

## IT und Vergaberecht: die Beschaffungen der öffentlichen Hand

Autor: Claudia Schneider Heusi  
Kategorie: Wissenschaftliche Beiträge  
Rechtsgebiete: Internetrecht, Vergaberecht  
Region: Schweiz

*IT-Beschaffungen sind komplex, finden auf einem teilweise umkämpften Markt statt und sind entsprechend oft auch Gegenstand von Submissionsbeschwerden. Vergabestellen sind mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass der Leistungsinhalt des Beschaffungsgegenstands häufig ohne Kenntnisse der von den Anbieterinnen angebotenen Lösungen nur schwer definiert werden kann und sie zudem auf bestehenden Systemen aufbauen wollen. Dabei können sie in Konflikt mit dem Vergaberecht geraten. Der Beitrag setzt sich mit diesen schwierigen Themen auseinander und zeigt praxisorientierte Lösungen auf.*

### Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung
2. Zum Anwendungsbereich des Vergaberechts
3. Die einzelnen Themen, die Erfolgsfaktoren und mögliche Stolpersteine
  - 3.1. Zentral: die Vorbereitung
    - 3.1.1. Ausreichende Termin- und Ressourcenplanung
    - 3.1.2. Rechtzeitiger Beizug von externen Fachleuten; Vorbefassung
    - 3.1.3. Festlegung des Bedarfs und des Beschaffungsgegenstands; korrekte Berechnung des Auftragswerts
    - 3.1.4. Zur Verfahrenswahl
  - 3.2. Ausschreibungsunterlagen
    - 3.2.1. Die Leitplanken
    - 3.2.2. Anforderungen der Vergabestelle und technische Spezifikationen
    - 3.2.3. Eignungs- und Zuschlagskriterien
    - 3.2.4. Vertragsentwürfe
  - 3.3. Bewertung der Angebote, Zuschlagserteilung und Vertragsabschluss
    - 3.3.1. Richtiger Ablauf: was wann wie prüfen
    - 3.3.2. Erläuterungen, Verhandlungen, Verbot von Abgebotsrunden
    - 3.3.3. Die Prüfung aufgrund der Zuschlagskriterien, insbesondere die korrekte Preisbewertung
    - 3.3.4. Ungewöhnlich niedrige Angebote
    - 3.3.5. Zuschlag und Vertragsabschluss
4. Fazit

### 1 Einleitung <sup>^</sup>

[RZ 1] Informatikbeschaffungen der öffentlichen Hand weisen ein grosses Vergabevolumen auf. Das Vergaberecht wird von Auftraggeberinnen gerade bei komplexeren Vorhaben wegen des Verhandlungsverbots und den formellen Vorschriften als eingehend wahrgenommen. Dies erklärt

auch, dass ein erheblicher Teil freihändig, das heisst ohne öffentliche Ausschreibung, beschafft wird.<sup>1</sup> Umgekehrt fällt auf, dass ein ebenfalls nicht unerheblicher Anteil von Gerichtsentscheiden zu Submissionsbeschwerden IT-Beschaffungen wie – beispielsweise, aber nicht abschliessend – die Einführung von SAP-Software, die Beschaffung von Geografischen Informations- oder computergestützten Gebäudebewirtschaftungssystemen, die Vergabe von Microsoft Lizenzen usw. betreffen und die vergaberechtlichen Streitigkeiten dabei zum Teil auch hohe Wellen werfen.<sup>2</sup>

- [RZ 2] Nachfolgend werden vor diesem Hintergrund die Themen beleuchtet, die bei der Beschaffung von IT-Leistungen durch die öffentliche Hand Schwierigkeiten bereiten. Zudem werden Wege aufgezeigt, wie diese erkannt und bewältigt werden können und wo die Stolpersteine liegen.

## 2 Zum Anwendungsbereich des Vergaberechts <sup>^</sup>

- [RZ 3] Ob eine Unterstellung unter das Vergaberecht gegeben ist oder nicht, ist von grundlegender Bedeutung. Je nachdem werden die Weichen zum Verfahren und späteren Vertragsverhältnis von Beginn an ganz anders gestellt. Zu prüfen ist immer zuerst der Anwendungsbereich, und damit, ob die öffentlich- oder privatrechtlich organisierte Auftraggeberin überhaupt eine dem jeweiligen Beschaffungsrecht unterstellte Vergabestelle ist (subjektiver Geltungsbereich)<sup>3</sup> sowie, ob es sich um einen Einkauf von Leistungen handelt, der vom objektiven Geltungsbereich der jeweiligen Beschaffungsgesetzgebung erfasst wird.<sup>4</sup> Wird der Anwendungsbereich der Vergabegesetzgebung bejaht, so sind die jeweiligen Vorschriften vollumfänglich einzuhalten.
- [RZ 4] Neben Bund, Kantonen und Gemeinden können unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls private, staatsgebundene oder subventionierte Organisationen dem Vergaberecht unterstellt sein. Hingegen sind wiederum nicht alle Tätigkeiten einer an sich unterstellten Auftraggeberin dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt. Klassischerweise versteht man unter öffentlichem Beschaffungswesen den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Mitteln durch der Gesetzgebung unterstellte Auftraggeberinnen, die diese zu ihrer Aufgabenerfüllung benötigen. Es geht um die Einkäufe, die dem Vergaberecht unterstellte Auftraggeberinnen auf dem freien Markt gegen Entgelt beschaffen.<sup>5</sup> Die Frage der subjektiven und objektiven Unterstellung ist im Einzelfall und unter Beachtung der einschlägigen gesetzlichen Regelungen sorgfältig zu klären.
- [RZ 5] Die Rechtsgrundlagen in der Schweiz sind stark zersplittert. Die Bundesgesetzgebung mit dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und der dazugehörigen Verordnung (VöB)<sup>6</sup> sowie die kantonalen Regelungen, d.h. die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und die jeweiligen Ausführungserlasse<sup>7</sup>, konnten bis heute nicht harmonisiert werden. Sie basieren auf zwei Staatsverträgen, die von der Schweiz ins innerstaatliche Recht umgesetzt wurden, nämlich dem WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 1994 (GPA)<sup>8</sup> sowie dem bilateralen Abkommen der Schweiz mit der EU.<sup>9</sup> Die Grundpfeiler dieser Übereinkommen sind die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung sowie der Transparenz der Vergabeverfahren. Einer Anbieterin dürfen keine Nachteile auferlegt werden, die für andere nicht gelten, und umgekehrt dürfen nicht Vorteile gewährt werden, die nicht allen zugute kommen. Diese Prinzipien dürfen so wenig über technische Spezifikationen umgangen werden, wie über andere protektionistische Verhaltensweisen der Behörden, die zu einer Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Anbieterinnen führen.
- [RZ 6] Die Rechtsprechung zu diesen komplexen gesetzlichen Bestimmungen erwies sich von Beginn als bedeutsam. Darauf gehe ich nachfolgend themenbezogen näher ein.

