

Claudia Schneider Heusi LL.M.
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



ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN VZGV – 17. November 2021

Programm Nachmittag:

13:30 – 15:00 Uhr / 15:15 – 16:30 Uhr

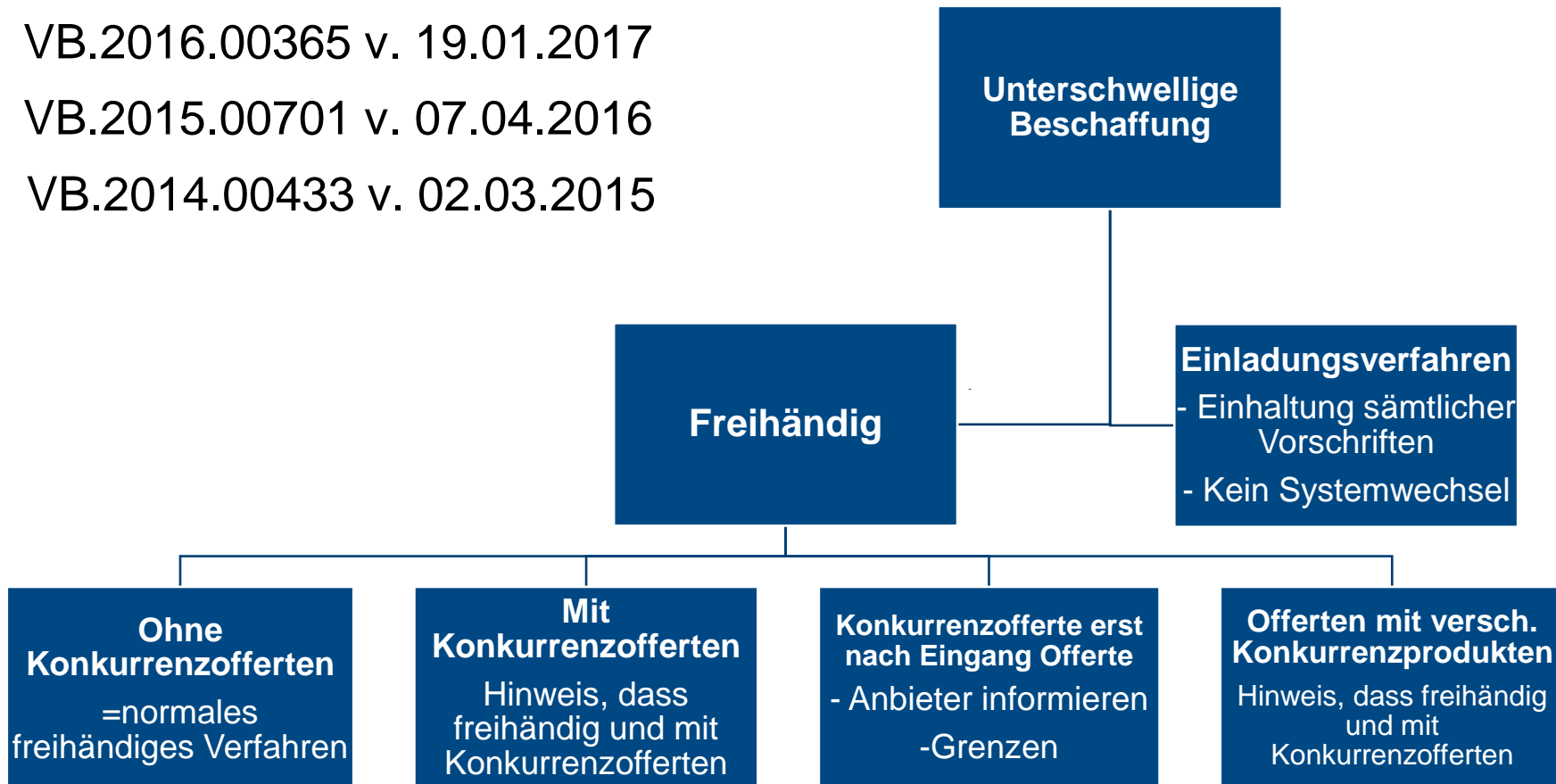
1. Das freihändige Verfahren
2. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren
3. Vertragsschluss
4. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf
5. Hinweise auf Handbuch und Orientierungshilfen
6. Gruppenarbeiten (15:15 – 16:00 Uhr)
7. Exkurs: Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerben

1. Das freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich I

Entscheide Verwaltungsgericht Zürich (vgl. Reg. 7):

- VB.2016.00365 v. 19.01.2017
- VB.2015.00701 v. 07.04.2016
- VB.2014.00433 v. 02.03.2015



1. Das freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich II

Entscheid des VGer ZH VB.2015.00701 v. 07.04.2016 (Reg. 7):

- 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 des Binnenmarktgesetzes: Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieter sind einzuhalten

1. 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

1. Das freihändige Verfahren

b) Überschwellig = Ausnahmebestimmung

Direktaufträge aufgrund der Ausnahmebestimmung von § 10 SVO:

