

Von der Vergaberechtsreform zur neuen Vergabekultur

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")

EU “Net Zero Industry Act” (EU-Parlament Abstimmung vom 25. April 2024)

Artikel 25

Beitrag zu Nachhaltigkeit und Resilienz bei Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge

- (1) Bei Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, die in den Anwendungsbereich der Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU oder 2014/25/EU fallen, wenden öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber verbindliche Mindestanforderungen an die ökologische Nachhaltigkeit an, die in dem in Absatz 5 des vorliegenden Artikels genannten Durchführungsrechtsakt festgelegt werden, wenn die in Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a bis k dieser Verordnung aufgeführten Netto-Null-Technologien Teil der Aufträge sind oder wenn Bauaufträge oder Baukonzessionen eine der genannten Technologien umfassen.
- (2) Absatz 1 hindert öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber nicht daran, zusätzliche Mindestanforderungen oder Zuschlagskriterien im Zusammenhang mit der ökologischen Nachhaltigkeit anzuwenden.

WTO und Welthandelsvergaberecht

STATEMENT | 5 April 2024 | Leuven

Joint Statement EU-US Trade and Technology Council of 4-5 April 2024 in Leuven, Belgium

Green Public Procurement

The European Union and the United States underscore that, by achieving a common understanding on green public procurement practices, we can accelerate the uptake of more sustainable and greener solutions to achieve our common environmental and climate goals.

To this end, we have issued [a Joint EU-US Catalogue of Best Practices on Green Public Procurement](#). It will contribute to advancing sustainability objectives by identifying and promoting policy tools for accelerating the deployment of publicly financed sustainability projects in the European Union and the United States.

WTO-Feier Oktober 2024: 10 Jahre Government Procurement Agreement



Panelists also discussed how to harness the benefits of the GPA 2012 for the future. This includes optimizing the use of provisions of the Agreement to support innovative practices and sustainability efforts by the parties.

Parallelität Vergaberecht und Lieferkettenregulierung

33

Eine neue Dynamik könnte sich auch aus der Parallelität des Vergaberechts als Regulierungsinstrument öffentlicher Lieferkettenregulierung einerseits und der eigentlichen, die privaten Unternehmen betreffenden Lieferkettenregulierung andererseits ergeben.¹³³ Denn Tatsache ist, dass die Regulierung privater Lieferketten den öffentlichen Sektor aufgrund seiner Vorbildfunktion¹³⁴ gegenüber Unternehmen unter Druck setzt, um tatsächlich einen Schritt voraus zu sein. Zugleich ergibt sich aber auch aus der „best practice“ im öffentlichen Sektor in Bezug auf die „anständige Globalisierung“ in den relevanten Lieferketten, dass zunehmend die Frage aufgeworfen wird, warum das private Unternehmen nicht auch können. Das führt wiederum zum Setzen von entsprechenden Anreizen und Mindeststandards durch Regulierung von Unternehmenslieferketten.

Auszug aus: Lausen / Müller, Handbuch Nachhaltigkeit im Vergaberecht, Verlag C.H. Beck, München 2024

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

Kommt der “system change” aus dem Bundeshaus?



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.

Der IVöB-Beitritt des Kantons Zürich

Aktuell

Beitritt zur IVöB 2019

Der Kantonsrat hat am 20. März 2023 in zweiter Lesung mit 168 zu 1 Stimmen dem Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das Beschaffungswesen (IVöB 2019) zugestimmt. Der Regierungsrat hat am 28. Juni 2023 das Beitrittsgesetz (BeiG IVöB) per 1. Oktober 2023 in Kraft gesetzt und erlässt gleichzeitig auf dasselbe Datum die totalrevidierte Submissionsverordnung (SVO).



