

Submissionen und öffentliches Beschaffungswesen Bereich Bau

Zürich, 8. März 2023

Rechtsanwältin Claudia Schneider Heusi, LL.M.
Fachanwältin SAV 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



Tagesprogramm – Vormittag (08:30 – 11:40 Uhr)

- (1) Rechtliche Grundlagen / Revisionsvorlage
- (2) Ablauf einer Beschaffung
- (3) Das freihändige Verfahren
- (4) Inhalt von Ausschreibungen
- (5) Behandlung von Angeboten
- Übungsfall 1 mit Diskussion im Plenum

Tagesprogramm – Nachmittag (13:00 – 16:40 Uhr)

- (6) Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren
- (7) Vertragsabschluss
- (8) Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf
- Übungsfall 2 mit Diskussion im Plenum
- (9) Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

Fundstellen

Fundstellen im Internet

Wichtig: jeweils geltende Erlasse konsultieren

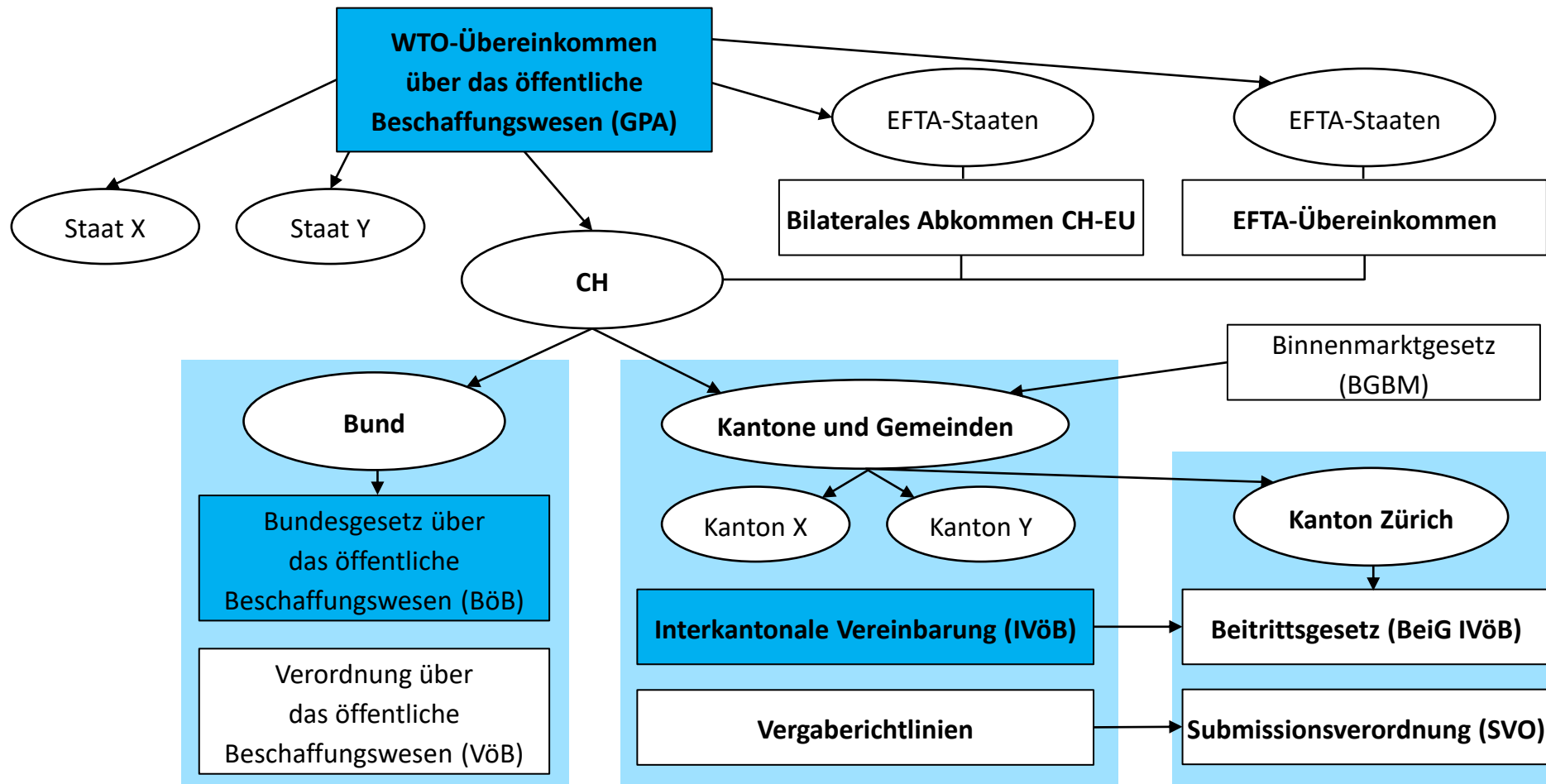
- Aktuell:
 - [Beitrittsgesetz zur IVöB](#)
 - [Submissionsverordnung](#)
- Revisionsvorlagen:
 - [Entwurf Regierungsrat BeiG IVöB](#)
 - [\(Änderungs-\)Anträge Kantonsrat zum BeiG IVöB](#)
 - [Entwurf SVO](#)

Fundstellen im Internet

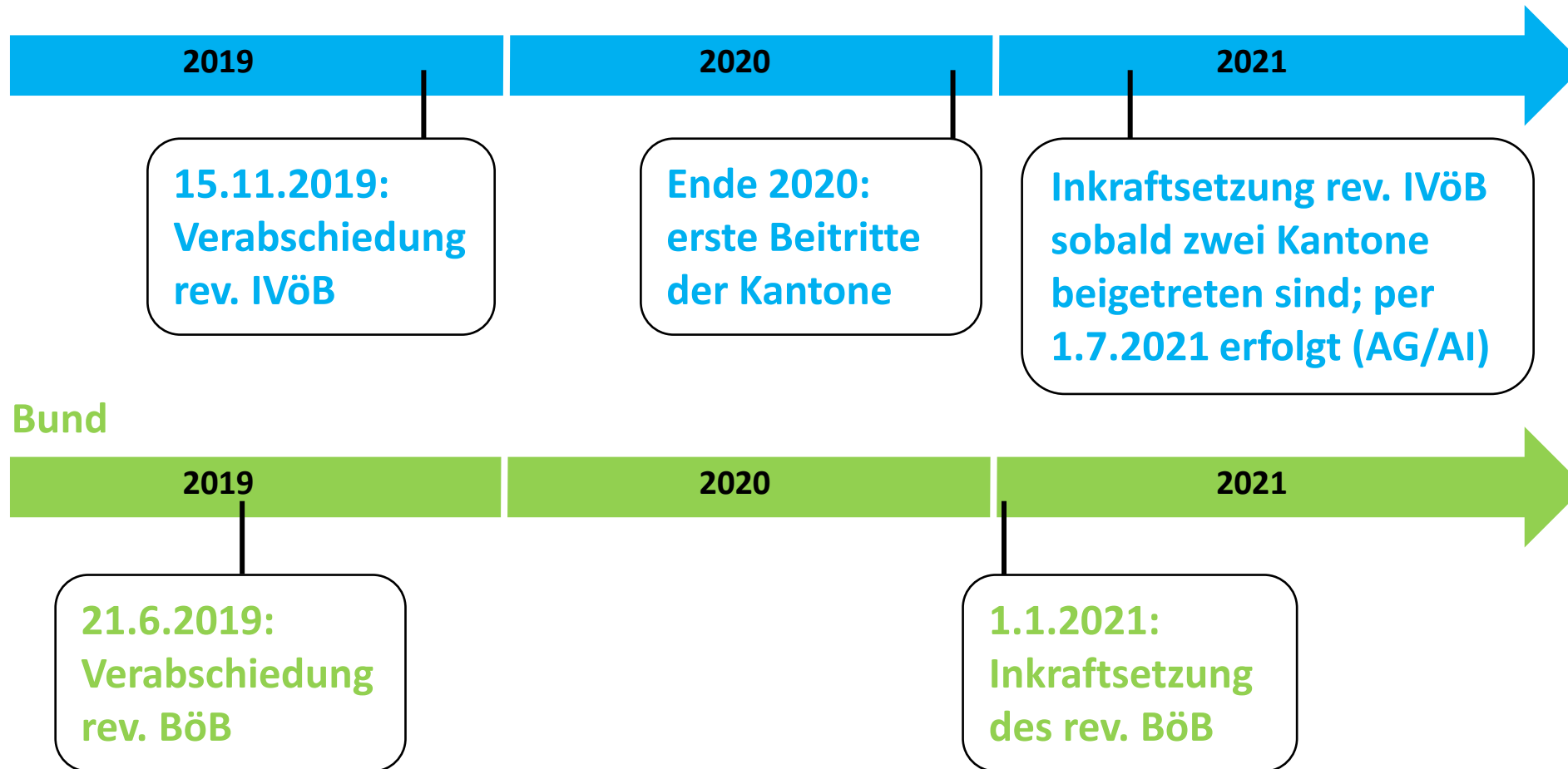
- www.beschaffungswesen.zh.ch ([Handbuch für Vergabestellen](#))
- trias.swiss
- www.simap.ch
- www.kbob.admin.ch / <https://www.bpuk.ch/foeb/ivoeb-be/einfuehrung>
- www.vgr.zh.ch / www.bundesverwaltungsgericht.ch / www.bger.ch

