



Vorhaben in der Gemeinde planen und realisieren:
Öffentliches Beschaffungswesen für Behördenmitglieder
VGZV– 29. Oktober 2019



Claudia Schneider Heusi LL.M.

Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV für Bau- und Immobilienrecht

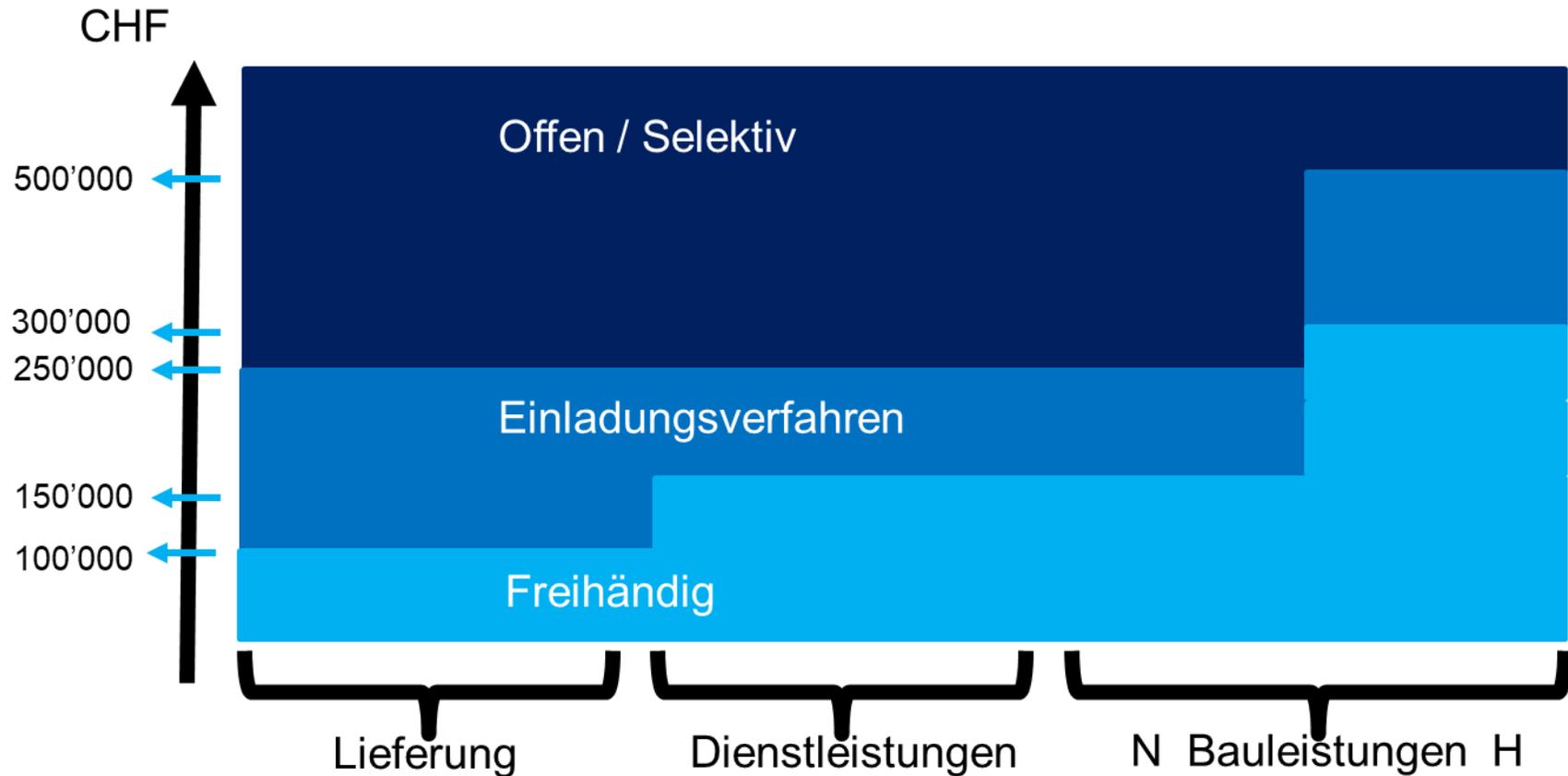
Schneider Rechtsanwälte AG
Seefeldstrasse 60
8034 Zürich
Tel. +41 (0)43 499 16 30
ra@schneider-recht.ch
www.schneider-recht.ch