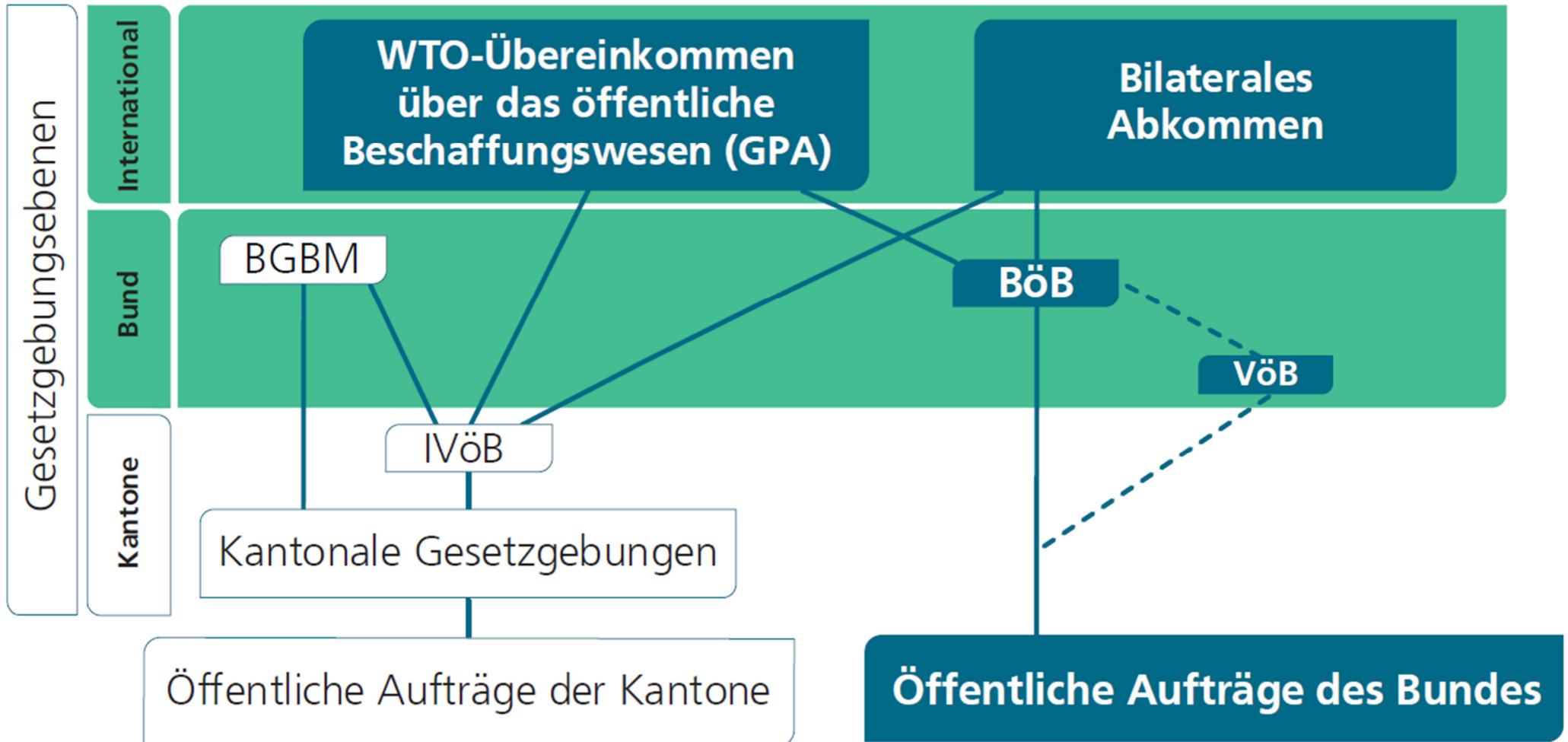
Medienmitteilung des Regierungsrates vom 13. Juli 2023

→

Beschluss des Regierungsrates vom 28. Juni 2023

→

Rechtsgrundlagen Vergaberecht (geklaut vom Leporello des Bundesamtes für Bauten und Logistik BBL)



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

Klimagesetz (Abstimmung vom 18. Juni 2023)

– Art. 10 Vorbildfunktion von Bund und Kantonen

¹ Bund und Kantone nehmen in Bezug auf die Erreichung des Ziels von Netto-Null-Emissionen und auf die Anpassung an die Auswirkungen des Klimawandels eine Vorbildfunktion wahr.

Änderung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen durch die Kreislaufwirtschaftsvorlage

Bislang noch als Kann-Bestimmung ausgestaltet, verpflichtet Art. 30 Absatz 4 BÖB die öffentliche Auftraggeberin (auf Bundesebene) nun, bei sämtlichen Beschaffungen (Güter, Dienstleistungen, Bauleistungen) ökologische Aspekte zu prüfen und wo möglich im Rahmen von technischen Spezifikationen zu berücksichtigen. Dies ist auch bereits in der Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung so vorgesehen.

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.

