

Aktuelle Rechtsprechung zum Vergaberecht

**Kammer Fachanwälte
7. September 2012**

Claudia Schneider Heusi

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

Aktuelle Rechtsprechung zum Vergaberecht

1. Zur Erinnerung: die Rechtsgrundlagen und die Verfahren
2. Zum Anwendungsbereich
 - Was ist eine öffentliche Beschaffung?
 - Wer ist unterstellt?
3. Zuschlag und Vertragsabschluss
4. Die ausnahmsweise freihändige Beschaffung
5. Ausgewähltes zu Angeboten und ihre Beurteilung
6. Exkurs: Der Dialog

1. Rückblick: die 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:**
 - Unterschwellig (Konkurrenzofferten?)
 - Als Ausnahme
- Spezialfall **Planerwettbewerbe**
- **Verfahrenswahl abhängig von Schwellen- und Auftragswerten**

1. Rückblick: die rechtlichen Grundlagen

- Staatsverträge
 - GPA SR 0.632.231.422
 - Bilat Abk CH-EU SR 0.172.052.68
 - EFTA-Abk SR 0.632.31
- **aktuell: Revision des GPA** www.wto.org
- **Nationales Recht:**
 - **Umsetzung der Staatsverträge**
 - **Bund und Kantone: weiterhin getrennte Wege**
 - BöB (SR 172.056.1), VöB (SR 172.056.11)
 - IVöB (SR 172.056.4) → kant. Erlasse (www.lexfind.ch)

2. Zum Anwendungsbereich: zwei Fragen

1. Wer ist unterstellt?



Subjektiver Geltungsbereich

2. Was ist unterstellt?

Liegt überhaupt eine öffentliche Beschaffung vor?



Objektiver Geltungsbereich

2. Anwendungsbereich: wer ist unterstellt?

- Bund
 - Kantone/Gemeinden
 - Einrichtungen des öffentlichen Rechts
 - Sektorenunternehmungen
- Positivlisten
- } kommerziell tätig ?

Formel: "staatsgebunden, öffentliches Interesse, nicht-gewerblich"

- staatsgebunden: beherrschender Einfluss der öffentlichen Hand
- nicht-gewerblich = dem Wettbewerb ausgesetzt
BGer 2C_485/2010, Urteil vom 3.7.2012: zur Wettbewerbstätigkeit
Gebäudeversicherungsanstalt im Markt
- Einrichtung des öffentlichen Rechts
BGer 2C_611/2011, Urteil vom 16.12.2011: offen gelassen

2. Anwendungsbereich: Wer ist unterstellt?

Auf kantonaler Ebene:

- Im Nichtstaatsvertragsbereich auch Private (nicht staatsgebunden):
 - subventioniert (mehr als 50 %)
 - Träger öffentlicher Aufgaben
 - Ausnahme kommerziell tätig
- Kirchgemeinden
 - ☒ Kt. St. Gallen: SG B 2011/44 Urteil vom 29.8.2011
 - ☑ Kt. Zürich; Kt. Bern, etc.

2. 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**"

