

ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN

VZGV 6. November 2013

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

ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN

Vertiefung

Programm Nachmittag:

13.30 – 15.00 Uhr / 15.15 – 16.30 Uhr

1. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren
2. Vertragsschluss
3. Verfahrensabbruch/Wiederholung/Widerruf
4. Das freihändige Verfahren
5. Hinweise auf Handbuch und Orientierungshilfen
6. Gruppenarbeiten (15.15 – 16.30 Uhr)
7. Exkurse:
 - Ausschreibung von Planerleistungen/Wettbewerben
 - PPP

1. 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?

1. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

a) 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 Staatsvertragsbereich www.simap.ch
- Formalitäten einer Verfügung beachten, Zuständigkeiten
- Zu- bzw. Absage an Anbieter unter Beilage des Submissions-ergebnisses, kurze Begründung, Rechtsmittelbelehrung, Unterschrift

1. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

a) 1. Phase – der Erlass der Vergabeverfügung

- Verfügende 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? (Reg. 11)

1. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

a) 1. Phase - der Erlass der Vergabeverfügung

- Begründung – was genügt?
 - Praxis «wirtschaftlich günstigstes Angebot», «beste Erfüllung der Zuschlagskriterien» - noch genügend.
 - Je heikler, desto eher begründen (Abbruch, Ausschluss)
 - Streng: z. B. Bund, vgl. BVGer B-2449/2012 vom 6.9.12, Verletzung rechtl. Gehör, unheilbarer Mangel
- Die – kurze – Rechtsmittelfrist: 10 Tage. Keine Gerichtsferien (Art. 15 Abs. 2 bis IVöB)

1. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

b) 2. Phase – Fristen, Debriefing, Begründung

- Debriefing
 - beliebtes Instrument in der Praxis
 - gesetzlich nicht geregelt
- Schriftliche Begründung kann verlangt werden
 - § 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)

1. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

c) 3. Phase – das erstinstanzliche Verfahren

Die wichtigen Fragen:

- Anträge, Beschwerdegründe (Art. 16 IVöB: nicht Unangemessenheit)
- Rügepflichten
- Die Beteiligten:
 - Beschwerdeführer
 - Vergabestelle
 - Mitbeteiligte
 - Weitere: z.B. Experten
- Legitimation
- Aufschiebende Wirkung (Art. 17 IVöB):
 - Der Grundsatz und die Ausnahmen
 - superprovisorisch, definitiv, nachträglich «stand-still»

1. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

c) 3. Phase – das erstinstanzliche Verfahren

Die wichtigen Fragen:

- Akteneinsicht
- Der Verfahrenslauf:
 - 2 Schriftenwechsel – und zusehends mehr
 - hohes Tempo - erfordert rasches Handeln der Parteien
- Der Entscheid (Art. 18 IVöB): Anordnung zur Zuschlagserteilung, zur Neubeurteilung, zum Abbruch, Feststellung Rechtswidrigkeit – oder Abweisung
- Andere Kantone:
 - Referentenaudienz möglich (Zug)
 - Zwei Instanzen (z.B. Bern)

1. Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

d) 4. Phase – Wege ans Bundesgericht?

- beschränkt:
 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 möglich

2. Vertragsabschluss

- Wann ist Vertragsabschluss zulässig?
- Kantonale Verfahren: vgl. VB.2012.00436 vom 20.7.2012
 - nach Ablauf Beschwerdefrist
 - wenn nicht mehr mit einer Beschwerde zu rechnen ist
 - wenn eine eingegangene Beschwerde keine aufschiebende Wirkung beantragt hat und sie im Rahmen der Fristansetzung zur Beschwerdeantwort auch von Amtes wegen nicht erteilt wurde
- Entzug der aufschiebenden Wirkung
 - umgehend, Frist für Rm an BGer muss nicht abgewartet werden
BGer 2D_26/2012, Urteil vom 7.8.12: «dies dürfte vermutlich einer verfassungsmässigen Prüfung standhalten» (Reg. 11)

2. Vertragsabschluss

- Das Vergabeverhältnis ist öffentlich-rechtlicher Natur
- Der rechtskräftige Zuschlag, mit dem das Vergabeverfahren beendet wird, stellt die Abschlusserlaubnis für den Vertragsabschluss dar
- Es ist immer auch ein Vertragsanbahnungsverhältnis, das zudem auch dem Vertragsrecht untersteht
- Ein Angebot eines Anbieters ist vergaberechtlich wie auch privatrechtlich zu beurteilen, auch was die Bindung des Unternehmers betrifft
- Vgl. Berufung des Anbieters auf Grundlagenirrtum: vertragsrechtliche Beurteilung; vergaberechtliche Beurteilung eingrenzend, streng

