

V. Submissionen

22 **Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren; Arbeitsbedingungen** **Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren wegen Nichteinhaltens der Arbeitsbedingungen (orts- und branchenübliche Mindestlöhne).**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 17. September 2018, in Sachen A. GmbH gegen Kanton Aargau (WBE.2018.188).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

§ 3 Abs. 1 lit. a SubmD bestimmt, dass die Vergabestelle, sofern übergeordnetes Recht nichts anderes vorschreibt, den Auftrag nur an Anbietende vergibt, die "die am Ort der Leistung massgeblichen Bestimmungen über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen einhalten". Die Vergabestelle ist berechtigt, die Einhaltung dieser Bestimmung zu kontrollieren oder kontrollieren zu lassen. Auf Verlangen haben die Anbietenden deren Einhaltung zu bestätigen oder nachzuweisen (§ 3 Abs. 2 SubmD). Laut Art. 11 lit. e IVöB sind die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer zu beachten. § 7 Abs. 1 der Vergaberichtlinien (VRöB) zur IVöB bestimmt u.a., dass die Auftraggeberin vertraglich sicherstellt, dass die Anbieterin die geltenden Arbeitsbedingungen einhält und Dritte, denen sie Aufträge weiterleitet, ebenfalls vertraglich verpflichtet, die Arbeitsbedingungen einzuhalten. Als Arbeitsbedingungen gelten die Vorschriften der Gesamt- und der Normalarbeitsverträge; wo diese fehlen, gelten die orts- und berufsüblichen Vorschriften. Alle in der Schweiz geltenden Vorschriften werden dabei als gleichwertig betrachtet (§ 7 Abs. 2 VRöB). Gemäss § 28 Abs. 1 SubmD schliesst die

Vergabestelle bei Vorliegen genügender Gründe Anbietende vom Verfahren aus. Dies gilt insbesondere in den in § 28 Abs. 1 lit. a – h SubmD genannten Fällen. Auszuschliessen sind u.a. Anbietende, die den Verpflichtungen aus § 3 SubmD nicht nachkommen (§ 28 Abs. 1 lit. d SubmD; vgl. auch § 27 lit. d VRöB).

2.2.

Die Einhaltung der Arbeitsbedingungen – wozu u.a. Arbeitszeiten, (Mindest-)Löhne, Lohnzulagen und Sozialleistungen zu zählen sind – gehört – nebst der Einhaltung der Steuer- und Abgabepflichten, der Arbeitssicherheitsbedingungen oder der Umweltschutzgesetzgebung – zu den sog. vergaberechtlichen Grundvoraussetzungen. Darunter werden Vorbedingungen verstanden, welche alle Anbieter erfüllen müssen, um ganz losgelöst von der Natur und der Ausgestaltung des konkret zur Frage stehenden öffentlichen Auftrags an einem öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen zu können. Diese Bedingungen können nicht mehr oder weniger erfüllt sein, sondern nur ganz oder gar nicht (binäre Kriterien). Es handelt sich um jene Aspekte, ohne die ein lauterer Vergabewettbewerb undenkbar wäre und bei deren Missachtung das öffentliche Beschaffungsrecht überhaupt in Misskredit kommen könnte. Anbieter, welche die Grundvoraussetzungen nicht erfüllen, sind ungeachtet des Auftragsgegenstandes von jedem Verfahren auszuschliessen (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1478 mit Hinweisen; CHRISTOPH JÄGER, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und Rechtsschutz, Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 340).

3.

3.1.

Im vorliegenden Fall hatten die Anbieter ihrer Offerte die ausgefüllte und rechtsgültige unterzeichnete Beilage 2, enthaltend in Ziff. 3 u.a. eine "Selbstdeklaration / Bestätigung des Anbieters", beizufügen. Im Rahmen dieser "Selbstdeklaration / Bestätigung des Anbieters" hat die Beschwerdeführerin die Frage, ob sie die am Ort der ausgeübten Tätigkeit branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen einhalte (Ziff. 3 lit. d), jeweils mit "Ja" beantwortet. Bei den Fragen betreffend die Einhaltung der Gesamt- und Normal-