- Urheberrechte, z.B. «Klanghaus Toggenburg»; Urteil VGer SG B 2008/70 v. 14.10.2008 (Reg. 7): unzulässige freihändige Vergabe
- Dringlichkeit (vgl. BGE 141 II 113)
- Ergänzungsbeschaffungen (z.B. VB.2005.00557 v. 13.09.2006 betr. Tramdepot)
- Technische Besonderheiten (z.B. Microsoft-Vergabe des Bundes BGE 137 II 313, Reg. 7; VB.2015.00780 v. 11.08.2016; VB.2014.00215 v. 29.07.2014, Reg. 7)
- Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb (vgl. VB.2013.00393 v. 16.01.2014, Reg. 7)

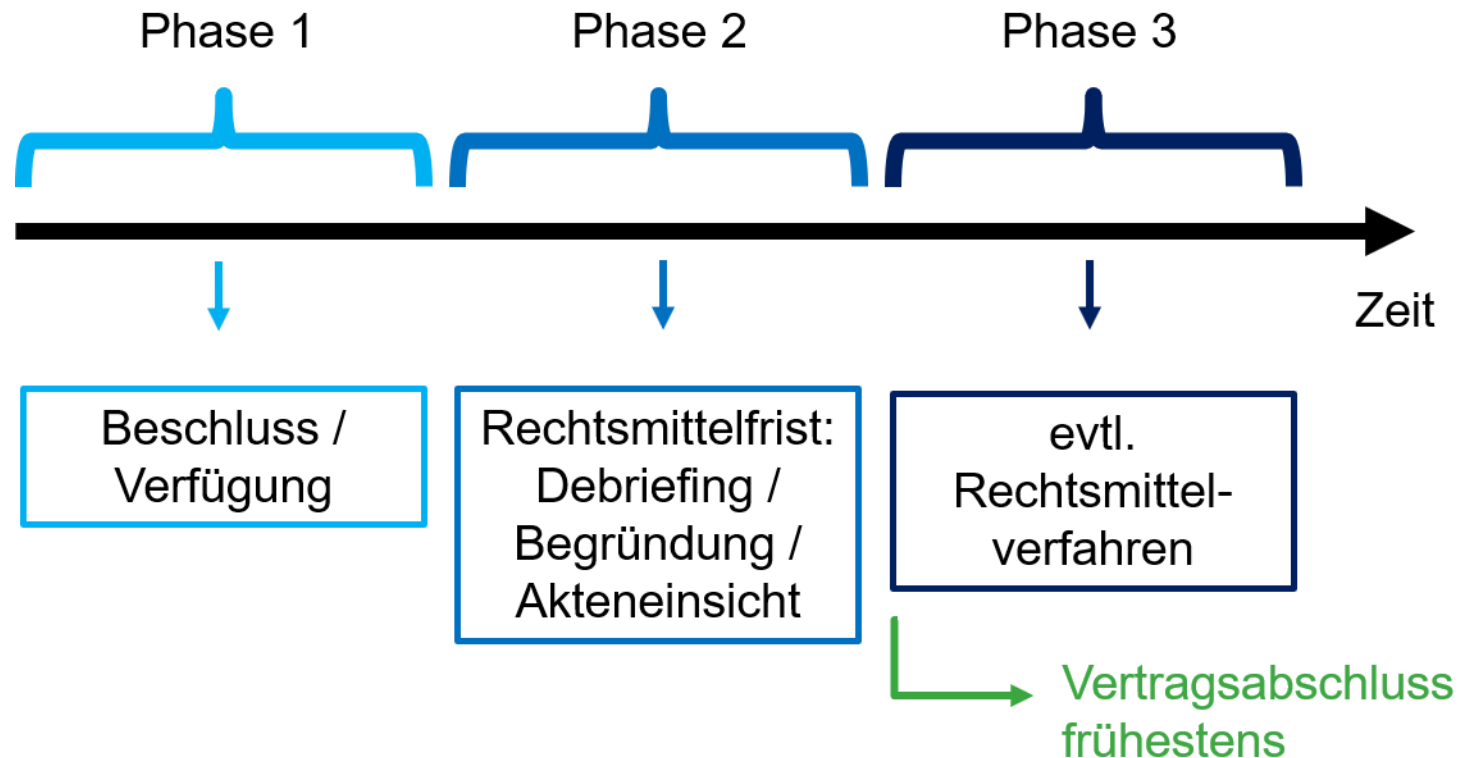
1. Das freihändige Verfahren

b) Ausnahmebestimmung: Was gilt?

