

schneider ● rechtsanwälte

ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN VZGV - 11. November 2015

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



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 – 16.00 Uhr)
7. Exkurs: Ausschreibung von Planerleistungen/Wettbewerben

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

a) 1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung

- 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 Zuschlüsse im
Staatsvertragsbereich www.simap.ch
- Formalitäten einer Verfügung beachten, Zuständigkeiten

a) 1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung

- Verfügende Behörde: muss nach Gemeindeordnungen und Organisationsreglementen zuständig sein; Zeichnungsberechtigungen beachten
- VB.2010.00002 vom 24.2.2010: "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 13.4.2011: Delegation an Arbeitsgruppe? (Reg. 11)

a) 1. Phase - Erlass der Vergabeverfügung

- Begründung – was genügt?
 - «wirtschaftlich günstigstes Angebot», «beste Erfüllung der Zuschlagskriterien» - genügend?
 - Unterschiedlich strenge Praxis – im Kanton Zürich noch möglich
 - 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
- Bund – erhöhte Anforderungen z.B. beim Abbruch, vgl. BVGer B-2449/2012 vom 6.9.12, Verletzung rechtl. Gehör, unheilbarer Mangel

b) 2. Phase - Fristen, Debriefing, Begründungspflicht

- 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
 - Wichtig: gute Begründung und sofort – verhindert Beschwerden!
- Recht auf Akteneinsicht / Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen des Anbieters (Art. 11 lit. g IVöB)

c) 3. Phase - das erstinstanzliche Verfahren

- Anträge, Beschwerdegründe (Art. 16 IVöB: nicht Unangemessenheit)
- Rügepflichten
- Legitimation (VB.2013.00758 vom 3.4.2014)
- Aufschiebende Wirkung (Art. 17 IVöB): «stand-still»
superprovisorisch, definitiv, nachträglich Akteneinsicht

c) 3. Phase - das erstinstanzliche Verfahren

- 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

2. Vertragsabschluss - Wann zulässig?

- Kantonale Verfahren: vgl. VB.2012.00436 vom 20.7.2012
 - nach Ablauf Beschwerdefrist
 - wenn nicht mehr mit Beschwerde zu rechnen ist
 - wenn 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 Rechtsmittel an BGer muss nicht abgewartet werden, BGer 2D_26/2012, Urteil vom 7.8.12 (Reg. 11)

2. Vertragsabschluss

- Vergabeverhältnis ist öffentlich-rechtlicher Natur
- Rechtskräftiger Zuschlag, mit dem Vergabeverfahren beendet wird, stellt Abschlusserlaubnis für Vertragsabschluss dar
- Ist immer auch Vertragsanbahnungsverhältnis, das zudem auch Vertragsrecht untersteht
- Angebot eines Anbieters ist vergaberechtlich wie auch privatrechtlich zu beurteilen, auch was 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? Das Vergaberecht kommt nicht mehr ins Spiel – Grenze: Missbrauch

3. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf des Zuschlags

- Abbruch: bei hängigem Vergabeverfahren vor Zuschlagserteilung
- § 37 SVO: nur wenn "wichtige Gründe" vorliegen, wie
 - kein Angebot, das Kriterien gemäss Ausschreibungsunterlagen erfüllt
 - veränderte Rahmen- oder Randbedingungen
 - kein wirksamer Wettbewerb
 - wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung
 - nicht: durch Vergabestelle selbstverschuldete Gründe
- Abbruch/Wiederholung: Verfügung/Mitteilung und Publikation (im offenen/selektiven Verfahren), anfechtbar
- Vgl. Entscheide VB.2005.00068 vom 20.4.2005 (Reg. 10), VB.2011.00330 vom 25.10.2011, VB.2000.00403 vom 23.1.2002

3. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf

- 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)
- Bsp.: wenn nur bei einzelnen Positionen eine massive Kostenüberschreitung vorliegt, nicht aber beim Gesamtpreis
→ massiv teurere Positionen dürfen gestrichen und Teilabbruch verfügt werden
- vgl. VB.2002.00258 vom 23.1.2003

