

Informationsveranstaltung IHK Region Stuttgart

Öffentliche Aufträge in der Schweiz
6. März 2009

Marlis Pfeiffer-Seiler
Rechtsanwältin
Seefeldstrasse 60
Postfach 1016
8034 Zürich

Tel. 043 499 16 30
mp@schneider-recht.ch
www.schneider-recht.ch

NEAT: Das Jahrhundertbauwerk und die Diskussionen über das Vergaberecht



Gotthard-Basistunnel - Bauabschnitt Erstfeld, Nordportal

Müsterchen aus der Schweizer Politik:

"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".

Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens

- Schweizerischer Beschaffungsmarkt: jährliches Volumen von rund CHF 36 Milliarden
- vor 12 Jahren: neues Recht trat in Kraft
- Entwicklung der Gerichtspraxis seither von grosser 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

Worauf ist zu achten?

Als Anbieter?

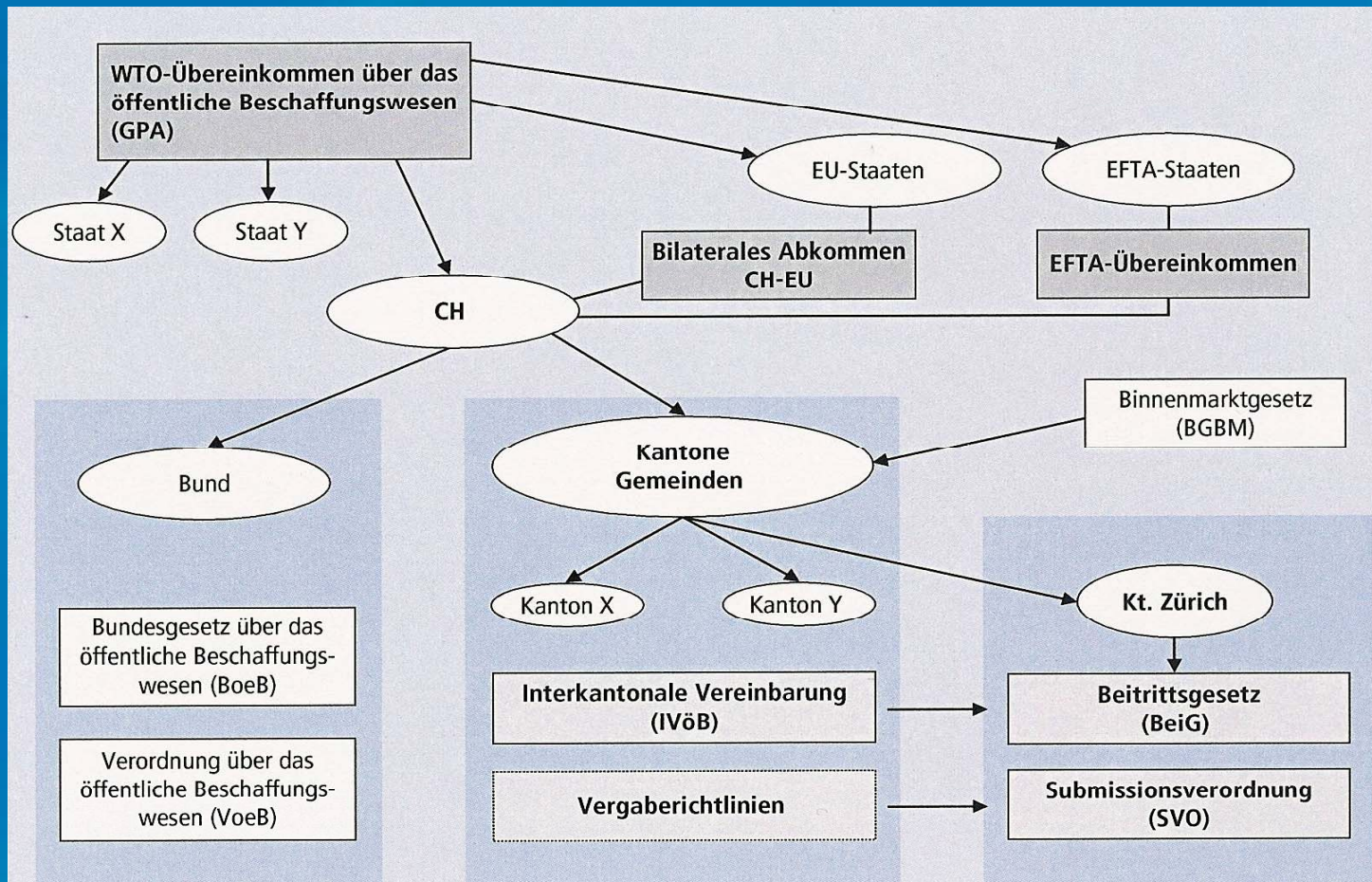
- Wie bewerbe ich mich um öffentliche Aufträge?
- Welche Formvorschriften und welche Fristen müssen beachtet werden?
- Was sind mögliche Fehler, die mir als Anbieter unterlaufen können?
- Welches sind mögliche Fehler, die der öffentlichen Hand unterlaufen können?
- Wie kann ich mich wehren, wenn ich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