## 3 Die einzelnen Themen, die Erfolgsfaktoren und mögliche Stolpersteine <sup>^</sup>

### 3.1 Zentral: die Vorbereitung <sup>^</sup>

### 3.1.1 Ausreichende Termin- und Ressourcenplanung ^

- [RZ 7] Die Erarbeitung des Leistungsbeschriebs bzw. des Pflichtenhefts, die Auswertung der Angebote sowie die interne Entscheidungsfindung der Auftraggeberin mit je nach Vergabekompetenz möglicherweise mehreren involvierten Stellen benötigt Zeit. Die Erfahrung zeigt, dass bei der Zeitplanung häufig am falschen Ort gespart oder diesem Faktor aus Unwissen zu wenig Beachtung geschenkt und die Vorlaufdauer zur eigentlichen Ausschreibung unterschätzt wird. Unter Zeitnot erstellte Ausschreibungsunterlagen und zu knapp bemessene Fristen für eine sorgfältige Evaluation der Angebote bergen Fehlerpotential und damit ein höheres Risiko möglicher Submissionsbeschwerden. Diese wiederum führen zu einer erheblichen zeitlichen Verzögerung und je nach Vorhaben hohen Folgekosten. Im Zweifelsfall empfehle ich Vergabestellen regelmässig, einen von ihnen angestrebten Termin für eine Ausschreibung zu verschieben, wenn sich zeigt, dass Grundlagen zum Beschaffungsbedarf noch nicht ausreichend geklärt wurden, die Ausschreibungsunterlagen mangelhaft oder unvollständig sind und vor allem nicht gewährleisten, dass die Anbieterinnen gestützt darauf gute und vergleichbare Angebote einreichen können.
- [RZ 8] In die Zeitplanung der Vergabestelle mit einfließen sollten weiter die den Anbieterinnen einzuräumenden Fristen für die Erstellung und Einreichung ihrer Angebote sowie in selektiven Verfahren zusätzlich der Teilnahmeanträge.<sup>10</sup> Bei der Prüfung der Angebote hat die Auftraggeberin genügend Zeit dafür zu reservieren, dass möglicherweise Rückfragen bei den Anbieterinnen notwendig werden, gerade auch dann, wenn preislich sehr tiefe Angebote vorliegen.<sup>11</sup> Ebenfalls hat die Vergabestelle die Rechtsmittelfristen einzuberechnen, die nach Erlass ihrer Verfügungen vor Einleitung der nächsten Schritte abgewartet werden müssen<sup>12</sup> und hat dabei mögliche Rechtsmittelverfahren einzukalkulieren.
- [RZ 9] Eine möglichst hohe Transparenz der Verfahren wirkt Mutmassungen und Missverständnissen bei den Anbieterinnen und damit Submissionsbeschwerden entgegen. Termine für vorgesehene Vergabe Verfügungen und Vertragsabschlüsse, die in den Ausschreibungsunterlagen genannt, dann aber von der Vergabestelle nicht eingehalten werden können, bilden Anlass für Gerüchte über allfällige Ungereimtheiten bei der Angebotsbeurteilung. Die Auftraggeberin sollte deshalb die Anbieterinnen über Terminverschiebungen, die Gründe dafür und das weitere Vorgehen transparent informieren.
- [RZ 10] Die konkrete Verfahrensdauer hängt von der zu beschaffenden Leistung ab. Als Faustregel ist davon auszugehen, dass ein offenes Verfahren mindestens vier Monate, ein selektives Verfahren mindestens fünf bis sechs Monate und ein Einladungsverfahren ca. zwei Monate benötigt<sup>13</sup>, gerechnet ab dem Zeitpunkt, in dem die Ausschreibungsunterlagen erstellt sind.

### 3.1.2 Rechtzeitiger Beizug von externen Fachleuten; Vorbefassung ^

- [RZ 11] Um Ausschreibungsunterlagen erstellen zu können, ist bei komplexen Leistungen je nach Personalressourcen der Auftraggeberin der Beizug von externen Fachleuten notwendig. Bei der Beurteilung der Angebote kommt bei komplexen Beschaffungen den qualitativen Kriterien zudem ein grosses Gewicht zu. Auch deshalb kann der Beizug von externen Experten durch die Vergabestelle angebracht sein. Ein Zwang zum Beizug besteht hingegen nicht.<sup>14</sup>
- [RZ 12] Die Vergabestelle hat beim Beizug sorgfältig die Qualifikation, die Unabhängigkeit sowie die Integrität dieser Personen zu prüfen und sie hat der Problematik der Vorbefassung ein grosses Augenmerk zu schenken. Die behauptete Beeinflussung des Vergabeentscheids oder eine mögliche Vorbefassung des Konkurrenten sind bei IT-Beschaffungen immer wieder Gegenstand von Rügen der unterlegenen Anbieterinnen, die Submissionsbeschwerden einreichen. Umsicht der Vergabestelle bei der Auswahl der externen Fachleute wie auch Information und Kontrolle über deren Tätigkeiten sind unabdingbar. Die Vergabestelle soll mögliche Vorbefassungstatbestände frühzeitig abklären und in den Ausschreibungsunterlagen die Kontaktnahme der Anbieterinnen zu diesen externen Fachleuten einschränkend regeln.<sup>15</sup>

- [RZ 13] Eine Vorbefassung einer Anbieterin liegt vor, wenn sie bei der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes.<sup>16</sup> Der blosse Umstand, dass ein Unternehmen durch die Ausführung eines Auftrags an einem bereits definierten Projekt sich für die Offertstellung für verbleibende verwandte Teilbereiche des gleichen Projekts allenfalls gewisse Vorteile verschafft, vermag einen Ausschluss wegen Vorbefassung noch nicht zu rechtfertigen. Vielmehr muss dem Unternehmen ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil nachgewiesen werden können.<sup>17</sup>
- [RZ 14] Ein allfälliger Wissensvorsprung, der nicht aus dem Submissionsverfahren, sondern aus Spezialkenntnissen oder der bisherigen Tätigkeit des Submittenten resultiert, ist unter dem Titel der Vorbefassung nicht zu beanstanden.<sup>18</sup> Auch führt im Rahmen der Vorbereitung einer Submission nicht jeder Beitrag zwingend zum Ausschluss der betreffenden Anbieterin. Zwar ist es nicht möglich, dass interessierte Unternehmen, die später als Anbietende an der Submission teilnehmen wollen, direkt oder indirekt an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen mitwirken. Dagegen führen Vorarbeiten, mit denen nur Grundlagen für die spätere Ausschreibung bereitgestellt werden, nicht zwingend zum Ausschluss der damit befassten Personen oder Unternehmen. Als wesentlicher Gesichtspunkt fällt dabei in Betracht, dass die beigezogenen Personen oder Unternehmen die Beschaffung im Rahmen der Vorbereitung nicht zu ihren Gunsten beeinflussen.<sup>19</sup>
- [RZ 15] Bei der direkten Vorbefassung war die Anbieterin selber an der Beschaffungsvorbereitung beteiligt, während im Fall einer indirekten Vorbefassung eine andere, eng mit ihr verbundene Person mitgewirkt hat. Vorbefasste Person und vorbereasstes Unternehmen sind somit zwar nicht zwingend identisch, das Wissen der ersteren wird aber der Anbieterin bei Vorliegen einer genügend engen Verbindung zugerechnet, weil der Wissensfluss zwischen ihnen sehr wahrscheinlich ist.<sup>20</sup> Eine derart enge Verbindung liegt vor, wenn die Anbieterin die vorbereastete Person tatsächlich beherrscht oder – umgekehrt – von dieser tatsächlich beherrscht wird oder sich die enge Verbindung aus anderen «rechtlichen, tatsächlichen oder persönlichen Umständen» ergibt.<sup>21</sup> Letzteres Zurechnungskriterium ist als Auffangtatbestand zu qualifizieren.<sup>22</sup> Eine hohe Wahrscheinlichkeit der Wissensweitergabe oder der begünstigenden Einflussnahme auf die Beschaffung fehlt dagegen, wenn die Anbieterin oder die Hilfsperson eine Beteiligung an der anderen lediglich als Investition halten und über die blosse Ausübung der Aktionärsrechte hinaus keinen Einfluss auf das operative Geschäft nehmen.<sup>23</sup>