arbeitsverträge (Ziff. 3 lit. b und c) kreuzte sie jeweils "k.A." (keine Angaben) an. Mit Schreiben vom 28. März 2018 forderte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin – vor dem Hintergrund, dass sie die von dieser offerierten Kurspreise für ungewöhnlich niedrig erachtete – u.a. auf, mittels eines beigelegten Formulars zu belegen, wie sich die Lohnkosten der Kursleitungen zusammensetzten ("von der Kursleitung mit dem höchsten und mit dem tiefsten Lohn pro Los"). Zudem sei auch ein Lohnreglement, falls vorhanden, oder andere Dokumente, aus denen ersichtlich sei, dass die effektiv entrichteten Löhne den Submissionsbedingungen genügten, beizulegen. Aus den ausgefüllten Formularen ist zu entnehmen, dass die Kursleitungen der Beschwerdeführerin mittels Arbeitsvertrag mit einem Jahrespensum von 1'232 Lektionen zu einem Bruttolohn von Fr. 6'000.00 (höchster Lohn) bzw. Fr. 5'500.00 (tiefster Lohn) angestellt sind. Im Bruttolohn eingeschlossen ist – in den Formularen für die drei Lose entsprechend angekreuzt – die Vor-/Nachbearbeitung des Unterrichts, administrative Aufgaben, die Teilnahme an Sitzungen sowie der gesetzliche Ferienzuschlag und die Feiertagsentschädigung. Die Ferien betragen 4 Wochen. Spesen werden nach Aufwand entschädigt. Im Bruttolohn enthalten sind sodann maximal zwei bezahlte Weiterbildungen à je maximal 12 Stunden pro Jahr. Im zugehörigen Begleitschreiben vom 9. April 2018 erläuterte die Beschwerdeführerin die Berechnungsgrundlage: "28 Lektionen entsprechen einem 100% Pensum und somit 112 Lektionen im Monat bzw. 1344 Lektionen im Jahr, abzüglich 1 Monat Ferien. Das Jahrespensum bei 100% beträgt somit 1232 Lektionen im Jahr was wiederum 102.66 Lektionen im Monat entsprechen. Die Lohnkosten pro Lektion betragen somit bei einem Durchschnittlichen Lohn von Brutto 6000.- CHF: 58.44 CHF zuzüglich ca. 0.13% Arbeitnehmerbeiträge". Der Bruttolohn pro Lektion (à 45 Minuten) beläuft sich nach eigenen Angaben der Beschwerdeführerin beim Höchstlohn somit auf Fr. 58.44. Beim tiefsten Lohn von brutto Fr. 5'500.00 beträgt der Lohn pro Lektion (à 45 Minuten) entsprechend Fr. 53.57.

3.2.

Die Vergabestelle stützt sich bei der Bestimmung der orts- und branchenüblichen Mindestlöhne in erster Linie auf das "Lohnbuch

Schweiz 2018". Danach betragen die Löhne in der Integrationsförderung für Lehrpersonen von Deutschkursen gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) zwischen ECAP und der Gewerkschaft UNIA sowie dem Schweizerischen Verband des Personals Öffentlicher Dienste VPOD je nach Alter und Erfahrung der Kursleitenden und des Deutschkursformats (Grundlagenkurs, Basiskurs, Semesterkurs) pro Lektion à 50 Minuten zwischen Fr. 68.85 und Fr. 76.75 brutto. Pro Lektion à 45 Minuten betragen die Löhne entsprechend zwischen Fr. 61.95 und Fr. 69.05 brutto. Das "Lohnbuch Schweiz 2017" macht dieselben Lohnangaben. Damit erweist sich der Einwand der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle hätte nicht auf das "Lohnbuch Schweiz 2018" abstellen dürfen, da dieses im Zeitpunkt der Angebotseingabe (Ende Februar 2018) noch nicht veröffentlicht gewesen sei, im Ergebnis als unerheblich. Ebenfalls offensichtlich nicht stichhaltig ist das Argument der Beschwerdeführerin, die B. deklariere für das "Fachpersonal Integration" einen branchenüblichen Stundenlohn von Fr. 36.75 brutto. Dabei handelt es sich, wie die Vergabestelle zu Recht einwendet, um eine andere Berufsgruppe mit anderen Anstellungsveroraussetzungen; insofern können die dortigen Mindestlöhne nicht zu Vergleichszwecken herangezogen werden. Vom Mindestlohn von Fr. 61.95 gemäss Lohnbuch hat die Vergabestelle eine Toleranz von 5 % (analog dem Lohnvergleich im Rahmen von Arbeitsmarktbeobachtungen des MIKA) in Abzug gebracht und gelangt so zu einem orts- und branchenüblichen Mindestlohn von Fr. 58.85 brutto pro Lektion von 45 Minuten. Das Vorgehen der Vergabestelle zur Ermittlung des massgebenden Mindestlohns ist ohne Weiteres nachvollziehbar und nicht zu beanstanden (vgl. auch Erw. 3.4 hiernach).

