

Gewichtungslimiten für Qualitätskriterien

Nach dem BGer darf die Vergabestelle die Gewichtung des Preiskriteriums bei «einfachsten Vergaben» nicht unterhalb von 60% ansetzen. Dabei kommt es im Ergebnis stets auf eine Einzelfallprüfung an, welche nicht auf die Natur der Leistungen, sondern darauf abstellt, wie erheblich die angesichts der konkret ausgeschriebenen Spezifikationen und Zuschlagskriterien zu erwartenden Qualitätsunterschiede zwischen den einzelnen Offerten sein werden.

Selon le Tribunal fédéral, l'adjudicateur ne peut pas fixer la pondération du critère du prix en-dessous de 60% pour «les adjudications les plus simples». Au final, seule est déterminante l'analyse, dans chaque cas d'espèce, des différences de qualité entre les offres en fonction des spécifications annoncées ainsi que des critères d'adjudication, et non la nature des prestations.

Urteil des Bundesgerichts vom 24. November 2022 (2C_802/2021)

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

Der Fall

(261) 1. Die Vergabestelle hatte unter der Geltung der IVöB 2001 und der darauf gestützten SubmV/ZH einen Liefer-/Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben, der zum einen die Lieferung (auf einer Mietbasis) von Stoffhandtuchrollen und entsprechenden Spendern für die Sanitäranlagen verschiedener ihrer Gebäude und zum anderen die Aufrechterhaltung des betriebsfähigen Zustands, d.h. den Unterhalt der Spender sowie den Weg- und Rücktransport und das Waschen der Handtuchrollen, vorsah.

a. Die folgenden Zuschlagskriterien und Gewichtungen sollten für die Bewertung der Offerten zur Anwendung kommen: Gesamtpreis (Gewichtung 50%), Qualität der Produkte (Gewichtung 30%) und Nutzung/Reinigung/Bewirtschaftung (Gewichtung 20%). Dabei wurde eine lineare Preiskurve gewählt und die Preisspanne, d.h. der Bereich von Offertpreisen, innerhalb dessen unter dem Preiskriterium Punkte erhältlich sind, auf 100–130% festgelegt.

b. Eine potentielle Anbieterin focht diese Ausschreibung an und verlangte unter anderem, dass der Preis mit 80% und die Qualität (Qualität der Produkte; Nutzung/Reinigung/Bewirtschaftung) mit insgesamt 20% gewichtet werde.

2. Das VGer ZH hielt dafür, dass die ausgeschriebenen Gewichtungen noch innerhalb des Ermessensspielraums der Vergabestelle lagen und wies die Beschwerde (auch) in diesem Punkt ab (VGer ZH VB.2021.00272, 26.8.2021, E. 3).

3. Die potentielle Anbieterin focht dieses Urteil vor BGer mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an und beharrte auf ihrem Begehren nach einer Änderung der Gewichtungen der Zuschlagskriterien. Als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 83 lit. f. Ziff. 1 BGG (n.F.) unterbreitete sie dem Gericht die Frage: «Muss bei einfachsten Vergaben der Preis zwingend mit wenigstens 80% gewichtet werden?»

Der Entscheid

Nach dem Bundesgericht, das die Frage im Grundsatz bejaht und im Detail verneint, ist die Vergabestelle bei «einfachsten Vergaben» verpflichtet, den Preis zwingend mit 60% zu gewichten.

1. Angesichts des Umstands, dass das BGer bereits entschieden hat, dass dem Preiskriterium ein umso geringeres Gewicht gegeben werden kann, je komplexer die betreffende Beschaffung ist, und dass gleichzeitig diese Gewichtung nicht weniger als 20% betragen darf (vgl. insb. BGE 143 II 553, E. 6.4), kann «durchaus» auch «die Frage aufgeworfen werden, ob bei einfacheren, ausgeschriebenen Leistungen nicht am anderen Ende der Skala eine höhere Mindestgewichtung des Preises greifen muss». Das Gericht attestiert dieser Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.v. Art. 83 lit. f. BGG und tritt auch im Übrigen auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein.

2. In materieller Hinsicht bestätigt das BGer zunächst, dass die Vergabestellen bei der Aufstellung von Zuschlagskriterien über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügen, zumindest solange die Kriterien «einen direkten, sachlichen Bezug zur Leistung aufweisen».