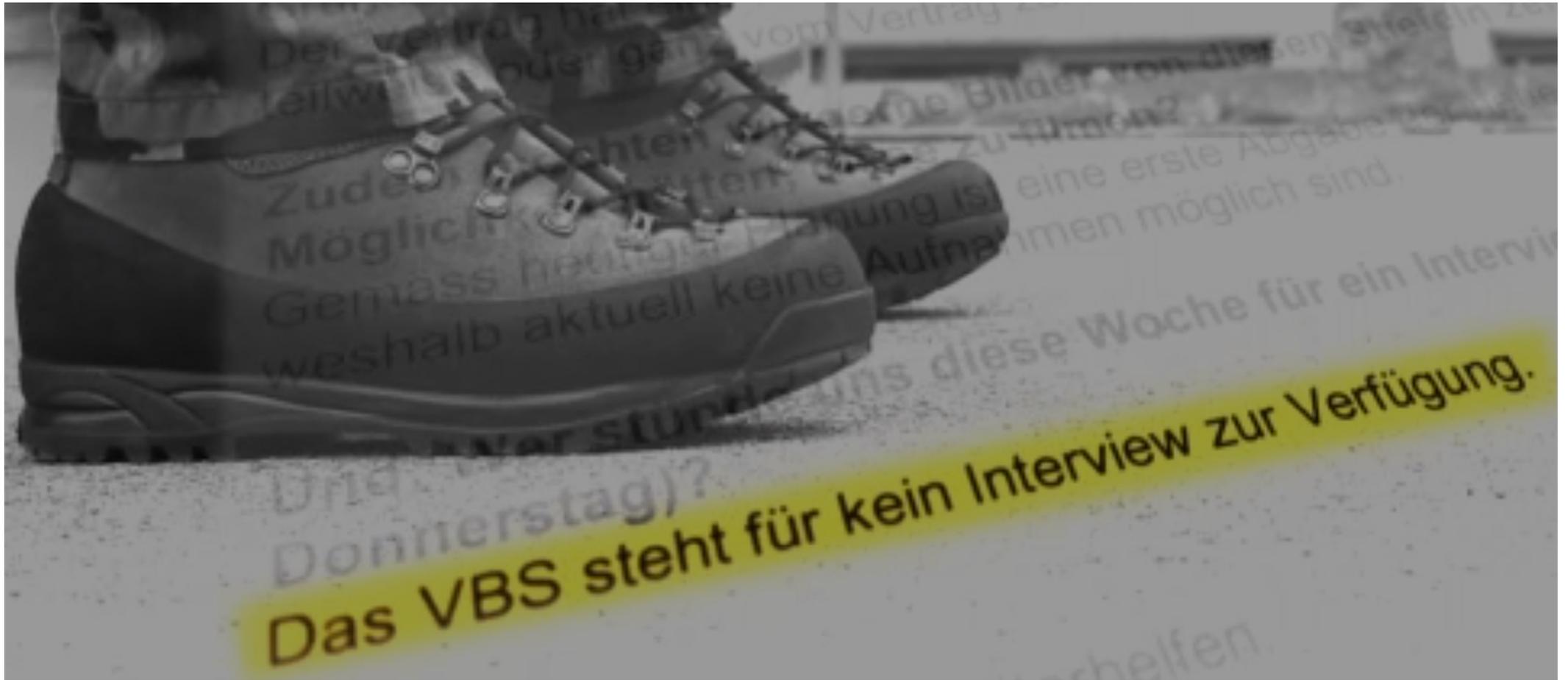
Innovation und öffentliches Beschaffungswesen

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.

Rundschau vom 16. November 2016: Schweizer Kampfstiefel made in Romania



Zivi-Arbeitskleidung ausgezeichnet

Auszeichnung für das zukünftige Zivi-T-Shirt

Thun, 06.11.2023 - Das Berner Startup-Unternehmen OceanSafe AG hat in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Zivildienst (ZIVI) ein neues Stoffmaterial entwickelt, welches biologisch abbau- und recyclebar ist. Diese neue Technologie wurde nun letzten Freitag, 3. November, im Rahmen des Design Preis Schweiz in der Kategorie «Circular Design» mit dem ersten Platz ausgezeichnet. Voraussichtlich im Jahr 2024 können Zivis T-Shirts aus diesem innovativen Stoffmaterial tragen.

Was ist die Qualität einer Public Cloud?

Wie wegen einer Wolke alle in die Luft gehen

Die Schweiz will Behördendaten in einer Cloud speichern. Und dafür chinesische und amerikanische Konzerne beauftragen. Das sorgte für Empörung. Jetzt zeigt sich: Die Verantwortlichen ignorierten beim Entscheid für Alibaba, Amazon und Co. Warnungen und begingen sogar rechtswidrige Fehler.

Eine Recherche von [Adrienne Fichter](#), 14.01.2022, Update: 31.01.2022

Mehreignung

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (und auch nach neuem EU-Richtlinienrecht) ist die Bewertung von Schlüsselpersonal im Rahmen des Zuschlags im Sinne einer Mehreignung ausdrücklich zulässig (BGE 139 I 489; vgl. auch BVGE 2011/58 E. 11.2 mit Hinweis auf Marc Steiner, Die Berücksichtigung der Mehreignung, in: European Law Reporter 5/2010, S. 189 ff.).

