

SKR Weiterbildungskurs – 13. Juni 2013

Submissionswesen: öffentliches Beschaffungswesen im Bereich Konservierung und Restaurierung von Kunst und Denkmäler

Claudia Schneider Heusi LL.M.

Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV für Bau- und Immobilienrecht

Schneider Rechtsanwälte AG

Seefeldstrasse 60

Postfach 1016

8034 Zürich

Tel. +41 (0)43 499 16 30

csh@schneider-recht.ch

www.schneider-recht.ch

Inhaltsverzeichnis

1. Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens
2. Worauf ist zu achten?
3. Rechtliche Grundlagen
4. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts
5. Ablauf einer Beschaffung
6. Vergabeverfahren
7. Inhalt von Ausschreibungen
8. Behandlung von Angeboten
9. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

Weitere Unregelmässigkeiten bei Informatikprojekt INSIEME

publiziert: Montag, 25. Jun 2012 / 00:02 Uhr / aktualisiert: Montag, 25. Jun 2012 / 23:46 Uhr



Bern - Nach der Freistellung des Leiters Beschaffungen der Eidg. Steuerverwaltung vom Donnerstag hat die Sonntagspresse weitere Informationen über Unregelmässigkeiten zum Informatikprojekt INSIEME publik gemacht. So wurden die WTO-Regeln auch bei der Stellenausschreibung des Gesamtprojektleiters umgangen.

"Das Hauptproblem bei der Arbeitsvergabe liegt in der Submissionsverordnung bei grösseren Bauvorhaben. Wenn die Aufträge in andere Kantone oder noch schlimmer, wenn sie ins Ausland vergeben werden, dann können unsere KMUs nicht davon profitieren und gehen leer aus, obwohl sie einen wichtigen Auftrag zum Beispiel in der Lehrlingsausbildung vor Ort ausführen.

An dieser Stelle muss die öffentliche Hand die Arbeit so vergeben, dass auch kleine einheimische Betriebe zum Zuge kommen können".

1. Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens

- Schweizerischer Beschaffungsmarkt: jährliches Volumen von rund CHF 36 Milliarden
- Rechtliche Grundlagen: unübersichtlich, zersplittert, kompliziert
- Entwicklung der Gerichtspraxis von Bedeutung:
 - es werden Submissionsbeschwerden gemacht, mit Erfolg
 - betroffene Märkte: Bauhaupt-/Nebengewerbe, Entsorgungsbereich, Planer, Bildungsmarkt etc.
- Wichtige Themen bei Beschwerden: Fehler der Vergabestellen (Kriterien, mangelnde Transparenz, Bevorzugung eines Anbieters, Formfehler) oder Missverständnisse bei den Anbietern

2. Worauf ist zu achten?

Als Anbieter?

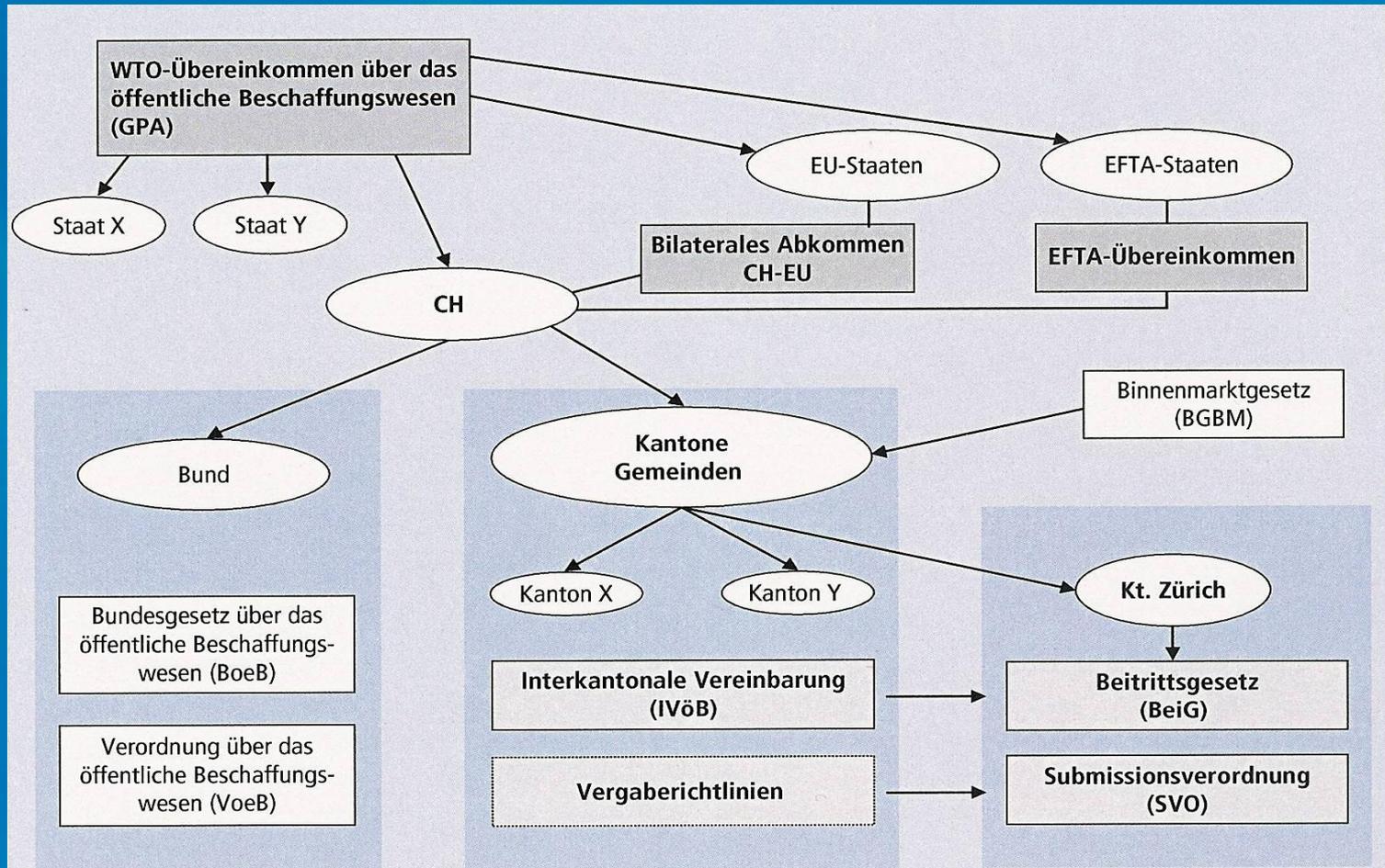
- Wie bewerbe ich mich um öffentliche Aufträge?
- Welche Formvorschriften und welche Fristen müssen beachtet werden?
- Was sind mögliche Fehler, die mir als Anbieter unterlaufen können?
- Welches sind mögliche Fehler, die der öffentlichen Hand unterlaufen können?
- Wie kann ich mich wehren, wenn ich einen Auftrag nicht erhalten habe?
- Was für Chancen und Risiken haben Submissionsbeschwerden?

2. Worauf ist zu achten?

Als Berater für die öffentliche Hand?

- Wie werden öffentliche Beschaffungen geplant?
- Auf was muss geachtet werden bei den Ausschreibungsunterlagen, bei der Terminplanung, beim Beizug von Unternehmern etc.?
- Was gilt in Bezug auf Eignungs- und Zuschlagskriterien?
- Wie werden Angebote korrekt ausgewertet?
- Wie ist ein Ausschluss von Anbietern vorzunehmen und wie der Zuschlag?
- Wann darf der Vertrag abgeschlossen werden?
- Was für Folgen haben allfällige Submissionsbeschwerden?

3. Rechtliche Grundlagen I



3. Rechtliche Grundlagen II

Internationales Recht:

- **WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement, GPA) von 1994**
in Kraft in CH seit 1.1.1996: Umsetzung in das nationale Recht
- Derzeit aktuell: Revision GPA
- **Bilaterales Abkommen CH - EU**
in Kraft seit 1.6.2002: Umsetzung in das nationale Recht

Nationales Recht: Bund und Kantone unterschiedliche Grundlagen

Bund: Bundesgesetz/Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen

Kanton Zürich als Beispiel:

- Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.3.2001, **IVöB**
- **Beitrittsgesetz** vom 15.9.2003 und
- **Submissionsverordnung** vom 1.12.2003

4. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

- Gleichbehandlungsgrundsatz und **Nichtdiskriminierung** aller Anbietenden
- **Wirtschaftliche** Verwendung öffentlicher Mittel
- Grundsatz des wirksamen **Wettbewerbs**
- Grundsatz der **Transparenz**
- Verzicht auf **Abgebotsrunden**
- Beachtung der **Ausstandsregeln**
- **Vertraulichkeit** von Informationen

5. Ablauf einer Beschaffung

- **Anwendungsbereich:**
 - Liegt eine öffentliche Beschaffung vor? (vgl. lit. a)
 - Welche Auftraggeber unterstellt? (vgl. lit. b)
 - Schwellenwerte und Auftragsarten (vgl. lit. c - e)
- **Vergabeverfahren**
- **Ausschreibung, Zuschlag und Vertragsabschluss**
- **Rechtsmittelverfahren**

5. Ablauf einer Beschaffung

a) Anwendungsbereich: Was ist unterstellt?

- Vergabestelle als Nachfragerin auf dem freien Markt
- In Erfüllung einer staatlichen Aufgabe
- Leistet Entgelt an privaten Anbieter
 - Formel nach BGE 125 I 214: "**Einkäufe des Staates**"

Aber:

- Genfer Plakatkonzession-Velo-Fall: BGE 135 II 49
- Areal Tischmacherhof: BGer 2C_116/2007 u. 2C_396/2007

> Fortsetzung: Was ist unterstellt?

- Gemeinden dürfen Beschaffungsrecht nicht mittels Erteilung einer Konzession umgehen, wenn die Konzession
 - bedeutende Nebenleistungen enthält
 - die Nebenleistungen von der Konzession losgelöst werden können
 - die Nebenleistungen klar der öffentlichen Beschaffung unterliegen
- Unterschiede Staatsvertragsbereich/Nicht-Staatsvertragsbereich: vgl. Urteil BVGer vom 21.6.2011 zum Personalverleih

5. Ablauf einer Beschaffung

b) Anwendungsbereich: Wer ist unterstellt?

