

Vergabetagung 22

Die neuen Zuschlagskriterien

Fiktive Fälle vor Gericht

Claudius Gelzer, Verwaltungsrichter Basel-Stadt

Marcel Winkler, Verwaltungsrichter Aargau

Stefan Scherler, Rechtsanwalt (Moderation)



Einleitung

Teilnehmer

- **Claudius Gelzer**, Dr.iur., LL.M, Rechtsanwalt
 - Gerichtspräsident am Appellationsgericht/Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt
- **Marcel Winkler**, lic.iur., Rechtsanwalt
 - Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Aargau
- **Stefan Scherler**, Dr.iur., Rechtsanwalt (Moderation)



Vorbemerkungen

- **Fälle sind frei erfunden**
 - Es existiert kein direkter Bezug zu einem Fall.
 - Ähnlichkeiten mit realen Fällen sind rein zufällig.

- **Freie Meinungsäußerung der Richter**
 - Die Überlegungen der Richter binden weder sie selber noch ihr Gericht.
 - Die Verwendung der mündlichen Erwägungen in einem Gerichtsfall ist nicht gestattet.



Übersicht

- **Fall A - Holzfenster**
 - "Preisniveau im Anbieterausland (Polen)"
- **Fall B - Kurierdienste**
 - "Ökologie im Bereich Transportwege/Firmensitz"
- **Fall C - Büroreinigung**
 - "Preis und Verlässlichkeit des Preises"
- **Fall D - Uniformen**
 - "Nachhaltigkeit durch Label 'FWF Code of Labour Practice' und 'Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende > 58'"



Fall A – Holzfenster



Das **Bundesamt für besondere Aufgaben (BABA)** hat einen Auftrag betreffend **Lieferung und Montage neuer Holzfenster** für sein **Bürogebäude** in Bern-Wankdorf im **offenen Verfahren** ausgeschrieben.

Der geschätzte Wert dieses Auftrags liegt bei **CHF 3,4 Mio.** exkl. MWST (weitere Bauaufträge für das Bauwerk sind nicht gegeben).

Das BABA gibt in der Ausschreibung an, dass der Auftrag dem **Staatsvertragsrecht nicht unterstellt** ist.

Gemäss Ziff. 3.6 der Ausschreibung wird das **Zuschlagskriterium des Preises mit 75% gewichtet**.



«Gegenstand der Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Preis':

Die Anbieterinnen haben in ihren Angeboten anzugeben und nachzuweisen, welcher **Teil** der Gesamtleistung in der **Schweiz** und welche **Teile** allenfalls in bestimmten **anderen Ländern** erbracht werden.

Soweit die Leistungen in der Schweiz erbracht werden, wird der entsprechende Teil des Angebotspreises zum Nominalwert (100%) in die Bewertung einbezogen.

Soweit die Leistungen in einem anderen Land erbracht werden, wird der entsprechende Teil des Angebotspreises unter Berücksichtigung eines **Anpassungsfaktors** in die Bewertung einbezogen, welcher dem allenfalls höheren oder geringeren Produktionskostenniveau des entsprechenden Landes Rechnung trägt.

Beispiel:

- Leistungsanteile: 50% CH / 50% Polen
- Produktionskosten in Polen: **50% des schweizerischen Niveaus**
- **Anpassungsfaktor:** **200%**
- Angebot: CHF 2 Mio.
- Gegenstand der Preisbewertung: CHF 3 Mio. (1 Mio. + [1 Mio.*200%])



Die Schreinerei Käch AG mit Sitz in Sarnen OW, welche offerieren und dabei **Fenster-Vorfabrikate aus Polen** beziehen will, erhebt **Beschwerde gegen diese Ausschreibung**, macht eine Verletzung ihrer Wirtschaftsfreiheit bzw. der Wettbewerbsneutralität geltend und verlangt die **ersatzlose Streichung** von Ziff. 3.7 der Ausschreibung.

In seiner Beschwerdeantwort verweist das BABA auf den «**klaren Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 BöB**» und auf Art. 190 BV.