Als unbehelflich erweist sich in diesem Zusammenhang insbesondere auch der Einwand der Beschwerdeführerin, der von der Vergabestelle erwähnte Gesamtarbeitsvertrag sei ihr unbekannt. Existiert in einer Branche ein Gesamtarbeitsvertrag, sind die Anbieter zwar nicht verpflichtet, diesem beizutreten, jedoch darf im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge von ihnen dessen Einhaltung in Bezug auf die massgeblichen Arbeitsbedingungen, u.a. auch die

vorgesehenen Mindestlöhne, verlangt werden (vgl. Art. 7 VRöB; oben Erw. 2.1; ferner auch BGE 130 I 258 ff.).

3.3.

3.3.1.

Wie vorstehend (Erw. 3.1) ausgeführt, hat die Beschwerdeführerin im Rahmen der Plausibilitätsüberprüfung Löhne von Fr. 58.44 bzw. Fr. 53.57 brutto pro Lektion deklariert. Beide Lohnangaben liegen somit unter dem orts- und branchenüblichen Mindestlohn von Fr. 61.95 bzw. – nach Abzug der Toleranz von 5 % – von Fr. 58.85 brutto pro Lektion.

3.3.2.

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren stellt die Beschwerdeführerin die Richtigkeit des Abstellens auf die von ihr im Rahmen der Plausibilitätsüberprüfung selbst deklarierten Lohnangaben in Frage. Sie macht zum einen geltend, die Vorteile ihrer Anstellungsbedingungen (Jahresarbeits-Modell) und die dadurch bewirkte Besserstellung der Arbeitnehmenden blieben in der Gegenüberstellung des Stundenlohns zu Unrecht unberücksichtigt. Zum anderen seien in den deklarierten Zahlen zur Plausibilitätsprüfung die Betriebsferien von mindestens einer Woche nicht enthalten. Würden diese Betriebsferien eingerechnet, läge der Lohn pro Lektion bei Fr. 59.80 brutto (bei einer Woche) bzw. Fr. 61.22 brutto (bei zwei Wochen) und somit jedenfalls innerhalb der Toleranz des orts- und branchenüblichen Lohns. Diese Argumente der Beschwerdeführerin vermögen indessen nicht zu überzeugen und die Unterschreitung des branchenüblichen Mindestlohns pro Lektion nicht zu rechtfertigen. Dies gilt zunächst für die behauptete Besserstellung der Arbeitnehmer durch die Festanstellung mit Jahrespensum bei Schwankungen des Auftragsvolumens. Die Vergabestelle weist zum einen zu Recht darauf hin, dass sich ein allfälliger Vorteil einer Anstellung mit Jahrespensum (im Vergleich zu einer Anstellung auf Stundenlohnbasis) nicht mit einem frankenmässig klar bezifferbaren Betrag festsetzen lässt, der zu den ausgewiesenen Ansätzen pro Lektion hinzugerechnet werden könnte. Nachvollziehbar sind zum anderen auch die Zweifel der Vergabestelle an der Behauptung der Beschwerdeführerin, die branchenüblichen Schwankungen des Auftragsvolumens

