

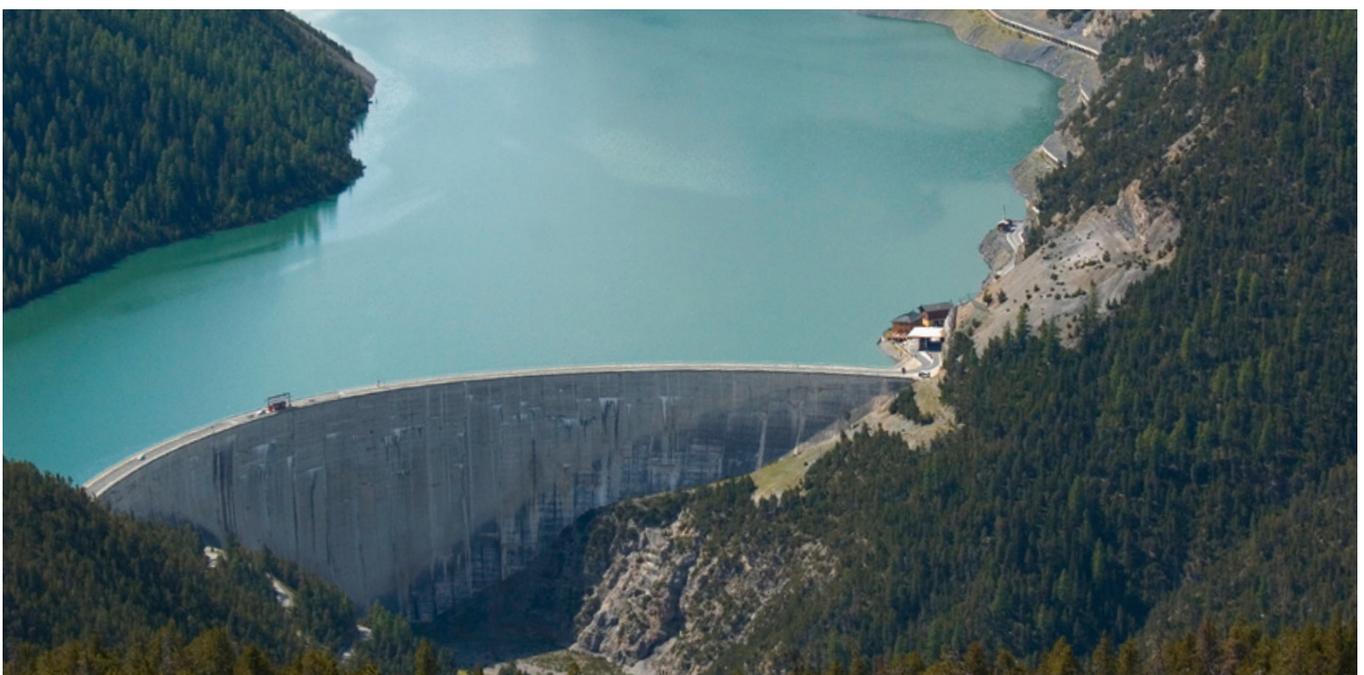
Vergaberecht: «Heimatschutz» bei öffentlichen Aufträgen

Die Behörden von Gemeinden hören von ortsansässigen Unternehmen gelegentlich die Forderung, Aufträge seien allein aufgrund der Ortsansässigkeit zu vergeben; ein Unternehmen, das in der Gemeinde Steuern entrichte und Arbeitsplätze schaffe, müsse bei der Auftragserteilung besser behandelt werden als andere.

Diese Forderung ist an sich verständlich und auch legitim, da es um regional- oder beschäftigungspolitische Ziele geht (vgl. AGVE¹ 1998, S. 375 f.). Dies ändert aber nichts daran, dass Entscheidungskriterien wie zum Beispiel die Bedeutung eines Anbieters als Steuerzahler in der Gemeinde (vgl. AGVE 1997 S. 361), der «(Anteil) Wertschöpfung in der Schweiz», das Abstellen auf den Wohnsitz oder die Geschäftsniederlassung in der Gemeinde und ähnliches bei öffentlichen Aufträgen als vergabefremde Kriterien grundsätzlich unzulässig sind. Die

Berücksichtigung derartiger Kriterien wird gemeinhin etwas pointiert als «Heimatschutz» bezeichnet.

