

Öffentliche Beschaffungen – Was gilt heute?

Solothurn, 13. Juni 2019, 13:30 Uhr

Claudia Schneider Heusi LL.M.

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



Inhalt des Referats

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

Überblick über die Verfahrensarten

Überblick über die Verfahrensarten

Verfahrensarten

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

Schwellenwerte und Auftragswerte

Schwellenwerte und Auftragswerte

Im Nicht-Staatsvertragsbereich

Unterscheidung:

Bauhaupt- und
Baunebengewerbe (H / N)

Definition H: "Alle Arbeiten,
für tragende Elemente
eines Bauwerks"

Verfahrensarten	Lieferungen	Dienstleistungen	Bauleistungen
freihändiges Verfahren	< CHF 100'000	< CHF 150'000	N: < CHF 150'000 H: < CHF 300'000
Einladungsverfahren	< CHF 250'000	< CHF 250'000	N: < CHF 250'000 H: < CHF 500'000
offenes / selektives Verfahren	> CHF 250'000	> CHF 250'000	N: > CHF 250'000 H: > CHF 500'000

Schwellenwerte und Auftragswerte

Berechnung Auftragswerte

- Gesamtwert und jede Form der Abgeltung ohne Mehrwertsteuer
- keine Salami-taktik
- Folgeaufträge, Optionen sind einzurechnen
- gesamte Laufdauer des Vertrags (VB.2008.00111, Kehr-richtabfuhr)
- bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit und Daueraufträgen bestimmt sich Auftragswert anhand der jährlichen Rate x 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