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 Unternehmen 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?

Rechtliche Grundlagen (1)



Rechtliche Grundlagen (2)

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
- **Bilaterales Abkommen CH - EU**
in Kraft seit 1.6.2002: Umsetzung in das nationale Recht

Nationales Recht: Bund und Kantone unterschiedliche Grundlagen

Bund: Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB)

- Kanton Zürich:
 - interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.3.2001, **IVöB**
 - **Beitrittsgesetz** vom 15.9.2003 und
 - **Submissionsverordnung** vom 1.12.2003

Rechtliche Grundlagen (3)

Melde- und Bewilligungsverfahren bei Stellenantritt in der Schweiz

- Einsatz bis zu acht Tage: weder Arbeitsbewilligungs- noch Anmeldepflicht
- Arbeitseinsatz von 8 bis maximal 90 Tage: Anmeldepflicht (keine Arbeitsbewilligung): vom ersten Tag an obligatorisch für Bauhaupt- und Baunebengewerbe, Gastgewerbe etc.
www.bfm.admin.ch
- Zweck der Meldung: Information und Kontrolle der Arbeitsbedingungen
- Einsatz von mehr als 90 Tagen: Arbeitsbewilligung

Rechtliche Grundlagen (4)

Entsendegesetz

- Regelt die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet, damit er hier für einen bestimmten Zeitraum arbeitet
- Mindestarbeits- und Lohnbedingungen in folgenden Bereichen:
 - Minimale Entlohnung
 - Arbeits- und Ruhezeit
 - Mindestdauer der Ferien
 - Arbeitssicherheit
 - Gesundheit
 - Nichtdiskriminierung

Grundsätze und Ziele

- 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

Ablauf einer Beschaffung

- **Anwendungsbereich:**
 - Liegt eine öffentliche Beschaffung vor?
 - Welche Auftraggeber unterstellt?
 - Auftragsarten und Schwellenwerte
- **Vergabeverfahren**
- **Ausschreibung, Zuschlag und Vertragsabschluss**
- **Rechtsmittelverfahren**

Ablauf einer Beschaffung

Wann liegt eine öffentliche Beschaffung vor?