1. Rechtliche Grundlagen / Revisionsvorlage

1. Rechtliche Grundlagen

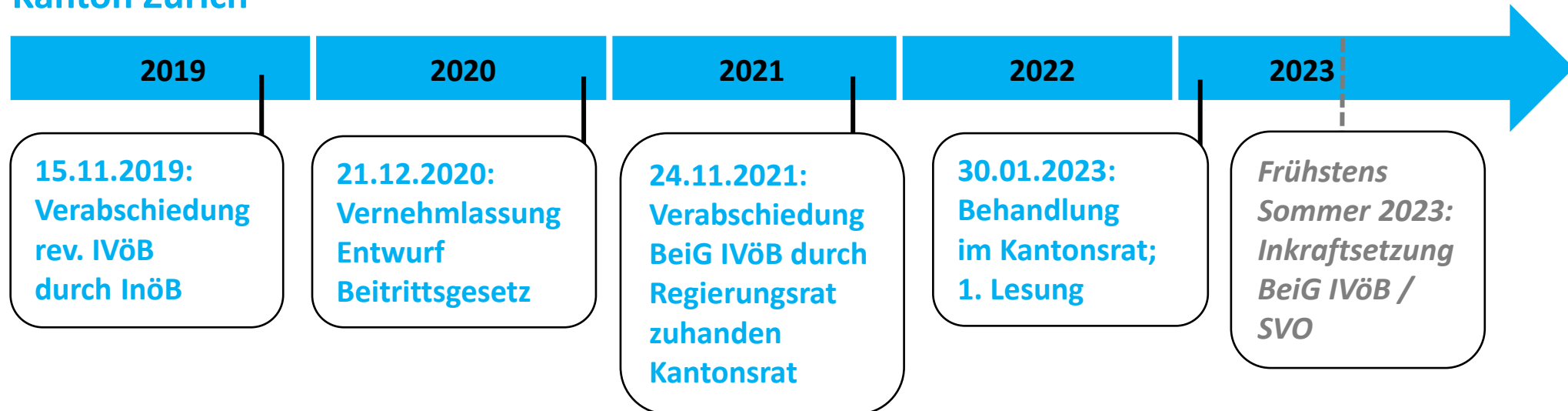


1. Rechtliche Grundlagen – Revisionsvorlage 2019

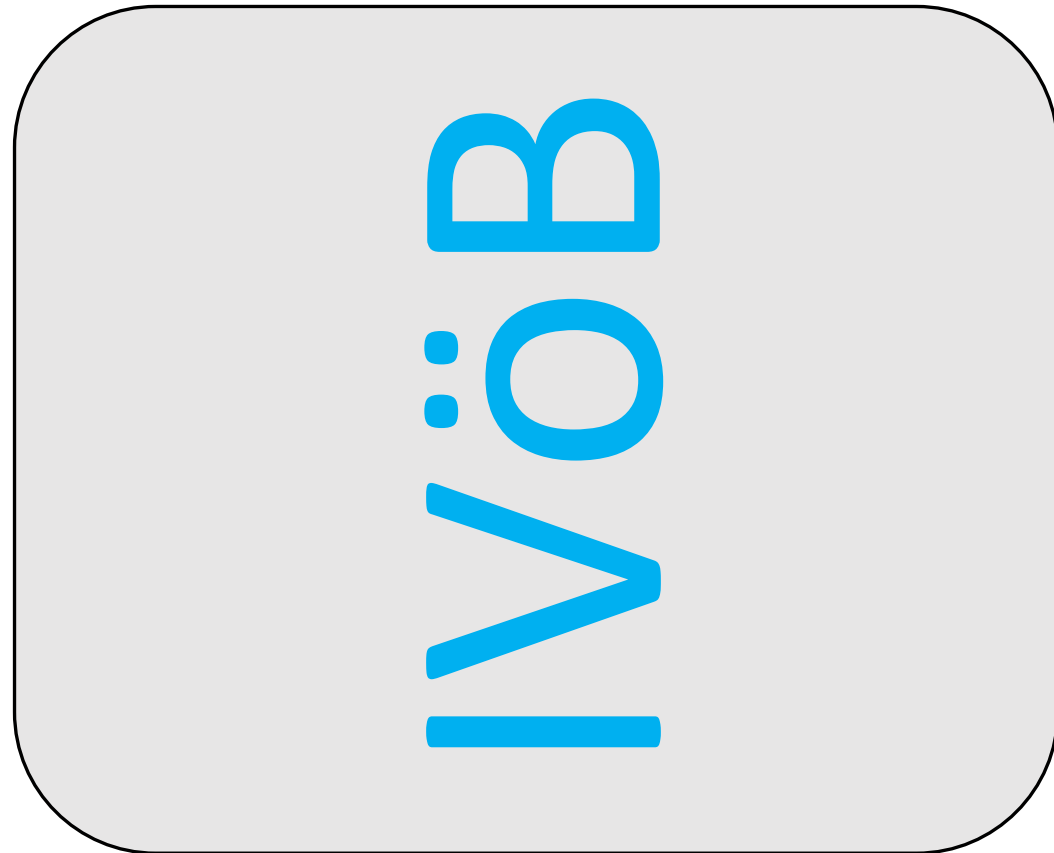


1. Rechtliche Grundlagen – Kanton Zürich

Kanton Zürich



1. Rechtliche Grundlagen – Kanton Zürich



**Verhandlungs-
spielraum begrenzt**



2. Ablauf einer Beschaffung

2. Ablauf einer Beschaffung – Anwendungsbereich

Zum Anwendungsbereich zwei Fragen:

1. Wer ist unterstellt?



Subjektiver Geltungsbereich

2. Was ist unterstellt?

Liegt überhaupt eine öffentliche Beschaffung vor?



Objektiver Geltungsbereich

2. Ablauf einer Beschaffung – Anwendungsbereich

a) Wer ist unterstellt?

- Bund / Kantone / Gemeinden
- Sektorenunternehmungen
- «Einrichtung des öffentlichen Rechts»
→ **Formel: staatsgebunden, öffentliches Interesse, nicht-gewerblich**
- Beispiel Listenspitäler: VB.2015.00555 v. 20.12.2016 bestätigt vom Bundesgericht (BGE 145 II 49)

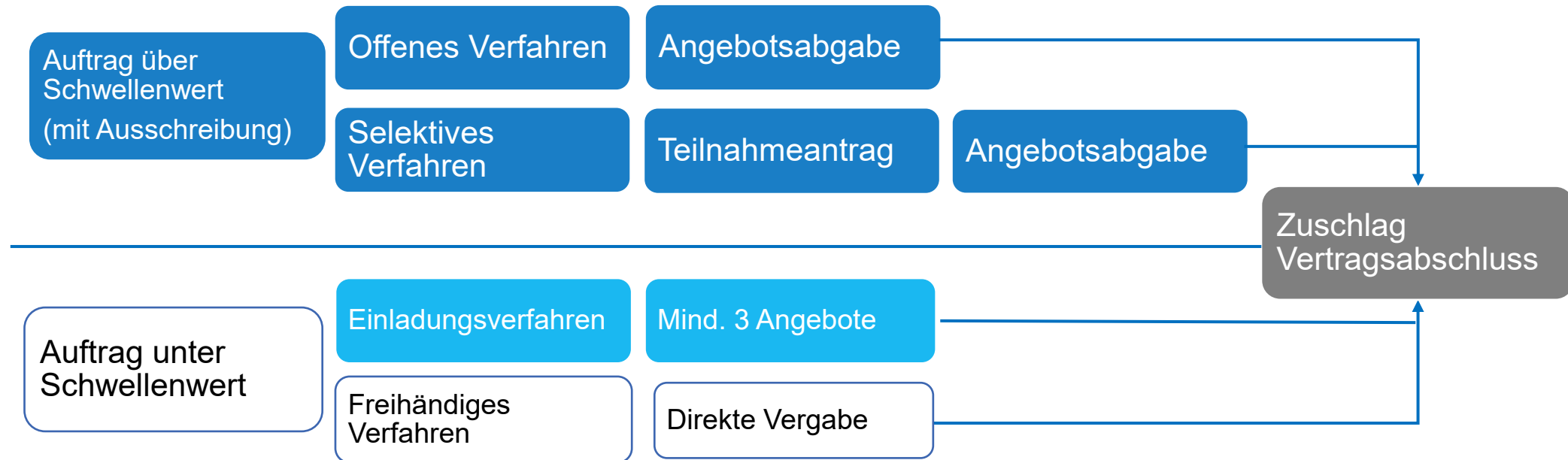
2. Ablauf einer Beschaffung – Anwendungsbereich

b) Was ist unterstellt?