Das freihändige Verfahren

Das freihändige Verfahren

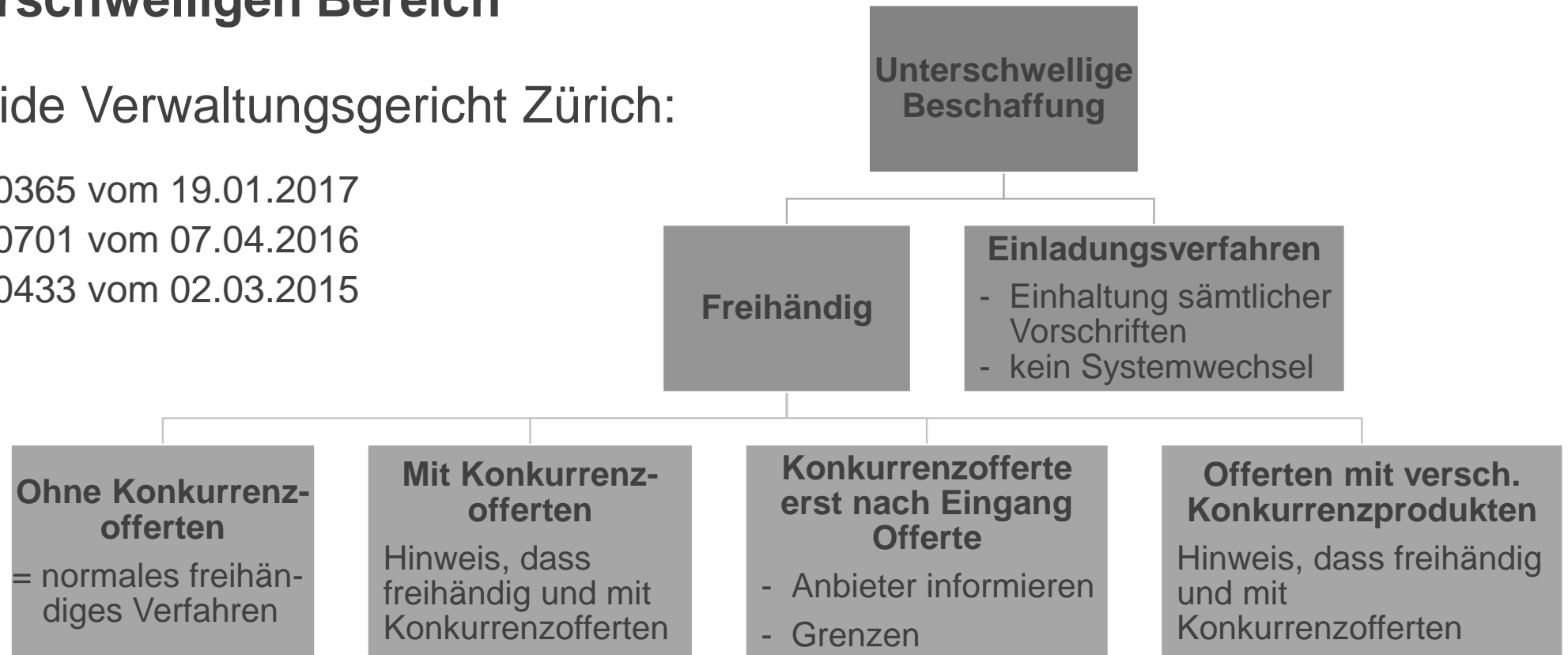
Im unterschwelligen Bereich

Entscheide Verwaltungsgericht Zürich:

VB.2016.00365 vom 19.01.2017

VB.2015.00701 vom 07.04.2016

VB.2014.00433 vom 02.03.2015



Das freihändige Verfahren

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

Das freihändige Verfahren

Überschwellig = Ausnahmebestimmung

Direktaufträge aufgrund der Ausnahmebestimmung von § 10 SVO

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

Das freihändige Verfahren

Ausnahmebestimmung: Was gilt?

- 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)

Inhalt von Ausschreibungen

Inhalt von Ausschreibungen

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 Rechtsmittelfristen beachten

Inhalt von Ausschreibungen

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

Eignungskriterien

- 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.2016.00481 vom 17.11.2016

Eignungskriterien

- Nachweise festlegen, Beispiel: "Nachweis der genügenden Erfahrung zu..." oder "eidg. Fachausweis Polier" (VB.2017.00612 vom 20.12.2017)
- Ausschlusskriterien: 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)

Eignungskriterien

Nachweise

Wichtig: zusätzlich Nachweise verlangen – Beispiele:

- 3 vergleichbare Referenzobjekte, nicht älter als 8 Jahre, Erfüllungsgrad 100%