### 3.1.3 Festlegung des Bedarfs und des Beschaffungsgegenstands; korrekte Berechnung des Auftragswerts <sup>^</sup>

- [RZ 16] Die Ermittlung des Bedarfs steht zeitlich wie inhaltlich an erster Stelle. Dies erscheint zwar selbstverständlich, wird aber trotzdem in der Praxis häufig nicht beachtet. Die Vergabestelle sollte sich vor Beginn und nicht erst im Verlaufe eines Ausschreibungsverfahrens Gedanken darüber machen, was sie benötigt und deshalb beschaffen will.<sup>24</sup> Durch die Bedarfsermittlung, verbunden über die Definition der Zielsetzungen, ist der Beschaffungsgegenstand festzulegen. Seine Machbarkeit und die Grundlagen zur Umsetzung sind zu klären, allenfalls unter Beizug von externen Fachleuten.
- [RZ 17] In rechtlicher Hinsicht wichtig ist, dass der Beschaffungsgegenstand in den Ausschreibungsunterlagen hinreichend bestimmt ist. Zum einen ist nur so eine Vergleichbarkeit der eingereichten Angebote möglich. Zum anderen wird so definiert, wofür und in welchem Umfang eine Vergabestelle gestützt auf eine Ausschreibung mit der siegreichen Anbieterin später einen Vertrag abschliessen und Folgeaufträge auslösen darf.
- [RZ 18] Weiter ist der Auftragswert korrekt zu ermitteln. Dabei gilt es bei sämtlichen gesetzlichen Grundlagen die folgenden Grundsätze zu beachten:
- Massgebend ist der Gesamtwert und es ist jede Form der Abgeltung zu berücksichtigen (ohne Mehrwertsteuer);

Ein sachlich zusammenhängender Auftrag darf nicht aufgeteilt werden und wird ein Auftrag in Lose aufgeteilt, ist die Gesamtheit dieser Lose für die Berechnung des Auftragswerts massgebend; Folgeaufträge und Optionen sind einzurechnen;

Bei mehrjährigen Verträgen bestimmt sich der Auftragswert nach dem Gesamtwert; bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit anhand der jährlichen Rate  $\times 4$ ,<sup>25</sup>

Die Laufzeit eines Dauerauftrags darf nicht so gewählt werden, dass andere Anbieterinnen unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden.

- [RZ 19] Aus diesen Grundsätzen ergeben sich für IT-Beschaffungen folgende Besonderheiten:
- [RZ 20] Häufig sollen bei einer IT-Beschaffung Lieferungen und/oder Lizenzen zusammen mit Dienstleistungen eingekauft werden und entsprechend ist der Auftragswert festzulegen. Er umfasst das notwendige Change Management sowie den nach erfolgter Implementierung erforderlichen technischen Support, sofern dieser – was in der Praxis meistens der Fall ist – an dieselbe, siegreiche Anbieterin vergeben werden soll.
- [RZ 21] Oft sehen Vergabestellen bei IT-Beschaffungen in den Ausschreibungsunterlagen Optionen für Folgebeschaffungen vor. Bereits im Rahmen eines offenen oder selektiven Verfahrens ist es zulässig, eine sukzessive Beschaffung gleichartiger Leistungen von derselben Anbieterin vorzusehen. So kann eine in mehreren Etappen zu erbringende Leistung von Beginn weg als Gesamtheit ausgeschrieben und vergeben werden. Ferner besteht die Möglichkeit, einzelne Leistungen nur als Option vorzusehen, welche die Vergabestelle zu gegebener Zeit beanspruchen oder auf sie verzichten kann.
- [RZ 22] Entscheidend für die Zulässigkeit ist, ob die zur Diskussion stehende Option auf ein rechtskonform durchgeführtes öffentliches Vergabeverfahren zurückgeht oder ob – unzulässigerweise – eine Reihe von freihändigen Vergaben «aneinander gekettet» werden.<sup>26</sup> Der Auftragswert ist auf der Basis der maximal möglichen Gesamtleistung zu berechnen. Voraussetzung dieser Vorgehensweisen ist, dass die künftigen Leistungen – selbst wenn es nur um Optionen geht – zum Zeitpunkt der Ausschreibung bereits ausreichend bestimmbar sind. Eine klare Definition des Beschaffungsgegenstandes ist für ein solches Vorgehen unerlässlich. Einer voraussehbaren Ungewissheit kann allenfalls dadurch Rechnung getragen werden, dass sich die Vergabestelle in der Ausschreibung bestimmte Änderungsoptionen vorbehält und diese von den Anbieterinnen im Voraus offerieren lässt; das Vorgehen lässt sich jedoch nicht beliebig weit dehnen, ohne die Vergleichbarkeit der Angebote zu beeinträchtigen.<sup>27</sup>
- [RZ 23] Die Dauer eines Auftrags ist im Voraus zu beschränken, da es nicht im Belieben der Vergabebehörde stehen darf, das Vertragsverhältnis mit einer Auftragnehmerin auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Die zulässige Maximaldauer beträgt für Beschaffungen des Bundes 5<sup>28</sup>, für die dem kantonalen Recht unterstellten Auftraggeberinnen längstens 7 Jahre. Dieser Grundsatz hindert die Vergabestelle nicht daran, einen Vertrag mit zunächst kurzer Mindestdauer und anschliessender Verlängerungsmöglichkeit zu schliessen. Sie muss jedoch von Beginn weg eine Maximaldauer festlegen, nach deren Ablauf eine neue Ausschreibung zu erfolgen hat.<sup>29</sup>
- [RZ 24] Werden Rahmenverträge ausgeschrieben, ist der Vertragsgestaltung hohe Aufmerksamkeit zu schenken. Je länger der Zeitraum für einen Auftrag mit den einzelfallweise abzurufenden Teillieferungen bemessen ist, umso unsicherer wird die technische und preisliche Entwicklung. Diesem Aspekt ist bei der Festlegung der Vertragsdauer Rechnung zu tragen. Anpassungsklauseln des Vertrages können zwar vorgesehen oder vorbehalten werden. Sie dürfen nicht dazu führen, dass der ursprünglich ausbeschriebene Vertragsgegenstand und -preis erheblich abgeändert wird. Weiter ist im Vertrag und damit bereits in den Ausschreibungsunterlagen zu klären, in welchem Umfang die Auftraggeberin zum Bezug der im Rahmenvertrag festgelegten Artikel und Dienstleistungen verpflichtet ist oder gerade nicht und unter welchen Voraussetzungen eine Vertragskündigung möglich ist.