gingen ausschliesslich zu ihren Lasten und auch bei geringeren Auftragsvolumina würden für die Arbeitnehmer keinerlei Lohneinbussen entstehen. Dies mag bei vorübergehenden, sehr kurzfristigen und nur geringfügigen Auftragsrückgängen zutreffen. Bei zu tiefem Auftragsvolumen wird aber auch die Beschwerdeführerin ihren Angestellten weder die Anstellung noch das vertragliche Jahrespensum längerfristig garantieren können. Beschäftigungsmöglichkeit und Beschäftigungsgrad hängen auch bei einer Anstellung mit Jahrespensum vom effektiv vorhandenen Auftragsvolumen ab. Der Standpunkt der Vergabestelle, auch aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin Anstellungen mit einem Jahrespensum anbiete, könne nicht auf die Branchenüblichkeit ihrer Ansätze geschlossen werden, erscheint vor diesem Hintergrund ohne Weiteres nachvollziehbar. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Replik ändern nichts an der Tatsache, dass sie die hier relevanten Mindestlöhne offenkundig nicht einhält.

In Bezug auf die Betriebsferien, die nach Auffassung der Beschwerdeführerin beim Lohnvergleich mitzuberücksichtigen sind, ist festzustellen, dass in den Formularen zur Plausibilitätsüberprüfung der Kursleiterlöhne jeweils vier Wochen Ferien angegeben sind. Betriebsferien werden nicht erwähnt. Auch das beigelegte Betriebsreglement äussert sich diesbezüglich nicht. Auf dieser Grundlage hat die Beschwerdeführerin das effektive Pensum, d.h. die Anzahl der zu erteilenden Lektionen pro Jahr (1'232) und pro Monat (102.66), berechnet, woraus die Ansätze von Fr. 58.44 brutto (beim höchsten Lohn von Fr. 6'000.00 brutto) bzw. Fr. 53.57 brutto (beim tiefsten Lohn von Fr. 5'500.00 brutto) pro Lektion resultierten (vgl. auch oben Erw. 3.1). Die Vergabestelle hatte angesichts der klaren und eindeutigen Angaben der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren keinerlei Veranlassung, nicht darauf abzustellen. Die Anbietenden sind für den korrekten Inhalt ihrer Angebote selber verantwortlich, und sie sind bei den von ihnen gemachten Angaben zu behaften. Der Beschwerdeführerin wurde vorliegend von der Vergabestelle nachträglich die Gelegenheit geboten, zu belegen, dass sie die orts- und branchenüblichen Mindestlöhne einhält; in diesem Kontext war auch der Ferienanspruch anzugeben (vgl. Erw. 3.1). Tatsache ist, dass sie

im Rahmen dieser Plausibilitätsprüfung ausdrücklich vier Wochen Ferien deklariert hat. Zum einen ist es nicht Sache der Vergabestelle, die Unterlagen (wie z.B. Unterrichts- und Einsatzpläne) daraufhin zu überprüfen, ob sich aus ihnen noch zusätzliche (bezahlte) Ferien- und Freitage ergeben, die sich gegebenenfalls auf die Lohnhöhe auswirken könnten. Sie darf vielmehr auf die gemachten Angaben abstellen. Zum anderen folgt aus den mit der Replik vorgelegten Arbeitsverträgen keineswegs ein rechtsverbindlicher zusätzlicher Ferienanspruch der Kursleitenden. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabestelle verwiesen werden.

3.4.

Zu prüfen bleibt der von der Beschwerdeführerin in der Replik erhobene Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens innerhalb des DVI. Während die Beschwerdeführerin den Standpunkt vertritt, es handle sich in beiden Fällen um die gleichen Leistungen (Kursleitung mit Ausrichtung DaZ), verneint die Vergabestelle eine Vergleichbarkeit. Bei den vom MIKA ausgeschriebenen Regionalen Sprachkursen für fremdsprachige Erwachsene geht es nach Darstellung der Vergabestelle um die Deutschförderung von Migrantinnen und Migranten. Die Kurse sind allen nicht deutschsprachigen Migrantinnen und Migranten zugänglich. Ziel ist es, deren Sprachkompetenzen hinsichtlich der Kommunikation im Alltag zu verbessern. Die Unterrichtsweise ist bedürfnisorientiert, d.h. die Lerninhalte in den einzelnen Kursmodulen sind nicht vorbestimmt, sondern die Kursleitung muss die konkreten Kommunikationsbedürfnisse der Lernenden immer wieder neu ermitteln und die Kursinhalte entsprechend ausrichten, was hohe Anforderungen an die Kursleitungen stellt. Demgegenüber geht es bei den Kursen des AWA um die Förderung der arbeitsmarktlichen Integration von Stellensuchenden mit geringen Deutschkenntnissen. Die Kurse werden ausschliesslich von Stellensuchenden mit Zuweisung durch das RAV besucht. Ziel dieser Kurse ist die Verbesserung der Vermittlungsfähigkeit und die möglichst rasche Eingliederung in den Arbeitsmarkt. Es werden eine berufliche Standortbestimmung vorgenommen, realistische Bewerbungsstrategien und Bewerbungsunterlagen erarbeitet sowie Theorie und Training der einzelnen Bewerbungsschritte vermittelt. Die Lernziele und Lerninhalte sind be-

