



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 – 15. November 2022

ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN - Vertiefung

Programm Nachmittag:

13:30 – 15:00 Uhr / 15:15 – 16:30 Uhr

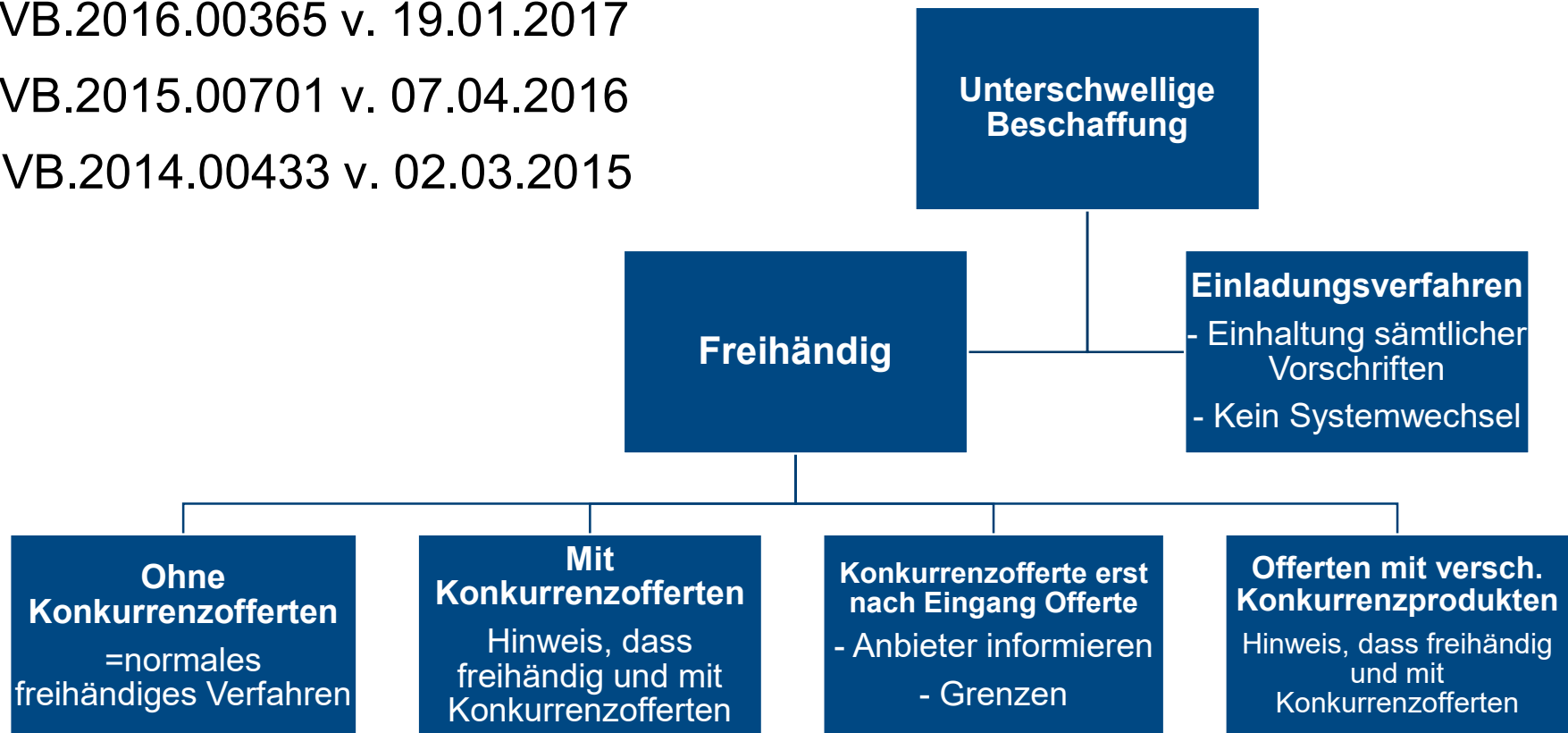
1. Das freihändige Verfahren
2. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren
3. Vertragsschluss
4. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf
5. Gruppenarbeiten (15:15 – 16:00 Uhr)
6. Exkurs: Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerben

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)

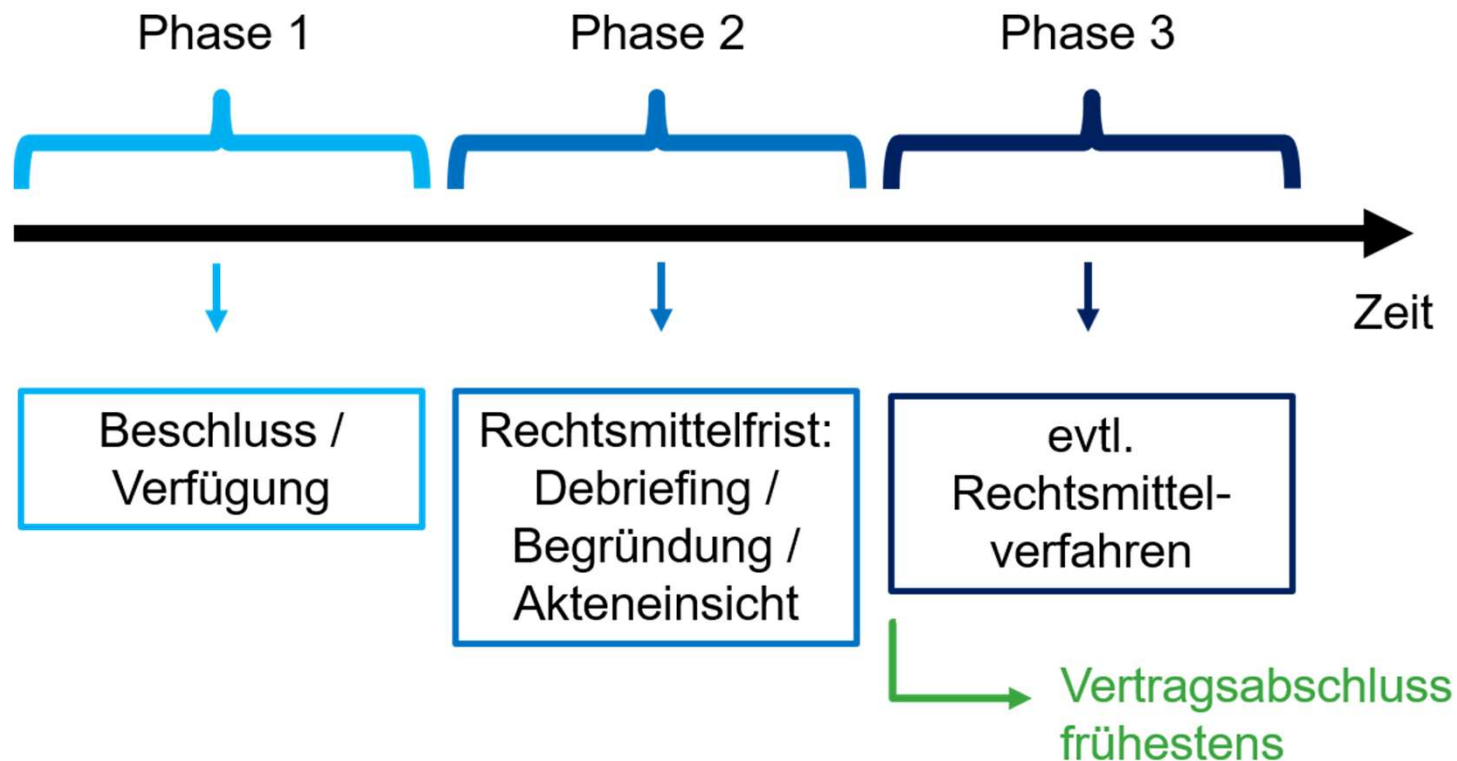
1. Das freihändige Verfahren

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 (BGE 137 II 313; 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 12.05.2016
- VB.2002.00283 vom 18.06.2003 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.)

