

Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern

**Einblick in das Schweizer Vergaberecht
6. Dezember 2012**

Claudia Schneider Heusi LL.M.

Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV für Bau- und Immobilienrecht

Schneider Rechtsanwälte AG

Seefeldstrasse 60

Postfach 1016

8034 Zürich

Tel. +41 (0)43 499 16 30

csh@schneider-recht.ch

www.schneider-recht.ch

Weitere Unregelmässigkeiten bei Informatikprojekt INSIEME

publiziert: Montag, 25. Jun 2012 / 00:02 Uhr / aktualisiert: Montag, 25. Jun 2012 / 23:46 Uhr



Bern - Nach der Freistellung des Leiters Beschaffungen der Eidg. Steuerverwaltung vom Donnerstag hat die Sonntagspresse weitere Informationen über Unregelmässigkeiten zum Informatikprojekt INSIEME publik gemacht. So wurden die WTO-Regeln auch bei der Stellenausschreibung des Gesamtprojektleiters umgangen.

"Das Hauptproblem bei der Arbeitsvergabe liegt in der Submissionsverordnung bei grösseren Bauvorhaben. Wenn die Aufträge in andere Kantone oder noch schlimmer, wenn sie ins Ausland vergeben werden, dann können unsere KMUs nicht davon profitieren und gehen leer aus, obwohl sie einen wichtigen Auftrag zum Beispiel in der Lehrlingsausbildung vor Ort ausführen.

An dieser Stelle muss die öffentliche Hand die Arbeit so vergeben, dass auch kleine einheimische Betriebe zum Zuge kommen können".

Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens

- Schweizerischer Beschaffungsmarkt: jährliches Volumen von rund CHF 36 Milliarden
- Rechtliche Grundlagen: unübersichtlich, zersplittert, kompliziert
- Entwicklung der Gerichtspraxis von Bedeutung:
 - es werden Submissionsbeschwerden gemacht, mit Erfolg
 - betroffene Märkte: Bauhaupt-/Nebengewerbe, Entsorgungsbereich, Planer, Bildungsmarkt etc.
- Wichtige Themen bei Beschwerden: Fehler der Vergabestellen (Kriterien, mangelnde Transparenz, Bevorzugung eines Anbieters, Formfehler) oder Missverständnisse bei den Anbietern

Worauf ist zu achten?

Als Anbieter?

