

Vergaberecht: Die Revisionen, ihre Ziele und die Rechtsprechung – eine erste Bilanz

Zürich, 19. Mai 2025

Rechtsanwältin Claudia Schneider Heusi, LL.M.
Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

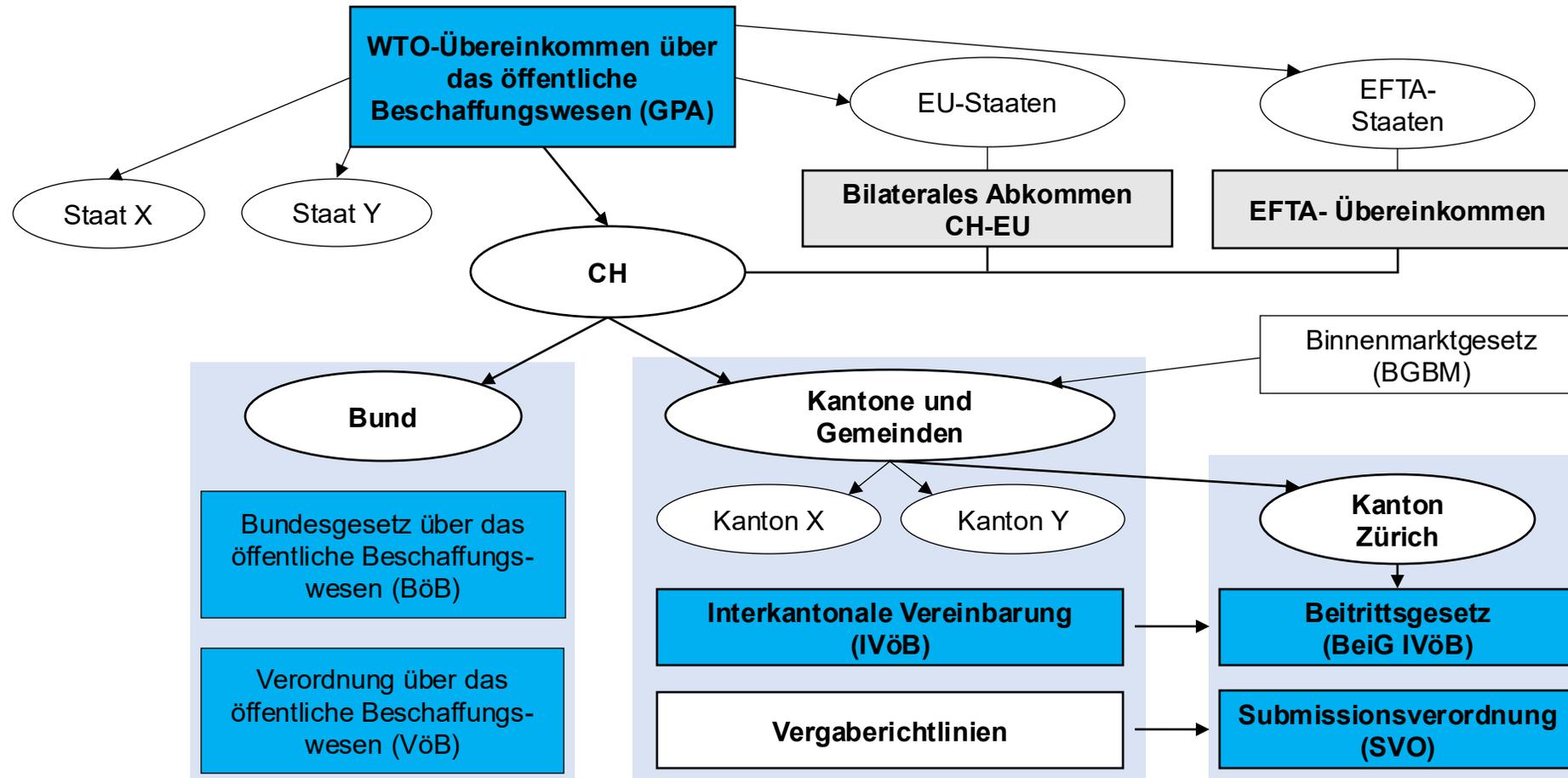


Übersicht

1. Die Umsetzung ...und mehr
2. Die Ziele und wichtigsten Neuerungen der Revisionsvorlagen
3. Neue Rechtsprechung
4. Fragerunde / Weitere Themen