- Vergabestelle als Nachfragerin auf dem freien Markt
- In Erfüllung einer staatlichen Aufgabe
- Leistet Entgelt an privaten Anbieter «wechselseitiger Leistungsaustausch»
 - Formel nach BGE 125 I 214: "Einkäufe des Staates"
- **Aber:**
 - Veloverleihsysteme: BGE 144 II 177, 144 II 184, BGer 2C_459/2017 v. 09.03.2018; 2C_1014/2015 v. 21.07.2016
 - Spitexleistungen: BGer 2C_861/2017 v. 12.10.2018
 - Investorenausschreibung: Bau eines Asylzentrums KGer LU, 7H 13 98 v. 12.02.2014
 - Altkleidersammlungen/-verwertung: VB.2018.00469 vom 17.01.2019

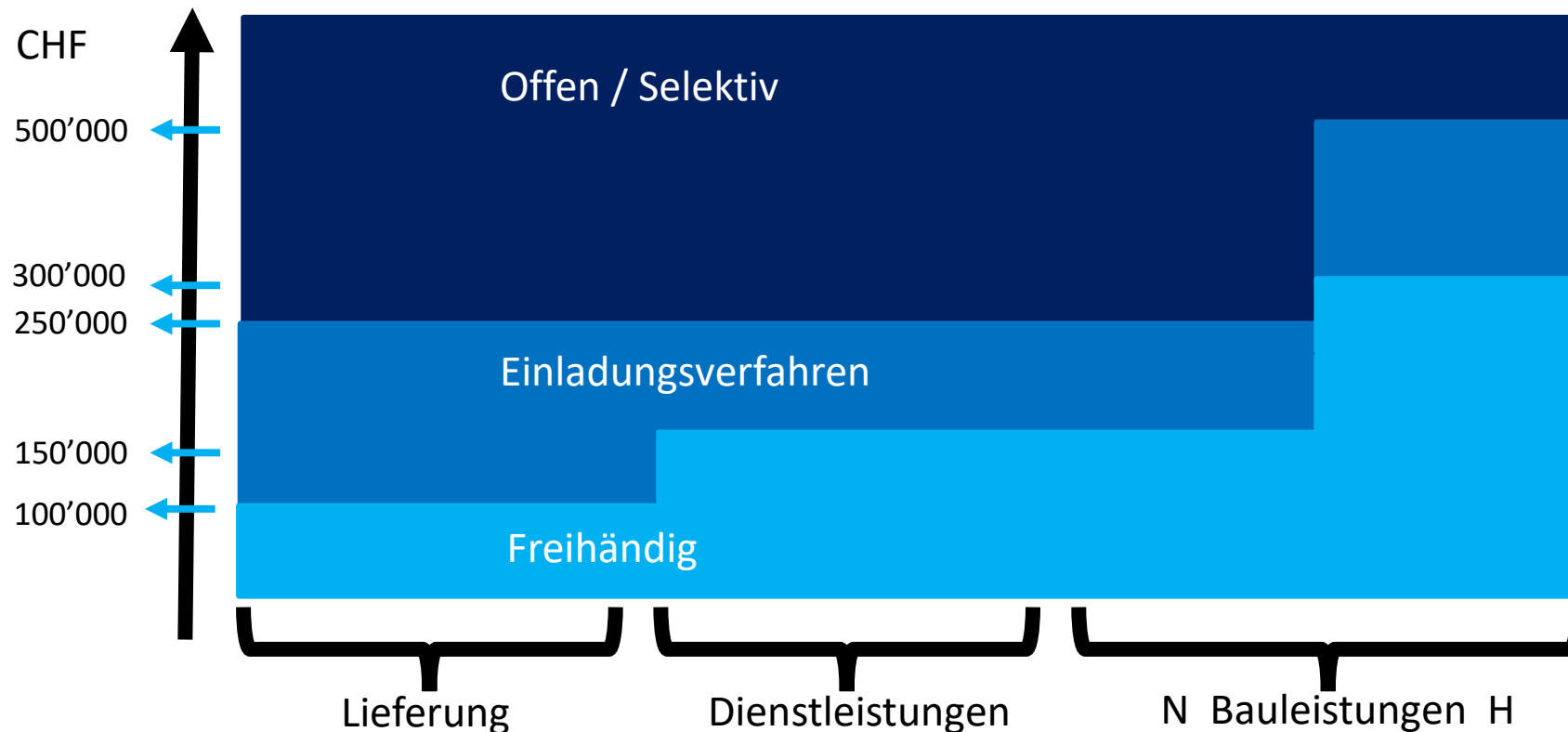
2. Ablauf einer Beschaffung – Verfahrenswahl

a) Verfahrenswahl



2. Ablauf einer Beschaffung – Verfahrensarten

b) Verfahrensarten Überblick



2. Ablauf einer Beschaffung – Verfahrensarten

b) Verfahrensarten

- 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: nur ein Anbieter wird angefragt (Konkurrenzofferten möglich, aber auf korrektes Vorgehen achten)

2. Ablauf einer Beschaffung – 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 Sektorenuntern. 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. Ablauf einer Beschaffung – 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. Ablauf einer Beschaffung – Schwellenwerte

b) Im Nicht-Staatsvertragsbereich (Binnenbereich)

Unterscheidung Bauhaupt- (H) und Baunebengewerbe (N)

(Definition H: "alle Arbeiten für tragende Elemente eines Bauwerks")

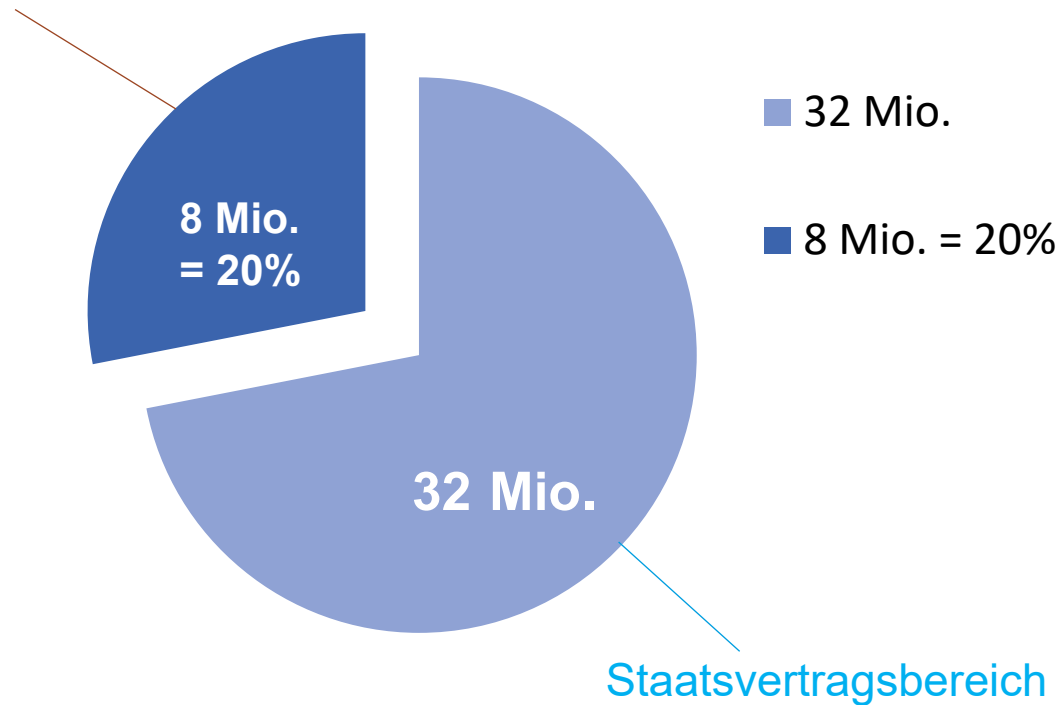
Verfahrensarten	Lieferungen	Dienstleistungen	Bauleistungen
freihändiges Verfahren	unter CHF 100 000	unter CHF 150 000	N: unter CHF 150 000 H: unter CHF 300 000
Einladungsverfahren	unter CHF 250 000	unter CHF 250 000	N: unter CHF 250 000 H: unter CHF 500 000
offenes/ selektives Verfahren	ab CHF 250 000	ab CHF 250 000	N: ab CHF 250 000 H: ab CHF 500 000

Achtung: ab Revision Lieferungen auch bis CHF 150'000 freihändig

2. Ablauf einer Beschaffung – Schwellenwerte

c) Bagatellklausel

Bagatellklausel-Binnenbereich



2. Ablauf einer Beschaffung – Schwellenwerte

d) Auftragswerte Berechnung (vgl. auch § 2 – 4 SVO)