2. Vertragsabschluss

- BGE 129 I 410: negative Bindung - keine Pflicht zum Vertragsabschluss (Reg. 11)
- Vertragsanpassungen und –ergänzungen: was ist möglich und wo sind die Grenzen?
- Was gilt bei späterer Vertragsauflösung? Beyeler: das Vergaberecht kommt nicht mehr ins Spiel – Grenze: Missbrauch

3. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf des Zuschlags

- Abbruch: betrifft noch hängiges Vergabeverfahren vor Zuschlagserteilung
- § 37 SVO: nur wenn "wichtige Gründe" vorliegen, namentlich
 - kein Angebot, das die Kriterien und technischen Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen erfüllt
 - veränderte Rahmen- oder Randbedingungen
 - kein wirksamer Wettbewerb garantiert durch Angebote
 - wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich
 - nicht: durch Vergabestelle selbstverschuldete Gründe
- Abbruch/Wiederholung: Verfügung/Mitteilung und Publikation (im offenen/selektiven Verfahren), anfechtbar
- Vgl. Entscheid VB.2005.00068 vom 20.4.2005 (Reg. 10)

3. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf des Zuschlags

- Teilabbruch: Vergabestelle gliedert nur bestimmte Leistungen aus einem gesamthaft ausgeschriebenen Leistungspaket aus
- Im Unterschied zum Totalabbruch wird beim Teilabbruch bloss auf einen Teil der ausgeschriebenen Arbeiten verzichtet, wenn sich der *wichtige Grund* auf diesen Teil bezieht (keine Wiederholung des Verfahrens)
- Bsp.: wenn nur bei einzelnen Positionen eine massive Kostenüberschreitung vorliegt, nicht aber beim Gesamtpreis als solcher → massiv teurere Positionen dürfen gestrichen und ein Teilabbruch verfügt werden
- vgl. VB.2002.00258 vom 23.1.2003

3. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf des Zuschlags

VB.2005.00068 vom 20.4.2005 und VB.2006.00175 vom 13.9.2006 :

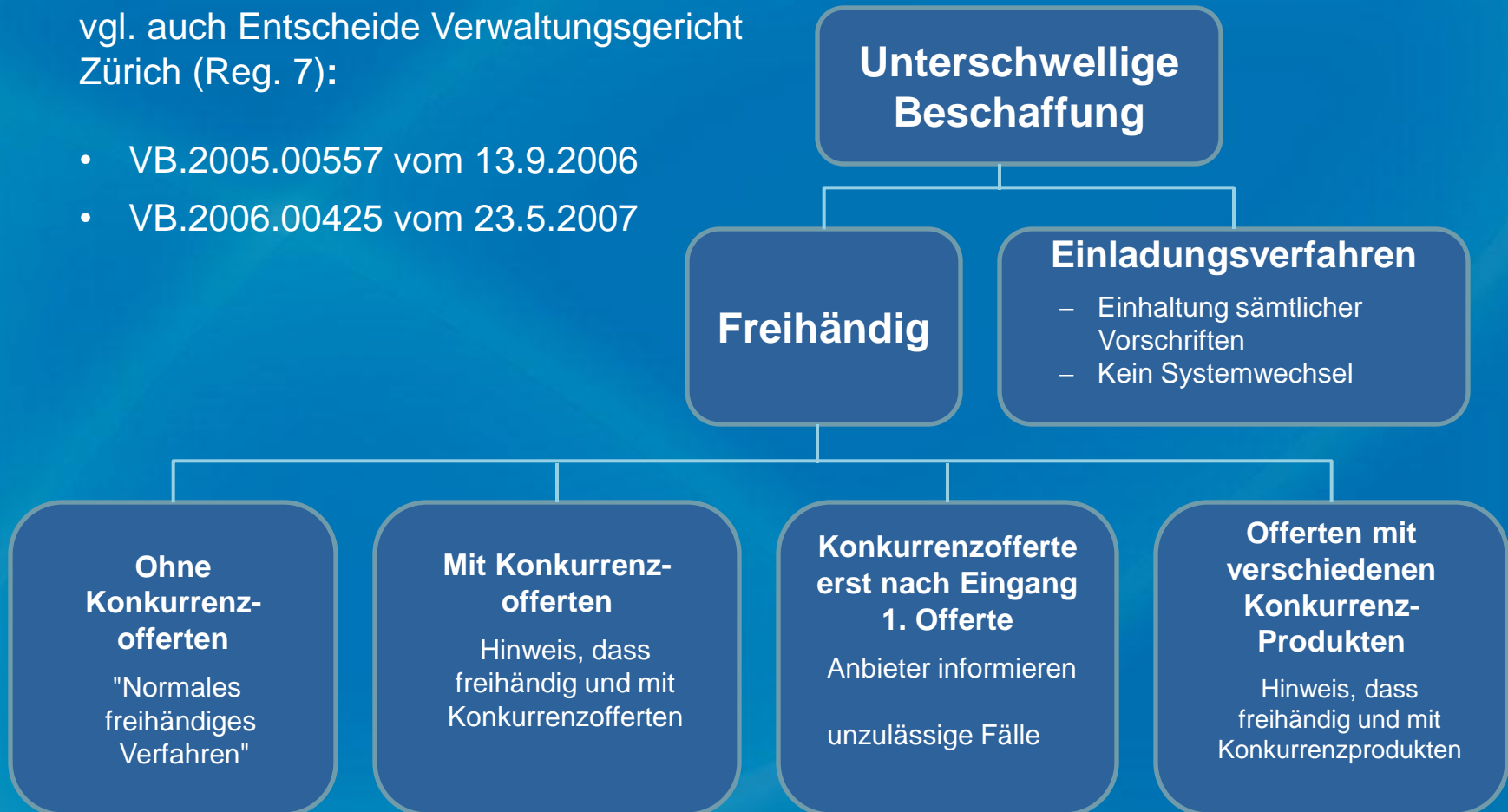
- Zuschlag erteilt, Vertrag noch nicht abgeschlossen
- Widerruf Zuschlag, vor Vertragsabschluss mit anderem Anbieter: rechtsmittelfähige Widerrufs-Verfügung mit gleichzeitiger neuer Zuschlagserteilung
- Voraussetzungen für Widerruf: § 36 SVO - Verweis auf Ausschlussgründe (§ 28 SVO). Gründe dürfen bei Zuschlagserteilung nicht bekannt gewesen sein
- zulässige Fälle (z.B. bei falschen Angaben des Anbieters, nachträgliche Ereignisse, wie Konkurs o.ä.)

4. Freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich

vgl. auch Entscheide Verwaltungsgericht
Zürich (Reg. 7):

- VB.2005.00557 vom 13.9.2006
- VB.2006.00425 vom 23.5.2007



4. Freihändige Verfahren

a) Im unterschwelligen Bereich

Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 20.5.2009, VB.2008.00555 (Reg. 7):

- Konkurrenzofferten auch im freihändigen Verfahren zulässig; Vorsicht: nicht den Anschein eines Einladungsverfahrens erwecken!
- Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns wie Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, Treu und Glauben sowie faires Verfahren beachten
- Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes (Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter) sind einzuhalten
- § 16 SVO gilt nicht im freihändigen Verfahren

4. Freihändige Verfahren: b) Ausnahmebestimmungen

Direktaufträge aufgrund der Ausnahmebestimmung von § 10 SVO

Rechtsprechung:

- Urheberrechte, z.B. "Klanghaus Toggenburg"; Urteil Verwaltungsgericht St. Gallen B 2008/70 vom 14.10.2008 (Reg. 7): unzulässige freihändige Vergabe
- Dringlichkeit
- Ergänzungsbeschaffungen (z.B. VB.2005.00557 vom 13.9.2006, betr. Tramdepot)
- Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung (BGE 137 II 313 vom 11.3.2011, Reg. 7)

4. Freihändige Verfahren: b) Ausnahmebestimmungen

- Ausnahmebestimmungen von § 10 Abs. 1 SVO sind restriktiv anzuwenden
- Im Staatsvertragsbereich ist Publikation vorgeschrieben und auch sinnvoll
- Erstellen eines Berichtes gem. § 10 Abs. 2 SVO (interne Aktennotiz, vgl. Vorlage Handbuch)

5. Hinweis: Handbuch für Vergabestellen

- | | |
|---|---|
| 1.) Einstieg ins Handbuch | 2.) Grundlagen |
| 3.) Anwendungsbereich | 4.) Vorbereitung einer Beschaffung |
| 5.) Verfahren im Nicht-Staatsvertragsbereich | 6.) Verfahren im Staatsvertragsbereich |
| 7.) Rechtsschutz | 8.) Merkblätter |
| 9.) Vorlagen | 10.) Erläuterungen zu den Rechtsgrundlagen |
| 11.) Glossar | 12.) Sachregister |

Zu beachten: Das Handbuch ist 2011 nachgeführt worden;
Nachführung 2011 kann bestellt oder heruntergeladen werden

Orientierungshilfen

Verweise

Mit den Verweisen wird auf Kapitel, Merkblätter, Vorlagen und Rechtsgrundlagen im Handbuch verwiesen.

Kapitel

(Verweis auf Kapitel-Nr.)

Merkblätter

(Verweis auf Nummer des Merkblatts)

Vorlagen

(Verweis auf Nummer der Vorlage)

Rechtsgrundlagen

(Verweis auf die Rechtsgrundlagen BeiG, IVöB, SVO in Kapitel 2.4)

Die konkrete Verfahrensdauer hängt stark vom Beschaffungsobjekt, dem Aufwand für die Auswertung der Offerten und den internen Entscheidungen ab. Ein offenes Verfahren dauert aber in aller Regel mindestens 4 Monate, ein selektives Verfahren mind. 5 – 6 Monate. Auch für ein Einladungsverfahren werden meist ca. 2 Monate benötigt.

