. 39 Abs. 2 Bst. b und Abs. 3 BÖB/IVöB). Das zuvor erwähnte Verbot von Abgebotsrunden gilt aber freilich auch bei Bereinigungen nach Art. 39 BÖB/IVöB (für freihändige Verfahren, vgl. Art. 21 Abs. 1 BÖB/IVöB).

Je nach Verfahrensstadium ist der Spielraum für zulässige Änderungen bzw. Bereinigungen etwas grösser oder kleiner. Bestehen Unsicherheiten bei der Festlegung und Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes, kann z.B. bereits im Rahmen der Ausschreibung ein Dialog nach Art. 24 BÖB/IVöB vorgesehen werden. Ein Dialog kann also nicht «spontan» durchgeführt werden.

→ *Faktenblatt «Dialog»*

Änderung und Bereinigung von Angeboten (Art. 39 Abs. 2 Bst. a BöB/IVöB)

Gegenstand von Bereinigungen können gemäss Art. 39 Abs. 2 Bst. a BöB/IVöB zunächst die **Angebote** einzelner oder aller Anbieterinnen sein. Dies z.B., (1) wenn aufgrund der eingereichten Nachweise nicht eindeutig beurteilt werden kann, ob (bzw. wie viele) Anbieterinnen die Minimalanforderungen gemäss Eignungskriterien oder technischen Spezifikationen erfüllt haben, oder (2) wenn bspw. unklare und/oder zu wenige Nachweise für die Beurteilung von Zuschlagskriterien vorliegen und die gemachten Angaben der Verifizierung bedürfen.

Es liegt in der Verantwortung der Vergabestelle, die **Vergleichbarkeit** unter den eingegangenen Angeboten **herzustellen**. Dafür bedarf es einer relativ anspruchsvollen **Einzelfallbeurteilung**. Dabei können folgende Hinweise helfen: Eine zulässige Änderung eines Angebots liegt vor, wenn der Mangel, welchen die Anbieterin an ihrem Angebot beheben muss, geringfügig ist und ein Ausschluss deswegen unverhältnismässig und überspitzt formalistisch wäre.

Leistungsänderungen (Art. 39 Abs. 2 Bst. b BöB/IVöB)

1. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Bereinigungsbedarf kann auch als Folge von Leistungsänderungen bestehen (Art. 39 Abs. 2 Bst. b BöB/IVöB). Die folgenden Voraussetzungen müssen alle erfüllt sein, damit Änderungen des Beschaffungsgegenstandes oder der Modalitäten bzw. diesbezügliche Bereinigungen zulässig sind:

a) Sachlicher Grund: Die Auftraggeberin muss objektiv und nachvollziehbar begründen können, weshalb sie die Ausschreibung – den Gegenstand, Bedingungen o.ä. – im laufenden Verfahren anpassen muss. Kein sachlicher Grund liegt bspw. vor, wenn eine Projektänderung mit einer Diskriminierungs- oder Bevorteilungsabsicht erfolgt (z.B. der gewünschten Anbieterin soll ermöglicht werden, ihr Produkt ausschreibungskonform auszugestalten).

Legitime Gründe können dagegen sein, wenn eine technische Neuerung auf den Markt gekommen ist, welche noch berücksichtigt werden soll, wenn die Bedarfsstellen nachträglich gewisse Mengen angemeldet haben oder gewisse untergeordnete Leistungen nicht mehr benötigt werden.

b) Unwesentliche Änderung: Massstab der Wesentlichkeit sind die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine unwesentliche (zulässige) oder wesentliche (unzulässige) Leistungsänderung vorliegt. Folgende Merkmale können bei dieser in der Praxis schwierigen Abgrenzung helfen:

- Die Auftraggeberin muss abschätzen, ob durch die Änderung mehr oder andere Anbieterinnen auf die Ausschreibung hin eine Offerte eingereicht hätten (z.B. bei extrem reduzierten Mengen, so dass sich unter Umständen auch kleinere Unternehmen beworben hätten), wenn der geänderte Auftrag von Anfang an so ausgeschrieben worden wäre. Falls diese Frage gestützt auf die Marktkennntnisse der Auftraggeberin bejaht werden muss, liegt eine – für den Submissionswettbewerb – wesentliche Änderung vor, welche unzulässig ist. Andernfalls liegt eine zulässige, unwesentliche Änderung vor.
- Eine Änderung der Ausschreibung durch die Auftraggeberin ist zudem unzulässig, wenn der Anbieterkreis aufgrund dessen grösser würde, andere Anbieterinnen, Lösungen, Produkte etc. in Frage kämen und somit nicht sichergestellt ist, dass die aktuellen Angebote mit der Änderung zur vorteilhaftesten Beschaffung führen.
- Liegt sogar ein Abbruchgrund (Art. 43 BöB/IVöB) oder aber ein zwingender Ausschlussgrund (Art. 44 BöB/IVöB) vor, ist die Änderung im laufenden Verfahren unzulässig.

2. Durchführung

Bereinigungen nach Art. 39 BöB/IVöB betreffen die Evaluationsphase einer Vergabe, also ab der Öffnung der Angebote bis vor dem Zuschlag.

In dieser grundsätzlich rein internen Bewertungsphase sind solche Bereinigungen sensibel und müssen sorgfältig geprüft und umgesetzt werden.

Es gilt das Kommunikationsverbot: der freie Austausch mit den Anbieterinnen ist verboten. Wenn schon, muss ein strukturierter und dokumentierter Prozess eingeleitet werden, in welchem nachträgliche Änderungen im Austausch mit den Anbieterinnen realisiert werden und welcher in Nachofferten mündet. Die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz müssen eingehalten werden, d.h. dass alle Anbieterinnen die Möglichkeit erhalten sollen, ihr Angebot zu bereinigen.

Dokumentationspflichten; Rechtsschutz

Änderungen an der Ausschreibung oder an Angeboten sind stets klar und deutlich zu dokumentieren; dies hat in Form eines Protokolls zu erfolgen (vgl. Art. 39 Abs. 4 BöB/IVöB; Art. 10 VöB).

Will sich eine Anbieterin gegen eine ihrer Ansicht nach unzulässige (wesentliche) Änderung der Ausschreibung oder eines Konkurrenzangebots wehren, so muss sie dies – je nach Konstellation und Zeitpunkt im Verfahren – durch Anfechtung der Ausschreibung, ggf. der Präqualifikation oder

– in der Regel – durch Anfechtung des Zuschlags geltend machen.

Weiterführende beschaffungsrechtliche Beratung: [Geschäftsstelle der BPUK/FöB](#) bzw. [Kompetenzzentrum Beschaffungswesen Bund KBB](#)