

# 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](mailto:ra@schneider-recht.ch)

[www.schneider-recht.ch](http://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"

Verfahrens- arten	Lieferungen	Dienst- leistungen	Bauleistungen
freihändiges Verfahren	< CHF 100'000	< CHF 150'000	N: < CHF 150'000 H: < CHF 300'000
Einladungs- verfahren	< 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

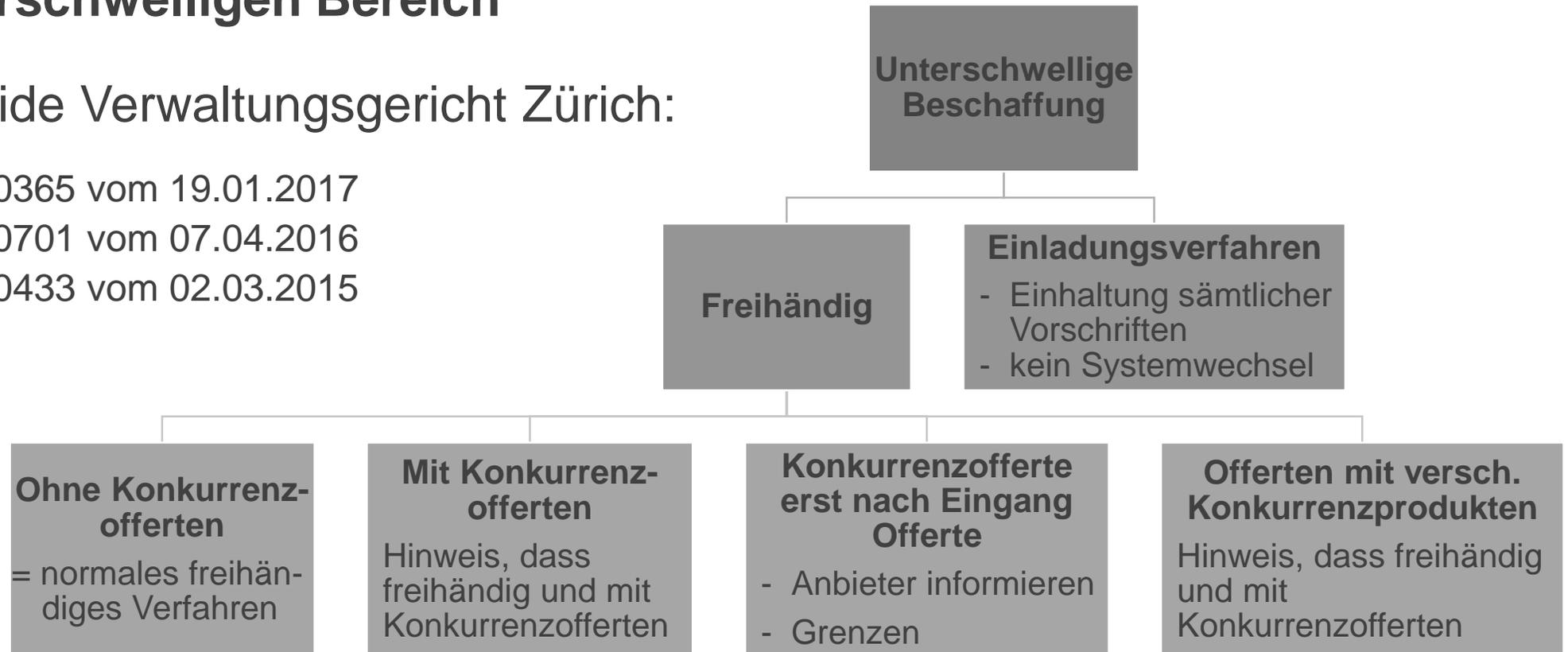
## Im unterschwelligen Bereich

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 Marktabschottung 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