Steckbrief:

- Bundesamt für besondere Aufgaben (BABA)
- Lieferung und Montage neuer Holzfenster für Bürogebäude
- Offenes Verfahren (nicht GPA)
- **Zuschlagskriterium Preis 75%; Bewertung (Preisniveau):**
 - Angebot über **CHF 2 Mio.** Leistungsanteile: 50% CH / 50% Polen*
 - Produktionskosten in Polen: 50% des schweizerischen Niveaus*
 - Anpassungsfaktor: 200%*
 - Gegenstand der Preisbewertung: **CHF 3 Mio.** (1 Mio. + [1 Mio.*200%])*
- Schreinerei Käch AG (mit Fenster-Vorfabrikaten aus Polen)
- Beschwerde gegen Ausschreibung (Verletzung Wirtschaftsfreiheit / Wettbewerbsneutralität): ersatzlose Streichung Bewertung Preisniveau
- BABA: «klarer Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 BöB» und Art. 190 BV

Fall B – Kurierdienste



Fall B – Kurierdienste

1/4

Die **Stadt Bieberthal** hat einen Auftrag betreffend **Kurierdienste** (CPCprov 7512) im **offenen Verfahren** ausgeschrieben. Der geschätzte Wert beträgt **CHF 470 000** exkl. MWST.

Gemäss Ausschreibung geht es in diesem Auftrag um den **Transport von Akten, offiziellen Dokumenten sowie Büromöbeln** zwischen den verschiedenen Standorten der Stadtverwaltung und bestimmten Ämtern der in der Stadt Otterberg gelegenen Kantonsverwaltung.

In Ziff. 3.5 sieht die Ausschreibung unter anderem das mit **45% gewichtete Zuschlagskriterium «Ökologie»** vor, das in drei **Unterkriterien** mit entsprechenden Teilgewichten unterteilt ist:

«Transportkonzept (25%)»,
«Heizung/Kühlung Firmensitz (12%)» und
«ISO 14001 (8%)».



- **ZUK ‘Transportkonzept’:**

Die Anbieterin hat im **technischen Bericht** ihr auf dem ausgeschriebenen Bedarfsszenario basierendes Transportkonzept zu beschreiben. Die Auftraggeberin wird dieses Konzept nach den folgenden Parametern bewerten:

(a) möglichst **geringe Gesamtstrecke** zwischen allen anzufahrenden Stationen;

(b) **verwendete Fahrzeuge** (CO₂-Ausstoss und Schadstoffausstoss pro Tonnenkilometer; Lärmemissionen).

- **ZUK ‘Heizung/Kühlung Firmensitz’:**

Die Anbieterin hat im **Formular ‘Firmenporträt’** zu beschreiben und mittels geeigneter Belege nachzuweisen, mit welcher **Technik** bzw. welchen **Energieträgern** die ihren **Firmensitz ausmachenden Gebäude heizt sowie kühlt**. Die Auftraggeberin wird die Techniken bzw. Energieträger nach den folgenden Parametern bewerten:

CO₂-Ausstoss sowie Schadstoffausstoss für geheizten/gekühlten Raum (pro m³).

- **ZUK ‘ISO 14001’:**

Die Anbieterin hat im **Formular ‘Firmenporträt’** anzugeben (und ggfs. nachzuweisen), ob sie nach dem Standard SN EN ISO 14001:2015-09 oder einem gleichwertigen Standard **zertifiziert** ist. Die Auftraggeberin wird die unter dem ZUK ‘ISO 14001’ erhältlichen Punkte nur Angebote bewerten, die von entsprechend zertifizierten Anbieterinnen stammen.»



Die Gebrüder Staub & Russ Transport AG erhebt Beschwerde gegen diese Ausschreibung und verlangt die **ersatzlose Streichung** des gesamten Zuschlagskriteriums «**Ökologie**», diese mit der Begründung, solche Aspekte seien «vergabefremd und darum gesetzlich verboten».

Die Vergabestelle verweist in ihrer Stellungnahme auf Art. 29 Abs. 1 IVöB 2019 (welcher der Kanton Otterberg bereits beigetreten ist) und bringt vor, sie prüfe nichts anderes als die in der zitierten Bestimmung genannte «**Nachhaltigkeit**», weshalb an ihrer Ausschreibung nichts Rechtswidriges zu finden sei.

