

Die Vergaberechtsreform und ihre Umsetzung – vom Preis- zum Qualitätswettbewerb

Marc Steiner,
Richter am Bundesverwaltungsgericht*

*Der Referent vertritt seine persönliche Meinung.

Litauen 2018: Was ist die Qualität von Gas?



COBALT
ESTONIA LATVIA LITHUANIA BELARUS

**VIEŠŪJŲ PIRKIMŲ
KONFERENCIJA 2018**
Efektyvūs viešieji pirkimai:
kaip tai užtikrinti?

2018 m. gegužės 10 d.
09:00 - 16:00 val.
„Vilnius Grand Resort“ Ežeraičių g 2, Vilniaus raj.

**DR. DEIVIDAS
SOLOVEIČIK**
COBALT



MARC STEINER
Šveicarijos federalinis
administracinis teismas



DIANA VILYTĖ
Viešųjų pirkimų
tarnyba



Competition based on quality as a new paradigm

"The new criteria will put an end to **the dictatorship of the lowest price** and once again make quality the central issue," Mr. Tarabella explained.

(EP press release of 26th June 2013:
"Procurement package: New deal to ensure more responsible public spending")

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU

Das neue EU-Vergaberecht intendiert eine Bewegung hin vom niedrigsten Preis zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis und damit eine neue Vergabekultur; abweichend von der bisherigen Regelung misst der EU-Gesetzgeber dem reinen Preiswettbewerb zukünftig nur eine nachrangige Bedeutung bei (Soudry/Hettich, S. 64; vgl. dazu auch 17. forum vergabe Gespräche 2015, S. 148).

Es kommt der Paradigmenwechsel!



„Wir möchten [mit dem vorteilhaftesten Angebot] den Paradigmenwechsel konkretisieren, den wir im ganzen Gesetz vorgenommen haben.“

Bundesrat Ueli Maurer im Ständerat, 5.6.19

BöB: Wichtige Player, deren Position das Ergebnis nachvollziehbar macht



Harmonisierung

Übersicht Beitritte zur IVöB 2019 (Stand: 01.05.2024)



Der Kanton Bern ist nicht Mitglied der IVöB2019. Er wendet diese interkantonale Vereinbarung als kantonales Recht mit eigenem Rechtsweg an.

IVöB 2019 in Kraft.

Kantonales Beitrittsverfahren läuft.

Die Ziele des Vergaberechts gemäss neuem BöB und neuer IVöB

Art. 2 E-BöB [fett = neu]:

Dieses Gesetz bezweckt:

- a. den wirtschaftlichen **und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen** Einsatz der öffentlichen Mittel;
- b. die Transparenz des Vergabeverfahrens;
- c. die Gleichbehandlung / Nichtdiskriminierung
- d. die Förderung des wirksamen, **fairen Wettbewerbs [inkl. Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden und Korruption]**

Das System des neuen Rechts: Nachhaltigkeit + Qualitätswettbewerb

Art. 56 Abs 3 BöB:

Die Angemessenheit einer Verfügung kann [gerichtlich] nicht überprüft werden. -> Vergabekultur

Art. 29 Abs. 1 BöB:

Bedeutung qualitativer Zuschlagskriterien hervorgehoben.

Art. 41 Abs. 1 BöB:

Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag.

Art. 12 Abs. 2 f. BöB:
Dumping durch Missachtung sozialer Mindeststandards im In- und Ausland

Art. 38 Abs. 3 BöB:
Preisdumping im In- und Ausland

Art. 12 Abs. 3 BöB i.V.m. Art. 4 Abs. 3 VöB:
Dumping durch Missachtung ökologischer Mindeststandards im In- und Ausland

Kreislaufwirtschaft und öffentliches Beschaffungswesen (SZKW 3/2025)

Beschaffungsrecht

Art. 30 Abs. 4 BÖB: Erfindung der Zukunft an der Schnittstelle Kreislaufwirtschaft/Vergaberecht



Marc Steiner, Rechtsanwalt, Bundesverwaltungsrichter, St. Gallen*

Seit der Vergaberechtsreform bzw. deren Inkrafttreten auf Bundesebene per 1. Januar 2021 ist die Welt definitiv nicht stillgestanden. Klima- und Innovationsgesetz, Stromgesetz und Kreislaufwirtschaftsvorlage können aufgrund des Volumens des öffentlichen Einkaufs nur mit der Transformation des Beschaffungswesens umgesetzt werden. Wichtig ist, dass die verschiedenen Themen als Teil desselben Konzepts verstanden werden. Oberster Leitstern ist der Gedanke der System- bzw. Politikkohärenz.

