

ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN Verfahrensfragen / Erfahrungsaustausch

**Schulung bei der Kantonalen Finanzdirektion
25. Juni 2013, 08.00 – 12.00 Uhr**

Claudia Schneider Heusi

Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV für Bau- und Immobilienrecht

Schneider Rechtsanwälte AG

Seefeldstrasse 60

8034 Zürich

Tel. +41 (0)43 499 16 30

csh@schneider-recht.ch

www.schneider-recht.ch

ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN

Verfahrensfragen / Erfahrungsaustausch

1. Repetition: Überblick über die Verfahrensarten
2. Schwellenwerte
3. Das freihändige Verfahren
4. Inhalt von Ausschreibungen
5. Behandlung von Angeboten

Pause

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren
7. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf

Diskussion: Fälle der Teilnehmer

8. Exkurs : Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerbe

1. Überblick über die Verfahrensarten

Verfahrensarten

- Offenes Verfahren
- Selektives Verfahren
- Einladungsverfahren
- Freihändiges Verfahren
 - unerschwellig oder
 - als "Ausnahme" (§ 10 SVO)

Im Staatsvertragsbereich: grundsätzlich nur offenes oder selektives Verfahren (vgl. Art. 12^{bis} IVöB)

2. Schwellenwerte

a) Im Staatsvertragsbereich I

- **Staatsvertragsbereich bedeutet:**
 - nur offenes oder selektives Verfahren
 - Ausnahme: Bagatellklausel bei Bauaufträgen
 - strengere Anforderungen (z.B. Frist für Angebotseingabe mind. 40 Tage und für Einreichung Teilnahmeantrag mind. 25 Tage, Ausschreibung auf Simap und im Amtsblatt)
- **Schwellenwerte – GPA (seit 1.7.2010):**
 - **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

2. Schwellenwerte

a) 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)

2. Schwellenwerte

b) Im Nicht-Staatsvertragsbereich

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

Verfahrensarten	Lieferungen	Dienstleistungen	Bauleistungen
freihändiges Verfahren	unter CHF 100 000	unter CHF 150 000	N: unter CHF 150 000 H: unter CHF 300 000
Einladungs- verfahren	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

3. Das freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich I

vgl. auch Entscheide Verwaltungsgericht
Zürich:

- VB.2005.00557 vom 13.9.2006
- VB.2006.00425 vom 23.5.2007
- VB.2008.00555 vom 20.5.2009



3. Das freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich II

Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2008.00555
vom 20.5.2009 :

- Konkurrenzofferten auch im freihändigen Verfahren zulässig;
Vorsicht: nicht den Anschein eines Einladungsverfahrens erwecken!
- Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns wie Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, Treu und Glauben sowie faires Verfahren beachten
- Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes (Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter) sind einzuhalten
- § 16 SVO gilt nicht im freihändigen Verfahren

3. Das freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich III

Zu beachtende Punkte bei Einholung von Konkurrenzofferten:

- Vorab entscheiden, ob Beschaffung freihändig, *allenfalls* unter Einholung von Konkurrenzofferten oder dann im Einladungsverfahren durchgeführt wird
- Wird freiwillig ein Einladungsverfahren gewählt und als solches bezeichnet, ist an diesem festzuhalten: nachträglicher Wechsel unzulässig
- Transparenz wichtig: Anbieter darauf hinweisen, dass die Offertanfrage im Rahmen eines freihändigen Verfahrens mit Einholung mehrerer Konkurrenzofferten erfolgt

3. Das freihändige Verfahren

b) Ausnahmebestimmung

Direktaufträge aufgrund der Ausnahmebestimmung von § 10 SVO

Rechtliche Rahmenbedingungen:

- Urheberrechte, z.B. "Klanghaus Toggenburg"; Urteil Verwaltungsgericht St. Gallen B 2008/70 vom 14.10.2008: unzulässige freihändige Vergabe
- Legitimation zur Beschwerde nur dann, wenn Beschwerdeführerin in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen (VB.2009.00667 vom 5. Mai 2010)
- Dringlichkeit
- Ergänzungsbeschaffungen (z.B. VB.2005.00557 vom 13.9.2006, betr. Tramdepot)
- Technische Besonderheiten: Microsoft-Vergabe des Bundes (BGE 137 II 313)