reits vorgegeben. Die Deutschförderung ist auf die Vermittlung von für die Bewerbungssituation relevanten Deutschkenntnissen beschränkt. Die Kurse unterscheiden sich somit hinsichtlich der Kursinhalte, Kursziele und didaktischen Vorgaben. Gemäss Ausführungen der Vergabestelle unterscheiden die Kurse sich auch hinsichtlich der Anstellungsmodelle für die Kursleitungen. Der Standpunkt der Vergabestelle, aufgrund der unterschiedlichen Kursinhalte und der unterschiedlichen Anstellungsbedingungen könnten die Monatsbruttolöhne der Kursleitenden der AWA-Kurse nicht als Massstab für die Ermittlung des orts- und branchenüblichen Mindestlohns pro Lektion für Kursleitende der ausgeschriebenen Regionalen Deutschkurse für fremdsprachige Erwachsene herangezogen werden, erscheint plausibel. Insofern ist es auch vor diesem Hintergrund nachvollziehbar und vertretbar, dass sich die Vergabestelle bei der Ermittlung des orts- und branchenüblichen Mindestlohns für Kursleitende der ausgeschriebenen Regionalen Deutschkurse für fremdsprachige Erwachsene auf das Lohnbuch 17/18 und den massgeblichen GAV gestützt und die AWA-Kurse nicht mitberücksichtigt hat (vgl. Erw. 3.2 oben). Von einem widersprüchlichen Verhalten kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht gesprochen werden.

3.5.

Beim Ausschluss infolge Verletzung von Arbeitsbedingungen ist auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten, und zwar auch dann, wenn die verletzte Vorschrift nicht als blosser Kann-Vorschrift, sondern so formuliert ist, dass der Ausschluss an sich bei jeglicher Verletzung anzuordnen wäre (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 520). Indem die Vergabestelle vom orts- und branchenüblichen Mindestlohn gemäss Lohnbuch einen Toleranzwert von 5 % in Abzug gebracht hat, hat sie dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ausreichend Rechnung getragen. Der verfügte Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren ist auch unter diesem Aspekt nicht zu bemängeln.

23 Wahl der Verfahrensart

Bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart handelt es sich um einen schwerwiegenden Rechtsmangel, der auch zu berücksichtigen ist, wenn er nicht gerügt wird, gegebenenfalls sogar gegen den Willen des Beschwerdeführers.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 3. Dezember 2018, in Sachen A. GmbH gegen Einwohnergemeinde B. (WBE.2018.416).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Nach Art. 5 Abs. 2 BGBM sorgen die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden. Diesem Auftrag ist der Kanton Aargau nachgekommen, indem in § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 SubmD vorgesehen ist, dass im offenen oder selektiven Verfahren zu vergebende öffentliche Aufträge öffentlich auszuschreiben sind (§ 12 Abs. 1 und § 34 Abs. 1 SubmD). Gemäss § 8 Abs. 1 SubmD sind Aufträge dann im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes Fr. 500'000.00 (lit. a) bzw. bei Lieferungen, Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes Fr. 250'000.00 (lit. b) erreicht (AGVE 2001, S. 313 f.; 1997, S. 344). Nach § 8 Abs. 2 SubmD sind Aufträge im Einladungsverfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes Fr. 300'000.00 (lit. a), bei Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes Fr. 150'000.00 (lit. b) bzw. bei Lieferungen Fr. 100'000.00 (lit. c) übersteigt. § 8 Abs. 3 SubmD re-