Steckbrief:

- Stadt Bieberthal
- Kurierdienste zwischen Standorten (Transport von Akten, offiziellen Dokumenten sowie Büromöbel)
- Offenes Verfahren (GPA); CHF 470'000 (exkl. MWST)
- **Zuschlagskriterium Ökologie 45%; Unterkriterien:**
 - ZUK 'Transportkonzept':* *geringe Gesamtstrecke, verwendete Fahrzeuge*
 - ZUK 'Heizung/Kühlung Firmensitz':* *CO2-Ausstoss geheizten/gekühlten Raum (pro m3)*
 - ZUK 'ISO 14001':* *Zertifizierung*
- Gebrüder Staub & Russ Transport AG
- Beschwerde gegen Ausschreibung (vergabefremd): ersatzlose Streichung
- Stadt Bieberthal: "Nachhaltigkeit" i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BöB; nicht vergabefremd

Fall C – Büroreinigung



Fall C – Büroreinigung

1/4

Das **Staatssekretariat für Stil, Ästhetik und Rhetorik (SESAER)** hat einen Auftrag betreffend **Büro-Reinigungsdienstleistungen** (CPCprov 87403) im **offenen Verfahren** ausgeschrieben. Der geschätzte Wert beträgt **CHF 683 025** exkl. MWST.

Nach Ziff. 3.4 der Ausschreibung sollen unter anderem ein Zuschlagskriterium namens «**Preis**» (Gewichtung: 30%) und eines mit dem Titel «**Verlässlichkeit des Preises**» (Gewichtung: 20%) zur Anwendung gelangen.



- **ZK 'Preis':**

*Die Auftraggeberin erteilt die Maximalpunktzahl von 5 Punkten der preislich am tiefsten liegenden Offerte. Eine Offerte mit einem um **15%** (oder mehr) höheren Preis erhält 0 Punkte. Zwischen diesen beiden Preisen wird werden die Punkte linear verteilt.*

- **ZK 'Verlässlichkeit des Preises':**

*Die Auftraggeberin (AG) wird einen **Referenzpreis** (P_{ref}) nach der folgenden Formel bilden:*

$$P_{ref} = (1/2 * \text{Durchschnitt aller Angebotspreise}) + (1/2 * \text{Kostenschätzung AG})$$

*Angebote, deren Preis um weniger als **5%** vom Referenzpreis abweicht, erhalten 5 Punkte.*

*Angebote, deren Preis um **25%** (oder mehr) vom Referenzpreis abweicht, erhalten 0 Punkte. Zwischen diesen Grenzen werden die Punkte linear verteilt.»*

Die **Alba Blank GmbH** erhebt Beschwerde gegen diese Ausschreibung und beantragt die Streichung des Kriteriums «Verlässlichkeit des Preises» sowie die Verteilung der hierdurch freiwerdenden Gewichtungspunkte auf die verbleibenden Kriterien nach Massgabe von deren relativem Gewicht.

Das SESAER beruft sich auf Art. 29 Abs. 1 BöB sowie auf die «**allgemein bekannte Tatsache**, dass Reinigungsleistungs-Anbieterinnen von Tiefpreisen jeweils nur die **Hälfte des erforderlichen Personals einsetzen**, was zu grossem **Stress** beim betroffenen Personal und zu **lamentablen Ergebnissen** zulasten der Bedarfsstellen führt».

Steckbrief:

- Staatssekretariat für Stil, Ästhetik und Rhetorik (SESAER)
- Büro-Reinigungsdienstleistungen
- Offenes Verfahren (GPA); CHF 683'025 (exkl. MWST)
- **Zuschlagskriterium Preis 30%; Preisspanne: 115%**
- **Zuschlagskriterium Verlässlichkeit des Preises 20%; Bewertung**

Referenzpreis:

$P_{ref} = (\frac{1}{2} * \text{Durchschnitt aller Angebotspreise}) + (\frac{1}{2} * \text{Kostenschätzung AG})$

Angebote < 5% Abweichung Referenzpreis = 5 Pt.

Angebote > 25% Abweichung Referenzpreis = 0 Pt.

- Alba Blank GmbH
- Beschwerde gegen Ausschreibung (vergabefremd): ersatzlose Streichung
- SESAER: Verhinderung von spekulativen bzw. Dumpingangeboten

Fall D - Uniformen



Fall D - Uniformen

1/5

Das **Amt für Recht und Ordnung (ARO)** der Stadt Walpenschwil am See hat einen Auftrag betreffend **Lieferung von Polizeiuniformen** im offenen Verfahren ausgeschrieben. Der geschätzte Wert beträgt **CHF 621 195** exkl. MWST).

Die folgenden Zuschlagskriterien sollen gemäss Ziff. 3.8 der Ausschreibung die Auswahl bestimmen:

- «Preis (50%)»,
- «Produktqualität» (20%)
- «FWF Code of Labour Practice (20%)» und
- «Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende (10%)».



- **ZK ‘FWF Code of Labour Practice’:**
*Anbieterinnen, die zusichern, dass der Herstellungsbetrieb nach dem **Code of Labour Practice der FairWear Foundation** (vgl. <https://www.fairwear.org/about-us/labour-standards>) arbeitet und während der Auftragserfüllung jederzeit entsprechende **Kontrollen** und **Audits zulassen** wird, erhalten die Note 5.
Alle übrigen Anbieterinnen erhalten die Note 0.*
- **ZK ‘Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende’:**
*Anbieterinnen, die zusichern, dass der Herstellungsbetrieb bei der Produktion der ausschreibungsgegenständlichen Uniformen zu mindestens **75% ältere Arbeitnehmende** einsetzt (wobei als ältere Arbeitnehmende alle Personen mit einem Alter von **mindestens 58** Jahren gelten), erhalten die Note 5.
Anbieterinnen, die einen geringeren Anteil an älteren Arbeitnehmenden zusichern, erhalten eine entsprechend verringerte Note».*

Fall D - Uniformen

3/5

Die Fast Fashion AG ficht diese Ausschreibung mit Beschwerde an und verlangt die **Streichung der Zuschlagskriterien «FWF Code of Labour Practice» und «Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende»** sowie die Zuteilung der freiwerdenden Gewichtungszugewichte zum Zuschlagskriterium «Preis».

Sie macht geltend, dass sich ihr Produktionsbetrieb in **Äthiopien** befindet, die **Fair Wear Foundation** in diesem Land jedoch **nicht aktiv** sei (sondern nur in Bangladesch, Bulgarien, Indien, Indonesien, Myanmar, Nordmazedonien, Rumänien, Tunesien, der Türkei und Vietnam).

Zudem handle es sich **nicht um ein «leistungsbezogenes» Kriterium im Sinn von Art. 29 Abs. 1 IVöB 2019** (welche im Kanton Waldenbach, dem die Stadt Walpenswil zugehört, anwendbar ist).



Weiter macht die Fast Fashion AG geltend, das Zuschlagskriterium «**Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende**» sei **nicht zulässig**, weil der infrage stehende Auftrag dem Staatsvertragsbereich zuzuordnen sei, das genannte Kriterium aber nach Art. 29 Abs. 2 IVöB 2019 nur ausserhalb dieses Bereichs anwendbar sei.

Das ARO entgegnet, dass das Zuschlagskriterium «FWF Code of Labour Practice» durchaus «leistungsbezogen» sei, weil hierüber auch (selbst wenn nicht ausschliesslich) die **konkrete Leistung gemessen** werde, und dass es nicht darauf ankomme, **in welchen Ländern die FWF** tätig ist.

Die Beschwerdeführerin irre, wenn sie meine, das Zuschlagskriterium «**Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende**» stütze sich auf Art. 29 Abs. 2 IVöB 2019: das in casu ausgeschriebene Kriterium sei eine Konkretisierung des Kriteriums «**Nachhaltigkeit**» nach Art. 29 Abs. 1 IVöB 2019.

Steckbrief:

- Amt für Recht und Ordnung (ARO) Stadt Walpenschwil
- Lieferung Polizeiuniformen
- Offenes Verfahren (GPA); CHF 621'195 (exkl. MWST)
- **Zuschlagskriterium FWF Code of Labour Practice (20%); Bewertung**
Zusicherung Arbeit Herstellbetrieb nach Code of Labour Practice der FairWear Foundation; Zulassung von Kontrollen und Audits
- **Zuschlagskriterium Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende (10%)**
Zusicherung Herstellungsbetrieb Einsatz von 75% ältere Arbeitnehmende (>58) bei Produktion der ausschreibungsgegenständlichen Uniformen; geringerer Anteil = geringere Note
- Fast Fashion AG (mit Produktion in Äthiopien)
- Beschwerde gegen Ausschreibung (vergabefremd): ersatzlose Streichung
- ARO: Leistungsbezogenheit FWF und APfäA = Nachhaltigkeit



Schlussbemerkungen

- ...
- **Herzlichen Dank!**