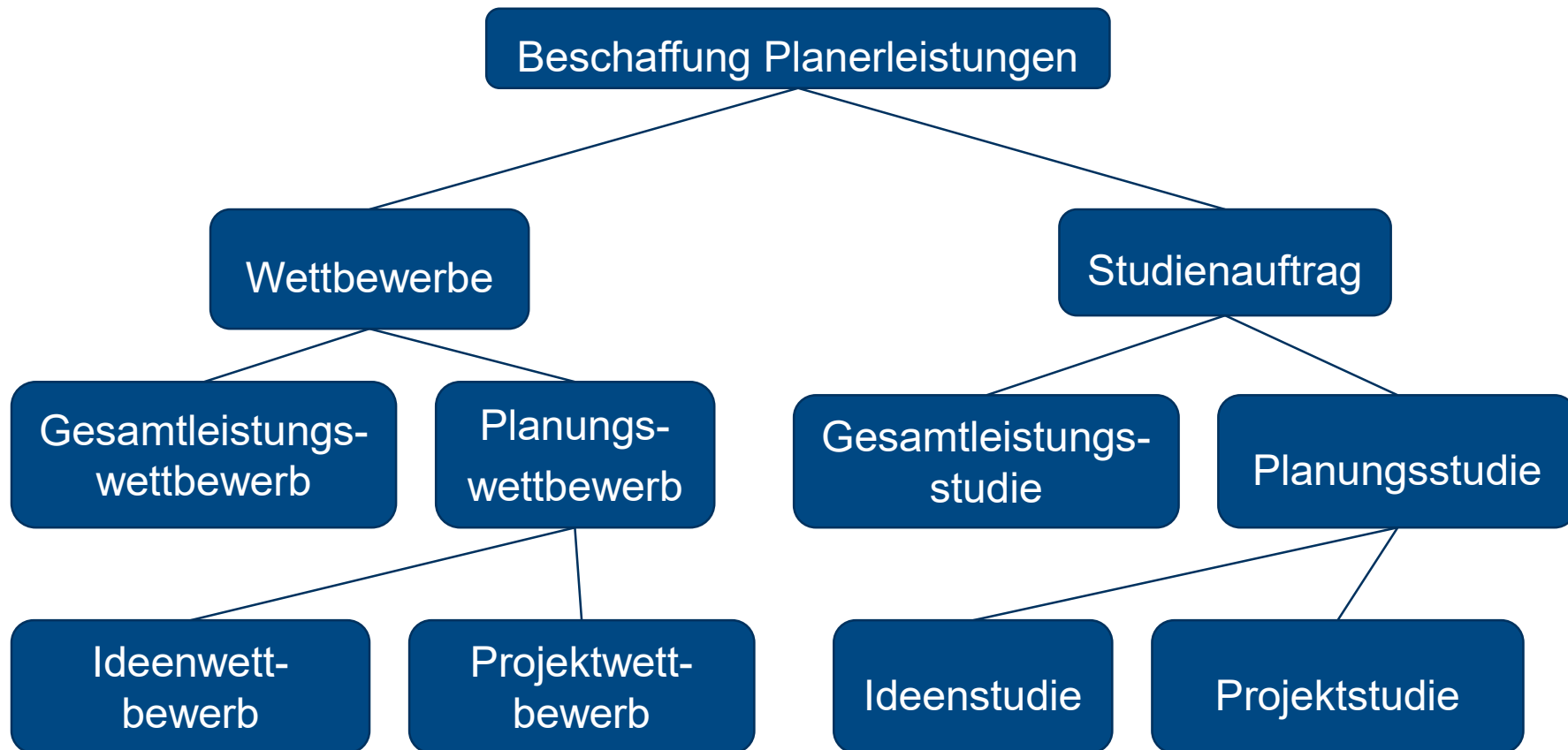
5. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