- Gesamtwert und jede Form der Abgeltung zu berücksichtigen (ohne Mehrwertsteuer)
- keine Salomitaktik
- Folgeaufträge, Optionen sind einzurechnen
- gesamte Laufdauer des Vertrags (VB.2008.00111, Kehrrechtabfuhr)
- bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit und Daueraufträgen bestimmt sich Auftragswert anhand der jährlichen Rate $\times 4$
- zuverlässige und sorgfältige Kostenermittlung, Orientierung an der oberen Bandbreite
- Schätzung muss gleiche Beschaffung zum Gegenstand haben wie die darauf basierende Ausschreibung: keine nachträgliche Änderung

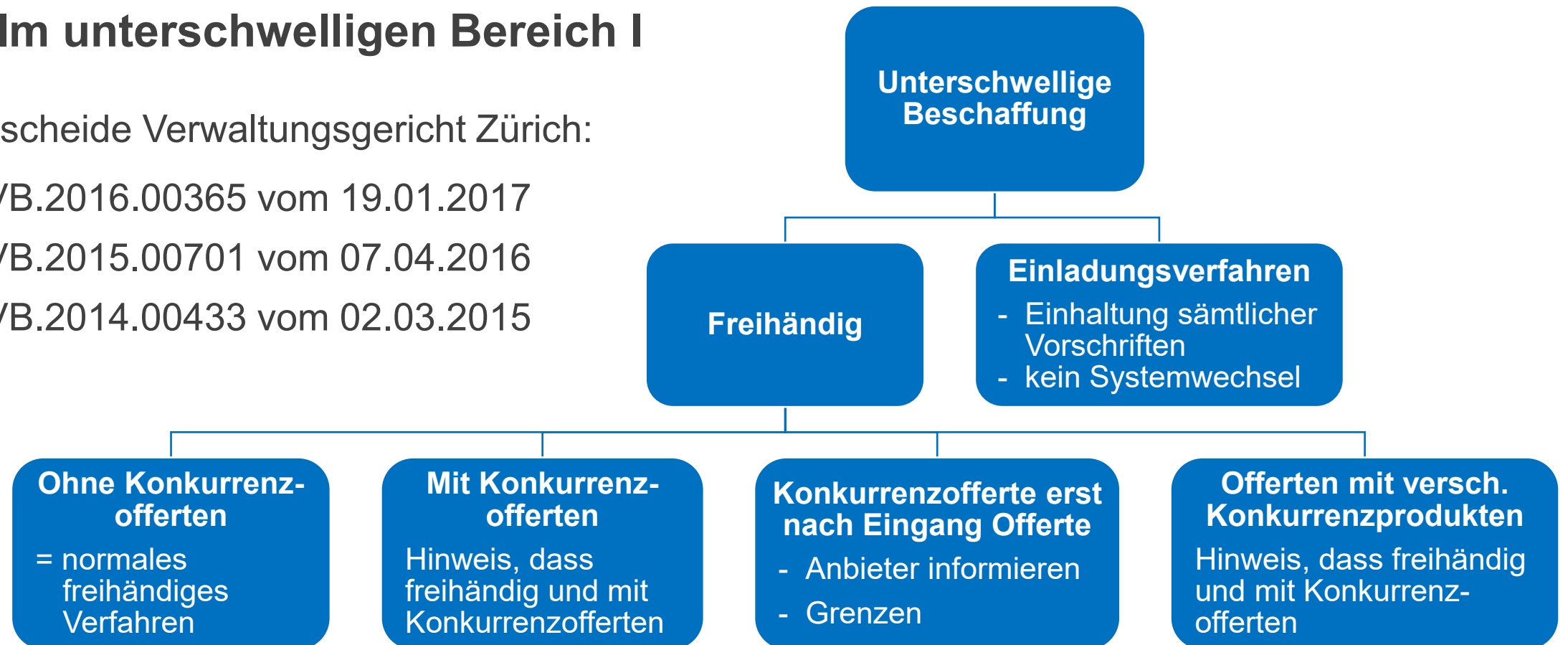
3. Das freihändige Verfahren

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



Das freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich II

Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2015.00701 v. 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

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

Das freihändige Verfahren

b) Ausnahmebestimmung (= überschwellig)

Direktaufträge aufgrund der Ausnahmebestimmung von § 10 SVO

- Urheberrechte, z.B. "Klanghaus Toggenburg", VGer SG B 2008/70 v. 14.10.2008: unzulässige freihändige Vergabe
- Dringlichkeit (z.B. 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; VB.2015.00780 v. 11.08.2016; VB.2014.00215 v. 29.07.2014)
- Planungs- und Gesamleistungswettbewerb (z.B. VB.2013.00393 v. 16.01.2014)

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)
- Vergabebeschluss durch zuständige Behörde
- Im Staatsvertragsbereich ist Publikation auf simap.ch vorgeschrieben und sinnvoll
- Beschwerdelegitimation: nur, wenn Beschwerdeführerin in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen (BGE 137 II 313; VB.2015.00780 vom 11.08.2016)

4. Inhalt von Ausschreibungen

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

a) Vorbereitung einer Ausschreibung – Ablaufplanung

- Bedarfs- und Terminplanung
- Leistungsumschreibung / Devis / Pflichtenhefterstellung
- Festlegen der Eignungs- und Zuschlagskriterien, Submissionsbedingungen
- Formulierung Ausschreibungstext
- Veröffentlichung bzw. Einladung
- Eingabefrist abwarten
- Angebote prüfen und Bewertung mit Submissionsergebnis erstellen
- Vergabeantrag
- Zuschlagserteilung mit Verfügung und Begleitbrief / Publikation
- Vertragsunterzeichnung (nach Ablauf der ungenutzten Beschwerdefrist)

4. Inhalt von Ausschreibungen

b) Bestandteile: Allgemein

- Allgemeine Submissionsbedingungen: Mindestanforderungen, Fristen, Eignungs- und Zuschlagskriterien, Losaufteilung, Optionen – **Vorlagen verwenden**
- Leistungsverzeichnis, Pflichtenheft, Devis
 - detaillierte/funktionale Ausschreibungen
 - technische Spezifikationen
- Formulare, Referenzen, Fragebögen
- AGB, Vertragsdokumente (Entwurf)
- Angaben zu verlangten Garantien / Bürgschaften

4. Inhalt von Ausschreibungen

b) Bestandteile: Leistungsverzeichnis, Pflichtenheft, Devis

- detaillierte oder funktionale Ausschreibungen
- technische Spezifikationen / Produktbeschreibung:
 - unterscheiden: zwingend verlangte - erwünschte Eigenschaften
 - keine Marken / technische Angaben
 - wenn: Zusatz «oder gleichwertig» unumgänglich, VB.2014.00202 vom 22.10.2014, § 16 SVO; § 15 VRöB
 - VB. 2006.00175 vom 13.09.2006; VB.2005.00200 vom 25.01.2006: «Unnötig detaillierte Vorgaben und Ausrichtung der Ausschreibung auf die Bedürfnisse des bisherigen Auftragnehmers»

4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien I

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

4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien II

- Nachweise festlegen, Beispiel: "Nachweis der genügenden Erfahrung zu..." oder "eidg. Fachausweis Polier" (VB.2017.00612 vom 20.12.2017)
- Ausschlusskriterien = 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: Nachweise

Wichtig: zusätzlich Nachweise verlangen – Beispiele:

- 3 vergleichbare Referenzobjekte, nicht älter als 8 Jahre, Erfüllungsgrad 100%
- 3 Referenzauskünfte zur einwandfreien und tadellosen Abwicklung dieser Referenzobjekte (zu Qualität, Termine, Kosten, Projektorganisation)
- Angaben zu Mitarbeitenden: Anzahl, Funktion, Ausbildung
- Angaben zur Reaktionszeit der Serviceorganisation im Bedarfsfall (vom Zeitpunkt Benachrichtigung bis 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

c) Eignungskriterien IV: Beispiele

- gute Erfahrung des Unternehmens mit der Projektierung und Realisierung von vergleichbaren Leistungen (Objekt, Volumen, Komplexität)
- genügende Anzahl gut ausgebildeter Mitarbeitenden
- Unternehmensorganisation, die eine termingerechte und fachlich einwandfreie Auftragsabwicklung ermöglicht
- Reaktionszeit der Serviceorganisation
- technische Ausstattung des Maschinenparks
- ausreichendes QM-System (nur untergeordnet!)