4. Inhalt von Ausschreibungen

a) Vorbereitung einer Ausschreibung

- Definition des Beschaffungsgegenstandes
 - Was wird in welchem Umfang benötigt?
 - Zielsetzungen?
 - Machbarkeit?
 - evtl. externe Fachleute beiziehen
- Termin- und Ressourcenplanung
 - interner Terminplan erstellen
 - genügend Zeit für Angebotseinreichung einrechnen
 - Zeit für allfällige Rückfragen bei Anbietern sowie Rechtsmittelfristen beachten

4. Inhalt von Ausschreibungen

b) Allgemein

- Allgemeine Submissionsbedingungen (Mindestanforderungen, Fristen, Eignungs- und Zuschlagskriterien, Losaufteilung, Optionen etc.)
- Bei Losen: 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)

4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien I

- 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 (VB.2012.00176 vom 5.10.2012)

4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien II: Beispiele

- Gute Erfahrung des Unternehmens mit der Projektierung und Realisierung von vergleichbaren Leistungen
(Objekt, Volumen, Komplexität)
- Genügende Anzahl gut ausgebildeter Mitarbeiter
- Unternehmensorganisation, die eine termingerechte und fachlich einwandfreie Auftragsabwicklung ermöglicht
- Reaktionszeit der Serviceorganisation
- Technische Ausstattung des Maschinenparks
- Ausreichendes QM System (nur untergeordnet!)

4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien III: Unzulässige Beispiele

- Auswahl von lediglich 2 Anbietern, die bestmöglich geeignet sind und dadurch resultieren nur 2 Anbietende für 2 zu vergebenden Lose
→ geht zu weit: wirksamer Wettbewerb wird verhindert
(VB.2006.00425 vom 23.05.2007)
- Unzulässig ist ein Kriterium „lokale Leistungsfähigkeit“:
(VB.2006.00425 vom 23.05.2007).

4. 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)

4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien II: Reihenfolge und Gewichtung

- Keine generelle Pflicht zur vorgängigen Bekanntmachung der Gewichtung der Zuschlagskriterien, sofern nicht Rechtsgrundlagen dies ausdrücklich vorschreiben (Bund, Kt. Aargau)
- Kanton Zürich: 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 (VB.2012.00176 vom 5.10.2012)

4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien III: Gewichtung Preis und Preisspanne (vgl. auch Folie 37)

- Mindestgewichtung 20%: vgl. 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 (VB.2012.00693)

> Fortsetzung: Gewichtung Preis und Preisspanne

I. Bsp.: Bauauftrag mit folgenden Kriterien:

1. Preis 80% = 80 Pkt.
2. Qualität (mit detaillierten Unterkriterien) 15% = 15 Pkt.
3. Lehrlingsausbildung 5% = 5 Pkt.

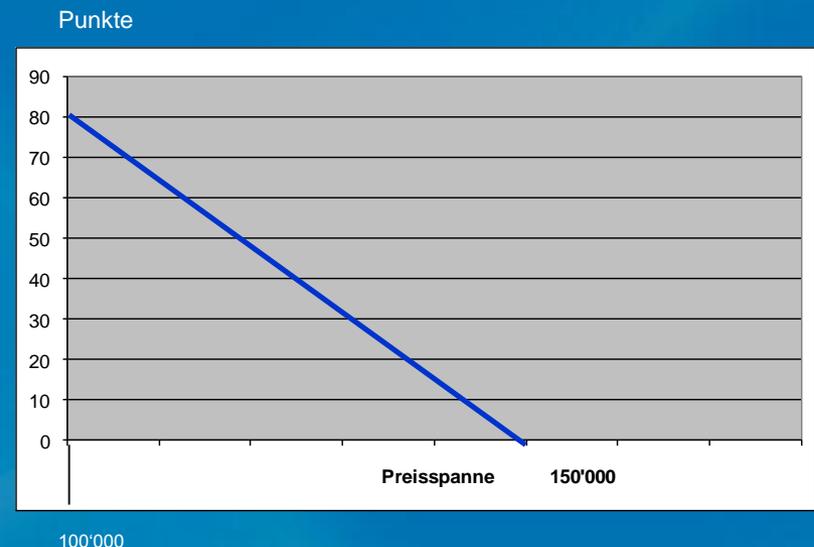
II. Bewertung Angebotspreise:

CHF 100 000 80 Pkt.