3. In der Folge erörtert das Gericht die Vorschrift des § 33 Abs. 2 SubmV/ZH, wonach der «Zuschlag für <weitgehend standardisierte Güter> auch [vgl. § 33 Abs. 1 SubmV/ZH] ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen» kann.

a. Das BGer hält fest, dass sich aus § 33 Abs. 2 SubmV/ZH zum einen ergibt, dass die reine Preisvergabe (d.h. ein Preisgewicht von 100%) nicht nur bei vollständig, sondern schon bei weitgehend standardisierten Leistungen zulässig ist, und zum anderen, dass es eine Verpflichtung der Vergabestelle zur reinen Preisvergabe bei solchen Leistungen nicht gibt.

b. Den Begriff der weitgehend standardisierten Leistung definiert das Gericht wie folgt: «Es geht [...] um Leistungen, deren Standardisierung so weit gediehen ist, dass abgesehen vom Preis keine relevanten Unterschiede, insbesondere kei-

ne relevanten Qualitätsunterschiede, zu erwarten sind. Die weitgehende Standardisierung kann entweder auf einschlägige Normen oder eine sehr detaillierte Spezifikation in der Ausschreibung zurückgehen.»

c. Gemäss BGer 2P.34/2005, 24.5.2005, E. 2.3, ist es nicht willkürlich, davon auszugehen, dass «dem Preis ein umso grösseres Gewicht zukommen müsse, je geringer der Schwierigkeitsgrad einer Aufgabe sei».

4. Es ist nicht erstellt, dass die in casu streitgegenständlichen Leistungen weitgehend standardisiert sind; allerdings verlangt die Beschwerdeführerin keine Preisgewichtung von 100%, sondern eine von 80%. Damit stellt sich die Frage, ob die in casu ausgeschriebene Gewichtung von 50% dem Schwierigkeitsgrad der Aufgabe angemessen oder ermessensverletzend tief ist.

a. Das BGer stellt mit Bezug auf die Spezifikation des streitbetroffenen Auftrags fest, dass es sich «vorliegend um eine wenig komplexe (ausgeschriebene) Leistung handelt. Die Mechanik der Handtuchspender und deren Montage ist vergleichsweise einfach und bei den Stoffhandtuchrollen sind ebenfalls keine besonderen technischen Schwierigkeiten erkennbar. Auch der Wasch- und Transportservice lässt keine besonderen Schwierigkeiten erkennen, zumal die Stoffhandtuchrollen nicht von der Anbieterin, sondern von der Auftraggeberin selbst ausgetauscht werden.» Weiter notiert das Gericht, dass in den Ausschreibungsunterlagen bestimmt wird, «dass mechanische Handtuchspender der Farbe Weiss und Stoffhandtuchrollen aus nachhaltig verarbeitetem Stoff (mindestens OEKO-TEX Standard® 100) geliefert werden sollen».

b. Zur ausgeschriebenen Kriterienordnung hält das Gericht zunächst fest, dass die gewählte lineare Preiskurve mit einer Preisspanne von 30% «angesichts der konkreten, ausgeschriebenen Leistung [...] korrekt» ist. Eingedenk dieses Umstands führt es sodann aus, dass das ausgeschriebene Bewertungssystem dazu führt, dass ein Angebot, das preislich um 10% über dem tiefsten Angebot liegt, den Zuschlag erhält, falls es die Qualitätskriterien optimal erfüllt und das andere Angebot hier insgesamt mittelmässig abschneidet. Würde der Preis mit 60%, die Qualität der Produkte mit 30% und die Nutzung/Reinigung/Bewirtschaftung mit 10% gewichtet, erhielten die beiden erwähnten Offerten insgesamt gleich viele Punkte. Würde der Preis mit 80% gewichtet, könnte die qualitativ optimale und im Preis um 10% teurere Offerte diejenige mit dem tiefsten Preis und der mittelmässigen Qualität nicht mehr einholen, «und zwar selbst dann, wenn [diese] bei der Qualität und anderen Kriterien Null Punkte erzielen würde».