- Ausnahmebestimmungen von § 10 Abs. 1 SVO sind restriktiv anzuwenden
- Bericht erstellen gem. § 10 Abs. 2 SVO (interne Aktennotiz, vgl. Vorlage Handbuch)
- 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 v. 11.08.2016, Reg. 7)

2. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

Die Themen je nach Phase



2. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung I

- 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 Zuschlüsse im Staatsvertragsbereich www.simap.ch
- Formalitäten einer Verfügung beachten, Zuständigkeiten

2. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung II

- Verfügende Behörde: muss nach Gemeindeordnungen und Organisationsreglementen zuständig sein; Zeichnungsberechtigungen beachten
- VB.2010.00002 v. 24.02.2010: «unter vorbehältlicher Zustimmung des Verwaltungsrates» ist unzulässig
- Privater, der im Auftrag Gemeinde Ausschreibung durchführt, darf nie den Zuschlagsentscheid fällen (Nichtigkeit der Verfügung; vgl. auch VGer TI 52.2015.39 v. 16.04.2015)

2. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung III

- Begründung: was genügt?
 - «wirtschaftlich günstigstes Angebot», «beste Erfüllung der Zuschlagskriterien» → genügend?
 - Unterschiedlich strenge Praxis, im Kanton Zürich noch möglich
- Erhöhte Anforderungen z.B. beim Abbruch, Ausschluss, Widerruf

2. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

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 und sofort → verhindert Beschwerden!
- Recht auf Akteneinsicht / Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen des Anbieters (Art. 11 lit. g IVöB)

2. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

3. Phase - das erstinstanzliche Verfahren I

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

2. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

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. v. 24.11.2015; VB.2014.00660 v. 06.02.2015), zur Neubeurteilung, zur Neuausschreibung, Feststellung Rechtswidrigkeit oder Abweisung

3. Vertragsabschluss - Wann zulässig? I

- Kantonale Verfahren: vgl. VB.2013.00672 v. 08.05.2014; VB.2012.00436 v. 20.07.2012
 - nach Ablauf Beschwerdefrist
 - wenn nicht mehr mit Beschwerde zu rechnen ist
 - wenn in der eingegangenen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung beantragt wurde und diese im Rahmen der Fristansetzung zur Beschwerdeantwort auch von Amtes wegen nicht erteilt wurde
- Entzug der aufschiebenden Wirkung
 - umgehend, Frist für Rechtsmittel an BGer muss nicht abgewartet werden, BGer 2D_26/2012 v. 07.08.2012

3. Vertragsabschluss - Wann zulässig? II

- Vergabeverhältnis ist öffentlich-rechtlicher Natur
- Rechtskräftiger Zuschlag, mit dem Vergabeverfahren beendet wird, stellt Abschlusserlaubnis für Vertragsabschluss dar
- Ist immer auch Vertragsanbahnungsverhältnis, das zudem auch Vertragsrecht untersteht
- Angebot eines Anbieters ist vergaberechtlich wie auch privatrechtlich zu beurteilen, auch was Bindung des Unternehmers betrifft
- Vgl. Berufung des Anbieters auf Grundlagenirrtum: vertragsrechtliche Beurteilung; vergaberechtliche Beurteilung eingrenzend, streng

3. Vertragsabschluss - Wann zulässig? III

- BGE 129 I 410: negative Bindung → keine Pflicht zum Vertragsabschluss (Reg. 11)
- Vertragsanpassungen und -ergänzungen: Was ist möglich und wo sind die Grenzen?
- Was gilt bei späterer Vertragsauflösung?
Das Vergaberecht kommt nicht mehr ins Spiel; Grenze: Missbrauch

4. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf des Zuschlags I

- Abbruch: bei hängigem Vergabeverfahren **vor** Zuschlagserteilung
- § 37 SVO: nur wenn «wichtige Gründe» vorliegen, wie
 - kein Angebot, das Kriterien gemäss Ausschreibungsunterlagen 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
- vgl. BGE 141 II 353; VB.2016.00673 v. 23.05.2017; VB.2016.00595 v. 01.12.2016; VB.2016.00481 v. 17.11.2016; VB.2015.00568 v. 12.05.2016; VB.2011.00330 v. 25.10.2011; VB.2005.00068 v. 20.04.2005 (Reg. 10); VB.2002.00283 v. 18.06.2003 (Reg. 10); VB.2002.00258 v. 23.01.2003

4. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf des Zuschlags II

- 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)
- Bsp.: 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 v. 25.10.2011; VB.2002.00258 v. 23.01.2003

4. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf des Zuschlags III

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

4. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf des Zuschlags IV

- VB.2005.00068 v. 20.04.2005 und VB.2006.00175 v. 13.09.2006:
 - 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, nachträglichen Ereignisse, wie Konkurs o.Ä.)

5. Hinweis: Handbuch für Vergabestellen

- 1) Einstieg ins Handbuch
- 2) Grundlagen
- 3) Anwendungsbereich
- 4) Vorbereitung einer Beschaffung
- 5) Verfahren im Nicht-Staatsvertragsbereich
- 6) Verfahren im Staatsvertragsbereich
- 7) Rechtsschutz
- 8) Merkblätter
- 9) Vorlagen
- 10) Erläuterungen zu den Rechtsgrundlagen
- 11) Glossar
- 12) Sachregister

5. Hinweis: Handbuch für Vergabestellen

Orientierungshilfen

Verweise

Mit den Verweisen wird auf Kapitel, Merkblätter, Vorlagen und Rechtsgrundlagen im Handbuch verwiesen.