3. Verfahrensabbruch / Wiederholung / Widerruf

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: § 4 a II Beitrittsgesetz - Verweis auf Ausschlussgründe (§ 4 a I Beitrittsgesetz). 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



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 Anschein eines Einladungsverfahrens erwecken!
- Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns:
Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, Treu und Glauben sowie faires Verfahren beachten
- Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes: Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieter sind einzuhalten

a) 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

b) Ausnahmebestimmungen

Direktaufträge aufgrund der Ausnahmebestimmung von § 10 SVO

- 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)
- Technische Besonderheiten (z.B. Microsoft-Vergabe des Bundes BGE 137 II 313 vom 11.3.2011, Reg. 7; VB.2014.00215 vom 29.7.2014)

b) Ausnahmebestimmungen

- Ausnahmebestimmungen von § 10 Abs. 1 SVO sind restriktiv anzuwenden
- Im Staatsvertragsbereich ist Publikation auf simap.ch vorgeschrieben und auch sinnvoll
- Erstellen eines Berichtes gem. § 10 Abs. 2 SVO (interne Aktennotiz, vgl. Vorlage Handbuch)
- Beschwerdelegitimation: nur, wenn Beschwerdeführerin in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen (VB.2009.00667 vom 5.5.2010; VB.2014.00215 vom 29.7.2014)

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

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

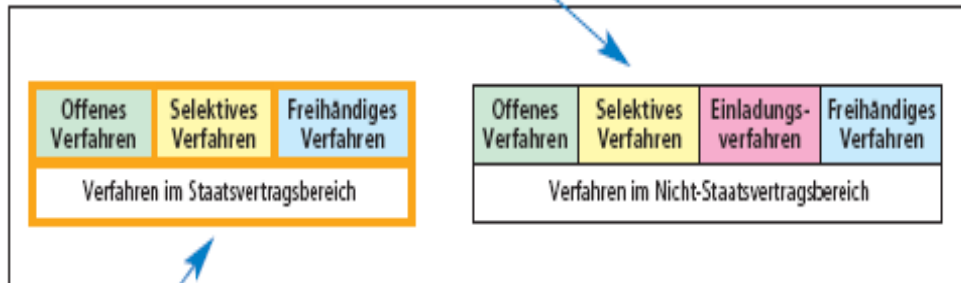
Orientierungshilfen

Farbkonzept

Die Vergabeverfahren sind mit Farben gekennzeichnet.

ohne Rahmen:

Verfahren im
Nicht-Staatsvertragsbereich

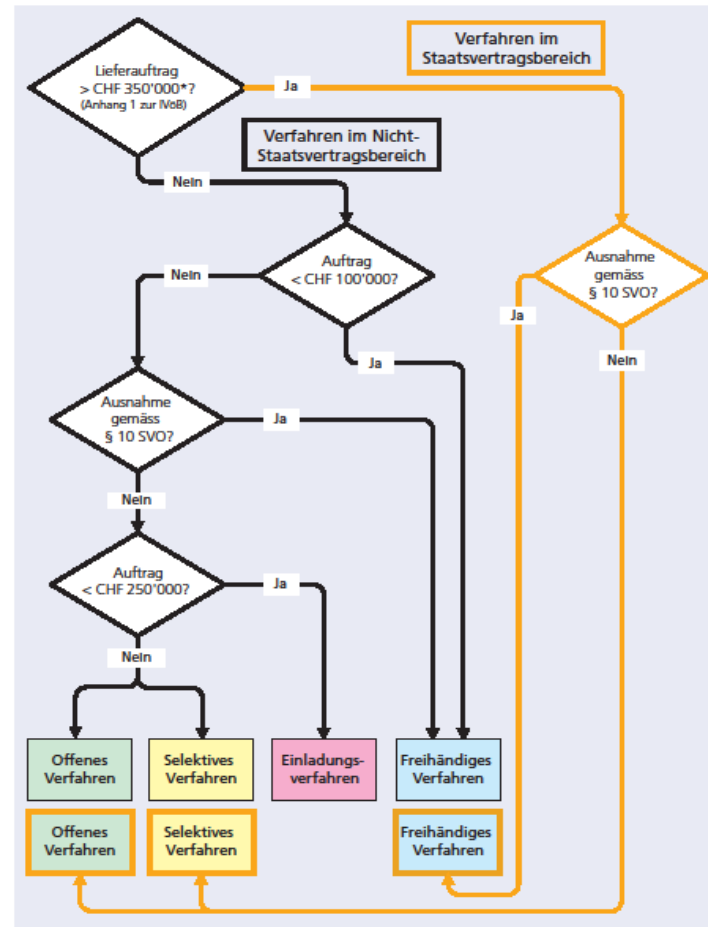


mit orangefarbenem Rahmen:

Verfahren im
Staatsvertragsbereich

Ablaufschemen im Handbuch:
Lieferaufträge als Beispiel

Lieferaufträge

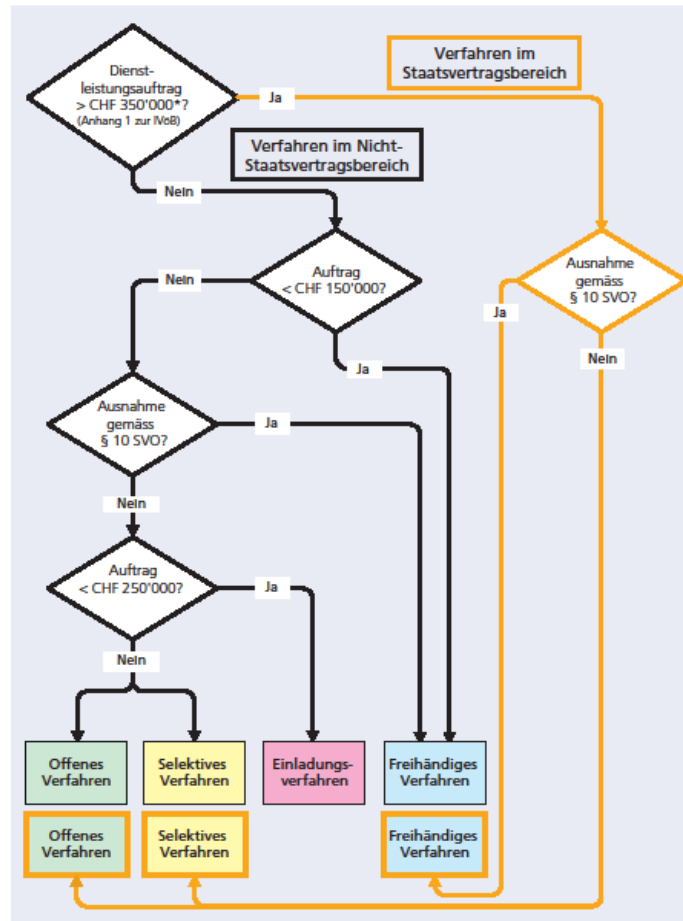


* bzw. CHF 640'000, CHF 700'000 (K 3.4)

Beispiel: Dienstleistung

vgl. Ablaufschemen im
Handbuch für
Vergabestellen und einzelne
Verfahrens-schritte, K 4.2