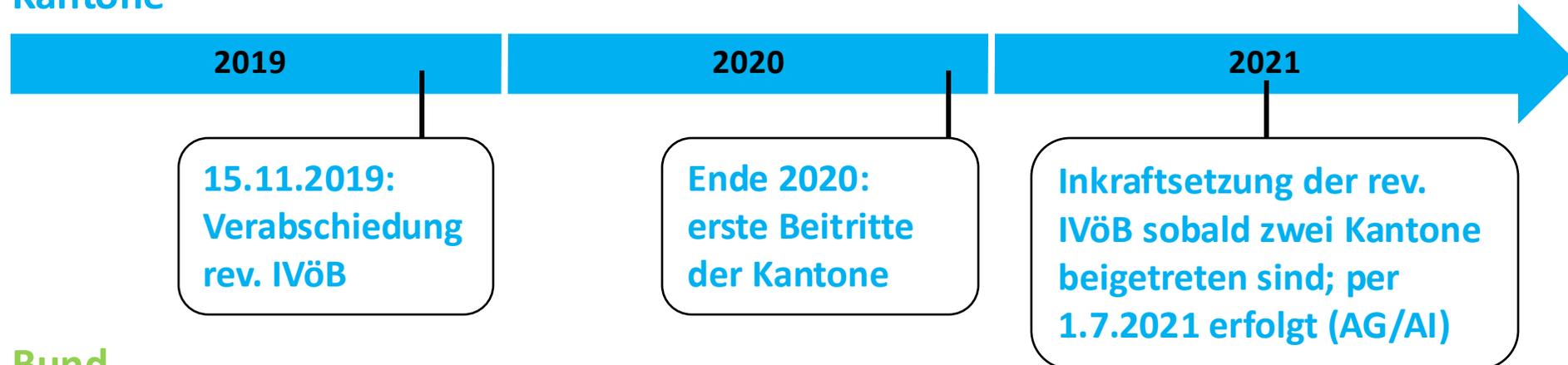
1. Die Umsetzung ... und mehr

Rechtsgrundlagen heute – was wurde angepasst?