### 3.1.4 Zur Verfahrenswahl ^

- [RZ 25] Die Verfahrenswahl ist abhängig von den Auftragswerten, die das massgebende Verfahren definieren. Die vier gesetzlich geregelten Verfahrensarten gelangen je nach Auftragsart und -wert zur Anwendung. Diese Werte sind je nach Rechtsgrundlagen unterschiedlich. Ihnen gemeinsam ist, dass ab bestimmten Schwellenwerten Aufträge öffentlich ausgeschrieben werden müssen und der Markt für potentielle Anbieterinnen zu öffnen ist.
- [RZ 26] Beim offenen Verfahren können alle Anbieterinnen aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung, in der die Auftraggeberin die massgebenden Eignungs- und Zuschlagskriterien festgelegt hat, ein Angebot einreichen. Beim selektiven Verfahren findet vor der Einreichung der Angebote eine Präqualifikation statt, bei der Bewerber aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung einen Antrag auf Teilnahme einreichen können. Deren Eignung wird in einem separaten formellen Verfahrensschritt überprüft. In der zweiten Stufe werden die ausgewählten Bewerber eingeladen, ein Angebot einzureichen. Diese Angebote werden aufgrund der ebenfalls vorgängig definierten Zuschlagskriterien beurteilt. Beim Einladungsverfahren bestimmt die ausschreibende Stelle, welche geeigneten Anbieterinnen ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe eingeladen werden, wobei mindestens drei Unternehmen einzuladen sind.
- [RZ 27] Beim freihändigen Verfahren wird der Auftrag direkt einer einzelnen Anbieterin ohne Ausschreibung erteilt. Die Auftragswerte für eine solche Direktbeauftragung sind tief angesetzt. Bundesvergabestellen dürfen beispielsweise Lieferaufträge bis CHF 50 000.-- und Dienstleistungsaufträge bis CHF 150 000.-- freihändig tätigen.<sup>30</sup> Über den Auftragswerten von CHF 230 000.-- sind diese Leistungen öffentlich auszuschreiben.<sup>31</sup> Diese Auftragswerte werden relativ bald erreicht und sollen bei grösseren Vorhaben freihändige Vergaben getätigt werden, hat sich die Auftraggeberin auf Ausnahmetatbestände zu stützen. Die im Bund bzw. jeweiligen Kanton geltenden Rechtsgrundlagen basieren auf dem WTO-Übereinkommen GPA<sup>32</sup> mit den in Art. XV.1 geregelten Ausnahmetatbeständen der freihändigen Vergaben. Diese wurden weitgehend unverändert in das schweizerische Recht integriert.<sup>33</sup> Nach diesen Bestimmungen kann ein Auftrag unter bestimmten Voraussetzungen unabhängig vom Wert direkt und ohne vorgängige Veröffentlichung freihändig vergeben werden. Bei IT-Beschaffungen ist insbesondere der Ausnahmetatbestand der technischen Besonderheit und der fehlenden Alternative von Bedeutung.
- [RZ 28] Gemäss Rechtsprechung und Lehre sind diese Ausnahmebestimmungen restriktiv anzuwenden und die Gerichte verlangen regelmässig zwingende sachliche und rechtliche Gründe.<sup>34</sup> Zwar trat das Bundesgericht auf eine Beschwerde gegen eine freihändige Direktvergabe des Bundes an Microsoft für die Weiterführung und Pflege von Software-Lizenzen nicht ein.<sup>35</sup> Aus diesem von prozessualen Themen geprägten Entscheid kann kein Freipass für freihändige Beschaffungsvorhaben abgeleitet werden und Vergabestellen können trotz dieses Urteils in Zukunft nicht sämtliche vorhandene Software mit derselben Anbieterin auf unbegrenzte Zeit beliebig erweitern und ausbauen.<sup>36</sup>

## 3.2 Ausschreibungsunterlagen ^

### 3.2.1 Die Leitplanken ^

- [RZ 29] Zuerst stehen die bereits erwähnten Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz<sup>37</sup>, die die Leitplanken bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen sowie der Offertbehandlung darstellen. Das Gleichbehandlungsgebot zielt auf die Fairness im Beschaffungsverfahren ab: Es soll allen Anbieterinnen die Chancengleichheit und ein willkürfreies Verhalten der Vergabestelle gewährleisten. Die Transparenz im Vergabeverfahren verlangt, dass die Verfahren für die Anbietenden nachvollziehbar auszugestaltet sind. Der Ablauf der Verfahren, der Inhalt von Publikationen und Submissionsunterlagen, die Prüfung der Angebote, die Zuschlagserteilung und der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, der Ausschluss von Anbieterinnen vom Verfahren, die Voraussetzungen für einen Abbruch usw. sind vor dem Hintergrund dieser Grundsätze gesetzlich detailliert geregelt. Zentrales Element ist der Leistungsbeschreibung, der den Anbieterinnen die Einreichung von vergleichbaren Angeboten erlaubt, sowie die Eignungs- und Zuschlagskriterien.

[RZ 30] Oft rügen unterlegene Anbieterinnen, dass Konkurrenten versucht hätten, die Auftraggeberin oder deren extern beigezogenen Fachpersonen zu beeinflussen.<sup>38</sup> Wichtig ist deshalb eine Regelung zur Fragenstellung und -beantwortung, die die Gleichbehandlung der Anbieterinnen gewährleistet. Dazu gehört, dass die Auftraggeberin vorgibt, dass die Fragestellung ausschliesslich schriftlich und innert einer bestimmten, angemessen festzusetzenden Frist zu erfolgen hat sowie, dass sie einen einheitlichen Ansprechpartner für alle am Verfahren Beteiligten benennt, den single point of contact (spoc). Die Auftraggeberin hat weiter interne Spielregeln zur Kommunikation, zum Verhalten, zur Behandlung von Angeboten, zur Vertraulichkeit etc. für alle auf ihrer Seite am Projekt Beteiligten verbindlich festzulegen.

### 3.2.2 Anforderungen der Vergabestelle und technische Spezifikationen ^

[RZ 31] In den Ausschreibungsunterlagen können funktionelle und technische Anforderungen, Vorgaben zur Sicherheit, vorhandene Lizenzen etc. als Mindestanforderungen (Musskriterien) festgelegt werden. Diese sind von den Anbieterinnen zu erfüllen, werden mit ja/nein bewertet und ihre Nichterfüllung führt zum Ausschluss des Angebots. Über diese Mindestanforderungen hinaus können weitere erwünschte Eigenschaften, die einen Mehrwert darstellen, definiert werden, die beispielsweise beim Zuschlagskriterium «Qualität» in die Angebotsbewertung einfließen. Sowohl die Abgrenzung zu den zwingend einzuhaltenden Mindestanforderungen als auch die für die Beurteilung massgebenden Unterkriterien sind klar ersichtlich zu machen und die massgebenden, von den Anbieterinnen beizubringenden Nachweise, sind von der Auftraggeberin klar zu bezeichnen. Wichtig ist, dass die Vergabestelle bei der Festlegung der Anforderungen den Markt nicht unnötig beschränkt. Dazu gehört auch, dass sie den Zeitpunkt, in welchem die Anforderungen erfüllt sein müssen, sachgerecht festlegt und dabei unterscheidet, was bereits mit der Angebotseinreichung erfüllt und was bei Vertragsabschluss und -ausführung gewährleistet sein muss.

[RZ 32] Die technischen Spezifikationen sind ein Bestandteil der Leistungsbeschreibung. Die Auftraggeberin legt so die Merkmale der zu erbringenden Leistungen fest.<sup>39</sup> Technische Spezifikationen sind produktneutral vorzunehmen und die Vergabestelle hat zu vermeiden, dass diese auf eine bestimmte Anbieterin zugeschnitten sind. Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produzenten sind nicht zulässig, es sei denn, dass es keine hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt, und sofern in den Ausschreibungsunterlagen der Zusatz «oder gleichwertig» aufgeführt wird.<sup>40</sup> Auf unnötig detaillierte Vorgaben und die Ausrichtung der Ausschreibung auf die Bedürfnisse des bisherigen Auftragnehmers ist zu verzichten. Im IT-Bereich wird die Angabe von Marken und technischen Angaben – im Unterschied zu anderen Beschaffungsbereichen – eher noch als ausnahmsweise zulässig erachtet, so beispielsweise wenn bei einer Ergänzung einer bestehenden IT-Infrastruktur der zentrale Support aus einer Hand von einer Anbieterin erfolgen soll.<sup>41</sup>

[RZ 33] Die Vergabestelle kann auf eine detaillierte Umschreibung von Anforderungen und technischen Spezifikationen verzichten und sich darauf beschränken, die Zielsetzungen und Funktionen der geforderten Leistungen zu umschreiben.<sup>42</sup> Solche funktionalen Ausschreibungen bergen allerdings ein erhebliches Risiko. Sie sind sinnvoll, wenn die Kreativität und Innovation ein wichtiger Bestandteil der zu erbringenden Leistungen sind.<sup>43</sup> Je vager eine Leistungsbeschreibung ist, desto weniger sind Angebote vergleichbar und umso eher ergeben sich Diskussionen bei der späteren Leistungserbringung und deren Vergütung.