Inhalt des Referats

1. Überblick über die Verfahrensarten
2. Schwellenwerte und Auftragswerte
3. Inhalt von Ausschreibungen
4. Eignungs- und Zuschlagskriterien
5. Behandlung von Angeboten
6. Revisionsvorlage
7. Fundstellen im Internet

Überblick über die Verfahrensarten

Verfahrensarten



Das freihändige Verfahren

Im unterschwelligen Bereich

Entscheide Verwaltungsgericht Zürich:

VB.2016.00365 vom 19.01.2017

VB.2015.00701 vom 07.04.2016

VB.2014.00433 vom 02.03.2015



Im unterschwelligen Bereich

- 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

Im unterschwelligen Bereich

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

Überschwellig = Ausnahmebestimmung

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)

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 (VB.2015.00780)

Schwellenwerte und Auftragswerte

Schwellenwerte und Auftragswerte

Im Nicht-Staatsvertragsbereich

Unterscheidung:

Bauhaupt- und
Baunebengewerbe (H / N)

Definition H: "Alle Arbeiten,
für tragende Elemente
eines Bauwerks"

Verfahrens- arten	Lieferungen	Dienst- leistungen	Bauleistungen
freihändiges Verfahren	< CHF 100'000	< CHF 150'000	N: < CHF 150'000 H: < CHF 300'000
Einladungs- verfahren	< CHF 250'000	< CHF 250'000	N: < CHF 250'000 H: < CHF 500'000
offenes / selektives Verfahren	> CHF 250'000	> CHF 250'000	N: > CHF 250'000 H: > CHF 500'000

Berechnung Auftragswerte

- Gesamtwert und jede Form der Abgeltung ohne Mehrwertsteuer
- keine Salamiaktik
- Folgeaufträge, Optionen sind einzurechnen
- gesamte Laufdauer des Vertrags (VB.2008.00111, Kehrriktabfuhr)
- bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit und Daueraufträgen bestimmt sich Auftragswert anhand der jährlichen Rate x 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

Inhalt von Ausschreibungen

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

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

Eignungskriterien

Eignungskriterien

- offenes/selektives und Einladungsverfahren
- beschreiben Anforderungen, welche an Anbieter (nicht an Angebot) gestellt werden → **anbieterbezogen**
- beziehen sich auf fachliche, organisatorische, wirtschaftliche, finanzielle Eignung

Eignungskriterien

- sachgerecht und erforderlich: keine unnötige Eingrenzung des Marktes, VB.2016.00481 vom 17.11.2016
- Ausschlusskriterien: 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)

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 Mitarbeitern: Anzahl, Funktion, Ausbildung
- Organigramm und Beschrieb der Organisation des Bewerbers
- Kopie QM-Zertifikat oder Beschrieb des eigenen QM-Systems

Unzulässige Beispiele

- Forderung nach 5 einschlägigen Referenzprojekten ist bei nicht aussergewöhnlich hoher Komplexität des Vergabegegenstands 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)

Zuschlagskriterien

Zuschlagskriterien

- 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. → Auswahl
- keine Kriterien aufführen, die nicht geprüft werden
- Verhältnis Eignungs- und Zuschlagskriterien (BGE 139 II 489)
- Konkretisierung durch Unterkriterien

Reihenfolge, Gewichtung und Bewertung

- Noch keine generelle Pflicht, die Gewichtung der ZK vorgängig bekanntzugeben im Kt. ZH (anders: Bund, Kt. AG etc.)
- 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)

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 – bei komplexen Beschaffungen (BGE 143 II 553)
 - Preisbewertungsmethode: linear, aber richtig