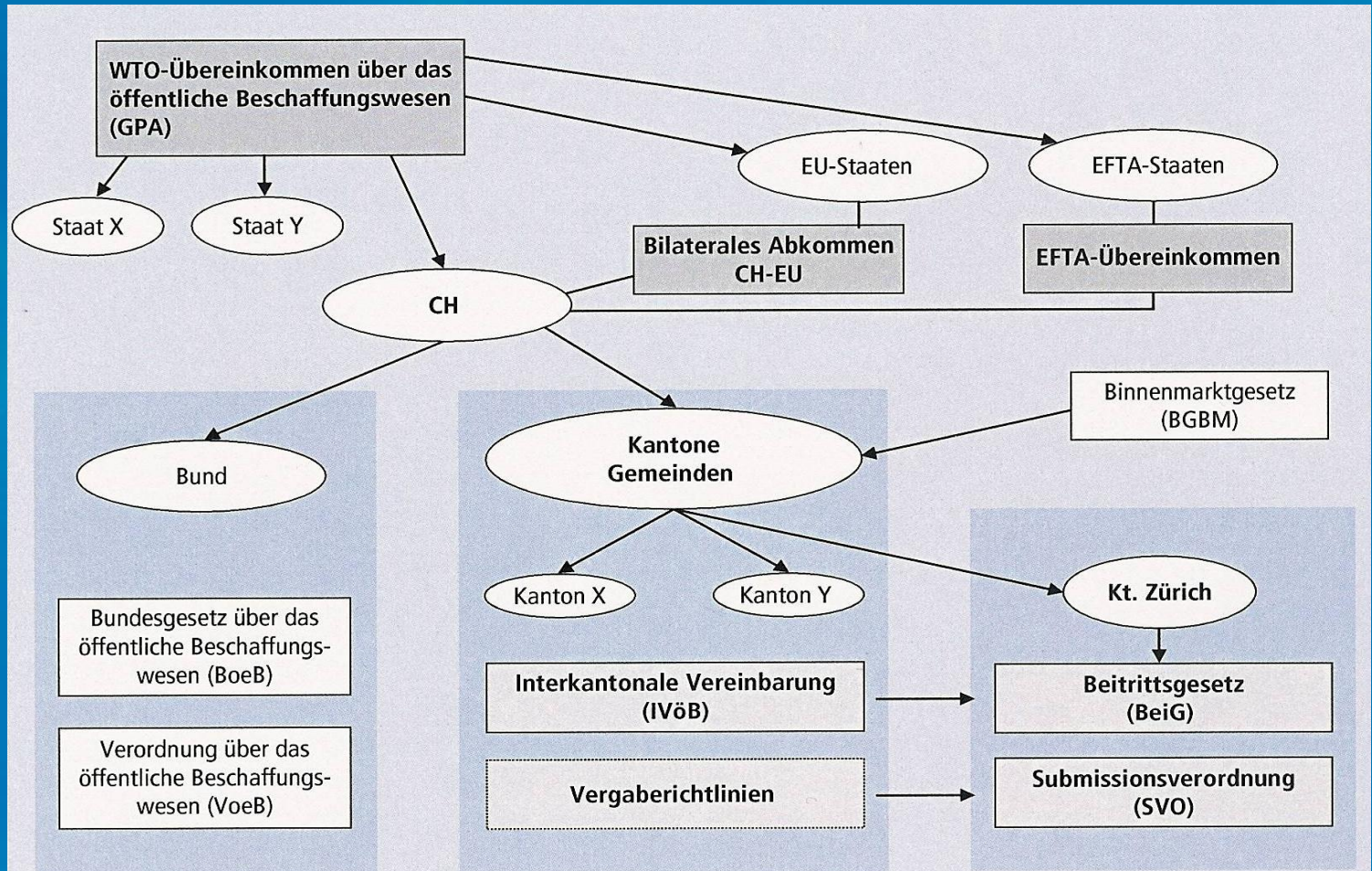
- Wie bewerbe ich mich um öffentliche Aufträge in der Schweiz?
- Welche Formvorschriften und welche Fristen müssen beachtet werden?
- Was sind mögliche Fehler, die mir als Anbieter unterlaufen können?
- Welches sind mögliche Fehler, die der öffentlichen Hand unterlaufen können?
- Wie kann ich mich wehren, wenn ich einen Auftrag nicht erhalten habe?
- Was für Chancen und Risiken haben Submissionsbeschwerden und wo liegen die Unterschiede zu Verfahren in Deutschland?

Worauf ist zu achten?

Als Berater für die öffentliche Hand?

- Wie werden öffentliche Beschaffungen geplant?
- Auf was muss geachtet werden bei den Ausschreibungsunterlagen, bei der Terminplanung, beim Beizug von Unternehmen etc.?
- Was gilt in Bezug auf Eignungs- und Zuschlagskriterien?
- Wie werden Angebote korrekt ausgewertet?
- Wie ist ein Ausschluss von Anbietern vorzunehmen und wie der Zuschlag?
- Wann darf der Vertrag abgeschlossen werden?
- Was für Folgen haben allfällige Submissionsbeschwerden?

Rechtliche Grundlagen (1)



Rechtliche Grundlagen (2)

Internationales Recht:

- **WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement, GPA) von 1994**
in Kraft in CH seit 1.1.1996: Umsetzung in das nationale Recht
- Derzeit aktuell: Revision GPA
- **Bilaterales Abkommen CH - EU**
in Kraft seit 1.6.2002: Umsetzung in das nationale Recht

Nationales Recht: Bund und Kantone unterschiedliche Grundlagen

Bund: Bundesgesetz/Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen

Kanton Zürich als Beispiel:

- Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.3.2001, **IVöB**
- **Beitrittsgesetz** vom 15.9.2003 und
- **Submissionsverordnung** vom 1.12.2003

Rechtliche Grundlagen (3)

Melde- und Bewilligungsverfahren bei Stellenantritt in der Schweiz: www.bfm.admin.ch

- Einsatz bis zu acht Tage: weder Arbeitsbewilligungs- noch Anmeldepflicht
- Arbeitseinsatz von 8 bis maximal 90 Tage: Meldepflicht (keine Arbeitsbewilligung) – vom ersten Tag an obligatorisch für Bauhaupt- und Baunebengewerbe, Gastgewerbe etc.
- Zweck der Meldung: Information und Kontrolle der Arbeitsbedingungen
- Einsatz von mehr als 90 Tagen: Arbeitsbewilligung