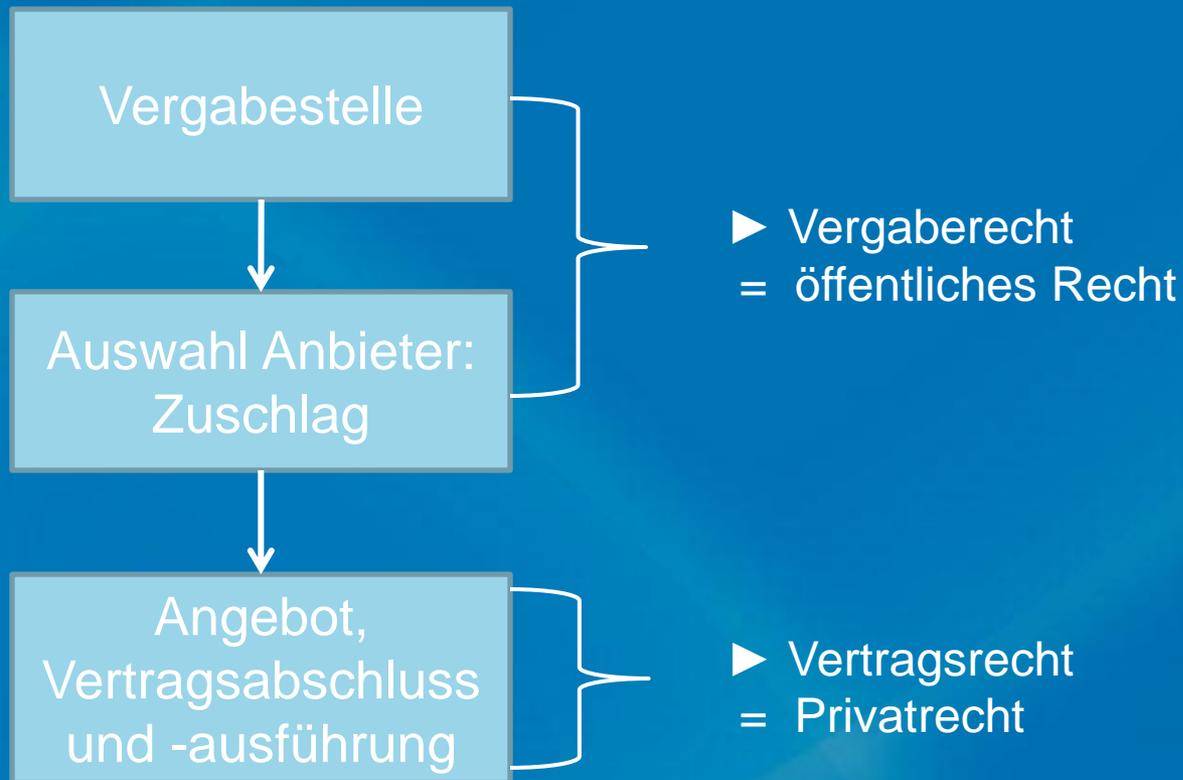
Aber:

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

2. Anwendungsbereich: was ist unterstellt?

- Genfer Plakatkonzession-Velo-Fall: BGE 135 II 49
- Gemeinden dürfen Beschaffungsrecht nicht mittels der 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/Binnenbereich: vgl. Urteil BVGer vom 21.6.2011 zum Personalverleih

3. Zuschlag und Vertragsabschluss: Zweischichtentheorie



3. Zuschlag und Vertragsabschluss

- Wann ist Vertragsabschluss zulässig?
- Kantonale Verfahren: vgl. VGr ZH, VB.2012.00436 vom 20.7.2012
 - Nach Ablauf Beschwerdefrist
 - wenn nicht mehr mit einer Beschwerde zu rechnen ist
 - Wenn eine eingegangene Beschwerde keine aufschiebende Wirkung beantragt hat und sie im Rahmen der Fristansetzung zur Beschwerdeantwort auch von Amtes wegen nicht erteilt wurde.
- Entzug der aufschiebenden Wirkung
 - umgehend, Frist für Rm an Bger muss nicht abgewartet werden
 - BGer 2D_26/2012, Urteil vom 7.8.12: «dies dürfte vermutlich einer verfassungsmässigen Prüfung standhalten»

3. Zuschlag und Vertragsabschluss

- **Der unzulässig verfrüht abgeschlossene Vertrag:**
 - BGer 2D_26/2012, Urteil vom 7.8.12:
 - Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung, bisher nicht entschieden. Tendenz?
«soweit die Beschwerdeführerin meint, eine Gutheissung der vorliegenden Beschwerde könnte unmittelbar zur Aufhebung des Werkvertrages führen, irrt sie: ihr im kt. Verfahren gestelltes Gesuch zielte allein auf die Verhinderung des Vertragsabschlusses ab, nicht aber auf die Regelung des bereits abgeschlossenen Vertrages...»
 - Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012: «Anweisung an die Vergabestelle durch Vergabegericht zur Vertragsauflösung je nach Vertragstyp»
- **BGE 129 I 410: negative Bindung - keine Pflicht zum Vertragsabschluss**

