

**Submission; Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung; Vorlehre** – Art. 1 Abs. 3 lit. b und lit. c IVöB; Art. 12 BBG; Art. 4a und Art. 32 Abs. 1 VRöB; Art. 7 Abs. 1 EG BBG

*Das Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung ist vergabefremd. Es ist daher restriktiv zu handhaben, und seine Anwendung darf nicht aus sozialpolitischen Gründen erweitert werden. Es sind nur Lernende im engeren Sinn und keine weiteren Ausbildungsgänge zu berücksichtigen (E. 3.4.1).*

*Die Vorlehre nach kantonalem Recht dient der Vorbereitung auf die Berufslehre; sie fällt nicht unter die berufliche Grundbildung im hier massgeblichen Sinn. Lernende in der Vorlehre können daher beim Kriterium Lehrlingsausbildung grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (E. 3.4.4).*

OGE 60/2018/7 vom 3. Juli 2018

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

## **Sachverhalt**

Die Gemeinde A. (im Folgenden: Beschwerdegegnerin) schrieb die Malerarbeiten für die Dachsanierung eines öffentlichen Gebäudes im Einladungsverfahren aus. Dafür bewarben sich unter anderem die B. AG mit einer bereinigten Eingabesumme von Fr. 54'653.50 und die C. AG mit einer bereinigten Eingabesumme von Fr. 55'355.–. Der Gemeinderat vergab die Arbeiten der B. AG (im Folgenden: Beigeladene). Die C. AG erhob Beschwerde ans Obergericht; sie machte im Wesentlichen geltend, die B. AG habe keinen anrechenbaren Lehrling. Das Obergericht hiess die Beschwerde gut.

## **Aus den Erwägungen**

**3.** Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es können insbesondere folgende Kriterien berücksichtigt werden: Qualität, Preis, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Infrastruktur, Lehrlingsausbildung (Art. 32 Abs. 1 der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [VRöB, SHR 172.512]).

**3.1.** [...]

**3.2.** Die Vergabestelle legt die für eine Beschaffung massgeblichen Kriterien im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags fest. Sie müssen, um die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten (vgl. Art. 1

Abs. 3 lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB, SHR 172.510]), zu Beginn des Verfahrens festgelegt und den Interessenten bekanntgegeben werden. Aus der Bekanntgabe muss ersichtlich sein, welches Gewicht die Vergabestelle den einzelnen Kriterien beimisst; sie hat daher die Zuschlagskriterien im Voraus in der Reihenfolge ihrer Bedeutung darzulegen oder zumindest die relative Bedeutung, die sie den einzelnen Kriterien beimessen will, ersichtlich zu machen (Art. 12 lit. m und Art. 14 lit. i VRöB).

Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle folgende Zuschlagskriterien bekanntgegeben: Preis (Anteil 80%), Referenzobjekte (15%) und Lehrlingsausbildung (5%). Als Bewertungsmatrix hat sie beim Preis eine Formel angegeben, bei den Referenzobjekten eine Bewertung mit 5 Punkten pro vergleichbares Objekt (höchstens 15 Punkte) und bei der Lehrlingsausbildung bei einem Verhältnis von einem Lehrling pro acht Mitarbeitenden eine Bewertung mit 5 Punkten, bei einem Verhältnis von 1:12 mit 3 Punkten, bei einem Verhältnis von 1:16 mit 2 Punkten und bei einem Verhältnis schlechter als 1:16 mit 0 Punkten). Die Kriterien und ihre Gewichtung als solche stellen die Beschwerdeführerin und die Beigeladene nicht in Frage.

**3.3.** Die Beschwerdegegnerin hat die Beigeladene im angefochtenen Entscheid mit 99,00 Punkten bewertet, die Beschwerdeführerin mit 98,99 Punkten. In der Auswertungstabelle an den Vergabeakten wurden beide mit 99 Punkten im ersten Rang klassiert. Beim Preis erhielt die Beschwerdeführerin 79 Punkte, die Beigeladene 80 Punkte; bei den Referenzobjekten erhielten beide 15 Punkte; bei der Lehrlingsausbildung erhielt die Beschwerdeführerin 5 Punkte, die Beigeladene 4 Punkte. Laut Beschwerdegegnerin ist die knappe Punktedifferenz beim Preis aufgetreten, der nach kaufmännischen Grundsätzen gerundet auf zwei Kommastellen bei der Beschwerdeführerin mit 78,99 Punkten bewertet worden sei. Der Zwischenwert von 4 bei der Lehrlingsausbildung sei der Mittelwert bei einem Verhältnis von 1:10. [...]