c. Das BGer hält das ausgeschriebene Bewertungssystem vor diesem Hintergrund und mit Blick darauf, dass es davon ausgeht, dass bei «einfachen ausgeschriebenen Leistungen wie der vorliegenden [...] naturgemäss keine erheblichen Qualitätsunterschiede oder sonstigen relevanten Unterschiede zu erwarten [sind]», für unsachgemäss: «Dass ein Anbieter mit einem immerhin 10% höheren Preis dennoch einen

Konkurrenten, der bezüglich der anderen Kriterien im mittleren Bereich abschneidet, überholen kann, erscheint nicht sachgerecht.»

d. «Aufgrund der zahlreichen Möglichkeiten verschiedener, ausgeschriebener Leistungen und Ausgangslagen» zweifelt das BGer daran, dass es angebracht wäre, «bei einfacheren Beschaffungsgegenständen eine Bandbreite für die Gewichtung des Preiskriteriums festzulegen». Es hält es für «sachgerechter, bei einfachen ausgeschriebenen Leistungen wie der vorliegenden bloss eine höhere Untergrenze für die Preisgewichtung festzulegen, nämlich eine solche von mindestens 60%. Anschliessend ist es Sache der Vergabebehörde, ausgehend von dieser Mindestschwelle die für den jeweiligen Fall geeignete Gewichtung der Zuschlagskriterien, insbesondere des Preiskriteriums, festzulegen.»

5. «Die aufgeworfene Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung [...] ist deshalb folgendermassen zu beantworten: Bei einfachsten Vergaben [...] ist der Preis bei den Zuschlagskriterien mit mindestens 60% zu gewichten. Es ist mithin bei derartigen Vergaben bei der Preisgewichtung eine Untergrenze von 60% zu beachten. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen bei der Anwendung von § 33 Abs. 1 SubmV/ZH insofern überschritten und damit gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) verstossen.»

6. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird teilweise gutgeheissen, das angefochtene Urteil und die streitbetroffene Ausschreibung werden aufgehoben, und die Sache wird an die Vergabestelle zur neuen Ausschreibung zurückgewiesen.

a. «In Bezug auf die von der Beschwerdeführerin beantragte, konkrete Gewichtung [...] der einzelnen Zuschlagskriterien [i.e. ein Preisgewicht von 80%] ist die Beschwerde jedoch abzuweisen.»

b. «Diese neue Gewichtung ist im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen von der Vergabebehörde vorzunehmen. Aufgrund des Gesagten und der konkreten Umstände sollte die Preisgewichtung bei dieser konkreten Vergabe allerdings deutlich über 60% liegen.»

Die Anmerkungen

1. Dem rapportierten Urteil ist insoweit zuzustimmen, als es klarstellt, dass die Unterscheidung zwischen einerseits «komplexesten» Leistungen (wo eine niedrige Preisgewichtung mit 20% erlaubt ist) und andererseits «standardisierten» bzw. «weitgehend standardisierten Leistungen» (wo eine Preisgewichtung von bis zu 100% erlaubt ist; vgl. jedoch zum neuen Recht auf der Bundesebene Art. 29 Abs. 4 BöB; vgl. auch hinten Ziff. 5) nicht (direkt) von der Frage abhängt, ob die betreffenden Leistungen schwierig oder eher alltäglich sind, sondern davon, ob aufgrund der Art der Ausschreibung der Leistungen zwischen den einzelnen Offerten «keine relevanten Qualitätsunterschiede [...] zu erwarten» sind oder

ob mit erheblichen solchen Unterschieden gerechnet werden muss.

a. Bei der Beurteilung der Gewichtung der Qualität gegenüber dem Preis geht es nicht um die binäre Unterscheidung zwischen «erheblichen» und «unerheblichen» Qualitätsunterschieden, sondern darum, *wie erheblich* diese Unterschiede sein werden. Falls überhaupt keine Unterschiede, die irgendeine objektive Rolle spielen könnten, zu erwarten sind, handelt es sich um eine vollständig standardisierte Leistung im vergaberechtlichen Sinn. Falls sich Unterschiede von vernachlässigbarer Bedeutung einstellen, geht es um eine weitgehend standardisierte Beschaffung. Und je grösser die Unterschiede in der Folge sind, desto weniger standardisiert ist die Beschaffung und umso mehr rechtfertigt sich eine geringere Gewichtung des Preiskriteriums (dies, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, bis zur Untergrenze von 20%; vgl. hierzu jedoch Di Cicco, *Le prix en droit des marchés publics*, Diss. Freiburg, Zürich 2022, Rz. 578 ff., insb. Rz. 586 ff.). Dieser Mechanismus ergibt sich nach den überzeugenden Ausführungen des BGer aus der Gegenüberstellung der Regeln über die Vergabe von Standardleistungen (Höchstgewichtung des Preises) und jener über die Mindestgewichtung des Preises.