- Bund / Kantone / Gemeinden
- Sektorenunternehmungen
- „Einrichtung öffentliches Recht“
- Private:
 - subventioniert (mehr als 50 %)
 - Träger öffentlicher Aufgaben

→ **Formel: staatsgebunden, öffentliches Interesse, nicht-gewerblich**

5. Ablauf einer Beschaffung

c) Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich I

- **Staatsvertragsbereich bedeutet:**
 - nur offenes oder selektives Verfahren
 - Ausnahme: Bagatellklausel bei Bauaufträgen
 - strengere Anforderungen
- **Schwellenwerte – z.B. im kantonalen Recht:**
 - **CHF 8 700 000** bei Bauwerken (Gesamtwert)
 - **CHF 350 000** bei Lieferungen/Dienstleistungen
 - **CHF 700 000** bei Lieferungen/Dienstleistungen für Behörden und öffentliche Unternehmen aus den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation

5. Ablauf einer Beschaffung

c) Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich II

Faustregeln für Zuordnung zum Staatsvertragsbereich und zum Nicht-Staatsvertragsbereich:

- **Schwellenwerte** bestimmen die Grenze zwischen Staatsvertrags- und Nicht-Staatsvertragsbereich
- Voraussetzung 1: Nur bestimmte **Auftraggeber** sind den Vorschriften im Staatsvertragsbereich unterstellt (Art. 8 Abs. 1 IVöB)
- Voraussetzung 2: Zusätzlich gilt, dass nur bestimmte, im GPA/BAöB **aufgelistete Leistungen** den Vorschriften im Staatsvertragsbereich unterstellt sind (Art. 6 Abs. 1 IVöB)

5. Ablauf einer Beschaffung

d) Schwellenwerte im Nicht-Staatsvertragsbereich

Unterscheidung Bauhaupt (H)- und Baunebengewerbe (N)
 (Definition H: "alle Arbeiten für tragende Elemente eines Bauwerks")

z.B. im Kanton Zürich:

Verfahrensarten	Lieferungen	Dienstleistungen	Bauleistungen
freihändiges Verfahren	unter CHF 100 000	unter CHF 150 000	N: unter CHF 150 000 H: unter CHF 300 000
Einladungsverfahren	unter CHF 250 000	unter CHF 250 000	N: unter CHF 250 000 H: unter CHF 500 000
offenes/ selektives Verfahren	ab CHF 250 000	ab CHF 250 000	N: ab CHF 250 000 H: ab CHF 500 000

5. Ablauf einer Beschaffung

e) Auftragswerte

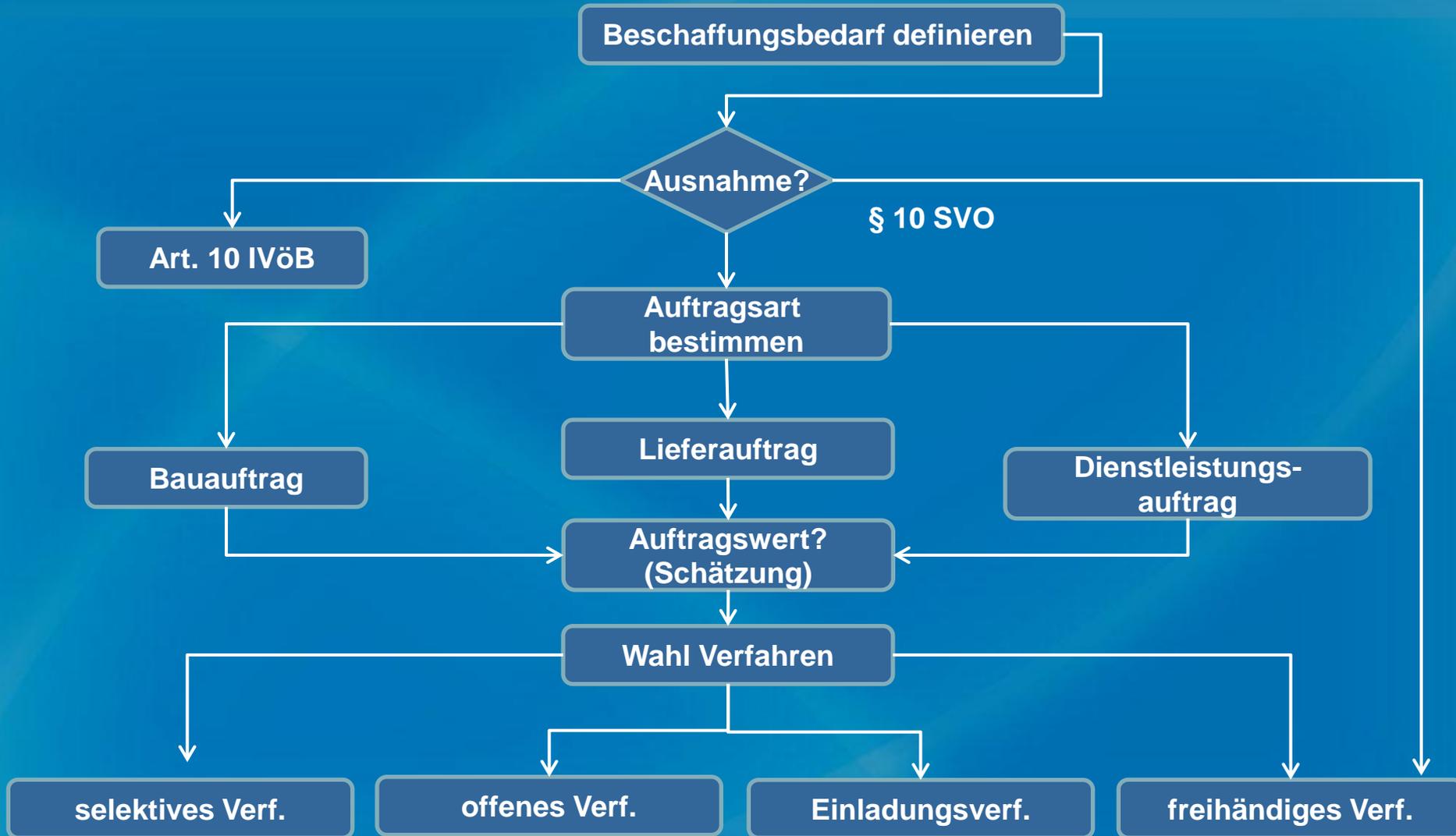
Auftragswertberechnungen:

- Ohne Mehrwertsteuer
- Keine Salami taktik
- Gesamte Laufdauer des Vertrags bzw. Hochrechnung jährlich x 4
- Folgeaufträge, Optionen sind einzurechnen
- Zuverlässige und sorgfältige Kostenermittlung, Orientierung an der oberen Bandbreite
- Schätzung muss gleiche Beschaffung zum Gegenstand haben wie die darauf basierende Ausschreibung: keine nachträgliche Änderung



6. Vergabeverfahren

- **Offenes Verfahren:** Ausschreibung, Angebotseinreichung, Zuschlag aufgrund Eignungs- und Zuschlagskriterien
- **Selektives Verfahren:** offene Ausschreibung in zwei Schritten mit vorgängiger Bewerbung aufgrund öffentlicher Ausschreibung
- **Einladungsverfahren:** kein öffentliches Verfahren; mindestens drei Anbieter werden eingeladen; Zuschlag mittels Verfügung aufgrund Zuschlagskriterien
- **Freihändiges Verfahren:** nur ein Anbieter wird angefragt (Konkurrenzofferten möglich, aber auf korrektes Vorgehen achten)



7. Inhalt von Ausschreibungen

a) Vorbereitung einer Ausschreibung

- Definition des Beschaffungsgegenstandes (anspruchsvoll bei Konservierungsarbeiten)
 - Was wird in welchem Umfang benötigt?
 - Zielsetzungen?
 - Machbarkeit?
 - Evtl. externe Fachleute beiziehen (aber: keine möglichen Anbieter)
- Termin- und Ressourcenplanung
 - interner Terminplan erstellen
 - genügend Zeit für Angebotseinreichung einrechnen
 - Zeit für allfällige Rückfragen bei Anbietern sowie Rechtsmittelfristen beachten

7. Inhalt von Ausschreibungen

b) Allgemein

- Allgemeine Submissionsbedingungen (Mindestanforderungen, Fristen, Eignungs- und Zuschlagskriterien, Losaufteilung, Optionen etc.)
- Bei Losen: Kt. ZH, VB.2008.00460, 1.7.2009: Zuteilung von nur je einem Los pro Anbieter stellt unzulässige, nur in begründeten Ausnahmefällen mögliche Begrenzung des Marktes dar
- Leistungsverzeichnis, Pflichtenheft, Devis
 - detaillierte/funktionale Ausschreibungen
 - technische Spezifikationen
- Formulare (Referenzen, Fragebögen)
- AGB, Vertragsdokument (Entwurf) sowie Garantien/Bürgschaften
- Publikation (Amtsblatt, www.simap.ch)

7. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien

- Beschreiben die Anforderungen, welche an den Anbieter (nicht an das Angebot) gestellt werden → **anbieterbezogen**
- Beziehen sich auf die fachliche, organisatorische, wirtschaftliche, finanzielle Eignung
- Müssen sachgerecht sein (keine unnötige Eingrenzung des Marktes)
- Art der zu erbringenden Nachweise festlegen
→ Bsp: "Nachweis der genügenden Erfahrung/Befähigung zu ..."
- Sind **Killerkriterien**: können in der Regel nur erfüllt oder nicht erfüllt werden → Ausschluss
- Sind klar von den Zuschlagskriterien abzugrenzen (insb. Qualität)
- Eignungsnachweise verlangen, die im Hinblick auf die geforderte Leistung erforderlich sind (Kt. ZH, VB.2012.00176 vom 5.10.2012)₂₃

7. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien II: Beispiele

- Grosse Erfahrung mit Objekten der ausgeschriebenen Art (vergleichbar in Grössenordnung und Komplexität), realisiert in den letzten fünf Jahren
- Genügende Anzahl gut ausgebildeter Mitarbeiter
- Unternehmensorganisation, die eine termingerechte und fachlich einwandfreie Auftragserledigung ermöglicht
- Persönlicher Einsatz der Schlüsselpersonen (bzw. eines Nachfolgers mit äquivalenter Qualifikation) über die gesamte Vertragslaufzeit

7. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien I

- Sind angebotsbezogen: bewertet wird das konkrete Angebot
- Müssen objektiv sein
- Nicht: vergabefremde Aspekte
- *Wirtschaftlich günstigstes Angebot*: Preis, Qualität, Termine, Betriebskosten, Kundendienst, Nachhaltigkeit, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität, Infrastruktur etc.
- Verhältnis Eignungs- und Zuschlagskriterien
- Keine Kriterien aufführen, die nicht geprüft werden
- Konkretisierung durch Unterkriterien (aber: keine zwingende Bekanntgabe der Unterkriterien im Kt. ZH, VB.2009.00393 vom 8.9.2010, im Kt. SG, B 2012/175 vom 13.11.2012, im Kt. LU, V 01 21 vom 23.9.2001, im Kt. GR, V 12 51 vom 31.8.2012)

> Fortsetzung Zuschlagskriterien: Gute Beispiele

Qualität:

- Auftragsanalyse
- Fachkompetenz und Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen
- Vorgehenskonzept (bspw. Arbeiten im bewohnten Zustand)
- Vorschlag für projektbezogenes Qualitätsmanagement

> Fortsetzung Zuschlagskriterien: Zulässige Beispiele, aber...