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

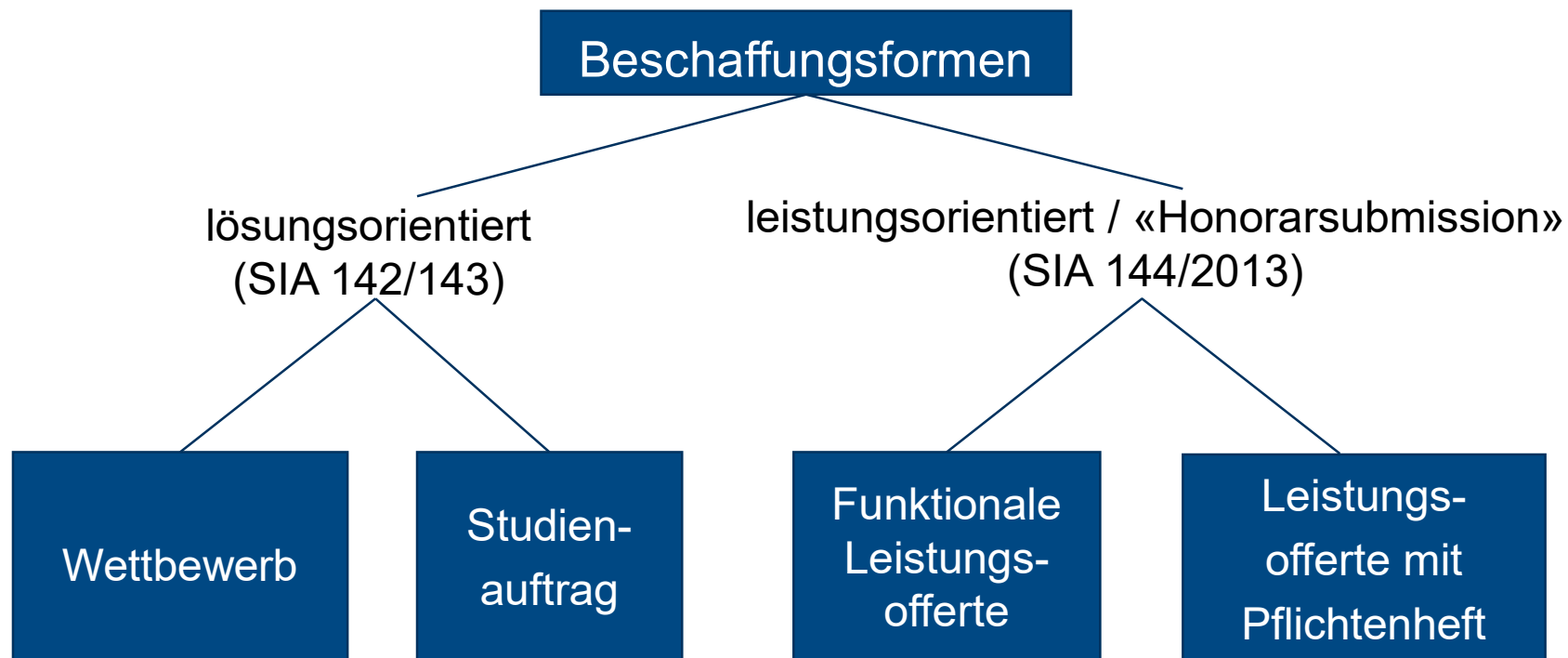
5. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