Kapitel

(Verweis auf Kapitel-Nr.)

Merkblätter

(Verweis auf Nummer des Merkblatts)

Vorlagen

(Verweis auf Nummer der Vorlage)

Rechtsgrundlagen

(Verweis auf die Rechtsgrundlagen BeiG, IVöB, SVO in Kapitel 2.4)

Die konkrete Verfahrensdauer hängt stark vom Beschaffungsobjekt, dem Aufwand für die Auswertung der Offerten und den internen Entscheidungen ab. Ein offenes Verfahren dauert aber in aller Regel mindestens 4 Monate, ein selektives Verfahren mind. 5 – 6 Monate. Auch für ein Einladungsverfahren werden meist ca. 2 Monate benötigt.

K 6.2

M 7

V 9

§ § 25 SVO
Art. 7 IVöB

5. Hinweis: Handbuch für Vergabestellen

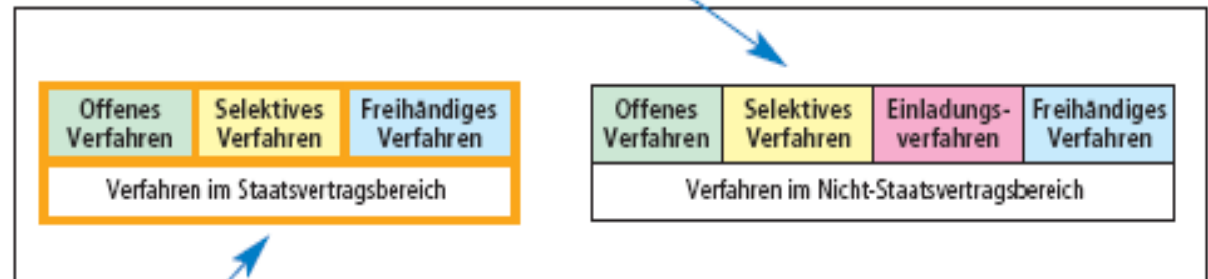
Orientierungshilfen

Farbkonzept

Die Vergabeverfahren sind mit Farben gekennzeichnet.

ohne Rahmen:

Verfahren im
Nicht-Staatsvertragsbereich



mit orangefarbenem Rahmen:

Verfahren im
Staatsvertragsbereich

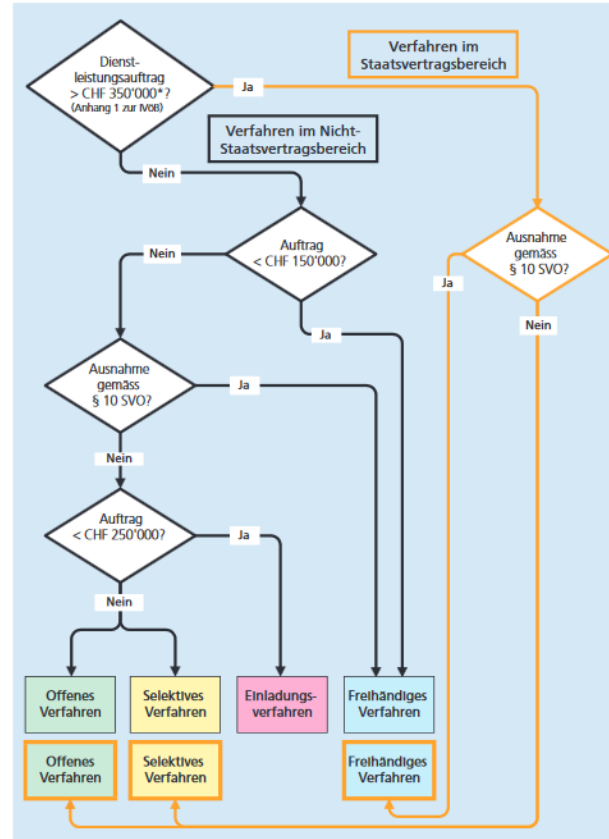
5. Hinweis: Handbuch für Vergabestellen

Ablaufschema I

Beispiel Dienstleistungsaufträge

vgl. Ablaufschemen im Handbuch für Vergabestellen und einzelne Verfahrensschritte, K 4.2