Dennoch gibt es Mittel und Wege, bei der Auftragsvergabe solche oder ähnliche Kriterien in die Beurteilung einfließen zu lassen und dadurch ein gewisses Mass an «Heimatschutz» zu erreichen. Das ist Thema der nachstehenden Ausführungen. Diesbezügliche Anregungen nehmen wir gerne entgegen unter baurecht@voser.ch. Wir danken Ihnen bestens.



¹ Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, abrufbar unter: www.ag.ch/agveonline.

Inhaltsverzeichnis

1. Einführung in das Thema	2
2. Begriff «Heimatschutz»	2
3. Anwendungsfälle	3
3.1. Freihändige Vergabe und Einladungsverfahren	3
3.2. Losbildung	3
3.3. Bietergemeinschaften	4
3.4. Eignungskriterien	4
3.4.1. Begriff	4
3.4.2. Gestaltungsmöglichkeiten	4
3.5. Zuschlagskriterien	4
3.5.1. Begriff	4
3.5.2. Gewichtung	5
3.5.3. Ortskenntnisse	5
3.5.4. Qualität von früher ausgeführten, gleichartigen Arbeiten	5
3.5.5. Kenntnisse der Praxis	6
3.5.6. «Qualität Schweiz»	6
3.5.7. «Transportwege»	6
4. Zusammenfassung: «Spielregeln» des Vergabeverfahrens ausnutzen	7

1. Einführung in das Thema

Private dürfen zum Beispiel beim Hausbau von der Planung bis zur Schlüsselübergabe frei entscheiden, welches Unternehmen sie beauftragen wollen (Architekten, Baumeister, Dachdecker, Sanitär usw.). Namentlich dürfen sie 100 % ihrer Aufträge an Ortsansässige vergeben.

Die Behörden von Gemeinden haben diese Freiheit nicht. Denn die Auftragsvergabe der Gemeinden (das gilt sinngemäss auch für den Bund, die Kantone sowie andere Einrichtungen des öffentlichen Rechts) untersteht dem Vergaberecht (auch Submissionsrecht oder Beschaffungswesen genannt). Dieses Submissionsrecht ist von einigen Grundsatzüberlegungen geprägt.

Es will erstens einen effektiven Wettbewerb fördern (vgl. AGVE 2010, S. 185 E. 3.1). Ziel ist der sparsame und wirtschaftliche Umgang mit öffentlichen Mitteln. Das gelingt nur, wenn alle Konkurrenten gleich behandelt werden, keiner diskriminiert wird und eine tatsächliche Konkurrenzsituation besteht. Letztlich muss ein diskriminierungsfreier Zugang zu den öffentlichen Beschaffungen sichergestellt sein. Das setzt die Gleichbehandlung aller ortsfremden und ortsansässigen Anbieter voraus (BGE² 125 I 406 E. 2d, S. 410 f.; Urteil des Bundesgerichts 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000, E. 1c).

Zweitens muss das Verfahren nachvollziehbar sein. Hier lautet das Stichwort «Transparenz» (vgl. AGVE 2008, S. 173 E. 4.2.1). Diese ist Voraussetzung dafür, dass das Verfahren rechtlich überprüfbar ist und der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter durchgesetzt werden kann.

2. Begriff «Heimatschutz»

Das Ziel des Submissionswesens ist der sparsame und wirtschaftliche Umgang mit öffentlichen Mitteln. Das bedeutet nicht zwingend, dass sich die Vergabe allein nach dem billigsten Angebot richtet. In einem gewissen Mass dürfen Ziele der Regional- oder Beschäftigungspolitik verfolgt werden, sofern dies einen sachlichen Zusammenhang mit dem Submissionsverfahren aufweist und nicht nur vorgeschoben ist. Insofern hat «Heimatschutz» im Submissionsrecht Platz.

Ein gewisser «Heimatschutz» und damit eine Bevorzugung des einheimischen Gewerbes sind unter Umständen also zulässig (dazu unten, Ziff. 3). Je nach Verfahrensart (unten, Ziff. 3.1.) besteht dabei mehr oder weniger Handlungsspielraum. Einen Ausgangspunkt bildet das aargauische Submissionsdekret vom 26. November 1996 (SubmD) in seinem § 18 selber. Es lässt qualitative Zuschlagskriterien zu, die sich – bei entsprechender Gewichtung – durchaus zugunsten einheimischer Anbieter auswirken können. Gemeint sind Betriebs- und Unterhaltskosten, Botendienst, Kundendienst, Garantie- und Unterhaltsleistungen (dazu unten, Ziff. 3.5.). Analoge Kriterien

² Urteil des Bundesgerichts, abrufbar unter www.bger.ch.

sind auch im Anwendungsbereich der Eignungskriterien denkbar (§ 10 SubmD; unten, Ziff. 3.4.).