4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien V: Unzulässige Beispiele

- Forderung nach 5 einschlägigen Referenzprojekten ist bei nicht aussergewöhnlich hoher Komplexität des Beschaffungsgegenstands ungerechtfertigt (VB.2011.00676 vom 09.05.2012 E. 4.2)
- Beschränkung auf inländische Referenzobjekte (im Bereich Nationalstrassenbau) ist unzulässig, da dies auf eine Marktabschottung hinausläuft (VB.2008.00194 vom 08.04.2009)
- Abstellen auf "lokale Leistungsfähigkeit" (VB.2006.00425 vom 23.05.2007)

4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien I

- sind **angebotsbezogen**: bewertet wird das konkrete Angebot
- müssen objektiv sein
- wirtschaftlich günstigstes Angebot: Preis, Qualität, Termine, Betriebskosten, Kundendienst, Nachhaltigkeit, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität, Infrastruktur, etc.
- keine Kriterien aufführen, die nicht geprüft werden
- Verhältnis Eignungs- und Zuschlagskriterien (BGE 139 II 489)
- Konkretisierung durch Unterkriterien (im Kt. ZH [noch] nicht zwingend: vgl. § 29 Abs. 3 nBeiG IVöB; VB.2016.00799 vom 04.05.2017)

Revision:
vorteilhaftestes
Angebot

4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien II: Reihenfolge, Gewichtung und Bewertung

- Im Kt. ZH noch keine generelle Pflicht, die Gewichtung der ZK vorgängig bekanntzugeben (anders: Bund, Kt. AG etc. und in ZH ab i.K. der Revision IVöB)
- Aber: Bekanntgabe der Gewichtung ist empfehlenswert
- Gewichtung, die bekannt gegeben wurde, ist einzuhalten
- Nur lineare Bewertung zulässig
- Bewertungsmatrix bereits vorab erstellen
- Skalierung der Punktevergaben mit klaren Aussagen
- Verwendung unterschiedlicher Notenskalen ist unzulässig (VB.2013.00132 v. 10.4.2013)

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: Beispiele 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...

- **Plausibilität** (BGE 143 II 553)
- **Zugang zur Aufgabe** (VB.2011.00322 vom 28.09.2011)
- **Ausbildung Lernender**: nur im Nicht-Staatsvertragsbereich; Verhältnis zur Gesamtmitarbeiterzahl
- **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», «Vollständigkeit des Angebots», steuerliche Gründe etc.
- «Nähe zum Objekt» bei Baumeisterarbeiten (VGer SO, VWBES.2018.257 vom 16.10.2018)
- «Ökologische Überlegungen» bzw. «Länge der Anfahrtswege», wenn alleine auf den Anfahrtsweg abgestellt wird; nur zulässig, wenn für die konkrete Beschaffung ein schnelles Intervenieren erforderlich (VB.2015.00477 vom 05.11.2015); «Transferzeit» bei reinen Dienstleistungen (BVGer, B-5601/2018 vom 24.04.2019)

4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterien 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 entscheidend:
 - Preisgewichtung
 - Wie viel Prozent der Gesamtpunktzahl aller Kriterien macht der Preis aus?
 - 20% als Untergrenze – nur bei komplexen Beschaffungen
 - 60% als Untergrenze – bei einfachen Leistungen (weitestgehend standardisiert)
 - Preisbewertungsmethode: linear, aber richtig

4. Inhalt von Ausschreibungen

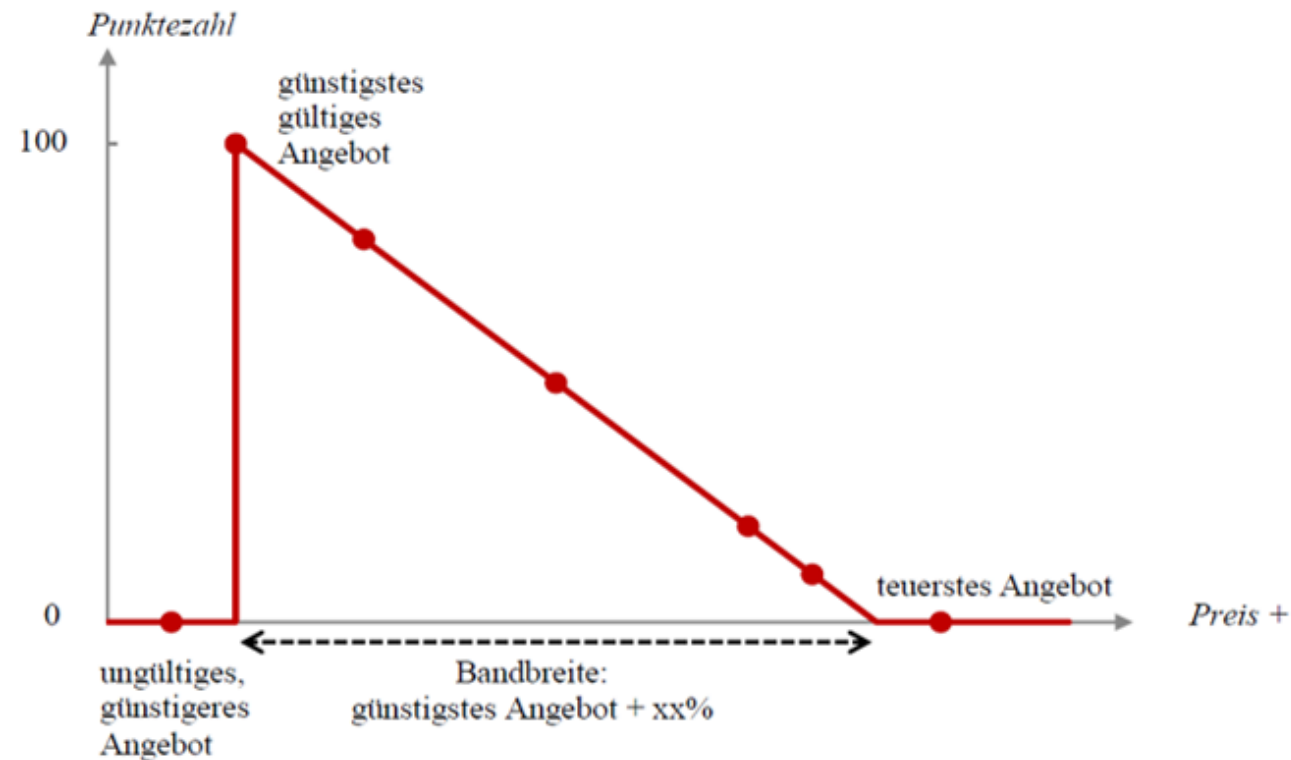
e) Zuschlagskriterien Preis – Preisbewertung

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) Zuschlagskriterien Preis – Richtig: Lineare Preisbewertung



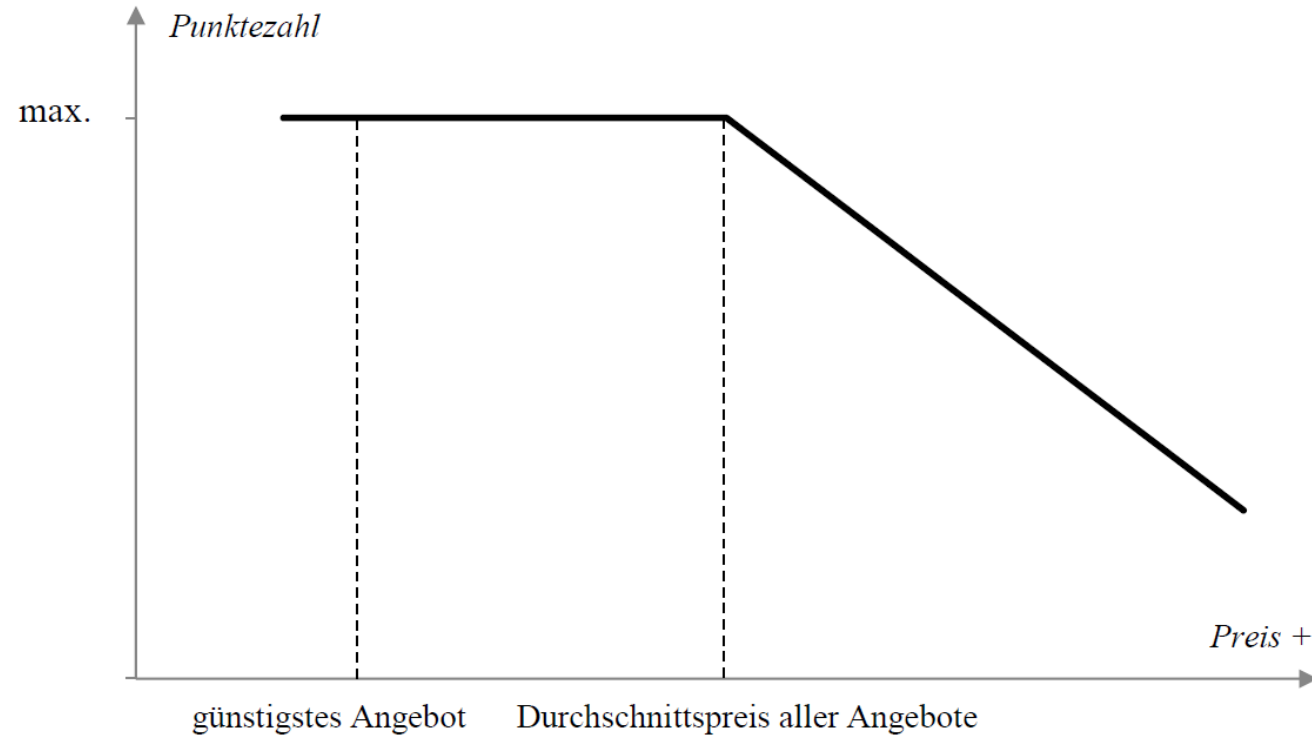
4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterien Preis – Unzulässige Modelle I

- 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 Punktezurechnung nach unten / oben

4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterien Preis – Unzulässige Modelle II



4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterien Preis – Plausibilität? Nicht beim Preis!