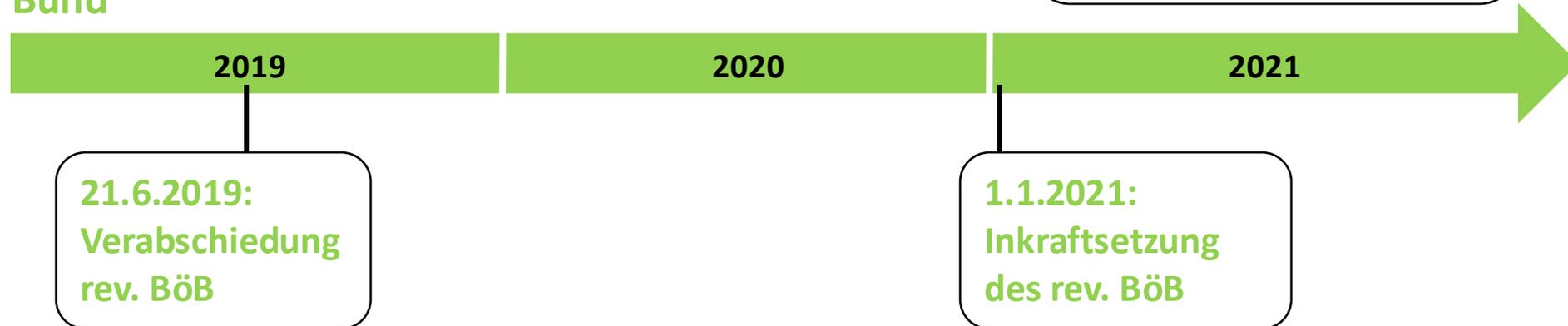


Rechtsgrundlagen – Umsetzung Revisionsvorlagen

Kantone



Bund



Simap: Elektronische Angebotseingabe

Elektronische Angebotseingabe über Simap

- Neue Plattform ermöglicht die elektronische Angebotseinreichung
- Vergabestellen ist es – noch – freigestellt, diese Möglichkeit zu nutzen. Ab 1.1.26 nicht mehr freiwillig?
- Ankündigung in Ausschreibungsunterlagen nötig
- Qual. elektronische Signatur der eingereichten Angebote

2. Die Ziele und wichtigsten Neuerungen der Revisionsvorlagen

Ziele der Revisionsvorlagen

- Umsetzung GPA 2012
- Harmonisierung Rechtsgrundlagen Bund / Kantone
- Modernisierung, Flexibilisierung, Förderung Innovation
- Bereits bisher – und was kam effektiv neu hinzu?
 - wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel, die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbietenden, die Förderung des Wettbewerbs sowie die Transparenz der Verfahren
 - Nachhaltigkeit als Gesetzesziel, wenn auch nicht selbständig, sondern in Kombination mit dem wirtschaftlichen Mitteleinsatz (Art. 2 lit. a BöB/IVöB).
 - Qualitäts- statt Preiswettbewerb?

Die wichtigsten Neuerungen der IVöB

- Neue Instrumente, neue Formen der Kommunikation: z.B. Dialog, Rahmenverträge
- Bereinigungen statt Verhandlungen / Short-Lists
- Rechtsschutz: Begründungspflicht
- Zuschlagskriterien – vgl. dazu Rechtsprechung

Kommunikationsmöglichkeiten im Vergabeverfahren

Inhalt/Art: Unterschiedlich je nach Verfahrensphase



- Vor Verfahrensbeginn: **Marktabklärung**, aber: Achtung Vorbefassung!
- Nach Ausschreibung: Frage-Antwort-Runden / **Dialog** (IVöB 24)
 - Nach Offertfrist: **Bereinigung / technische Verhandlung** (IVöB 38/39) / Präsentation
 - Nach Zuschlag: Debriefing (SVO 10)
 - Vor Vertrag: Vertragsverhandlungen

Bereinigung Art. 39 IVöB

- Abs. 1: «... *hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung bereinigen, um das vorteilhafteste Angebot zu ermitteln.*»
- Abs. 2: nur wenn
 - Auftrag oder die Angebote geklärt oder
 - Angebote vergleichbar gemacht werden müssen oder
 - Leistungsänderungen objektiv / sachlich geboten sind
- Art. 11 lit. d IVöB: Verbot von Abgebotsrunden
- VGer ZH, VB.2024.00136 vom 13.6.24 – Preisanpassung muss stets kausale Folge der Änderung des Leistungsgegenstandes oder der Leistungsmodalitäten sein

Bewertung Art. 40 IVöB

- Abs. 1: *«... der Auftraggeber dokumentiert die Evaluation»*
- Abs. 2: Short-List zulässig wenn
 - Aufwand für Prüfung erheblich und
 - Ankündigung in Ausschreibung erfolgt ist
- Prüfung in «zwei Stufen»
 - Erste Prüfung / Rangierung = interne Auswahl, ohne Anfechtungsmöglichkeit
 - Eine umfassende Prüfung und Bewertung erhalten nur die drei bestrangierten Angebote.
- Selektives Verfahren als faire Alternative zu Short-Lists

Begründungspflicht Zuschlag Art. 51 IVöB

- Summarisch begründete Zuschlagsverfügung, neuer Pflichtinhalt:
 - Verfahrensart
 - Zuschlagsempfänger/in
 - Gesamtpreis
 - **Massgebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes**
 - Allenfalls Gründe für freihändige Vergabe

Beispiel summarische Begründung

Insgesamt gingen [Anzahl] Angebote ein, die alle gültig waren. Sie wurden im Anschluss anhand der Zuschlagskriterien nach Ziff. X der Submissionsbedingungen geprüft. Insgesamt zeigte sich, dass das vorteilhafteste Angebot der [Zuschlags-empfängerin] die Zuschlagskriterien am besten erfüllt. Die wesentlichen Gründe für die Berücksichtigung des Angebots von [Zuschlagsempfängerin] sind die folgenden:

[Kurze Begründung, inkl. Eigenschaften und Vorteile des berücksichtigten Angebots].