3. Anwendungsfälle

3.1. Freihändige Vergabe und Einladungsverfahren

Je nach Verfahrensart, die abhängig ist vom Auftragswert, ist die Vergabebehörde in ihrer Entscheidungsfreiheit mehr oder weniger eingeschränkt.

Geht es finanziell um kleine Aufträge³, ist die Vergabestelle frei, den Auftrag zu erteilen, an wen sie will. Es handelt sich um die so genannte «freihändige Vergabe». Hier ist «Heimatschutz» erlaubt.

Ist der Auftragswert etwas höher⁴, gilt das Einladungsverfahren. Die Behörde lädt ausgewählte Unternehmen zur Offertstellung ein und vergibt dann den Auftrag an eines der eingeladenen Unternehmen. Hier ist eine gewisse Bevorzugung ortsansässiger Anbieter systembedingt zulässig. Denn die Vergabebehörde darf sich durchaus auf einheimische Unternehmer beschränken. Sofern möglich sind mindestens drei Angebote einzuholen (§ 7 Abs.3 SubmD). Befinden sich also unter den Eingeladenen nur zwei ortsansässige Anbieter, muss zusätzlich ein «Auswärtiger» eingeladen werden. Einzuschränken ist immerhin, dass eine konsequente und ausschliessliche Bevorzugung Einheimischer möglicherweise dann doch dem Sinn und Zweck des Submissionsrechts widersprechen kann (vgl. AGVE 1998, S. 375, 376 f., wo die Frage allerdings offen gelassen wird). Denn dadurch wird das Ziel des sparsamen und wirtschaftlichen Umgangs mit öffentlichen Mitteln (oben, Ziff. 2.) unter Umständen untergraben (das gilt wohl analog für die freihändige Vergabe).

Die Beschränkung der Anzahl der Anbieter auf nur wenige ist beim Einladungsverfahren gerade der Sinn und Zweck dieser Verfahrensart. Insofern ist eine «Ungleichbehandlung» unvermeidbar. Eine unzulässige Diskriminierung könnte allenfalls darin bestehen, dass die Vergabebehörde über einen langen oder zumindest längeren Zeitraum und ohne sachliche Gründe konsequent einen bestimmten Anbieter nicht einlädt. Auf Grund der Wahlfreiheit der Vergabebehörde im Einladungsverfahren darf eine Diskriminierung allerdings nur unter sehr strengen Voraussetzungen angenommen werden (AGVE 2003, S. 239, 244).

Allein aus der Ortsansässigkeit kann aber weder im freihändigen noch im Einladungsverfahren ein rechtlicher Anspruch auf eine Auftragserteilung oder auch auf eine Teilnahme an einem Submissionsverfahren abgeleitet werden (AGVE 2003, S. 239, 244).

Ist der Wert des Auftrages noch höher, ist er im offenen oder im selektiven Verfahren zu vergeben (dazu unten, Ziff. 3.4.).

3.2. Losbildung

Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Vergabestelle, ob sie einen Auftrag als Ganzes ausschreiben oder mehrere gleichartige Einzelaufträge (so genannte «Lose») bilden will (siehe § 19 Abs. 1 SubmD).

Am Beispiel eines Hausbaus kann die Losbildung erläutert werden: Es macht einen Unterschied, ob ein Haus komplett durch einen einzigen Bauunternehmer erstellt werden soll – und auch so ausgeschrieben wird – oder ob es in einzelnen Arbeitsschritten bzw. Werkteilen ausgeschrieben wird, also z. B. in Losen für Aushub, Bodenplatte, Wände, Decken, Sanitär, Heizung, Beleuchtung innen, Beleuchtung aussen, Innenarchitektur, Umgebungsgestaltung, usw. je einzeln. Die einzelnen Teilaufträge lassen sich im Regelfall sachlich begründen. Sie dürfen daher einzeln vergeben werden (vgl. auch AGVE 2012, S. 171; ebenso z.B. VPB⁵ 2002 Nr. 86 S. 1033, 1039; separate Vergabe von Maler- und Gipserarbeiten: Verwaltungsgericht Zürich VB.2001.00256 vom 10. April 2002, www.vgrzh.ch).