- **Leistungsfähigkeit:** zulässig, wenn grössere Anbietende mit zahlreichen eigenen spezifischen Mitarbeitern bevorzugt werden (10%, VB.2005.00514 vom 1.11.2006)  Kein KMU Schutz!
- **Public Voting** (BGer 2C_770/2011 vom 25.1.2012 und Kt. ZH, VB.2012.00074 vom 28.3.2012)
- **Lehrlingsausbildung:** nur im Nicht-Staatsvertragsbereich, maximal 10%, Verhältnis zur Gesamtmitarbeiterzahl (Kt. SG, B 2012/27 vom 3.7.2012)
- **Zugang zur Aufgabe** (Kt. ZH, VB.2011.00322 vom 28.9.2011)
- Proberestaurierung vor Zuschlagserteilung (keine gesetzliche Regelung → braucht klar formulierte Rahmenbedingungen)

> Fortsetzung Zuschlagskriterien: Unzulässige Beispiele

- "Allgemeiner Eindruck der Offerte", steuerliche Gründe etc.
- Vollständigkeit der Offerte
- Präsentationen
- BGer 2P.46/2005 und 2P.47/2005 vom 16.9.2005:
 - **Ortskenntnisse** grundsätzlich nein
 - Ausnahmen nur dann zulässig, wenn dies sachgerecht ist
 - zudem nicht unabdingbare Voraussetzung
 - z. B. Gesamtmelioration einer Gemeinde
- Länge der Anfahrtswege

> Fortsetzung Zuschlagskriterien: Reihenfolge und Gewichtung

- Keine generelle Pflicht zur vorgängigen Bekanntmachung der Gewichtung der Zuschlagskriterien, sofern nicht Rechtsgrundlagen dies ausdrücklich vorschreiben (Bund, Kt. Aargau)
- Kanton Zürich, St. Gallen und Luzern: Reihenfolge reicht aus
- Empfehlenswert trotzdem: Bekanntgabe der Gewichtung
- Gewichtung, die bekannt gegeben wurde, ist aber einzuhalten!
Nur lineare Bewertung zulässig
- Bewertungsmatrix bereits vorab erstellen
- Skalierung der Punktevergaben mit klaren Aussagen
- Unzulässig, wenn bei den Zuschlagskriterien unterschiedliche Notenskalen verwendet werden (Kt. ZH, VB.2012.00176 vom 5.10.2012, Kt. SG, B 2012/175 vom 13.11.2012)

> Fortsetzung Zuschlagskriterien: Gewichtung Preis und Preisspanne (vgl. auch Folie 44)

- Mindestgewichtung 20%: vgl. Kt. ZH, VB.2011.00322 vom 28.9.2011 (bei komplexen Vorhaben); so auch Entscheid Bundesgericht, 2.P.136/2006 vom 30.11.2006
- Gewichtung des Kriteriums \neq Gewichtung der Preisdifferenz
- Zürcher Modell: lineare Bewertung ab «Nullpunkt»
 - Bei einfachen Bauarbeiten geringere Preisspanne als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Dienstleistungen
 - Bauleistungen: Preisspanne von 30-50%
 - Bei komplexem Vergabegegenstand: Preisspanne von 75-100%
- Legt Vergabestelle Bandbreite erst nach Vorliegen der Angebote fest: kann tatsächlich offerierte, ernsthafte Preise berücksichtigen (Kt. ZH, VB.2012.00693)

8. Behandlung von Angeboten

Themen:

- a) Prüfung der Angebote: die einzelnen Schritte im Überblick
- b) Formelle Prüfung der Angebote
- c) Inhaltliche Prüfung der Angebote
- d) Der zulässige Umgang mit Referenzauskünften
- e) Umgang mit Varianten

a) Prüfung der Angebote: die einzelnen Schritte im Überblick

- Formelle Prüfung:
 - Ausschlussprüfung zu wesentlichen formellen Anforderungen (vgl. Folie 33)
 - Ausschlussprüfung zu gesetzlichen Anforderungen (vgl. Folie 34)
 - Ausschlussprüfung zu inhaltlichen Anforderungen (vgl. Folie 35)

→ **Ausschluss**
- Inhaltliche Prüfung:
 - Phase 1: Fachliche und rechnerische Prüfung
 - Phase 2: Bewertung der Angebote

b) Formelle Prüfung der Angebote: Ausschlussprüfung: 1. Schritt

Ausschlussprüfung zu wesentlichen formellen Anforderungen (§ 28 lit. h SVO):

- Eingabefrist
- Unterschrift des Angebots (Kt. GR, V 10 24 vom 18.3.2010)
- Vollständigkeit des Angebots bzw. Teilnahmeantrag im selektiven Verfahren
 - Unvollständigkeit hat wesentliche Punkte zu betreffen
 - Verbot des überspitzten Formalismus: Kt. ZH, VB.2012.00724 vom 16.01.2013
 - Grundsatz der Unabänderlichkeit von Offerten
 - Abänderung der Ausschreibungsunterlagen (Kt. ZH, VB.2012.00724 vom 16.01.2013)

b) Formelle Prüfung der Angebote: Ausschlussprüfung: 2. Schritt

Ausschlussprüfung zu gesetzlichen Anforderungen (§ 28 SVO)

- Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen;
vgl. Kt. ZH, VB.2012.00176 vom 05.10.2012 und Kt. BE, OGer BE
APH 10209 vom 4.8.2010)
- Gleichbehandlung von Frau und Mann
- Konkursverfahren
- Abreden
- Berufliches Fehlverhalten (vgl. BGer 2D_49/2011 vom 25.9.2012)
- Bezahlte Steuern und Sozialabgaben
- Unzulässige Vorbefassung (Kt. GR, V 1166 vom 27.9.2011)
- Falsche Auskünfte (Kt. ZH, VB.2009.00585 vom 24.03.2010)

b) Formelle Beurteilung der Angebote: Ausschlussprüfung: 3. Schritt

- **Ausschlussprüfung zu inhaltlichen Anforderungen**
 - Eignungsprüfung
 - Mindestanforderungen im Angebot zu Ausführung und Produkte
 - Ungewöhnlich niedriges Angebot (§ 32 SVO)

b) Formelle Beurteilung der Angebote: Ausgewähltes Thema zu den wesentlichen formellen Anforderungen

Einheitspreise/spekulative Preise

- Einheitspreise im Angebot prüfen
- Verschiebung von Kostenteilen aus bestimmten Einheitspreisen in andere Positionen ist unzulässig
- Vergabestelle muss Einheitspreise mit negativen Vorzeichen (Minuspriese) oder unrealistisch tiefe, nicht kostendeckende Preise, wie z.B. Nullerpreise oder Einfrankenpreise, nicht akzeptieren
- Verletzung Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot
- Ausschluss eines Angebots aus diesem Grund gerechtfertigt
- Vgl. Kt. ZH, VB.2010.00402 vom 15.12.2010 und VB.2012.00257 vom 8.8.2012
- Kt. GR, V 1040 vom 23.2.2011, Kt. AG, WBE 2011 vom 29.7.2011

b) Formelle Beurteilung der Angebote: Ausgewähltes Thema zu den gesetzlichen Anforderungen

Unzulässige Vorbefassung

- Ausschluss vorbefasster Anbieter gemäss § 9 SVO
- Vorbefassung grundsätzlich dann nicht gegeben, wenn:
 - untergeordneter Beitrag (nicht: Ausschreibungsunterlagen)
 - Vorleistungen in Ausschreibungsunterlagen mit Namen Anbieter bekannt gegeben
 - Einsichtnahme/Bezug dieser Unterlagen möglich
 - Frist für Einreichung des Angebots verlängert
- Zwei wichtige Entscheide führen zu Präzisierungen:

> Fortsetzung Vorbefassung

Entscheid des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25.1.2005:

- Vergabe Ingenieurmandat für elektromechanische Einrichtungen
- Früherer Beizug des Anbieters zu einem sachlich anderen Teilbereich desselben Projekts
- Gewisse Vorteile für verbleibenden Teilbereich reicht nicht für Vorbefassung
- **Wichtig auch:** relativ niedrige Offertbeträge der Vorarbeiten

> Fortsetzung Vorbefassung

Kt. ZH, VB.2012.00309 vom 29.8.2012:

- Unproblematisch: Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt
- Vorarbeiten, mit denen nur Grundlagen für die spätere Ausschreibung bereitgestellt werden, führen nicht zwingend zum Ausschluss der damit befassten Personen oder Unternehmen
- Einem Anbieter kann nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das er sich durch frühere Arbeiten für denselben Arbeitgeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben hat
- Ähnlich auch: Kt. ZH, VB.2012.00286 vom 26.09.2012

> Fortsetzung Vorbefassung

- Lockerung der Rechtsprechung: Umkehr der Beweislast, Vorbefassung bleibt aber **generell heikel**
- bestimmte Mitwirkungshandlungen sowie direktes oder indirektes Ausarbeiten von Ausschreibungsunterlagen sind **unzulässig**
- Beizug von Unternehmern **vor** dem Ausschreibungsverfahren:
 - Verbindungen zu möglichen späteren Anbietern?
 - Interesse an Angebotseinreichung?
- **Unwissenheit** ist kein Schutz vor der Rüge der Vorbefassung
- Informationen allen anderen Anbietern **zugänglich** machen
- **Fristverlängerung**

b) Formelle Beurteilung der Angebote: Ausgewählte Themen zu den inhaltlichen Anforderungen I

Eignungsprüfung

- Stolperstein Kongruenz zu Anforderungen in Ausschreibungsunterlagen
- Grosszügiger Massstab bei der Beurteilung der Eignungskriterien ist in der Regel zulässig (Kt. ZH, VB.2012.00176 vom 5.10.2012)
- Eignungsprüfung im selektiven Verfahren; vgl. Kt. ZH, VB.2005.00254 vom 25.3.2009
- Auslegung von unklaren Eignungskriterien hat nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen: unklare Vorgaben aber grosszügig zu Gunsten der Anbieter anwenden (Kt. ZH, VB.2012.00243 vom 21.12.2012)

b) Formelle Beurteilung der Angebote: Ausgewählte Themen zu den inhaltlichen Anforderungen II

Ungewöhnlich niedriges Angebot

- Grundlage vgl. § 32 SVO
- Drei Punkte wichtig:
 - Einhaltung von GAV etc. und Vertragserfüllung möglich / sichergestellt (nicht nur bestätigen lassen - zusätzlich Unterlagen, Kalkulationen etc. einholen)
 - Androhung Ausschluss vornehmen / Fristansetzung
 - Bei Einhaltung von Teilnahmebedingungen und Auftragsbedingungen ist Zuschlag zu erteilen, auch wenn Angebot ungewöhnlich niedrig ist (vgl. Kt. ZH, VB.2005.00240 vom 30.8.2006, VB. 2012.00074 vom 28.3.2012 – Bedeutung?; Kt. LU, V 00203 vom 21.9.2000; BVGer B-2932/2011 vom 22.8.2011)