Dienstleistungsaufträge



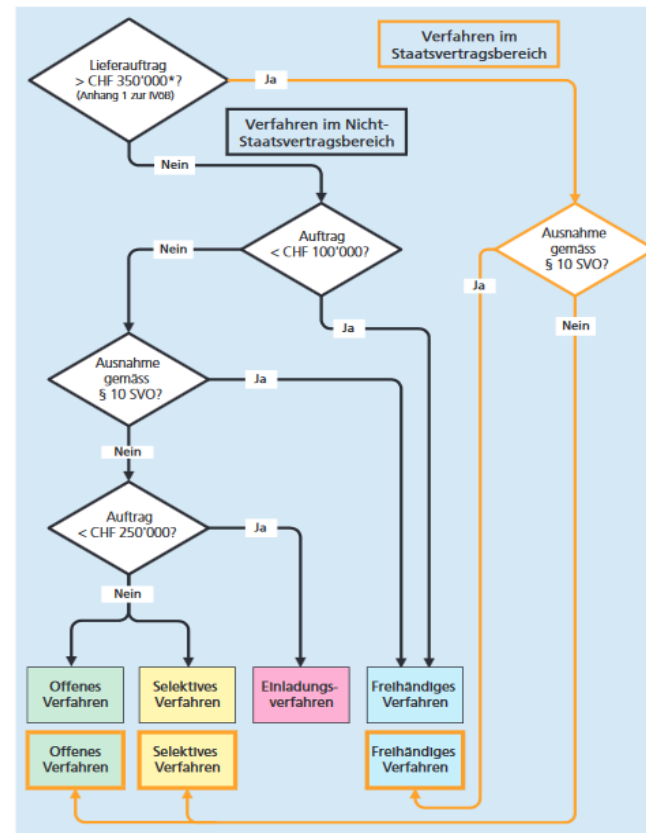
* bzw. CHF 640'000, CHF 700'000 (K 3.4)

5. Hinweis: Handbuch für Vergabestellen

Ablaufschema II

Beispiel Lieferaufträge

Lieferaufträge



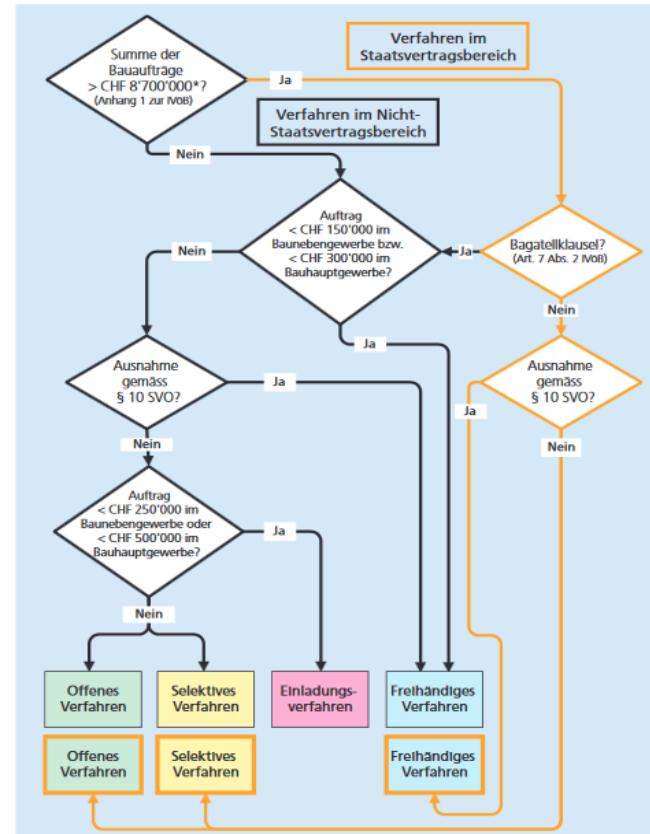
* bzw. CHF 640'000, CHF 700'000 (K 3.4)