[Allenfalls Auszug Bewertungsmatrix.] Aber Achtung: keine Bekanntgabe von geschützten Informationen (Art. 51 Abs. 4 BeiG IVöB).

3. Neue Rechtsprechung

Freihändige Vergaben

Beweislastumkehr bei freihändigen Vergaben (BGE 150 II 105; Teilweise Aufhebung der Microsoft-Rechtsprechung BGE 137 II 313)

- Freihändige Vergabe aufgrund Ausnahmetatbestand von Art. 21 Abs. 2 lit. c und e IVöB: **Beweislast für Erfüllung der Voraussetzungen freihändiger Vergabe liegt bei Vergabestelle**
- Bestätigung der Rechtsprechung:
 - Beschwerdelegitimation von Unternehmen bei einer freihändigen Vergabe setzt voraus, dass diese glaubhaft machen, dass sie im Fall der Gutheissung ihrer Beschwerde gewillt und in der Lage sind, ein Angebot in Bezug auf den Auftragsgegenstand einzureichen

Freihändige Vergaben

Beweislastumkehr bei freihändigen Vergaben (BGE 150 II 105; Teilweise Aufhebung der Microsoft-Rechtsprechung BGE 137 II 313)

- Änderung der Rechtsprechung:
 - Beschwerdeführerin muss neu (nur) glaubhaft machen, dass sie eine potenzielle Anbieterin eines geeigneten Alternativprodukts ist
 - Kein Nachweis der Existenz von Alternativen zur gewählten Lösung der Vergabestelle (mehr) durch Beschwerdeführerin nötig!
 - Vergabestelle muss beweisen, dass keine Alternativen bestehen → d.h. objektive Analyse von Bedarf und Markt (Marktabklärungen)

Freihändige Vergaben

Freihändige Vergaben: Verhältnis des Zusatzauftrags zum Grundauftrag (VGer VD, MPU.2021.0017 vom 14. Dezember 2021)

- Vergabe eines Zusatzauftrags (d.h. zur Ersetzung/Ergänzung/Erweiterung bereits erbrachter Leistungen) an den gleichen Anbieter aufgrund eines bereits erteilten Basisauftrags (Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB)
- Angemessenes Verhältnis zwischen ursprünglichem Basisauftrags und aktuellem Zusatzauftrag notwendig
- Zusatzauftrag darf Wert des Basisauftrags nicht übersteigen:
 - Keine Addition von zwischenzeitlich vergebenen Zusatzaufträgen zum Basisauftrag
 - Aktueller Zusatzauftrag darf nur mit Wert des Basisauftrags verglichen werden

Freihändige Vergaben



Freihändige Vergaben

Freihändige Vergaben: Fehlende zeitliche Dringlichkeit (KGer VS, A1 23 131 vom 6. Februar 2024, mobile Hirtenhütten – Vss verneint; BVGer, B-4043/2024 vom 9.8.2024 – Vss bejaht)