Wird das gemacht, verschiebt sich das Gewicht weg vom Preis- hin zum Qualitätswettbewerb.

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).»

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

Art. 30 (nur) BÖB Technische Spezifikationen (in der Neufassung gemäss Kreislaufwirtschaftsvorlage)



Die Bundesversammlung – Das Schweizer Parlament
Curia Vista – Die Geschäftsdatenbank

20.433 Parlamentarische Initiative

Schweizer Kreislaufwirtschaft stärken

Eingereicht von: Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie NR
Einreichungsdatum: 19.05.2020
Eingereicht im: Nationalrat
Stand der Beratung: Folge gegeben

Eingereichter Text

Gestützt auf Artikel 160 Absatz 1 der Bundesverfassung und Artikel 107 des Parlamentsgesetzes reicht die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates folgende parlamentarische Initiative ein:

Das Zusammenspiel ökologischer technischer Spezifikationen und ökologischer Zuschlagskriterien

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.

Art. 12 Abs. 2 BÖB/IVÖB

Für die im Ausland zu erbringenden Leistungen vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieterinnen, welche mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeits-organisation (ILO) nach Massgabe von Anhang 6 einhalten. **Die Auftraggeberin kann darüber hinaus die Einhaltung weiterer wesentlicher internationaler Arbeitsstandards fordern** und entsprechende Nachweise verlangen sowie Kontrollen vereinbaren.

(Auf Bundesebene durch Art. 4 Abs. 2 VÖB konkretisiert.)

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den sozialen Aspekten II

Urteil B-1714/2022 vom 19. September 2023
E. 11.8 «armasuisse Transportwagen»:
« ... muss sich die Prüfung keineswegs im
Abfragen von Selbstdeklarationen erschöpfen.
Je relevanter eine Teilleistung für den
Gesamtauftrag und je Lieferkettenrisikobehafteter
eine Teilleistung ist, desto mehr kann es ..
angezeigt sein, über das Abfragen einer
Selbstdeklaration hinauszugehen..»

Ausschreibung SBB gemäss Sachverhalt Verfahren vor BVGer B-4165/2022

Vergabestelle: Der Nachweis ... sei von Anfang an so zu verstehen gewesen, dass **Hersteller** [den Nachweis zu erbringen] gehabt hätten. Bereits aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen – also vor Abgabe der Angebote – sei deutlich hervorgegangen, dass der Nachweis des Eignungskriteriums auf die soziale Verantwortlichkeit der Anbieterinnen entlang deren ganzer Lieferkette, einschliesslich allfälliger Hersteller, ziele.

Das Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit und die Berücksichtigung von fair trade- Aspekten

Die Dimension Soziales ermöglicht es beispielsweise, Fair-Trade-Produkte zu beschaffen [...] oder Vorgaben hinsichtlich Arbeitssicherheit aufzustellen (BöB-Botschaft, BBI 2017 1943).

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, geföhlt 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

Gewichtung qualitativer Zuschlagskriterien

51.9%

Anteil Aufträge mit Nachhaltigkeitskriterien

35%

Anteil Aufträge mit Dialogverfahren

1.7%

Anteil Aufträge mit zugelassenen Varianten

18%

Wie mache ich die Beschaffungsorganisation fit für die Zukunft?

#Beschaffungskoooperation

Kooperation im Beschaffungswesen

Für gemeinsame Beschaffungen braucht es mutige Vorreiter

Gerade bei Digitalisierungsprojekten macht es oft Sinn, Leistungen gemeinsam einzukaufen. Damit das gelingt, lohnt es sich, einige Faustregeln zu beachten.



Kontakt



Stefanie Pfändler
Wissenschaftliche Mitarbeiterin

stefanie.pfaendler@bfh.ch

Fazit

Das neue harmonisierte schweizerische Recht hat klaren Qualitäts- und Nachhaltigkeitsfokus. Ein Blick über den Tellerrand zeigt, dass auf WTO-Ebene (derzeit ohne die USA) und in der EU Ähnliches passiert. Das neue Mindset prägt auch die Rechtsprechung, insbesondere diejenige des Bundesverwaltungsgerichts.

Wo das in der Praxis nicht so gelebt wird (falsche Vergabekultur), kann man etwas drauflegen, indem für die Umsetzung des neuen Rechts mit Strategien (für Kantone, Gemeinden, Verkehrsbetriebe, Energiebranche, Universitäten, Spitäler etc.), Weisungen, Empfehlungen, Branchendialog und Monitoring die richtigen Vorgaben gemacht bzw. die richtigen Anreize gesetzt werden.