Rechtliche Grundlagen (4)

Entsendegesetz

- Regelt die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet, damit er hier für einen bestimmten Zeitraum arbeitet
- Mindestarbeits- und Lohnbedingungen in folgenden Bereichen:
 - Minimale Entlohnung
 - Arbeits- und Ruhezeit
 - Minstdauer der Ferien
 - Arbeitssicherheit
 - Gesundheit
 - Nichtdiskriminierung



Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

- Gleichbehandlungsgrundsatz und **Nichtdiskriminierung** aller Anbietenden
- **wirtschaftliche** Verwendung öffentlicher Mittel
- Grundsatz des wirksamen **Wettbewerbs**
- Grundsatz der **Transparenz**
- Verzicht auf **Abgebotsrunden**
- Beachtung der **Ausstandsregeln**
- **Vertraulichkeit** von Informationen

Ablauf einer Beschaffung

- **Anwendungsbereich:**
 - Liegt eine öffentliche Beschaffung vor?
 - Welche Auftraggeber unterstellt?
 - Auftragsarten und Schwellenwerte
- **Vergabeverfahren**
- **Ausschreibung, Zuschlag und Vertragsabschluss**
- **Rechtsmittelverfahren**

Anwendungsbereich: Was ist unterstellt?

- Vergabestelle als Nachfragerin auf dem freien Markt
- In Erfüllung einer staatlichen Aufgabe
- Leistet Entgelt an privaten Anbieter
 - Formel nach BGE 125 I 214: **"Einkäufe des Staates"**

Aber:

- Genfer Plakatkonzession-Velo-Fall: BGE 135 II 49
- Areal Tischmacherhof: BGer 2C_116/2007 u. 2C_396/2007

Anwendungsbereich: was ist unterstellt?

- Genfer Plakatkonzession-Velo-Fall: BGE 135 II 49
- Gemeinden dürfen Beschaffungsrecht nicht mittels Erteilung einer Konzession umgehen, wenn die Konzession
 - bedeutende Nebenleistungen enthält
 - die Nebenleistungen von der Konzession losgelöst werden können
 - die Nebenleistungen klar der öffentlichen Beschaffung unterliegen
- Unterschiede Staatsvertragsbereich/Binnenbereich: vgl. Urteil BVGer vom 21.6.2011 zum Personalverleih

Anwendungsbereich: Wer ist unterstellt?

- Bund/Kantone/Gemeinden
 - Sektorenunternehmungen
- } Ausnahme: kommerziell tätig
oder gesetzliche Ausnahme
- Private:
 - subventioniert (mehr als 50 %)
 - Träger öffentlicher Aufgaben

→ **Formel: staatsgebunden, öffentliches Interesse, nicht-gewerblich**

Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich

- **Staatsvertragsbereich bedeutet:**
 - nur offenes oder selektives Verfahren
 - Ausnahme: Bagatellklausel bei Bauaufträgen
 - strengere Anforderungen
- **Schwellenwerte – z.B. im kantonalen Recht:**
 - **CHF 8 700 000** bei Bauwerken (Gesamtwert)
 - **CHF 350 000** bei Lieferungen/Dienstleistungen
 - **CHF 700 000** bei Lieferungen/Dienstleistungen für Behörden und öffentliche Unternehmen aus den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation

Schwellenwerte im Nicht-Staatsvertragsbereich

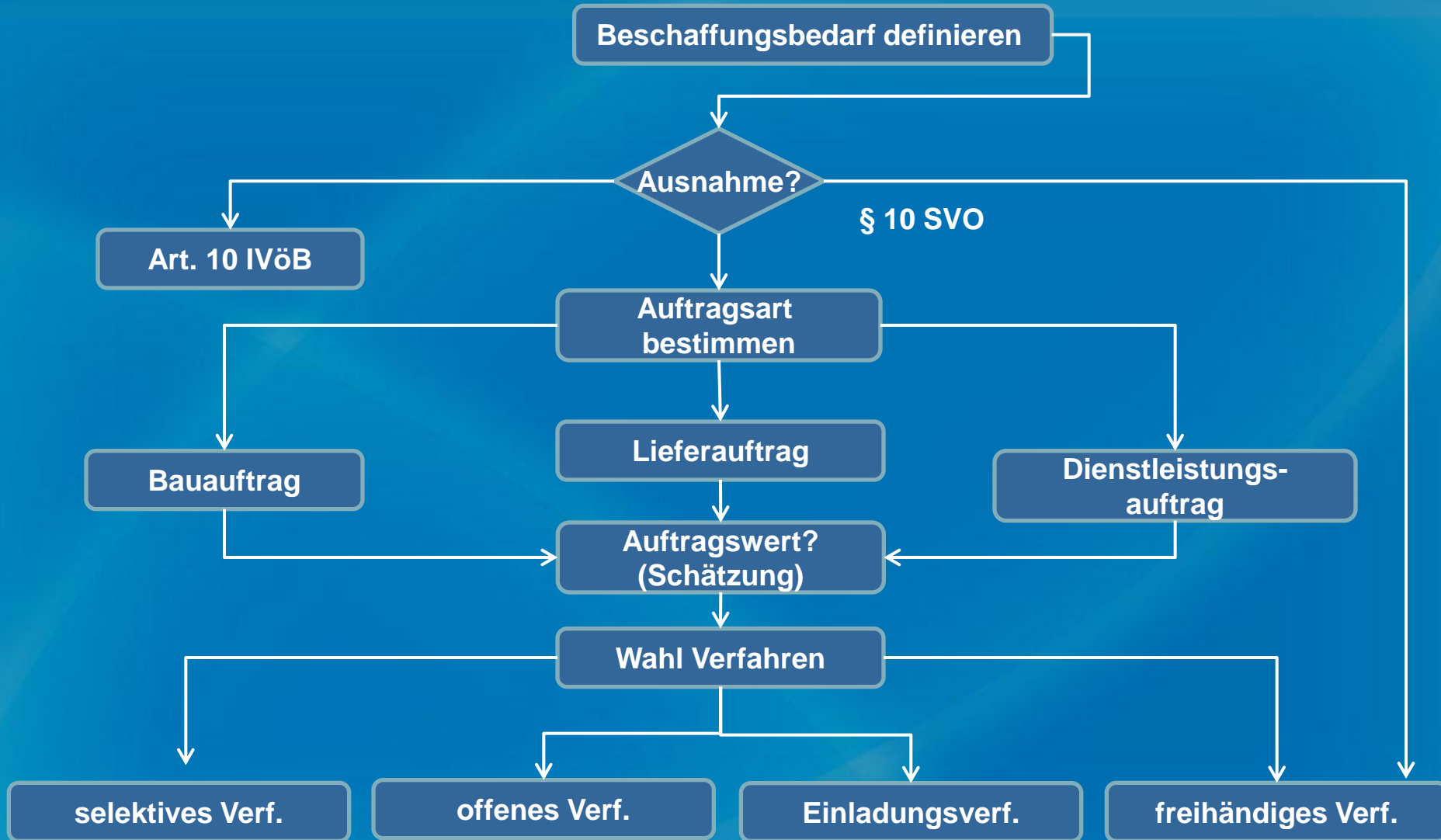
Unterscheidung Bauhaupt (H)- und Baunebengewerbe (N)
(Definition H: "alle Arbeiten für tragende Elemente eines Bauwerks")

z.B. im Kanton Zürich:

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

Vergabeverfahren

- **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)



Auftragswerte

Auftragswertberechnungen:

- ohne Mehrwertsteuer
- keine Salami taktik
- gesamte Laufdauer des Vertrags bzw. Hochrechnung jährlich x 4
- Folgeaufträge, Optionen sind einzurechnen
- zuverlässige und sorgfältige Kostenermittlung, Orientierung an der oberen Bandbreite
- Schätzung muss gleiche Beschaffung zum Gegenstand haben wie die darauf basierende Ausschreibung: keine nachträgliche Änderung



Ablauf einer öffentlichen Beschaffung

- Bedarfs- und Terminplanung
- Leistungsumschreibung/Devis/Pflichtenhefterstellung
- Festlegen der Eignungs- und Zuschlagskriterien, Submissionsbedingungen
- Formulierung Ausschreibungstext
- Veröffentlichung auf www.simap.ch
- Eingabefrist: 40 Tage im Staatsvertragsbereich
- Angebote prüfen und Bewertung mit Submissionsergebnis erstellen
- Vergabeantrag
- Zuschlagserteilung mit Verfügung und Begleitbrief/Publikation
- Vertragsunterzeichnung (nach Ablauf der ungenutzten Beschwerdefrist)