- 3 Referenzauskünfte zur einwandfreien und tadellosen Abwicklung dieser Referenzobjekte (zu Qualität, Termine, Kosten, Projektorganisation)
- Angaben zu Mitarbeitern: Anzahl, Funktion, Ausbildung
- Organigramm und Beschrieb der Organisation des Bewerbers
- Kopie QM-Zertifikat oder Beschrieb des eigenen QM-Systems

Eignungskriterien

Unzulässige Beispiele

- Forderung nach 5 einschlägigen Referenzprojekten ist bei nicht aussergewöhnlich hoher Komplexität des Vergabegegenstands ungerechtfertigt (VB.2011.00676 vom 09.05.2012 E. 4.2)
- Beschränkung auf inländische Referenzobjekte (im Bereich Nationalstrassenbau) ist unzulässig, da dies auf eine Marktabstottung hinausläuft (VB.2008.00194 vom 08.04.2009)
- Abstellen auf "lokale Leistungsfähigkeit" (VB.2006.00425 vom 23.05.2007)

Zuschlagskriterien

Zuschlagskriterien

- 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
- Verhältnis Eignungs- und Zuschlagskriterien (BGE 139 II 489)
- Konkretisierung durch Unterkriterien

Zuschlagskriterien

Reihenfolge, Gewichtung und Bewertung

- keine generelle Pflicht, die Gewichtung der ZK vorgängig bekanntzugeben im Kt. ZH (anders: Bund, Kt. AG etc.)
- Aber: Bekanntgabe der Gewichtung ist empfehlenswert
- Gewichtung, die bekannt gegeben wurde, ist einzuhalten
- nur lineare Bewertung zulässig
- Bewertungsmatrix bereits vorab erstellen
- Skalierung der Punktevergaben mit klaren Aussagen
- Verwendung unterschiedlicher Notenskalen ist unzulässig (VB.2013.00132 v. 10.4.2013)