BGE 143 II 553 (und BGE 143 II 425)

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

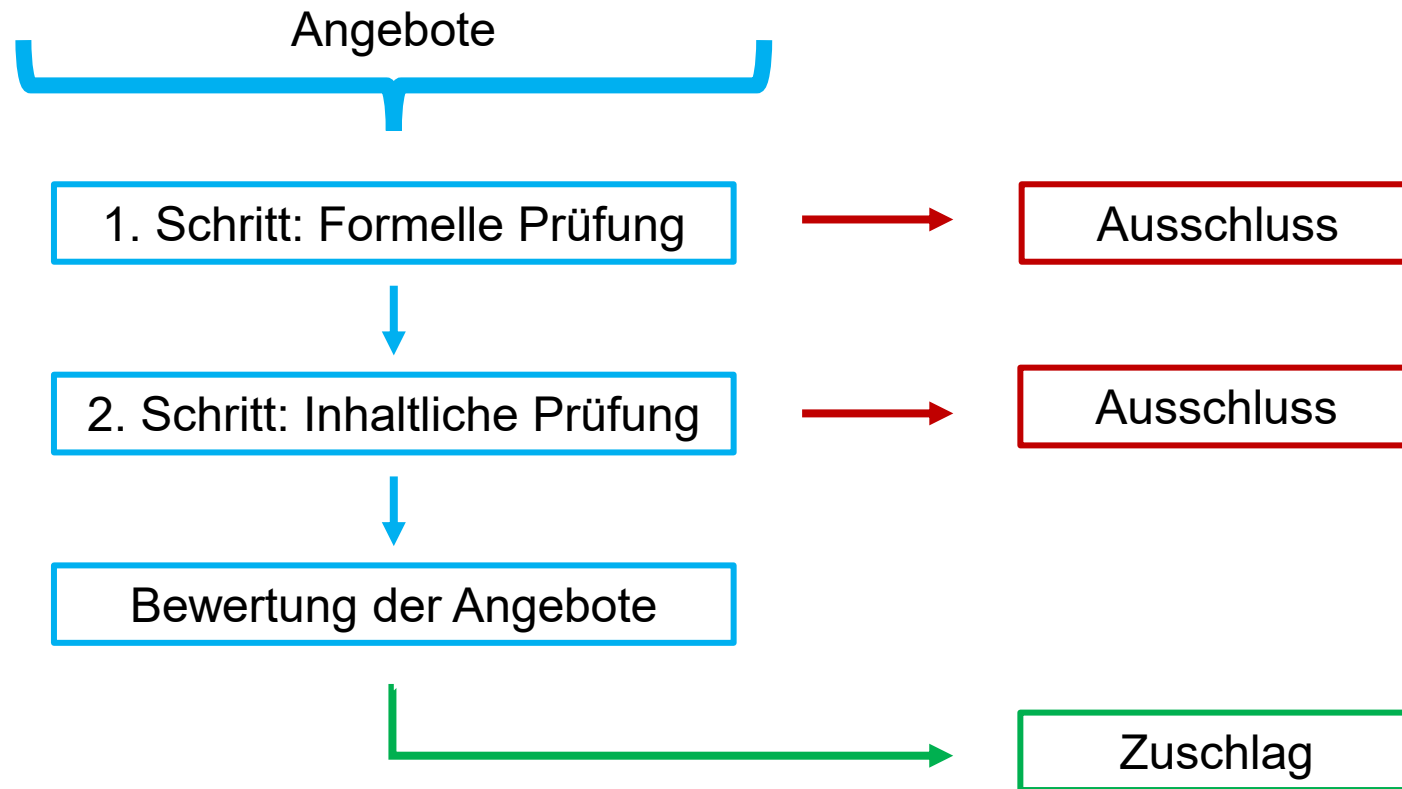
4. Inhalt von Ausschreibungen

f) Zuschlagskriterien Ausbildung Lernender

- Gewichtung: mindestens 5% und höchstens 10% (§ 4c IVöB-BeitrG)
- Bewertung: Anteil Lernender im Verhältnis zur Gesamtzahl der Mitarbeitenden (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 Anteil Lernender erhält maximale Punktzahl – vorausgesetzt, Anteil Lernender steht in vernünftigem Verhältnis zur Anzahl Mitarbeitenden
 - gar keine Lernende = 0 Punkte; dazwischen erfolgt Punkteverteilung linear

5. Behandlung von Angeboten

5. Behandlung von Angeboten



5. Behandlung von Angeboten

a) Formelle Prüfung I: Ausschlussprüfung

Ausschlussprüfung zu wesentlichen formellen Anforderungen (§ 4a Abs. 1 lit. b BeiG IVöB)

- Eingabefrist (hohe Formstrenge, BGer 2C_1006/2016 vom 20.02.2017)
- 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)
 - Abänderung der Ausschreibungsunterlagen (VB.2012.00724 vom 16.01.2013)
- Verletzung von Verfahrensregeln: Obligatorischer Besichtigungstermin (KGLU, 7H 18 205 vom 06.11.2018)

5. Behandlung von Angeboten

a) Formelle Prüfung II: Ausschlussprüfung

Änderung der Ausschreibungsunterlagen

- strenge Praxis der Vergabebehörden
- typische Anwendungsfälle aus der Praxis
 - VB.2010.00402 vom 15.12.2010: Verschiebung von Kostenanteilen bei Einheitspreisen unzulässig; Ausschluss und kein überspitzter Formalismus, obwohl Positionen geringfügiger Natur
 - VB.2014.00396 vom 06.11.2014: Ändern von Produktvorgaben
- Anbringen von Vorbehalten (Stahlpreise / Teuerungsausschluss) unzulässig, wenn nicht mehr vergleichbar (VB.2018.00196 vom 04.10.2018)

5. Behandlung von Angeboten

a) Formelle Prüfung III: Ausschlussprüfung

Ausschlussprüfung zu gesetzlichen Anforderungen (§ 4a BeiG IVöB)

- Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen; VB.2012.00176 vom 05.10.2012
- Gleichbehandlung von Mann und Frau
- Konkursverfahren / Bezahlte Steuern und Sozialabgaben
- Abreden
- Unzulässige Vorbefassung
- Berufliches Fehlverhalten (BGer 2D_49/2011 vom 25.09.2012)
- Falsche Auskünfte (VB.2014.00587 vom 04.12.2014)

5. Behandlung von Angeboten

a) Formelle Prüfung IV: Ausschlussprüfung

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 BeiG IVöB)

5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung V: Ungewöhnlich niedriges Angebot

- Grundlage § 32 SVO ([Revision: Mussvorschrift](#))
- Drei Punkte wichtig:
 - Einhaltung von GAV etc. und Vertragserfüllung sichergestellt (nicht nur bestätigen lassen, sondern zusätzliche Unterlagen, Kalkulationen etc. 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 E.10, BGer 2D_34/2010 vom 23.02.2011)

5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung VI: Unzulässige Vorbefassung I

- Ausschluss vorbefasster Anbietenden gemäss § 9 SVO
- Vorbefassung grundsätzlich dann nicht gegeben, wenn:
 - untergeordneter Beitrag (nicht: Ausschreibungsunterlagen)
 - Vorleistungen in Ausschreibungsunterlagen mit Namen Anbietende bekannt gegeben
 - Einsichtnahme / Bezug dieser Unterlagen möglich
 - Frist für Einreichung des Angebots verlängert
 - z.B. BGer 2P.164/2004 vom 25.01.2005

5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung VI: Unzulässige Vorbefassung II

VB.2012.00309 vom 29.08.2012 (ähnlich auch: VB.2012.00286 vom 26.09.2012)

- Unproblematisch: Wissensvorsprung aufgrund bisheriger Tätigkeit
- Vorarbeiten / Grundlagenaufbereitung für spätere Ausschreibung führen nicht zwingend zum Ausschluss damit befasster Personen oder Unternehmen
- Anbietenden kann nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, welches durch frühere Arbeiten für denselben Arbeitgeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben wurde

VB.2014.00433: Dem Verbot der Vorbefassung kommt im freihändigen Verfahren nicht die gleiche Tragweite zu wie in den höherstufigen Verfahren (Verhandlungen und Beratung über Beschaffungsgegenstand sind erlaubt)