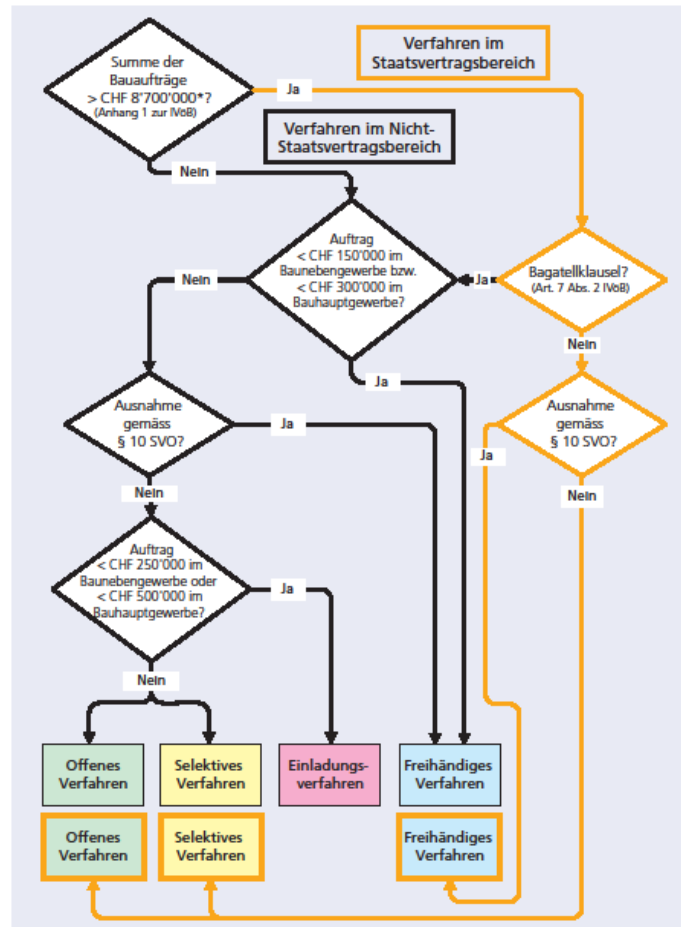
Dienstleistungsaufträge



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

Beispiel: Baufaufträge

Baufaufträge



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

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

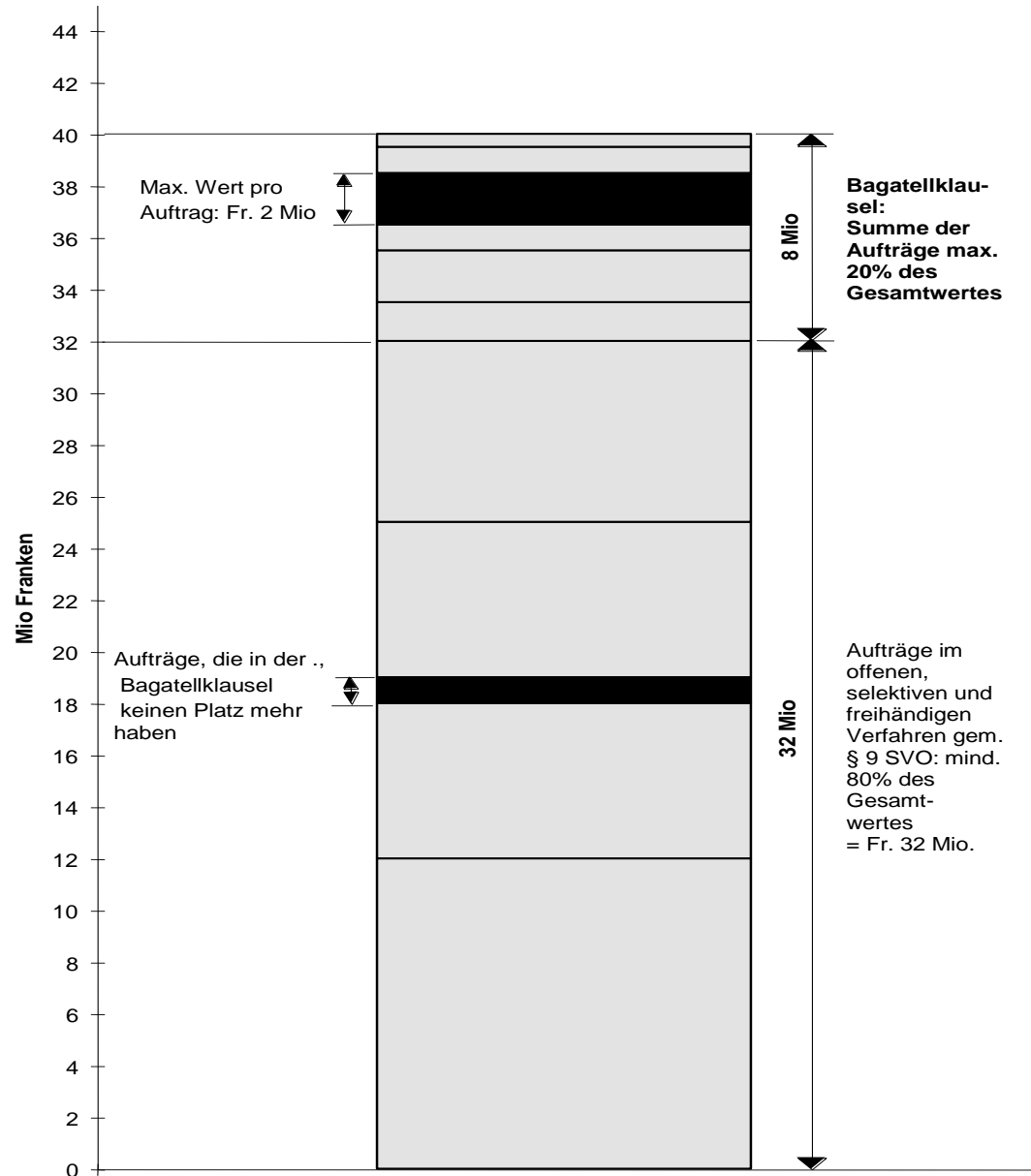
**Beispiel: Summe der
Baufträge
CHF 40 Mio.**

