

schneider ● rechtsanwälte

Öffentliche Beschaffungen – Was gilt heute? Delegiertenversammlungen des Baumeisterverbands vom 21. März 2017

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



Öffentliches Beschaffungswesen – Was gilt heute?

1. Überblick über die Verfahrensarten
2. Schwellenwerte und Auftragswerte
3. Das freihändige Verfahren
4. Inhalt von Ausschreibungen
5. Behandlung von Angeboten
6. Fundstellen im Internet

1. Überblick über die Verfahrensarten

Verfahrensarten

- Offenes Verfahren
- Selektives Verfahren
- Einladungsverfahren
- Freihändiges Verfahren
 - unterschwellig oder
 - als "Ausnahme" (§ 10 SVO)

2. Schwellenwerte und Auftragswerte 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
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

2. Schwellenwerte und Auftragswerte

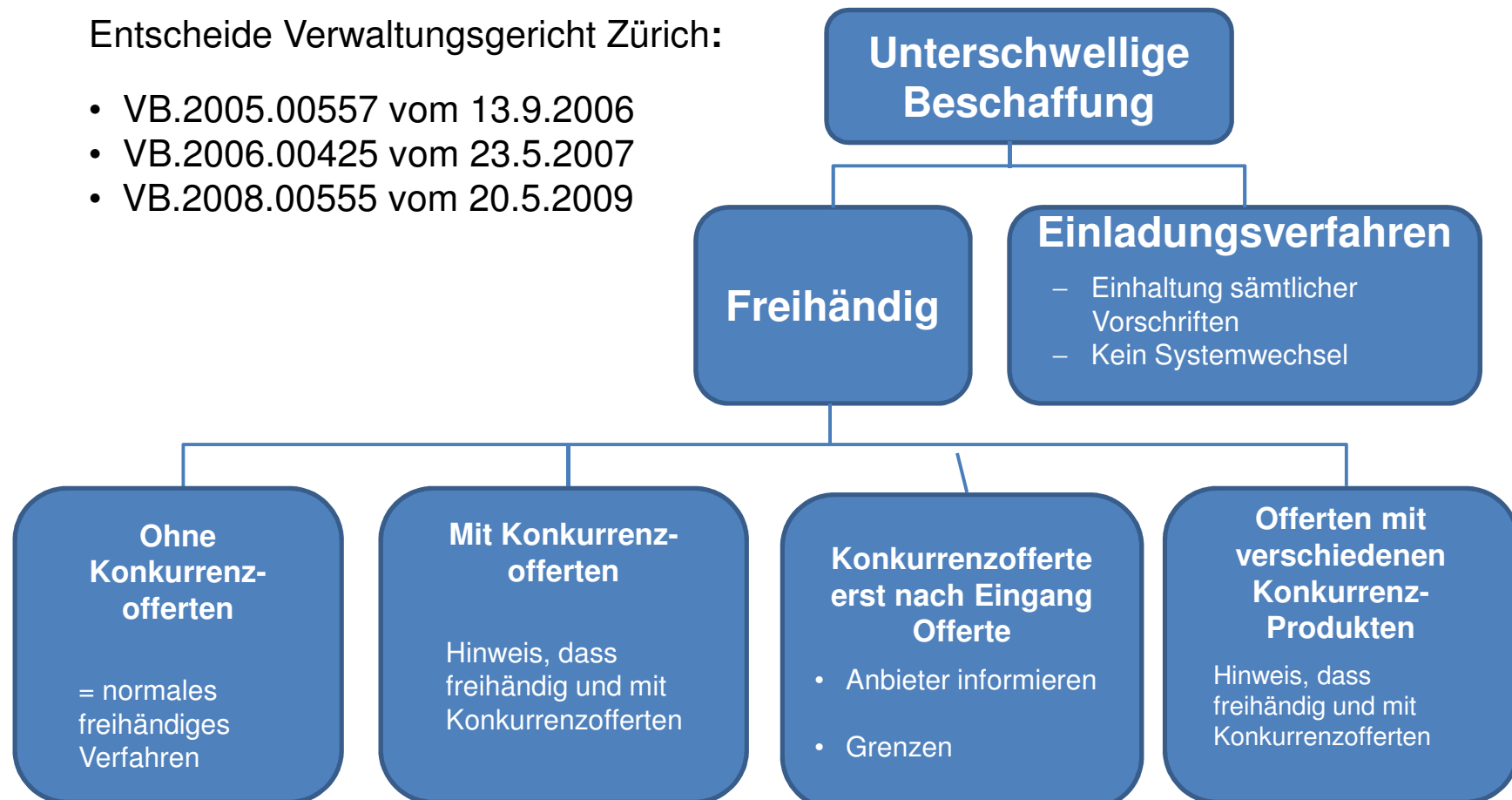
Berechnung Auftragswerte

- Gesamtwert und jede Form der Abgeltung ohne Mehrwertsteuer
- keine Salami taktik
- Folgeaufträge, Optionen sind einzurechnen
- gesamte Laufdauer des Vertrags
- bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit und Daueraufträgen bestimmt sich Auftragswert anhand der jährlichen Rate $\times 4$
- 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 Im unterschwelligen Bereich I

Entscheide Verwaltungsgericht Zürich:

- VB.2005.00557 vom 13.9.2006
- VB.2006.00425 vom 23.5.2007
- VB.2008.00555 vom 20.5.2009



Im unterschwelligen Bereich II

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"; Urteil Verwaltungsgericht St. Gallen B 2008/70 vom 14.10.2008: 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; VB.2014.00215 vom 29.7.2014)

Ausnahmebestimmung: was gilt?