Since the reform of public procurement law and its entry into force at federal level on January 1, 2021, the world has

Vergabekultur – Prämisse

Die Diskussion zur Vergabekultur hat als gedankliche Prämisse die These, dass die innerhalb des spezialgesetzlichen Ermessensspielraums (Art. 56 Abs. 3 BöB/IVöB) gelebte Vergabep Praxis nicht gottgewolltes administratives Gewurstel, sondern durch Führungsimpulse (jedenfalls grob) steuerbares und politisch zu verantwortendes Handeln ist.

Einstieg (Deutschland) – Vergabetransformationspaket

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz hat öffentlich zur Transformation des Vergaberechts („Vergabetransformationspaket“) konsultiert. **Nach Ansicht des BDI ist allerdings grundsätzlich nicht das Vergaberecht änderungsbedürftig, sondern vielmehr die Vergabepaxis.** So müssen zunächst die bestehenden Regelungen für öffentliche Aufträge angewandt werden, bevor Änderungen der Vorschriften erwogen werden.

#vergabekultur

Innovation und öffentliches Beschaffungswesen

Die Anbieter richten sich nach dem Nachfrageverhalten der Auftraggeberseite aus.

Auszug aus Verhandlungsprotokoll: “Aufgrund der (hohen) Gewichtung des Preises haben wir die konventionelle Lösung vorgeschlagen.”

Was lernen wir daraus? Der Preiswettbewerb hat einen Grenznutzen, wenn es um die Förderung von Innovation geht. Qualitätswettbewerb passt besser.

Entwurf des Bundesrates für das Beschaffungsgesetz 1994

Art. 21 Zuschlagskriterien

¹ Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es ermittelt sich, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert.

² Die Zuschlagskriterien sind in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen.

³ Der Zuschlag kann auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des alten BÖB

Sowohl aufgrund des Wortlautes als auch der Entstehungsgeschichte von Art. 21 Abs. 3 aBöB ist der Umkehrschluss zulässig, dass der Gesetzgeber den reinen Preiswettbewerb bei *nicht* weitgehend standardisierten Gütern als nicht sachgerecht erachtet (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2960/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 4.2.5.1 f. mit Hinweisen; Steiner, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 166 f. mit Hinweisen).

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach dem Vorentwurf 2008 für ein neues BÖB

Die Ermittlung des besten Kosten-Leistungsverhältnisses (bewusst nicht nur Preis-Leistungsverhältnisses) der Angebote durch die Würdigung aller Zuschlagskriterien ist der eigentliche Sinn und Zweck des Beschaffungsverfahrens (Erläuternder Bericht zum VE BÖB vom 30. Mai 2008, S. 54 zu Art. 39 Abs. 3 VE BÖB 2008).

Qualitätswettbewerb

In Bezug auf den Qualitätswettbewerb war eigentlich nicht das alte Recht bzw. Gesetz das Problem, sondern das Mindset der archaischen Schicht 2, das die zu preiswettbewerbsorientierte Vergabekultur geprägt hat. #mindset

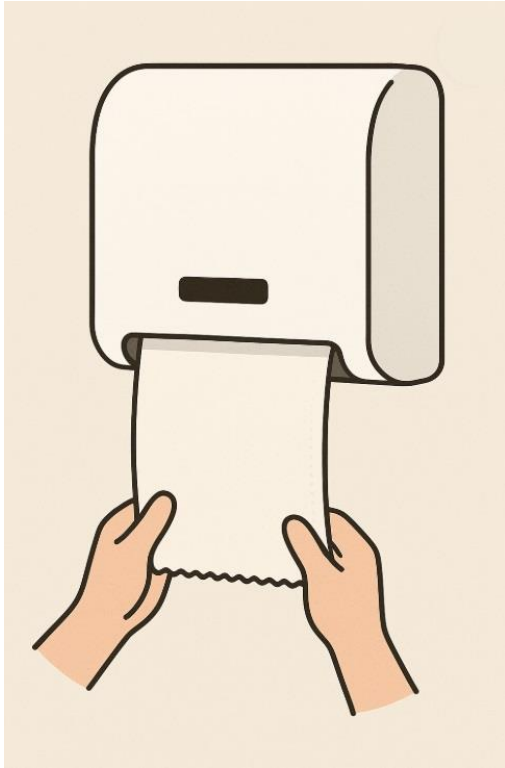
Um derartigen «Missverständnissen» insbesondere von Vergabestellen vorzubeugen, hat sich insbesondere die Baulobby gegen den Widerstand insbesondere der BPUK dahingehend durchgesetzt, dass nach dem revidierten Beschaffungsrecht anstelle des “wirtschaftlich günstigsten” das “vorteilhafteste Angebot” den Zuschlag erhalten soll (Art. 41 BÖB/IVöB 2019). Geiz ist nicht geil!