Der als Lehrling berücksichtigte Mitarbeiter der Beigeladenen absolviert eine Vorlehre. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, er könne nicht berücksichtigt werden; der Beigeladenen sei daher kein Lehrling anzurechnen. Die Beschwerdegegnerin und die Beigeladene sind dagegen der Auffassung, der fragliche Mitarbeiter sei als Lehrling anzurechnen. Das ist im Folgenden zu prüfen.

[...]

**3.4.** Das Zuschlagskriterium "Lehrlingsausbildung" wurde in den Vergabeunterlagen nur soweit konkretisiert, dass es um folgende Frage gehe: "Wie viele

Lehrlinge pro Mitarbeiterin respektive pro Mitarbeiter?" Wie die in Frage stehenden Lehrlinge bzw. Mitarbeitenden zu definieren seien bzw. welche Kategorien darunter fallen sollten, wurde nicht umschrieben. Daher ist insoweit auf die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze zu diesem Kriterium abzustellen. Dass das Kriterium im vorliegenden Fall in einem von der allgemeinen Praxis abweichenden, weitergehenden Sinn auszulegen bzw. zu verstehen sei, gab die Beschwerdegegnerin jedenfalls nicht zu erkennen.

**3.4.1.** Das Kriterium der Lehrlingsausbildung ist an sich *vergabefremd*. Nach der Rechtsprechung ist es jedoch mit einer untergeordneten Gewichtung von höchstens 10% als Zuschlagskriterium zulässig. Es darf aber keine Diskriminierung auswärtiger Anbieter bewirken und insbesondere gegenüber Anbietern aus Vertragsstaaten der einschlägigen internationalen Übereinkommen, die keine mit dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, nicht angewandt werden (OGE 60/2013/26 vom 29. November 2013 E. 2b mit Hinweisen, Amtsbericht 2013 S. 138; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2002.00255 vom 9. Juli 2003 E. 3, BEZ 2003 Nr. 38). Das wird in den Vergaberichtlinien insoweit berücksichtigt, als bei der Auswahl im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren gemäss Anhang 2 IVöB – also in dem von Staatsverträgen *nicht* erfassten Bereich – nach Möglichkeit Anbietende zu berücksichtigen sind, die Lehrstellen in einem für die Branche und die Betriebsgrösse angemessenen Umfang anbieten (Art. 4a VRöB).

Weil das Kriterium Lehrlingsausbildung vergabefremd ist, ist es *restriktiv* zu handhaben. Seine Anwendung darf prinzipiell nicht aus sozialpolitischen Gründen erweitert werden. Daher sind bei diesem Kriterium nach allgemeiner Praxis grundsätzlich nur Lehrlinge im engeren Sinn und keine weiteren Ausbildungsgänge zu berücksichtigen (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 420, Rz. 930, mit Hinweis auf Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2003.00268 vom 21. April 2004 E. 4.3).

Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin besteht daher kein Anlass, beim Kriterium Lehrlingsausbildung *jegliche* Ausbildungsmöglichkeiten als ausreichend zu betrachten, sind doch in diesem Zusammenhang gerade nicht auch allfällige abweichende ausländische Ausbildungssysteme zu berücksichtigen. Angesichts dessen, dass – jedenfalls im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids – nach Angaben der Beschwerdegegnerin auch in der Schweiz die in Frage stehende Vorlehre offenbar nicht in allen Kantonen möglich ist bzw. war, d.h. die vom Bundesrecht vorgesehenen "Massnahmen" zur Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung (vgl. Art. 12 des Bundesgesetzes über die Berufsbildung vom

13. Dezember 2002 [Berufsbildungsgesetz, BBG, SR 412.10]) nicht überall als solche Vorlehre ausgestaltet sind bzw. waren, ist aber der Lehrlingsbegriff für die in Frage stehende Vergabe auch mit Blick auf das Gebot der Gleichbehandlung *inländischer* Anbieter (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB) restriktiv und jedenfalls diskriminierungsfrei auszulegen.