- 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)

4. Inhalt von Ausschreibungen

Vorbereitung einer Ausschreibung

- Definition des Beschaffungsgegenstandes
 - Was wird in welchem Umfang benötigt?
 - Zielsetzungen?
 - Machbarkeit?
 - evtl. externe Fachleute beiziehen
- Termin- und Ressourcenplanung
 - interner Terminplan erstellen
 - genügend Zeit für Angebotseinreichung einrechnen
 - Zeit für allfällige Rückfragen bei Anbietern sowie Rechtsmittelfristen beachten
- Vorbefassung!

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 I

- Offenes/selektives und Einladungsverfahren
- beschreiben Anforderungen, welche an Anbieter (nicht an Angebot) gestellt werden → **anbieterbezogen**
- beziehen sich auf fachliche, organisatorische, wirtschaftliche, finanzielle Eignung
- sachgerecht und erforderlich: keine unnötige Eingrenzung des Marktes; VB.2012.00176 vom 5.10.2012
- Nachweise festlegen
→ Bsp: "Nachweis der genügenden Erfahrung/Befähigung zu ..."
- **Ausschlusskriterien:** können nur erfüllt oder nicht erfüllt werden
→ Ausschluss (vgl. auch VB.2013.00656 vom 5.12.2013)
- sind klar von Zuschlagskriterien abzugrenzen

Eignungskriterien II: Unzulässige Beispiele

- Referenzvorhaben nur öffentliche Hand
- Lokale Leistungsfähigkeit: (VB.2006.00425 vom 23.05.2007)
- Fünf Referenzvorhaben für Bachbauarbeiten

Eignungskriterien III: Nachweise

notwendig: zusätzlich Nachweise - Beispiele:

- 3 vergleichbare Referenzobjekte, nicht älter als 5 Jahre
- 3 Referenzauskünfte zur einwandfreien und tadellosen Abwicklung dieser Referenzobjekte (zu Qualität, Termine, Kosten, Projekt-organisation)
- Angaben zu Mitarbeitern: Anzahl, Funktion, Ausbildung
- Organigramm und Beschrieb der Projektorganisation
- Kopie QM-Zertifikat oder Beschrieb des eigenen QM-Systems
- Angaben zu Maschinenpark und technische Ausstattung
Fahrzeuge

Zuschlagskriterien I

- 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
- Konkretisierung durch Unterkriterien
- ≠ Eignungskriterien

Zuschlagskriterien II: Reihenfolge und Gewichtung

- 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, Note 0-6
- Verwendung unterschiedlicher Notenskalen ist unzulässig (VB.2012.00176 vom 5.10.2012; VB.2013.00132 vom 10.4.2013)

Zuschlagskriterien III: Gewichtung Preis und Preisspanne

- Mindestgewichtung 20% (Ausnahme bei komplexen Vorhaben)
- Empfehlung: 40-70% Gewichtung
- Gewichtung Preis \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%

> Fortsetzung: Gewichtung Preis und Preisspanne

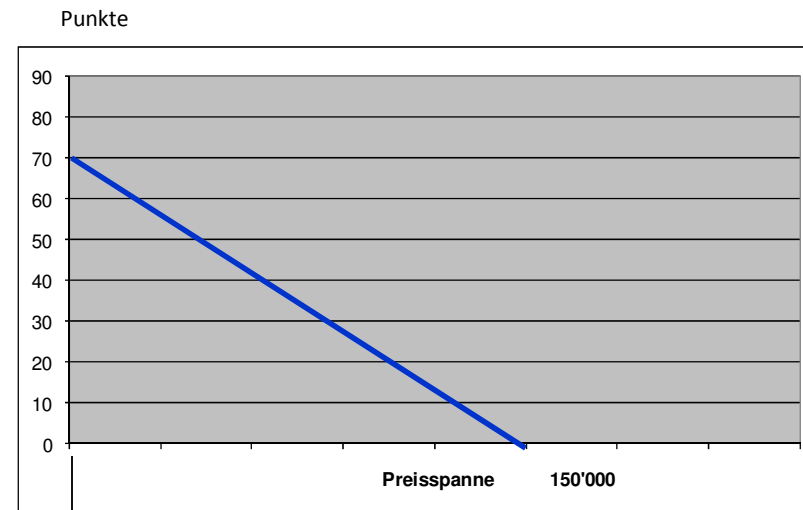
I. Bsp.: Bauauftrag mit folgenden Kriterien:

- | | |
|--|---------------|
| 1. Preis | 70% = 70 Pkt. |
| 2. Qualität (Infrastruktur, Schlüsselpersonen) | 25% = 25 Pkt. |
| 3. Lehrlingsausbildung | 5% = 5 Pkt. |

II. Bewertung Angebotspreise:

CHF 100 000	70 Pkt.
CHF 125 000	35 Pkt.
CHF 150 000	0 Pkt.