5. Behandlung von Angeboten

b) Inhaltliche Prüfung 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
 - Unternehmergespräch ≠ Verhandlung
 - Bereinigung – vgl. [Revisionsvorlage](#)

5. Behandlung von Angeboten

b) Inhaltliche Prüfung II: Phase 2 – Bewertung der Angebote I

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

5. Behandlung von Angeboten

b) Inhaltliche Prüfung II: Phase 2 – Bewertung der Angebote II

Zuschlagskriterien	Gewichtung
Preis (Angebotssumme, Plausibilität der Aufwandsmittlung und der Aufwandverteilung auf die Funktionen)	60%
Auftragsanalyse (Qualität: Beitrag der Lösungsansätze zur Zielerreichung, Chancen- und Risikoanalyse mit entsprechenden Massnahmenvorschlägen)	10%
Terminplan (Erfassung der wesentlichen Aspekte, Plausibilität)	10%
Schlüsselpersonen (Erfahrung mit gleichartigen Aufgaben [inkl. Referenzauskünfte bzw. eigene Erfahrungen], Verfügbarkeit)	10%
Projektorganisation (Zweckmässigkeit der Projektorganisation für die konkrete Aufgabe)	10%

5. Behandlung von Angeboten

b) Inhaltliche Prüfung II: Phase 2 – Bewertung der Angebote III

Note	Bezogen auf Erfüllung der Kriterien	Bezogen auf Qualität der Angaben
0	Nicht beurteilbar	Keine Angaben
1	Sehr schlechte Erfüllung	Ungenügende, unvollständige Angaben
2	Schlechte Erfüllung	Angaben ohne ausreichenden Bezug zum Projekt
3	Normale, durchschnittliche Erfüllung	Durchschnittliche Qualität, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend
4	Gute Erfüllung	Qualitativ sehr gut
5	Sehr gute Erfüllung	Qualitativ ausgezeichnet, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung

5. Behandlung von Angeboten

c) Zulässiger Umgang mit Referenzauskünften I

- Nur 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 (BVGer, Urteil B-560/2018 vom 24.04.2019; VB.2005.00227 vom 21.09.2005; BGer 2C_549/2011 vom 27.03.2012)
- Massstab der Prüfung der Referenzen muss bei allen Anbietern derselbe sein (identischer Fragenkatalog)

5. Behandlung von Angeboten

c) Zulässiger Umgang mit Referenzauskünften II

- Telefongespräch: schriftlich in Aktennotiz festhalten, 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.
- Bei nicht eingeholten Referenzauskünften darf nicht unbesehen die Maximalnote vergeben werden (VGer SG B 2018/93 vom 21.06.2018)

5. Behandlung von Angeboten

d) Umgang mit Varianten I

- Variante = Angebot, das von vorgeschlagener Amtslösung abweicht
- Abweichen kann: Leistung (Projektvariante) oder Ausführung (Ausführungsvariante), nicht jedoch andere Preisgestaltung
- Variante hat zwingende Vorschriften der Ausschreibung zu beachten und muss im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung in technischer Hinsicht gleichwertig sein; Anbieter muss Gleichwertigkeit einer Variante nachweisen
- Vergabestelle muss sich mit zulässiger Variante sachlich auseinandersetzen und diese prüfen: Grosses Ermessen bei Beurteilung
- Vergabestelle sollte in Ausschreibungsunterlagen regeln, wie Variante einzureichen ist (zusätzlich zum Grundangebot? Ausschlussregelung?)

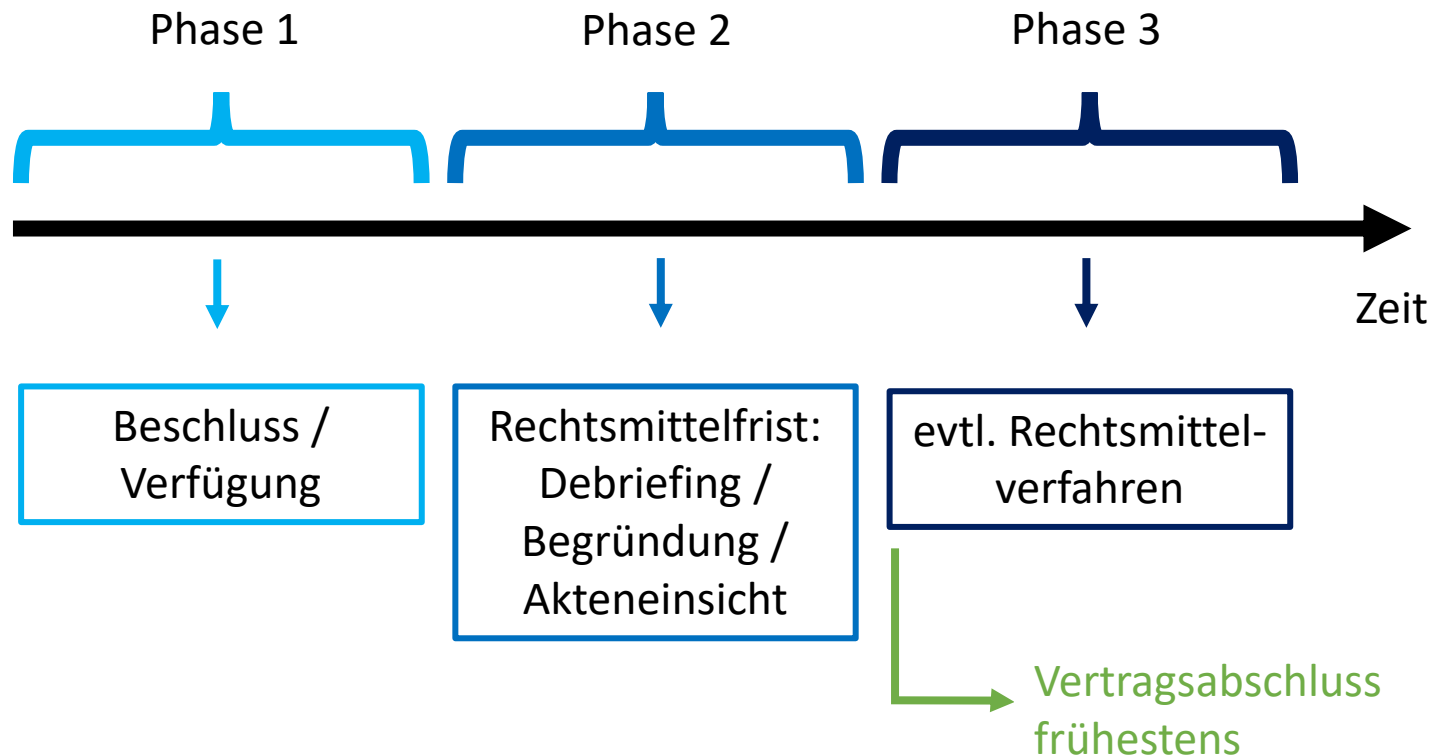
5. Behandlung von Angeboten

d) 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 vom 19.05.2012; VB.2013.00806 vom 07.02.2014)


6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsferien

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsferien



6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsferien

a) 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

Revision:
20 Tage!

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsferien

a) 1. Phase – Erlass der Vergabeverfügung II

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» ist unzulässig
- Private, die im Auftrag Gemeinde Ausschreibung durchführen, dürfen nie den Zuschlagsentscheid fällen (Nichtigkeit der Verfügung; vgl. auch VGer TI 52.2015.39 vom 16.04.2015)
- BGer 2C_865/2010 vom 13.04.2011: Delegation an Arbeitsgruppe?

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsferien

a) 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
- Revision: vorteilhaftestes Angebot. Begründung!

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsferien

b) 2. Phase – Fristen, Debriefing, Begründungspflicht

- Debriefing
 - beliebtes Instrument in der Praxis
 - Revision → § 10 SVO
- 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!
- Akteneinsicht: Grundsatz Vertraulichkeit der Informationen der Anbietenden (Art. 11 lit. g IVöB)

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsferien

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 Gerichtsferien

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 Neubeurteilung, zur Neuausschreibung, Feststellung Rechtswidrigkeit oder Abweisung

7. Vertragsabschluss

7. Vertragsabschluss – Wann zulässig? I

- Kantonale Verfahren: vgl. VB.2013.00672 vom 08.05.2014; VB.2012.00436 vom 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 vom 07.08.2012

7. 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 einer Anbieterin ist vergaberechtlich wie auch privatrechtlich zu beurteilen, auch was Bindung des Unternehmers betrifft

7. Vertragsabschluss – Wann zulässig? III

- Vgl. Berufung der Anbieterin auf Grundlagenirrtum: vertragsrechtliche Beurteilung; vergaberechtliche Beurteilung eingrenzend, streng
- BGE 129 I 410: negative Bindung → keine Pflicht zum Vertragsabschluss
- 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

8. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf

8. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf 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

8. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf 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 vom 25.10.2011; VB.2002.00258 vom 23.01.2003

8. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf IV

- VB.2005.00068 vom 20.04.2005 und VB.2006.00175 vom 13.09.2006:
 - Zuschlag erteilt, Vertrag noch nicht abgeschlossen
 - Widerruf Zuschlag, vor Vertragsabschluss mit anderer Anbieterin: rechtsmittelfähige Widerrufs-Verfügung mit gleichzeitiger neuer Zuschlagserteilung
 - Voraussetzungen für Widerruf: § 4 a II BeiG – Verweis auf Ausschlussgründe (§ 4 a I BeiG). Gründe dürfen bei Zuschlagserteilung nicht bekannt gewesen sein
 - zulässige Fälle (z.B. bei falschen Angaben des Anbieters, nachträglichen Ereignisse, wie Konkurs o.Ä.)