4. Die ausnahmsweise freihändige Vergabe

- **Vergaben über den Schwellenwerten:**
 - Voraussetzungen: streng
 - Formvorschriften (Publikation, Bericht)
 - Beides wird häufig nicht beachtet – aber: wenig Rechtsmittel
- **BGE 137 II 313: Microsoft-Lizenzen des Bundes**
 - Seit Anfang der 90er Jahre: Microsoft, keine Publikationen
 - 2009: SHAB Publikation freihändige Vergabe Lizenzen (40 Mio.)
 - 18 OSS-Anbieterinnen wehren sich – ohne Erfolg
- VGr SG B 2008/70, 14.10.2008: Klanghaus Toggenburg
- VGr ZH VB.2009.00667, 5.10. 2010: Legitimation
- VGr ZH VB.2005.00557, 13.9.2006: Hochhaus Werd

5. Angebote und ihre Beurteilung

Die Themen:

- Formelle Prüfung: Ausschlussgründe
- Inhaltliche Anforderungen
- Vorbefassung
- Bewertung von Eignungskriterien
- Bewertung von Zuschlagskriterien
- Ungewöhnlich niedrige Angebote

5. Angebote und ihre Beurteilung

EuGH C-368/10 vom 10.5.2012; Kommission gg. Niederlande

- Technische Spezifikation "Max Havelaar" ist unzulässig
- Nachhaltigkeit darf als Mindestanforderung vorgeschrieben werden
- Label ist aber offen zu lassen
- Als Zuschlagskriterium darf kein bestimmtes Label bevorzugt werden

5. Angebote und ihre Beurteilung

Zuschlagskriterien: Zulässige Beispiele, aber....

- **Zugang zur Aufgabe:** VGr ZH, VB.2011.00322 vom 28.9.2011
- **Public Voting - mit dem Ergebnis 2:1**
 - VGr ZH, VB.2011.00207 17.8.2011: nein
 - BGE 138 I 143 25.1.2012: ja -zurück an den Start
 - VGr ZH, VB.2012.00074 28.3.2012: ja, aber nein

5. Angebote und ihre Beurteilung

Ausschluss von "spekulativen" Angeboten

→ VGr ZH; VB.2010.00402 vom 15.12.2010

- Vergabestelle muss Einheitspreise mit negativen Vorzeichen (Minuspreise) oder unrealistisch tiefe, nicht kostendeckende Preise, wie z.B. Nullerpreise oder Einfrankenpreise, nicht akzeptieren
- Verschiebung von Kostenteilen aus bestimmten Einheitspreisen in andere Positionen ist unzulässig
- Verletzung Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot
- Ausschluss Angebot war zulässig

5. Angebote und ihre Beurteilung

Zulässigkeit von Pauschalpreisangeboten?

→ VGr ZH, VB.2009.00668 vom 19. Mai 2010

- Pauschalangebote sind keine zulässigen Varianten
- Zulässig ist, 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

5. Angebote und ihre Beurteilung

Mindestgewichtung des Kriteriums Preis:

- 20%: vgl. VGr ZH, VB.2011.00322 vom 28.9.2011
- 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%
- Andere Methoden

6. Der Dialog

Bund: Art. 26a VöB

¹ Die Auftraggeberin darf bei komplexen Beschaffungen oder bei der Beschaffung intellektueller Dienstleistungen die von den Anbietern und Anbieterinnen vorgeschlagenen Lösungswege oder Vorgehensweisen im Dialog weiterentwickeln, vorausgesetzt sie hat in der Ausschreibung darauf hingewiesen.

² Sie gibt in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, wie die Teilnahme am Dialog und die Nutzung der vorgeschlagenen oder weiterentwickelten Lösungswege und Vorgehensweisen vergütet werden.

6. Der Dialog

Bund: Art. 26a VöB

³ Sie wählt unter den Anbietern und Anbieterinnen diejenigen aus, mit denen sie den Dialog führen will, und gibt ihnen Folgendes vorgängig bekannt:

- a. den Lösungsweg oder die Vorgehensweise, die ausgewählt wurden;*
- b. die möglichen Inhalte des Dialogs;*
- c. die Fristen und Modalitäten zur Einreichung des endgültigen Angebots des im Rahmen des Dialogs entwickelten Lösungsweges oder der entwickelten Vorgehensweise.*

6. Der Dialog

- Publikation usic
 - Neuentwicklungen im Vergabewesen
 - www.usic.ch
- Publikation KBOB
 - Leitfaden öffentliche Beschaffungen mit Dialog Mai 2012
 - www.bbl.admin.ch
 - www.kbob.ch