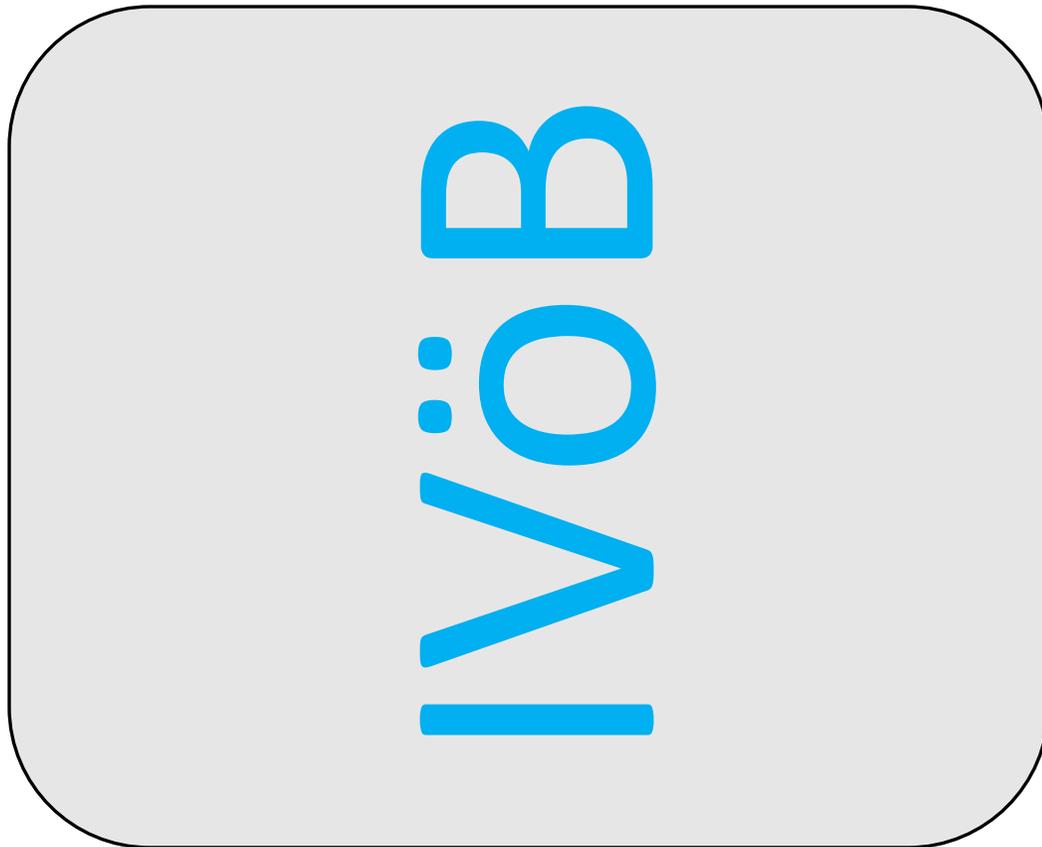
- Zeitliche Dringlichkeit verlangt fünf kumulative Bedingungen:
 - (1) Unvorhersehbaren Ereignisses
 - (2) Zwingende Notlage
 - (3) Notlage nicht durch Vergabestelle verursacht
 - (4) Nicht in der Lage öffentlich auszuschreiben
 - (5) Nur was für Wiederherstellung einer normalen Situation erforderlich
- Unvorhersehbarkeit des Auftrags durch Vergabestelle nachzuweisen
 - Sofern Notwendigkeit der Ausschreibung vorhersehbar war (vorliegend aufgrund des Auftragswerts) kann nicht mit Ausschreibung zugewartet werden. Dadurch entstandene Dringlichkeit gilt so als selbstverschuldet.

Exkurs: Vorgehen freihändiges Verfahren

Ausnahmebestimmungen nach Art. 21 Abs. 2 IVöB (= überschwellig)

- Die Ausnahmebestimmungen sind restriktiv anzuwenden
- Formell korrektes Vorgehen:
 - Dokumentation erstellen nach Art. 21 Abs. 3 IVöB (interne Aktennotiz)
 - Vergabebeschluss durch zuständige Behörde
 - Im Staatsvertragsbereich ist Publikation auf simap.ch vorgeschrieben und sinnvoll (Empfehlung: Publikation auch im Nicht-Staatsvertragsbereich)
- Beschwerdelegitimation/-gründe (Art. 56 Abs. 5 IVöB)
 - Potenzielle Anbieterin
 - Unrechtmässige Anwendung freihändiges Verfahren oder Korruption