Damit nicht grössere gegenüber kleineren Firmen bevorzugt werden, kann es nicht auf die (absolute) Zahl der Lehrlinge ankommen, sondern – wie auch hier im Einladungsschreiben angekündigt – nur auf das *Verhältnis* in Bezug auf die Zahl der Beschäftigten (Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 419, Rz. 929, mit Hinweisen). Da es beim Kriterium der Lehrlingsausbildung nicht um die Sicherung der Erfüllung des konkreten Auftrags geht, sondern um einen zusätzlich berücksichtigten *sozialpolitischen* Gesichtspunkt, kommt es sodann nicht darauf an, ob die von einem Anbieter ausgebildeten Lehrlinge gerade in dem Geschäftsbereich tätig sind, der bei der Ausführung des vorgesehenen Auftrags zum Einsatz gelangt. Dementsprechend rechtfertigt es sich grundsätzlich, bei der Prüfung des Kriteriums Lehrlingsausbildung bei allen Anbietern auf den *Gesamtbestand* der Mitarbeitenden abzustellen, d.h. auf das Verhältnis der Zahl *aller* Lehrlinge – d.h. nicht nur derjenigen aus dem fraglichen Geschäftsbereich – zur *Gesamtzahl* der Beschäftigten der Unternehmung. Berücksichtigt werden im Übrigen nur die Lehrstellen, die tatsächlich besetzt sind (OGE 60/2013/26 vom 29. November 2013 E. 2b, Amtsbericht 2013 S. 138 f.).

**3.4.2.** Die Beigeladene hatte im "Nachweis Qualifikationen" angegeben, in ihrem Betrieb arbeiteten zehn Festangestellte; sie hätten einen "Lernenden in der Vorlehre". Sie wurde hierauf für das Kriterium Lehrlingsausbildung mit vier Punkten bewertet als Mittelwert bei einem Verhältnis von 1:10 zwischen Lehrlingen und Mitarbeitenden.

Nach Erhalt des angefochtenen Entscheids wies die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass die Beigeladene ihres Wissens keine Lehrlinge habe. Die Beschwerdegegnerin erkundigte sich hierauf bei der Beigeladenen, wie viele Auszubildende in welchem Lehrjahr mit der genauen Ausbildungsbezeichnung im Betrieb arbeiteten; dabei wies sie darauf hin, dass auf der Homepage der Beigeladenen und im Nachweis für die Qualifikation Arbeitsgattung Malerarbeiten ein "Lernender" ausgewiesen werde. In der Tat ist der fragliche Mitarbeiter auf der Website der Beigeladenen als "Lernender (seit 2017)" aufgeführt, allerdings ohne Hinweis, dass es sich um eine Vorlehre handle. In ihrer Antwortmail erklärte die Beigeladene, der Lehrling sei "Lernender in der Vorlehre seit 2017". Sie übermittelte der Beschwerdegegnerin auch den Vorlehrvertrag. Darin wird einleitend festgehalten: "Die Vorlehre ist nicht Bestandteil der Lehre. Sie dient im Sinne eines

Übergangsjahres der Vorbereitung auf die Berufslehre". Die Stellungnahme der Beigeladenen bot für die Beschwerdegegnerin keinen Grund für eine Wiedererwägung des angefochtenen Entscheids.

**3.4.3.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, zur Auslegung des Zuschlagskriteriums "Lehrlingsausbildung" sei die Definition der "beruflichen Grundbildung" gemäss Art. 12 ff. BBG heranzuziehen. Die berufliche Grundbildung (Lehre) dauere zwei bis vier Jahre und schliesse in der Regel mit einer Prüfung ab. Andere Berufsbildungsangebote wie Brückenjahre, Praktika, Berufsvorbereitungsjahre, Ready4Business etc. gehörten nicht zur beruflichen Grundbildung und dürften nicht als "Lehrlingsausbildung" im Sinn des Zuschlagskriteriums berücksichtigt werden). Im kantonalen Recht werde klar zwischen beruflicher Grundbildung im Sinn von Art. 12 ff. BBG und Lehrgängen zur Vorbereitung darauf unterschieden. Zu Letzteren gehöre neben Praktika auch die Vorlehre, die lediglich auf die berufliche Grundbildung vorbereiten solle und für Personen mit individuellen Bildungsdefiziten am Ende der obligatorischen Schulzeit gedacht sei.