c) Inhaltliche Prüfung der Angebote Die beiden Phasen im Detail

- **Phase 1: Fachliche und rechnerische Prüfung**
 - **Korrektur von Rechnungs- und Schreibfehler**
 - hohe Messlatte: ist bspw. telefonisches Nachfragen bei Anbieterin zur Interpretation eines solchen Fehlers notwendig, Korrektur bereits nicht mehr erlaubt (Kt. ZH, VB.2005.00543 vom 22.3.2006)
 - **Bereinigungen, Erläuterungen, Unternehmergespräche**
 - nachträgliche Präzisierung eines Angebots nur, wenn es sich um untergeordnete Nebenpunkte handelt oder ein Missbrauch aufgrund der Umstände nicht denkbar ist (Kt. ZH, VB.2012.00724 vom 16.01.2013; Kt. SG, B 2010/147 vom 11.8.2011)
- **Phase 2: Bewertung der Angebote**
 - Grundangebote: Zuschlagskriterien prüfen
 - Varianten prüfen
 - Erstellen Bewertungsmatrix und Submissionsergebnis

c) Inhaltliche Prüfung der Angebote

Phase 2: Bewertung von Zuschlagskriterien, insbesondere die Preisbewertung (vgl. Folie 30)

I. Bsp.: Bauauftrag mit folgenden Kriterien:

- | | |
|--|---------------|
| 1. Preis | 80% = 80 Pkt. |
| 2. Qualität (mit detaillierten Unterkriterien) | 15% = 15 Pkt. |
| 3. Einhaltung Termine | 5% = 5 Pkt. |

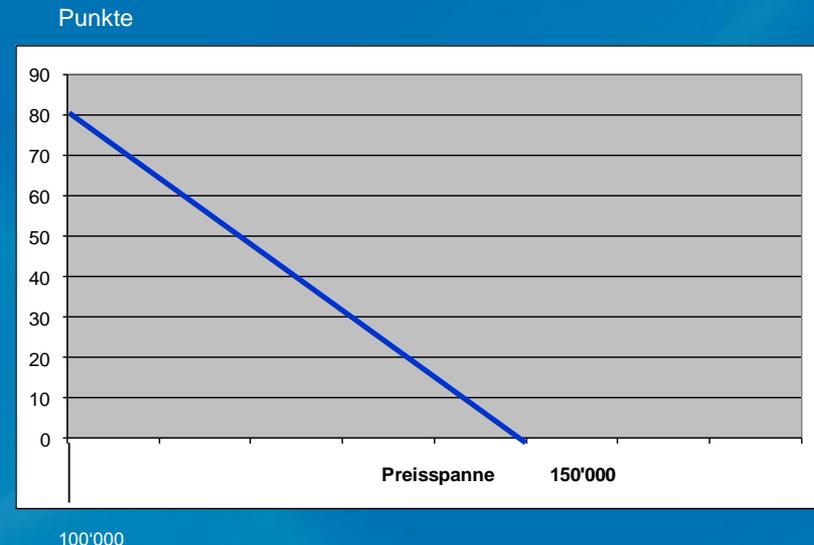
II. Bewertung Angebotspreise:

CHF 100 000 80 Pkt.

CHF 125 000 40 Pkt.

CHF 150 000 0 Pkt.

(vgl. Kt. ZH, VB.2003.00469 vom 21.4.2004; bestätigt in: Kt. ZH, VB.2012.00693 vom 16.1.13)



d) Der zulässige Umgang mit Referenzauskünften

- Referenzauskünfte nur dann einholen und in die Bewertung mit einfließen lassen, wenn in Ausschreibungsunterlagen entsprechende Nachweise zu solchen Referenzpersonen verlangt sind (Formulare beilegen)
- Auftraggeberin darf nur die Referenzen prüfen, die der Anbieter in seinem Angebot aufgeführt hat; Ergebnisse von eigenen „Erkundungstouren“ dürfen nicht verwertet werden
- Eigene Referenzen dürfen berücksichtigt werden, sofern ihr Resultat ausreichend dokumentiert ist (Kt. ZH, VB.2005.00227 vom 21.09.2005)
- Telefongespräch ist schriftlich in einer Aktennotiz festzuhalten, insbesondere zu den angefragten Referenzpersonen, zum Inhalt der Auskunft, Zeitpunkt der Anfrage/Auskunft

e) Umgang mit Varianten I

- Variante = Angebot eines Anbieters, das von der von der Vergabestelle vorgeschlagenen Amtslösung abweicht
- Abweichung kann die angebotene Leistung (Projektvariante) oder die Ausführung (Ausführungsvariante) betreffen
- Anbieter grundsätzlich frei, neben einem Angebot, das den Ausschreibungsunterlagen entspricht, eine Variante einzureichen. Reicht ein Anbieter nur eine Unternehmervariante ein, ohne gleichzeitig ein ausschreibungskonformes Grundangebot zu unterbreiten, führt dies daher nicht ohne Weiteres zum Ausschluss der Variante
→ aber: nur in besonderen Fällen zu bejahen (ZH VB.2012.00628 vom 16.01.2013)
- Anbieter muss Gleichwertigkeit der Variante nachweisen
- Vergabestelle muss sich mit zulässiger Variante sachlich auseinandersetzen und diese prüfen: grosses Ermessen bei Beurteilung

e) Umgang mit Varianten II – „Vergütungsvarianten“

- „Vergütungsvarianten“ sind grundsätzlich unzulässig
- Zulässig, sich als Vergabestelle neben dem als Einheitspreisangebot ausgestalteten Grundangebot auch ein Pauschalangebot offerieren zu lassen
- Aber: Pauschalangebot muss zusätzlich zum Grundangebot eingereicht werden und auf der Basis und unter Beilage des ausgefüllten Leistungsverzeichnisses erfolgen
- In Ausschreibungsunterlagen ist entsprechende Formulierung aufzunehmen
- Mit Formulierung wird die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt (vgl. zu diesem Thema: Kt. ZH, VB.2009.00668 vom 19.5.2012)

9. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

Die Themen je nach Phasen

- 1. Phase – der Erlass der Vergabeverfügung: Inhalt, Zuständigkeiten, Begründung, Rechtsmittelfrist
- 2. Phase – Fristenlauf: Debriefing, Begründung
- 3. Phase – das erstinstanzliche Verfahren: die wichtigen Fragen
- 4. Phase – Wege ans Bundesgericht?

a) 1. Phase - der Erlass der Vergabeverfügung I

- Begründung – was genügt?
 - Praxis «wirtschaftlich günstigstes Angebot», «beste Erfüllung der Zuschlagskriterien» - genügend? Unterschiedlich strenge Praxis
 - Beschluss VG AG vom 23.8.12 (WBE.2012.253) – Vergabeentscheid ist zu begründen. Hinweis, wonach Akten eingesehen werden können und Vergabeentscheid zu bestimmten Terminen mündlich erläutert wird, reicht nicht
 - Achtung erhöhte Anforderungen z.B. beim Abbruch, vgl. BVGer B-2449/2012 vom 6.9.12, Verletzung rechtl. Gehör, unheilbarer Mangel
- Die – kurze – Rechtsmittelfrist: 10/20 Tage. Keine Gerichtsferien! (Art. 15 Abs. 2 bis IVöB)

a) 1. Phase - der Erlass der Vergabeverfügung II

- Zuschlag und Absagen mit Verfügung inkl. Rechtsmittel-Belehrung
- Publikation Zuschlag im offenen/selektiven Verfahren (auch im Nicht-Staatsvertragsbereich) und freihändig erteilte Zuschlüsse im Staatsvertragsbereich www.simap.ch
- Formalitäten einer Verfügung werden häufig nicht beachtet: mögliche Rechtsmittel prüfen!

a) 1. Phase – der Erlass der Vergabeverfügung III

- Verfügende Behörde: muss nach Gemeindeordnungen und Organisationsreglementen zuständig sein; Zeichnungsberechtigungen beachten
- Privater, der im Auftrag der Gemeinde Ausschreibung durchgeführt hat, darf nie den Zuschlagsentscheid fällen (Nichtigkeit der Verfügung)
- Kt. ZH, VB.2010.00002 vom 24.2.2010: "unter vorbehältlicher Zustimmung des Verwaltungsrates"
- BGer 2C_865/2010 vom 13.4.2011: Delegation an Arbeitsgruppe?

b) 2. Phase – Fristen, Debriefing, Begründungspflicht

- Debriefing
 - beliebtes Instrument in der Praxis
 - gesetzlich nicht geregelt
- Schriftliche Begründung kann verlangt werden
 - Art. 23 BöB, § 38 Abs. 2 SVO: Name, Preis des berücksichtigten Angebots, wesentliche Gründe für die Nichtberücksichtigung, ausschlaggebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots
 - Muss sie auch verlangt werden? Verfahrensfehler?
- Recht auf Akteneinsicht / Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen des Anbieters (Art. 11 lit. g IVöB)

c) 3. Phase – das erstinstanzliche Verfahren I

Die wichtigen Fragen:

- Prüfen: steht Rechtsmittelweg offen (Geltungsbereich, Schwellenwerte für Staatsvertragsbereich!)
- Anträge, Beschwerdegründe (Art. 16 IVöB; Art. 31 BÖB: nicht Unangemessenheit)
- Rügepflichten
- Die Beteiligten:
 - Beschwerdeführer
 - Vergabestelle
 - Mitbeteiligte
 - Weitere: z.B. Experten
- Legitimation
- Aufschiebende Wirkung (Art. 17 IVöB; Art. 28 BÖB):
 - Der Grundsatz und die Ausnahmen
 - superprovisorisch, definitiv, nachträglich «stand-still»

b) 3. Phase – das erstinstanzliche Verfahren II

Die wichtigen Fragen:

- Akteneinsicht
- Je nach Kanton:
 - Referentenaudienz möglich (Zug)
 - Zwei Instanzen (z.B. Bern, Solothurn)
- Der Verfahrenslauf:
 - 2 Schriftenwechsel – und zusehends mehr
 - hohes Tempo - erfordert rasches Handeln der Parteien
- Der Entscheid (Art. 18): Anordnung zur Zuschlagserteilung, zur Neuurteilung, zum Abbruch, Feststellung Rechtswidrigkeit – oder Abweisung
- Kognition beschränkt

d) 4. Phase – Wege ans Bundesgericht?

- Art. 83 lit. f BGG: nicht zulässig:
 1. wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des [BöB oder bilat. Abk. CH-EU] nicht erreicht
 2. wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt
- Kein «stand-still» im Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht – aber: vorsorgliche Massnahmen beantragen, superprovisorisch Vertragsabschluss verbieten lassen

Fundstellen im Internet

- wichtig: jeweils geltende Erlasse konsultieren
- Kantone: www.be.ch, www.zh.ch, etc.
- Bund: www.admin.ch
- www.beschaffung.admin.ch
- www.gimap.ch
- www.beschaffungswesen.zh.ch
- www.simap.ch
- www.shab.ch
- www.bfm.admin.ch
- www.bger.ch
- www.bundesverwaltungsgericht.ch
- www.vgrzh.ch