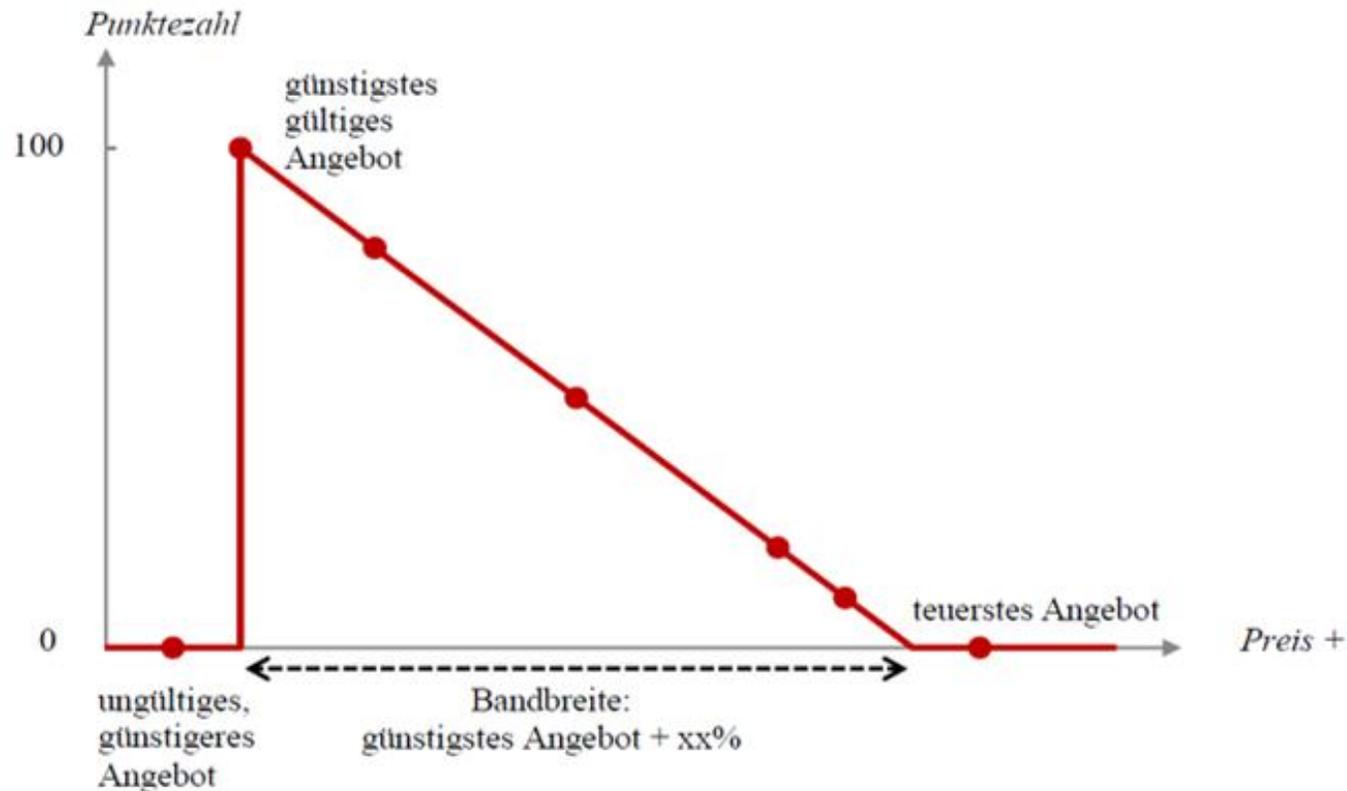
Preis – Preisbewertung

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

Zuschlagskriterien

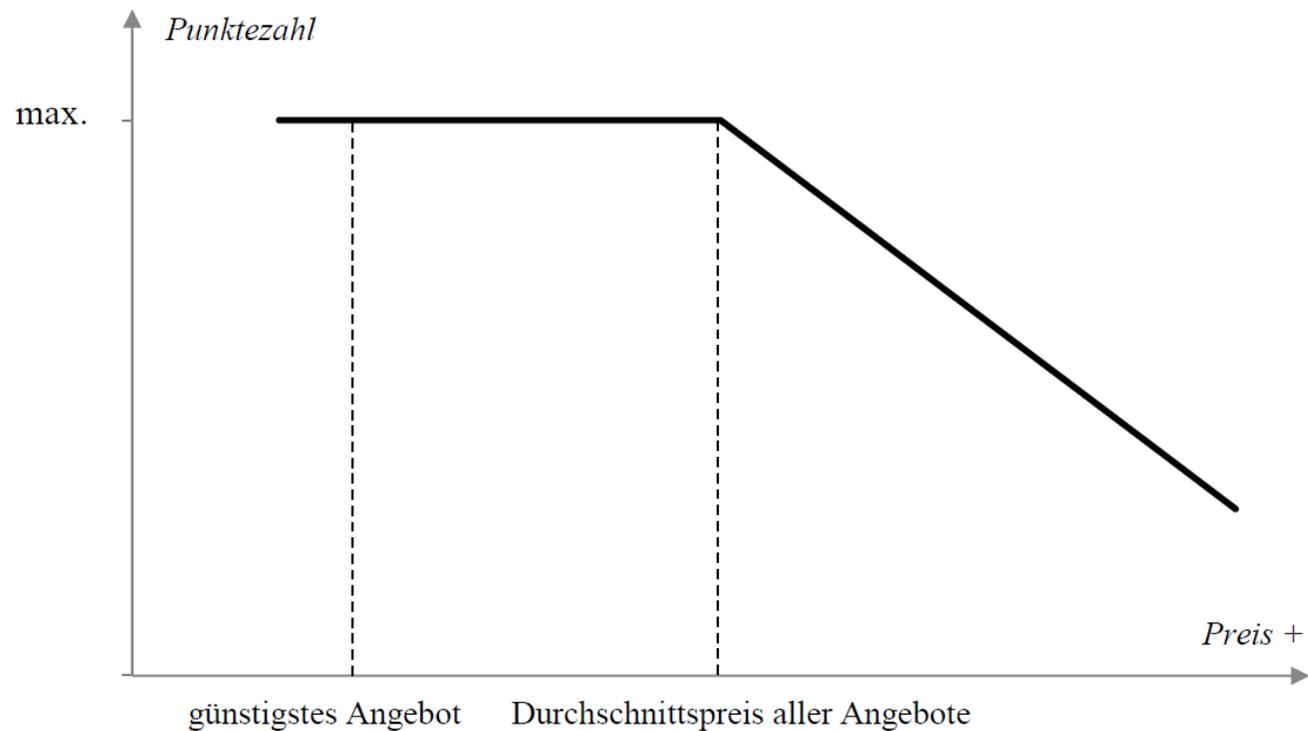
Preis – Richtig: lineare Preisbewertung



Zuschlagskriterien

- 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

Preis – Unzulässige Modelle



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

Lehrlingsausbildung

- Gewichtung: mindestens 5% und höchstens 10% (§ 4c BetG)
- 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, Lehrlingsanzahl steht in vernünftigem Verhältnis zur Mitarbeiterzahl
 - gar keine Lehrlingsbeschäftigung 0 Punkte; dazwischen erfolgt Punkteverteilung linear

Gute Beispiele

- Qualität:
 - Technischer Wert des Angebots
 - Auftragsanalyse
 - Fachkompetenz und Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen
 - Vorgehenskonzept (z.B. Arbeiten unter Betrieb)
 - Vorschlag für projektbezogenes Qualitätsmanagement
- je mit Unterkriterien

Zulässig, aber...

- **Plausibilität** (BGE 143 II 553)
- **Zugang zur Aufgabe** (VB.2011.00322 vom 28.09.2011)
- **Lehrlingsausbildung**: 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)