Bestandteile einer Ausschreibung

- Allgemeine Submissionsbedingungen (Mindestanforderungen, Fristen, Eignungs- und Zuschlagskriterien, Losaufteilung, Optionen etc.)
- **Leistungsverzeichnis, Pflichtenheft, Devis**
 - detaillierte/funktionale Ausschreibungen
 - technische Spezifikationen
- Formulare (Referenzen, CV, Fragebögen)
- AGB, Vertragsdokument
- Publikation (SHAB, Amtsblatt, www.simap.ch)


Eignungskriterien

- Beschreiben die Anforderungen, welche an den Anbieter (nicht an das Angebot) gestellt werden → **anbieterbezogen**
- Beziehen sich auf die fachliche, organisatorische, wirtschaftliche, finanzielle Eignung
- Müssen sachgerecht sein (keine unnötige Eingrenzung des Marktes)
- Art der zu erbringenden Nachweise festlegen
→ Bsp: "Nachweis der genügenden Erfahrung/Befähigung zu ..."
- Sind **Killerkriterien**: können in der Regel nur erfüllt oder nicht erfüllt werden → Ausschluss
- Sind klar von den Zuschlagskriterien abzugrenzen

Zuschlagskriterien

- 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.
- Mehreignung führt nicht zu besserer Beurteilung bei den Zuschlagskriterien
- Konkretisierung durch Unterkriterien: keine Pflicht zur Bekanntgabe

Zuschlagskriterien: Zulässige Beispiele, aber...

- **Leistungsfähigkeit:** zulässig, wenn grössere Anbietende mit zahlreichen eigenen spezifischen Mitarbeitern bevorzugt werden (10%, VB.2005.00514 vom 1.11.2006)  Kein KMU Schutz!
- **Public Voting** (BGer 2C_770/2011 vom 25.1.2012 und VB.2012.00074 vom 28.3.2012, Reg. 9)
- **Lehrlingsausbildung:** nur im Nicht-Staatsvertragsbereich, maximal 10%, Verhältnis zur Gesamtmitarbeiterzahl
- **Zugang zur Aufgabe** (VB.2011.00322 vom 28.9.2011)

Zuschlagskriterien: Unzulässige Beispiele

- "Allgemeiner Eindruck der Offerte", steuerliche Gründe etc.
- Vollständigkeit der Offerte
- Präsentationen
- BGE 2P.46/2005 und 2P.47/2005 vom 16.9.2005:
 - **Ortskenntnisse** grundsätzlich nein
 - Ausnahmen nur dann zulässig, wenn dies sachgerecht ist
 - zudem nicht unabdingbare Voraussetzung
 - z. B. Gesamtmelioration einer Gemeinde
- Länge der Anfahrtswege

Zuschlagskriterien: Reihenfolge und Gewichtung

- BGE 125 II 101
- Keine generelle Pflicht zur vorgängigen Bekanntmachung der Gewichtung der Zuschlagskriterien, sofern Rechtsgrundlagen dies nicht ausdrücklich vorschreiben (Bund, Kt. Aargau, Kt. Bern)
- Kanton Zürich: Reihenfolge reicht aus
- Empfehlenswert trotzdem: Bekanntgabe der Gewichtung
- Gewichtung, die bekannt gegeben wurde, ist aber einzuhalten!

Kriterium Preis – Mindestgewichtung

- **20%:** vgl. VGr ZH, VB.2011.00322 vom 28.9.2011 (bei komplexen Vorhaben); so auch Entscheid Bundesgericht, 2.P.136/2006 vom 30.11.2006
- Gewichtung des Kriteriums \neq Gewichtung der Preisdifferenz
- Zürcher Modell: lineare Bewertung ab «Nullpunkt»
 - Bei einfachen Bauarbeiten geringere Preisspanne als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Dienstleistungen
 - Bauleistungen: Preisspanne von 30-50%
 - Bei komplexem Vergabegegenstand: Preisspanne von 75-100%

