

Vergabe News Nr.

36

---

**Mindestgewichtung von Qualitätskriterien?** Gemäss Bundesgericht  
ist bei einfachsten Beschaffungen das Zuschlagskriterium «Preis» mit mindestens 60 % zu gewichten, bei komplexen  
Beschaffungen mit mindestens 20 %. Bestehen auch Vorgaben für eine Mindestgewichtung von Qualitätskriterien?

---

walderwyss rechtsanwälte

# Mindestgewichtung von Qualitätskriterien?



Von **Martin Zobl**

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt  
Partner

Telefon +41 58 658 55 35  
martin.zobl@walderwyss.com



und **Florian Roth**

MLaw, LL.M., Rechtsanwalt  
Senior Associate

Telefon +41 58 658 55 79  
florian.roth@walderwyss.com

Je komplexer die ausgeschriebene Leistung, desto weniger Gewicht ist dem Preiskriterium beizumessen. In diesen Fällen kommt anderen Kriterien wie insbesondere der Qualität erhöhte Bedeutung zu. Während sich das Bundesgericht verschiedentlich mit der Mindestgewichtung des Preiskriteriums auseinandergesetzt hat, stellt sich die Frage, ob eine Mindestgewichtung von Qualitätskriterien ebenfalls gesetzlich vorgezeichnet ist.

## Leitlinien der Rechtsprechung

Der Vergabestelle steht bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung ein weiter Ermessensspielraum zu, doch ist sie dabei verpflichtet, der Art der Beschaffung Rechnung zu tragen.<sup>1</sup> Gemäss Bundesgericht gilt die Faustregel: Je komplexer die ausgeschriebene Leistung, desto weniger Gewicht ist dem Preiskriterium beizumessen. In diesen Fällen kommt Kriterien wie der Qualität erhöhte Bedeutung zu.<sup>2</sup>

Das Bundesgericht hat sich verschiedentlich dahingehend geäussert, dass auch bei komplexen Beschaffungen das Preiskriterium mit mindestens 20 % zu gewichten ist, wobei diese Gewichtung nicht durch die Bewertungsmethode (etwa eine flache Preiskurve) weiter abgeschwächt werden darf.<sup>3</sup> Erst kürzlich hat das Bundesgericht sodann entschieden, dass bei einfachsten Vergaben der Preis bei den Zuschlagskriterien mit mindestens 60 % zu gewichten sei.<sup>4</sup> Daraus kann nur, aber immerhin, abgeleitet werden, dass (i) selbst bei der komplexesten Vergabe der Preis nicht mit weniger als 20 % und (ii) bei als «einfach» einzustufenden Vergaben der Preis stets mit zwischen 60 - 100 % zu gewichten ist. Bei der Vergabe von «standardisierten Leistungen» kann (muss aber nicht) allein auf das Preiskriterium abgestellt werden, solange aufgrund der technischen Spezifikation der Leistung hohe Anforderungen an die Nachhaltigkeit in sozialer, ökologischer und wirtschaftlicher Hinsicht gewährleistet sind (Art. 29 Abs. 4 BöB).<sup>5</sup>

Bislang wurde höchstrichterlich nicht entschieden, ob nicht nur eine *Minimal-*, sondern auch eine *Maximalgewichtung* des Preiskriteriums gesetzlich vorgezeichnet ist. Eine solche *Maximalgewichtung* des Preises würde eine Mindestgewichtung von Qualitätskriterien bedeuten. Gemäss einem kürzlich bereits unter dem revidierten BöB ergangenen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts hatte eine Beschwerdeführerin eine Mindestgewichtung des Qualitätskriteriums von 20 - 30 % gefordert und argumentiert, mit dem Inkrafttreten des neuen BöB gehe ein Paradigmenwechsel vom Preis- zum Qualitätswettbewerb einher. Die Vergabestelle habe aus diesem Grund sicherzustellen, dass eine Mindestgewichtung der Qualitätskriterien eingehalten und diese nicht durch die Kriterienwahl und/oder die Bewertungsmethodik unterschritten werde. Ähnlich wie bei der Preisgewichtung sei deshalb davon auszugehen, dass nach dem neuen Gesetzeszweck eine Mindestgewichtung der Qualität angezeigt sei. Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest, das Bundesgericht habe bislang keine Mindestgewichtung der Qualität verlangt. Es konnte die Frage offenlassen, da es sich um keine komplexe Beschaffung handelte, die gegebenenfalls eine höhere Gewichtung der Qualität verlangen würde.<sup>6</sup>