5. Hinweis: Handbuch für Vergabestellen

Ablaufschema III

Beispiel Bauaufträge

Baufaufträge

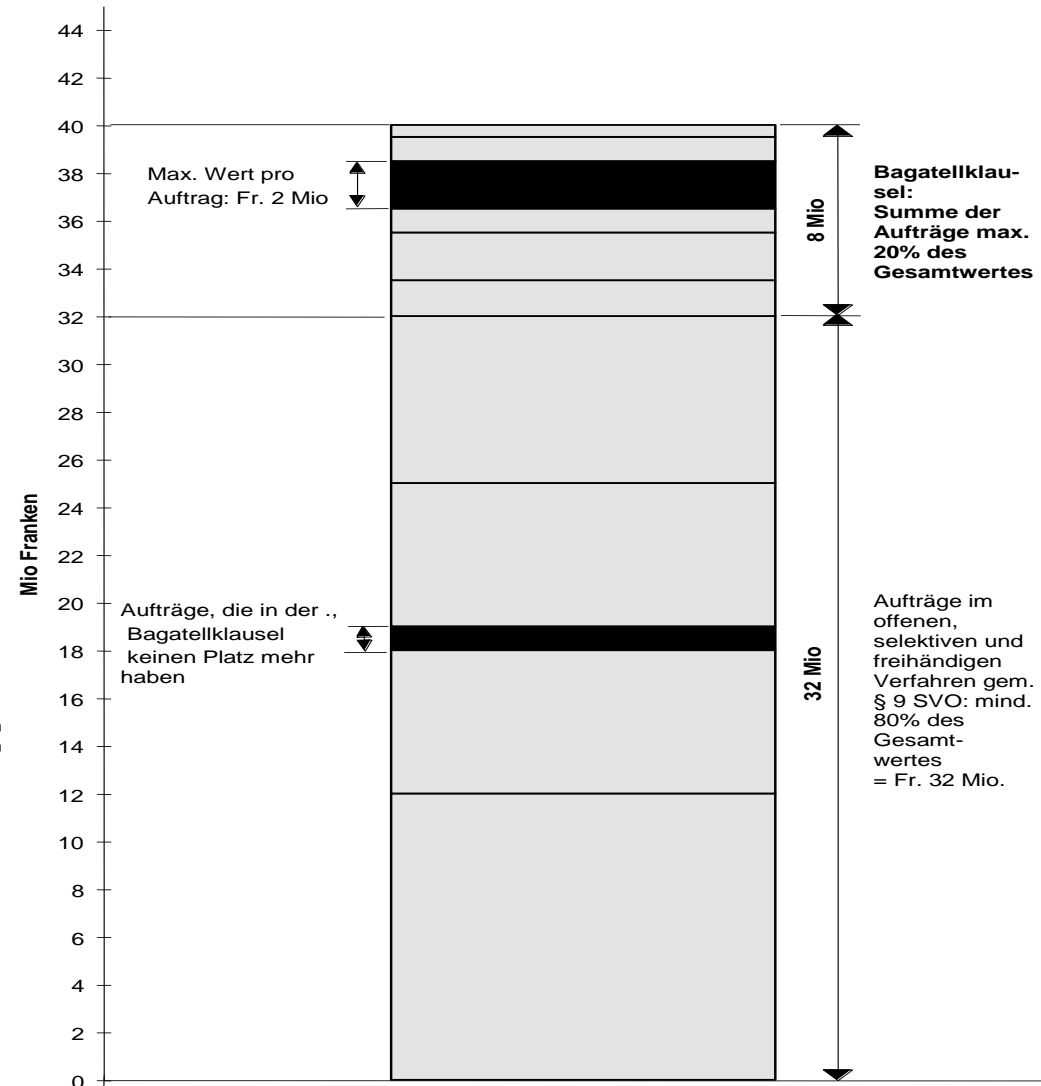


* bzw. CHF 8'000'000 (K 3.4)

5. Bagatellklausel für Bauaufträge (Art. 7 Abs. 2 IVöB)

Beispiel: Summe der Bauaufträge CHF 40 Mio.

- **Grundsatz für die CHF 32 Mio.:**
Vergabe im offenen oder selektiven Verfahren, auch wenn im Einzelfall im Bereich der freihändigen Vergabe (Ausnahme § 10 SVO)
- **Bagatellklausel für die CHF 8 Mio.:**
Freihändiges oder Einladungsverfahren je nach Auftragswert des Einzelauftrags



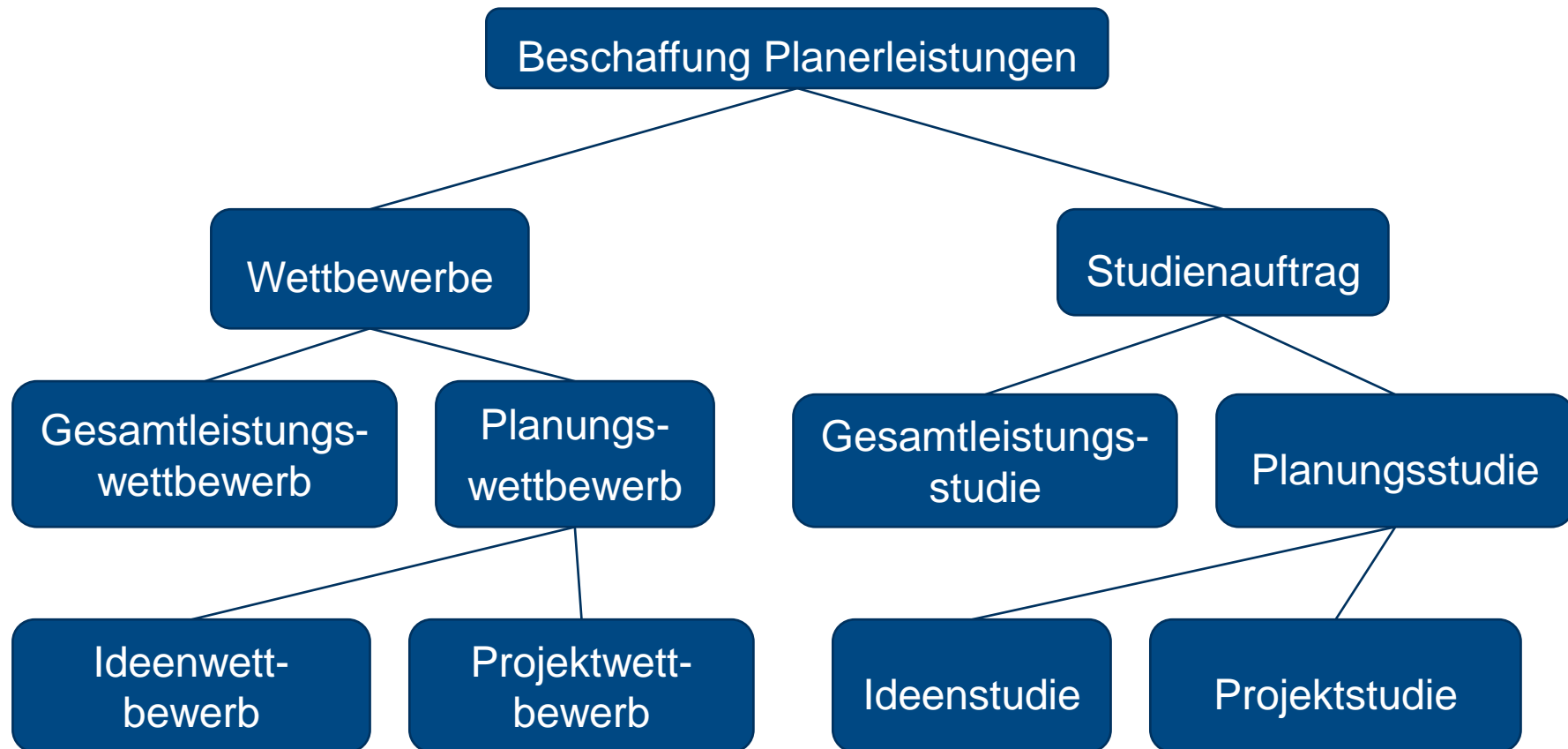
7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