Zuschlagskriterien

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 entscheidend:
 - Preisgewichtung
 - Wie viel Prozent der Gesamtpunktzahl aller Kriterien macht der Preis aus?
 - 20% als Untergrenze – bei komplexen Beschaffungen (BGE 143 II 553)
 - Preisbewertungsmethode: linear, aber richtig

Zuschlagskriterien

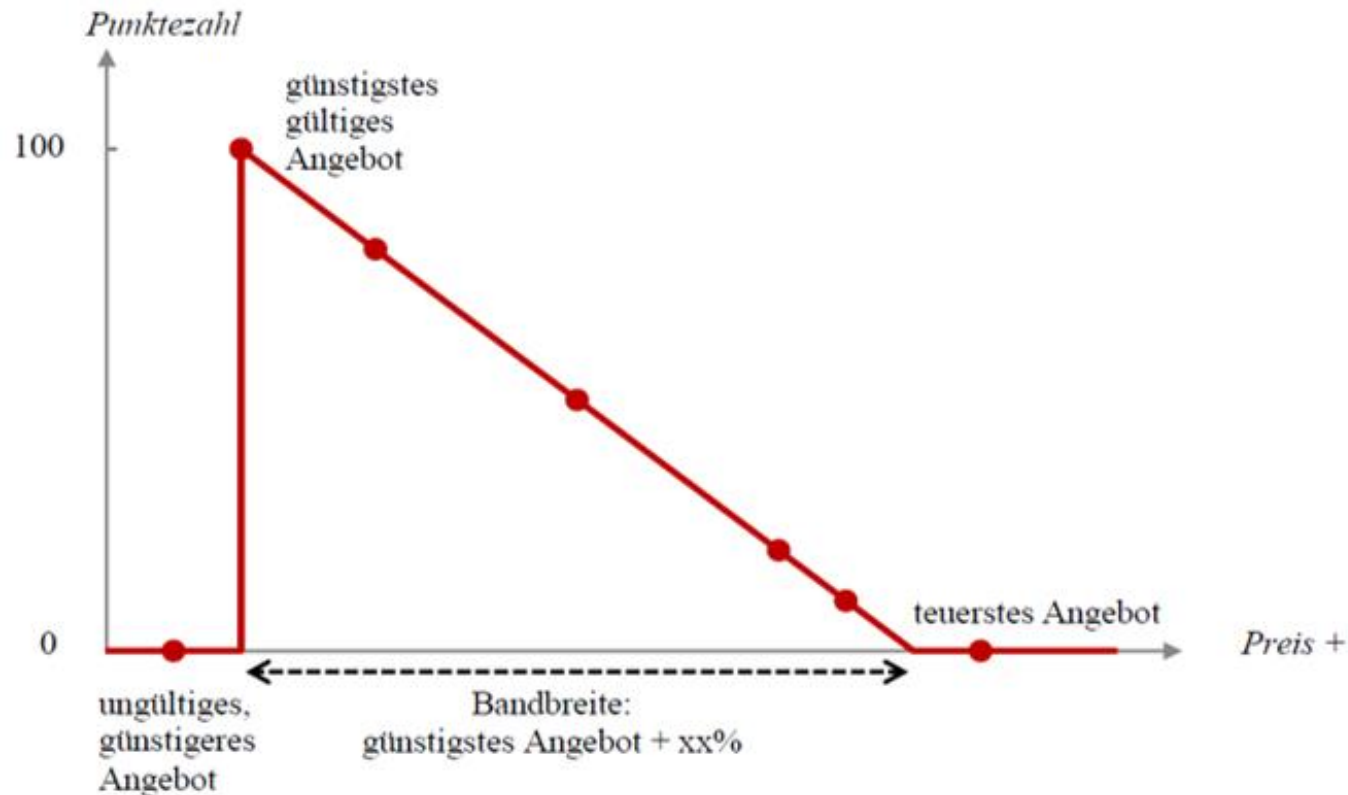
Preis – Preisbewertung

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

Zuschlagskriterien

Preis – Richtig: lineare Preisbewertung



Zuschlagskriterien

Unzulässige Beispiele

- "allgemeiner Eindruck der Offerte", "Vollständigkeit des Angebots", steuerliche Gründe etc.
- "Nähe zum Objekt" bei Baumeisterarbeiten (VGer SO, VWBES.2018.257 vom 16.10.2018)
- "Ökologische Überlegungen" bzw. "Länge der Anfahrtswege", wenn alleine auf den Anfahrtsweg abgestellt wird; nur zulässig, wenn für die konkrete Beschaffung ein schnelles Intervenieren erforderlich (VB.2015.00477 vom 05.11.2015)

Zuschlagskriterien

Gute Beispiele

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

Zuschlagskriterien

Zulässig, aber...

- **Plausibilität** (BGE 143 II 553)
- **Zugang zur Aufgabe** (VB.2011.00322 vom 28.09.2011)
- **Lehrlingsausbildung**: nur im Nicht-Staatsvertragsbereich; Verhältnis zur Gesamtmitarbeiterzahl
- **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)

Zuschlagskriterien

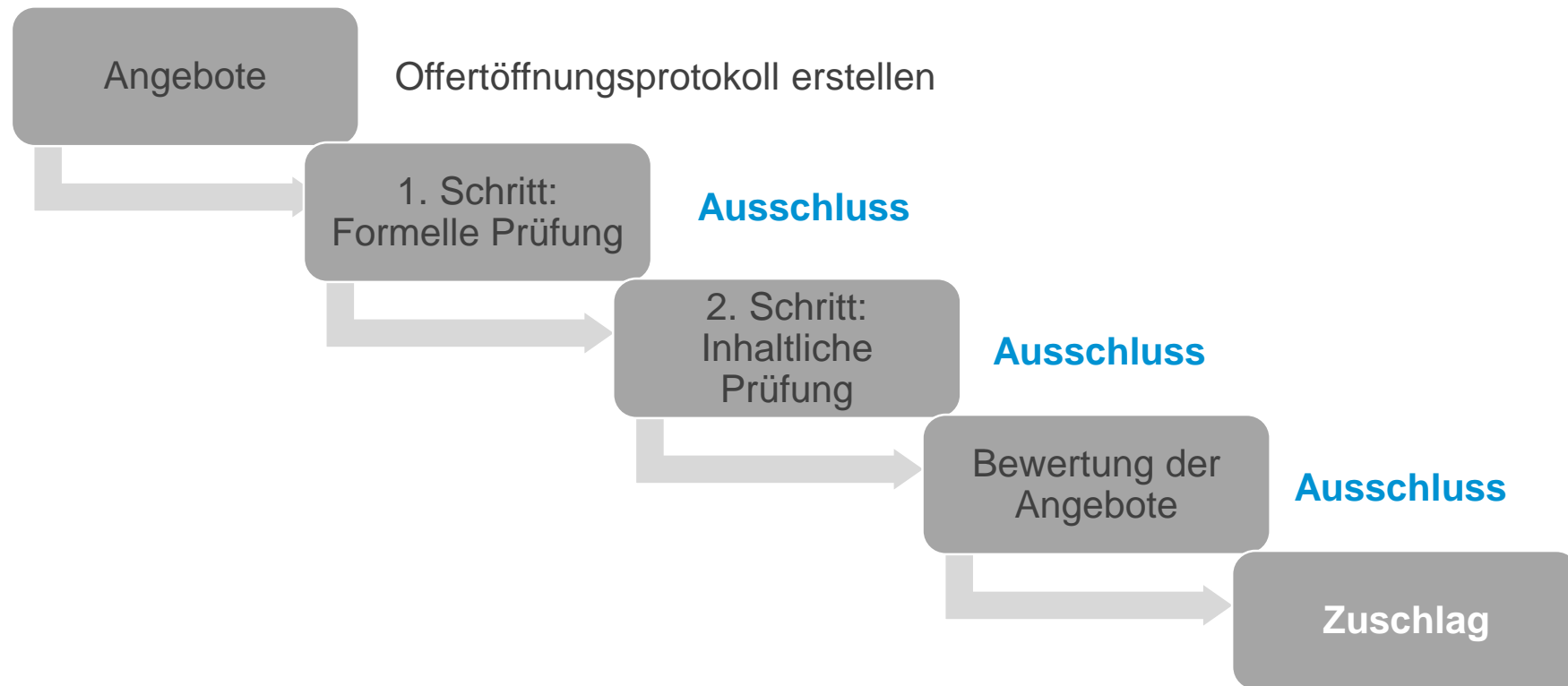
Unzulässige Beispiele

- "allgemeiner Eindruck der Offerte", "Vollständigkeit des Angebots", steuerliche Gründe etc.
- "Nähe zum Objekt" bei Baumeisterarbeiten (VGer SO, VWBES.2018.257 vom 16.10.2018)
- "Ökologische Überlegungen" bzw. "Länge der Anfahrtswege" wenn alleine auf den Anfahrtsweg abgestellt wird; nur zulässig, wenn für die konkrete Beschaffung ein schnelles Intervenieren erforderlich ist (VB.2015.00477 vom 05.11.2015)

Behandlung von Angeboten

Behandlung von Angeboten

Die einzelnen Schritte im Überblick



Behandlung von Angeboten

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

Formelle Prüfung der Angebote

- Eingabefrist (hohe Formstrenge; BGer 2C_1006/2016 vom 20.02.2017)
- 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)
 - Abänderung der Ausschreibungsunterlagen (VB.2012.00724 vom 16.01.2013)
- Vorbehalte unzulässig, wenn Angebote nicht mehr vergleichbar (VB.2018.00196 vom 04.10.2018)
- § 4a Abs. 1 lit. b BetG ZH

Inhaltliche Prüfung der Angebote

Phase 1: Fachliche und rechnerische Prüfung

- Korrektur von Rechnungs- und Schreibfehlern
 - 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
 - Unternehmergespräch ≠ Verhandlung

Inhaltliche Prüfung der Angebote

Phase 2: Bewertung der Angebote

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

Behandlung von Angeboten

Zulässiger Umgang mit Referenzauskünften

- Nur 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 "Erkundungstouren" (BGE 139 II 489)
- Eigene Referenzen ja, aber nicht nur. Resultat muss dokumentiert sein.
- Massstab der Prüfung der Referenzen muss bei allen Anbietern derselbe sein (identischer Fragenkatalog)

Behandlung von Angeboten

Zulässiger Umgang mit Referenzauskünften

- Telefongespräch: Infos schriftlich in Aktennotiz festhalten 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
- Bei nicht eingeholten Referenzauskünften darf nicht unbesehen die Maximalnote vergeben werden (VGer SG B 2018/93 vom 21.06.2018)