Verhandlungsspielraum Kantone



**Verhandlungs-
spielraum begrenzt**



Kriterien Preisverlässlichkeit und Preisniveaus

Unzulässig: KGer Jura, CST 1/2023 vom 14. Dezember 2023

- Gemäss Art. 15 Abs. 3 LMP-JU, dürfen Zuschlagskriterien „Zuverlässigkeit des Preises“ und „Unterschied des Preisniveaus“ berücksichtigt werden
- Bestimmung ist nichtig, weil:
 - Auflistung in Art. 29 Abs. 1 IVöB nicht abschliessend, Kantone dürfen weitere Zuschlagskriterien vorsehen
 - ABER: Beide Kriterien wurden anlässlich der Verabschiedung der IVöB explizit ausgeschlossen (≠ BöB!)

Harmonisierung erreicht?



Mindestgewichtung Preis

Zuschlagskriterium Preis: Mindestgewichtung («Handtuchrollen-Entscheid», BGer 2C_802/2021 vom 24. November 2022)

- Ausgeschrieben wurde Lieferung von Handtuchrollen + Spender und Waschen + Transport der Rollen; Preis-Gewichtung: 50%
- Gemäss Bundesgericht:
 - (Weitestgehend) standardisierte Leistungen: Preis 100%
 - Standardisiert = Keine relevanten Qualitätsunterschiede zu erwarten
≠ Einfache/Komplexe Leistung!
 - Je geringer zu erwartende Qualitätsunterschiede, desto höher Preisgewichtung
 - Wenn Qualität der Produkte weitgehend fixiert: Preis muss mind. 60% sein

Exkurs: Zuschlagskriterium Preis

a) 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 – nur bei komplexen Beschaffungen
 - 60% als Untergrenze – bei einfachen Leistungen (weitestgehend standardisiert)
 - Preisbewertungsmethode: linear, aber richtig

Exkurs: Zuschlagskriterium Preis

b) Preisbewertung – Linear mit 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

Ungewöhnlich tiefes Angebot

Ungewöhnlich tiefes Angebot:

Ausschluss (BGer 2D_1/2024 vom 1. März 2024)

- Pflicht der Vergabestelle zur Rückfrage, ob Teilnahmebedingungen eingehalten bzw. richtig verstanden wurden (Art. 38 Abs. 3 IVöB)
- Ausschluss berechtigt, wenn Anbieter sein ungewöhnlich tiefes Angebot nicht begründet
- Ausschluss auch berechtigt, wenn Begründung **nicht ausreichend** überzeugend ist
- BVGer, Urteil B-211/2024 vom 19.12.24: offen gelassen, ob Pflicht zur Nachfrage auch bei ungewöhnlich niedrigem Angebotsteil besteht

Teilnahmebedingungen

Kein Ausschluss bei Nichtbezahlung ausländischer Abgaben (BVGer B-1714/2022 vom 19. September 2023)

- Steuerhinterziehung einer Lieferantin im Ausland (i.c. China)
 - Ausschluss gem. Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB?
 - Botschaft BöB (BBI 2017 1851, 1940, 1962): «Die Bezahlung fälliger Steuern und Sozialversicherungsbeiträge umfasst neben den Bundessteuern und -abgaben (inkl. MwSt, AHV-, IV-, EO-, ALV-, BVG- und UVG-Beiträgen) auch kantonale und kommunale Steuern.»
- BVGer: Ausländische Steuern und Sozialversicherungsbeiträge werden von Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB nicht erfasst – Kritik am Urteil:
 - Ungleichbehandlung Unternehmen Schweiz vs. Ausland – Zweck Teilnahmebedingungen: fairer Wettbewerb und Gleichbehandlung → kein Halt an Landesgrenzen
 - Bei der Botschaft BöB handelt es sich um Hinweis und nicht abschliessende Aufzählung

Nachhaltigkeit

(VGer AG WBE.2023.371 vom 21. Dezember 2023)

- Es genügt nicht, ein nicht näher definiertes Zuschlagskriterium „Nachhaltigkeit“ zu wählen
 - Pflicht zur Konkretisierung
 - Sachlicher Zusammenhang mit der konkret zu beschaffenden Leistung
- Die Vergabestelle hat Kriterium näher zu definieren und nach der ihnen zukommenden Bedeutung zu gewichten durch:
 - **Geeignete, sachbezogene und**
 - **Objektiv überprüf- und messbare Teil- oder Subkriterien**
- Unzulässig bewertbare Aspekte erst nach Eingang der Offerten und gestützt auf die darin enthaltenen Angaben festzulegen und zu bewerten

Nachhaltigkeit

(VGer AG WBE.2024.125 vom 14. Mai 2024)

- Eine intransparente und nicht nachvollziehbare Bewertung des Zuschlagskriteriums „Nachhaltigkeit“ stellt einen schwerwiegenden Mangel dar
- Mangel kann nicht durch die Aufhebung des angefochtenen Zuschlags beseitigt werden
- Aufhebung des gesamten Vergabeverfahrens und die Anordnung einer Neuausschreibung gerechtfertigt

Interne Vergaben

Interne Vergaben

(BGer 2C_701/2023 vom 24. Juli 2024, zur Publikation vorgesehen)

- Vss für Quasi In-House Vergabe nach Art. 10 Abs. 2 lit. c IVöB:
 - 1) Kontrollerfordernis
 - 2) Tätigkeitserfordernis. 80% der **Gesamtheit** aller Leistungen für Muttergesellschaft(en) - gemessen am Gesamtumsatz
- Vss für In-State Vergabe nach Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB
 - 1) Selber öffentlicher Auftraggeber, unterstellt
 - 2) Nicht im Wettbewerb mit Privaten bei der Erbringung der **konkreten** Leistungen

BGE 150 II 123

Verbandsbeschwerde

- Berufsverbände können nur dann gegen Zuschlagsverfügungen betreffend freihändige Vergaben Beschwerde führen, wenn sie glaubhaft machen, dass die Mehrheit oder zumindest eine grosse Anzahl ihrer Mitglieder nicht nur in der Lage, sondern auch konkret bereit wäre, für die umstrittenen öffentlichen Aufträge ein Angebot einzureichen
- vor der Vorinstanz beschwerdeführende Verbände haben das nicht dargelegt

BGer 2C_246/2023 vom 3.9.2024

Wärmeverbundreglement Gemeinde B. im Kt. Bern

- Beschluss Stimmberechtigte zu Revision Wärmeverbundreglement
- Art. 3 des Reglements: «Konzession kann freihändig an geeigneten Konzessionär vergeben werden»
- IVöB 2019 gilt im Kt. Bern nach Massgabe von Art. 4 IVöBG/BE sinngemäss als kantonales Gesetzesrecht
- BGer prüft unter dem Blickwinkel des Willkürverbots

BGer 2C_246/2023 vom 3.9.2024

Wärmeverbundreglement Gemeinde B. im Kt. Bern

- Erster Schritt:
Übertragung der Konzession ist Anwendungsfall von Art. 9 IVöB
- Zweiter Schritt:
Voraussetzungen für eine freihändige Konzessionsverleihung nach Art. 21 Abs. 2 lit. c IVöB erfüllt
 - Sachverhaltsdarstellung bestritten
 - Keine Alternative / technische Besonderheiten
 - Keine andere potenzielle Konzessionärin, die in hinreichender Nähe eine KVA betreibt, aus der Abwärme bezogen werden könnte

4. Fragerunde / Weitere Themen

Fundstellen / Vorlagen / Hilfsmittel

Fundstellen im Internet:

- www.simap.ch
- www.beschaffungswesen.zh.ch
- [trias.swiss / Handbuch für Vergabestellen](#)
- www.bpuk.ch/foeb/ivoeb-be/einfuehrung
- www.kbob.admin.ch
- [Kanton Zürich / Leitlinien für nachhaltige Beschaffung](#)
- [Amt für Informatik und Organisation Kanton Bern \(KAIO\)](#)
- [Verwaltungsgericht Zürich](#)