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

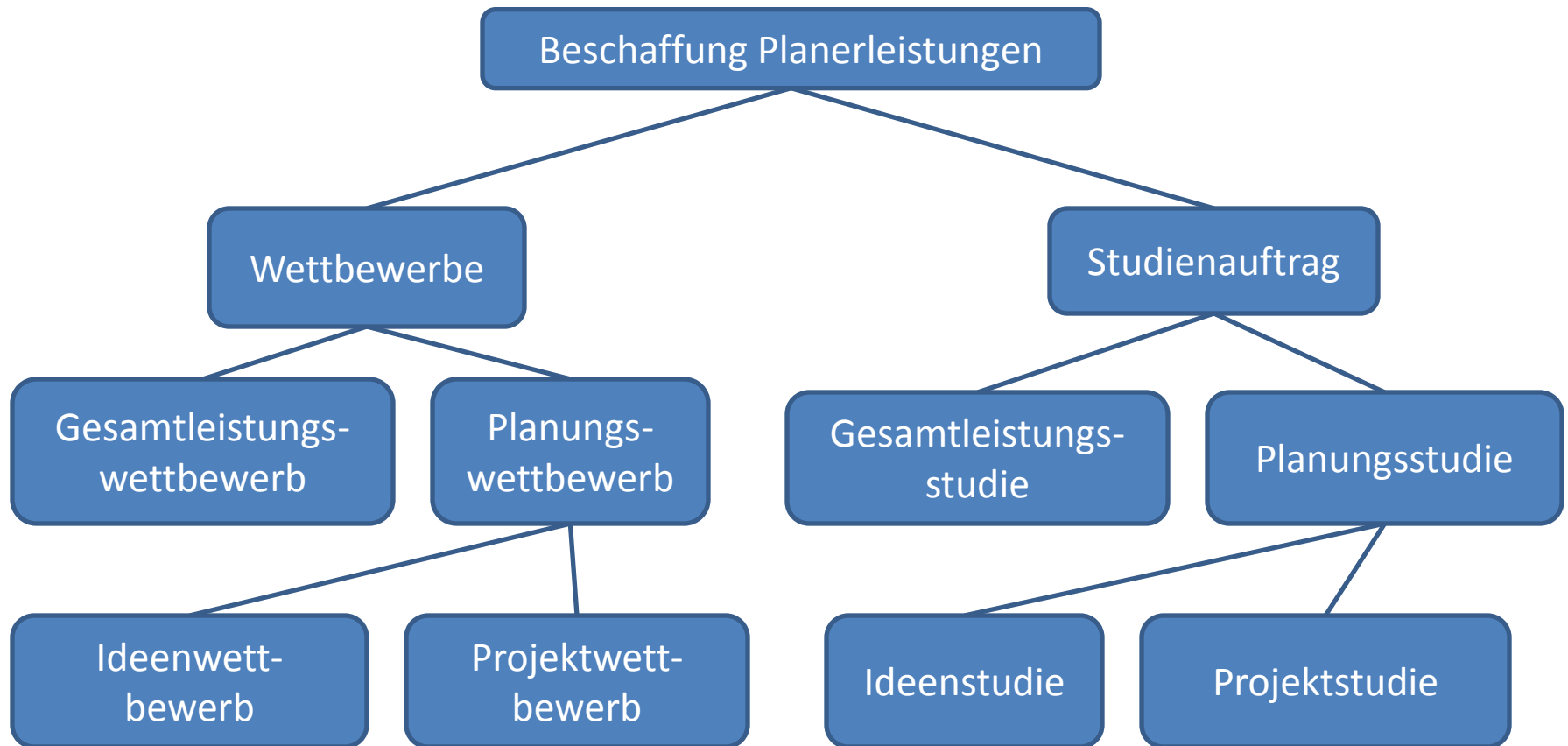


