



**Kanton Zürich
Interne Aus- und Weiterbildung**

SUBMISSIONEN ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN Bereich Bau

**Schulung Kanton
28. und 30. September 2020, je 13.30 – 17.00 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
ra@schneider-recht.ch
www.schneider-recht.ch



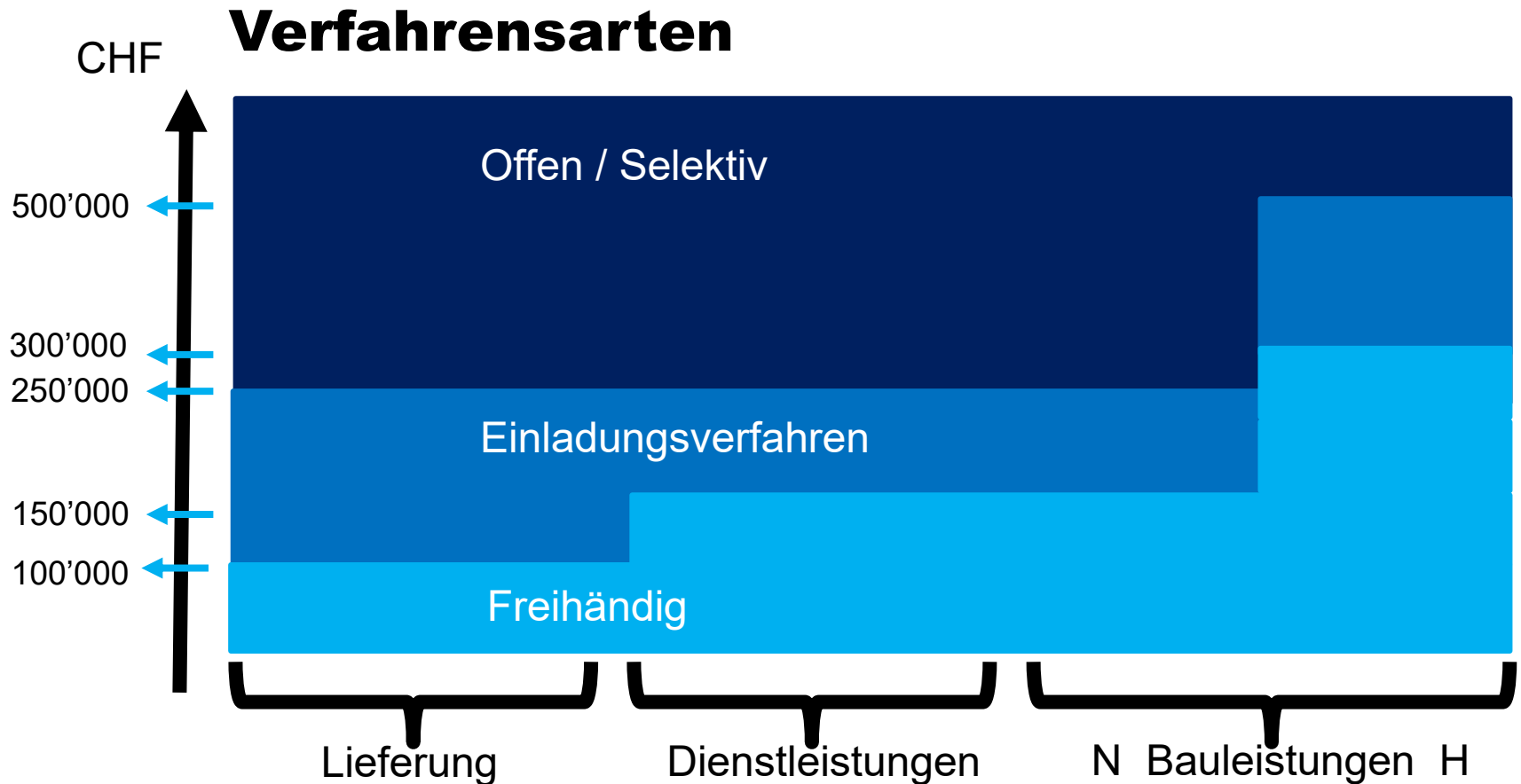
SUBMISSIONEN UND ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN (Bereich Bau)

1. Besprechung Vorbereitungsaufgabe
2. Überblick über die Verfahrensarten
3. Schwellenwerte
4. Das freihändige Verfahren
5. Inhalt von Ausschreibungen

Pause 15.00 - 15.25 Uhr

6. Behandlung von Angeboten
7. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren
8. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf

1. Überblick über die Verfahrensarten





2. Schwellenwerte

a) Im Staatsvertragsbereich I

Schwellenwerte – GPA:

- **CHF 8 700 000** bei Bauwerken (Gesamtwert)
- **CHF 350 000** pro Lieferung/Dienstleistung
- **CHF 700 000** pro Lieferung/Dienstleistung für Sektorenunternehmen Wasser, Energie, Verkehr

Staatsvertragsbereich bedeutet:

- Grundsatz: nur offenes oder selektives Verfahren
- Ausnahme: Bagatellklausel bei Bauaufträgen
- strengere Anforderungen:
 - Fristen 40 Tage Angebot / Teilnahmeantrag 25 Tage
 - Ausschreibung mit frz. Zusammenfassung



2. Schwellenwerte

a) Im Staatsvertragsbereich II

Faustregeln für Zuordnung zum Staatsvertragsbereich und zum Nicht-Staatsvertragsbereich:

1. **Schwellenwerte** bestimmen die Grenze zwischen Staatsvertrags- und Nicht-Staatsvertragsbereich
2. **Voraussetzung 1:** Nur bestimmte **Auftraggeber** sind den Vorschriften im Staatsvertragsbereich unterstellt (Art. 8 Abs. 1 IVöB)
3. **Voraussetzung 2:** Zudem sind nur bestimmte, in den Staatsverträgen **aufgelistete Leistungen** den Vorschriften im Staatsvertragsbereich unterstellt (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