Die Losbildung hat zur Folge, dass anstelle eines finanziell grösseren Beschaffungsauftrages mehrere kleine ausgeschrieben werden. Der Vorteil kann nun darin liegen, dass kleine und mittlere Unternehmen aufgrund ihrer normalerweise geringeren Kapazität eher ein Interesse am Auftrag und eine Chance auf den Zuschlag haben. Gerade wenn das kleinere und mittlere regionale Gewerbe (KMU) zum Zug kommen soll, sind unterteilte Aufträge für die Vergabebehörde oft interessanter. Die ausländische Konkurrenz wird sich bei kleineren Aufträgen wohl weniger bewerben, allein schon aufgrund des längeren Anfahrtsweges und eines entsprechenden Mehraufwands. Zudem fallen die Auftragswerte unter Umständen unter die finanziellen Limiten (Schwellenwerte), bei denen ein Auftrag öffentlich ausgeschrieben werden muss; es sind dann allenfalls das Einladungsverfahren oder sogar das Verfahren der freihändigen Vergabe anwendbar (oben, Ziff. 3.1.).

³ Vgl. § 8 Abs. 2 und 3 des Submissionsdekrets, SubmD: Aufträge bis zu einem Auftragswert von maximal:

- a) CHF 300 000.– bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes;
- b) CHF 150 000.– bei Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes;
- c) CHF 100 000.– bei Lieferungen.

⁴ Vgl. § 8 Abs. 1 und 2 SubmD: Wenn die Werte für das freihändige Verfahren überschritten sind, bis:

- a) CHF 500 000.– bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes;
- b) CHF 250 000.– bei Lieferungen, Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes.

⁵ Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, VPB; www.bk.admin.ch/dokumentation/02574/index.html?lang=de, gefunden am 13.08.2014.

Umgekehrt darf die Vergabestelle grössere Pakete von Leistungen zusammenfassen und ausschreiben, wie alle Baumeisterarbeiten bis hin zum kompletten Gebäude, umfassende Sanierungsaufträge für einen grösseren Strassenabschnitt oder die gesamte Abfallentsorgung in der Gemeinde (das heisst z.B. Grün- und Hauskehricht, Flaschen und Altöl usw.). Die Folge ist das Gegenteil der «Verkleinerung von Aufträgen»: Voraussichtlich kleinere Anbieter scheiden eher aus, grössere kommen eher zum Zug, unter Umständen auch ausländische, weil die Ausschreibung aufgrund des Auftragswertes möglicherweise sogar international⁶ erfolgen muss. Das Einladungsverfahren und die freihändige Vergabe scheiden in der Regel aus.

3.3. Bietergemeinschaften

Gelegentlich schliessen sich zwei oder mehrere rechtlich selbständige Unternehmen zusammen in der Absicht, gemeinsam ein Angebot einzureichen.

Die Vergabestelle darf solche Arbeitergemeinschaften vorschreiben, beispielsweise als Generalplanerteam, bestehend aus Planungsfachleuten der Bereiche Architektur, Bauingenieurwesen, Gebäudetechnik, Landschaftsarchitektur usw. Dadurch müssen sich die interessierten Unternehmen zusammenschliessen. Die Pflicht zur Teamarbeit wird wiederum Auswirkungen auf die Anbieter haben. Je nach verlangter Zusammensetzung werden sich gewisse Unternehmen an der Ausschreibung beteiligen oder eben nicht. Auch dadurch nimmt die Vergabebehörde Einfluss auf die Situation der Anbieter. Denn die Zulassung von Bietergemeinschaften fördert die Teilnahmemöglichkeiten von KMU. Die Vergabestelle darf solche Bietergemeinschaften auch untersagen. Schliessen die Ausschreibungsunterlagen Arbeitergemeinschaften nicht ausdrücklich aus, dürfen mehrere Anbietende ein gemeinsames Angebot einreichen (vgl. § 11 Abs. 3 SubmD).

3.4. Eignungskriterien

3.4.1. Begriff

Die Vergabestelle darf für jeden Auftrag im offenen oder selektiven Verfahren⁷ von den Anbietenden den Nachweis verlangen, dass sie für die Ausführung des betreffenden Auftrags geeignet sind. Sie legt dafür bestimmte, zu erfüllende Kriterien fest, die so genannten Eignungskriterien. Sie legt auch fest, wie der Nachweis dafür zu erbringen ist (§ 10 Abs. 1 SubmD).

Eignungskriterien dienen dazu, den Anbietermarkt auf jene Unternehmen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auf-

trag in der gewünschten Qualität zu erbringen⁸. Sie beziehen sich immer auf die Person des Anbieters, auf die Organisation des Unternehmens, das Personal oder allgemein die Leistungsfähigkeit, nicht auf das Angebot (z.B. «Beurteilung des Anbieters betreffend Kompetenz, Marktauftritt, Referenzen usw.»; AGVE 2002, S. 313 E. 4a, 4b). Nur wer die Eignungskriterien erfüllt, ist zum Angebot zuzulassen. Wer die Kriterien nicht erfüllt, ist vom Verfahren per Verfügung auszuschliessen (vgl. § 24 Abs. 2 lit. d SubmD; AGVE 1999, S. 294, 299).

3.4.2. Gestaltungsmöglichkeiten

Der Vergabestelle steht bei der Wahl der Eignungskriterien und der Nachweise sowie bei der Bewertung der Eignungskriterien ein weites Ermessen zu. Es liegt in der Natur der Sache, dass je nach Eignungskriterien und Nachweise der Anbietermarkt verändert wird.

In einem Anwendungsfall musste das aargauische Verwaltungsgericht entscheiden, ob das Eignungskriterium «Vertrautheit mit örtlichem Kontext» für einen Architektur-Studienauftrag sachlich gerechtfertigt sei. Es verneinte diese Frage mit dem Argument, dass bei den gewünschten Studienaufträgen in aller Regel jeder Architekt, der über Erfahrung mit Sanierungs- und Erweiterungsobjekten vergleichbarer Grösse und Komplexität verfüge, zur Erarbeitung eines brauchbaren Lösungsvorschlags befähigt sei, auch ohne nähere Kenntnisse des Objekts und der örtlichen Verhältnisse (AGVE 1998, S. 375, 378). Das Kriterium war also sachlich nicht gerechtfertigt und daher unzulässig.

3.5. Zuschlagskriterien

3.5.1. Begriff

Im offenen oder im selektiven Verfahren ist «Heimatschutz» auch über die Wahl der Kriterien, nach denen ein Auftrag vergeben werden soll – die so genannten Zuschlagskriterien –, denkbar. Beispielsweise werden die den lokalen Unternehmen und ihren besonderen Fähigkeiten entsprechenden Kriterien vorgeschrieben oder stärker gewichtet. So können unter Umständen die lokalen Anbieter gegenüber auswärtigen bevorzugt werden. Die Vergabestelle muss sich also bei der Festsetzung der Kriterien überlegen, welche Kriterien für sie wichtig sind.

Die Zuschlagskriterien beziehen sich auf die zu beschaffende Leistung bzw. auf das Beschaffungsobjekt. An ihnen wird gemessen, welches das wirtschaftlich günstigste Angebot ist. Dieses erhält den Zuschlag (§ 18 Abs. 1 SubmD). Das Submissionsdekret nennt insbesondere Qualität, Preis, Erfahrung,

⁶ Nach den nach den GATT-/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632.231.422).

⁷ Im *offenen Verfahren* schreibt die Vergabestelle den Auftrag öffentlich aus. Alle Anbietenden können ein Angebot einreichen. Im *selektiven Verfahren* schreibt die Vergabestelle den Auftrag öffentlich aus. Alle Anbietenden können einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Die Vergabestelle bestimmt auf Grund der Eignung die Anbietenden, die ein Angebot einreichen dürfen (§ 7 Abs. 1 und 2 SubmD).

⁸ In der freihändigen Vergabe und im Einladungsverfahren lässt die Vergabebehörde nur Unternehmungen offerieren, die sie aufgrund ihrer Kenntnisse als geeignet erachtet bzw. berücksichtigen will.

Innovation, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Betriebs- und Unterhaltskosten, den technischen Wert, Zweckmässigkeit, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Kundendienst sowie Ausbildung von Lehrlingen⁹ und gerechte Abwechslung und Verteilung (§ 18 Abs. 2 SubmD). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend («namentlich»). Jedoch ist die Ortsansässigkeit für sich alleine betrachtet kein Vergabekriterium (AGVE 1998, S. 375, 377).

3.5.2. Gewichtung

Die Vergabehörde darf die Zuschlagskriterien relativ frei festlegen. Dies gilt auch für deren Bedeutung, die so genannte «Gewichtung». Durch Festlegung der Kriterien und deren Gewichtung kann auf das Ergebnis der Vergabe massgebend Einfluss genommen werden.

Gemäss dem Submissionsdekret muss die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen die Zuschlagskriterien mit ihrer Gewichtung angeben (§ 18 Abs. 3 SubmD). Sie muss aber nicht bekanntgeben, wie sie die Zuschlagskriterien im Einzelfall bewerten wird, also namentlich wie die Preiskurve verläuft (AGVE 2009, S. 200 E. 3.1). Dies wäre zwar wünschbar, ist rechtlich aber nicht durchsetzbar. Die Vergabestelle ist auch nicht verpflichtet, vor der Ausschreibung eine Bewertungsmatrix zu erstellen. Das lässt Gestaltungsspielraum bei der Bewertung zu. Es kann daher vorkommen (und lässt sich kaum verhindern und in einem Beschwerdeverfahren auch kaum nachweisen), dass nach dem Eingang der Offerten eine Bewertungsmatrix erstellt oder eine intern bereits bestehende Matrix «angepasst» wird, damit der gewünschte Anbieter den Zuschlag erhält.¹⁰

Ist ein Bewertungs- oder Benotungssystem sachgerecht und wird es auf alle Anbietenden bzw. auf alle Angebote gleich angewendet, wird es in einem Gerichtsfall mit grosser Wahrscheinlichkeit geschützt (vgl. AGVE 2007, S. 157 E. 4.2.2, S. 163). Ist das System nicht sachgerecht, weil es beispielsweise die angegebene Gewichtung des Preises nicht wiedergibt, oder wird es ungleich angewendet, überschreitet oder missbraucht die Vergabehörde das ihr zustehende Ermessen (AGVE 1999, S. 328; 1998, S. 384). Das gilt gerade auch für die Eignungs- und Zuschlagskriterien und für eine Bewertung, die letztlich zu einem mehr oder weniger ausgeprägten «Heimatschutz» führen.

3.5.3. Ortskenntnisse

Ein in der Praxis häufig anzutreffendes Kriterium sind die «Ortskenntnisse». Dieses Kriterium (wie andere ähnliche Kriterien) kann zulässig sein. Es ist beispielsweise denkbar, dass die Eigenart eines zu vergebenden Auftrags Kenntnisse der örtlichen

Verhältnisse erfordert und diese auch als sachlich gerechtfertigtes Vergabekriterium erscheinen. Die «Ortskenntnisse» können beispielsweise dann zulässig sein, wenn entscheidend ist, dass ein Bewerber die technischen Schwierigkeiten aus persönlicher Anschauung und vorherigen Arbeiten kennt (z. B. zerklüftete und komplizierte Geländeverhältnisse im Landwirtschafts- und Berggebiet, Anpassungen der geplanten Bauten an unterschiedliche bestehende Werke usw.).

Zwar müssen die «Ortskenntnisse» nicht zwingend auf einen Ortsansässigen zutreffen. In der Regel verfügen die Ortsansässigen jedoch über mehr «Ortskenntnisse» als Auswärtige.

In einem Gerichtsfall musste das Verwaltungsgericht die Zulässigkeit des Kriteriums «Erfahrung/Kennntnis örtl. Abwassersystem» für die Vergabe der Erstellung eines generellen Entwässerungsplans (GEP) beurteilen. Es entschied, die bei einem Anbieter bereits vorhandenen Kenntnisse betreffend das örtliche Abwassersystem stellten kein zulässiges Zuschlagskriterium dar. Der konkrete Auftrag erfordere keine solchen spezifischen Vorkenntnisse. Es sei davon auszugehen, dass sich jedes Ingenieurbüro mit der nötigen Erfahrung im GEP-Bereich diese Kenntnisse ebenfalls sehr rasch aneignen könne. Die bereits vorhandenen Kenntnisse seien hierbei von untergeordneter Bedeutung. Das Kriterium halte deshalb vor dem Gleichbehandlungsgebot sachlich nicht stand (AGVE 2002, S. 325, 329 ff.).

3.5.4. Qualität von früher ausgeführten, gleichartigen Arbeiten

Es ist grundsätzlich zulässig, das «Ergebnis von früher ausgeführten, gleichartigen Arbeiten» zu bewerten.

Ist es beispielsweise bei einer früheren, vergleichbaren Arbeitsvergabe zu sachlich begründeten Beanstandungen bzw. zu Mängelrügen gekommen und muss eine bestimmte Anbieterin dafür gegenüber der Bauherrschaft – mit grosser Wahrscheinlichkeit – die rechtliche Verantwortung übernehmen, ist eine Schlechterbenotung sachlich haltbar. Konsequenterweise müssen dann aber frühere Qualitätsmängel vergleichbarer Art bei allen betroffenen Anbietern gleichermassen zu Abzügen bei der Benotung führen. Hat eine Vergabehörde ein solches Kriterium in der Ausschreibung bekannt gegeben, kann sie so durchaus ein lokales Unternehmen besser bewerten, mit welchem sie immer gute Erfahrungen gemacht hat, und ein ortsfremdes Unternehmen schlechter bewerten, mit welchem sie bereits einmal schlechte Erfahrungen gemacht hat (so wurde entschieden bei einer Strassenbelagssanierung: AGVE 1998, S. 383, 385; ein ähnlicher Fall aus dem Kanton Zürich: Verwaltungsgericht Zürich VB.2000.00391 vom 6. Juni 2001, E. 3d/aa, www.vgrzh.ch).

⁹ Das Kriterium «Lehrlingsausbildung» ist ein Spezialfall. Für die Eignungskriterien erwähnt § 10 SubmD die Ausbildung von Lehrlingen nicht – im Gegensatz zu § 18 Abs. 2 SubmD für den Zuschlag. Er spricht von «für die Ausführung des betreffenden Auftrags wesentlichen Eignungskriterien». Dazu gehört die Lehrlingsausbildung nun in aller Regel klarerweise nicht. Die Lehrlingsausbildung als vergabefremdes Kriterium darf daher ausschliesslich im Rahmen der Zuschlagserteilung, nicht aber bereits bei der Eignungsprüfung gemäss § 10 SubmD, berücksichtigt werden (AGVE 1999, S. 294 ff.).

¹⁰ Ein solches Vorgehen kann letztlich nur mit einer gesetzlich vorgeschriebenen Publikationspflicht in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen verhindert werden. Diese Pflicht besteht aber nicht (vgl. schon: AGVE 1998, S. 390).

3.5.5. Kenntnisse der Praxis

Die «Kenntnisse der Praxis des Kantons» dürfen ebenfalls berücksichtigt werden.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich entschied, es sei sachgerecht und beinhalte keine Benachteiligung nicht ortsansässiger Unternehmen, wenn Kenntnisse der Praxis des Kantons, in welchem die Arbeiten durchgeführt werden sollen, höher bewertet würden. Diese Höherbewertung erscheine angesichts der Eigenart des zu vergebenden Auftrags gerechtfertigt und nicht bloss vorgeschoben, um einen einheimischen Anbieter zu bevorzugen (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich, VB.2003.00319 E. 4.3.2; vgl. auch VB.2000.00391, E. 3d, www.vgrzh.ch). Hierbei handelt es sich um «interkantonalen Heimatschutz».

3.5.6. «Qualität Schweiz»

Vergabefremde Zuschlagskriterien (vgl. dazu oben, Ziff. 1.) sind grundsätzlich unzulässig. Ein solches Kriterium ist in der Regel die «Qualität Schweiz» bzw. «Qualitätsmerkmal Schweiz»:

Die Qualität der Leistung (in einem konkreten Gerichtsfall war es die Qualität der offerierten Förderbandanlagen; AGVE 2009, S. 200) ist bei jedem Angebot vor dem Hintergrund der nachgefragten Leistung und deren Spezifikationen zu prüfen und zu bewerten, ungeachtet der Herkunft. Allfällige Bewertungsabzüge bei der Qualität müssen sich sachlich begründen lassen. Die Fabrikation im Ausland bedeutet nicht per se schlechtere Qualität. Deshalb ist es nicht zulässig, bei im Ausland hergestellten Produkten generell und ohne konkrete Prüfung auf eine mindere Qualität zu schliessen und alleine deswegen beim Zuschlagskriterium «Qualität» einen Bewertungsabzug zu machen. Ein solches Vorgehen verstösst gegen das Gebot der Gleichbehandlung und stellt eine Diskriminierung ausländischer Produkte (und gegebenenfalls auch der ausländischen Anbie-

ter) dar (AGVE 2009, S. 200 E. 3.3.2, S. 205). Liegen jedoch objektive Gründe für eine Schlechterbewertung vor, ist dies haltbar.

3.5.7. «Transportwege»

Als Paradebeispiel für den «Heimatschutz» erscheint das Zuschlagskriterium der Transportwege, das man gelegentlich in Ausschreibungen findet. Meist wird dafür das Kriterium der «Umweltverträglichkeit» (§ 18 Abs. 2 SubmD) vorgeschoben.

Unter der «Umweltverträglichkeit» sind die Vorteile zu verstehen, die sich aus dem Beschaffungsgegenstand selbst ergeben, z.B. geringe Schadstoffbelastung, Entsorgung, Schonung von Ressourcen, Reparierbarkeit. Indirekte Vorteile, etwa bezüglich der Transportwege, sind also nur zulässig, sofern sie einen sachlichen Zusammenhang mit dem Beschaffungsobjekt haben. Denn das Abstellen auf die kürzeren Transportwege hat in der Regel eine direkte Benachteiligung der weiter entfernt gelegenen Anbieter zur Folge.

Ein kurzer Anfahrtsweg kann dann als Kriterium zulässig sein, wenn für den fraglichen Auftrag ein Pickettdienst mit kurzen Reaktionszeiten notwendig ist. Selbst in diesem Fall muss jedoch die Verhältnismässigkeit mit Bezug auf die Dauer der Reaktionszeit und die Gewichtung des Kriteriums gewahrt bleiben (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich, VB.2006.00220, E. 7, vom 28. Juni 2006). Wo mit Lastwagen grössere Materialmengen (Aushub, Baumaterial usw.) transportiert werden müssen, kann die umweltschonende Auftragsausführung ein zulässiges Vergabekriterium sein. Es kann dabei aber nicht um Distanzen von 5 km, 8 km oder 10 km gehen (vgl. AGVE 1997, S. 361, 365). Vielmehr müssen klar erkennbare ökologische Vorteile vorhanden sein. Wirkt sich die Länge der Fahrstrecke von der Niederlassung des Anbieters bis zum Ort, an dem die Dienstleistung erbracht wird, über eine längere Zeitspanne in



einer Vielzahl von Fahrten aus, ist es nicht unzulässig, sondern allenfalls sogar sachlich geboten, die Differenz der zu fahrenden Kilometer bei der Offertprüfung mit zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000, E. 4a: rund 250 Touren der kommunalen Kehrriechtabfuhr über einen Zeitraum von drei Jahren).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt musste einen Fall entscheiden, in welchem die Anbieter gemäss den Ausschreibungsunterlagen den Ort des Unternehmenssitzes und den Ort des Werkhofes anzugeben hatten, der für die Ausführung des Auftrags vorgesehen war. Die Vergabestelle berechnete die entsprechenden Distanzen zur Baustelle und verteilte umso mehr Punkte, je kürzer die Wege waren. Sie ging davon aus, dass jeder Anbieter diese Wege täglich mehrmals fahren würde. Das Gericht hob dieses Zuschlagskriterium als rechtswidrig auf: Die Bewertung von Transportwegen sei nur zulässig, wenn es um Transportaufträge beziehungsweise um Aufträge mit erheblichem Transportanteil gehe. Das sei nicht der Fall gewesen, weil nicht bloss auf Distanzen, sondern auf eine CO₂-Bilanz abzustellen wäre und weil sich das konkret gewählte Kriterium letztlich protektionistisch auswirke (Urteil des Verwaltungsgerichts Waadt, MPU.2009.0020, vom 15. Juni 2010, E. 8).

Letztlich spielen eben nicht nur die Entfernung, sondern auch die verwendeten Transportfahrzeuge (Typ, Zustand, Wartung, Alter usw.) eine nicht unerhebliche Rolle, insbesondere bei geringen Distanzen. Moderne und gut gewartete Fahrzeuge können eine um wenige Kilometer grössere örtliche Distanz durchaus wieder ausgleichen (vgl. AGVE 1997, S. 365, 365). Dennoch ist festzuhalten, dass bei klar erkennbaren ökologischen Vorteilen die Bewertung der Transportwege zulässig ist.

4. Zusammenfassung: «Spielregeln» des Vergabeverfahrens ausnutzen

Die Vergabebehörde verfügt also im Vergabeverfahren durchaus über Mittel und Möglichkeiten, der Forderung ortsansässiger Unternehmen nach bevorzugter Behandlung bei der Zuschlagserteilung im Sinne eines «Heimatschutzes» nachzukommen. Sie muss sich dabei aber genau überlegen, welche «Hebel» sie wie einsetzt. Sie darf und soll die rechtlichen «Spielregeln» des Vergabeverfahrens im Rahmen ihres Ermessens ausnutzen. Solange die Vergabebehörde sachlich haltbar handelt und ihr Handeln nicht nur vorgeschoben ist, stehen die Chancen grundsätzlich gut, dass der Vergabeentscheid in einem Gerichtsverfahren geschützt wird. Ein bewährtes Mittel, um willkürliche Vergaben zu vermeiden, bildet im Übrigen eine gut durchdachte und nachvollziehbare Begründung des Vergabeentscheids.

VOSER RECHTSANWÄLTE

Dr. Lukas Pfisterer

lic. iur. Rudolf Weber