Behandlung von Angeboten

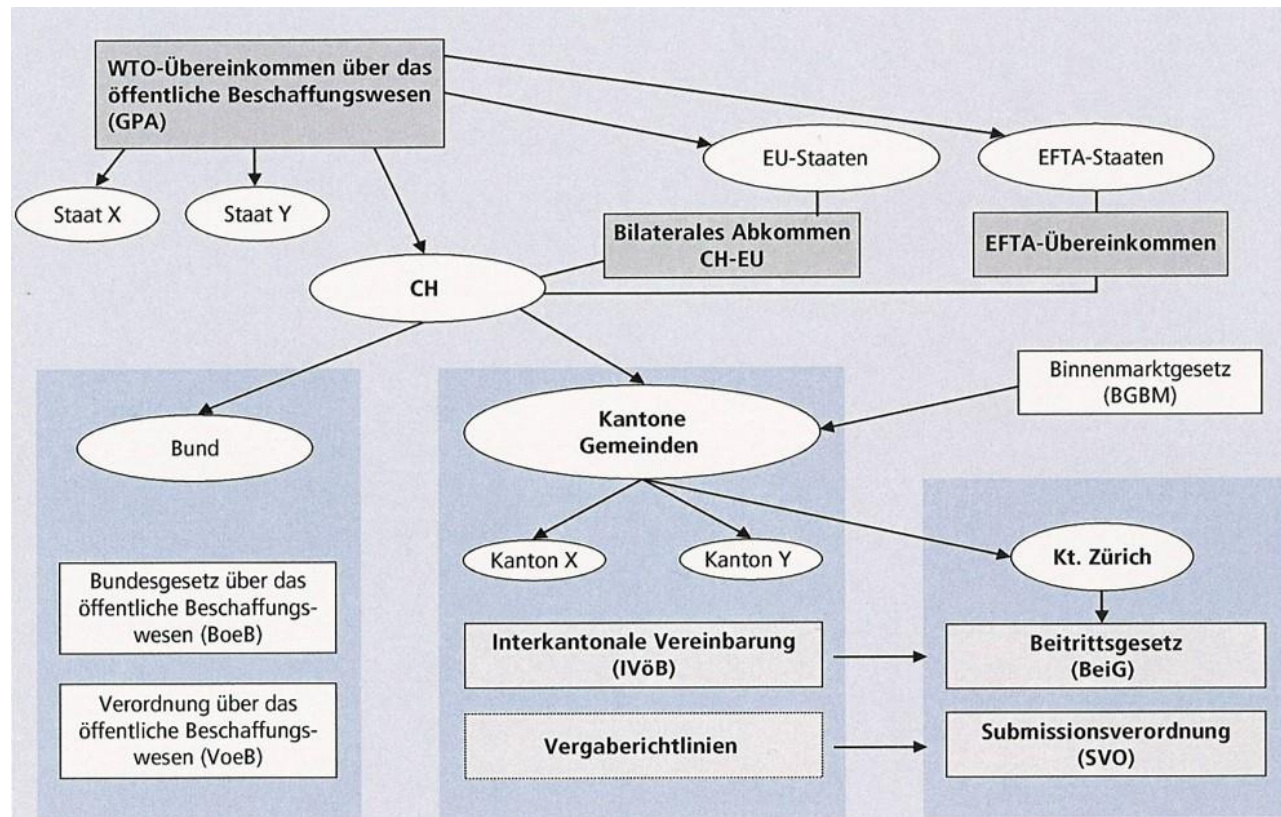
Umgang mit Varianten

- Variante = Angebot, das von vorgeschlagener Amtslösung abweicht
- Abweichen kann: Leistung (Projektvariante) oder Ausführung (Ausführungsvariante), nicht jedoch andere Preisgestaltung
- Variante hat zwingende Vorschriften der Ausschreibung zu beachten und muss im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung in technischer Hinsicht gleichwertig sein; Anbieter muss Gleichwertigkeit einer Variante nachweisen
- Vergabestelle muss sich mit zulässiger Variante sachlich auseinandersetzen und diese prüfen: grosses Ermessen bei Beurteilung
- Vergabestelle sollte in Ausschreibungsunterlagen regeln, wie Variante einzureichen ist (zusätzlich zum Grundangebot? Ausschlussregelung?)