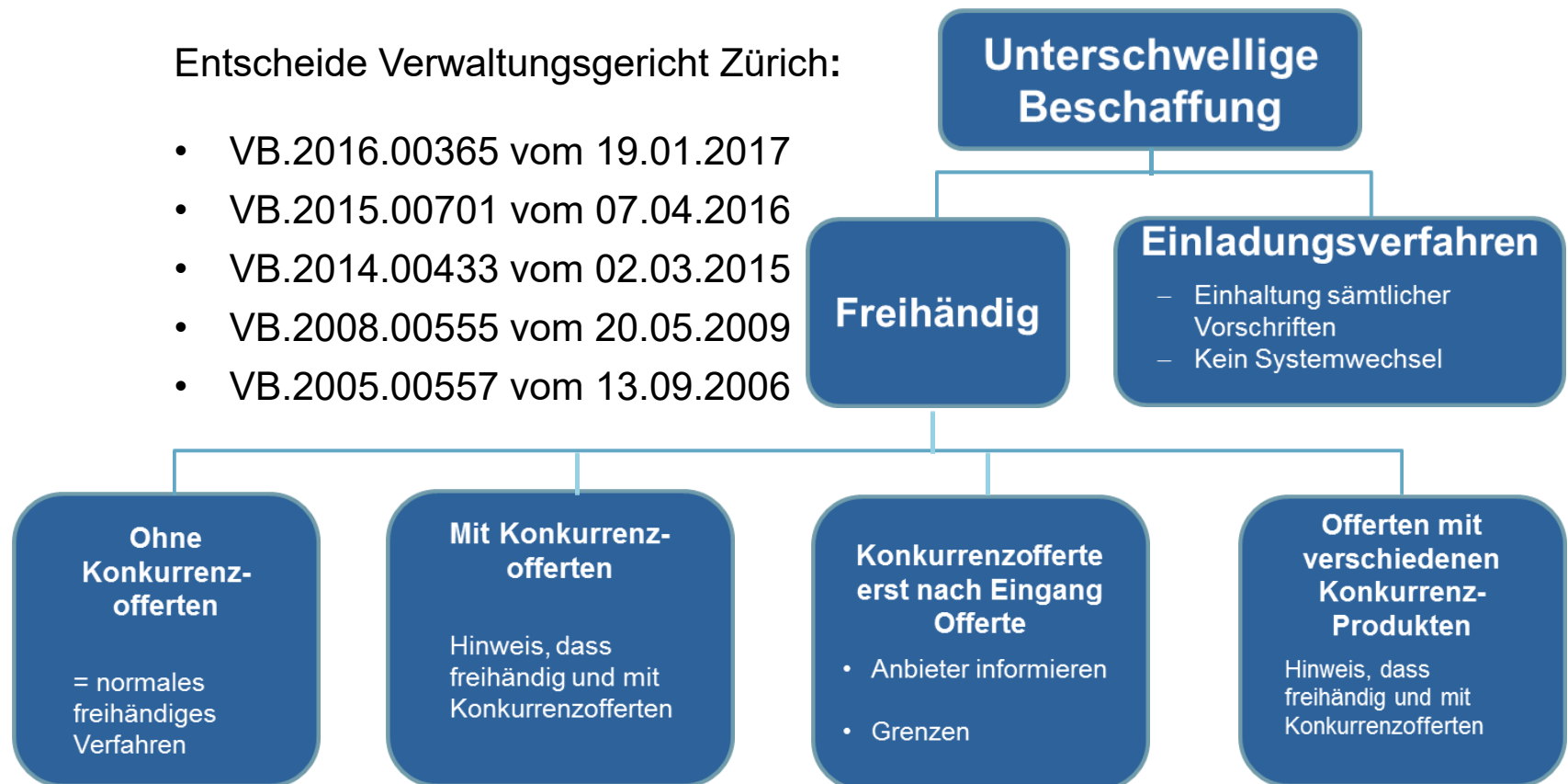


3. Das freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich I

Entscheide Verwaltungsgericht Zürich:

- VB.2016.00365 vom 19.01.2017
- VB.2015.00701 vom 07.04.2016
- VB.2014.00433 vom 02.03.2015
- VB.2008.00555 vom 20.05.2009
- VB.2005.00557 vom 13.09.2006





3. Das freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich II

Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2015.00701
vom 07.04.2016:

- Konkurrenzofferten auch im freihändigen Verfahren zulässig
- Vorsicht: nicht Anschein eines Einladungsverfahrens erwecken!
- Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns:
Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, Treu und Glauben sowie faires Verfahren beachten
- Mindestanforderungen Binnenmarktgesetz: Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieter sind einzuhalten



3. Das freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich III

Wichtige Punkte bei Einholung von Konkurrenzofferten:

- Vorab entscheiden, ob Beschaffung freihändig, *allenfalls* unter Einholung von Konkurrenzofferten, oder im Einladungsverfahren durchgeführt wird
- Wird freiwillig Einladungsverfahren gewählt, ist an diesem festzuhalten: nachträglicher Wechsel unzulässig
- Transparenz wichtig: Hinweis, dass Offertanfrage im Rahmen eines freihändigen Verfahrens mit Einholung mehrerer Konkurrenzofferten erfolgt



3. Das freihändige Verfahren

b) Ausnahmebestimmung I

Direktaufträge aufgrund der Ausnahmebestimmung von § 10 SVO

- Urheberrechte, z.B. "Klanghaus Toggenburg"; VGer St. Gallen B 2008/70 vom 14.10.2008: unzulässige freihändige Vergabe
- Dringlichkeit (z.B. BGE 141 II 113)
- Ergänzungsbeschaffungen (z.B. VB.2005.00557 vom 13.09.2006 betr. Tramdepot)
- Technische Besonderheiten (z.B. Microsoft-Vergabe des Bundes BGE 137 II 313; VB.2015.00780 vom 11.08.2016; VB.2014.00215 vom 29.7.2014)
- Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb (z.B. VB.2013.00393 vom 16.01.2014).



3. Das freihändige Verfahren

b) Ausnahmebestimmung II

- Ausnahmebestimmungen von § 10 Abs. 1 SVO sind restriktiv anzuwenden
- Bericht erstellen gem. § 10 Abs. 2 SVO (interne Aktennotiz)
- Vergabebeschluss durch zuständige Behörde
- Im Staatsvertragsbereich ist Publikation auf simap.ch vorgeschrieben und auch sinnvoll
- Beschwerdelegitimation: nur, wenn Beschwerdeführerin in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen (VB.2015.00780)



4. Inhalt von Ausschreibungen

a) Vorbereitung einer Ausschreibung

- Definition des Beschaffungsgegenstandes
 - Was wird in welchem Umfang benötigt?
 - Zielsetzungen?
 - Machbarkeit?
 - Evtl. externe Fachleute beiziehen (aber keine mögl. Anbieter)
- Termin- und Ressourcenplanung
 - internen 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 – **Vorlagen verwenden**
- Leistungsverzeichnis, Pflichtenheft, Devis
 - detaillierte/funktionale Ausschreibungen
 - technische Spezifikationen
- Formulare: Referenzen, Fragebögen
- AGB, Vertragsdokument (Entwurf)
- Angaben zu verlangten Garantien/Bürgschaften



4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien I

- beschreiben Anforderungen, welche an Anbieter (nicht an Angebot) gestellt werden → **anbieterbezogen**
- beziehen sich auf fachliche, organisatorische, wirtschaftliche, technische und finanzielle Eignung/Leistungsfähigkeit
- sachgerecht und erforderlich: keine unnötige Eingrenzung des Marktes; VB.2016.00481 vom 17.11.2016



4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien II

- Nachweise festlegen
 - ➔ Bsp: «Nachweis der genügenden Erfahrung zu ...» oder «eidg. Fachausweis Polier» (VB.2017.00612 vom 20.12.2017)
- **Killerkriterien:** können nur erfüllt oder nicht erfüllt werden
 - ➔ Ausschluss (vgl. auch VB.2016.00180 vom 04.08.2016)
- sind klar von Zuschlagskriterien abzugrenzen (insb. Qualität; vgl. BGE 139 II 489)



4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien III: 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 Auftragserledigung ermöglicht
- Reaktionszeit der Serviceorganisation
- technische Ausstattung des Maschinenparks
- ausreichendes QM-System (nur untergeordnet!)



4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien IV: Unzulässige Beispiele

- Forderung nach 5 einschlägigen Referenzprojekten ist bei nicht aussergewöhnlich hoher Komplexität des Vergabegegenstands ungerechtfertigt (VB.2011.00676 v. 09.05.2012, E. 4.2)
- Beschränkung auf inländische Referenzobjekte (im Bereich Autobau) ist unzulässig, da dies auf eine Marktabschottung hinausläuft (VB.2008.00194 vom 08.04.2009).



4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien V: Nachweise

Wichtig: zusätzlich Nachweise verlangen - Beispiele:

- 3 vergleichbare Referenzobjekte, nicht älter als 8 Jahre
- 3 Referenzauskünfte zur einwandfreien und tadellosen Abwicklung dieser Referenzobjekte (zu Qualität, Termine, Kosten, Projektorganisation)
- Angaben zu Mitarbeitern: Anzahl, Funktion, Ausbildung
- Angaben zur Reaktionszeit der Serviceorganisation im Bedarfsfall (vom Zeitpunkt der Benachrichtigung bis zum Eintreffen vor Ort mit Fachleuten und Material)
- Organigramm und Beschrieb der Organisation des Bewerbers
- Kopie QM-Zertifikat oder Beschrieb des eigenen QM-Systems



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 (BGE 139 II 489)
- keine Kriterien aufführen, die nicht geprüft werden
- Konkretisierung durch Unterkriterien (im Kanton ZH noch nicht zwingend, VB.2016.00799 vom 04.05.2017)



4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien II: Reihenfolge und Gewichtung

- Keine generelle Pflicht die Gewichtung der Zuschlagskriterien vorgängig bekanntzugeben (anders: Bund, Kt. Aargau etc.)
- Kanton Zürich: Reihenfolge reicht aus
- Aber: Bekanntgabe der Gewichtung ist empfehlenswert!
- Gewichtung, die bekannt gegeben wurde, ist aber einzuhalten!
- Nur lineare Bewertung zulässig
- Bewertungsmatrix bereits vorab erstellen
- Skalierung der Punktevergaben mit klaren Aussagen
- Verwendung unterschiedlicher Notenskalen ist unzulässig (VB.2012.00176 v. 05.10.2012; VB.2013.00132 v. 10.04.2013)



4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien III: Gute Beispiele

- Auftragsanalyse
- Fachkompetenz und Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen
- Vorgehenskonzept (bspw. Arbeiten unter Betrieb)
- Vorschlag für projektbezogenes Qualitätsmanagement
- je mit Unterkriterien



4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien IV: Beispiel Qualität

- Technisch überzeugender Vorschlag:
 - konstruktive Lösung
 - Funktionalität
 - Montageablaufprogramm
 - Instandhaltungsaufwand
 - Betriebssicherheit
- Einsatz von qualifiziertem Schlüsselpersonal
 - Ausbildung, Berufserfahrung
 - Ähnliche oder gleiche ausgeführte Referenzen in den letzten 5 Jahren
 - Nachweis zu Kapazität/Einsatzfähigkeit
- Projektbezogenes Qualitätsmanagementkonzept (PQM)



4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien V: Zulässig, aber....

- **Zugang zur Aufgabe** (VB.2011.00322 vom 28.09.2011)
- **Lehrlingsausbildung:** nur im Nicht-Staatsvertragsbereich, hier seit 01.07.2018 Anwendung obligatorisch, vgl. neuer § 4c IVÖB-BeitrG (vgl. Folie 32); VB.2017.00512 vom 05.10.2017: keine generelle Untersagung im Staatsvertragsbereich, wenn keine ausländischen Anbieter teilnehmen
- **Leistungsfähigkeit:** zulässig, wenn grössere Anbietende mit zahlreichen eigenen spezifischen Mitarbeitern bevorzugt werden (10%, VB.2005.00514 vom 01.11.2006) ➔ kein KMU Schutz!
- **Public Voting** (BGE 138 I 143 und VB.2012.00074 vom 28.03.2012)



4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien VI: Unzulässige Beispiele

- "allgemeiner Eindruck der Offerte", steuerliche Gründe etc.
- Vollständigkeit der Offerte
- «Ökologische Überlegungen» bzw. «Länge der Anfahrtswege», wenn alleine auf den Anfahrtsweg abgestellt wird (so bei Aufträgen zur Abfallentsorgung, VB.2010.00568 vom 12.01.2011); nur zulässig, wenn für die konkrete Beschaffung ein schnelles Intervenieren erforderlich ist (VB.2015.00477 vom 05.11.2015)



4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien VII: Unzulässige Beispiele

- Präsentationen
- **Ortskenntnisse** grundsätzlich nein (BGer 2P.46/2005 und 2P.47/2005 vom 16.09.2005)
 - Ausnahmen nur dann zulässig, wenn dies sachgerecht ist
 - zudem nicht unabdingbare Voraussetzung
 - z. B. Gesamtmelioration einer Gemeinde



4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

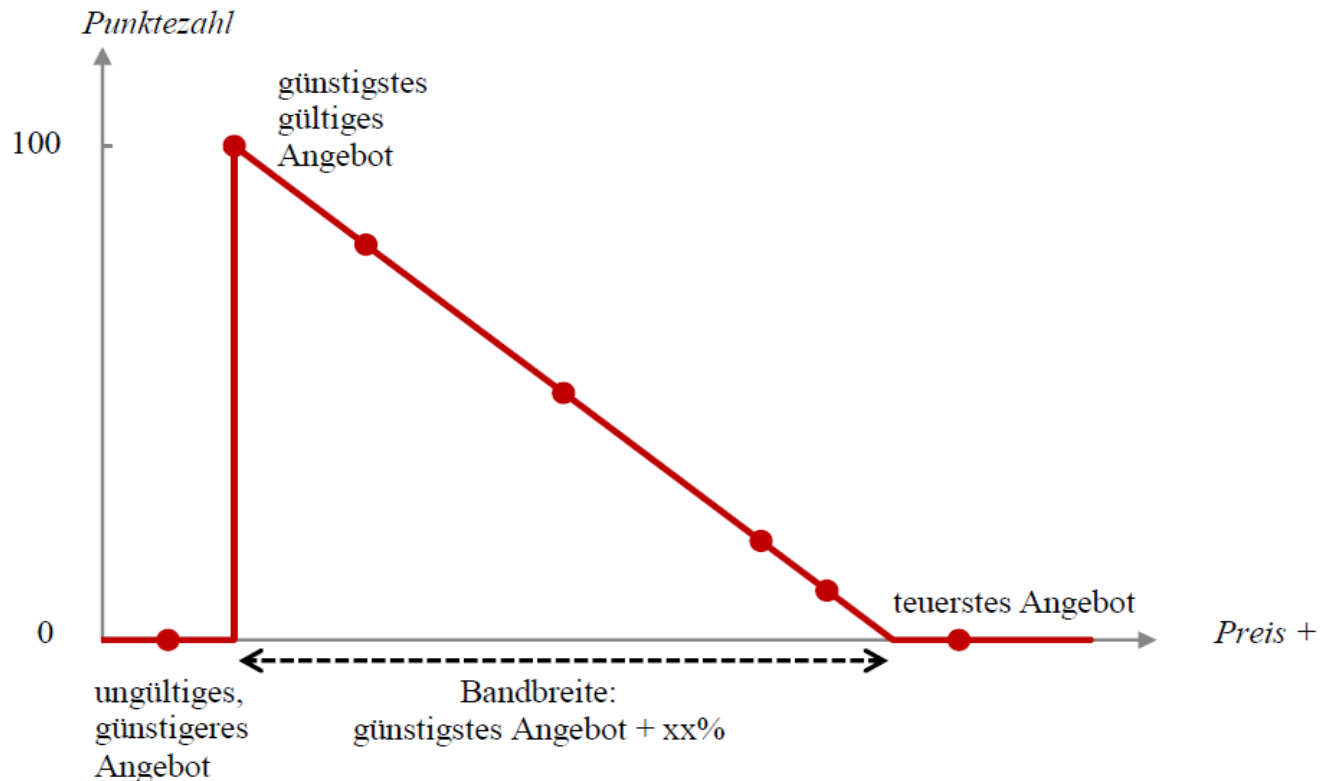
- BGE 143 II 553
- Preislich tiefstes (gültiges) Angebot ist im Verhältnis zu den anderen Angeboten stets am besten zu bewerten.
- Zwei Parameter sind entscheidend:
 1. Preisgewichtung
 - Wie viel Prozent der Gesamtpunktzahl aller Kriterien macht der Preis aus?
 - 20% als Untergrenze – nur bei komplexen Beschaffungen
 2. Preisbewertungsmethode: linear, aber richtig



4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

Richtig: lineare Preisbewertung





4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

Lineare Preisbewertung: Preisspanne richtig!

- Die richtige Preisspanne ist entscheidend:
 - 30 – 50% bei nicht komplexen Bauleistungen
 - 75 – 100% bei komplexen Leistungen
 - Höhere Spannen im Einzelfall: 200% nachvollziehbar, VB.2014.00175
- Vorgängig bekannt gegeben – was wenn nicht?
 - Orientierung an konkreten Werten
 - Aber nicht nur: VB.2016.00615
 - 2 Angebote, Preisunterschied 5% ≠ Preisspanne



4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

Unzulässige Modelle

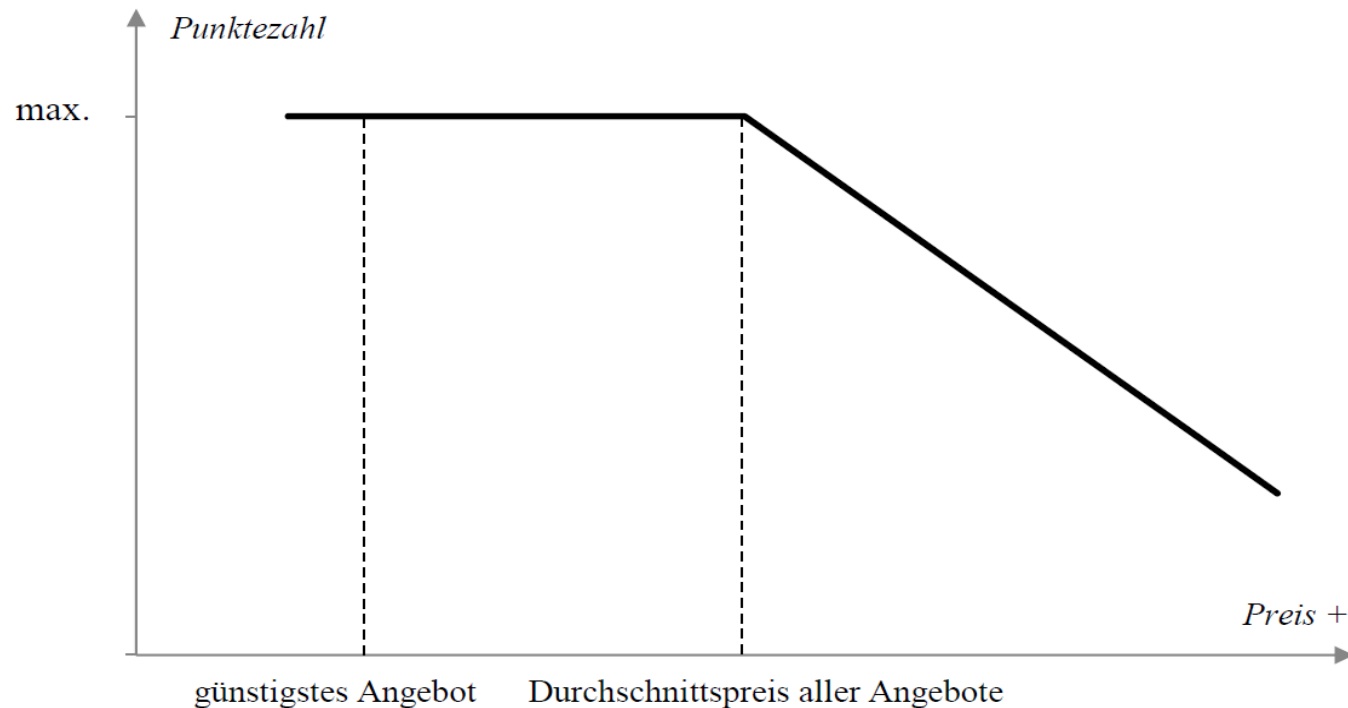
- Lineare Modelle mit falschen Preisspannen
- Asymptotische / degressive Modelle
- Kein Wegstreichen von Höchst- / Tiefstpreisen, sondern: Beurteilung hat aufgrund tatsächlicher Preise zu erfolgen
- Keine Vorgaben von Mindestpreisen für Höchstnote
- Keine preislichen Mittelwerte als Bestnote (Glockenkurve)
- Keine Plafonierungen der Punktezuteilung nach unten / oben



4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

Unzulässige Modelle





4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

Unzulässige Modelle

BGE 143 II 425 / BGE 143 II 553

- Prüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots = ist Thema der Gültigkeit eines Angebots ≠ und nicht der Preisbewertung
- Ein zu tiefer Preis allein: Kein Ausschlussgrund
- Keine Bestrafung von tiefen Preisen bei der Bewertung des Preiskriteriums
- Bewertungsabzüge mit der Begründung, der Preis sei nicht plausibel sind unzulässig



4. Inhalt von Ausschreibungen

f) Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung

- Gewichtung: min. 5% und max. 10% (§ 4c IVöB-BeitrG)
- Bewertung: Lehrlingsanteil im Verhältnis zur Gesamtmitarbeiterzahl (VB.2016.00025 vom 27.09.2016; VB.2014.00117 vom 04.06.2014; VB.2012.00001 vom 27.06.2012)
- Empfehlenswert: lineare Bewertung, d.h.
 - Höchster Lehrlingsanteil erhält maximale Punktzahl – vorausgesetzt, Lehrlingszahl steht in vernünftigem Verhältnis zur Mitarbeiterzahl
 - Gar keine Lehrlingsbeschäftigung 0 Punkte; dazwischen lineare Punkteverteilung



4. Inhalt von Ausschreibungen

g) Leistungsverzeichnis, Pflichtenheft, Devis

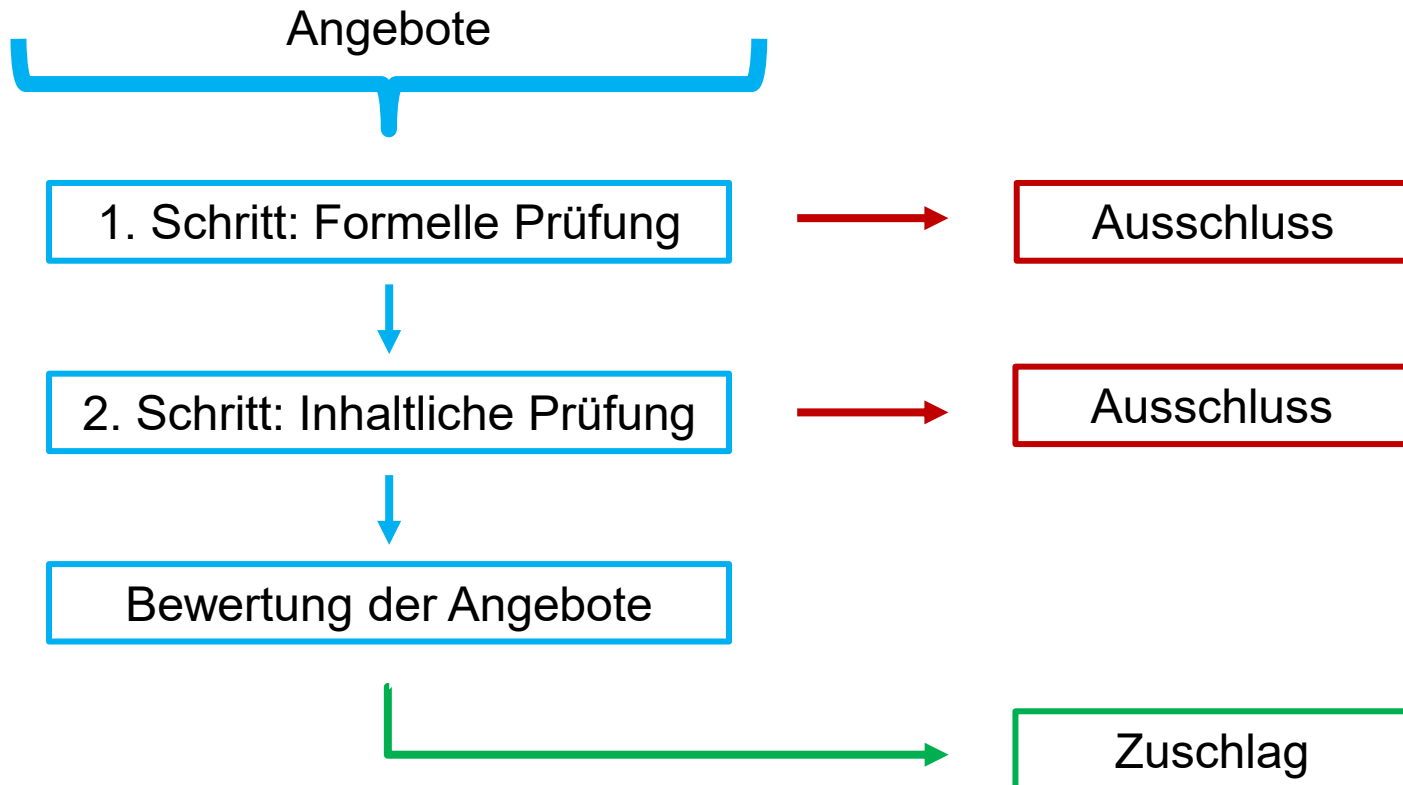
- Detaillierte oder funktionale Ausschreibungen
- Technische Spezifikationen / Produktbeschreibung:
 - Unterscheiden zwischen: zwingend verlangte ↔ erwünschte Eigenschaften
 - keine Marken / technische Angaben
 - wenn: dann ist Zusatz "oder gleichwertig" unumgänglich, VB.2014.00202 vom 22.10.2014

VB.2005.00200 vom 25.01.2006:

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



5. Behandlung von Angeboten





5. Behandlung von Angeboten

a) Prüfung der Angebote: Die einzelnen Schritte im Überblick

- 1. Schritt: Formelle Prüfung:
 - Wesentliche formelle Anforderungen
 - Gesetzliche Anforderungen
 - Inhaltliche Anforderungen

➔ Ausschluss als Folge!
- 2. Schritt: Inhaltliche Prüfung
 - Phase 1: Fachliche und rechnerische Prüfung
 - Phase 2: Bewertung der Angebote



5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote I

Ausschlussprüfung zu wesentlichen formellen Anforderungen (§ 4 a Abs. 1 lit. b IVÖB-BeitrG):

- Eingabefrist
- Unterschrift des Angebots
- Vollständigkeit des Angebots bzw. Teilnahmeantrags
 - Grundsatz der Unabänderlichkeit von Offerten
 - Unvollständigkeit betrifft wesentliche Punkte (VB.2016.00191 vom 14.07.2016)
 - Verbot des überspitzten Formalismus (VB.2016.00423 vom 06.10.2016; VB.2016.00761 vom 04.01.2017)
 - Abänderung der Ausschreibungsunterlagen (VB.2012.00797 vom 27.02.2013)



5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote II

Ausschlussprüfung zu gesetzlichen Anforderungen (§ 4 a BetG)

- 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 25.09.2012)
- Bezahlte Steuern und Sozialabgaben
- Unzulässige Vorbefassung
- Falsche Auskünfte (VB.2014.00587 vom 04.12.2014)



5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote III

Ausschlussprüfung zu inhaltlichen Anforderungen

- Eignungsprüfung (im selektiven Verfahren, vgl. VB.2013.00656 vom 05.12.2013)
- Mindestanforderungen im Angebot zu Ausführung und Produkte
- Ungewöhnlich niedriges Angebot (§ 4 a Abs. 1 lit. d BetG)



5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote IV

Einheitspreise/spekulative Preise

- Einheitspreise im Angebot prüfen
- Unzulässig: Verschiebung von Kostenteilen aus bestimmten Einheitspreisen in andere Positionen, insb. Festpreispositionen
- Vergabestelle muss Einheitspreise mit negativen Vorzeichen (Minuspreise) oder unrealistisch tiefe, nicht kostendeckende Preise, wie z.B. Nuller- oder Einfrankenpreise, nicht akzeptieren
- Verletzung Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot
- Ausschluss eines Angebots aus diesem Grund gerechtfertigt
- VB.2010.00402 vom 15.12.2010; VB.2012.00257 vom 08.08.2012



5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote V

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
 - z.B. 2P.164/2004 vom 25.01.2005



5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote VI

> Fortsetzung Vorbefassung

VB.2012.00309 v. 29.08.2012 (ähnlich VB.2012.00286 v. 26.09.2012)

- Unproblematisch: Wissensvorsprung aufgr. bisheriger Tätigkeit
- Vorarbeiten / Grundlagenaufbereitung für spätere Ausschreibung führen nicht zwingend zum Ausschluss damit befasster Personen oder Unternehmen
- Anbieter kann nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das er sich durch frühere Arbeiten für denselben Arbeitgeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben hat

VB.2014.00433: Verbot der Vorbefassung hat im freihändigen Verfahren nicht die gleiche Tragweite



5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote VII

Eignungsprüfung

- Stolperstein Kongruenz zu Anforderungen in Ausschreibungsunterlagen
- Zulässig: grosszügiger Massstab bei Beurteilung Eignungskriterien (VB.2016.00025 vom 27.09.2016; VB.2014.00179 vom 11.04.2014)
- Auslegung von unklaren Eignungskriterien hat nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen: unklare Vorgaben grosszügig zu Gunsten der Anbieter anwenden (BGE 141 II 14; VB.2012.00243 vom 21.12.2012)



5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote VIII

Ungewöhnlich niedriges Angebot (§ 32 SVO)

- Drei Punkte wichtig:
 - Einhaltung von GAV etc. und Vertragserfüllung sichergestellt (nicht nur bestätigen lassen - zusätzlich Unterlagen, Kalkulationen verlangen)
 - Androhung Ausschluss mit Fristansetzung
 - Bei Einhaltung von Teilnahmebedingungen und Auftragsbedingungen ist Zuschlag zu erteilen, auch wenn Angebot ungewöhnlich niedrig ist (vgl. BGE 143 II 553; BGE 141 II 14 ; BGer 2D_34/2010 vom 23.02.2011; VB.2012.00074 vom 28.3.2012)



5. Behandlung von Angeboten

c) Inhaltliche Prüfung der Angebote - Die beiden Phasen im Detail I

Phase 1: Fachliche und rechnerische Prüfung

- **Korrektur von Rechnungs- und Schreibfehler**
 - Hohe Messlatte
 - Ist telefonisches Nachfragen bei Anbieterin zur Interpretation Fehler notwendig = Korrektur bereits nicht mehr erlaubt (VB.2005.00543 vom 22.03.2006)
- **Bereinigungen, Erläuterungen, Unternehmergespräche**
 - nachträgliche Präzisierung eines Angebots
 - nur: untergeordnete Nebenpunkte oder
 - Missbrauch aufgrund der Umstände nicht denkbar (VB.2012.00724 vom 16.01.2013)



5. Behandlung von Angeboten

c) Inhaltliche Prüfung der Angebote - Die beiden Phasen im Detail II

Phase 2: Bewertung der Angebote

- Grundangebote: Zuschlagskriterien prüfen
- Varianten prüfen
- Bewertungsmatrix erstellen
- Submissionsergebnis



5. Behandlung von Angeboten

d) Zulässiger Umgang mit Referenzauskünften I

- Nur dann Referenzauskünfte einholen und bewerten, wenn in Ausschreibungsunterlagen dazu Nachweise verlangt wurden (Formulare beilegen, VB.2005.00136 vom 22.07.2005)
- Nur Referenzen prüfen, die Anbieter im Angebot aufgeführt hat: keine „Erkundungstouren“ (BGE 139 II 489)
- Eigene Referenzen: ja, aber nicht nur. Resultat muss ausreichend dokumentiert sein (VB.2005.00227 vom 21.09.2005; BGer 2C_549/2011 vom 27.03.2012)



5. Behandlung von Angeboten

d) Zulässiger Umgang mit Referenzauskünften II

- Telefongespräch: schriftlich in Aktennotiz festzuhalten, insb. zu Referenzpersonen, Inhalt der Auskunft, Zeitpunkt der Anfrage/Auskunft (VB.2017.00696 vom 30.11.2017)
- Es liegt im Ermessen der Vergabestelle, ob Referenzauskünfte für alle von den Anbietenden genannten Objekten oder nur für eine repräsentative und geeignete Auswahl eingeholt wird.
- Massstab der Prüfung der Referenzen muss bei allen Anbietern derselbe sein.



5. Behandlung von Angeboten

e) Umgang mit Varianten I

- Variante = Angebot eines Anbieters, das von vorgeschlagener Amtslösung abweicht
- Abweichen kann: Leistung (Projektvariante) oder Ausführung (Ausführungsvariante)
- Anbieter muss Gleichwertigkeit der Variante nachweisen
- Vergabestelle muss sich mit zulässiger Variante sachlich auseinandersetzen und diese prüfen: Grosses Ermessen bei Beurteilung
- Reicht Anbieter nur Unternehmervariante ein, ohne gleichzeitig ein ausschreibungskonformes Grundangebot zu unterbreiten, führt dies nicht ohne Weiteres zum Ausschluss der Variante → **Aber: Nichtausschluss** nur in besonderen Fällen zu bejahen (VB.2012.00628 vom 16.01.2013)



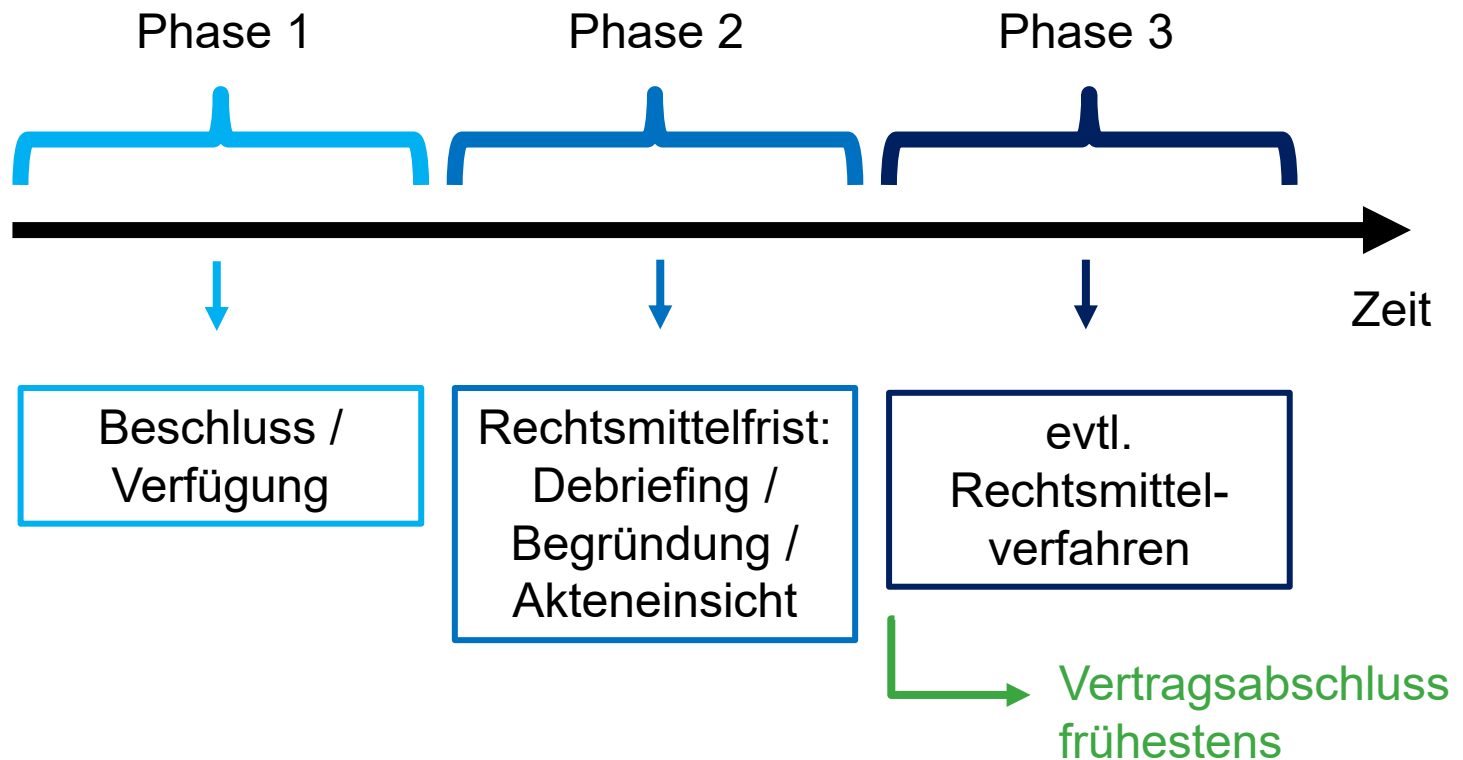
5. Behandlung von Angeboten

e) Umgang mit Varianten II - „Vergütungsvarianten“

- „Vergütungsvarianten“ sind grundsätzlich unzulässig
- Problem: fehlende Vergleichbarkeit
- Zulässig, sich als Vergabestelle neben dem als Einheitspreisangebot ausgestalteten Grundangebot auch Pauschalangebot offerieren zu lassen
- Aber: Pauschalangebot muss *zusätzlich* zum Grundangebot eingereicht werden, auf Basis und unter Beilage des ausgefüllten Leistungsverzeichnisses
- Formulierung in Ausschreibungsunterlagen aufnehmen
(VB.2009.00668 v. 19.05.2012; VB.2013.00806 v. 07.02.2014)



6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren





6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

a) 1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung I

Begründung – was genügt?

- «wirtschaftlich günstigstes Angebot», «beste Erfüllung der Zuschlagskriterien» - genügend?
- Unterschiedlich strenge Praxis – im Kt. Zürich noch möglich
- Beschluss VG AG vom 23.8.12 (WBE.2012.253) – Vergabeentscheid ist zu begründen. Hinweis, wonach Akten einzusehen sind und Vergabeentscheid zu bestimmten Terminen mündlich erläutert wird, reicht nicht
- Bund: erhöhte Anforderungen z.B. beim Abbruch, vgl. BVGer B-2449/2012 vom 6.9.12, Verletzung rechtl. Gehör, unheilbarer Mangel



6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

a) 1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung II

- Zuschlag und Absagen mit Verfügung inkl. Rechtsmittel-Belehrung (10 Tage - keine Gerichtsferien)
- Publikation Zuschlag im offenen/selektiven Verfahren (auch im Nicht-Staatsvertragsbereich) und freihändig erteilte Zuschläge im Staatsvertragsbereich www.simap.ch
- Formalitäten einer Verfügung werden häufig nicht beachtet (vgl. nächste Folie)



6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

a) 1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung III

Zu beachtende Formalitäten:

- Verfügende Behörde: muss nach Gemeindeordnungen und Organisationsreglementen zuständig sein; Zeichnungsberechtigungen beachten
- VB.2010.00002 vom 24.02.2010: "unter vorbehältlicher Zustimmung des Verwaltungsrates"
- Privater, der im Auftrag Gemeinde Ausschreibung durchführt, darf nie den Zuschlagsentscheid fällen (Nichtigkeit der Verfügung)
- BGer 2C_865/2010 vom 13.04.2011: Delegation an Arbeitsgruppe?



6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

b) 2. Phase - Fristen, Debriefing, Begründungspflicht

- Debriefing
 - beliebtes Instrument in der Praxis
 - gesetzlich nicht geregelt
- Schriftliche Begründung kann verlangt werden
 - § 38 Abs. 3 SVO: Name, Preis des berücksichtigten Angebots, wesentliche Gründe für die Nichtberücksichtigung, ausschlaggebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots
 - Wichtig: gute Begründung & sofort verhindert Beschwerden!
- Recht auf Akteneinsicht / Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen des Anbieters (Art. 11 lit. g IVöB)



6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

c) 3. Phase – das erstinstanzliche Verfahren I

- Anträge, Beschwerdegründe (Art. 16 IVöB: nicht Unangemessenheit)
- Rügepflichten (VB.2014.00701 vom 07.05.2015)
- Legitimation (VB.2016.00312 vom 09.02.2017; VB.2016.00793 vom 23.03.2017; BGE 141 II 14)
- Aufschiebende Wirkung (Art. 17 IVöB): «stand-still» superprovisorisch, definitiv, nachträglich Akteneinsicht



6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

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 IVöB): Anordnung zur Zuschlagserteilung (vgl. VB.2015.00522 vom 24.11.2015); zur Neuurteilung, zur Neuausschreibung, Feststellung Rechtswidrigkeit oder Abweisung



7. **Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf I**

- Abbruch: bei hängigem Vergabeverfahren *vor* Zuschlagserteilung
- § 37 SVO: nur wenn "wichtige Gründe" vorliegen, wie
 - 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), ist anfechtbar



7. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf II

Rechtsprechung:

- BGE 141 II 353
- VB.2016.00673 vom 23.05.2017
- VB.2016.00595 vom 01.12.2016
- VB.2016.00481 vom 17.11.2016
- VB.2015.00568 vom 12.5.2016
- VB.2002.00283 vom 18.6.2003 und weitere in den Folien genannte Entscheide



7. **Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf III**

- Teilabbruch: Vergabestelle gliedert nur bestimmte Leistungen aus einem gesamthaft ausgeschriebenen Leistungspaket aus
- Lediglich Verzicht auf einen Teil der ausgeschriebenen Arbeiten, wenn sich *wichtiger Grund* auf diesen Teil bezieht (keine Wiederholung des Verfahrens)
- Z.B.: wenn nur bei einzelnen Positionen eine massive Kostenüberschreitung vorliegt, nicht aber beim Gesamtpreis
→ massiv teurere Positionen dürfen gestrichen und Teilabbruch verfügt werden
- vgl. VB.2011.00330 vom 25.10.2011, VB.2002.00258 vom 23.01.2003



7. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf IV

- VB.2005.00068 vom 20.04.2005 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: § 4 a II BetG – Verweis auf Ausschlussgründe (§ 4 a I BetG). 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





Fundstellen im Internet

Wichtig: jeweils geltende Erlasse konsultieren

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

auch:

- www.simap.ch
- andere Kantone: www.be.ch, www.beschaffungswesen.sg.ch, etc.
- www.beschaffung.admin.ch / www.kbob.admin.ch



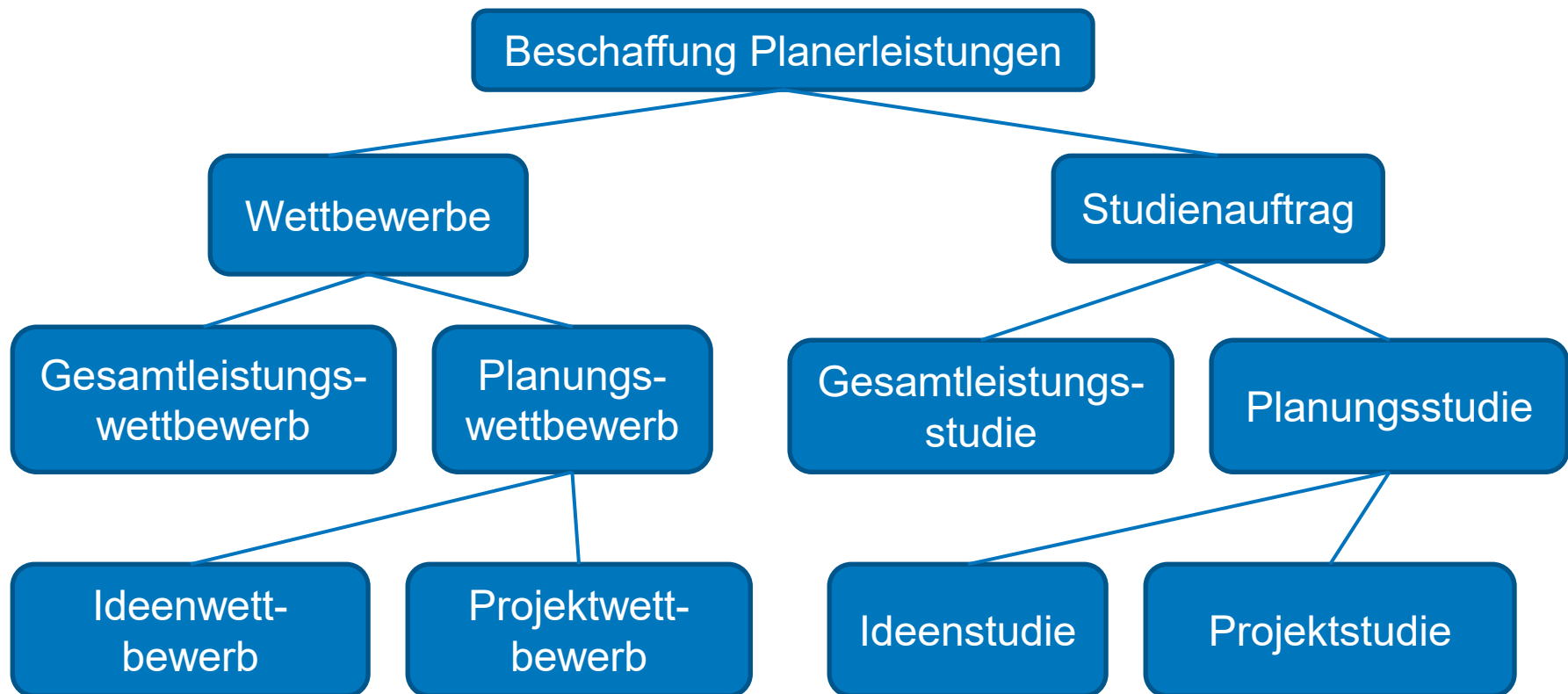
8. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

Inhalt:

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

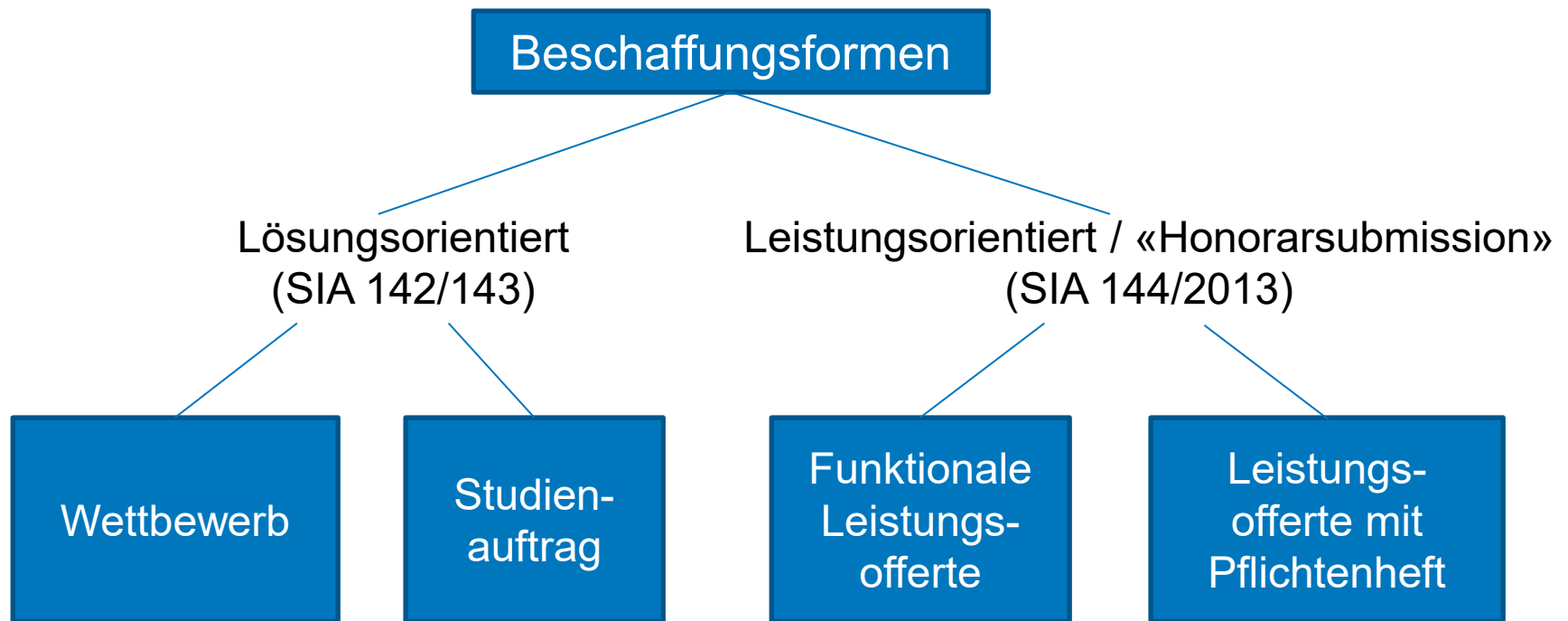


a) Übersicht



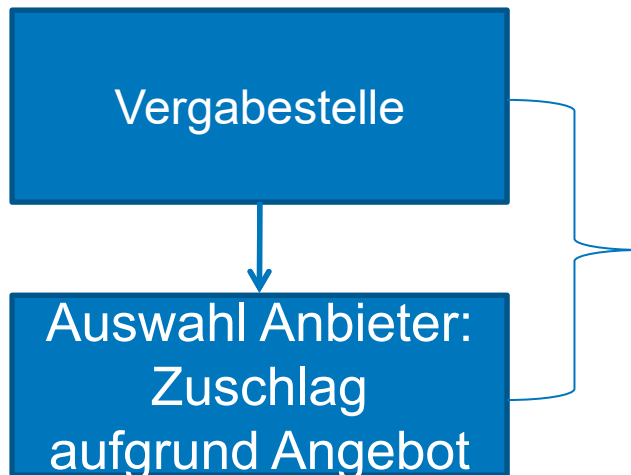


b) Wahl des richtigen Verfahrens

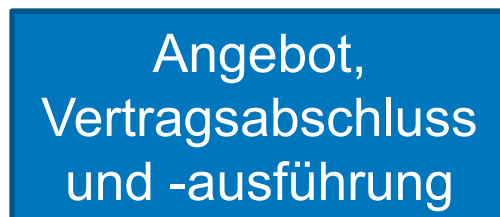




c) **Rechtsgrundlagen**



► Vergaberecht
= öffentliches Recht



► Vertragsrecht
= Privatrecht



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 (nicht anonym) 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: nicht anonymer 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 B 2010/156 vom 14.10.2010**



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 (vgl. auch VB.2013.00393 vom 16.01.2014)
- Gewinner festlegen
- Keine Überarbeitungen / Änderungen mit Aufhebung Anonymität
- Verbindlichkeit des Preisgerichtsentscheids



nton Zürich