schneider ● rechtsanwälte

SUBMISSIONEN UND ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN BEREICH BAU

Schulung Kanton
08:30 – 16:40 Uhr

Claudia Schneider Heusi
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

schneider rechtsanwälte

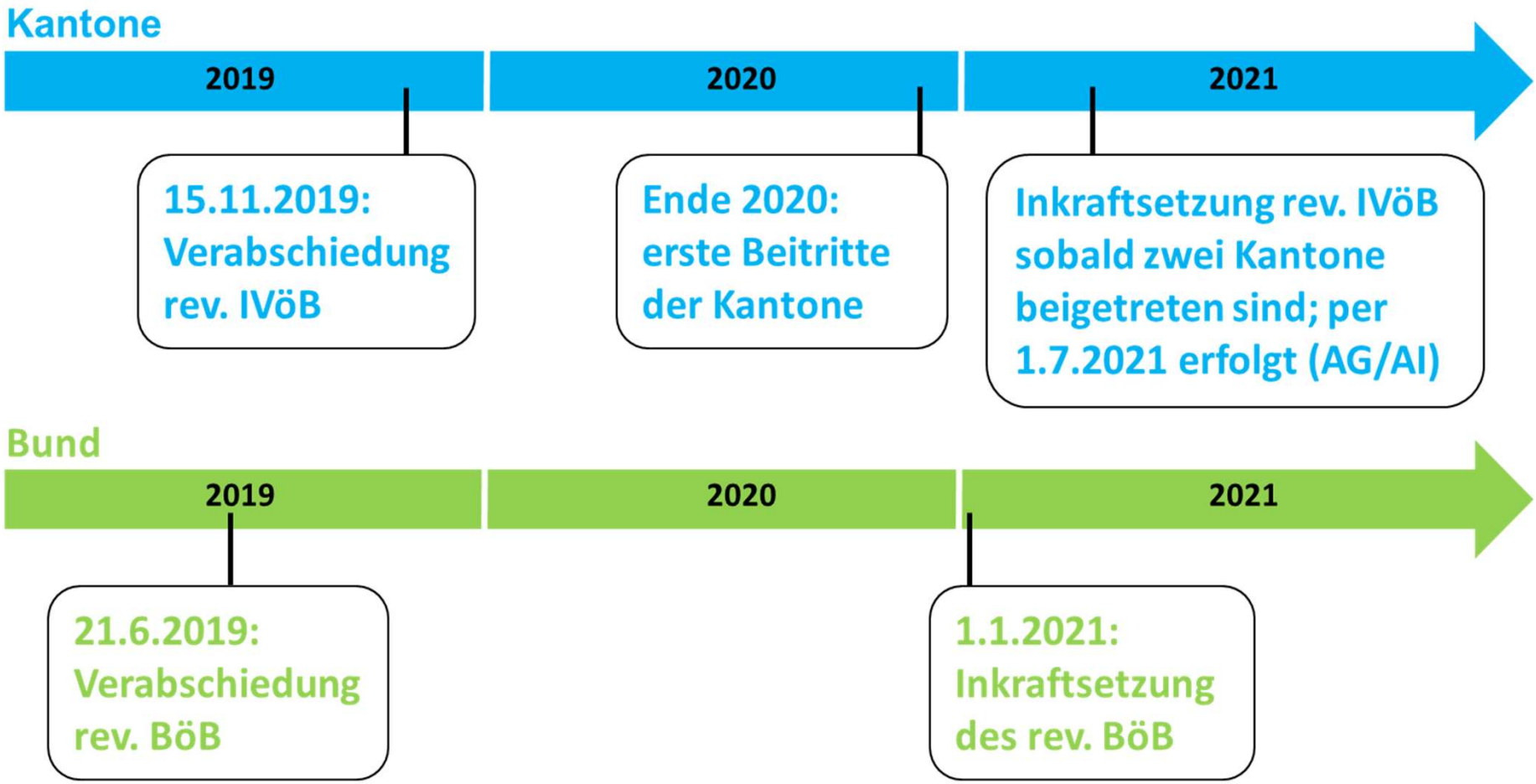
SUBMISSIONEN UND ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN (Bereich Bau) 08:30 – 11:40

1. Revisionsvorlage
2. Überblick über die Verfahrensarten
3. Schwellenwerte
4. Das freihändige Verfahren
5. Inhalt von Ausschreibungen
6. Behandlung von Angeboten
7. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren
8. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf

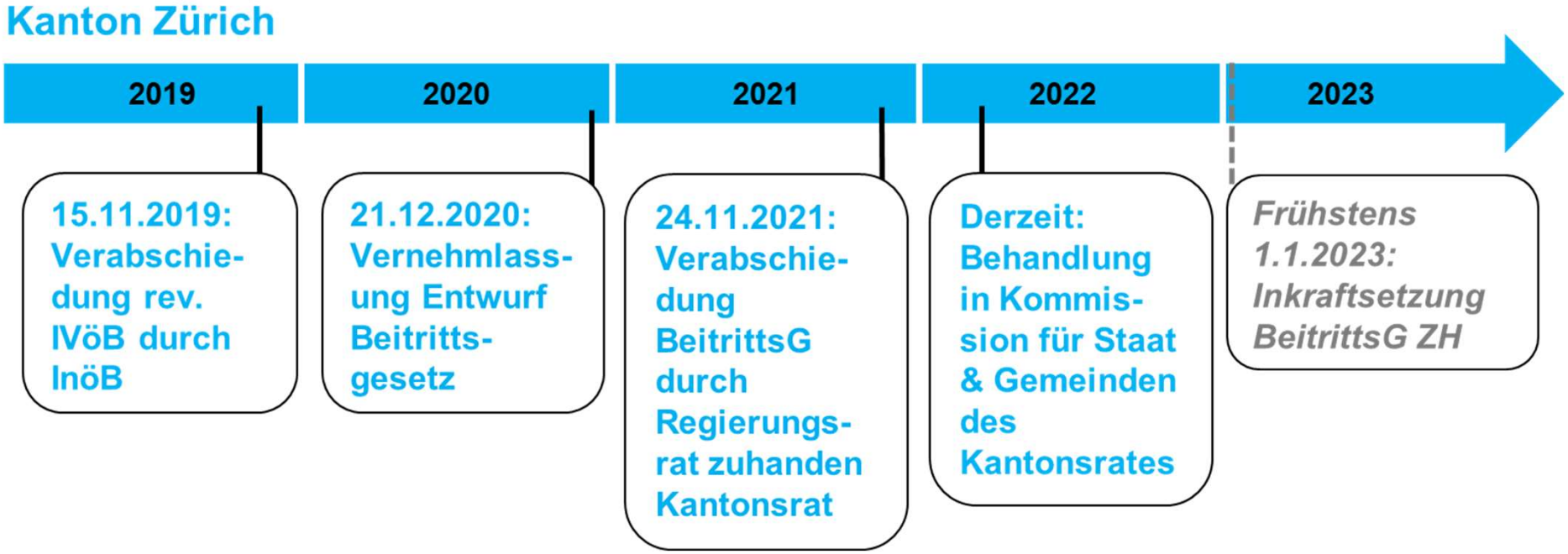
SUBMISSIONEN UND ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN (Bereich Bau) 13:00 – 16:40

