

Das Preis–Leistungs– Verhältnis aus beschaffungs– rechtlicher Sicht

Marc Steiner,
Bundesverwaltungsrichter*
**Der Referent äussert seine persönliche Meinung*

“Firmenpräsentation”

Bundesverwaltungsgericht (www.bvger.ch):

- Abteilung I Infrastrukturprojekte und Energie
- Abteilung II Wirtschaftsverwaltungsrecht
(Kartellrecht, Vergaberecht, Finanzmarktrecht
etc.)

Geschäftsverteilung gemäss Artikel 23 des
Geschäftsreglements (VGR) und dem Anhang dazu

Bundesrecht: Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit

Art. 27 Abs. 2 VöB (Fassung gültig seit dem 1. Januar 2010):

[Die Auftraggeberin] kann neben den im Gesetz genannten Zuschlagskriterien (wie **Qualität**) insbesondere auch die folgenden verwenden: **Nachhaltigkeit**, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz, [...] und die während der gesamten Lebensdauer zu erwartenden Kosten.

Rechtsgrundlagen im Kanton

Beispiel: Kanton Aargau:

- ▶ Submissionsdekret vom 26. November 1996 (Fassung gemäss Dekret vom 28. Oktober 2005) mit Zuschlagskriterium Umweltverträglichkeit
- ▶ Allenfalls kommunale Regelungen oder Leitbilder (häufig Aussagen zur nachhaltigen Beschaffung im Rahmen von Energieleitbildern; "Energistadt" Baden)

Anforderungen an das Produkt

- technische Spezifikationen (Art. 12 BöB)

 - inkl. Umwelteigenschaften

- Zuschlagskriterien (Art. 21 BöB)

 - inkl. Nachhaltigkeit (Art. 27 Abs. 2 VöB)

Technische Spezifikationen I

Art. 12 BöB:

Abs. 1: Die Auftraggeberin bezeichnet die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen.

Abs. 2: Sie berücksichtigt dabei soweit als möglich internationale Normen oder nationale Normen, die internationale Normen umsetzen.

Technische Spezifikationen II

- Art. 15 VRöB:

Abs. 2: Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken ..., Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produzenten sind [grundsätzlich] nicht zulässig.

Technische Spezifikationen III

- Zwischenfazit:
Je anspruchsvoller die Anforderungen, desto teurer werden die Angebote sein.
- Die Vergabestelle kommuniziert bereits durch die technischen Spezifikationen, ob sie einen Kleinwagen, einen Mittelklassewagen oder eine Luxusmarke kaufen will. Das ist bereits eine Aussage über die Abwägung zwischen Qualität und Preis.

Ermessensspielraum bei der Festsetzung technischer Spezifikationen

- ▶ Das Bundesverwaltungsgericht geht (wie auch die kantonalen Rechtsmittelinstanzen) davon aus, dass die öffentliche Vergabebehörde als Auftraggeberin grundsätzlich frei darüber bestimmen können muss, welche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich **Qualität**, Ausstattung, Service etc. stellt, was also im einzelnen Gegenstand und Inhalt der Submission ist (Zwischenverfügung B-822/2010 vom 10. März 2010, E. 4.2 mit Hinweis auf VPB 66.38, E. 5).

Zuschlagskriterien I

Art. 32 VRöB und Art. 21 BöB:

Abs. 1: Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es können insbesondere folgende Kriterien berücksichtigt werden:

Qualität, Preis, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, **Nachhaltigkeit**, Kreativität, Kundendienst, Infrastruktur.

Zuschlagskriterien II

Art. 32 Abs. 2 VRöB und Art. 21 Abs. 3 BöB:

Der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter kann auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen.

-> Umkehrschluss: Je komplexer die Leistung, desto geringer die Bedeutung des Preises.

Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen der Ermittlung des günstigsten Angebots I

BKB/KBOB (Hrsg.), Das geltende Vergaberecht aus der Sicht der Praxis, Bern 2004, S. 63 Rz. 338

Das wirtschaftlich günstigste ist nicht das billigste Angebot. Um dem anders lautenden Missverständnis insbesondere von Vergabestellen vorzubeugen, fordert etwa „bauenschweiz“, dass nach dem revidierten Beschaffungsrecht anstelle des „wirtschaftlich günstigsten“ das „nachhaltig beste Angebot“ den Zuschlag erhalten soll.

Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen der Ermittlung des günstigsten Angebots II

- Dies [die Stossrichtung des Europäischen Parlaments] entspricht im Übrigen dem geltenden schweizerischen Vergaberecht, wenn Art. 21 Abs. 1 i. V. m. Art. 21 Abs. 3 BöB richtig dahin gehend verstanden wird, dass die Vergabe normalerweise die Suche nach dem besten Verhältnis von Preis und Leistung ist und nur ausnahmsweise bei standardisierten Produkten allein der Preis massgebend sein kann (Marc Steiner, Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel? Ein Blick nach Europa und zurück in die Schweiz, in: Jusletter, 16. Januar 2012, Rz. 5).

Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen der Ermittlung des günstigsten Angebots III

Helsinki Bus Case (Urteil des EuGH in der Rechtssache C-513/99 vom 17. September 2002)

Der EuGH hat entschieden, dass ökologische Gesichtspunkte im Rahmen der Erteilung des Zuschlags auch dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie nicht mit einem direkten finanziellen Vorteil für die Vergabestelle verbunden sind (anders noch die Kommission in ihrer interpretierenden Mitteilung vom 4. Juli 2001 (KOM (2001) 274 endg.).

Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen der Ermittlung des günstigsten Angebots IV

Urteil vom 4. Dezember 2003 in der Rechtssache
C-448/01 EVN AG/Wienstrom GmbH

Der EuGH hat festgehalten, dass es dem Auftraggeber im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gestattet ist, für die Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom ein Kriterium festzulegen, das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt.

Anschaffungspreis <> Kosten

- Die Beschaffungskosten für die Fahrzeuge machen 60 Prozent des Kriteriums "Kosten" aus.
- Die Lebenswegkosten / Betriebskosten machen 40 Prozent des Kriteriums "Kosten" aus.

(Entscheid der BRK vom 26. Juni 2002 in Sachen B. AG gegen Gruppe Rüstung, in: VPB 66.86, E. 4b)

Nachhaltigkeitsaspekte im Rahmen der Ermittlung des günstigsten Angebots V

Im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes genießt die Vergabestelle ein weites Ermessen in Bezug auf die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien im Rahmen von Art. 21 BÖB. Es gibt einzig rechtliche Vorschriften für ein Mindestgewicht des Preises (20 Prozent). D.h. die Qualität kann bei komplexen Projekten ohne weiteres auch höher gewichtet sein als der Preis.

Zwischenfazit zu Anforderungen an das nachgefragte Produkt

- Sowohl im Rahmen der technischen Spezifikationen als auch im Rahmen der Zuschlagskriterien hat die Vergabestelle ein weites Ermessen, welches Preis-Leistungs-Verhältnis sie für die konkrete Vergabe anvisieren will.

Anforderungen an den Anbieter

- Eignungskriterien (Art. 9 BöB; § 21 VRöB)
- kein eignungsunabhängiger Ausschlussgrund gegeben (Art. 11 BöB; § 27 VRöB)

Eignung I

- § 21 VRöB:

Abs. 1: Die Auftraggeberin legt objektive Kriterien und die zu erbringenden Nachweise zur Beurteilung der Eignung der Anbieterinnen fest.

Abs. 2: Die Eignungskriterien betreffen insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen.

Eignung II

Bei der Eignung im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Eignung liegt dann vor, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (Zwischenverfügung B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 4; VPB 69.56, E. 2c).

Eignung III

Bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu (Urteil B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2; VPB 69.56, E. 2c).

Auch die Wahl der Eignungskriterien sagt etwas aus über die angepeilte Abwägung zwischen Qualität und Preis aus der Sicht der Vergabestelle.

Schlussbemerkungen I

- In den 90er Jahren haben HSG-Ökonomen (und in ihrem Gefolge auch einige Juristinnen und Juristen) gesagt, man solle den Preisaspekt möglichst hoch gewichten, weil die Wirtschaft im Wesentlichen aus Preiswettbewerb bestehe und die Qualitätskriterien schwieriger bewertbar seien, was Raum gebe für ökonomische Fehlanreize oder gar Korruption. Das ist vorbei.

Schlussbemerkungen II

- Das Konzept der öffentlichen Beschaffung ist klar auf das Preis-Leistungs-Verhältnis ausgerichtet, sonst wäre im Extremfall das Zuschlagskriterium „Qualität“ seines Gehaltes beraubt, was Wortlaut und Sinn von Art. 21 BöB widersprechen würde (so ausführlich das Urteil B-743/2007 vom 16. Dezember 2011 E. 2.2).

Schlussbemerkungen III

- Der Bundesrat fördert die nachhaltige Beschaffungspraxis. Der Bund will Güter, Dienstleistungen und Bauleistungen beschaffen, die über ihren gesamten Lebensweg betrachtet hohen wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Anforderungen genügen (Erläuternder Bericht zur Änderung der VöB vom 18. November 2009, S. 21 zu Art. 27 Abs. 2 VöB).

Schlussbemerkungen IV

- Die Strategie ist klar definiert. Jetzt muss die Botschaft nur noch die Einkäuferinnen und Einkäufer auf Ebene Bund, Kantone und Gemeinde erreichen. Mittelfristig kann das nur gewährleistet werden, wenn die kommunale Beschaffung durch Einkaufskooperation (oder Fusionen) professionalisiert wird.

Schlussbemerkungen V

- Sie können dazu beitragen, dass die Nachfrageseite auf Qualitätsunterschiede und die Gegebenheiten des Wärmepumpen-Marktes hinreichend sensibilisiert ist, bevor die Pflichtenhefte für die nachgefragte Leistung verfasst werden!

- **Danke für Ihre Aufmerksamkeit!**



Lektüre

Empfehlungen der Beschaffungskommission des
Bundes zur nachhaltigen Beschaffung 2010

<http://www.bbl.admin.ch/bkb/02015/index.html?lang=de&msg-id=34227>

Kontakt

Marc Steiner
Bundesverwaltungsgericht
Abteilung II
3000 Bern 14
Tel. 068 705 25 74
marc.steiner@bvger.admin.ch