Die Beschwerdegegnerin begründete ihre diesbezügliche Bewertung und die Berücksichtigung des fraglichen Mitarbeiters weder im angefochtenen Entscheid noch in ihrem Antwortschreiben an die Beschwerdeführerin [...]. Zur nachträglichen Begründung erklärte sie, sie nehme das Kriterium "Lehrlingsausbildung" regelmässig in Ausschreibungen auf, um Lehrbetriebe zu fördern und zu verhindern, dass Unternehmen ohne Ausbildungsangebot einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber Unternehmen mit einem Ausbildungsangebot erzielten. Massgebend sei für sie, dass ein Unternehmen über zur Ausbildung befugtes Personal verfüge und zudem mindestens einen Ausbildungsplatz anbiete. Nicht entscheidend sei dagegen für sie, ob es sich um eine Vorlehre oder um eine zwei-, drei- oder vierjährige Lehre handle. Nicht genügend wäre demgegenüber eine blossе Praktikumsstelle. Die Beigeladene erfülle die Voraussetzungen. Ein Mitarbeiter sei seit 14. Dezember 2017 befugt, Lehrlinge auszubilden. Der Lernende absolviere seit Oktober 2017, mithin deutlich vor Einreichung der Offerte, eine Vorlehre. Er sei ein aus X. stammender, über 28 Jahre alter Mann, für den eine klassische Lehre ohnehin nicht mehr in Frage komme. Es bestehe ein öffentliches Interesse, dass auch solche Personen, namentlich anerkannte Flüchtlinge, eine in der Schweiz anerkannte Ausbildung absolvieren könnten. Würde das Gericht diese Auslegung verwerfen, wären die Schweizer Gewerbebetriebe bestraft, die sich bereit erklärt hätten, anerkannte Flüchtlinge im Erwachsenenalter auszubilden, und dafür einen grossen Einsatz leisteten.

Die Beigeladene macht geltend, zur beruflichen Grundausbildung gehöre auch die der eigentlichen Berufslehre vorgeschaltete Vorlehre. Diese sei ins System der Berufsbildung eingegliedert und im kantonalen Gesetz im Kapitel "Berufliche Grundausbildung" geregelt (Art. 7 des Einführungsgesetzes zum Berufsbildungsgesetz vom 8. Mai 2006 [EG BBG, SHR 412.100]); sie sei ein anerkanntes, gesetzlich geregeltes Instrument der beruflichen Grundausbildung. Der Abteilung Berufsbildung obliege der Vollzug der beruflichen "Vor-, Grund- und Weiterbildung". Vorlehrverträge seien wie Lehr-, Anlehr- und Praktikumsverträge der Abteilung Berufsbildung zur Genehmigung einzureichen (§ 5 Abs. 1 und § 19 Abs. 1 der Verordnung zum Einführungsgesetz zum Berufsbildungsgesetz vom 28. November 2006 [V/EG BBG, SHR 412.101]). Die Beigeladene habe sich aus sozialem Verantwortungsbewusstsein entschieden, einem Ausländer mit schwierigem sozialem Hintergrund die Chance für eine Berufsausbildung zu geben; dies im Wissen darum, dass die Ausbildungszeit damit insgesamt ein Jahr länger dauere und der Ausbildungsaufwand damit grösser sei. Es sei in erster Linie Sache der Vergabebehörde, zu definieren, wann ein Kriterium erfüllt sei und wann nicht. Ihr stehe ein gewisser Ermessensspielraum zu, in den eine gerichtliche Instanz nicht ohne Not eingreifen solle. Der fragliche Mitarbeiter besuche die Berufsschule, wie ein Lehrling. Für die Beigeladene sei es ausbildungstechnisch und herausforderungsmässig kein Unterschied, ob sie einen Lehrling ausbilde oder eine Person in der Vorlehre. Eine Vorlehre erfülle dasselbe sozialpolitische Anliegen wie eine Lehre.

**3.4.4.** Die Vorlehre ist bundesrechtlich nicht geregelt; sie fällt daher nicht unter die im Berufsbildungsgesetz vorgesehene Grundbildung, die zwei bis vier Jahre dauert (Art. 17 Abs. 1 BBG). Die Kantone ergreifen jedoch Massnahmen, die Personen mit individuellen Bildungsdefiziten am Ende der obligatorischen Schulzeit auf die berufliche Grundbildung *vorbereiten* (Art. 12 BBG). Dementsprechend sieht der Kanton Schaffhausen vor, für ein bedarfsgerechtes Angebot an Möglichkeiten "zur Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung" für Personen mit individuellen Bildungsdefiziten am Ende der obligatorischen Schulzeit zu sorgen (Art. 7 Abs. 1 EG BBG). Diese Bestimmung findet sich zu Beginn des Abschnitts "Berufliche Grundausbildung" unter dem Titel "Vorbereitung auf die berufliche Grundbildung". Die "berufliche Grundbildung" (gemäss Titel vor Art. 8 EG BBG) ist somit vom Überbegriff "Grundausbildung", der sowohl die vorbereitenden Massnahmen bzw. Ausbildungsgänge als auch die eigentliche Grundbildung umfasst, zu unterscheiden. Die Vorlehre fällt daher auch im kantonalen Recht nicht unter die Grundbildung. Der eingereichte Vorlehrvertrag hält denn auch fest, die Vorlehre sei *nicht Bestandteil* der Berufslehre, sondern diene der *Vorbereitung* darauf.