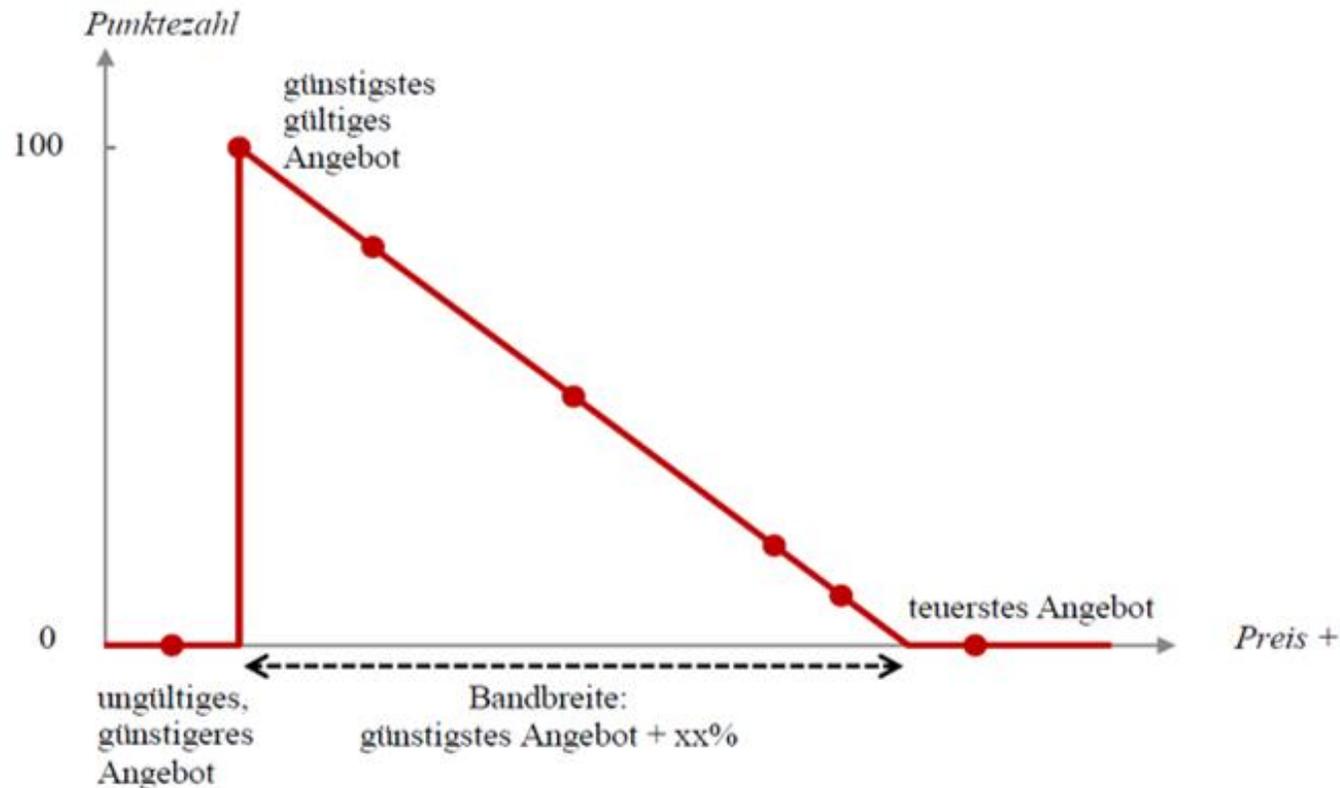
## Preis – Preisbewertung

### 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

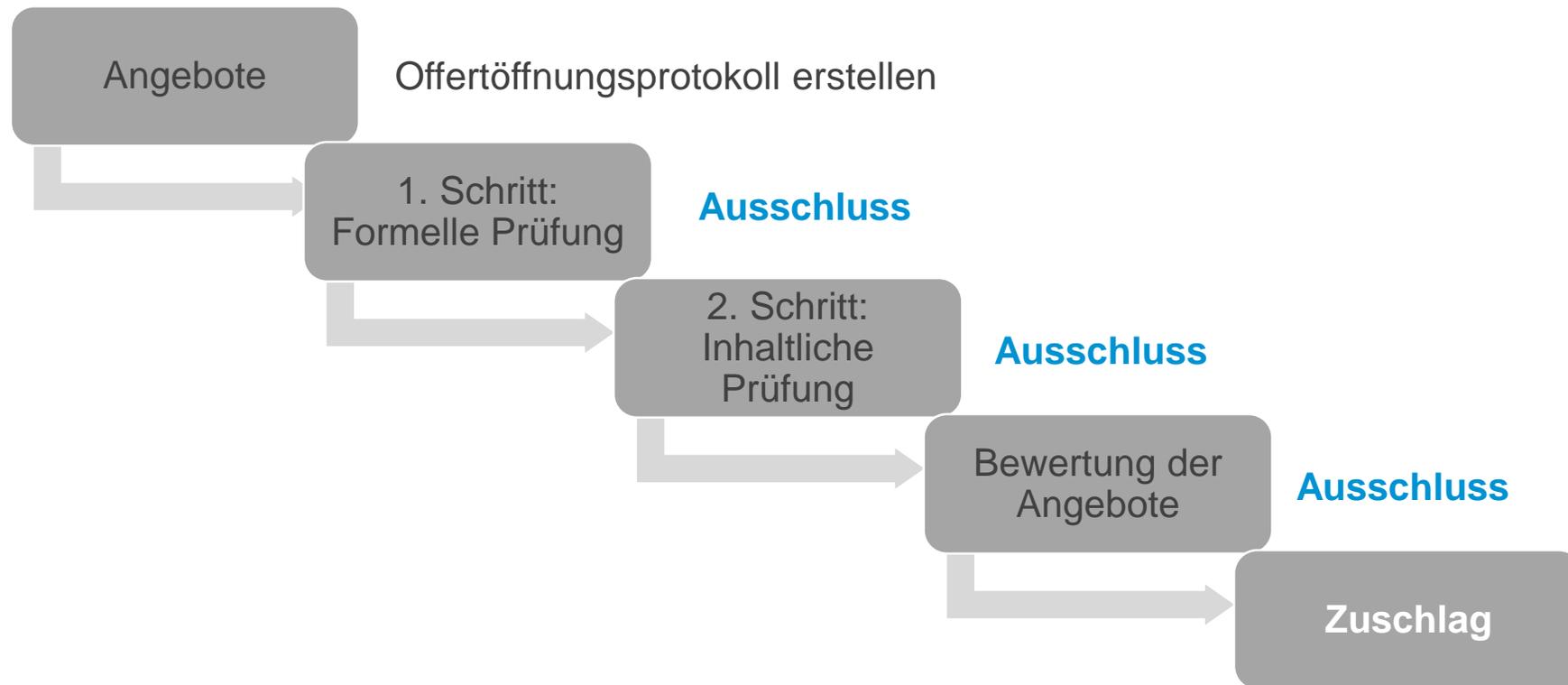
## Unzulässige Beispiele

- "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

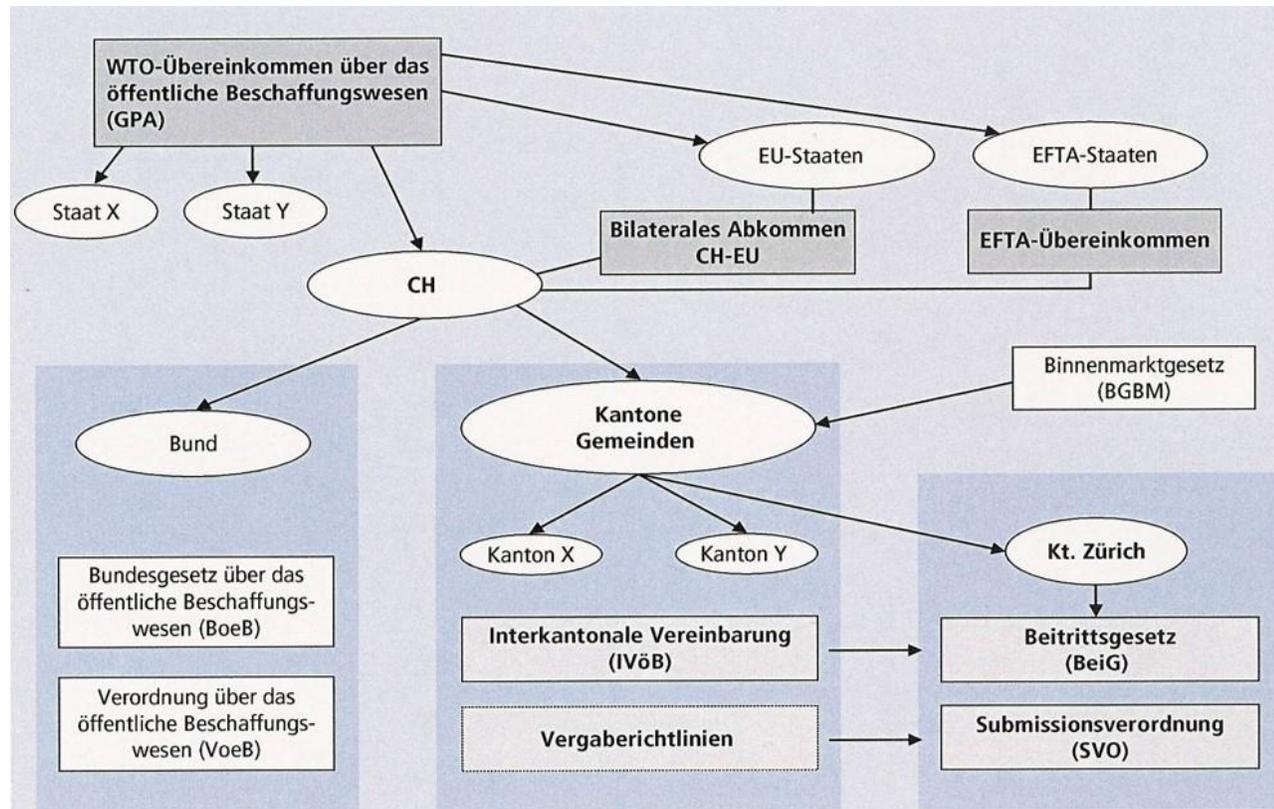
## Umgang mit Varianten

- 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

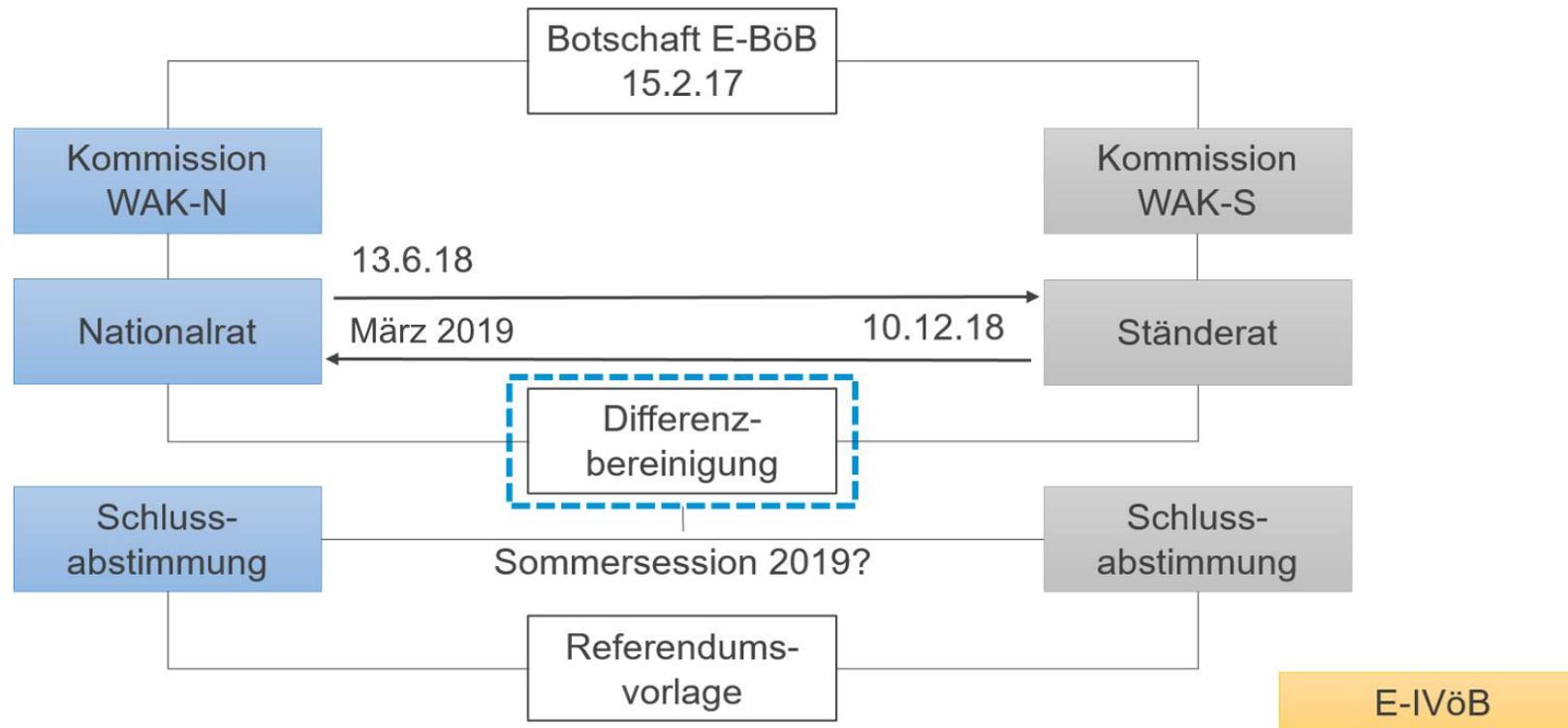


# Revisionsvorlagen

- 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](http://www.beschaffungswesen.zh.ch) (Handbuch für Vergabestellen)
- [www.vgr.zh.ch](http://www.vgr.zh.ch)
- [www.bundesverwaltungsgericht.ch](http://www.bundesverwaltungsgericht.ch) / [www.bger.ch](http://www.bger.ch)
- [www.simap.ch](http://www.simap.ch)
- [www.be.ch](http://www.be.ch)
- [www.beschaffungswesen.sg.ch](http://www.beschaffungswesen.sg.ch)
- [www.beschaffung.admin.ch](http://www.beschaffung.admin.ch) / [www.kbob.admin.ch](http://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](mailto:ra@schneider-recht.ch)  
[www.schneider-recht.ch](http://www.schneider-recht.ch)