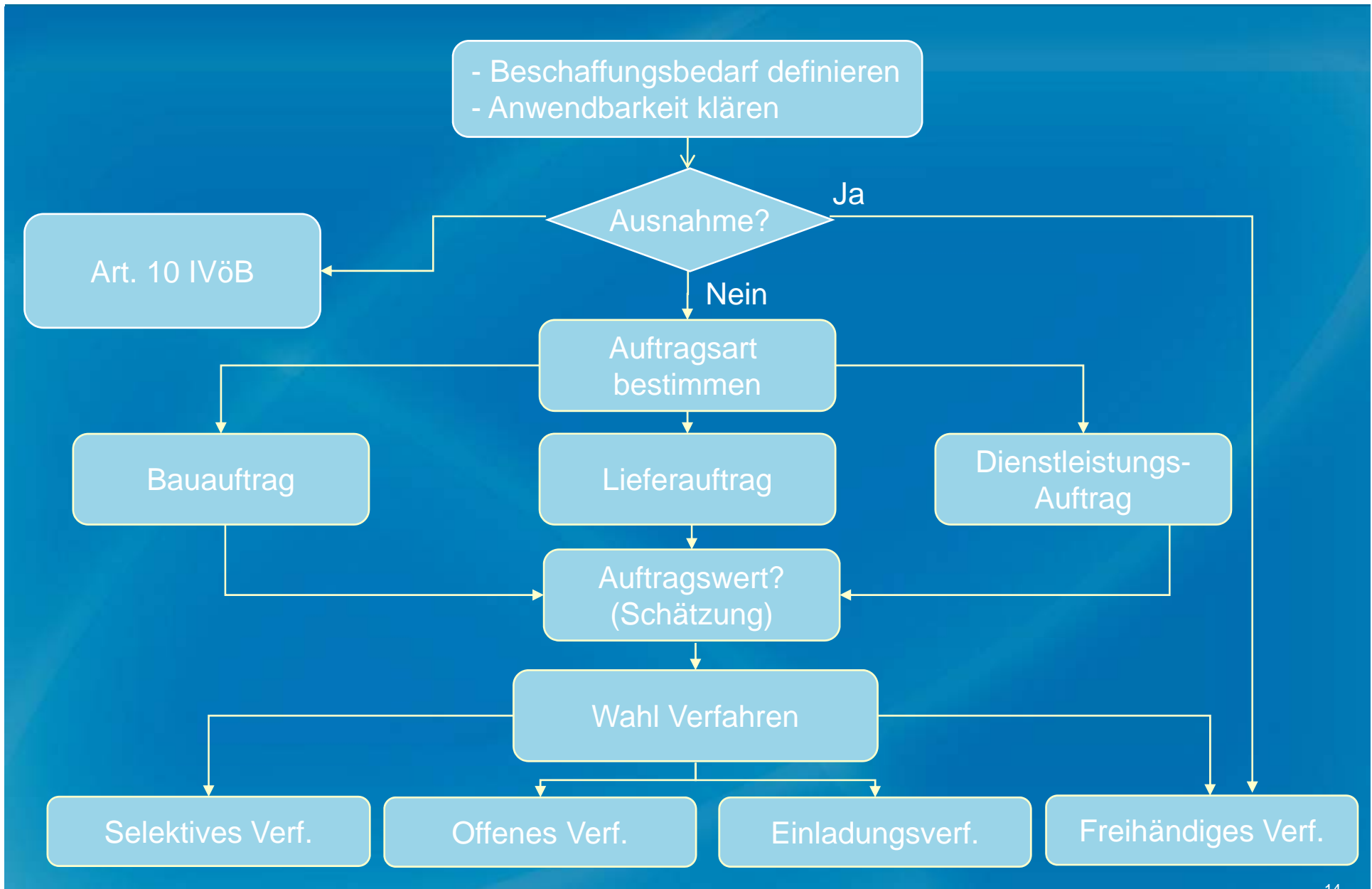
Definition öffentliches Beschaffungswesen:

BGE 125 I 214

"Gesamtheit der Leistungen, die ein öffentlicher Auftraggeber allenfalls auch ein privater Auftraggeber, der öffentliche Aufgaben erfüllt oder durch die öffentliche Hand mehrheitlich beherrscht oder subventioniert wird bei privaten Anbietern auf privatrechtlicher Basis gegen Bezahlung erwirbt."

d. h. "Einkäufe des Staates"

Also nicht: Konzessionserteilungen (Plakatmonopol); Übertragung Spitex an Private; Ausschreibung eines Investors; Landkäufe; Kauf oder Miete von Gebäuden; Arbeitsverträge; etc.