b. In diesem Sinn könnte die Terminologie von den «komplexen» (oder «komplexesten») und den «einfachen» (oder «einfachsten») Leistungen irreführend sein und sollte überdacht werden. Entscheidend ist weder die Natur der Leistung noch deren Einstufung nach ihrem Schwierigkeitsgrad. Massgebend sind vielmehr die Art, wie die Vergabestelle die betreffende Leistung im konkreten Fall durch Spezifikationen und weitere Bedingungen umschreibt, sowie die Qualitätsunterschiede unter den Offerten, die sich bei Einhaltung dieser Vorgaben einstellen können (vgl. zudem hinten Ziff. 4). Damit empfiehlt es sich, insoweit der Terminologie der Beschwerdeführerin des rapportierten Falls folgend (vgl. auch rapportiertes Urteil, E. 3.9), eher von einer einfachen oder komplexen «Vergaben» denn von solchen «Leistungen» bzw. «Beschaffungen» zu sprechen.

c. Weiter ist zu notieren, dass die Vergabestelle ungeachtet ihres Ermessens bei der Festlegung der Zuschlagskriterien aufgrund des Grundsatzes des wirtschaftlichen bzw. wirtschaftlich nachhaltigen Einsatzes der öffentlichen Mittel (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB 2001 und Art. 2 lit. a IVöB 2019; vgl. auch Art. 2 lit. a BöB) gehalten ist, für alle relevanten Qualitätsaspekte, unter denen sich angesichts der konkreten Spezifikationen Qualitätsunterschiede ergeben können, die nicht vernachlässigbar sind, entsprechend gewichtete Zuschlagskriterien bzw. Subkriterien vorzusehen und anzuwenden. Das gilt insbesondere dann, wenn Spezifikationen in qualitativer Hinsicht nach oben offen ausgeschrieben werden, so dass ein bestimmter Mindestwert vorgegeben wird, den die Anbieterinnen übertreffen dürfen. Eine Kriterienordnung, welche relevante Aspekte, unter denen erhebliche Qualitätsunterschiede zu erwarten sind, nicht oder nur unzureichend abbildet, stellt eine unrechtmässige Ermessensunterschreitung dar. Dementsprechend müssen

die die Qualität messenden Zuschlagskriterien umso vielfältiger werden, je mehr relevante Aspekte vorhanden sind, und sie müssen insgesamt umso höher gewichtet werden, je bedeutsamer die diesbezüglichen Unterschiede zwischen den einzelnen Offerten voraussichtlich sein werden.

2. Im Weiteren ist dem BGer auch insoweit zuzustimmen, als die von ihm eingangs des rapportierten Urteils (E. 1.6) in abstrakter Weise reformulierte Grundsatzfrage («ob bei einfacheren, ausgeschriebenen Leistungen nicht am anderen Ende der Skala eine höhere Mindestgewichtung des Preises greifen muss») im Licht der vorstehend dargestellten Grundsätze betreffend den Zusammenhang zwischen den zu erwartenden Qualitätsunterschieden und der Wahl sowie der Gewichtung der Zuschlagskriterien (vgl. vorne Ziff. 1) bejaht werden kann (in dieser abstrakten Weise). Je einfacher die Vergabe (vgl. zur Terminologie vorne Ziff. 1b), desto höher ist der Preis zu gewichten, wobei ein Gewicht von 100% bei weitgehend (vgl. zum neuen Recht allerdings hinten Ziff. 5) standardisierten Leistungen zulässig und bei vollständig standardisierten Leistungen wohl zwingend ist. Das ist letztlich eine Konkretisierung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit bzw. der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit; dieser ist nur eingehalten, wenn die Vergabestelle unter Wahrung ihres Ermessensspielraums eine der konkreten Ausschreibung angemessene Gewichtung zugleich von Preis und Qualität festgelegt hat.