## Leitlinien der Vergabepaxis

Entsprechend der grossen Diversität möglicher Beschaffungsgegenstände bedient sich die Praxis der – nicht scharf

trennbaren Kategorien von «komplexen», «einfachen» bzw. «standardisierten» und «weder komplexen noch einfachen» bzw. «mittelkomplexen» Leistungen.

Mögliche Kriterien für die Einschätzung der Komplexität eines Auftrags sind nach hier vertretener Auffassung insbesondere auch die damit verbundenen fachlichen Anforderungen, die involvierten Risiken (z.B. Sicherheit von Personen und Sachwerten, immaterielle Interessen), langfristige Auswirkungen des Auftrags und die Bedeutung des Objekts bzw. der Leistung, welcher der Auftrag dienen soll. Letztlich ist die Einstufung im Einzelfall anhand aller relevanten Eigenschaften des konkreten Auftrags zu beurteilen. Eine höhere Gewichtung des Qualitätskriteriums drängt sich z.B. auf bei der Beschaffung von Dienstleistungen, deren Qualität sich langfristig auswirken wird. Dienstleistungen zur Planung eines auf eine lange Lebensdauer angelegten Projekts, die etwa die Erarbeitung und Bewertung von Handlungsoptionen umfassen, zahlen sich später aus: Dadurch sind in der Regel die Gesamtkosten tiefer und der Nutzen grösser.<sup>7</sup> Ähnliches gilt, wenn mit der Dienstleistung erhöhte Risiken einhergehen oder wichtige Rechtsgüter berührt sind.

**KBOB Leitfaden**

Die KBOB hat am 14. Dezember 2020 einen Leitfaden zur Beschaffung von Leistungen in der Objektbewirtschaftung («Leitfaden KBOB») herausgegeben, der auf dem revidierten Beschaffungsrecht basiert.<sup>8</sup> Der Leitfaden soll den Mitgliedern der KBOB im Sinne einer Empfehlung aufzeigen, wie bei der Vergabe von Leistungen der Objektbewirtschaftung ein zweckmässiges Resultat in Form des vorteilhaftesten Angebots erreicht werden kann.<sup>9</sup> In Anhang 1 zum Leitfaden KBOB («Leitfaden KBOB Anhang 1») finden sich Erläuterungen zur Auswahl und Bewertung (inkl. Gewichtung) von Zuschlagskriterien.<sup>10</sup>

Die KBOB empfiehlt in ihrem Leitfaden folgende Gewichtungen der Preis- und Qualitätskriterien, abgestuft nach unterschiedlichen Komplexitätsgraden des Auftrags:<sup>11</sup>

Anforderungen / Komplexität	Einfach	Mittel	Hoch
Preis	50 - 70 %	30 - 50 %	20 - 40 %
Qualität	30 - 50 %	50 - 70 %	60 - 80 %

**Einfluss des revidierten Beschaffungsrechts?**

Nach bisherigem Recht ging der Zuschlag an das «wirtschaftlich günstigste Angebot» (Art. 21 Abs. 1 aBöB<sup>12</sup>). Im Zuge der parlamentarischen Beratung wurde – auch als Ausdruck der beabsichtigten Stärkung des Qualitätswettbewerbs – der Begriff «wirtschaftlich günstigstes» durch «vorteilhaftestes» Angebot ersetzt. Diese Terminologie steht näher an derjenigen des GPA 2012<sup>13</sup>, das verlangt, dass der Zuschlag an das «most advantageous» Angebot erfolgt (GPA 2012 XV:5 lit. a).