Rechtskonformitätsprüfung von Methoden zur Bewertung des Preises

Urteil des BGer 2C_802/2021 vom 22. November 2022, E. 1.6):

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist zudem - auch wenn dem Kriterium Preis je weniger Gewicht beizumessen ist, desto komplexer die ausgeschriebene Leistung ist - auch bei komplexen Beschaffungen der Preis mit mindestens 20 % zu gewichten. Zudem darf diese bereits tiefe Preisgewichtung nicht durch die Bewertungsmethode weiter abgeschwächt werden.

Gewichtung des Preises I



Bei **wenig komplexen Leistungen** bzw. einfachsten Vergaben ist (nach altem Recht) in Bezug auf die Preisgewichtung eine **Untergrenze von 60 Prozent** zu beachten (Urteil des BGer 2C_802/2021 vom 24. November 2022).

Beschaffungsgegenstand: Ausrüstung von Sanitätsräumen und WC-Anlagen mit Handtuchspendern inkl. Aufrechterhaltung des betriebsfähigen Zustandes / WaschsERVICE

Gewichtung des Preises II



¹ Martin Beyeler,
Baurecht 4/2023,
S. 203

Das Urteil des BGer
2C_802/2021 beschlägt
die Rechtslage nach altem
Recht: «**Ob das BGer** aus
der Betonung der Qualität
(gegenüber dem Preis),
welche den revidierten
Erlassen entnommen
werden kann (...), **einen
Bedarf zur Änderung der
Rechtsprechung ableiten
wird, ist daher
unbekannt**»

BVGE 2018 IV/2 - Ausgeschriebene und effektive Gewichtung der Qualität

Erwägung 7.4:

«Das für die Preisbewertung geltende Verbot einer „effektiven Gewichtung“ durch die Bewertungsmethode, welche der bekannt gegebenen Gewichtung im Ergebnis widerspricht bzw. diese verwässert, gilt somit auch für die Methode, welche zur Bewertung der Qualität angewandt wird (CHRISTOPH JÄGER, Realistische Spanne der Angebote auch bei der Bewertung von Qualitätskriterien, in: BR 2017, Ziff. 2c, S. 233, GALLI/MOSER/LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 914).»

Art. 29 Abs. 4 IVöB

Für (meint: weitgehend) standardisierte Leistungen kann der Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Gesamtpreises erfolgen.

Art. 29 Abs. 4 BÖB

Für (meint: weitgehend) standardisierte Leistungen kann der Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Gesamtpreises erfolgen, sofern aufgrund der technischen Spezifikation der Leistung hohe Anforderungen an die Nachhaltigkeit in sozialer, ökologischer und wirtschaftlicher Hinsicht gewährleistet sind.

Urteil ATA/298/2025 des Verwaltungsgerichts Genf vom 25. März 2025

Eine Dienstleistung betreffend die Überwachung eines naturhistorischen Museums mit Zutrittskontrolle mit IT-Elementen ist ganz sicher keine (meint: weitgehend) standardisierte Leistung im Sinne des neuen Rechts.

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. Und sie hat Recht!

Urteil des BVGer B-1185/2020

Katalog der Anforderungen – Zuschlagskriterien					
Nr.	Frage und Nachweis	Angewendete Taxonomie	Anbietertaxierung	Dokumentation der Leistungen	Max. Punkte
ZK03	<p>Auftragsanalyse</p> <p>Die Auftragsanalyse soll mindestens die folgenden Punkte plausibel und nachvollziehbar beschreiben:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vorgehen • Terminplan und Organisation • Herausforderungen und Massnahmen • Besondere Funktionalitäten <p>Nachweis</p> <p>Beschreibung auf maximal 10 A4 Seiten.</p>	<p>Taxonomietyp B</p> <p>Die volle Punktzahl wird vergeben, wenn alle vier geforderten Punkte in der Auftragsanalyse plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt werden.</p> <p>Die halbe Punktzahl wird vergeben, wenn drei der vier geforderten Punkte in der Auftragsanalyse plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt werden.</p> <p>Keine Punktzahl wird vergeben, wenn weniger als drei der vier geforderten Punkte in der Auftragsanalyse plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt werden</p>	<p><input type="checkbox"/> erfüllt</p> <p><input type="checkbox"/> teilweise erfüllt</p> <p><input type="checkbox"/> nicht erfüllt</p>	<p><i>Angaben hier einfügen</i></p>	400