3. Zu kritisieren ist das rapportierte Urteil jedoch deswegen, weil das BGer sich nicht darauf beschränkt, die abstrakt reformulierte Grundsatzfrage (vgl. vorne Ziff. 2) auf einer ebenso abstrakten Ebene zu beantworten und in diesem Sinn festzuhalten, dass es zutrifft, dass der Preis umso höher gewichtet werden muss (was ohne weiteres eine bestimmte Untergrenze des Ermessensspielraums impliziert, welche im Einzelfall zu bestimmen ist), je einfacher die Vergabe ist (d.h. je weniger in relevanten Aspekten erhebliche Qualitätsunterschiede zu erwarten sind).

a. Auf dieser Grundlage wäre es dem Gericht ohne weiteres möglich gewesen, den konkreten Beschwerdefall zu entscheiden, und es wäre dabei, wie dies auch tatsächlich der Fall war, zum Schluss gekommen, dass im konkreten Fall mit Blick auf alle wesentlichen Umstände der Ermessensspielraum bei 60% Preisgewicht seine Unter- bzw. bei 40% Qualitätsgewicht seine Obergrenze gehabt hatte, so dass sich die angefochtene Ausschreibung als rechtswidrig erwies.

b. Da das BGer in casu zum Schluss kommt, die streitbetreffene Qualitätsgewichtung von 50% sei willkürlich, hätte der Fall im Übrigen auch im Rahmen einer Behandlung der erhobenen Beschwerde als subsidiäre Verfassungsbeschwerde mit gleichem Ergebnis behandelt werden können. Für die Aufhebung eines willkürlichen Entscheids war die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bzw. die Bejahung einer (noch nicht beantworteten) Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht erforderlich. Das ist deswegen nicht unerheblich, weil das BGer in E. 3.3 und E. 3.4 des rapportierten Urteils auf seine eigene Rechtsprechung

hinweist, aus der sich an sich bereits ergibt, dass der Preis umso höher zu gewichten ist, je einfacher die Vergabe ist (bzw. je geringer die zu erwartenden Qualitätsunterschiede sind).

c. Das BGer hat sich jedoch dazu entschlossen, es im Rahmen der Beantwortung der Grundsatzfrage i.S.v. Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG nicht beim allgemeinen Grundsatz bewenden zu lassen, wonach der Preis umso höher gewichtet werden muss, je einfacher die Vergabe ist. Vielmehr hat es die neuartige Kategorie der «einfachsten Vergaben» erschaffen (bzw. es hat diese durch die Beschwerdeführerin eingeführte Kreation übernommen), und es hat dafür die fixe Untergrenze von 60% eingeführt. Diese fixe Grenze kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass damit kein Konzept vorliegt, mit dem Rechtssicherheit geschaffen würde, denn die andere Determinante des Systems, nämlich die Qualifikation eines Falls als «einfachste Vergabe», beruht auf einem Begriff, der in jedem Einzelfall von neuem konkretisiert werden muss. Das gilt insbesondere deshalb, weil es hierbei, wie ausgeführt (vgl. vorne Ziff. 1b), nicht um die Unterteilung bestimmter Produkt- und Dienstleistungsgruppen in «einfachste», «einfache», «mittelschwere», «schwere» und «schwierigste» (oder auch: «komplexeste») Leistungen geht, sondern um die nur einzelfallweise mögliche und auf der Grundlage der konkret ausgeschriebenen Spezifikationen und Zuschlagskriterien erfolgende Beurteilung, ob die vorgesehene Gewichtung der Qualitätskriterien den in concreto bezüglich relevanter Qualitätsaspekte zu erwartenden Unterschieden zwischen den Offerten entspricht oder eine Ermessensverletzung darstellt (vgl. vorne Ziff. 1 und hinten Ziff. 4). Weil demnach in jedem konkreten Fall zu klären ist, ob allenfalls eine «einfachste Vergabe» gegeben ist, ergibt sich weder aus dieser neuen Kategorie noch aus der fixen Preisuntergrenze von 60% irgendein praktischer Mehrwert. Mehr noch – die Diskussion um die «richtige» bzw. den Ermessensspielraum der Vergabestelle nicht verletzende Gewichtung der Qualität gegenüber dem Preis kann direkt mithilfe des allgemeinen Grundsatzes und ohne Rückgriff auf eine Kategorie mit fixer Untergrenze diskutiert und beantwortet werden, ohne dass die Diskussion oder das Ergebnis sich dadurch verändern könnten. Davon zeugt m.E. auch der Umstand, dass das BGer in E. 4 des rapportierten Urteils zum Ausdruck gebracht hat, dass es im konkreten Fall annimmt, dass eine auf die kategorische Untergrenze von 60% angesetzte Preisgewichtung noch nicht ausreichend hoch wäre und dass die richtige Gewichtung «deutlich über 60% liegen» müsse. Da dem BGer nicht zu unterstellen ist, dass es mit dieser Aussage in das Ermessen der Vergabestelle eingreifen wollte, muss angenommen werden, dass das Gericht eine nicht «deutlich über 60%» liegende Gewichtung als ermessensverletzend bzw. als willkürlich (vgl. E. 3.9 des rapportierten Urteils) betrachten würde. Das bedeutet, dass das BGer im Ergebnis die Kategorie der «einfachsten Vergaben» ungebraucht stehengelassen und stattdessen (insoweit zu Recht) eine Würdigung der Umstände des Einzelfalls vorgenommen hat.

4. Zur Präzisierung des Gesagten ist festzuhalten, dass die Frage, welche Qualitätsunterschiede zwischen den Offerten zu erwarten sind (woran sodann zu messen ist, ob das Gewichtungsverhältnis zwischen dem Preis und der Qualität den Ermessensspielraum der Vergabestelle wahrt), von der Frage zu trennen ist, welche Qualitätsunterschiede im betreffenden Fall überhaupt möglich wären.

a. Auf der Grundlage der rechtmässig (vgl. insb. Art. 30 BöB/IVöB 2019) festgelegten Spezifikationen der nachgefragten Leistung lässt sich beurteilen, ob und, falls ja, in welchem Umfang jene Angebote, welche diese Spezifikationen respektieren, Unterschiede in relevanten Qualitätsaspekten aufweisen können. Das wird namentlich dadurch bestimmt, wie vage oder exakt die einzelnen aufgestellten Spezifikationen sind und inwiefern es einer Anbieterin gemäss Ausschreibung freigestellt bleibt, eine die Spezifikationen übertreffende Qualität zu offerieren. Je mehr relativ vage Spezifikationen aufgestellt werden oder je mehr relativ exakt formulierte Spezifikationen nur als Mindestmass, nicht jedoch als (unter Ausschlussdrohung) fix erwartete Grösse zu verstehen sind, desto eher ist davon auszugehen, dass im Rahmen der betreffenden Ausschreibung erhebliche Qualitätsunterschiede zwischen den einzelnen Offerten möglich sind.

b. Geht es dagegen um die Frage, welche Qualitätsunterschiede zwischen den Offerten tatsächlich zu erwarten sind (und ob angesichts dessen das Gewichtungsverhältnis zwischen Preis und Qualität rechtmässig ist; vgl. vorne Ziff. 1b–c), kommt es nicht auf die durch die aufgestellten Spezifikationen eröffneten Möglichkeiten an (diese bilden hier lediglich die Ausgangslage), sondern darauf, welche Zuschlagskriterien die Vergabestelle konkret aufgestellt hat. Denn nur die tatsächlich mithilfe von solchen Kriterien gemessenen Qualitätsunterschiede können im Rahmen der Diskussion der Gewichtung von Preis- und Qualitätskriterien eine Rolle spielen. Es wäre willkürlich, die Qualitätsgewichtung unter Verweisung auf (infolge der aufgestellten Spezifikationen) mögliche Qualitätsunterschiede hoch bzw. höher anzusetzen, wenn derweil die ausgeschriebene Kriterienordnung kein Kriterium bzw. Subkriterium zur Messung und Bewertung der betreffenden Unterschiede enthält und diese Unterschiede daher die Bewertung gar nicht beeinflussen können. Das gilt unabhängig davon, dass die Vergabestelle, wie ausgeführt (vgl. vorne Ziff. 1c), nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bzw. des wirtschaftlich nachhaltigen Einsatzes der öffentlichen Mittel gehalten ist, in Bezug auf alle relevanten Qualitätsaspekte, unter denen angesichts der aufgestellten Spezifikationen Unterschiede zwischen den Angeboten möglich sind, geeignete Zuschlags- bzw. Subkriterien aufzustellen, so dass diese Unterschiede auch gemessen werden können – dies ist wiederum eine andere Frage.

c. Mit Rücksicht auf das Ausgeführte ist festzustellen, dass im rapportierten Fall die Vergabestelle allem Anschein nach davon abgesehen hat, die Qualität der Dienstleistungen des Transports und des Waschens der Handtuchrollen, welche nicht in abschliessend-exakter Art spezifiziert war (vgl. rap-

portiertes Urteil, E. 3.2 und E. 3.3) und bezüglich deren also Qualitätsunterschiede möglich waren, unter einem der beiden die Qualität betreffenden Zuschlagskriterien zu messen. Die Qualitätsbewertung betraf damit nur die zu liefernden Güter und den Unterhalt der Handtuchspender (das Urteil enthält hierzu keine ausdrücklichen Angaben, doch liegt es nach dem Verständnis des Berichterstatters zumindest nicht nahe, die Qualität von Transport und Waschen unter «Qualität der Produkte» zu subsumieren, und «Nutzung/Reinigung/Bewirtschaftung» bezieht sich wohl nur auf die zu bewirtschaftenden Handtuchspender und nicht auf den Transport und das Waschen der Handtuchrollen). Zugleich ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Qualität, insbesondere in ökologischer Hinsicht, der Dienstleistungen betreffend Transport und Waschen einen grundsätzlich als relevant einzustufenden Aspekt darstellt, so dass in casu nicht unwahrscheinlich ist, dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bzw. der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel eine Messung dieser Qualität mit Zuschlagskriterien gebot (vgl. vorne Ziff. 1c). Gilt jedoch eine Kriterienordnung, welche bestimmte relevante Qualitätsaspekte (unter denen aufgrund der Spezifikationen Unterschiede zwischen den Angeboten möglich sind) unter keinem entsprechenden Zuschlagskriterium misst, ändert das nichts daran, dass die Frage, ob die Qualität gegenüber dem Preis zu tief oder zu hoch gewichtet ist, allein aufgrund der anwendbaren Zuschlagskriterien zu beantworten ist und nicht (auch) unter Berücksichtigung von Aspekten, die diese Kriterien nicht messen und bewerten. Immer noch mit Blick auf den konkreten Fall kann als Gegenbeispiel der Umstand genannt werden, dass die Vergabestelle die Qualität der Handtuchrollen durch die Formulierung «mindestens OEKO-TEX Standard® 100» (rapportiertes Urteil, E. 3.2) nur als Minimalanforderung und nicht als fixe Vorgabe spezifiziert hat und dass allfällige Qualitätsunterschiede zwischen den Offerten unter diesem Aspekt aller Wahrscheinlichkeit nach unter dem Zuschlagskriterium «Qualität der Produkte» tatsächlich auch gemessen und bewertet werden sollten.

d. Allerdings können die Antworten der Vergabestelle auf beide hier interessierenden Fragen (vgl. vorne lit. a und lit. b) mit Beschwerde (gerichtet i.d.R. gegen die Ausschreibung bzw. die Ausschreibungsunterlagen) gerügt werden. Eine (potentielle) Anbieterin kann, im Rahmen der ersten Frage (vgl. vorne lit. a), geltend machen, dass die ausgeschriebene Ordnung der Zuschlagskriterien zu Unrecht relevante Qualitätsaspekte ausblende, unter denen aufgrund der aufgestellten Spezifikationen Unterschiede zwischen den Angeboten möglich sind, oder umgekehrt, dass bestimmte Zuschlagskriterien irrelevante Qualitätsaspekte zu messen bezweckten (vgl. vorne Ziff. 1c). Soweit die Vergabestelle so entschieden und dadurch ihren Ermessensspielraum unter- oder überschritten hat, ist die Kriterienordnung durch die Beschwerdeinstanz aufzuheben und durch die Vergabestelle entsprechend zu modifizieren (zu ergänzen oder zu reduzieren). Alternativ oder zusätzlich kann diese Anbieterin, im Rahmen der zweiten Frage (vgl. vorne lit. b), die Rüge erheben, angesichts der konkret geltenden Zuschlagskriterien (ggf. unter

Berücksichtigung einer im soeben dargestellten Sinn hiergegen gerichteten Rüge) sei die Qualität insgesamt zu hoch oder zu niedrig gewichtet. Trifft das in einem eine Ermessensverletzung darstellenden Ausmass zu, ist die Gewichtung durch die Beschwerdeinstanz aufzuheben und durch die Vergabestelle neu anzusetzen.

5. Abschliessend ist der Umstand aufzugreifen, dass das BGer in casu nicht auf der Grundlage der IVöB 2019, sondern nach der IVöB 2001 und dem darauf gestützten kantonalen Recht geurteilt hat.

a. Das rapportierte Urteil ist angesichts dieses Umstands nicht als Aussage zur Bedeutung und Tragweite der Art. 2 lit. a, Art. 29 Abs. 1 und Abs. 3 oder Art. 41 IVöB 2019 (und ebenso wenig der entsprechenden Bestimmungen des BöB) zu betrachten. Ob das BGer aus der Betonung der Qualität (gegenüber dem Preis), welche den revidierten Erlassen entnommen werden kann (vgl. insb. STEINER/KLINGLER, *The Revised Swiss Public Procurement Law: More Quality and Sustainability*, EPPPL 2023, S. 87 ff., S. 88 f. und S. 92 f.), einen Bedarf zur Änderung der vorliegend rapportierten Rechtsprechung ableiten wird, ist daher unbekannt.

b. Nach meinem Dafürhalten tangieren die neuen Erlasse die abstrakte Erkenntnis nicht, wonach der Preis umso höher gewichtet werden muss, je einfacher die Vergabe angesichts der erwarteten Qualitätsunterschiede ist (vgl. vorne Ziff. 1b). Diese Erkenntnis ist eine direkte Ableitung aus dem altrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB 2001), und sie ergibt sich unverändert auch aus dem neurechtlichen Grundsatz des (u.a.) wirtschaftlich nachhaltigen Einsatzes öffentlicher Mittel (vgl. vorne Ziff. 2). Auch hier muss dem Preis und der Qualität unter Wahrung des Ermessensspielraums der Vergabestelle je das Gewicht zugeordnet werden, das den tatsächlichen Verhältnissen (welche durch die Spezifikationen und die Zuschlagskriterien bestimmt werden; vgl. vorne Ziff. 1b–c) entspricht; unverändert ist eine sachwidrige Überbetonung des Preises oder der Qualität in der Bewertungsordnung unzulässig. Im Übrigen ist es nach der hier vertretenen Auffassung nicht zielführend, diesen Grundsatz via den Zwischenschritt der Kategorie der «einfachsten Vergaben» und eine Preisgewichtungs-Untergrenze von 60% zu konkretisieren (vgl. vorne Ziff. 3c). Vielmehr ist der Grundsatz in jedem Einzelfall unter Würdigung der Umstände direkt anzuwenden. In diesem Sinn ist die Frage zunächst sekundär, ob das BGer unter dem Eindruck des neuen Rechts eine etwas tiefere Untergrenze ansetzen würde, wenn es sich dazu zu äussern hätte.

c. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass für lediglich «weitgehend standardisierte Leistungen» nach dem revidierten Art. 29 Abs. 4 BöB/IVöB eine Preisgewichtung von 100% nicht mehr zulässig ist; diese Bestimmung nennt in diesem Zusammenhang nur mehr «standardisierte Leistungen» (vgl. dagegen Art. 21 Abs. 3 aBöB und § 33 Abs. 2 SubmV/ZH: «weitgehend standardisierte Güter»). Soweit diese terminologische Verengung als materielle Einschränkung des möglichen Anwendungsbereichs der reinen Preis-

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