Ablauf einer Beschaffung / Schwellenwerte IVöB (1)

- **Staatsvertragsbereich**
 - offenes oder selektives Verfahren (Art. 12 bis Abs. 1 IVöB)
 - Ausnahme: Bagatellklausel bei Bauaufträgen
 - strengere Anforderungen
- **Schwellenwerte – GPA**
- **CHF 9 575 000** bei Bauwerken (Gesamtwert)
- **CHF 383 000** bei Lieferungen/Dienstleistungen
- **CHF 766 000** bei Lieferungen/Dienstleistungen für Behörden und öffentliche Unternehmen aus den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation

Ablauf einer Beschaffung / Schwellenwerte IVöB (2)

- **Staatsvertragsbereich - Schwellenwerte**
Fortsetzung: *zusätzlich* gemäss Bilateralem Abkommen
(vgl. im Detail Anhang zur IVöB):
- **Gemeinden/Bezirke:** CHF 9 575 000 bei Bauwerken (Gesamtwert) und CHF 383 000 bei Lief./Dienstleist.
- **Private* Unternehmen in den Sektoren Wasser, Energie und Verkehr:** CHF 9 575 000 bei Bauwerken (Gesamtwert) und CHF 766 000 bei Lief./Dienstleist.
- **Öffentliche und private* Unternehmen im Bereich Schienenverkehr, Gas- und Wärmeversorgung:** CHF 8 000 000 bei Bauwerken (Gesamtwert) und CHF 640 000 bei Lief./Dienstleist.
- Auslinkklausel
- Beschwerdeberechtigung von ausländischen Unternehmen

(* = mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten)

Schwellenwerte Anwendbarkeit BoeB

	Allgemein	Sektoren
Baufträge	CHF 9 575 Mio. Gesamtes Bauwerk	CHF 9 575 Mio. Gesamtes Bauwerk
Dienstleistungen	CHF 248 950 Auftragswert	CHF 766 000 Auftragswert
Lieferungen	CHF 248 950 Auftragswert	CHF 766 000 Auftragswert

Ablauf einer Beschaffung / Vergabeverfahren

Schwellenwerte im Nicht-Staatsvertragsbereich:

Neu: Unterscheidung Bauhaupt- und Baunebengewerbe
(Definition "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
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

Berechnung des Auftragswerts

- Schätzung, ohne MWSt.
- Mehrere gleichartige Aufträge
- Daueraufträge
- Option für Folgeaufträge
- Verbot der willkürlichen Unterteilung (Salamitaktik)

Ablauf einer Beschaffung / 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 (gibt es nur im Nicht-Staatsvertragsbereich)
- freihändiges Verfahren: nur ein Anbieter wird angefragt

Ablauf einer Beschaffung: Ausschreibung und Zuschlag

- detaillierte Vorschriften zu Form, Inhalt und Sprache der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen
- Ausschreibung: Veröffentlichung im offenen/selektiven Verfahren im kt. Amtsblatt und unter www.simap.ch
- Ausschreibungsunterlagen: **inkl. Eignungs- und Zuschlagskriterien – unabänderlich**
- Angebote: fristgerecht, vollständig, unterzeichnet, nicht abgeändert
- Prüfung der Angebote – keine Abgebotsrunden
- Zuschlag und Absagen mit Verfügung inkl. Rm-Belehrung
- Publikation Zuschlag im offenen/selektiven Verfahren (auch im Nicht-Staatsvertragsbereich) und freihändig erteilte Zuschläge im Staatsvertragsbereich

Eignungskriterien

- beschreiben die Anforderungen, welche an den Anbieter (nicht an das Angebot) gestellt werden
- sind also **anbieterbezogen**
- beziehen sich auf die fachliche, organisatorische, wirtschaftliche, finanzielle Eignung
- müssen sachgerecht sein (keine unnötige Eingrenzung des Marktes)
- sind **Killerkriterien**: können in der Regel nur erfüllt oder nicht erfüllt werden
- führen bei Nichterfüllung zum Ausschluss (klare Kommunikation wichtig, nicht hinter Zuschlagskriterien "verstecken")
- sind klar von den Zuschlagskriterien abzugrenzen
- dürfen nicht doppelt geprüft werden
- sind von Ausschlussgründen zu unterscheiden

Eignungskriterien

Beispiele:

- gute Erfahrung des Unternehmens mit der Projektierung und Realisierung von vergleichbaren Leistungen
(*Objekt, Volumen, Komplexität*)
- 3 vergleichbare Referenzobjekte, nicht älter als 8 Jahre
- 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!)

Eignungskriterien

- Stolperstein Referenzauskünfte:
 - Ausschreibungsunterlagen mit Rubriken Referenzobjekt, Referenzpersonen, Funktion, Tel Nr.
 - Fragenkatalog vorbereiten
 - schriftlich festhalten:
 - angefragte Referenzperson
 - Inhalt der Auskunft
 - Zeitpunkt der Anfrage/Auskunft
 - Zeitpunkt erfolglose Kontaktierung
 - nur vom Anbieter genannte Referenzen prüfen
- Stolperstein Kongruenz zu Anforderungen in Ausschreibungsunterlagen

Zuschlagskriterien

- 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
- Mehreignung führt nicht zu besserer Beurteilung bei den Zuschlagskriterien
- keine Kriterien aufführen, die nicht geprüft werden
- Konkretisierung durch Unterkriterien

Zuschlagskriterien

Beispiele:

- nicht: "allgemeiner Eindruck der Offerte", steuerliche Gründe etc.
- BGE 2P.46/2005 / 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 Anfahrtsweg:** grundsätzlich nein (BGE 2P.342/1999)
- **Lehrlingsausbildung:** nur im Nicht-Staatsvertragsbereich, maximal 10%, Verhältnis zur Gesamtmitarbeiterzahl
- **Leistungsfähigkeit:** zulässig, wenn grössere Anbietende mit zahlreichen eigenen spezifischen Mitarbeitern bevorzugt werden (10%, VB.2005.00514 vom 1.11.2006)

Zuschlagskriterien

- Kriterium Qualität - Beispiel:
- technisch überzeugender Vorschlag:
 - konstruktive Lösung
 - Funktionalität
 - Montageablaufprogramm
 - Instandhaltungsaufwand
 - Betriebssicherheit
 - Reserven
- Einsatz von qualifiziertem Schlüsselpersonal
 - Ausbildung, Berufserfahrung
 - ähnliche oder gleiche ausgeführte Referenzen in den letzten 5 Jahren
 - Nachweis zu Kapazität/Einsatzfähigkeit
- projektbezogenes Qualitätsmanagementkonzept (PQM)

Zuschlagskriterien Reihenfolge und Gewichtung

- BGE 125 II 101
- 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

Kriterium Preis-Mindestgewichtung

- **Bundesgericht:**
 - 2P.136/2006 vom 30.11.2006
 - 2P.46/47/2005 vom 16.9.2005
 - BGE 129 I 313
 - Mindestgewichtung 20% unterste Grenze, dabei aber nicht zusätzlich noch flache Preiskurve; Gericht darf nicht Gewichtung mit 50% vorschreiben
- **Verwaltungsgericht Kanton Zürich:**
 - VB.2005.00240 vom 30.8.2006: Gewichtung mit 20% angesichts der Bedeutung der Qualität (Ingenieurarbeiten für Gubristtunnel) zulässig; u. U. sogar noch eine geringere Gewichtung
- vgl. auch VB.2003.00319 vom 7.4.2004

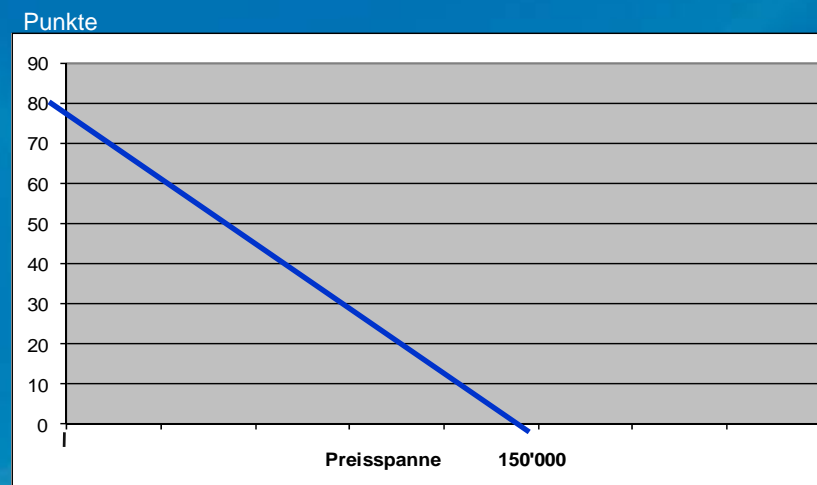
Preisbewertung

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.



Preisbewertung

Im Ergebnis also:

- Festlegung der Preisspanne mit 50% → dies führt zu einer Bewertung eines Angebotspreises, der 50% höher ist mit 0 Punkten
- Dazwischen sind Angebote linear zu bewerten.

Formel Kanton Zürich:

$$\frac{\text{Tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne} - \text{beurteiltes Angebot} \times \text{Gewichtung}}{\text{Preisspanne}}$$

Zuschlagskriterien

Fazit:

- Kriterien und Gewichtung anhand Komplexität des Beschaffungsgegenstands festlegen
- Unterkriterien, Gewichtung, Bewertungssystem offen legen
- Preisbewertung korrekt vornehmen; adäquate Preisbewertungskurve
- Transparenz wirkt Rekursen/Beschwerden entgegen
- und ermöglicht bessere Angebote!

Ablauf einer Beschaffung: Vertragsabschluss, Rechtsschutz

- Beschwerde innert 10 Tagen an das Verwaltungsgericht
- keine Gerichtsferien
- aufschiebende Wirkung der Beschwerde
- Beschwerdegründe
- 2. Schriftenwechsel, Kosten
- Akteneinsicht
- Rechtsstellung des berücksichtigten Anbieters
- Entscheid bei Erteilung / Nichterteilung aufschiebender Wirkung
- Vertragsabschluss: Zeitpunkt, Form

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
 - Mögliche Informationen allen anderen Anbietern zugänglich machen
 - Frist für Einreichung des Angebots verlängert

Weitere Praxisfragen

- Verfahrenswahl
- freihändige Verfahren in der Praxis / Einladungsverfahren
- Formgültigkeit von Angeboten
- Ausschluss von Anbietern
- Widerruf des Zuschlags
- Ausnahmsweise zulässige freihändige Vergabe: Voraussetzungen etc.
- Änderungen der Rahmenbedingungen, Teilabbruch
- nachträgliche Änderung von Angeboten, nachträgliche Erweiterung einer Arbeitsgemeinschaft
- Architekturwettbewerbe
- Zusammenarbeit zwischen Privaten und der öffentlichen Hand?
- Unterstellung Auftraggeber im Einzelfall
- etc...

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

Exkurs PPP in der Schweiz



PPP-Modelle schaffen in der Schweiz bis heute kaum den Durchbruch