(vgl. VB.2003.00469 vom 21.4.2004
bestätigt in: VB.2013.00600 vom
5.12.2013)



100'000

Zuschlagskriterien IV: Gute Beispiele

Qualität:

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

Zuschlagskriterien V: Zulässige Beispiele, aber...

- **Zugang zur Aufgabe** (VB.2011.00322 vom 28.9.2011)
- **Lehrlingsausbildung:** nur im Nicht-Staatsvertragsbereich, maximal 10%, Verhältnis zur Gesamtmitarbeiterzahl (VB.2012.00001 vom 27.6.2012).
- **Leistungsfähigkeit:** zulässig, wenn grössere Anbietende mit zahlreichen eigenen spezifischen Mitarbeitern bevorzugt werden (10%, VB.2005.00514 vom 1.11.2006)
- **Public Voting** (BGE 138 I 143 und VB.2012.00074 vom 28.3.2012)

Zuschlagskriterien VI: Unzulässige Beispiele

- "allgemeiner Eindruck der Offerte", steuerliche Gründe etc.
- Vollständigkeit der Offerte
- Länge der Anfahrtswege (VB.2010.00568 vom 12.1.2011)
- Ortskenntnisse
- Präsentationen

5. Behandlung von Angeboten

Die einzelnen Schritte im Überblick

- Offertöffnungsprotokoll
- Formelle Prüfung: Ausschluss als Folge
 - Wesentliche formellen Anforderungen
 - Gesetzliche Anforderungen
 - Inhaltliche Anforderungen
- Inhaltliche Prüfung der Angebote

Formelle Prüfung der Angebote

- Eingabefrist
- Unterschrift des Angebots
- Vollständigkeit des Angebots bzw. Teilnahmeantrags
 - Grundsatz der Unabänderlichkeit von Offerten
 - Unvollständigkeit betrifft wesentliche Punkte
 - Verbot des überspitzten Formalismus: VB.2012.00724 vom 16.01.2013
 - Abänderung der Ausschreibungsunterlagen (VB.2012.00724 vom 16.01.2013)

(§ 4 a Abs. 1 lit. b BetG)

Zulässiger Umgang mit Referenzauskünften

- Nur dann Referenzauskünfte einholen und bewerten, wenn in Ausschreibungsunterlagen dazu Nachweise verlangt wurden (Formulare beilegen)
- Nur Referenzen prüfen, die Anbieter in Angebot aufgeführt hat: keine „Erkundigungstouren“
- Eigene Referenzen: ja, aber nicht nur. Resultat muss ausreichend dokumentiert sein (VB.2005.00227 vom 21.09.2005)
- Telefongespräch: schriftlich in Aktennotiz festzuhalten, insb. zu Referenzpersonen, Inhalt der Auskunft, Zeitpunkt der Anfrage/Auskunft (VB.2005.00227 vom 21.9.2005)

Inhaltliche Prüfung der Angebote

- **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 22.3.2006)

 - **Bereinigungen, Erläuterungen, Unternehmergespräche**
 - nachträgliche Präzisierung eines Angebots:
nur untergeordnete Nebenpunkte
 - Unternehmergespräch ≠ Verhandlung

Inhaltliche Prüfung der Angebote – die beiden Phasen im Detail

- **Phase 2: Bewertung der Angebote**
 - Grundangebote: Zuschlagskriterien prüfen
 - Varianten prüfen
 - Erstellen Bewertungsmatrix
 - Submissionsergebnis

Umgang mit Varianten

- Variante = Angebot eines Anbieters, das von vorgeschlagener Amtslösung abweicht
- Abweichen kann: Leistung (Projektvariante) oder Ausführung (Ausführungsvariante)
- Nicht: andere Preisgestaltung
- Anbieter muss Gleichwertigkeit der Variante nachweisen
- Vergabestelle muss sich mit zulässiger Variante sachlich auseinandersetzen und diese prüfen: grosses Ermessen bei Beurteilung
- In Ausschreibungsunterlagen regeln: Grundangebot ist immer einzureichen.

Fundstellen im Internet

- www.beschaffungswesen.zh.ch (dort: Handbuch für Vergabestellen)
- www.vgrzh.ch
- www.bger.ch
- www.simap.ch

schneider ● rechtsanwälte

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

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