[RZ 34] Bei IT-Beschaffungen sind in der Regel detaillierte Anforderungskataloge unumgänglich und ungenaue Leistungsanforderungen, die in «Verkaufsveranstaltungen» der Anbieterinnen münden, sind zu vermeiden. Unklare Vorgaben und deren Bedeutung im Rahmen der Bewertung sind häufig Gegenstand von Submissionsbeschwerden.<sup>44</sup> Über den Anforderungskatalog hinaus kann eine Vergabestelle von den Anbieterinnen Konzepte zur Implementierung, beispielsweise zum wichtigen und unter Umständen kosten- sowie personalintensiven Change Management und dem späteren

Support verlangen. In diesen Bereichen zeigen sich die Unterschiede zwischen den Anbieterinnen und ihren Angeboten.

- [RZ 35] Die Vergabestelle kann in den Ausschreibungsunterlagen weiter festlegen, ob Varianten zulässig sind oder nicht. Nimmt sie eine Ausschreibung allerdings mit einem detaillierten Anforderungskatalog sowie einer von den Anbieterinnen beizubringenden Konzeptbeschreibung zur Implementierung vor, machen Varianten wenig Sinn.

### 3.2.3 Eignungs- und Zuschlagskriterien <sup>^</sup>

- [RZ 36] Eignungs- und Zuschlagskriterien sind im offenen, selektiven sowie im Einladungsverfahren vorgängig in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen und insbesondere bei der Bewertung deutlich voneinander abzugrenzen.
- [RZ 37] Eignungskriterien sind anbieterbezogen. Mit der Festlegung von Eignungskriterien definiert die Vergabestelle, welche spezifischen fachlichen, technischen, organisatorischen, wirtschaftlichen oder finanziellen Voraussetzungen Anbieterinnen erfüllen müssen, um für den konkreten Auftrag geeignet zu sein. Sie sind sachgerecht, d.h. nicht marktbegrenzend, festzulegen. Sind sie nicht erfüllt, ist die konkrete Anbieterin vom Verfahren auszuschliessen.
- [RZ 38] Zuschlagskriterien beziehen sich auf die einzureichenden Angebote. Die Rechtsgrundlagen enthalten jeweils nicht abschliessende Listen möglicher Kriterien, mit denen die Vergabestelle das wirtschaftlich günstigste Angebot ermitteln kann. Solche Kriterien (sinnvollerweise zwischen 3 und 5) müssen im Einzelfall in Bezug auf die konkret zu beschaffende Leistung in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden. Bei komplexen Vorhaben sind qualitative Kriterien mit möglichst genau umschriebenen Unterkriterien wichtig. Die Auftraggeberin kann die Qualität beispielsweise prüfen, indem sie von den Anbieterinnen Konzepte zur Umsetzung, zum Change Management, zum Support etc. verlangt und diese bewertet. Die Auftraggeberin und die siegreiche Anbieterin gehen hinsichtlich Support- und späteren Serviceleistungen eine längere Beziehung ein und die Qualität der Leistungserbringung hängt wesentlich von den ausführenden Personen ab. Auch deshalb empfiehlt es sich, in den Ausschreibungsunterlagen von den Anbieterinnen genaue Angaben zu Schlüsselpersonen und Referenzen zur Erfahrung mit vergleichbaren Projekten zu verlangen und diese eingehend zu prüfen. Möglich ist, dass die Auftraggeberin auch die Kompatibilität der angebotenen Lösung mit bestehenden Systemen bewertet, solange dies nicht zu einer für die anderen Anbieterinnen aussichtslosen Scheinausschreibung führt.<sup>45</sup>
- [RZ 39] Die ausschreibende Stelle kann in den Ausschreibungsunterlagen sodann vorsehen, die Anbieterin zu einer Präsentation einzuladen, um offene Fragen zu klären. Die Präsentation stellt kein eigenständiges Beurteilungskriterium dar, sondern dient der Verifikation der Angebotsbewertung und soll in die Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien einfließen. Dies bedeutet, dass die Vergabestelle vor der Präsentation eine erste Bewertung der Zuschlagskriterien aufgrund der schriftlichen Angebote vorzunehmen hat und diese Bewertung nach Klärung der Fragen und den Erläuterungen im Rahmen der Präsentationen noch einmal geprüft und allenfalls angepasst wird.<sup>46</sup> Grundsätzlich sind alle Anbieterinnen zu einer Vorstellung ihres Angebotes einzuladen und nicht nur z.B. die drei Erstplatzierten. Die Vergabestelle sollte sodann verlangen, dass nicht nur die verkaufsverantwortliche Person zur Präsentation erscheint, sondern die massgebenden Schlüsselpersonen, die den späteren Auftrag umsetzen sollen.
- [RZ 40] Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen zumindest mit einer Reihenfolge zu versehen. Eine Gewichtung wird in einzelnen Rechtsgrundlagen ausdrücklich vorgeschrieben.<sup>47</sup> Sie ist in jedem Fall sinnvoll, denn damit kann die Auftraggeberin Transparenz schaffen und so Submissionsbeschwerden vermeiden. Allfällige Unterkriterien sind ebenfalls offenzulegen.
- [RZ 41] Grundsätzlich gilt, dass dem Kriterium Preis gegenüber weiteren Zuschlagskriterien je weniger Gewicht eingeräumt werden soll, desto komplexer und anspruchsvoller die ausgeschriebene Leistung ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt eine Mindestgewichtung von 20% die unterste Grenze dar.<sup>48</sup> Gleichzeitig darf keine flache Preisbewertungskurve gewählt werden, die die Gewichtung des Preises relativieren würde.<sup>49</sup> Komplex sind in der Regel Vorhaben mit mehreren

Schnittstellen zu vorhandenen Systemen und mit vielen unveränderbaren Rahmenbedingungen, die es bei der Umsetzung und Implementierung zu beachten gilt. Die hohe Komplexität und damit Zulässigkeit einer Gewichtung des Kriteriums Preis mit nur 20% wurde beispielsweise bejaht bei einer Ausschreibung für die Einführung von SAP-Software für Rechnungswesen, Controlling, Projektrechnung und Fakturierung.<sup>50</sup>

#### 3.2.4 Vertragsentwürfe ^

[RZ 42] Empfehlenswert ist weiter, dass die Auftraggeberin Vertragsentwürfe erarbeitet und diese den Ausschreibungsunterlagen beilegt, mit dem Hinweis auf deren Verbindlichkeit. So werden Rahmenbedingungen zur späteren Leistungserbringung geklärt, die für die Anbieterin bei der Offertkalkulation von Bedeutung sein können und die Vergabestelle kann so die Vergleichbarkeit der Angebote herbeiführen. Überlässt sie es hingegen den Anbieterinnen, zusammen mit dem Angebot Vertragsbestimmungen und AGB zu unterbreiten, sieht sie sich bei der Beurteilung der Angebote vor erhebliche Probleme gestellt.

[RZ 43] Die Auftraggeberin sollte sich bewusst sein, dass sie in diesen Vertragsentwürfen sowie ihren AGB nicht unangemessene Bedingungen setzen und eine allfällig vorhandene Nachfragemacht ausnutzen darf. Sie riskiert sonst, nur wenige oder mit einem teuren Risikozuschlag versehene Angebote zu erhalten. Unter Umständen besteht allerdings ein Anbietermarkt mit Unternehmungen, die Konzernvorgaben bei der Angebotsstellung berücksichtigen müssen. Allzu enge Vorgaben der Auftraggeberin können bei einer solchen Ausgangslage zu – unzulässigen – Vorbehalten der Anbieterinnen führen, die vermieden werden sollten.

### 3.3 Bewertung der Angebote, Zuschlagserteilung und Vertragsabschluss ^

#### 3.3.1 Richtiger Ablauf: was wann wie prüfen ^

[RZ 44] Nach Eingang der Angebote sind folgende Prüfungsschritte erforderlich: in formeller Hinsicht die Berechtigung zur Angebotsabgabe (bei ausländischen Anbietenden je nach anwendbarem Staatsvertrag), die Rechtzeitigkeit und Vollständigkeit der Angebote, sodann das Vorhandensein möglicher anderer Ausschlussgründe. In einem nächsten Schritte erfolgt die Eignungsprüfung. Unter diesen Aspekten gültige Angebote werden inhaltlich in Bezug auf die angebotene Leistung in fachlicher und rechnerischer Hinsicht geprüft und schlussendlich erfolgt die Beurteilung aufgrund der vorgängig bekannt gegebenen Zuschlagskriterien.<sup>51</sup>

[RZ 45] Bei den Ausschlussgründen hat die Vergabestelle unter anderem zu beachten, dass Anbieterinnen auszuschliessen sind, die den Nachweis nicht erbringen können, dass sie die Teilnahmebedingungen, insbesondere Arbeitsschutzbestimmungen sowie Arbeitsbedingungen, wie sie am Leistungsort gelten, einhalten. Sie hat die gesetzliche Verpflichtung, vertraglich sicher zu stellen, dass die ausgewählte Anbieterin diese Bedingungen einhält und ihre Subunternehmer ebenfalls vertraglich zur Einhaltung verpflichtet.<sup>52</sup> Die Auftraggeberin sollte in den Ausschreibungsunterlagen deshalb von der Anbieterin die Offenlegung der an der Erfüllung des Auftrags beteiligten Mitbieter und Subunternehmen verlangen und die Anforderungen an deren Eignung ebenfalls definieren. Wie weit der Kreis der deklarationspflichtigen Subunternehmer zu ziehen ist, ist gesetzlich aber nicht geregelt. Bei Bundesvergaben hat die Anbieterin bei der Leistungserbringung im Ausland zumindest zu gewährleisten, dass die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation eingehalten werden.<sup>53</sup> Der Geltungsbereich von vergaberechtlichen Vorgaben zur Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen und -bedingungen kann hingegen nicht auf im Ausland tätige Hersteller und Zulieferer ausgeweitet werden.<sup>54</sup>

#### 3.3.2 Erläuterungen, Verhandlungen, Verbot von Abgebotsrunden ^

[RZ 46] Vergabestellen, die dem kantonalen Recht unterstellt sind, dürfen keine Verhandlungen mit den Anbieterinnen führen und es gilt der Grundsatz der Unabänderlichkeit von Angeboten. Abgebotsrunden sind unzulässig.<sup>55</sup> Einzig offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler dürfen korrigiert werden, wobei die Messlatte hoch angesetzt ist: Sind beispielsweise telefonische

Nachfragen bei der Anbieterin zur Interpretation eines solchen Fehlers notwendig, so ist eine Korrektur bereits nicht mehr erlaubt.

- [RZ 47] Bei Bundesvergaben sind gesetzlich geregelte Verhandlungen unter bestimmten Spielregeln und engen Formvorschriften möglich.<sup>56</sup> Diese dürfen jedoch nicht dazu führen, die Ausschreibungskonformität eines Angebots wiederherzustellen, das zwingende Anforderungen nicht erfüllt. Die Auftraggeberin kann zudem nicht frei wählen, mit wem sie verhandeln will. Sie hat grundsätzlich mit allen Anbieterinnen zu verhandeln, deren Angebote für den Zuschlag noch in Frage kommen.<sup>57</sup>
- [RZ 48] Mit der Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen VöB wurde auf Bundesebene für komplexe Beschaffungen oder solche von intellektuellen Dienstleistungen der Dialog<sup>58</sup> als Verfahrenselement zwar eingeführt, dabei allerdings nur rudimentär geregelt.<sup>59</sup> Die Auftraggeberin gibt gemäss diesen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, aufgrund welcher Kriterien sie die Dialogpartner selektioniert. Den ausgewählten Anbieterinnen hat sie bestimmte Mindestangaben zum Ablauf des Dialoges sowie zur Vergütung rechtzeitig bekannt zu geben. Diese Informationen müssen jedenfalls spätestens in der Mitteilung enthalten sein, mit der die Eröffnung des Dialoges angekündigt wird. Die Auftraggeberin hat zudem beim Dialog den vertraulichen Charakter sämtlicher von den Anbieterinnen gemachten Angaben zu wahren.<sup>60</sup> Wie die Auswahl vorzunehmen und ob die Anbieterinnen dagegen Rechtsmittel ergreifen können, ist gesetzlich nicht geregelt. Im Vergaberecht der Kantone fehlt bis heute eine gesetzliche Regelung zum Dialogverfahren. Auftraggeberinnen, die dem kantonalen Recht unterstellt sind, können innerhalb ihrer Vergabeverfahren nicht in einen Dialog mit den Anbieterinnen treten.

### 3.3.3 Die Prüfung aufgrund der Zuschlagskriterien, insbesondere die korrekte Preisbewertung ^

- [RZ 49] Bei der Bewertung der Angebote aufgrund der Zuschlagskriterien bewähren sich Matrixmodelle. Dabei werden für die Kriterien Punkte, idealerweise auf einer Skala von 0–3 oder 0–5 vergeben, die mit der vorgesehenen Gewichtung multipliziert werden. Die Auftraggeberin hat die Punktezuteilung zu begründen. Die blosse Zuteilung von Einzelnoten alleine, auch von einer fachkompetenten Jury, ist unzureichend. Die Vergabestelle muss vielmehr im Einzelnen die Argumente zur Zuteilung dokumentieren und darlegen können.<sup>61</sup>
- [RZ 50] Bei der Bewertung des Kriteriums Preis ist eine lineare Beurteilung der Angebotspreise, bei welcher vorgängig eine Bandbreite (je nach Auftrag und Branche) der Preise festgelegt wird, empfehlenswert und je nach Gerichtspraxis sogar vorgeschrieben. Das preisgünstigste Angebot erhält dabei die beste Bewertung in Bezug auf das Kriterium Preis. Angebote ab dem Maximum der Bandbreite erhalten 0 Punkte. Die Bandbreite beträgt bei Lieferungen und Bauleistungen 30% bis 50%, bei komplexen Dienstleistungen bis zu 80%.<sup>62</sup>
- [RZ 51] Bei komplexen IT-Beschaffungen gilt demnach, dass einerseits das Kriterium Preis tief, jedoch nie unter 20% gewichtet und andererseits die Bandbreite zur Bewertung der Offertpreise hoch, jedoch nicht höher als 80% angesetzt werden darf. Ob allenfalls eine Erhöhung auf 100% möglich ist, wurde bis heute gerichtlich nicht entschieden, kann aber je nach Beschaffungsgegenstand und Marktsituation meiner Ansicht nach begründet sein. Klar unzulässig war jedenfalls eine von der Vergabestelle bei der Einführung von SAP-Software festgelegte Preisspanne von 275%.<sup>63</sup>
- [RZ 52] Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen klare Vorgaben zur Art der Preisofferte zu machen und festzulegen, wie die einzelnen Leistungen anzubieten sind.<sup>64</sup> Skonto und Rabatte unter von der Anbieterin genannten Bedingungen verunmöglichen einen Preisvergleich und sind unzulässig.

### 3.3.4 Ungewöhnlich niedrige Angebote ^

- [RZ 53] Anbieterinnen dürfen Angebote unterbreiten, die unter dem Selbstkostenpreis liegen. Ein tiefer Angebotspreis allein berechtigt die Vergabestelle daher nicht zum Ausschluss eines solchen Angebots. Falls jedoch ein solches ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, hat die Vergabestelle die

Anbieterin unter Androhung des Verfahrensausschlusses aufzufordern, dazulegen, dass sie die Teilnahmebedingungen einhält und die Auftragsbedingungen erfüllen kann.

- [RZ 54] Dabei hat es sich als wertvoll erwiesen, wenn die Vergabestelle sich bei dieser Anfrage nicht auf eine blosser Bestätigung beschränkt, sondern die Anbieterin gezielt zur Fragenbeantwortung zu einzelnen aus ihrer Sicht zentralen Aspekten der Leistungserbringung auffordert und eine Beschreibung der von der Anbieterin vorgesehenen Leistungserbringung unter dem Aspekt des tiefen Angebotspreises verlangt. Die Anbieterin darf mit der Beantwortung weder den Angebotspreis noch den Inhalt der angebotenen Leistung ändern. Darauf ist sie aufmerksam zu machen.

### 3.3.5 Zuschlag und Vertragsabschluss ^

- [RZ 55] Bestimmte Verfahrensschritte und Entscheide (wie die Ausschreibung, der Zuschlag bzw. sein Widerruf, die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren, der Ausschluss eines Anbietenden, der Abbruch eines Verfahrens) müssen in Form einer Verfügung mit einer kurzen – je nach Rechtsgrundlagen auch ausführlichen – Begründung und in der Regel mit Rechtsmittelbelehrung erfolgen.
- [RZ 56] In der Praxis kommt es oft vor, dass einer Vergabestelle oder ihren Beratern beim Erlass von Verfügungen formelle Fehler unterlaufen. Die Vergabestelle sollte insbesondere darauf achten, dass sie die Zuständigkeitsregeln einhält. So ist in Bezug auf die jeweils massgebenden Kompetenzordnungen einerseits zu berücksichtigen, dass die zuständige Instanz über das konkrete Vergabegeschäft (Verfahrenswahl, Vergabe, Abbruch etc.) entscheidet und die entsprechende Verfügung hierfür erlässt. Andererseits ist die interne Unterschriftenregelung der ausschreibenden Stelle zu beachten. Die Vergabestelle muss dabei prüfen, welche Personen befugt sind, die Verfügung zu unterzeichnen. Die Unterzeichnung durch eine nicht zuständige Instanz oder einen beigezogenen externen Berater hat die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge, d.h. die Verfügung ist von Anfang an ungültig.<sup>65</sup> Ebenfalls nicht möglich ist es, einen Zuschlag unter «Vorbehalt der Zustimmung» eines übergeordneten und zuständigen Organs für den Vergabeentscheid zu verfügen.<sup>66</sup>
- [RZ 57] Der Vertragsabschluss ist erst nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist zulässig oder wenn im Beschwerde- bzw. Rekursfall einem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung erteilt wird. Wird diese aufschiebende Wirkung zuerkannt, muss der Ausgang des Beschwerdeverfahrens abgewartet werden. Darin liegt für eine Vergabestelle das grösste Risiko: Sie wird im weiteren Vorgehen gestoppt, bis ein Gerichtsscheid vorliegt und sie darf die vorgesehene Beschaffung nicht realisieren. Dies kann je nach Vorhaben und der zeitlichen Dringlichkeit zu erheblichen finanziellen Folgen führen. Wird eine Beschwerde bzw. ein Rekurs gutgeheissen, ist je nach Anordnung des Gerichts zum Beispiel eine neue Beurteilung der Zuschlagserteilung vorzunehmen oder ein Verfahren neu auszuschreiben. Die Haftung für Schadenersatz ist beschränkt. Die Auftraggeberin haftet den Anbietenden für Schaden, den sie durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht hat. Dabei ist diese Haftung auf Aufwendungen beschränkt, die den Anbietenden unmittelbar mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind.
- [RZ 58] Die Erfahrung zeigt, dass mit einer offenen Kommunikation Rechtsmittel verhindert werden können. Dabei gilt aber auch hier, dass Begründungen für Absagen an die Anbieterin ausschliesslich von der dafür vorgesehenen und zuständigen Stelle erfolgen sollen, so beispielsweise im Rahmen von bereits in den Ausschreibungsunterlagen angekündigten Debriefinggesprächen sowie mittels schriftlicher Schreiben der Vergabestelle, keinesfalls aber durch unkoordinierte Telefongespräche verschiedener intern und extern involvierter Personen.

## 4 Fazit ^

- [RZ 59] Ausschreibungsverfahren planen und durchführen ist eine anspruchsvolle Aufgabe, bei der fachliche, juristische und administrative Hürden zu meistern sind. Das Vergaberecht soll dabei aber nicht nur als ein ärgerliches Hindernis wahrgenommen werden. Es ermöglicht, dass Vergabestellen in einem korrekten, fairen Verfahren zu guten und vergleichbaren Angeboten mit Marktpreisen kommen.
- [RZ 60]

Faktoren für eine erfolgreiche, rechtsmittelfreie IT-Beschaffung sind zusammengefasst folgende: die rechtzeitige und gute Vorbereitung des Ausschreibungsverfahrens mit der Bedarf- und Machbarkeitsabklärung sowie der daraus resultierenden Definition des Beschaffungsgegenstands, ein klarer Leistungsbeschrieb mit von der Anbieterin auszufüllenden Anforderungskatalogen, eine von der Anbieterin dargelegte Beschreibung der Umsetzung, des Change Managements und des Supports sowie Fairness, Transparenz und offene, aber geregelte Kommunikation der Auftraggeberin in jedem Verfahrensschritt.

Lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL.M., Fachanwältin SAV für Bau- und Immobilienrecht, ist Inhaberin der Schneider Rechtsanwält AG in Zürich.

- 
- <sup>1</sup> Das Vergabevolumen des Bundes 2009 zu Informatikleistungen betrug CHF 184 Mio. Davon wurden freihändig Leistungen im Umfang von CHF 86 Mio. beschafft; vgl. Stellungnahme des Bundesrates zur Motion 11.3717 von Graffenried vom 24. August 2011.
  - <sup>2</sup> Vgl. dazu die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung: BGE 137 II 313; Claudia Schneider Heusi/Laura Mazzariello, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, in: Jusletter 23. Mai 2011; Tomas Poledna/Philipp do Canto, IT-Beschaffungen des Bundes: Freihändige Vergabe mit gebundenen Händen?, in: Jusletter 18. Mai 2009.
  - <sup>3</sup> Vgl. dazu Hubert Stöckli, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, Zufferey/Stöckli (Hrsg.), S. 41 ff., Rz. 7 ff.
  - <sup>4</sup> BGE 125 I 209; Martin Beyeler, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, Zufferey/Stöckli (Hrsg.), S. 65 ff.; Rz. 12.
  - <sup>5</sup> BGE 125 I 209.
  - <sup>6</sup> Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994, SR 172.056.1 sowie die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 11. Dezember 1995, SR 172.056.11.
  - <sup>7</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/15. März 2001 mit den jeweiligen Ausführungserlassen in den einzelnen Kantonen, basierend auf den Vergaberichtlinien, Vergaberichtlinien VRöB, <http://www.bpuk.ch/konkordate/IVOEb.aspx>.
  - <sup>8</sup> Government Procurement Agreement (GPA) vom 15. April 1994, SR 0.632.231.422.
  - <sup>9</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (Bilat. Abk.), SR 0.172.052.68.
  - <sup>10</sup> Im Staatsvertragsbereich beträgt die Frist zur Einreichung der Angebote 40 Tage und zur Einreichung der Teilnahmeanträge 25 Tage.
  - <sup>11</sup> Vgl. zu den «ungewöhnlich niedrigen Angeboten» hinten, Ziff. 3.3.4, Rz 53 f.
  - <sup>12</sup> 20 Tage bei Verfügungen von der Bundesgesetzgebung unterstellten Auftraggeberinnen; 10 Tage bei kantonalen oder kommunalen Vergabestellen. Hinzu kommen mindestens 7 Tage, bis Klarheit darüber besteht, dass kein Rechtsmittel eingegangen ist.
  - <sup>13</sup> Vgl. Handbuch für Vergabestellen des Kantons Zürich ([www.beschaffungswesen.zh.ch](http://www.beschaffungswesen.zh.ch)), K 4.1., S. 4–2.
  - <sup>14</sup> Daniela Lutz, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, Zufferey/Stöckli (Hrsg.), S. 215ff., Rz. 82.
  - <sup>15</sup> Dazu gehört insbesondere auch die Benennung derjenigen Person, die für die Fragenbeantwortung zur Verfügung steht, vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.1, Rz 29.
  - <sup>16</sup> Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2007 Rz. 679; BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005; Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2009.00151 vom 7. Oktober 2009 und VB.2009.00393 vom 8. September 2010.
  - <sup>17</sup> BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005.
  - <sup>18</sup> Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2009.00393 vom 8. September 2010.
  - <sup>19</sup> Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2008.00023 vom 16. Juli 2008 und VB.2009.00151 vom 7. Oktober 2009.

- 20 Christoph Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Zürich/St. Gallen 2009, S. 24.
- 21 Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2004.00304 vom 8. Dezember 2004.
- 22 Jäger, a.a.O., S. 145.
- 23 Jäger, a.a.O., S. 152ff.
- 24 Marco Fetz, Die funktionale Ausschreibung, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Zufferey/Stöckli (Hrsg.), S. 101 ff., Rz. 2.
- 25 Vgl. Art. 15 lit. b VöB sowie kantonale Regelungen wie § 4 SVO ZH.
- 26 Grundlegend dazu Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2005.00557 vom 13. September 2006.
- 27 Robert Wolf, Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Zufferey/Stöckli (Hrsg.), S. 127ff., Rz. 42 ff.; Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2007.00531 vom 1. Oktober 2008.
- 28 Art. 15a VöB.
- 29 Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2008.00111 vom 16. Juli 2008; VB.2005.00504 vom 8. März 2006, E. 7; VB.2005.00200 vom 25. Januar 2006, E. 6; Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 707 ff.
- 30 Art. 36 Abs. 2 lit. b und c VöB. Zu den Schwellenwerten der kantonalen Vergabestellen vgl. Art. 7 Abs. 1<sup>bis</sup> und Anhang 2 IVöB.
- 31 Art. 6 Abs. 1 lit. d BöB.
- 32 Vgl. Fn. 8.
- 33 Für die Kantone dienten dabei die so genannten Vergaberichtlinien VRöB als Mustervorlage.
- 34 Vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 208; Poledna/do Canto, a.a.O., Rz. 18; Verwaltungsgericht Kanton St. Gallen, B 2008/70 vom 14. Oktober 2008, E. 2.1; Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2005.00557 und VB.2006.00175 vom 13. September 2006 sowie VB.1999.00106 vom 17. Februar 2000; Verwaltungsgericht Kanton Aargau in AGVE 2001 69, S. 314ff.
- 35 BGE 137 II 313.
- 36 Schneider Heusi/Mazzariello, a.a.O., Rz. 36.
- 37 Art. 1 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 lit. a BöB; Art. 1 Abs. 3 und 11 IVöB.
- 38 Zwar kann beispielsweise aus der blossen Anwesenheit des CEO einer obsiegenden Anbieterin in den Amtsräumen der Auftraggeberin noch nicht ohne Weiteres auf eine unzulässige Kontaktnahme geschlossen werden, vgl. Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2005.00135 vom 16. November 2005. Indessen bietet eine solche – möglicherweise bloss zufällige – Anwesenheit Anlass zu Spekulationen und Rügen für Submissionsbeschwerden.
- 39 Fetz, a.a.O., Rz. 6.
- 40 Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2006.00175 vom 13. September 2006 und VB.2008.00104 vom 24. Oktober 2008.
- 41 Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2006.00175 vom 13. September 2006.
- 42 Fetz, a.a.O., Rz. 8.
- 43 Fetz, a.a.O., Rz. 27.
- 44 Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2006.00102 vom 25. Oktober 2006 und VB.2005.00135 vom 16. November 2005.
- 45 Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2009.00393 vom 8. September 2010.
- 46 Lutz, a.a.O., Rz. 91.
- 47 Vgl. beispielsweise Art. 27 VöB.
- 48 BGE 129 I 313; so auch Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2011.00322 vom 28. September 2011, VB.2009.00393 vom 8. September 2010 sowie VB.2005.00240 vom 30. August 2006.
- 49 BGE 129 I 313.
- 50 Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2009.00393 vom 8. September 2010.
- 51 Vgl. auch Lutz, a.a.O., Rz. 1 ff.
- 52 Art. 8 Abs. 1 lit. b BöB; Art. 6 VöB; § 7 VRöB.

- <sup>53</sup> Art. 7 Abs. 2 VöB.
- <sup>54</sup> Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2007.00540 vom 21. Mai 2008, E. 3.1 und VB.2005.00135 vom 16. November 2005.
- <sup>55</sup> Art. 11 lit. c IVöB.
- <sup>56</sup> Art. 20 BöB.
- <sup>57</sup> Fetz, a.a.O., Rz. 45.
- <sup>58</sup> Art. 26a VöB, in Kraft seit 1. Januar 2010.
- <sup>59</sup> Zum Dialogverfahren gemäss Art. 26a VöB im Einzelnen vgl. Alexis Leuthold, Verhandlungen und der neue Dialog, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Zufferey/Stöckli (Hrsg.), S. 277 ff., Rz. 16 ff.
- <sup>60</sup> Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB.
- <sup>61</sup> Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2009.00393 vom 8. September 2010.
- <sup>62</sup> Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2011.00322 vom 28. September 2011, E. 7.
- <sup>63</sup> Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2009.00393 vom 8. September 2010.
- <sup>64</sup> Einheitspreise, Pauschal- oder Globalpreise, Vergütung im Zeitaufwand etc.
- <sup>65</sup> Verwaltungsgericht Kanton St. Gallen, B 2006/25 vom 12. April 2006.
- <sup>66</sup> Verwaltungsgericht Kanton Zürich, VB.2010.0002 vom 24. Februar 2010.