

# Auf den Spuren der neuen Vergabekultur in der Rechtsprechung



Berner  
Fachhochschule

Marc Steiner\*

\*Der Referent äussert seine persönliche Meinung.

1. Dezember 2022

## **Rechtsprechung I:**

**Bereits BGE 139 II 489 hat Anreiz im Sinne der Ermöglichung des Qualitätswettbewerbs gesetzt**

Das Bundesgericht hatte die Frage zu beantworten, ob es zulässig sein soll, das bessere Schlüsselpersonal bzw. entsprechende Ausbildungen oder Referenzen auch im Rahmen des Zuschlags im Sinne eines Mehrwerts des Angebots bzw. von «Mehreignung» zu berücksichtigen. Es hat diese Frage bejaht und damit insoweit die Weichen Richtung Qualitätswettbewerb gestellt.

## **Rechtsprechung II: BVG E 2018 IV/2 E. 7.4**

Eine rechtswidrige Diskrepanz zwischen bekannt gegebener Gewichtung und " effektiver Gewichtung " aufgrund der gewählten Bewertungsmethode kann sich nicht nur in Bezug auf das Zuschlagskriterium " Preis " ergeben. Vielmehr erweist sich das Vorgehen der Vergabestelle generell dann als unzulässig, wenn den Zuschlagskriterien durch die verwendete Bewertungsskala nicht die bekannt gegebene Gewichtung zukommen würde [...]

## **Rechtsprechung III: BVG E 2018 IV/2 E. 7.4**

Die Bewertungsmatrix soll ausserdem dazu dienen, die Qualität differenziert zu beurteilen [...]. Das für die Preisbewertung geltende Verbot einer "effektiven Gewichtung" durch die Bewertungsmethode, welche der bekannt gegebenen Gewichtung im Ergebnis widerspricht beziehungsweise diese verwässert, gilt somit auch für die Methode, welche zur Bewertung der Qualität angewandt wird [...]

# Rechtskonformitätsprüfung von Methoden zur Bewertung der Qualität

Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020:  
Die Beschwerdeführerin rügt, für die Bewertung der  
Offerten unter den qualitativen Zuschlagskriterien und  
insbesondere unter Zuschlagskriterium ZK3  
"Auftragsanalyse" habe die Vergabestelle mit dem  
Taxonomietyp B [...] ein Bewertungssystem gewählt,  
welches in der Anwendung ungeeignet sei, eine  
hinreichend differenzierte Beurteilung der Qualität  
besonders auch in Anbetracht der hohen Gewichtung  
derselben zu gewährleisten.<sup>5</sup> Und sie hat Recht!

# Hinweis betreffend die Methoden zur Bewertung des Preises

[Die Vergabestelle ] weist zwar zutreffend darauf hin, dass die BRK mit Entscheid VPB 68.120 E. 4b/cc "Finanzbuchhaltung" [...] die BRK die Wahl der Gausschen Verteilung als Bewertungsmethode für Investitions- und Betriebskosten für unzulässig erklärt (a.a.O., E. 4c) [...]»

Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020  
E. 4.5.13

# **Das Zusammenspiel ökologischer technischer Spezifikationen und ökologischer Zuschlagskriterien I**

Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 6.4.3  
Die Frage, ob es zulässig ist, eine Übererfüllung der technischen Spezifikationen bei der Prüfung der Offerten anhand der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen, wird in der Lehre, soweit sie sich dazu geäußert hat, mehrheitlich bejaht.

# **Das Zusammenspiel ökologischer technischer Spezifikationen und ökologischer Zuschlagskriterien II**

Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 6.4.3

So soll es bei der Beschaffung einer Heizanlage beispielsweise möglich sein, dasjenige Produkt zu berücksichtigen, welches die Grenzwerte der Luftreinhalteverordnung (als Mindestvorgabe) am deutlichsten unterschreitet (so TRÜEB, Umweltrecht in der WTO, 2001, S. 502; STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, 2006, S. 82), was der Berücksichtigung der Übererfüllung als Zuschlagskriterium entspricht.

# **Das Zusammenspiel ökologischer technischer Spezifikationen und ökologischer Zuschlagskriterien III**

Fazit unter uns Pfarrerstöchtern für das neue Vergaberecht aus dem Urteil B-879/2020 vom 8. März 2021:

Früher hatten namentlich in Zürich die Vergabestellen zum Teil Angst, technische Spezifikationen und ökologische Zuschlagskriterien zu kombinieren. Die Ansage des Bundesverwaltungsgerichts zum Thema ist klar: Wenn das schon nach altem Recht kein Problem ist, dann nach neuem erst recht nicht.

Schulbeispiel: Maximaler Energieverbrauch technische Spezifikation; für weniger Energieverbrauch Belohnung unter Zuschlagskriterium «Umweltverträglichkeit».

# Entwurf für das TRIAS-Faktenblatt “Nachhaltigkeit in der Beschaffung”

Denkbar ist auch eine **Kombination** von technischen Spezifikationen und Zuschlagskriterien. Beispielsweise kann das Mindestniveau bezüglich Energieeffizienz von Fahrzeugen mittels technischer Spezifikation als zwingende Voraussetzung vorgeschrieben werden. Angebote mit deutlich energieeffizienteren Fahrzeugen können mit einer höheren Punktzahl unter den Zuschlagskriterien angemessen berücksichtigt werden (Bewertung der «Überperformance»).