CHF 125 000 40 Pkt.

CHF 150 000 0 Pkt.

(vgl. VB.2003.00469 vom 21.4.2004
bestätigt in: VB.2012.00693 vom
16.1.13)



4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien IV: Gute Beispiele

Qualität:

- Auftragsanalyse
- Fachkompetenz und Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen
- Vorgehenskonzept
- Vorschlag für projektbezogenes Qualitätsmanagement

4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien V: Zulässige Beispiele, aber....

- **Zugang zur Aufgabe** (VB.2011.00322 vom 28.9.2011)
- **Public Voting** (BGE 138 I 143 und VB.2012.00074 vom 28.3.2012)
- **Lehrlingsausbildung:** nur im Nicht-Staatsvertragsbereich, maximal 10%, Verhältnis zur Gesamtmitarbeiterzahl (VB.2012.00001 vom 27.06.2012)
- **Leistungsfähigkeit:** zulässig, wenn grössere Anbietende mit zahlreichen eigenen spezifischen Mitarbeitern bevorzugt werden (10%, VB.2005.00514 vom 1.11.2006)

4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien VI: Unzulässige Beispiele

- "Allgemeiner Eindruck der Offerte", steuerliche Gründe etc.
- Vollständigkeit der Offerte
- Präsentationen
- BGE 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 (VB.2010.00568 vom 12.1.2011)

4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Leistungsverzeichnis, Pflichtenheft, Devis

- Detaillierte oder funktionale Ausschreibungen:
 - Unterschiede
 - Empfehlungen
 - Stolpersteine
- Technische Spezifikationen:
 - Output-orientiert
 - Keine Marken- oder Produktvorgaben, keine auf ein Produkt zugeschnittene Vorgaben ("oder gleichwertig": vgl. § 16 SVO)
 - D.h. produkteneutrale Vorgaben
 - VB.2008.00104 vom 24.10.2008

4. Inhalt von Ausschreibungen

f) Technische Spezifikationen

Produktbeschreibung: Funktionalität festlegen

- zwingend verlangte Eigenschaften
- erwünschte, aber nicht zwingend geforderte Eigenschaften, die einen Mehrwert darstellen (entsprechender Bezug bei den Zuschlagskriterien!)
- keine Marken/technische Angaben, sondern Umschreibung
- Zusatz "oder gleichwertig" unumgänglich

VB.2006.00175 vom 13.9.2006:

"Unnötig detaillierte Vorgaben und Ausrichtung der Ausschreibung auf die Bedürfnisse des bisherigen Auftragnehmers."

5. 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. Folien 27 und 30)
 - Ausschlussprüfung zu gesetzlichen Anforderungen (vgl. Folien 28 und 31-34)
 - Ausschlussprüfung zu inhaltlichen Anforderungen (vgl. Folien 29 und 35-36)
 - **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
- Vollständigkeit des Angebots bzw. Teilnahmeantrag im selektiven Verfahren
 - Unvollständigkeit hat wesentliche Punkte zu betreffen
 - Verbot des überspitzten Formalismus: VB.2012.00724 vom 16.1.2013
 - Grundsatz der Unabänderlichkeit von Offerten
 - Abänderung der Ausschreibungsunterlagen (VB.2012.00724 vom 16.1.2013)

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

Ausschlussprüfung zu gesetzlichen Anforderungen (§ 28 SVO)

- Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen;
vgl. VB.2012.00176 vom 05.10.2012
- Gleichbehandlung von Frau und Mann
- Konkursverfahren
- Abreden
- Berufliches Fehlverhalten (vgl. BGer 2D_49/2011 vom 25.9.2012)
- Bezahlte Steuern und Sozialabgaben
- Unzulässige Vorbefassung
- Falsche Auskünfte (VB.2009.00585 vom 24.3.2010)

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

- **Ausschlussprüfung zu inhaltlichen Anforderungen**
 - Eignungsprüfung
 - Mindestanforderungen im Angebot zu Ausführung und Produkte
 - Ungewöhnlich niedriges Angebot