K 6.2

M 7

V 9

§ § 25 SVO
Art. 7 IVöB

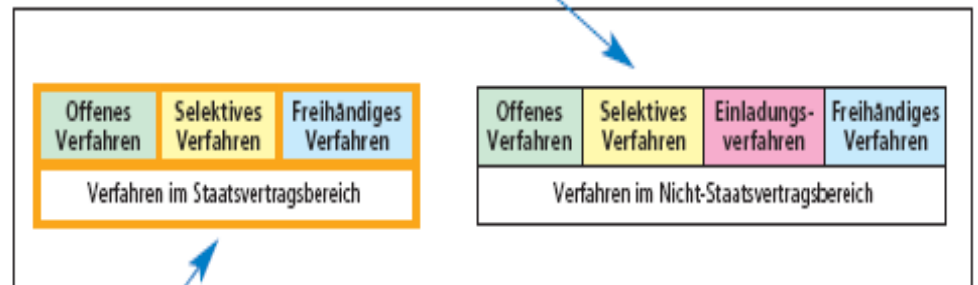
Orientierungshilfe

Farbkonzept

Die Vergabeverfahren sind mit Farben gekennzeichnet.

ohne Rahmen:

Verfahren im
Nicht-Staatsvertragsbereich

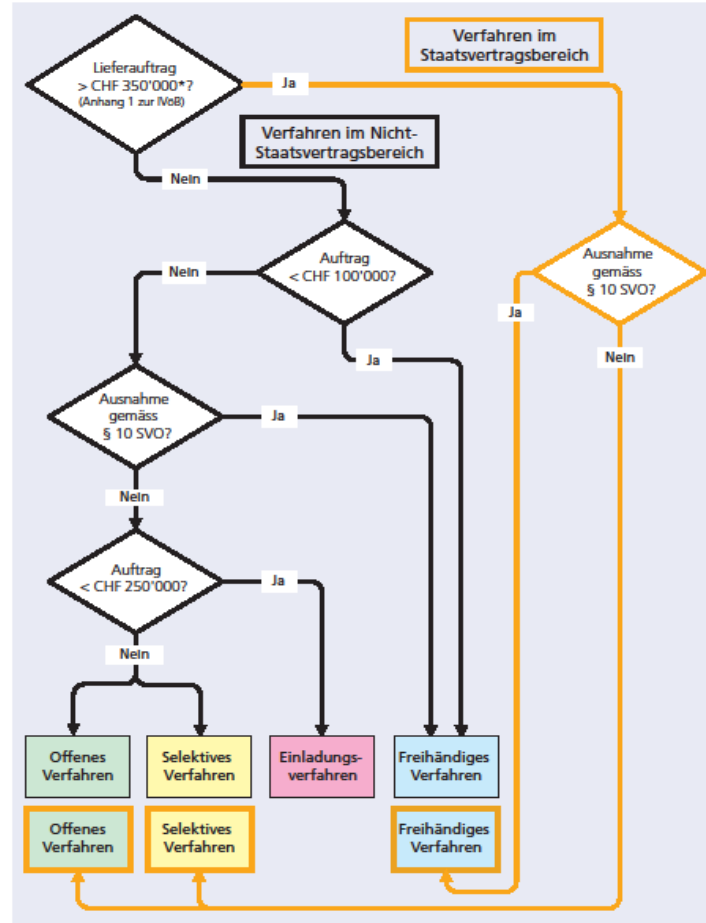


mit orangefarbenem Rahmen:

Verfahren im
Staatsvertragsbereich

Ablaufschemen im Handbuch: Lieferaufträge als Beispiel

Lieferaufträge

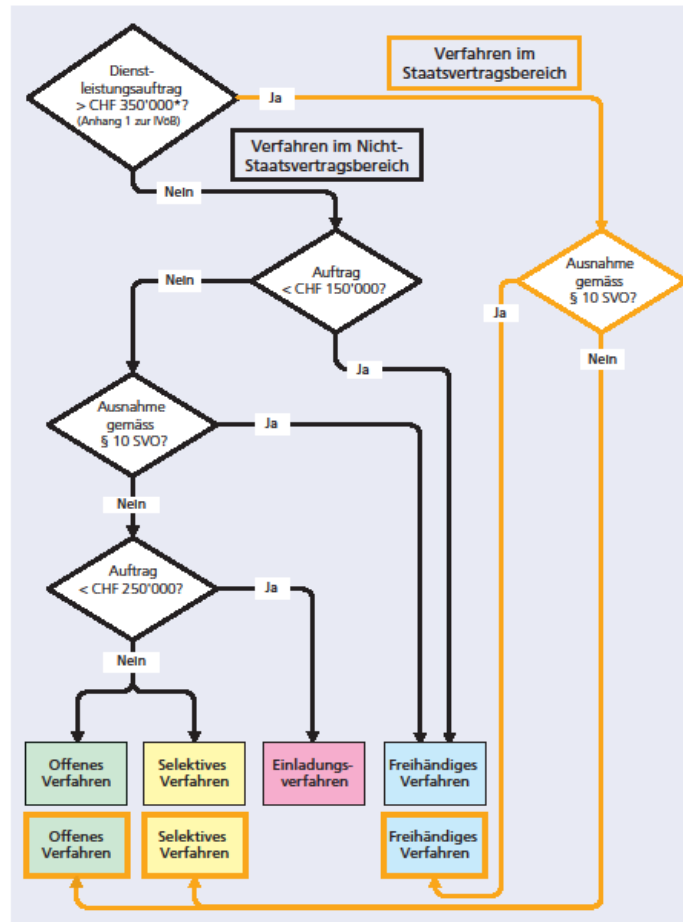


* bzw. CHF 640'000, CHF 700'000 (K 3.4)

Beispiel: Dienstleistung

vgl. Ablaufschemen im
Handbuch für Vergabestellen
und einzelne Verfahrensschritte, K 4.2

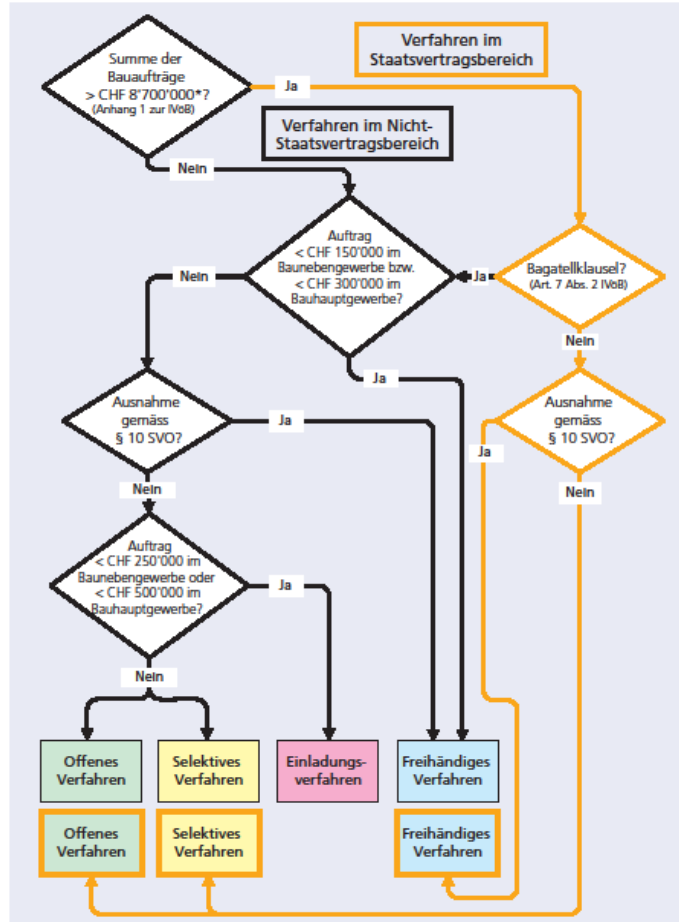
Dienstleistungsaufträge



* bzw. CHF 640'000, CHF 700'000 (K 3.4)

Beispiel: Baufträge

Baufträge



* bzw. CHF 8'000'000 (K 3.4)

Bagatellklausel für Bauaufträge (Art. 7 Abs. 2 IVöB)

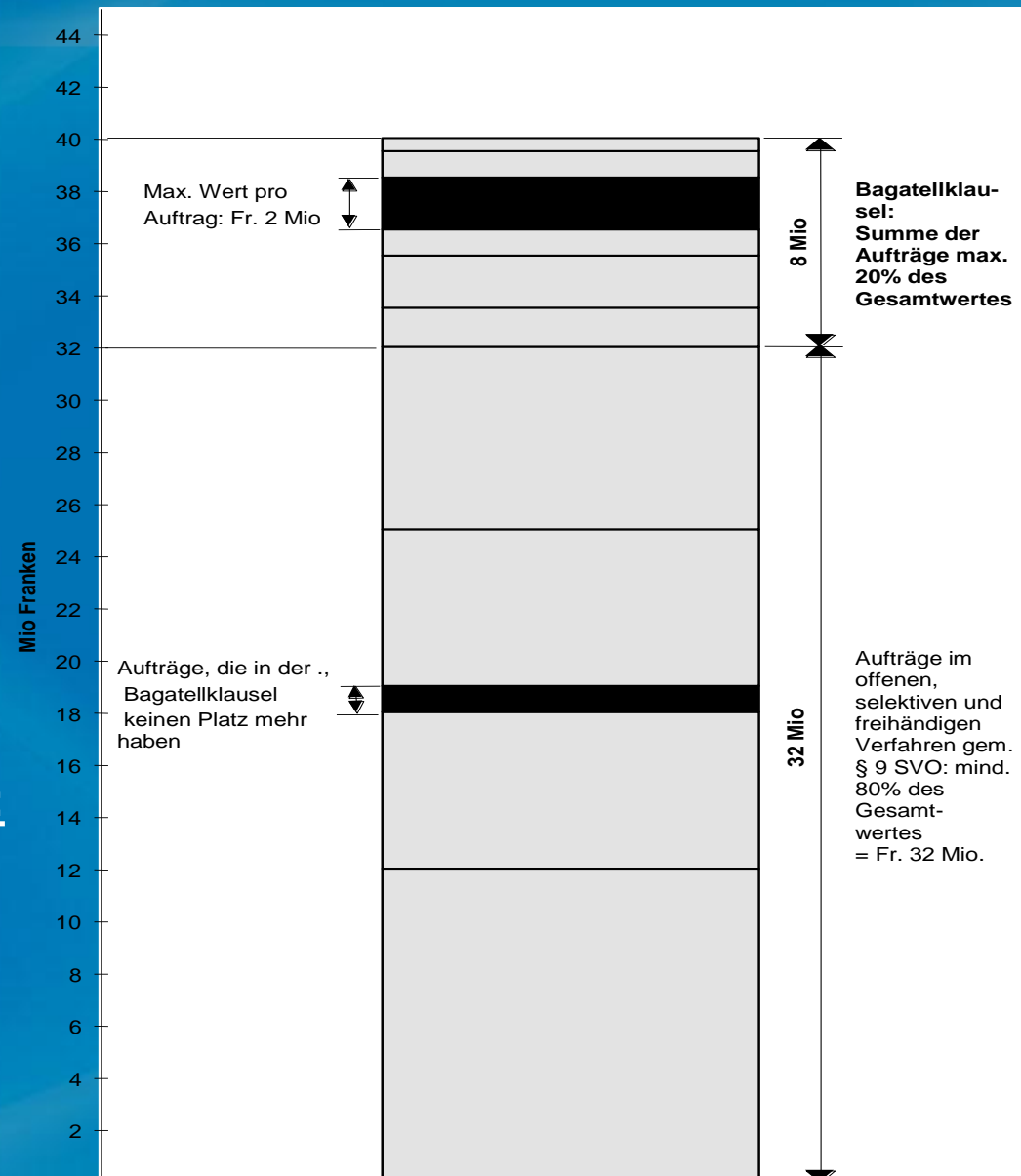
**Beispiel: Summe der Bauaufträge
CHF 40 Mio.**

Grundsatz für die CHF 32 Mio.:

Vergabe im offenen oder selektiven
Verfahren, auch wenn im Einzelfall
im Bereich der freihändigen Vergabe
(Ausnahme § 10 SVO)

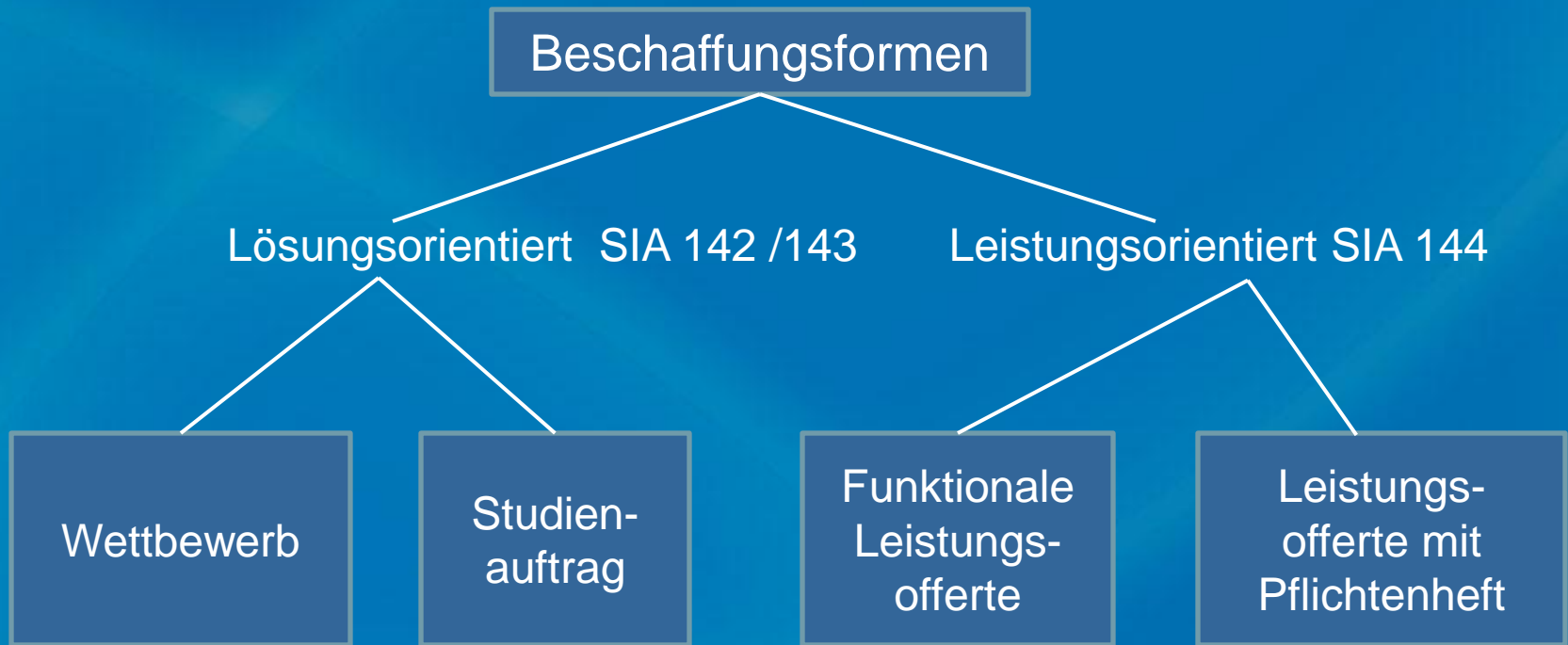
Bagatellklausel für die CHF 8 Mio.:

Freihändiges oder Einladungs-
verfahren je nach Auftragswert
des Einzelauftrags



Exkurs 1: Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerben

Wahl des richtigen Verfahrens



Exkurs 1: Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerben

Übersicht



Exkurs 1: Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerben

Beschaffung von Planerleistungen: 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?

Exkurs 1: Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerben

Präambel SIA Ordnungen 142/143, 2009

- "Zu Beginn muss die Beschaffungsform – Wettbewerb (anonym) oder Studienauftrag (nichtanonym) festgelegt werden."
- "Eine Kombination von Wettbewerb und Studienauftrag zu einer mehrstufigen Beschaffungsform ist nicht zulässig."

Exkurs 1: Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerben

SIA Ordnungen 142/143, Ausgabe 2009

- SIA 142: anonymer Wettbewerb als Regelfall
- SIA 143: nichtanonymer Studienauftrag als Ausnahmefall
 - Dialog zwischen Beurteilungsgremium/Teilnehmenden notwendig
 - Begründungspflicht
 - komplexe Aufgabenstellungen
 - nur selektive Verfahren

Exkurs 1: Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerben

Anwendungsbereich SIA 142/143

- private/öffentliche Auftraggeber
- ist im Programm als anwendbar zu erklären
- öffentliches Beschaffungswesen: vorrangig
- *"subsidiäres öffentliches Recht"*

Exkurs 1: Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerben

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

- Beachtung der Grundsätze des Submissionsrechts (Transparenz gebot, Nichtdiskriminierungsverbot, Gleichbehandlung aller Anbieter: Schwellenwerte, Kriterien)
- Absicht Folgeauftrag klar bezeichnen
- Unabhängigkeit des Preisgerichts
- anonymes Verfahren wählen bzw. Notwendigkeit Dialog begründen
- Gewinner festlegen
- keine Überarbeitungen / Änderungen mit Aufhebung Anonymität
- Verbindlichkeit des Preisgerichtsentscheids

Exkurs 1: Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerben

Fazit zu den SIA-Ordnungen 142/143

- 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

Exkurs 1: Ausschreibung von Planerleistungen / Wettbewerben

Ankauf von programmwidrigen Wettbewerbsbeiträgen:

- VGr Zürich, VB.2012.00861 vom 12.6.2013 (Reg. 11)
- VGr St. Gallen Nr. B 2010/156 vom 14.10.2010 (Reg. 11)

Exkurs 2: PPP I

Merkmale von Public Private Partnership:

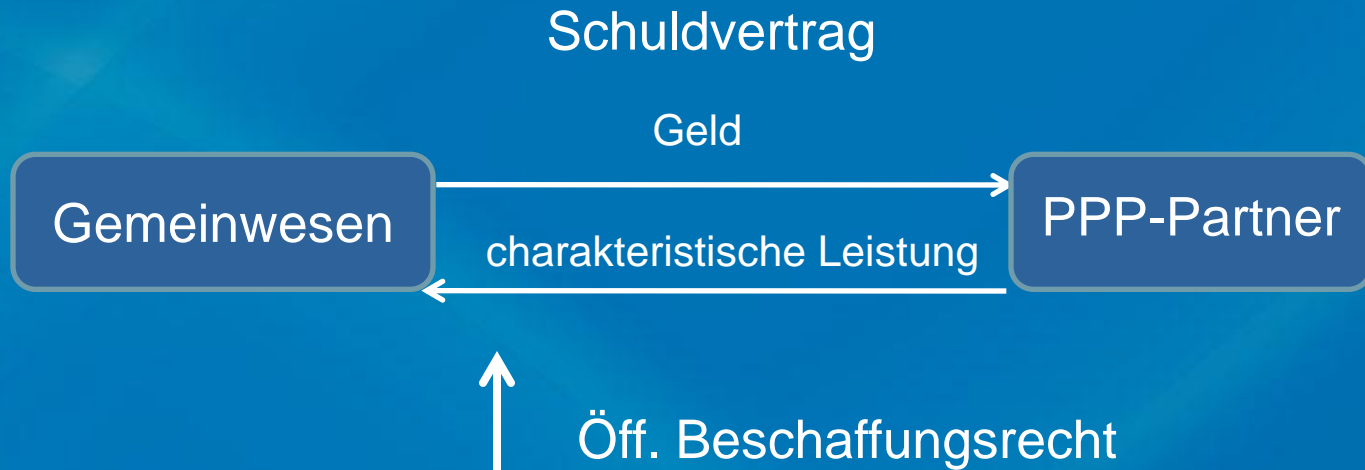
- öffentliche Aufgabe
- wird gemeinsam durch privaten und öffentlichen Partner erbracht
- Beschaffung erfolgt lebenszyklusorientiert und umfasst typischerweise Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb
- echte Risikoverteilung
- Abgrenzungen zu Privatisierung, Auslagerung, etc.

Typisches Merkmal: Klassische Rollenteilung zwischen Staat und Privaten wird aufgeweicht und verwischt

Exkurs 2: PPP II

Anwendbarkeit des Vergaberechts auf PPP

Vertragsmodell



Exkurs 2: PPP III

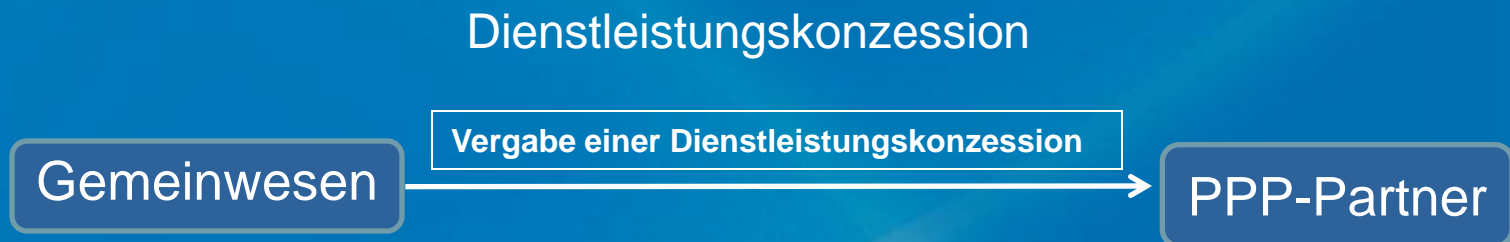
Anwendbarkeit des Vergaberechts auf PPP

Gesellschaftsmodell



Konzessionsmodell

"analoges" Verfahren



"analoges" Verfahren

Exkurs 2: PPP IV

PPP-Verfahren und Beschaffungsrecht?

Wandel in der Rechtsprechung - Urteil des Bundesgerichts vom 9.1.2009, "Genfer Plakatfall", BGE 135 II 49 (Reg. 12):

- Geschäfte zu Vorzugskonditionen (Verkaufsgeschäfte, Gewährung von Baurechten), die zu einer indirekten Mitfinanzierung oder Beherrschung des Käufers bzw. des Baurechtsnehmers führen, ebenso wie Investorenausschreibungen, sind der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt
- "Die Körperschaften des öffentlichen Rechts dürfen die Anwendung der Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht mittels Erteilung einer Konzession umgehen" (BGE 135 II 49)

Exkurs 2: PPP V

Einmaligkeit der Ausschreibungspflicht

Fall "Tischmacherhof Galgenen" - Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 29.8.2006, VGE 817/06; BGer 2C_116/2007, BGer 2C_396/2007 vom 10.10.2007 (Reg. 12):

- Auswahl des Vertragspartners der öffentlichen Hand darf nicht im freihändigen Verfahren erfolgen, sondern über Ausschreibung
- wegen des Grundsatzes der Einmaligkeit der Ausschreibung müssen Aufträge des PPP-Partners grundsätzlich nicht mehr nach den Regeln des Beschaffungsrechts vergeben werden

Exkurs 2: PPP VI

Einmaligkeit der Ausschreibungspflicht

Vertragsmodell



Gesellschaftsmodell / Konzessionsmodell