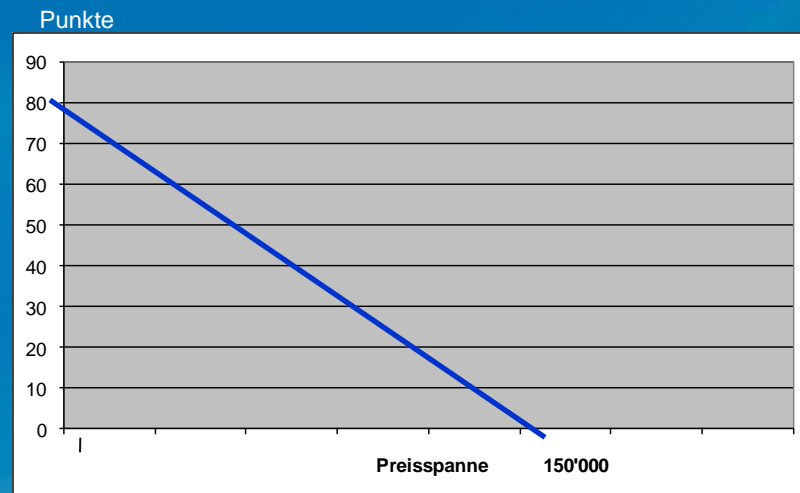
Preisbewertung

I. Bsp.: Bauauftrag mit folgenden Kriterien: (vgl. VB.2009.00704 vom 19.5.2010)

1. Preis 80% = 80 Pkt.
2. Qualität
(mit detaillierten Unterkriterien) 15% = 15 Pkt.
3. Einhaltung Termine 5% = 5 Pkt.

II. Bewertung Angebotspreise:

CHF 100 000	80 Pkt.
CHF 125 000	40 Pkt.
CHF 150 000	0 Pkt.



Behandlung von Angeboten

Themen:

- Formelle Prüfung: Ausschlussgründe
- Inhaltliche Prüfung:
 - inhaltliche Anforderungen
 - Erfüllung Muss-Kriterien
 - Bewertung von Eignungskriterien
 - Bewertung von Zuschlagskriterien
 - ungewöhnlich niedrige Angebote

Behandlung von Angeboten: Ausschluss

Ausschlussgründe

- Eignungskriterien nicht erfüllt
- Falsche Auskünfte
- Steuern/Sozialabgaben nicht bezahlt
- Arbeitsschutzbestimmungen/Arbeitsbedingungen
- Gleichbehandlung von Mann und Frau
- Konkursverfahren
- Berufliches Fehlverhalten
- Wesentliche Formerfordernisse (Einreichungsfrist/Nichteinreichen von erforderlichen Unterlagen)
- Vorbefassung

Behandlung von Angeboten: Inhaltliche Prüfung

Inhaltliche Anforderungen / Muss-Kriterien:

- Vergabestelle hat Anforderungen klar zu definieren
- Vorgehen bei unklaren Vorgaben / nicht vergleichbaren Angeboten?
- Inhaltliche Prüfung der Angebote: In welchem Umfang Korrekturen möglich? Einholung von Nachtragsofferten? Weglassen einzelner Positionen?

Durchführung von Auswertungen

Zuschlagskriterien:

- Bewertungsmatrix: muss nicht vorgängig bekannt gegeben werden
- Wichtig aber: Kongruenz Bewertungsmatrix zu Ausschreibungsunterlagen
- Nachträgliche Änderung der Kriterien/Gewichtung unzulässig
- Skalierung der Punktevergaben mit klaren Aussagen
- Rundung der Noten für Preise auf ganze oder halbe Punkte nicht zulässig

Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

Die Themen je nach Phasen

- 1. Phase – der Erlass der Vergabeverfügung: Inhalt, Zuständigkeiten, Begründung, Rechtsmittelfrist
- 2. Phase – Fristenlauf: Debriefing, Begründung
- 3. Phase – das erstinstanzliche Verfahren: die wichtigen Fragen
- 4. Phase – Wege ans Bundesgericht?
- 5. Phase – rechtskräftiger Entscheid umsetzen

1. Phase - der Erlass der Vergabeverfügung

- Begründung – was genügt?
 - Praxis «wirtschaftlich günstigstes Angebot», «beste Erfüllung der Zuschlagskriterien» - genügend? Unterschiedlich strenge Praxis
 - Beschluss VG AG vom 23.8.12 (WBE.2012.253) – Vergabeentscheid ist zu begründen. Hinweis, wonach Akten eingesehen werden können und Vergabeentscheid zu bestimmten Terminen mündlich erläutert wird, reicht nicht
 - Achtung erhöhte Anforderungen z.B. beim Abbruch, vgl. BVGer B-2449/2012 vom 6.9.12, Verletzung rechtl. Gehör, unheilbarer Mangel
- Die – kurze – Rechtsmittelfrist: 10/20 Tage. Keine Gerichtsferien! (Art. 15 Abs. 2 bis IVöB)

1. Phase - der Erlass der Vergabeverfügung

- Zuschlag und Absagen mit Verfügung inkl. Rechtsmittel-Belehrung
- Publikation Zuschlag im offenen/selektiven Verfahren (auch im Nicht-Staatsvertragsbereich) und freihändig erteilte Zuschlüsse im Staats-vertragsbereich www.simap.ch
- Formalitäten einer Verfügung werden häufig nicht beachtet: mögliche Rechtsmittel prüfen!

1. Phase - der Erlass der Vergabeverfügung

- Verfügungende Behörde: muss nach Gemeindeordnungen und Organisationsreglementen zuständig sein; Zeichnungsberechtigungen beachten
- Privater, der im Auftrag der Gemeinde Ausschreibung durchgeführt hat, darf nie den Zuschlagsentscheid fällen (Nichtigkeit der Verfügung)
- VB.2010.00002 vom 24.2.2010: "unter vorbehältlicher Zustimmung des Verwaltungsrates"
- BGer 2C_865/2010 vom 13.4.2011: Delegation an Arbeitsgruppe?

2. Phase - Fristen, Debriefing, Begründungspflicht

- Debriefing
 - beliebtes Instrument in der Praxis
 - gesetzlich nicht geregelt
- Schriftliche Begründung kann verlangt werden
 - Art. 23 BöB, § 38 Abs. 2 SVO: Name, Preis des berücksichtigten Angebots, wesentliche Gründe für die Nichtberücksichtigung, ausschlaggebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots
 - Muss sie auch verlangt werden? Verfahrensfehler?
- Recht auf Akteneinsicht / Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen des Anbieters (Art. 11 lit. g IVöB)

3. Phase - das erstinstanzliche Verfahren

Die wichtigen Fragen:

- Prüfen: steht Rechtsmittelweg offen (Geltungsbereich, Schwellenwerte für Staatsvertragsbereich!)
- Anträge, Beschwerdegründe (Art. 16 IVöB; Art. 31 BÖB: nicht Unangemessenheit)
- Rügepflichten
- Die Beteiligten:
 - Beschwerdeführer
 - Vergabestelle
 - Mitbeteiligte
 - Weitere: z.B. Experten
- Legitimation
- Aufschiebende Wirkung (Art. 17 IVöB; Art. 28 BÖB):
 - Der Grundsatz und die Ausnahmen
 - superprovisorisch, definitiv, nachträglich «stand-still»

3. Phase - das erstinstanzliche Verfahren

Die wichtigen Fragen:

- Akteneinsicht
- Je nach Kanton:
 - Referentenaudienz möglich (Zug)
 - Zwei Instanzen (z.B. Bern, Solothurn)
- Der Verfahrenslauf:
 - 2 Schriftenwechsel – und zusehends mehr
 - hohes Tempo - erfordert rasches Handeln der Parteien
- Der Entscheid (Art. 18): Anordnung zur Zuschlagserteilung, zur Neuurteilung, zum Abbruch, Feststellung Rechtswidrigkeit – oder Abweisung
- Kognition beschränkt

4. Phase - Wege ans Bundesgericht?

- BGG Art. 83 lit. f: nicht zulässig:
 1. wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des [BöB oder bilat. Abk. CH-EU] nicht erreicht
 2. wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt
- Kein «stand-still» im Rechtsmittelverfahren vor Bundesgericht – aber: vorsorgliche Massnahmen beantragen, superprovisorisch Vertragsabschluss verbieten lassen

Fundstellen im Internet

- wichtig: jeweils geltende Erlasse konsultieren
- Kantone: www.be.ch, www.zh.ch, etc.
- Bund: www.admin.ch
- www.beschaffung.admin.ch
- www.gimap.ch
- www.beschaffungswesen.zh.ch
- www.simap.ch
- www.shab.ch
- www.bfm.admin.ch
- www.bger.ch
- www.bundesverwaltungsgericht.ch
- www.vgrzh.ch

Fragen?