Inhalt:

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

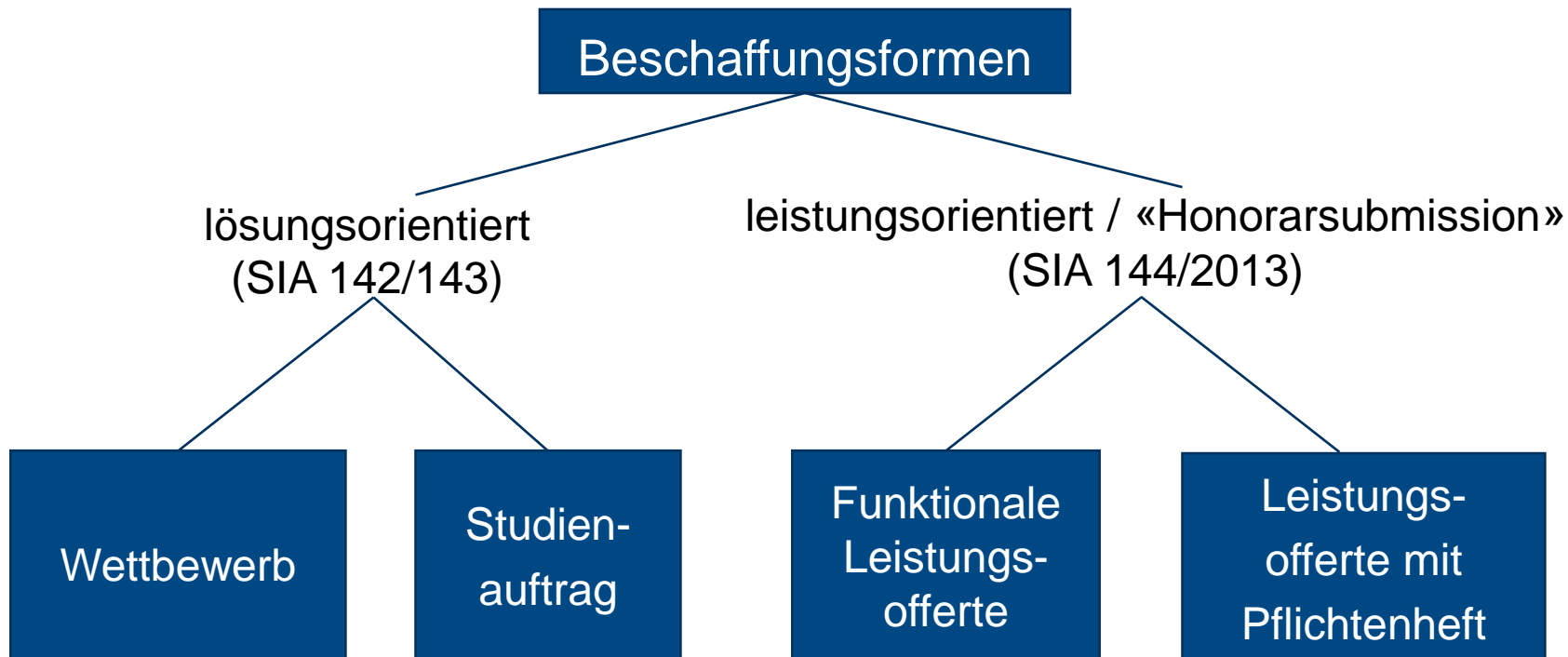
7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