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. **VB.2010.00402 vom 15.12.2010**
- Vgl. auch **VB.2012.00257 vom 8.8.2012**

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 Bezug 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

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: VB.2012.00286 vom 26.9.2012

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

Eignungsprüfung

- Stolperstein Kongruenz zu Anforderungen in Ausschreibungsunterlagen
- Grosszügiger Masstab bei der Beurteilung der Eignungskriterien ist in der Regel zulässig (VB.2012.00176 vom 5.10.2012)
- Eignungsprüfung im selektiven Verfahren; vgl. 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 (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. VB.2005.00240 vom 30.8.2006, VB. 2012.00074 vom 28.3.2012 – Bedeutung?)

c) Inhaltliche Prüfung der Angebote Die beiden Phasen im Detail

- **Phase 1: Fachliche und rechnerische Prüfung**
 - **Korrektur von Rechnungs- und Schreibfehler**
 - hohe Messlatte: bspw. ist telefonisches Nachfragen bei Anbieterin zur Interpretation eines solchen Fehlers notwendig, Korrektur bereits nicht mehr erlaubt (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 (VB.2012.00724 vom 16.01.2013)
- **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 18)

I. Bsp.: Bauauftrag mit folgenden Kriterien:

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

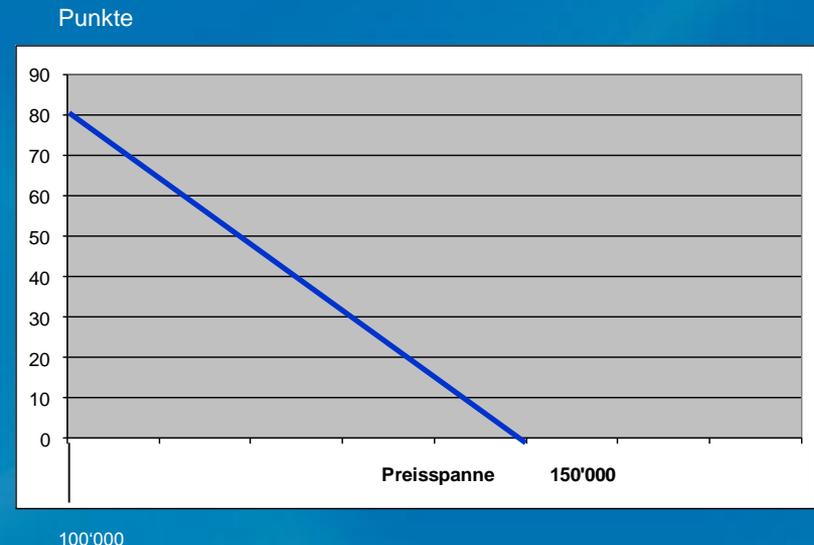
II. Bewertung Angebotspreise:

CHF 100 000 80 Pkt.

CHF 125 000 40 Pkt.

CHF 150 000 0 Pkt.

(vgl. VB.2003.00469 vom 21.4.2004
bestätigt in: 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 (VB.2005.00227 vom 21.9.2005)
- Telefongespräch ist schriftlich in einer Aktennotiz festzuhalten, insbesondere zu den angefragten Referenzpersonen, zum Inhalt der Auskunft, Zeitpunkt der Anfrage/Auskunft (VB.2005.00227 vom 21.9.2005)

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 (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: VB.2009.00668 vom 19.5.2012)

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

Die Themen je nach Phasen

- a) 1. Phase – der Erlass der Vergabeverfügung: Inhalt, Zuständigkeiten, Begründung, Rechtsmittelfrist
- b) 2. Phase – Fristenlauf: Debriefing, Begründung
- c) 3. Phase – das erstinstanzliche Verfahren: die wichtigen Fragen

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)
- 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

- 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»

c) 3. Phase - das erstinstanzliche Verfahren II

- Akteneinsicht
- Der Verfahrenslauf:
 - 2 Schriftenwechsel – und zusehends mehr
 - hohes Tempo – erfordert rasches Handeln der Parteien
- Der Entscheid (Art. 18): Anordnung zur Zuschlagserteilung, zur Neubeurteilung, zum Abbruch, Feststellung Rechtswidrigkeit oder Abweisung
- Kognition beschränkt

7. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf I

- Abbruch: bei hängigem Vergabeverfahren *vor* Zuschlagserteilung
- § 37 SVO: nur wenn "wichtige Gründe" vorliegen, namentlich
 - kein Angebot, das die Kriterien gemäss Ausschreibung erfüllt
 - veränderte Rahmen- oder Randbedingungen
 - kein wirksamer Wettbewerb
 - wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich
 - **nicht:** durch Vergabestelle selbstverschuldete Gründe
- Abbruch/Wiederholung: Verfügung/Mitteilung und Publikation (im offenen/selektiven Verfahren), anfechtbar

VB.2011.00330 vom 25.10.2011, VB.2005.00068 vom 20.4.2005,
VB.2002.00283 vom 18.6.2003, VB.2002.00258 vom 23.1.2003,
VB.2000.00403 vom 23.1.2002

7. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf II

- Teilabbruch: Vergabestelle gliedert nur bestimmte Leistungen aus einem gesamthaft ausgeschriebenen Leistungspaket aus
- Im Unterschied zum Totalabbruch wird beim Teilabbruch bloss auf einen Teil der ausgeschriebenen Arbeiten verzichtet, wenn sich der *wichtige Grund* auf diesen Teil bezieht (keine Wiederholung des Verfahrens)
- Bsp.: wenn nur bei einzelnen Positionen eine massive Kostenüberschreitung vorliegt, nicht aber beim Gesamtpreis als solcher
→ massiv teurere Positionen dürfen gestrichen und ein Teilabbruch verfügt werden
- vgl. VB.2002.00258 vom 23.1.2003

7. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf III

VB.2005.00068 vom 20.4.2005 und VB.2006.00175 vom 13.9.2006 :

- Zuschlag erteilt, Vertrag noch nicht abgeschlossen
- Widerruf Zuschlag, vor Vertragsabschluss mit anderem Anbieter: rechtsmittelfähige Widerrufs-Verfügung mit gleichzeitiger neuer Zuschlagserteilung
- Voraussetzungen für Widerruf: § 36 SVO - Verweis auf Ausschlussgründe (§ 28 SVO). Gründe dürfen bei Zuschlagserteilung nicht bekannt gewesen sein
- Zulässige Fälle (z.B. bei falschen Angaben des Anbieters, nachträgliche Ereignisse, wie Konkurs o.ä.)

Diskussion im Plenum

Zeitfenster: 30 Minuten

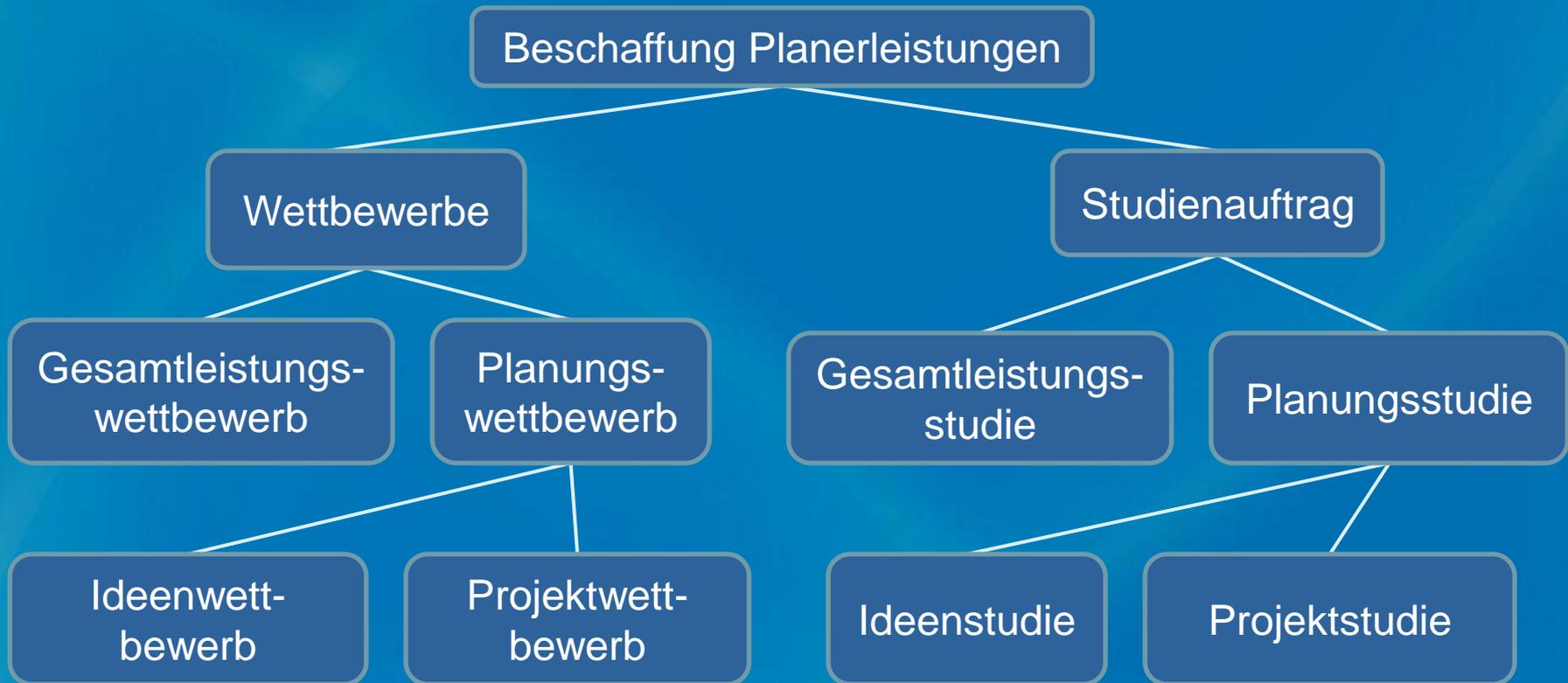


8. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

Inhalt:

- a) Übersicht
- b) Wahl des Verfahrens
- c) Rechtsgrundlagen
- d) Vorgehen
- e) SIA Ordnung 142/143, 2009
- f) Freihändige Vergabe

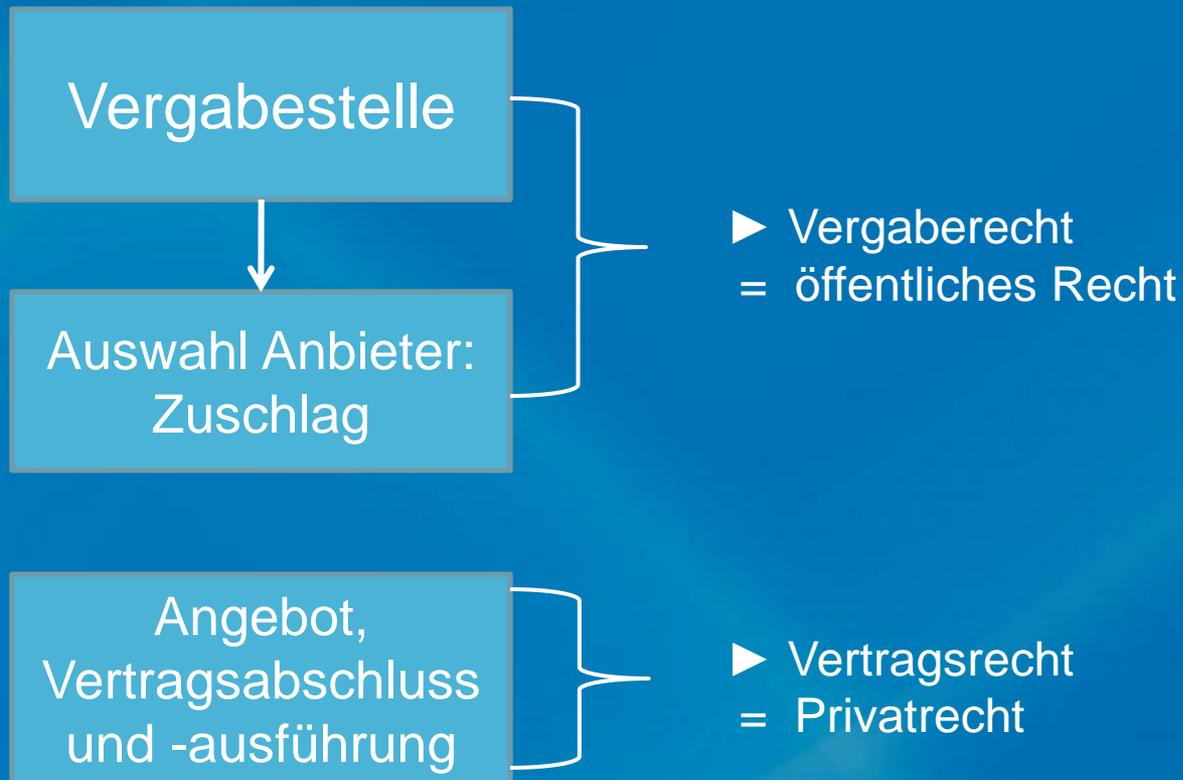
a) Übersicht



b) Wahl des richtigen Verfahrens



c) Rechtsgrundlagen



d) Vorgehen

Rahmenbedingungen klären:

- Ist das Vorhaben definiert?
- Wie soll das Verfahren zur Planerevaluation ablaufen?
- Wie soll der Vertrag mit dem/den Planern aussehen?
- Welche Planer sind gemeint?
- General-, Einzelplaner oder Planergemeinschaft

e) SIA Ordnungen 142/143, 2009

Präambel:

- "Zu Beginn muss die Beschaffungsform – Wettbewerb (anonym) oder Studienauftrag (nichtanonym) festgelegt werden."
- "Eine Kombination von Wettbewerb und Studienauftrag zu einer mehrstufigen Beschaffungsform ist nicht zulässig."

e) SIA Ordnungen 142/143, 2009

Inhalt:

- SIA 142: anonymer Wettbewerb als Regelfall
- SIA 143: nichtanonymer Studienauftrag als Ausnahmefall
 - Dialog zwischen Beurteilungsgremium / Teilnehmenden notwendig
 - Begründungspflicht
 - Komplexe Aufgabenstellungen
 - Nur selektive Verfahren

e) SIA Ordnungen 142/143, 2009

Anwendungsbereich:

- Private/öffentliche Auftraggeber
- Ist im Programm als anwendbar zu erklären
- Öffentliches Beschaffungswesen: vorrangig
- *"Subsidiäres öffentliches Recht"*

→ Vgl. dazu: Urteil VG SG vom 14.10.2010 B 2010/156

e) SIA Ordnungen 142/143, 2009: Fazit

- Verfahrensart klären:
 - Anonymer Wettbewerb
 - Nicht anonymer Studienauftrag
 - Planersubmission
- Keine Kombination von anonym/nicht anonym
- Anwendbarkeit der SIA Ordnung 142 bzw. 143 regeln
 - nicht: «in analoger Anwendung» / «in Anlehnung»
- Festlegung des Folgeauftrags
 - welche Leistungen an wen? Teambildung?
- Klare Bewertungskriterien nennen

f) Voraussetzungen für freihändige Vergabe gemäss § 10 Abs. 1 lit. i SVO

- Beachtung der Grundsätze des Submissionsrechts (Transparenzgebot, Nichtdiskriminierungsverbot, Gleichbehandlung aller Anbieter: Schwellenwerte, Kriterien)
- Absicht Folgeauftrag klar bezeichnen
- Unabhängigkeit des Preisgerichts
- Anonymes Verfahren wählen bzw. Notwendigkeit Dialog begründen
- Gewinner festlegen
- Keine Überarbeitungen / Änderungen mit Aufhebung Anonymität
- Verbindlichkeit des Preisgerichtsentscheids

Fundstellen im Internet

wichtig: jeweils geltende Erlasse konsultieren

- www.beschaffungswesen.zh.ch (dort: Handbuch für Vergabestellen)
- www.vgrzh.ch
- www.bundesverwaltungsgericht.ch
- www.bger.ch

auch:

- www.beschaffung.admin.ch
- www.simap.ch
- andere Kantone: www.be.ch, www.zh.ch, etc.,
- Bund: www.admin.ch