**Breiter Interpretationsspielraum**

Ob sich dadurch an der Rechtslage etwas geändert hat, ist nicht eindeutig: Grundsätzlich ist das vorteilhafteste Angebot anhand der Zuschlagskriterien zu ermitteln und es stand Vergabestellen schon vor der Revision offen, mittels Definition des Leistungsgegenstands und der Zuschlagskriterien der Qualität einen hohen Stellenwert einzuräumen. Die von der Rechtsprechung entwickelten Leitlinien zum wirtschaftlich günstigsten Angebot<sup>14</sup> gelten daher sinngemäss auch für die Ermittlung des vorteilhaftesten Angebots.<sup>15</sup> Teilweise wird in der Neuformulierung von Art. 41 BöB ein gesetzlicher «Paradigmenwechsel» vom Preis- zum Qualitätswettbewerb gesehen.<sup>16</sup> Die Zielsetzung des BöB hin zum Qualitätswettbewerb dringe jedenfalls in der vom

Parlament verabschiedeten Fassung durch und stehe im Ergebnis auf gleicher Stufe wie die Gesetzesziele.<sup>17</sup>

Gemäss anderer Ansicht zeigt Art. 29 BöB, dass der Gesetzgeber eine Weiterentwicklung in Richtung Qualitätswettbewerb ermöglichen wollte. Letztlich haben nach dieser Auffassung aber die Vergabestellen mit der Gestaltung ihrer Ausschreibungen (insbesondere der entsprechenden Gewichtung der Zuschlagskriterien, d.h. stärkeren Betonung der Qualitätskriterien) über dessen Umsetzung zu entscheiden.<sup>18</sup>

Es bleibt offen, ob das Bundesgericht den vom Gesetzgeber unterstützten Wandel vom Preis- zum Qualitätswettbewerb ganz den Vergabestellen überlassen oder diesen engere Leitplanken in Form einer Mindestgewichtung des Qualitätskriteriums setzen wird. Nach hier vertretener Auffassung besteht jedenfalls kein Grund, warum die Rechtsprechung einerseits für Aufträge verschiedener Komplexitätsgrade eine Mindestgewichtung, andererseits aber keine Maximalgewichtung des Preis-kriteriums vorsehen sollte: Die (sich ggf. langfristig auswirkende) Qualität der aus-geschriebenen Leistung kann für den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel ähnlich relevant sein wie der Preis. Aus dem revidierten Beschaffungsrecht ergeben sich jedenfalls zusätzliche Argumente, um bei komplexeren Aufträgen eine Maximalgewichtung des Preiskriteriums bzw. eine Mindestgewichtung der Qualitätskriterien zu rechtfertigen.

### **Prozessual: Rügeobliegenheit betreffend Mängel der Ausschreibung**

Aus Anbietersicht gilt es zu bedenken, dass gemäss Art. 53 Abs. 2 BöB Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zusammen mit der Ausschreibung anzufechten sind, sofern ihre Bedeutung für den Anbieter erkennbar ist. Festlegungen in der Ausschreibung sind mit Beschwerde gegen die Ausschreibung selbst anzufechten. Zu solchen Festlegungen gehört auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien Preis und Qualität. Wird die Beschwerdefrist verpasst, kann eine übermässige Gewichtung des Preiskriteriums nicht mehr mit einer Beschwerde gegen den Zuschlag gerügt werden.

### **Fazit**

Obwohl zur Mindestgewichtung von Qualitätskriterien bislang ein höchstrichterliches Urteil fehlt, sind Vergabestellen gut beraten, die Gewichtung der Qualitätskriterien insbesondere anhand der Komplexität des Auftrags und der ggf. langfristigen wirtschaftlichen Auswirkungen der Qualität sorgfältig festzulegen. Der Leitfaden KBOB kann dabei trotz seines beschränkten sachlichen Anwendungsbereichs als Orientierungshilfe dienen, um das Beschwerderisiko zu verringern.