Revisionsvorlagen

Revisionsvorlagen

Einbindung in Staatsverträge – die Rechtsgrundlagen

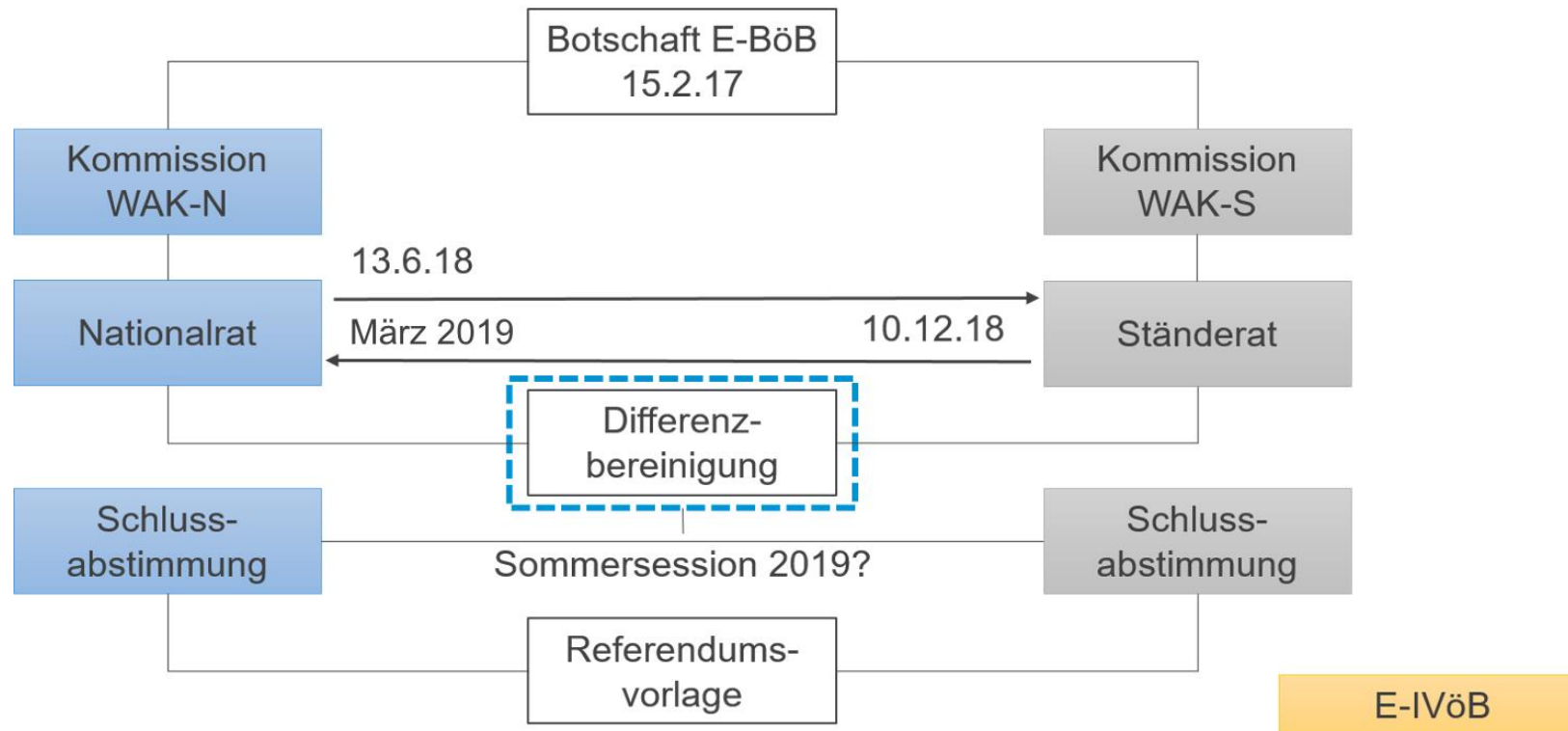


Revisionsvorlagen

- Ziele:
 - GPA 2012 – Umsetzung in das Schweizer Recht
 - Harmonisierung Erlasse Bund – Kantone
- Aktueller Stand:
 - Vernehmlassungen sind erfolgt
 - E-BöB: Parlament – Inkraftsetzung noch 2019? 2020?
 - E-IVöB: Kantone im Anschluss?

Revisionsvorlagen

Der aktuelle Stand



Fundstellen

Fundstellen im Internet

Wichtig: jeweils geltende Erlasse konsultieren

- www.beschaffungswesen.zh.ch (Handbuch für Vergabestellen)
- www.vgr.zh.ch
- www.bundesverwaltungsgericht.ch / www.bger.ch
- www.simap.ch
- www.be.ch
- www.beschaffungswesen.sg.ch
- www.beschaffung.admin.ch / www.kbob.admin.ch

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL.M.
Fachanwältin SAV 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