a) Übersicht



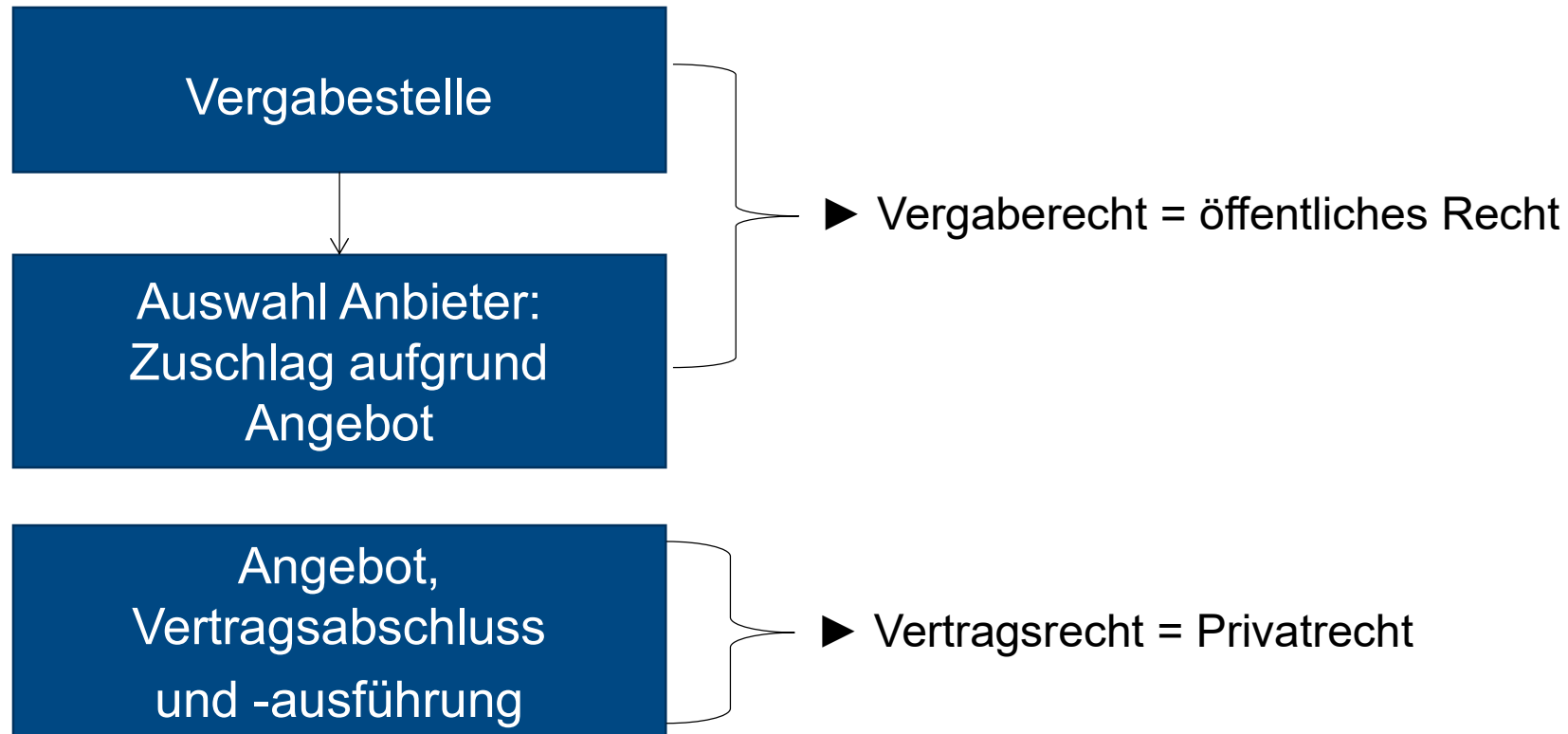
5. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

b) Wahl des richtigen Verfahrens



5. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

c) Rechtsgrundlagen



5. 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?

5. 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.»

5. 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

5. 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

5. 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

5. 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

5. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

g) Ankauf von programmwidrigen Wettbewerbsbeiträgen

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