Vergabe News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

Unter [www.beschaffungswesen.ch](http://www.beschaffungswesen.ch) finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

## Endnotes

- 1 VGer ZH VB.2017.00351, Urteil vom 18. August 2017, E. 4.3.2.
- 2 Vgl. BGer 2C\_802/2021, Urteil vom 24. November 2022, E. 1.6.
- 3 BGE 143 II 553, 559 E. 6.4; BGE 130 I 241, 253 E. 6.3; BGE 129 I 313, 327 E. 9.2.
- 4 BGer 2C\_802/2021, Urteil vom 24. November 2022, E. 3.3, wobei der Entscheid noch zur früheren IVöB erging.
- 5 Kritisch zur Ergänzung bzgl. technischer Spezifikationen siehe LOCHER THOMAS/OECHSLIN BARBARA, in: Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, Art. 49 N 34; vgl. auch § 33 Abs. 2 Submissionsverordnung des Kantons Zürich (LS 720.11), die von «weitgehend standardisierten» Gütern spricht.
- 6 Vgl. BVGer B-4019/2021, Zwischenentscheid vom 25. November 2021, E. 7.4.
- 7 Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2016 1872.
- 8 Abrufbar unter: <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-leistungen/bewirtschaftung-von-immobilien.html> (zuletzt besucht am 24. September 2023).
- 9 Leitfaden KBOB, Ziff. 1.1.
- 10 Leitfaden KBOB, Ziff. 1.3.
- 11 Leitfaden KBOB Anhang 1, Ziff. 4.1.
- 12 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 [SR 172.056.1).
- 13 Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (SR 0.632.231.422), Fassung des revidierten Übereinkommens gemäss Ziff. 1 des Prot. vom 30. März 2012 (AS 2020 6493 6491).
- 14 Zur Bestimmung des «wirtschaftlich günstigsten Angebots» konnten bereits unter altem Recht neben dem Preis weitere Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, vgl. BGE 143 II 553, 559 E. 6.4 m.w.H.
- 15 TRÜEB HANS RUDOLF/NATHALIE CLAUSEN, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Art. 41 BöB N 1.
- 16 So etwa STEINER MARC, Kurzabriss zu Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung des BöB vom 21. Juni 2019, in: BR 2020 S. 10; vgl. auch die Medienmitteilung von bauenschweiz vom 19. November 2019.
- 17 STEINER, a.a.O., in: BR 2020 S. 10.
- 18 MÜLLER THOMAS P., in: Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht, Art. 41 N 19 m.w.H.

---

## Ansprechpartner



**Thomas P. Müller**  
Partner, Bern  
Telefon +41 58 658 55 04  
thomas.p.mueller@walderwys.com



**Hans Rudolf Trüb**  
Partner, Zürich  
Telefon +41 58 658 55 88  
hansrudolf.trueb@walderwys.com



**Ramona Wyss**  
Partnerin, Zürich  
Telefon +41 58 658 52 44  
ramona.wyss@walderwys.com



**Martin Zobl**  
Partner, Zürich  
Telefon +41 58 658 55 35  
martin.zobl@walderwys.com



**Daniel Zimmerli**  
Counsel, Bern  
Telefon +41 58 658 55 33  
daniel.zimmerli@walderwys.com



**Hugh Reeves**  
Managing Associate, Lausanne  
Telefon +41 58 658 52 73  
hugh.reeves@walderwys.com



**Lena Götzinger**  
Senior Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 56 63  
lena.goetzinger@walderwys.com



**Florian C. Roth**  
Senior Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 55 79  
florian.roth@walderwys.com



**Lucina Herzog**  
Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 56 15  
lucina.herzog@walderwys.com



**Matthieu Seydoux**  
Associate, Lausanne  
Telefon +41 58 658 83 58  
matthieu.seydoux@walderwys.com



**Felix Tuchs Schmid**  
Associate, Zürich  
Telefon +41 58 658 56 16  
felix.tuchs Schmid@walderwys.com