*9. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen /
Wettbewerb*

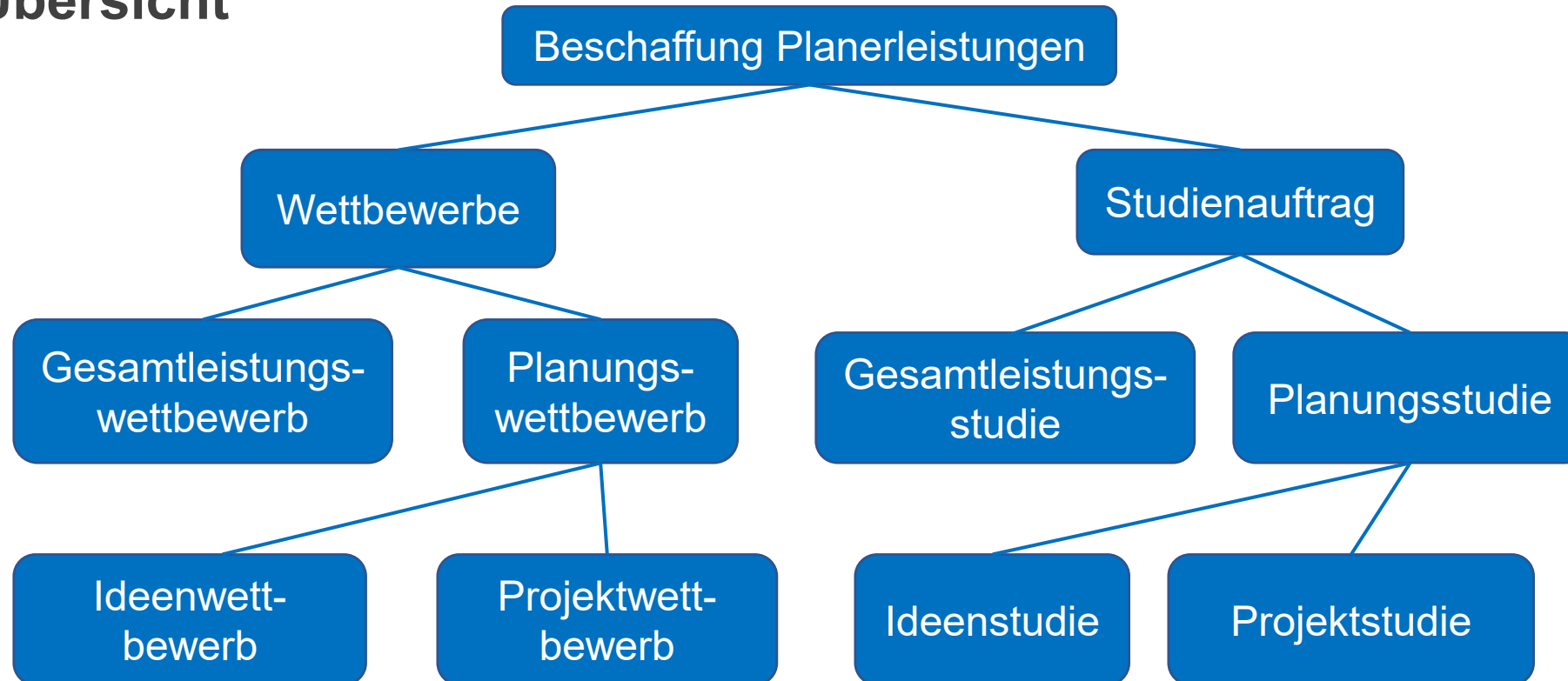
9. Exkurs: Beschaffung Planerleistungen / Wettbewerb

Inhalt:

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

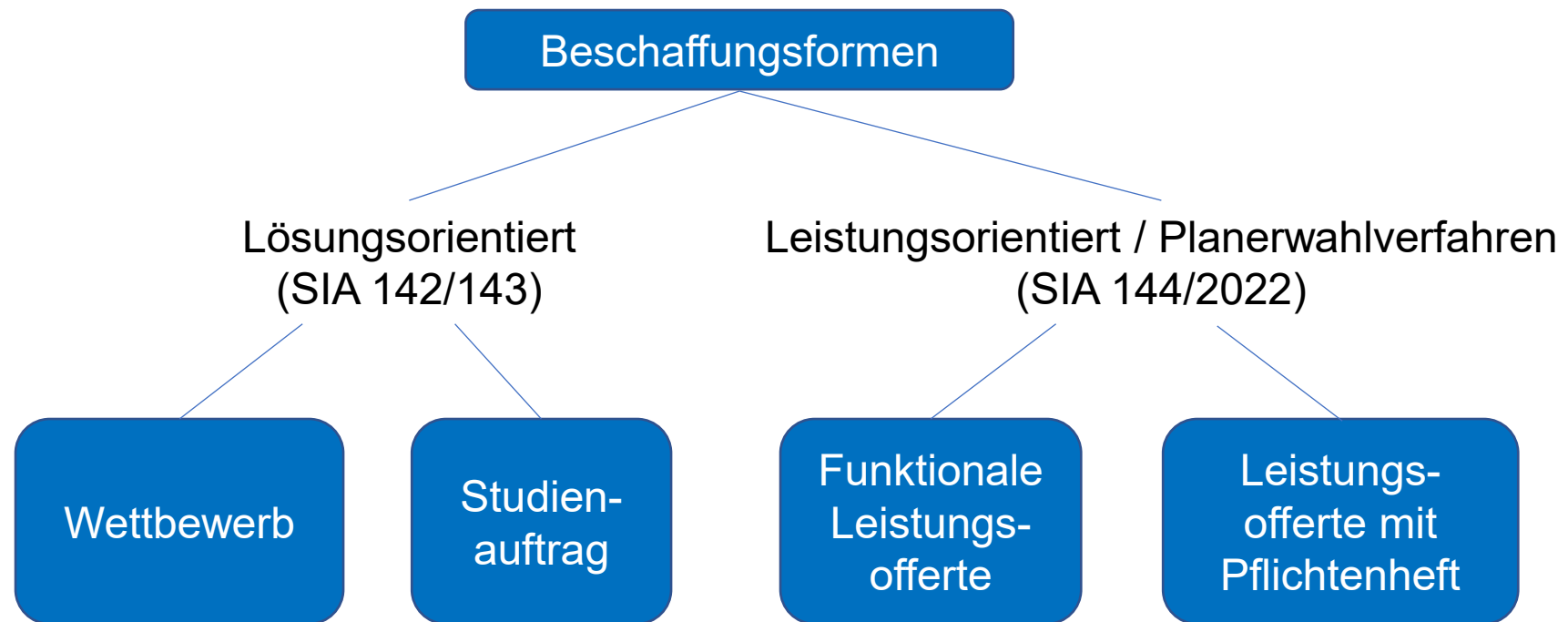
9. Exkurs: Beschaffung Planerleistungen / Wettbewerb

a) Übersicht



9. Exkurs: Beschaffung Planerleistungen / Wettbewerb

b) Wahl des richtigen Verfahrens



9. Exkurs: Beschaffung Planerleistungen / Wettbewerb

c) Vorgehen

- 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

9. Exkurs: Beschaffung Planerleistungen / Wettbewerb

d) 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."

9. Exkurs: Beschaffung Planerleistungen / Wettbewerb

d) 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

9. Exkurs: Beschaffung Planerleistungen / Wettbewerb

d) 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**

9. Exkurs: Beschaffung Planerleistungen / Wettbewerb

d) 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

9. Exkurs: Beschaffung Planerleistungen / Wettbewerb

d) Voraussetzungen freihändige Vergabe gemäss § 10 Abs. 1 lit. i SVO

- Beachtung Grundsätze Submissionsrecht: Transparenzgebot, Nichtdiskriminierungsverbot, Gleichbehandlung aller Anbietenden, 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)
- Gewinnerin festlegen
- Keine Überarbeitungen / Änderungen mit Aufhebung Anonymität
- Verbindlichkeit des Preisgerichtsentscheids

9. Exkurs: Beschaffung Planerleistungen / Wettbewerb

e) Ankauf von programmwidrigen Wettbewerbsbeiträgen

- VGer Zürich, VB.2012.00861 vom 12.06.2013