Zwischenentscheid des BVGer B-4158/2021 vom 21. Februar 2022

ZK03.1	Vorgehen In der Auftragsanalyse wird das Vorgehen nach der Methodik Hermes aufgezeigt. Dabei wird bewertet, ob die Methodik korrekt beschrieben ist bezüglich des vorliegenden Auftrags.	Taxonomietyp B Die volle Punktzahl wird vergeben, wenn das Vorgehen plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt wird, mit konkretem Bezug zur Realisierung einer IT Lösung. Die halbe Punktzahl wird vergeben, wenn das Vorgehen plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt wird, mit geringem oder keinem Bezug zur Realisierung der IT Lösung. Keine Punktzahl wird vergeben, wenn die oben genannten Anforderungen	<input type="checkbox"/> volle Punktzahl <input type="checkbox"/> halbe Punktzahl <input type="checkbox"/> keine Punkte	<i>Angaben hier einfügen</i>	60
---------------	--	--	---	------------------------------	----

BKB/KBOB/BAFU-Tagung zur nachhaltigen Beschaffung Mai 2025 (Keynote zur Rechtsprechung)

Fazit

Die Rechtsprechung folgt im Wesentlichen den Leitgedanken des neuen Rechts. Sie ist also nicht derart, dass die Vergabestellen Anlass haben, gefühlt der Wand entlang zu schleichen, wenn es darum geht, Ermessensspielräume zu nutzen.

#Vergabekultur

Mit den Worten des Kantonsgerichts Wallis:

«Die Berücksichtigung der drei Dimensionen der Nachhaltigkeit - ... - ist dabei ein wesentlicher Bestandteil des Qualitätsverständnisses.»¹

¹ Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 26. September 2024 E. 4.6.2

Beschaffungsstrategie / Umsetzungsempfehlungen

Empfehlungen der BKB / KBOB für die Amtsleitungen der Beschaffungs- und Bedarfsstellen zur Umsetzung der Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung

Bern, Juni 2021

Am 1. Januar 2021 sind das totalrevidierte öffentliche Beschaffungsrecht des Bundes (BöB / VöB) und zeitgleich die Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung («Umsetzungsstrategie des Bundesrates zur Totalrevision des öffentlichen Beschaffungsrechts für die Strategieperiode 2021 – 2030») in Kraft getreten.

Um den Herausforderungen bei der Umsetzung der Totalrevision gerecht zu werden, formulierte der Bundesrat in der Beschaffungsstrategie sechs Stossrichtungen (vgl. Abb. 1) und leitete daraus beschaffungsstrategische Ziele für die Beschaffungen des Bundes ab.

Der Bundesrat beauftragt die Beschaffungs- und Bedarfsstellen der Bundesverwaltung, die Vorgaben der Beschaffungsstrategie im Rahmen ihrer

Für die Strategieperiode 2021 bis 2030 legte der Bundesrat die folgenden sechs Stossrichtungen für das Beschaffungswesen des Bundes fest:²

1. Qualitätsorientierte Beschaffungen
2. Nachhaltige Beschaffungen
3. Innovative Beschaffungen
4. Anbieterfreundliche Beschaffungen
5. Digitalisierte, standardisierte und benutzerfreundliche Beschaffungsprozesse
6. Reform der Berichterstattung

Für die Umsetzung und Erreichung der bundesrätlichen Zielsetzungen sind die Beschaffungs- und Bedarfsstellen verantwortlich. Ihnen kommt eine

Der Vergabemonitor der Bauwirtschaft I

Gewichtung qualitativer Zuschlagskriterien

51.9%

Anteil Aufträge mit Nachhaltigkeitskriterien

35%

Anteil Aufträge mit Dialogverfahren

1.7%

Anteil Aufträge mit zugelassenen Varianten

18%

Fazit

Das neue harmonisierte schweizerische Recht hat klaren Qualitäts- und Nachhaltigkeitsfokus. Dabei ist der Qualitätsfokus völlig unbestritten, während im Nachhaltigkeitsbereich noch Fragen offen sind etwa in Bezug auf die Zulässigkeit sozialer technischer Spezifikationen und die Gewichtung sozialer Zuschlagskriterien.

Die Gewichtung des Preises soll als Teil der neuen Vergabekultur nach dem Konzept des Gesetzgebers sinken (siehe Beschaffungsstrategie Bund) und tut das auch (siehe Vergabemonitor bauenschweiz). Reine Preisvergaben müssen die absolute Ausnahme bleiben.