1. Repetition
2. Übungsfall 1 mit Diskussion im Plenum
3. Übungsfall 2 mit Präsentation durch Teilnehmer
4. Exkurs : Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

Rechtliche Grundlagen – Revisionsvorlagen 2019

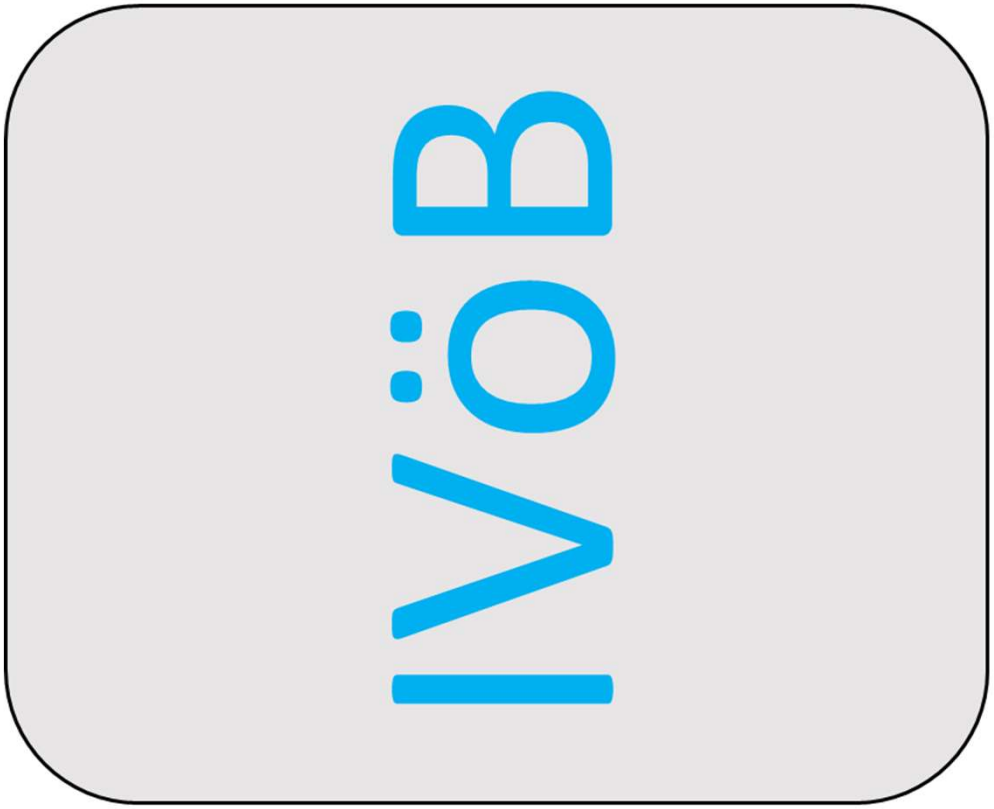


Rechtliche Grundlagen – Neuerungen Kanton Zürich



schneider rechtsanwälte

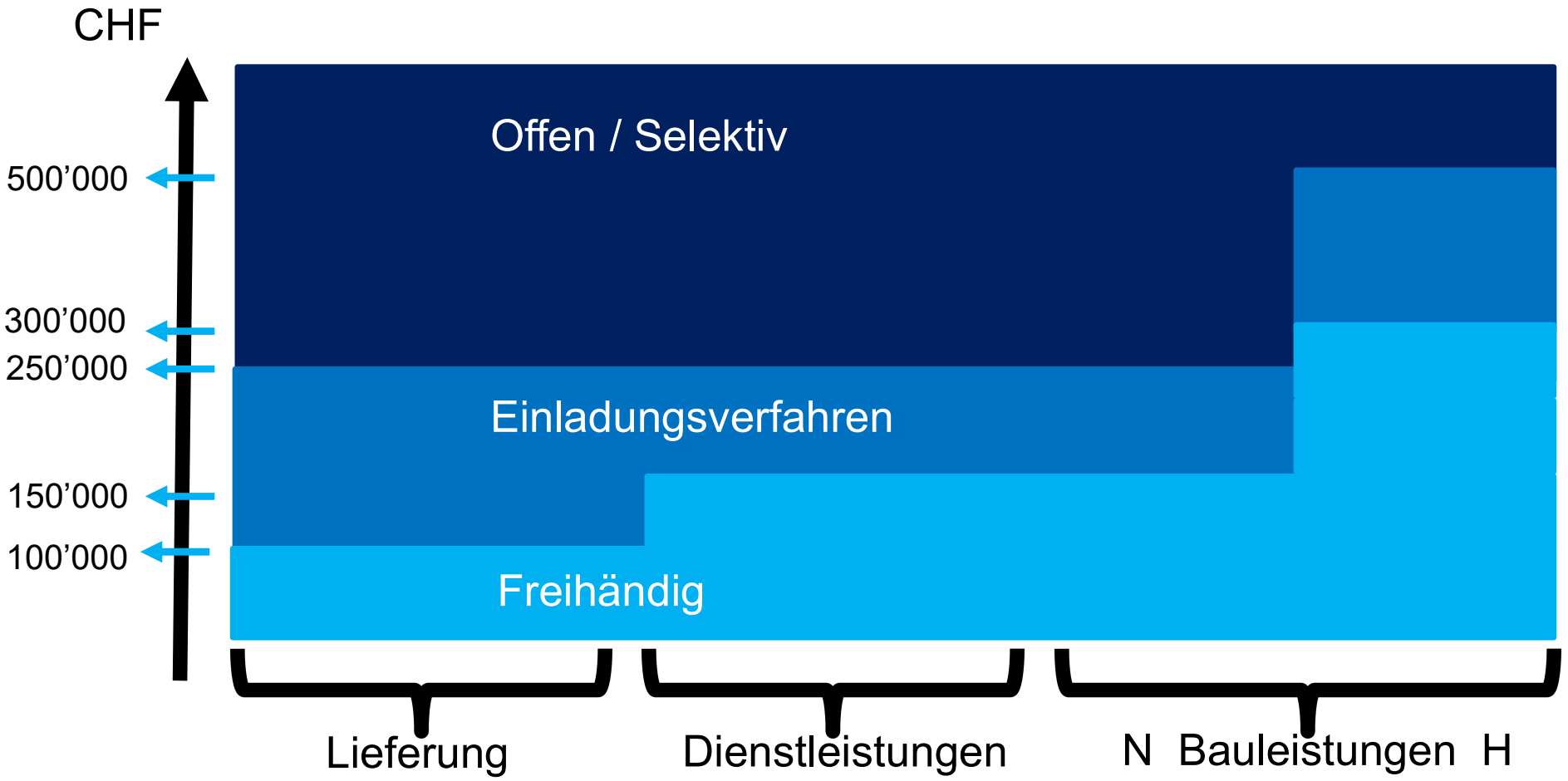
Rechtliche Grundlagen – Neuerungen Kanton Zürich



Verhandlungs-spielraum begrenzt

1. Überblick über die Verfahrensarten

Verfahrensarten



2. 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 Sektorenunternehmen 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. 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. Schwellenwerte

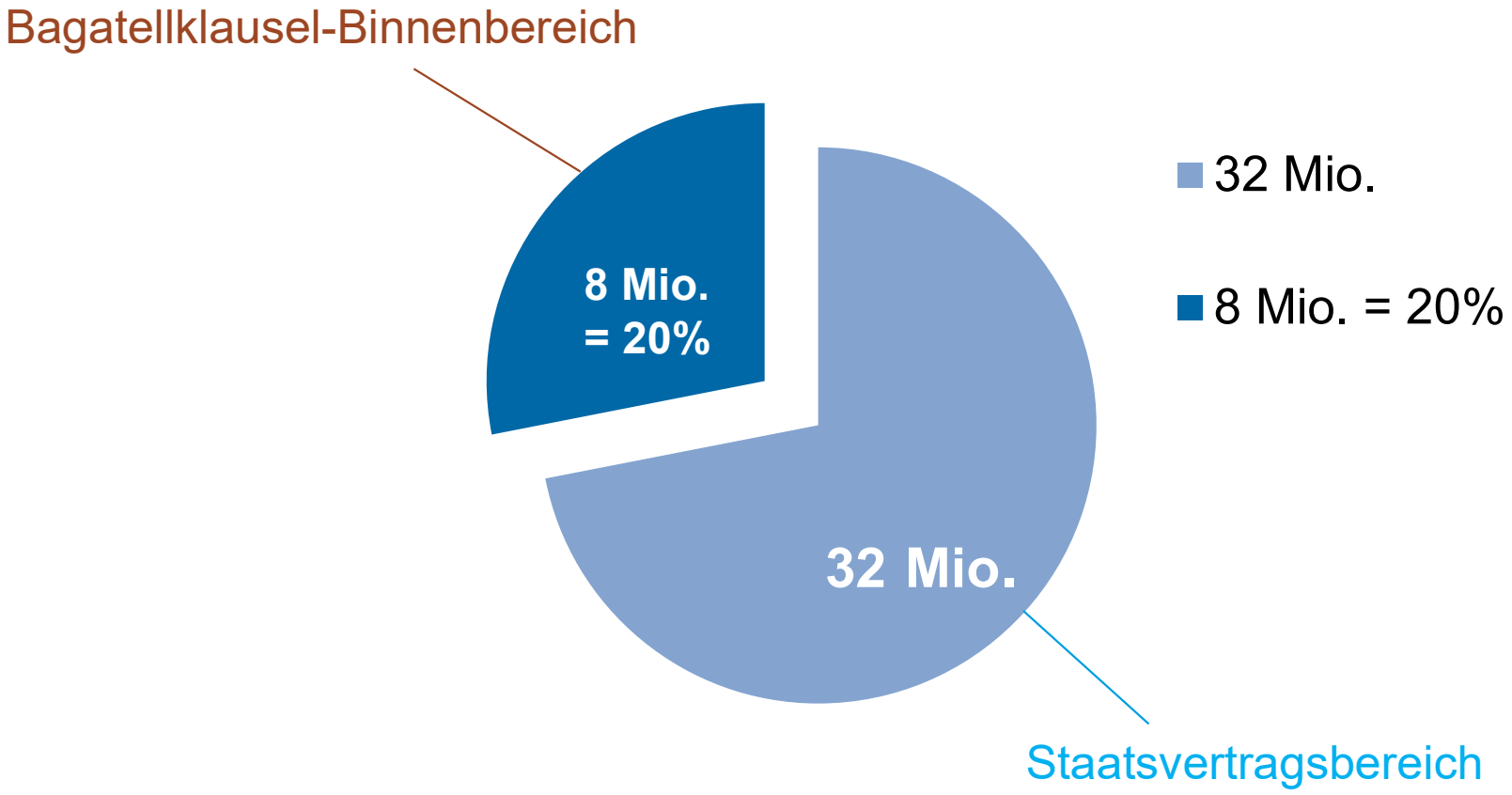
b) Im Nicht-Staatsvertragsbereich

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
Einladungs-verfahren	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

2. Schwellenwerte

c) Bagatellklausel



2. Schwellenwerte

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

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

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
- VB.2008.00555 vom 20.05.2009
- VB.2005.00557 vom 13.09.2006

3. Das freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich II

Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2015.00701
vom 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

3. 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

3. Das freihändige Verfahren

b) Ausnahmebestimmung I

Direktaufträge aufgrund der Ausnahmebestimmung von § 10 SVO

- Urheberrechte, z.B. "Klanghaus Toggenburg"; VGer St. Gallen B 2008/70 vom 14.10.2008: unzulässige freihändige Vergabe
- Dringlichkeit (z.B. BGE 141 II 113)
- Ergänzungsbeschaffungen (z.B. VB.2005.00557 vom 13.09.2006 betr. Tramdepot)
- Technische Besonderheiten (z.B. Microsoft-Vergabe des Bundes BGE 137 II 313; VB.2015.00780 vom 11.08.2016; VB.2014.00215 vom 29.07.2014)
- Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb (z.B. VB.2013.00393 vom 16.01.2014).

3. Das freihändige Verfahren

b) Ausnahmebestimmung II

- 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 auch sinnvoll
- Beschwerdelegitimation: nur, wenn Beschwerdeführerin in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen (VB.2015.00780)

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 Rechts-mittelfristen beachten

4. Inhalt von Ausschreibungen

b) Allgemein

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

4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien I

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

4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien II

- Nachweise festlegen

  ➔ Bsp: «Nachweis der genügenden Erfahrung zu …» oder «eidg. Fachausweis Polier» (VB.2017.00612 vom 20.12.2017)

- **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: Beispiele

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

4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien IV: Unzulässige Beispiele

- Forderung nach 5 einschlägigen Referenzprojekten ist bei nicht aussergewöhnlich hoher Komplexität des Vergabegegenstands ungerechtfertigt (VB.2011.00676 v. 09.05.2012, E. 4.2)
- Beschränkung auf inländische Referenzobjekte (im Bereich Autobau) ist unzulässig, da dies auf eine Marktabschottung hinausläuft (VB.2008.00194 vom 08.04.2009).

4. Inhalt von Ausschreibungen

c) Eignungskriterien V: Nachweise

Wichtig: zusätzlich Nachweise verlangen - Beispiele:

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

d) Zuschlagskriterien I

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

4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien II: Reihenfolge und Gewichtung

- Keine generelle Pflicht die Gewichtung der Zuschlagskriterien vorgängig bekanntzugeben (anders: Bund, Kt. Aargau etc.)
- Kanton Zürich: Reihenfolge reicht aus
- Aber: Bekanntgabe der Gewichtung ist empfehlenswert!
- Gewichtung, die bekannt gegeben wurde, ist aber einzuhalten!
- Nur lineare Bewertung zulässig
- Bewertungsmatrix bereits vorab erstellen
- Skalierung der Punktevergaben mit klaren Aussagen
- Verwendung unterschiedlicher Notenskalen ist unzulässig (VB.2012.00176 v. 05.10.2012; VB.2013.00132 v. 10.04.2013)

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: Beispiel 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....

- **Zugang zur Aufgabe** (VB.2011.00322 vom 28.09.2011)
- **Lehrlingsausbildung:** nur im Nicht-Staatsvertragsbereich, hier seit 01.07.2018 Anwendung obligatorisch, vgl. neuer § 4c IVÖB-BeitrG (vgl. Folie 32); VB.2017.00512 vom 05.10.2017: keine generelle Untersagung im Staatsvertragsbereich, wenn keine ausländischen Anbieter teilnehmen
- **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", steuerliche Gründe etc.
- Vollständigkeit der Offerte
- «Ökologische Überlegungen» bzw. «Länge der Anfahrtswege», wenn alleine auf den Anfahrtsweg abgestellt wird (so bei Aufträgen zur Abfallentsorgung, VB.2010.00568 vom 12.01.2011); nur zulässig, wenn für die konkrete Beschaffung ein schnelles Intervenieren erforderlich ist (VB.2015.00477 vom 05.11.2015)

4. Inhalt von Ausschreibungen

d) Zuschlagskriterien VII: Unzulässige Beispiele

- Präsentationen
- **Ortskenntnisse** grundsätzlich nein (BGer 2P.46/2005 und 2P.47/2005 vom 16.09.2005)
  - Ausnahmen nur dann zulässig, wenn dies sachgerecht ist
  - zudem nicht unabdingbare Voraussetzung
  - z. B. Gesamtmelioration einer Gemeinde

4. Inhalt von Ausschreibungen

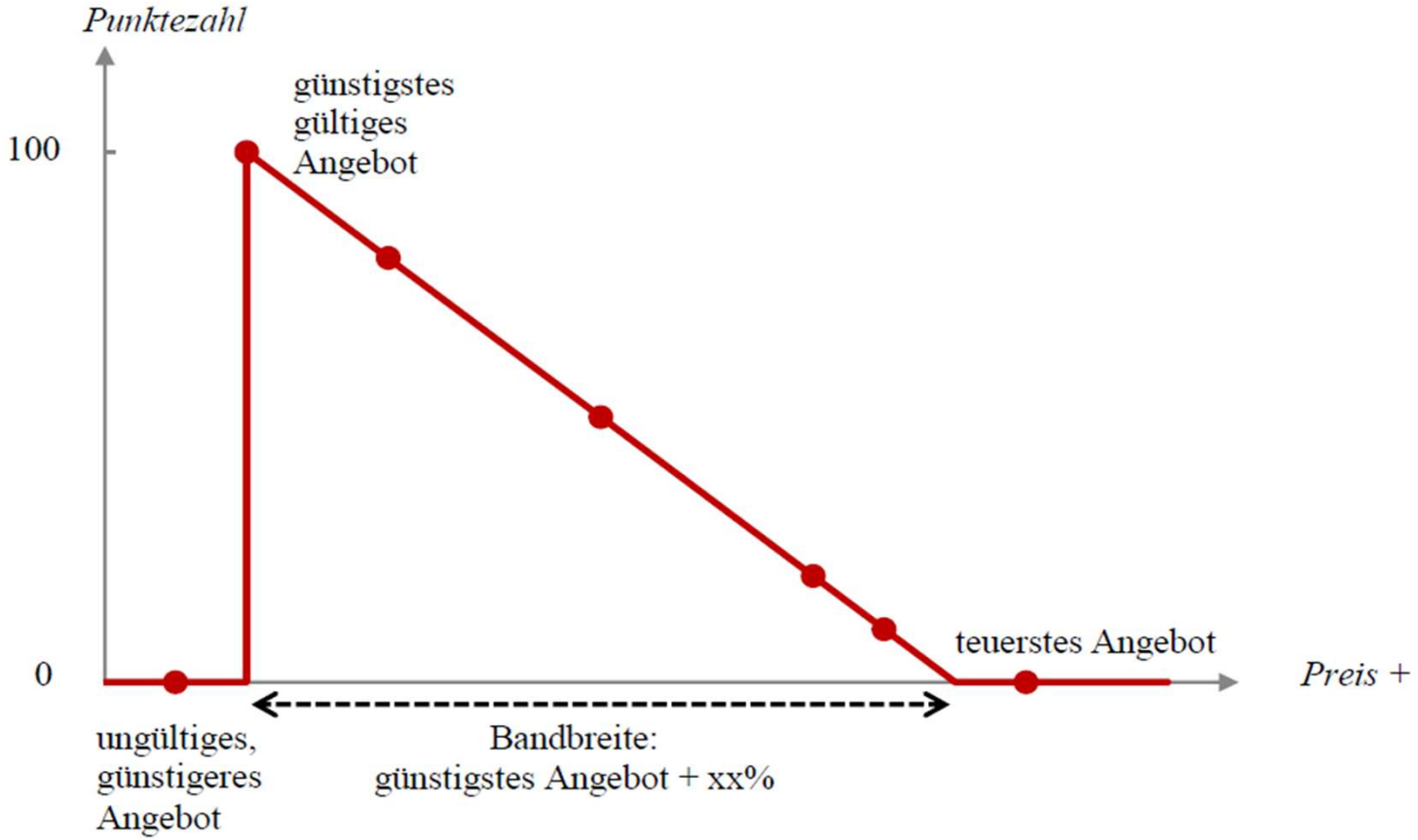
e) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

- BGE 143 II 553
- Preislich tiefstes (gültiges) Angebot ist im Verhältnis zu den anderen Angeboten stets am besten zu bewerten.
- Zwei Parameter sind entscheidend:
  1. Preisgewichtung
     - Wie viel Prozent der Gesamtpunktzahl aller Kriterien macht der Preis aus?
     - 20% als Untergrenze – nur bei komplexen Beschaffungen
  2. Preisbewertungsmethode: linear, aber richtig

4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

Richtig: lineare Preisbewertung



4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

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) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

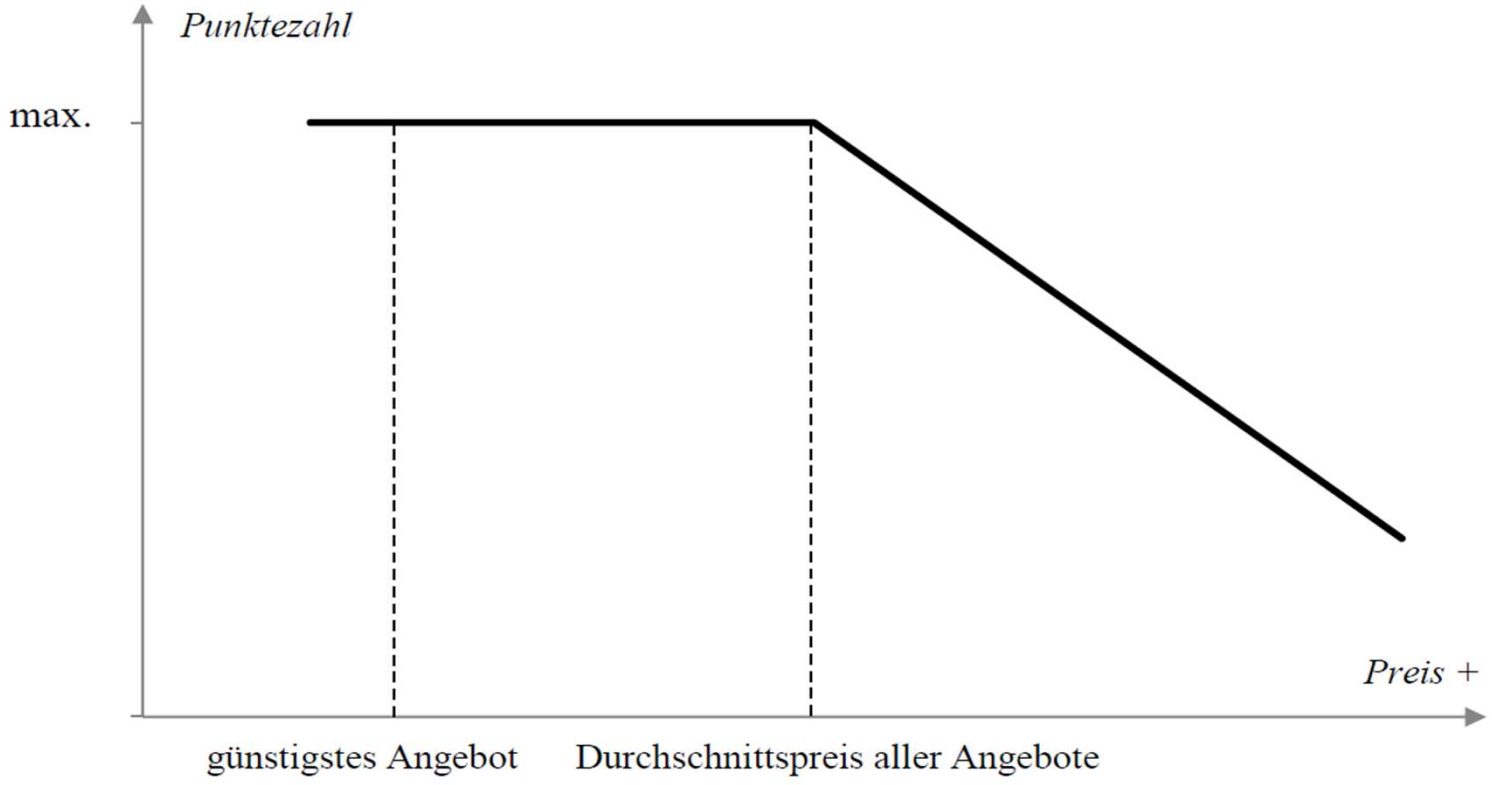
Unzulässige Modelle

- 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

4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

Unzulässige Modelle



4. Inhalt von Ausschreibungen

e) Zuschlagskriterium Preis – Fehlerquelle Nr. 1

Unzulässige Modelle

BGE 143 II 425 / BGE 143 II 553

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

4. Inhalt von Ausschreibungen

f) Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung

- Gewichtung: min. 5% und max. 10% (§ 4c IVöB-BeitrG)
- 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, Lehrlingszahl steht in vernünftigem Verhältnis zur Mitarbeiterzahl
  - Gar keine Lehrlingsbeschäftigung 0 Punkte; dazwischen lineare Punkteverteilung

4. Inhalt von Ausschreibungen

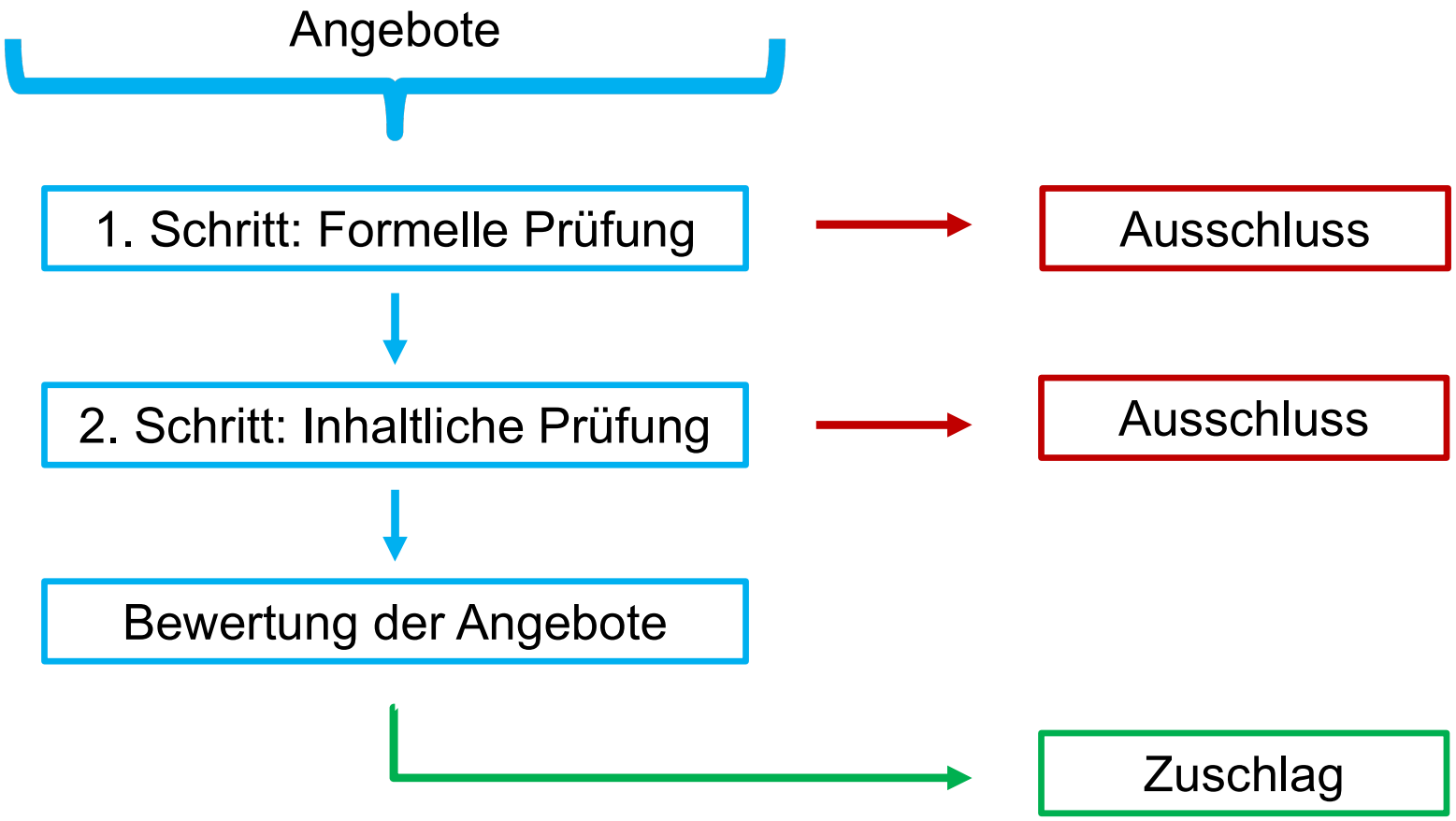
g) Leistungsverzeichnis, Pflichtenheft, Devis

- Detaillierte oder funktionale Ausschreibungen
- Technische Spezifikationen / Produktbeschreibung:
  - Unterscheiden zwischen: zwingend verlangte ←→ erwünschte Eigenschaften
  - keine Marken / technische Angaben
  - wenn: dann ist Zusatz "oder gleichwertig" unumgänglich, VB.2014.00202 vom 22.10.2014

VB.2005.00200 vom 25.01.2006:

"Unnötig detaillierte Vorgaben und Ausrichtung der Ausschreibung auf die Bedürfnisse des bisherigen Auftragnehmers."

5. Behandlung von Angeboten



5. Behandlung von Angeboten

a) Prüfung der Angebote: 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

5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote I

Ausschlussprüfung zu wesentlichen formellen Anforderungen (§ 4 a Abs. 1 lit. b IVÖB-BeitrG):

- Eingabefrist
- 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; VB.2016.00761 vom 04.01.2017)
  - Abänderung der Ausschreibungsunterlagen (VB.2012.00797 vom 27.02.2013)

5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote II

Ausschlussprüfung zu gesetzlichen Anforderungen (§ 4 a BetG)

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

5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote III

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 BetG)

5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote IV

Einheitspreise/spekulative Preise

- Einheitspreise im Angebot prüfen
- Unzulässig: Verschiebung von Kostenteilen aus bestimmten Einheitspreisen in andere Positionen, insb. Festpreispositionen
- Vergabestelle muss Einheitspreise mit negativen Vorzeichen (Minuspreise) oder unrealistisch tiefe, nicht kostendeckende Preise, wie z.B. Nuller- oder Einfrankenpreise, nicht akzeptieren
- Verletzung Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot
- Ausschluss eines Angebots aus diesem Grund gerechtfertigt
- VB.2010.00402 vom 15.12.2010; VB.2012.00257 vom 08.08.2012

5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote V

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
  - z.B. 2P.164/2004 vom 25.01.2005

5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote VI

> Fortsetzung Vorbefassung

VB.2012.00309 v. 29.08.2012 (ähnlich VB.2012.00286 v. 26.09.2012)

- Unproblematisch: Wissensvorsprung aufgr. bisheriger Tätigkeit
- Vorarbeiten / Grundlagenaufbereitung für spätere Ausschreibung führen nicht zwingend zum Ausschluss damit befasster Personen oder Unternehmen
- Anbieter kann nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das er sich durch frühere Arbeiten für denselben Arbeitgeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben hat

VB.2014.00433: Verbot der Vorbefassung hat im freihändigen Verfahren nicht die gleiche Tragweite

5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote VII

Eignungsprüfung

- Stolperstein Kongruenz zu Anforderungen in Ausschreibungsunterlagen
- Zulässig: grosszügiger Massstab bei Beurteilung Eignungskriterien (VB.2016.00025 vom 27.09.2016; VB.2014.00179 vom 11.04.2014)
- Auslegung von unklaren Eignungskriterien hat nach dem Vertrauensprinzip zu erfolgen: unklare Vorgaben grosszügig zu Gunsten der Anbieter anwenden (BGE 141 II 14; VB.2012.00243 vom 21.12.2012)

5. Behandlung von Angeboten

b) Formelle Prüfung der Angebote VIII

Ungewöhnlich niedriges Angebot (§ 32 SVO)

- Drei Punkte wichtig:
  - Einhaltung von GAV etc. und Vertragserfüllung sicher-gestellt (nicht nur bestätigen lassen - zusätzlich Unter-lagen, Kalkulationen verlangen)
  - Androhung Ausschluss mit Fristansetzung
  - Bei Einhaltung von Teilnahmebedingungen und Auftrags-bedingungen ist Zuschlag zu erteilen, auch wenn Angebot ungewöhnlich niedrig ist (vgl. BGE 143 II 553; BGE 141 II 14 ; BGer 2D_34/2010 vom 23.02.2011; VB.2012.00074 vom 28.03.2012)

5. Behandlung von Angeboten

c) Inhaltliche Prüfung der Angebote - Die beiden Phasen im Detail 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**
  - nachträgliche Präzisierung eines Angebots
  - nur: untergeordnete Nebenpunkte oder
  - Missbrauch aufgrund der Umstände nicht denkbar (VB.2012.00724 vom 16.01.2013)

5. Behandlung von Angeboten

c) Inhaltliche Prüfung der Angebote - Die beiden Phasen im Detail II

Phase 2: Bewertung der Angebote

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

5. Behandlung von Angeboten

c) Inhaltliche Prüfung der Angebote - Die beiden Phasen im Detail III: Bsp. Evaluation

Zuschlagskriterien	Gewicht
Preis (Angebotssumme, Plausibilität der Aufwandermittlung 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

c) Inhaltliche Prüfung der Angebote - Die beiden Phasen im Detail IV: Bsp. 5-Stufen-Modell

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

d) Zulässiger Umgang mit Referenzauskünften I

- Nur dann 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 ausreichend dokumentiert sein (VB.2005.00227 vom 21.09.2005; BGer 2C_549/2011 vom 27.03.2012)

5. Behandlung von Angeboten

d) Zulässiger Umgang mit Referenzauskünften II

- Telefongespräch: schriftlich in Aktennotiz festzuhalten, 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.
- Massstab der Prüfung der Referenzen muss bei allen Anbietern derselbe sein.

5. Behandlung von Angeboten

e) Umgang mit Varianten I

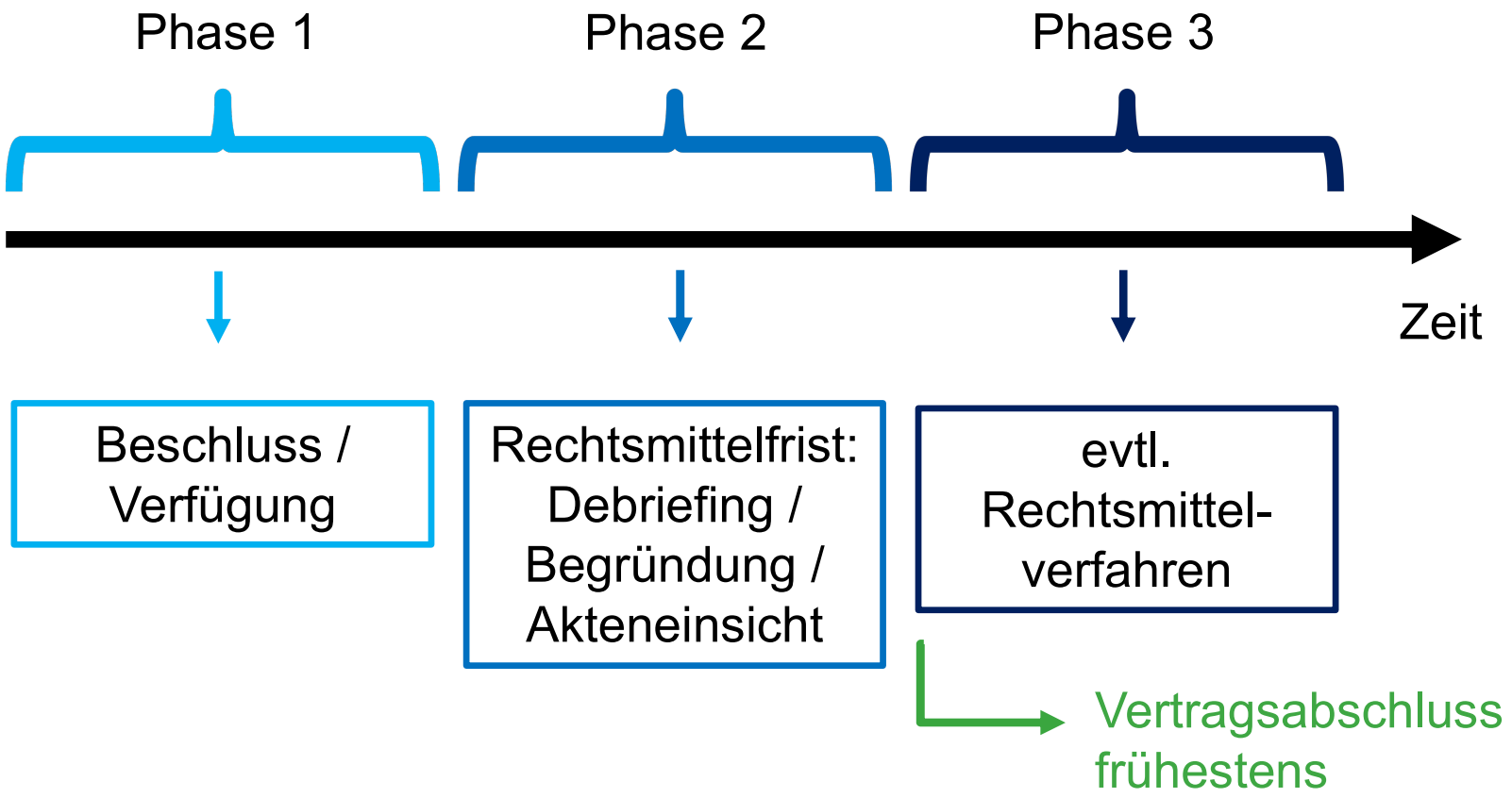
- Variante = Angebot eines Anbieters, das von vorgeschlagener Amtslösung abweicht
- Abweichen kann: Leistung (Projektvariante) oder Ausführung (Ausführungsvariante)
- Anbieter muss Gleichwertigkeit der Variante nachweisen
- Vergabestelle muss sich mit zulässiger Variante sachlich auseinandersetzen und diese prüfen: Grosses Ermessen bei Beurteilung
- Reicht Anbieter nur Unternehmervariante ein, ohne gleichzeitig ein ausschreibungskonformes Grundangebot zu unterbreiten, führt dies nicht ohne Weiteres zum Ausschluss der Variante ➔ **Aber: Nichtausschluss** nur in besonderen Fällen zu bejahen (VB.2012.00628 vom 16.01.2013)

5. Behandlung von Angeboten

e) Umgang mit Varianten II - „Vergütungs-varianten“

- „Vergütungsvarianten“ sind grundsätzlich unzulässig
- Problem: fehlende Vergleichbarkeit
- Zulässig, sich als Vergabestelle neben dem als Einheits-preisangebot 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)

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren



6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

a) 1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung I

Begründung – was genügt?

- «wirtschaftlich günstigstes Angebot», «beste Erfüllung der Zuschlagskriterien» - genügend?
- Unterschiedlich strenge Praxis – im Kt. Zürich noch möglich
- Beschluss VG AG vom 23.08.2012 (WBE.2012.253) – Vergabeentscheid ist zu begründen. Hinweis, wonach Akten einzusehen sind und Vergabeentscheid zu bestimmten Terminen mündlich erläutert wird, reicht nicht
- Bund: erhöhte Anforderungen z.B. beim Abbruch, vgl. BVGer B-2449/2012 vom 06.09.2012, Verletzung rechtl. Gehör, unheilbarer Mangel

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

a) 1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung II

- 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 Zuschläge im Staatsvertragsbereich www.simap.ch
- Formalitäten einer Verfügung werden häufig nicht beachtet (vgl. nächste Folie)

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

a) 1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung III

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"
- Privater, der im Auftrag Gemeinde Ausschreibung durchführt, darf nie den Zuschlagsentscheid fällen (Nichtigkeit der Verfügung)
- BGer 2C_865/2010 vom 13.04.2011: Delegation an Arbeitsgruppe?

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

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

6. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

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 Gerichtsverfahren

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. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf I

- Abbruch: bei hängigem Vergabeverfahren *vor* Zuschlagserteilung
- § 37 SVO: nur wenn "wichtige Gründe" vorliegen, wie
  - kein Angebot, das die Kriterien gemäss Ausschreibung 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), ist anfechtbar

7. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf II

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

7. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf III

- 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)
- Z.B.: 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

7. 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 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, nachträgliche Ereignisse, wie Konkurs o.ä.)

Diskussion im Plenum

Zeitfenster: 30 Minuten

Fundstellen im Internet

Wichtig: jeweils geltende Erlasse konsultieren

- www.beschaffungswesen.zh.ch (dort: Handbuch für Vergabestellen)
- www.vgr.zh.ch
- www.bundesverwaltungsgericht.ch
- www.bger.ch

auch:

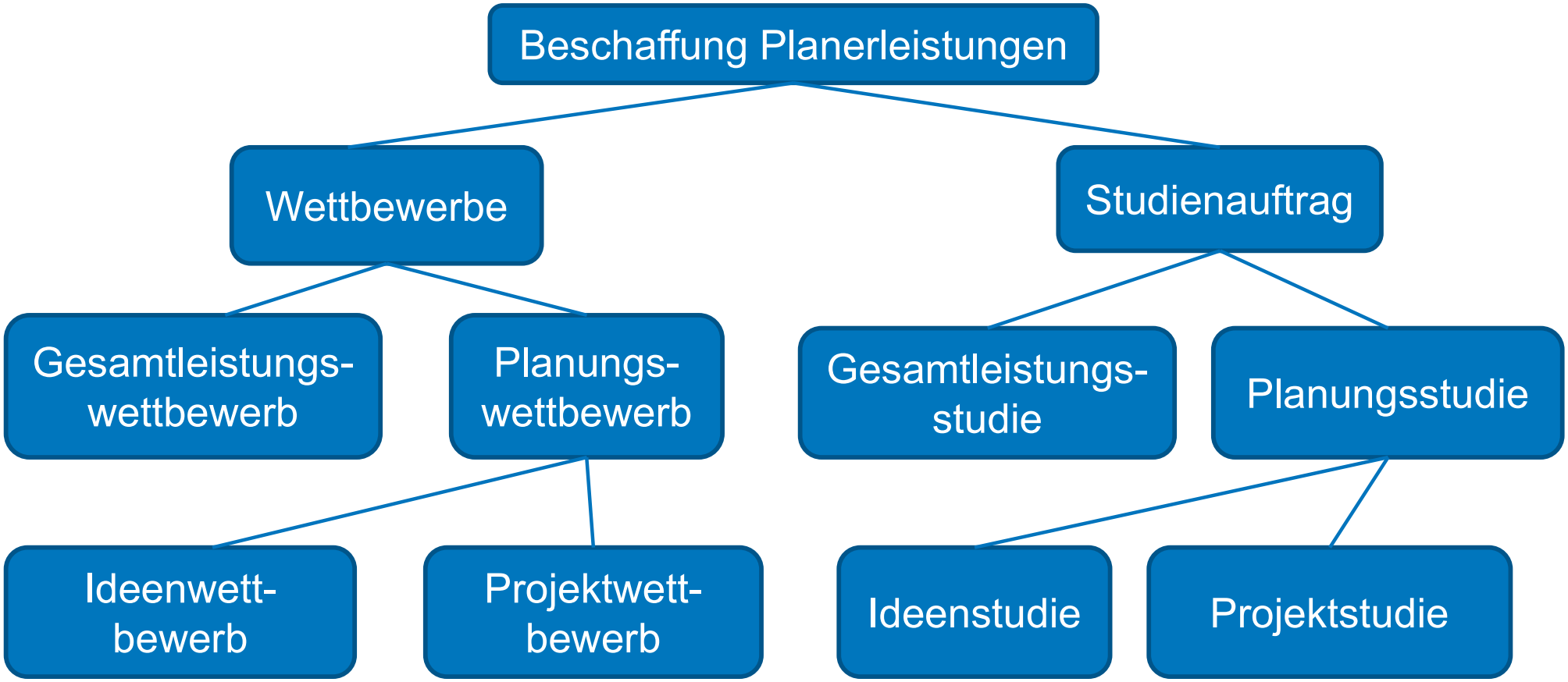
- www.simap.ch
- andere Kantone: www.be.ch, www.beschaffungswesen.sg.ch, etc.
- www.beschaffung.admin.ch / www.kbob.admin.ch

8. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

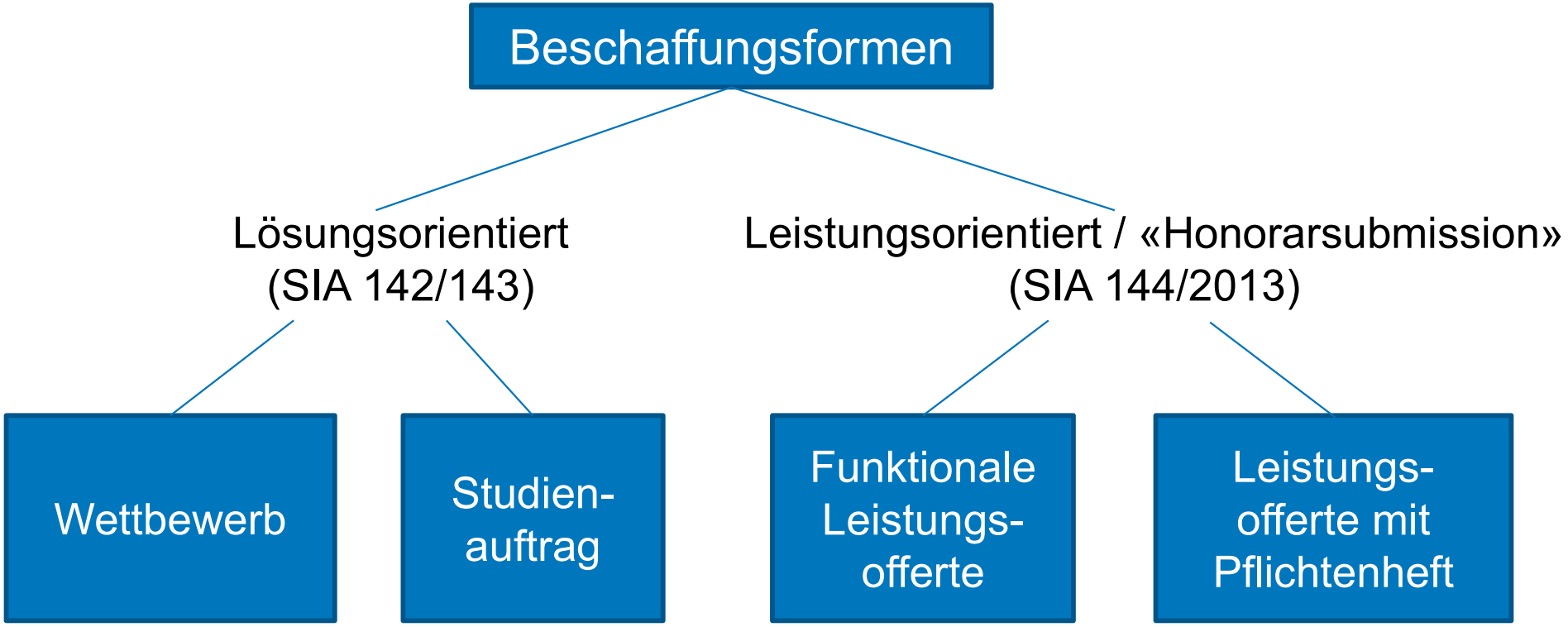
Inhalt:

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

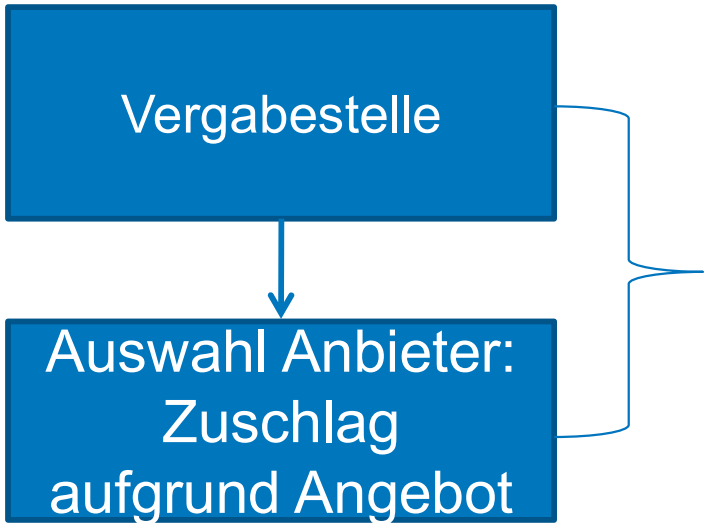
a) Übersicht


Beschaffung Planerleistungen
Wettbewerbe
Studienauftrag
Gesamtleistungs-wettbewerb
Planungs-wettbewerb
Gesamtleistungs-studie
Planungsstudie
Ideenwett-bewerb
Projektwett-bewerb
Ideenstudie
Projektstudie

b) Wahl des richtigen Verfahrens



c) Rechtsgrundlagen



► Vergaberecht
= öffentliches Recht

Angebot, Vertragsabschluss und -ausführung

► Vertragsrecht
= Privatrecht

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

e) 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."

e) 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

e) 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**

e) 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

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 vom 16.01.2014)
- Gewinner festlegen
- Keine Überarbeitungen / Änderungen mit Aufhebung Anonymität
- Verbindlichkeit des Preisgerichtsentscheids