a) Übersicht



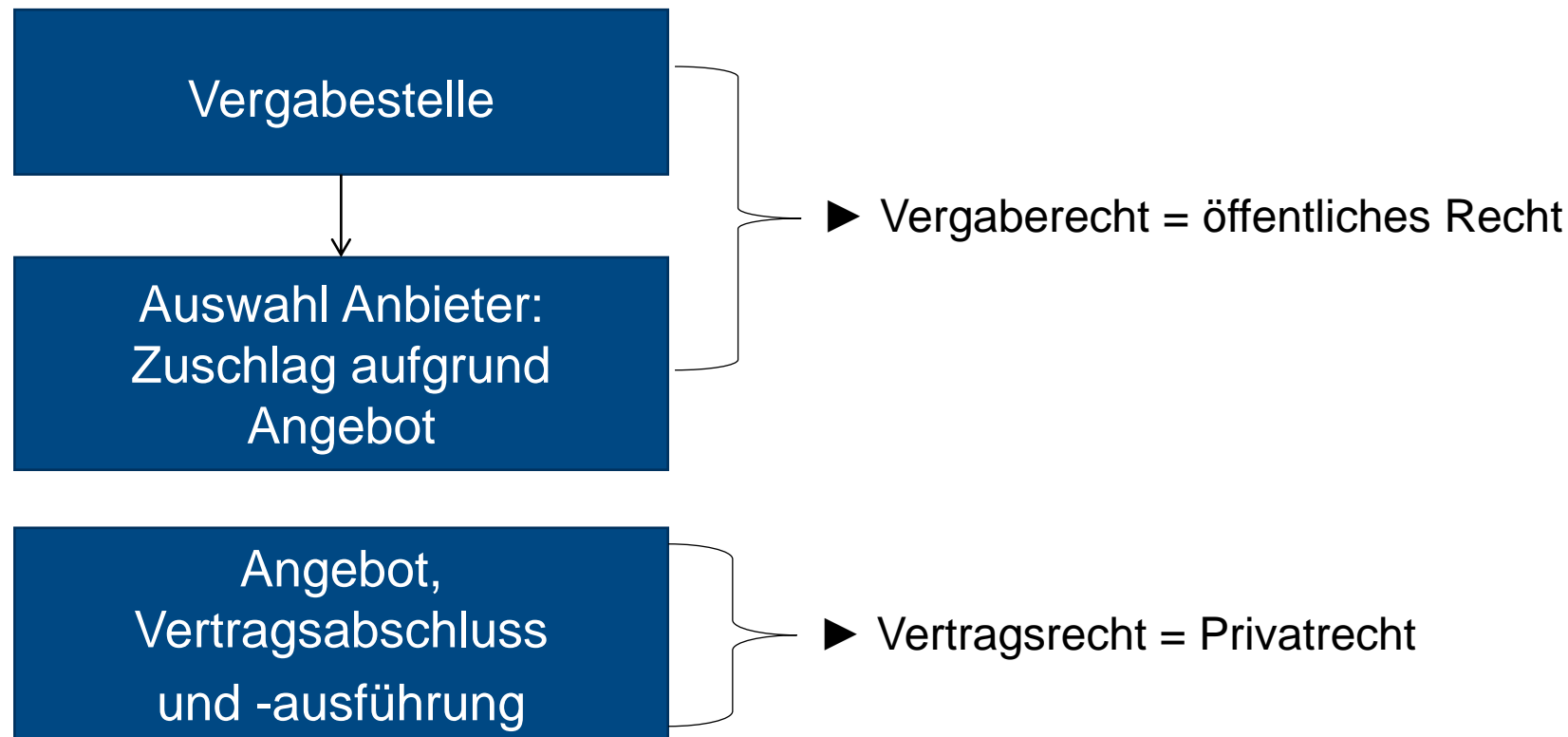
7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

b) Wahl des richtigen Verfahrens



7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

c) Rechtsgrundlagen



7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

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?

7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

e) SIA Ordnungen 142/143, Ausgabe 2009 I

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.»

7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

e) SIA Ordnungen 142/143, Ausgabe 2009 II

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

7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

e) SIA Ordnungen 142/143, Ausgabe 2009 III

Anwendungsbereich:

- private / öffentliche Auftraggeber
- ist im Programm als anwendbar zu erklären
- öffentliches Beschaffungswesen: vorrangig
- «*subsidiäres öffentliches Recht*»

→ vgl. dazu: Urteil VGer SG B 2010/156 v. 14.10.2010

7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

e) SIA Ordnungen 142/143, Ausgabe 2009 IV

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

7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

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 v. 16.01.2014)
- Gewinner festlegen
- keine Überarbeitungen / Änderungen mit Aufhebung Anonymität
- Verbindlichkeit des Preisgerichtsentscheids

7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

g) Ankauf von programmwidrigen Wettbewerbsbeiträgen

VGer Zürich, VB.2012.00861 v. 12.06.2013 (Reg. 11)