7. Exkurs: Beschaffung von Planerleistungen / Wettbewerb

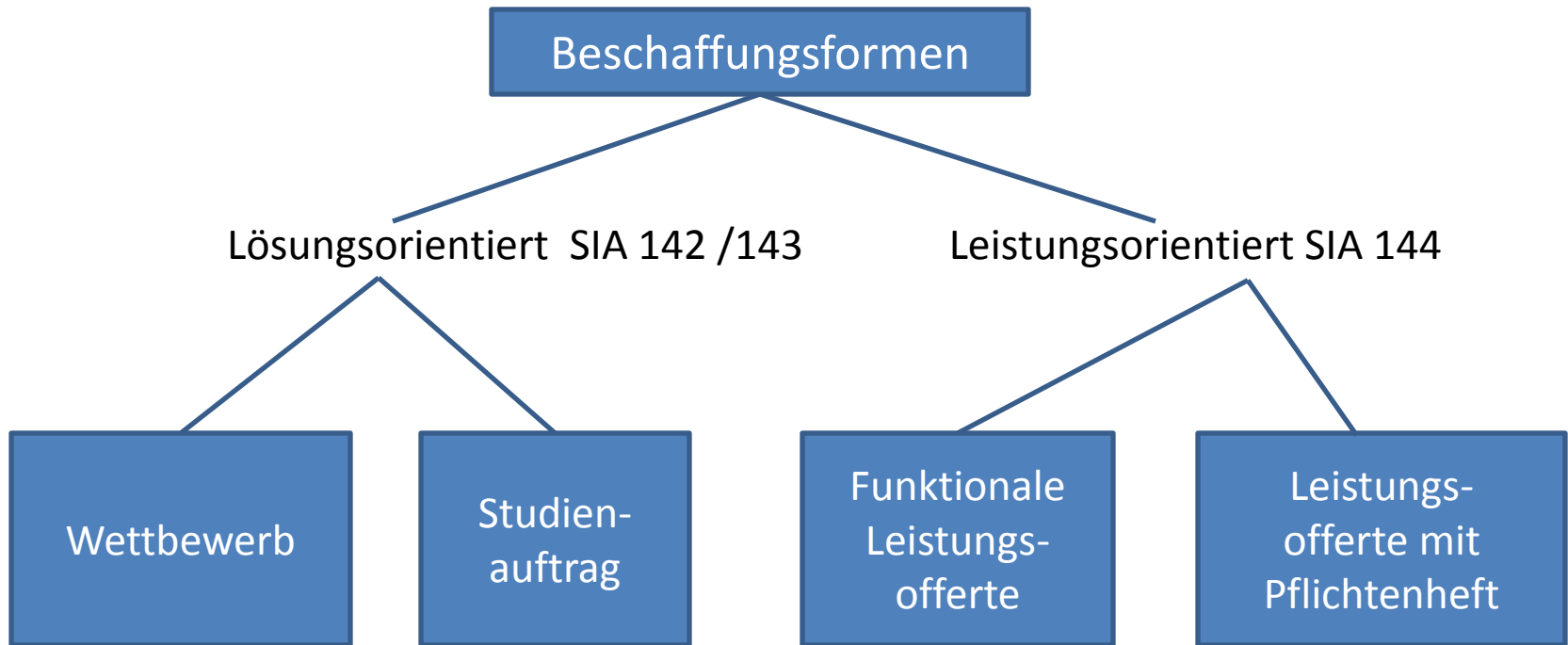
Inhalt:

- a) Übersicht
- b) Wahl des Verfahrens
- c) Rechtsgrundlagen
- d) Vorgehen
- e) SIA Ordnung 142/143, 2009
- f) Freihändige Vergabe
- g) Ankauf von programmwidrigen Wettbewerbsbeiträgen

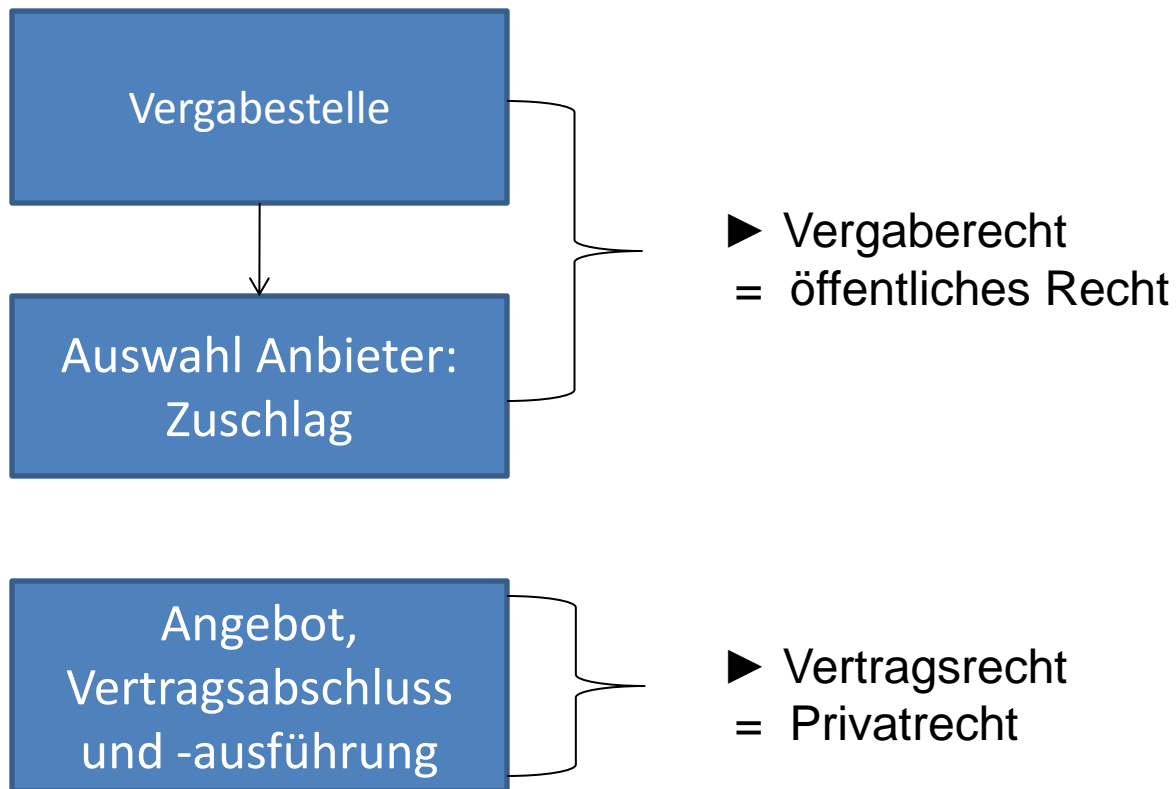
a) Übersicht



b) Wahl des richtigen Verfahrens



c) Rechtsgrundlagen



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, Ausgabe 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, Ausgabe 2009

Inhalt:

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

e) SIA Ordnungen 142/143, Ausgabe 2009

Anwendungsbereich:

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

→ Vgl. dazu: Urteil VG SG vom 14.10.2010 B 2010/156

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 16.1.2014)
- Gewinner festlegen
- keine Überarbeitungen / Änderungen mit Aufhebung Anonymität
- Verbindlichkeit des Preisgerichtsentscheids

g) 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)

schneider ● rechtsanwälte

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

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