

Bemerkenswerte aktuelle Urteile zum Vergaberecht

SVöB Mitgliederversammlung 11.10.2024

Claudia Schneider Heusi

Stefan Scherler



BGer 2C_246/2023 vom 3.9.2024

Wärmeverbundreglement Gemeinde B. im Kt. Bern

- Beschluss Stimmberechtigte zu Revision Wärmeverbundreglement
- Art. 3 : «Übertragung Konzession kann freihändig an geeigneten Konzessionär vergeben werden»
- IVöB 2019 gilt im Kt. Bern nach Massgabe von Art. 4 IVöBG/BE sinngemäss als kantonales Gesetzesrecht
- BGer prüft unter dem Blickwinkel des Willkürverbots

BGer 2C_246/2023 vom 3.9.2024

Wärmeverbundreglement Gemeinde B. im Kt. Bern

- Erster Schritt:
Übertragung der Konzession ist Anwendungsfall von Art. 9 IVöB?
- Zweiter Schritt:
Voraussetzungen für eine freihändige Konzessionsverleihung nach Art. 21 Abs. 2 lit. c IVöB erfüllt?
 - Sachverhaltsdarstellung bestritten
 - Keine Alternative / technische Besonderheiten?
 - Keine andere potenzielle Konzessionärin, die in hinreichender Nähe eine KVA betreibt, aus der Abwärme bezogen werden könnte

Freihändige Vergaben

Beweislastumkehr BGE 150 II 105

- Abkehr von der Microsoft-Rechtsprechung BGE 137 II 313
- Freihändige Vergabe aufgrund Ausnahmetatbestand von Art. 21 Abs. 2 lit. c und e IVöB: Beweislast für Erfüllung Voraussetzungen freihändiger Vergabe liegt bei Vergabestelle
- Unverändert:
 - Beschwerdelegitimation von Unternehmen bei einer freihändigen Vergabe setzt voraus, dass diese glaubhaft machen, dass sie im Fall der Gutheissung ihrer Beschwerde gewillt und in der Lage sind, ein Angebot in Bezug auf den Auftragsgegenstand einzureichen

Freihändige Vergaben

Beweislastumkehr BGE 150 II 105

- Abkehr von der Microsoft-Rechtsprechung BGE 137 II 313
- Beschwerdeführerin muss neu (nur) glaubhaft machen, dass sie eine potenzielle Anbieterin eines geeigneten Alternativprodukts ist
- Kein Nachweis der Existenz von Alternativen zur gewählten Lösung der Vergabestelle (mehr) durch Beschwerdeführerin
- Vergabestelle muss beweisen, dass keine Alternativen bestehen d.h. objektive Analyse von Bedarf und Markt (Marktabklärungen)

Freihändige Vergaben

VGer VD, MPU.2021.0017 vom 14. Dezember 2021

- **Vss. Quasi-Inhouse Vergabe nicht erfüllt**
- **Verhältnis des Zusatzauftrags zum Grundauftrag:** Vergabe eines Zusatzauftrags (d.h. zur Ersetzung/Ergänzung/Erweiterung bereits erbrachter Leistungen) an den gleichen Anbieter aufgrund eines bereits erteilten Basisauftrags (Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB)
- Angemessenes Verhältnis zwischen ursprünglichem Basisauftrags und aktuellem Zusatzauftrag notwendig
- Zusatzauftrag darf Wert des Basisauftrags nicht übersteigen:
 - Keine Addition von zwischenzeitlich vergebenen Zusatzaufträgen zum Basisauftrag
 - Aktueller Zusatzauftrag darf nur mit Wert des Basisauftrags verglichen werden

Achtung...



Freihändige Vergaben

KGer VS, A1 23 131 vom 6. Februar 2024: mobile Hirtenhütten

- **Zeitliche Dringlichkeit** verlangt fünf kumulative Bedingungen
 - (1) Unvorhersehbares Ereignis
 - (2) Zwingende Notlage
 - (3) Notlage nicht durch Vergabestelle verursacht
 - (4) Nicht in der Lage öffentlich auszuschreiben
 - (5) Nur was für Wiederherstellung einer normalen Situation erforderlich
- **Unvorhersehbarkeit des Auftrags durch Vergabestelle nachzuweisen**
- **Selbstverschuldete Dringlichkeit**

2. Harmonisierung auf gutem Weg?



KGer Jura, CST 1/2023 vom 14. Dezember 2023

Unzulässige Kriterien der Preisverlässlichkeit und des Preisniveaus

- Gemäss Art. 15 Abs. 3 LMP-JU, dürfen Zuschlagskriterien „Zuverlässigkeit des Preises“ und „Unterschied des Preisniveaus“ berücksichtigt werden
- Bestimmung ist nichtig, weil:
 - Auflistung in Art. 29 Abs. 1 IVöB nicht abschliessend, Kantone dürfen weitere Zuschlagskriterien vorsehen
 - ABER: Beide Kriterien wurden anlässlich der Verabschiedung der IVöB explizit ausgeschlossen

Alles Gute auf den weiteren Wegen