Selbst wenn im Übrigen nach kantonalem Recht die Vorlehre im Rahmen einer erweiterten "Grundausbildung" als zur Lehre gehörig zu betrachten wäre, gälte dies wohl nur für die spezifische Vorbereitungsmaßnahme für Personen mit individuellen Bildungsdefiziten am Ende der obligatorischen Schulzeit. Darunter fällt der hier in Frage stehende "Lehrling" nicht. Bei seiner Vorlehre handelt es sich auch nicht um eine Integrationsvorlehre für anerkannte Flüchtlinge und vorläufig Aufgenommene, die im Rahmen eines Pilotprojekts des Bundes ab August 2018 möglich sein soll (vgl. [www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2018/ref\\_2018-05-17.html](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2018/ref_2018-05-17.html), besucht am 2. Juli 2018). Damit kann offenbleiben, ob eine solche Integrationsvorlehre beim Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung zu berücksichtigen wäre.

Die Beigeladene weist zutreffend darauf hin, dass sämtliche "Ausbildungsverträge" wie Lehr-, Vorlehr-, Anlehr- und Praktikumsverträge der Abteilung Berufsbildung zur *Genehmigung* einzureichen sind (§ 19 Abs. 1 Satz 1 V/EG BBG). Das bedeutet aber nicht, dass alle diese Ausbildungsangebote beim Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung zu berücksichtigen wären. Auch nach Auffassung der Beschwerdegegnerin gilt das für ein Praktikum jedenfalls nicht. Aus der Genehmigungspflicht als solcher lässt sich daher nichts zugunsten der Anrechenbarkeit der Vorlehre ableiten.

Im vorliegenden Fall wurde zwar das amtliche Formular "Vorlehrvertrag" verwendet. Die Beschwerdeführerin weist jedoch zutreffend und unwidersprochen darauf hin, dass der Genehmigungsvermerk darauf fehle. Das ab 2. Oktober 2017 bestehende Ausbildungsverhältnis wurde demnach nicht behördlich genehmigt. Der Vertrag wurde wohl gar nicht zur Genehmigung eingereicht. Die dem zuständigen Mitarbeiter der Beigeladenen auf Antrag vom 14. November 2017 ausgestellte Ausbildungsbewilligung galt denn auch erst ab 14. Dezember 2017 (Ausbildungsbewilligung vom 14. Dezember 2017 mit Gültigkeit ab "sofort"). Daher lag zu Beginn der Vorlehre und auch noch im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids *kein formelles Vorlehrverhältnis* vor. Sodann ist weder dargetan noch ersichtlich, dass die Beigeladene die Genehmigung noch einzuholen gedenke; daher kann offenbleiben, ob eine Genehmigung erst nach dem Vergabeentscheid überhaupt noch zu berücksichtigen wäre. [...]

In dieser Situation – insbesondere auch mit Blick darauf, dass das Einladungsschreiben keinen Hinweis auf eine *erweiterte* Anwendung bzw. Auslegung des Begriffs der Lehrlingsausbildung bzw. der zu berücksichtigenden Lehrlinge enthielt – kann die hier in Frage stehende Vorlehre bei der gebotenen restriktiven Anwendung des Kriteriums Lehrlingsausbildung nicht berücksichtigt werden. Es handelt sich nicht um ein Lehrverhältnis im Rahmen der beruflichen Grundbildung,

sondern um einen davon zu unterscheidenden Ausbildungsgang, der nicht aus weitergefassten, durchaus achtenswerten sozialen Gründen einem Lehrverhältnis im engeren Sinn gleichgestellt werden darf, zumal er nicht – wie bei Ausbildungsgängen der beruflichen Grundausbildung (einschliesslich Vorbereitungsmaßnahmen) generell erforderlich – genehmigt worden ist. Wenn die Beschwerdegegnerin die Gleichstellung ohne vorherigen Hinweis auf eine entsprechend erweiterte Auslegung des Kriteriums dennoch vorgenommen hat, hat sie im Ergebnis das Transparenzgebot verletzt und ihr Ermessen bei der Bewertung des Angebots der Beigeladenen überschritten; die Bewertung ist daher rechtswidrig. Dabei ist im Übrigen nicht massgebend, ob eine Lehrstelle für die berufliche Grundbildung *angeboten* wird, sondern ob sie mit einem anrechenbaren Lehrling tatsächlich besetzt ist (vgl. oben, E. 3.4.1).

**3.4.5.** Hat die Beigeladene demnach keinen anrechenbaren Lehrling, so können ihr beim Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung keine Punkte gegeben werden.