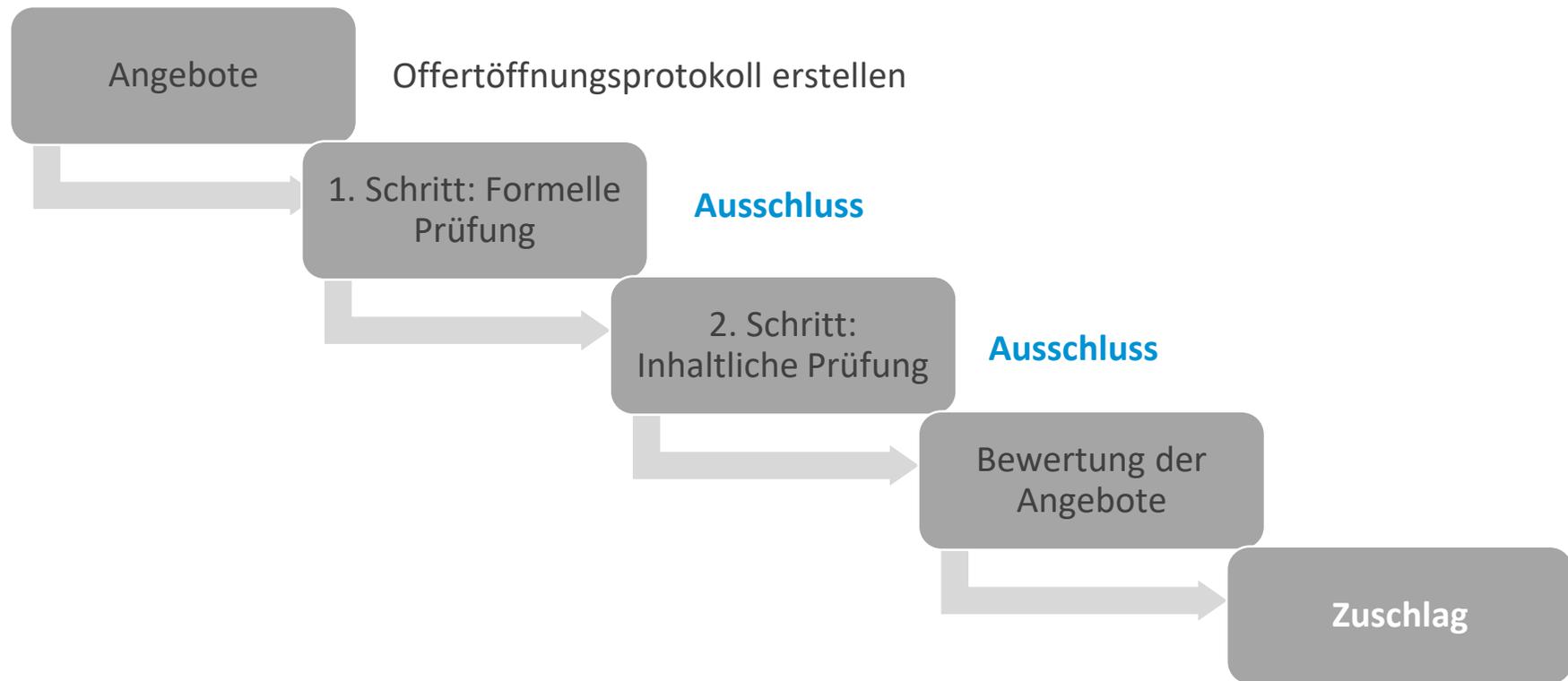
Unzulässige Beispiele

- "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 ist (VB.2015.00477 vom 05.11.2015); «Transferzeit» bei reinen Dienstleistungen (BVGer, B-5601/2018 vom 24.04.2019)

Behandlung von Angeboten

Behandlung von Angeboten

Die einzelnen Schritte im Überblick



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

Formelle Prüfung der Angebote

- 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)
- Vorbehalte unzulässig, wenn Angebote nicht mehr vergleichbar (VB.2018.00196 vom 04.10.2018)
- Verletzung von Verfahrensregeln: Obligatorischer Besichtigungstermin (KGLU, 7H 18 205 vom 06.11.2018)
- § 4a Abs. 1 lit. b BetG ZH

Phase 1: Fachliche und rechnerische Prüfung

- Korrektur von Rechnungs- und Schreibfehlern
 - 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
 - Unternehmergespräch \neq Verhandlung

Phase 2: Bewertung der Angebote

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

Zulässiger Umgang mit Referenzauskünften

- 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 "Erkundigungstouren" (BGE 139 II 489)
- Eigene Referenzen ja, aber nicht nur. Resultat muss dokumentiert sein.
- Massstab der Prüfung der Referenzen muss bei allen Anbietern derselbe sein (identischer Fragenkatalog)

Zulässiger Umgang mit Referenzauskünften

- Telefongespräch: Infos 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)

Umgang mit Varianten

- 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?)

Umgang mit Varianten – «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)

Fundstellen

Fundstellen im Internet

Wichtig: jeweils geltende Erlasse konsultieren

- www.beschaffungswesen.zh.ch (Handbuch für Vergabestellen)
- www.vgr.zh.ch
- www.bundesverwaltungsgericht.ch / www.bger.ch
- www.simap.ch
- www.be.ch
- www.beschaffungswesen.sg.ch
- www.beschaffung.admin.ch / www.kbob.admin.ch

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL.M.
Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht