pmp

SCHULUNG
ZUM VERGABERECHT

Regula Fellner
Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

PMP Rechtsanwälte AG
Birmensdorferstrasse 83
8003 Zürich

www.pmp-ra.ch

WAS ERWARTET SIE?

1. RECHTSGRUNDLAGEN UND GRUNDSÄTZE
2. GELTUNGSBEREICH DES VERGABERECHTS
3. VERFAHRENSARTEN
4. ABLAUF VON BESCHAFFUNGEN
5. INHALT VON AUSSCHREIBUNGEN
6. BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN
7. AUSSCHLUSS UND ZUSCHLAG
8. ABBRUCH UND WIDERRUF
9. RECHTSMITTELVERFAHREN
10. VERTRAGSABSCHLUSS

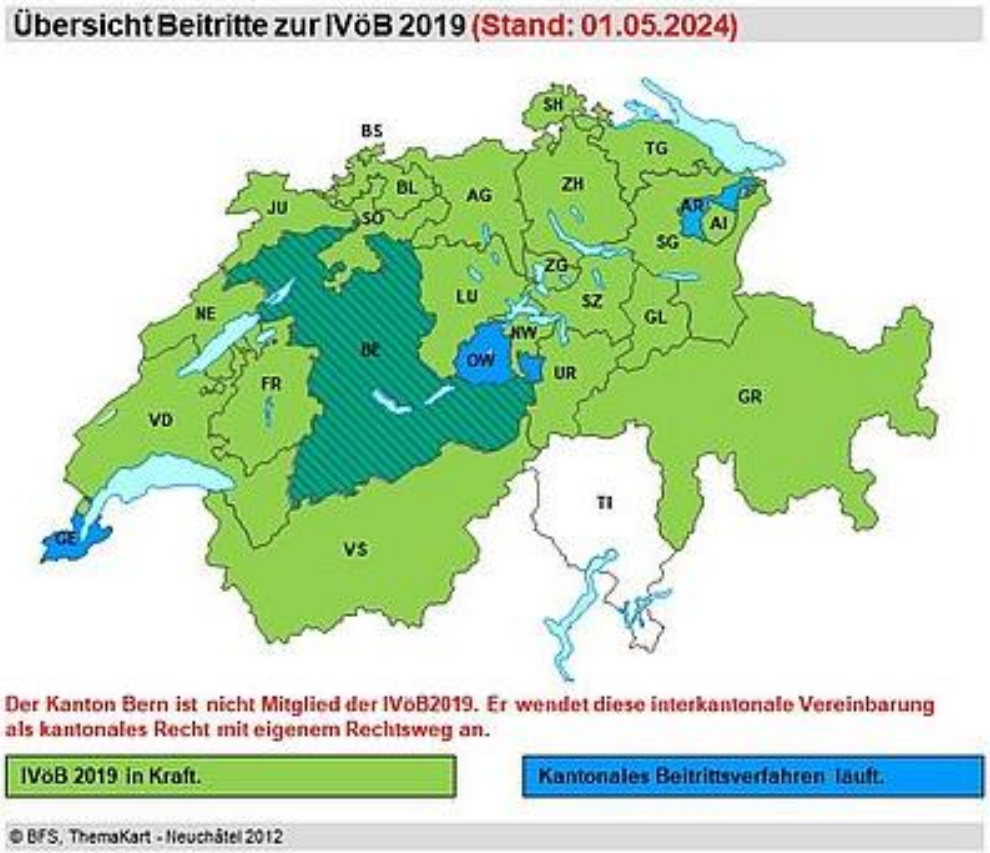
RECHTSGRUNDLAGEN UND GRUNDSÄTZE

1. Rechtsgrundlagen

	Bund	Kantone und Gemeinden
Staatsverträge	• WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (**GPA 2012**) • Bilaterales Abkommen CH-EU (**BilatA**)	• WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (**GPA 2012**) • Bilaterales Abkommen CH-EU (**BilatA**)
Bundesrecht	• Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (**BöB**) • Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (**VöB**)	• Bundesgesetz über den Binnenmarkt (**BGBM**)
Interkantonales Recht		• Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (**IVöB**)
Kantonales Recht		• Kantonale Ausführungsbestimmungen Kanton Zürich: Beitrittsgesetz (**BeiG IVöB**) und Submissionsverordnung (**SVO**)

RECHTSGRUNDLAGEN UND GRUNDSÄTZE

1. Rechtsgrundlagen



ZH: Inkrafttreten BeiG IVöB und SVO am 1. Oktober 2023

Abb.: Website der BPUK (https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019)

RECHTSGRUNDLAGEN UND GRUNDSÄTZE

2. Grundsätze / Zweck (Art. 2 und Art. 11 IVöB)

- Wirtschaftliche, ökologische und sozial nachhaltige Verwendung der öffentlichen Mittel
- Transparenzgebot (Transparenz des Vergabeverfahrens)
- Gleichbehandlungsgebot und Nichtdiskriminierung der Anbietenden
- Förderung eines wirksamen und fairen Wettbewerbs unter den Anbietenden

GELTUNGSBEREICH DES VERGABERECHTS

1. Überblick

- Subjektiver Geltungsbereich (Frage: Wer ist unterstellt?)
- Objektiver Geltungsbereich (Frage: Was ist unterstellt?)
- Schwellenwerte

GELTUNGSBEREICH DES VERGABERECHTS

2. Subjektiver Geltungsbereich (Art. 4 IVöB)

- Staatliche Behörden, zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten
- Einrichtungen des öffentlichen Rechts (Kantons-/Bezirks-/ Gemeindeebene)
  - Formel: Staatsgebunden, öffentliche Interesse, nicht-gewerbliche Tätigkeiten
  - Beispiel: Universitätsspital Zürich, Listenspitäler
- Sektorenunternehmungen (Wasser, Energie, Verkehr)
  - Beispiel: Flughafen Zürich AG, Erdgas Zürich AG
- *Ausserhalb Staatsvertragsbereich* zusätzlich: Andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben und private Auftraggeber, wenn zu vergebender Auftrag über 50% mit öffentlichen Geldern subventioniert
- Drittpersonen bei Auslagerung

GELTUNGSBEREICH DES VERGABERECHTS

3. Objektiver Geltungsbereich

- Öffentlicher Auftrag (Art. 8 Abs. 1 IVöB)
  - Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe
  - Entgeltlich (Geld oder geldwerte Vorteile)
  - Austausch von Leistung und Gegenleistung, Anbieterin erbringt charakteristische Leistung

- Auftragsarten (Art. 8 Abs. 2 IVöB)
  - Bauleistungen (Bauhaupt- und Baunebengewerbe)
    - z.B. Bauarbeiten für Hoch- und Tiefbauten (vgl. Anhang 1 BöB)
  - Lieferungen
    - Beschaffung von beweglichen Gütern (vgl. Anhang 2 BöB)
  - Dienstleistungen
    - z.B. Instandhaltung, Reparatur, Gebäudereinigung, Hausverwaltung (vgl. Anhang 3 BöB)
  - Gemischte Aufträge (sog. Schwergewichts- oder Präponderanztheorie, Art. 8 Abs. 3 IVöB)

GELTUNGSBEREICH DES VERGABERECHTS

3. Objektiver Geltungsbereich

- Übertragung öffentlicher Aufgaben/Verleihung Konzessionen (Art. 9 IVöB)
  - Bei Übertragung ausschliesslicher oder besonderer Rechte im öffentlichen Interesse gegen Entgelt
  - z.B. Bau- und Dienstleistungskonzessionen (nicht unterstellt: Sonder-nutzungskonzessionen, wenn ohne öffentliche Aufgabe)

- Ausnahmen (Art. 10 IVöB)
  - Gewerblicher Verkauf oder Wiederverkauf
  - Grundstücksgeschäfte («Grundstücksprivileg»)
  - Ausrichtung von Finanzhilfen (Subventionen)
  - (Quasi-)Inhouse-Vergaben
  - etc.

VERFAHRENSARTEN

1. Überblick

- Offenes Verfahren
- Selektives Verfahren
- Einladungsverfahren
- Freihändiges Verfahren

→ **Numerus clausus** der Vergabeverfahren: Verfahrenswahl richtet sich nach den massgebenden Schwellenwerten

VERFAHRENSARTEN

2. Offenes Verfahren (Art. 18 IVöB)

- Ablauf: Öffentliche Ausschreibung → Angebot → Prüfung/Bewertung Angebote → Zuschlag

3. Selektives Verfahren (Art. 19 IVöB)

- Ablauf: Öffentliche Ausschreibung → Teilnahmeantrag → Prüfung Teilnahmeanträge (Präqualifikationsverfahren) → Präqualifikationsentscheid → Angebot → Prüfung/Bewertung Angebote → Zuschlag
- Grundsätzlich freie Wahl zwischen offenem und selektiven Verfahren (Kriterien: Komplexität und Aufwand der Beschaffung)
- Bekanntgabe in der Ausschreibung:
  - Zahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbieter (mind. 3)
  - Kriterien zur Auswahl der Anbietenden

VERFAHRENSARTEN

4. Einladungsverfahren (Art. 20 IVöB)

- Ablauf: Einladung zur Einreichung Angebote → Angebote → Prüfung/Bewertung Angebote → Zuschlag
- Nur im Binnenbereich (Abs. 1), mind. 3 Anbietende
- Keine Ausschreibung, keine Publikation des Zuschlags

VERFAHRENSARTEN

5. Freihändiges Verfahren (Art. 21 IVöB)

- Direkte Vergabe an Anbieterin ohne öffentliche Ausschreibung

- Regelfall: **Im unterschwelligen Bereich** (Abs. 1)
  - Zuschlag ohne anfechtbare Verfügung
  - Verhandlungen über Leistungen, Preis, Vertragskonditionen zulässig
  - Einholung von Vergleichsofferten zulässig (Transparenz!)
  - Aber: Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns (Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, Treu und Glauben sowie faires Verfahren)
  - Mindestanforderungen BGBM (Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbietenden)

VERFAHRENSARTEN

5. Freihändiges Verfahren (Art. 21 IVöB)

- Ausnahme über den Schwellenwerten: **Bei Vorliegen von Freihandtatbeständen** (Abs. 2)
  - Restriktive Anwendung, nur bei sachlichen Gründen
  - Freihandtatbestände (Auswahl):
    - Kein oder kein gehöriges Angebot
    - Technische/künstlerische Besonderheiten oder Schutz geistigen Eigentums
    - Dringlichkeit
    - Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung
  - Dokumentation erforderlich (Abs. 4) und Publikation Zuschlag (im Staatsvertragsbereich) (Art. 48 Abs. 1 IVöB)
  - Beschwerdelegitimation/-gründe (Art. 56 Abs. 5 IVöB)
    - Potenzielle Anbietende
    - Rügen: Unrechtmässige Anwendung freihändiges Verfahren oder Korruption

VERFAHRENSARTEN

6. Schwellenwerte (Übersicht – Kantone und Gemeinden)

		Binnenbereich			Staatsver-tragsbereich
CHF (exkl. MWST)		Freihändiges Verfahren	Einladungs-verfahren	Offenes/selektives Verfahren	
Bauleistungen	Nebengewerbe	< 150’000	< 250’000	≥ 250’000	≥ 8’700’000*
	Hauptgewerbe	< 300’000	< 500’000	≥ 500’000	≥ 8’700’000*
Lieferungen		< 150’000	< 250’000	≥ 250’000	≥ 350’000
Dienstleistungen		< 150’000	< 250’000	≥ 250’000	≥ 350’000

* Bauwerksregel beachten

VERFAHRENSARTEN

6. Schwellenwerte (Staatsvertragsbereich)

- Schwellenwerte GPA/BilatA (Anhang 1 IVöB)

Auftraggeber		**Auftragswert CHF** (Auftragswert SZR)	
	Bauleistungen (Gesamtwert)	Lieferungen	Dienst-leistungen
Kantone	**8 700 000 CHF** (5 000 000 SZR)	**350 000 CHF** (200 000 SZR)	**350 000 CHF** (200 000 SZR)
Behörden und öffentliche Unternehmen in den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation	**8 700 000 CHF** (5 000 000 SZR)	**700 000 CHF** (400 000 SZR)	**700 000 CHF** (400 000 SZR)
Gemeinden/Bezirke	**8 700 000 CHF** (6 000 000 EURO)	**350 000 CHF** (240 000 EURO)	**350 000 CHF** (240 000 EURO)
Private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten in den Sektoren Wasser, Energie und Verkehr	**8 700 000 CHF** (6 000 000 EURO)	**700 000 CHF** (480 000 EURO)	**700 000 CHF** (480 000 EURO)
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich des Schienenverkehrs und der Gas- und Wärmeversorgung	**8 000 000 CHF** (5 000 000 EURO)	**640 000 CHF** (400 000 EURO)	**640 000 CHF** (400 000 EURO)
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich der Telekommunikation*	**8 000 000 CHF** (5 000 000 EURO)	**960 000 CHF** (600 000 EURO)	**960 000 CHF** (600 000 EURO)

VERFAHRENSARTEN

6. Schwellenwerte (Staatsvertragsbereich)

- Faustregeln für die Zuordnung
  - Schwellenwerte bestimmen die Grenze zwischen *Staatsvertrags- und Binnenbereich* (vgl. Anhänge 1 und 2 IVöB)
  - Auf kantonaler Ebene: Nur bestimmte *Auftraggeber* sind den Vorschriften im Staatsvertragsbereich unterstellt (Art. 4 Abs. 1-3 IVöB)
  - Nur *Aufträge*, die in den Anwendungsbereich des Staatsvertragsbereichs fallen, müssen nach den dort geltenden Regeln ausgeschrieben werden

- Staatsvertragsbereich bedeutet
  - Grundsatz: Nur offenes oder selektives Verfahren (oder freihändiges Verfahren bei Vorliegen von Freihandtatbestand)
  - Ausnahme: **Bagatellklausel** bei Bauaufträgen (Art. 16 Abs. 3 IVöB)

VERFAHRENSARTEN

6. Schwellenwerte (Staatsvertragsbereich)

- Staatsvertragsbereich bedeutet
  - Besondere (strengere) Vorschriften:
    - Fristen: Angebote 40 Tage / Teilnahmeanträge 25 Tage (Art. 46 Abs. 2 IVöB)
    - Ausschreibung mit Zsf. in Amtssprache WTO (Art. 48 Abs. 4 IVöB)
    - Zuschläge innert 30 Tagen zu veröffentlichen (Art. 48 Abs. 6 IVöB)
    - Ausländische Anbieter:
      - Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 6 IVöB)
      - Legitimation zur Einreichung von Rechtsmitteln (Art. 52 Abs. 3 IVöB)
    - Umfassender Rechtsschutz auch auf Bundesebene (Art. 52 Abs. 2 BöB)

VERFAHRENSARTEN

6. Schwellenwerte (Binnenbereich)

- Schwellenwerte und Verfahren im Binnenbereich (Anhang 2 IVöB)

Verfahrensarten	**Lieferungen** (Auftragswert CHF)	**Dienstleistungen** (Auftragswert CHF)	**Bauleistungen** (Auftragswert CHF)	
			Bauneben-gewerbe	Bauhaupt-gewerbe
Freihändiges Verfahren	unter 150 000	unter 150 000	unter 150 000	unter 300 000
Einladungs-verfahren	unter 250 000	unter 250 000	unter 250 000	unter 500 000
offenes/selektives Verfahren	ab 250 000	ab 250 000	ab 250 000	ab 500 000

- Bauleistungen: Unterscheidung Bauhaupt- und Baunebengewerbe
  - **Bauhauptgewerbe**: Alle Arbeiten für tragende Elemente eines Bauwerks (z.B. Baumeisterarbeiten, Maurerarbeiten, Gerüstbauarbeiten)
  - **Baunebengewerbe**: Alle übrigen Bauarbeiten (z.B. Malerarbeiten, Sanitär- und Elektroinstallationsarbeiten, Gärtnerarbeiten)

VERFAHRENSARTEN

7. Bestimmung des Auftragswerts (Art. 15 IVöB)

- Schätzung des voraussichtlichen Auftragswerts
- Massgebend ist die Gesamtheit der auszuschreibenden Leistungen oder Entgelte
- Alle Bestandteile der Entgelte sind einzurechnen (Folgeaufträge, Optionen, Prämien, Gebühren etc.), aber ohne MWST
- **Zerstückelungsverbot**: Ein örtlich, sachlich, zeitlich oder rechtlich zusammenhängender Auftrag darf nicht aufgeteilt werden (keine «Salamitaktik»)

VERFAHRENSARTEN

7. Bestimmung des Auftragswerts (Art. 15 IVöB)

- Bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit: Entgelt über bestimmte Laufzeit (inkl. Verlängerungsoptionen)
  - Bestimmte Laufzeit darf i.d.R. 5 Jahre nicht übersteigen, in begründeten Fällen längere Laufzeit zulässig
- Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit: Monatliches Entgelt x 48
- Bei Verträgen mit wiederkehrend benötigten Leistungen: Gesamtwert während 12 Monaten

VERFAHRENSARTEN

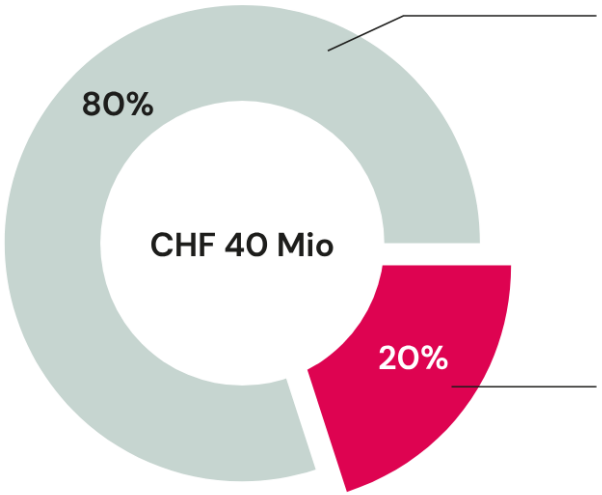
7. Bestimmung des Auftragswerts (Bauwerksregel)

- Spezialregelung für Bauleistungen (Art. 16 Abs. 3 IVöB)
  - Grundsatz: Gesamtwert aller Bauleistungen für Bauwerk über CHF 8.7 Mio. (Schwellenwert Staatsvertragsbereich) → Regeln Staatsvertragsbereich gilt für Vergabe aller Einzelleistungen → offenes oder selektives Verfahren
  - Ausnahme: **Bagatellklausel**
    - Voraussetzungen:
      - Einzelleistungen: < CHF 2 Mio.
      - Wert aller Einzelleistungen: ≤ 20% Gesamtwert Bauwerk

VERFAHRENSARTEN

7. Bestimmung des Auftragswerts (Bauwerksregel)

- Spezialregelung für Bauleistungen (Art. 16 Abs. 3 IVöB)
  - Ausnahme: **Bagatellklausel**
    - Beispiel (Bauvorhaben mit Gesamtsumme der Bauaufträge von CHF 40 Mio.)



Staatsvertragsbereich (CHF 32 Mio)

Die Vergaben haben nach den Regeln des Staatsvertragsbereichs zu erfolgen, also im offenen, selektiven oder evtl. freihändigen Verfahren nach Art. 21 Abs. 2 BöB/IVöB. Ebenfalls nach den Regeln des Staatsvertragsbereichs müssen jene «Kleinaufträge» vergeben werden, die in der Bagatellklausel (also in den CHF 8 Mio.) keinen Platz mehr haben.

Bagatellklausel
Regeln des Nicht-Staatsvertragsbereich (CHF 8 Mio)

Für 20% der gesamten Bausumme, also für max. CHF 8 Mio., können Vergaben nach den Regeln des Nicht-Staatsvertragsbereichs erfolgen. Ein solcher «Bagatellklauselauftrag» darf im Einzelnen CHF 2 Mio. nicht überschreiten.

Abb.: TRIAS, Leitfaden für öffentliche Beschaffungen

VERFAHRENSARTEN

7. Bestimmung des Auftragswerts (Bauwerksregel)

- Ausnahme: **Bagatellklausel**
  - Auswirkungen: Privilegien Binnenbereich (z.B. Verfahrensart pro Einzelleistung gemäss Schwellenwerte Binnenbereich, kürzere Fristen, keine Zusammenfassung in WTO-Amtssprache), aber ≠ Vergaberechtsfreiheit!
  - Konstante Überprüfung der Anwendung der Bagatellklausel durch die Auftraggeberin: Planung und Kostenkontrolle

ABLAUF VON BESCHAFFUNGEN

1. Vorbereitung: Insb. Analyse/Bedarfsermittlung, Definition Beschaffungsgegenstand, Termin-/Ressourcenplanung, Auftragswert, Verfahrenswahl

2. Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen

3. Veröffentlichung (www.simap.ch und Amtsblatt)

4. Eingang und Öffnung der Angebote

5. Offertöffnungsprotokoll

6. Prüfung und Bewertung der Angebote

7. Ausschlüsse und Zuschlag (Verfügungen)

8. Vertragsabschluss

INHALT VON AUSSCHREIBUNGEN

1. Ausschreibungsunterlagen (Überblick)

- Allgemeine Submissionsbedingungen:
  Mindestanforderungen/Teilnahmebedingungen, Fristen, Eignungs- und Zuschlagskriterien, Optionen, Varianten, Losaufteilung, Rahmenverträge etc.

- Leistungsverzeichnis/Pflichtenheft
  - Detaillierte/funktionale Ausschreibungen
  - Technische Spezifikationen

- Formulare, Referenzen, Selbstdeklaration

- Vertragsdokumente (Entwürfe), AGB

- Angaben zu verlangten Garantien/Bürgschaften

- etc.

INHALT VON AUSSCHREIBUNGEN

2. Teilnahmebedingungen (Art. 26 IVöB)

- Allg. Bedingungen für Zulassung zum Vergabeverfahren
- Art. 12 IVöB: Einhaltung von Arbeitsbedingungen, Gleichbehandlung von Frau und Mann, Arbeits- und Umweltschutzbestimmungen etc. (gilt auch für Subunternehmer, vom Anbieter vertraglich sicherzustellen)
- Nichteinhaltung führt zu Ausschluss!

3. Technische Spezifikationen (Art. 30 IVöB)

- Merkmale des Beschaffungsgegenstands: Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren
- Keine Marken/technische Angaben; wenn Beschrieb nicht anders möglich: Zusatz «oder gleichwertig» (Abs. 3)
- Nichteinhaltung von zwingenden technischen Spezifikationen führt zu Ausschluss!

INHALT VON AUSSCHREIBUNGEN

4. Eignungskriterien (Art. 27 IVöB)

- Abschliessende Bekanntgabe in der Ausschreibung
- *Anbieterbezogene* Kriterien: Beschreibung der Anforderungen, welche an die Anbietenden gestellt werden, insb. in Bezug auf die fachliche, technische, organisatorische, wirtschaftliche oder finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbietenden
- Abgrenzung zu den Zuschlagskriterien (Doppelprüfung unzulässig, aber «Mehreignung» möglich)
- EK müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein
- Nachweise an EK festlegen und vorgängig bekanntgeben

INHALT VON AUSSCHREIBUNGEN

4. Eignungskriterien (Art. 27 IVöB)

- Beispiele:
  - Erfahrung des Unternehmens oder der Schlüsselperson mit der Projektierung/Realisierung von vergleichbaren Aufträgen (3 vergleichbare Referenzobjekte, nicht älter als 5 Jahre, Erfüllungsgrad 100%)
  - Genügend personelle Ressourcen (Angaben zu Mitarbeitenden: Anzahl, Funktion, Ausbildung)
  - Leistungsfähige Organisation, die eine termingerechte/fachlich einwandfreie Auftragserledigung ermöglicht (Organigramm und Beschrieb der Organisation des Anbietenden, QM-Zertifikat oder Beschrieb des eigenen, gleichwertigen QM-Systems)
  - Ausreichende technische Ausstattung des Maschinenparks

INHALT VON AUSSCHREIBUNGEN

5. Zuschlagskriterien (Art. 29 IVöB)

- Abschliessende Bekanntgabe der Zuschlagskriterien (inkl. Unterkriterien) und deren Gewichtung in der Ausschreibung (Abs. 3)

- *Angebotsbezogene* Kriterien: Bewertung des Angebots (und nicht der Anbieter) → vorteilhaftestes Angebot

- ZK müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein

- Mögliche Zuschlagskriterien: Preis, Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, Funktionalität, Fachkompetenz etc. (Abs. 1)

INHALT VON AUSSCHREIBUNGEN

5. Zuschlagskriterien (Art. 29 IVöB)

- Beispiele:
  - Qualität: Technisch überzeugender Vorschlag (konstruktive Lösung, Funktionalität, Ablauf etc.), Einsatz von qualifiziertem Schlüsselpersonal (Ausbildung/Berufserfahrung, Referenzen, Kapazität/Verfügbarkeit), PQM
  - Zweckmässigkeit: Auftragsanalyse, Projektorganisation
  - Termine: Bauprogramm, Personalkapazitäten, Referenzen
  - Wirtschaftlichkeit: Auftragsanalyse, Projektorganisation, PQM
  - Nachhaltigkeit (Gesellschaft, Wirtschaft, Umwelt): Transparente Lieferketten, kontrollierte Produkteherkunft, Lebenszykluskosten, produktbezogene Innovationskriterien, Wahl umweltschonender und kreislauffähiger Materialien, energieeffizienter Lösungen)
  - Plausibilität des Angebots: Plausibilität einzelner Angebotsbestandteile
  - Funktionalität: Auftragsanalyse, PQM
  - Fachkompetenz: Erfahrung des Anbieters/der Schlüsselpersonen mit gleichartigen Aufträgen (Referenzobjekte)

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

1. Ablauf (Überblick)

- Offertöffnung
- Formelle Prüfung der Angebote → Ausschluss
- Inhaltliche Prüfung der Angebote → Ausschluss
- Bewertung der Angebote → Zuschlag

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

2. Offertöffnung (Art. 37 IVöB)

- Im offenen/selektiven Verfahren und im Einladungsverfahren: Öffnung der Angebote durch mind. 2 Vertreter des Auftraggebers

- Protokoll: Namen der anwesenden Personen, Namen der Anbieter, Datum der Einreichung ihrer Angebote, allfällige Angebotsvarianten, Gesamtpreise der Angebote

- Auf Verlangen der Anbietenden bzw. spätestens nach der Zuschlagserteilung: Einsicht in das Protokoll

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

3. Formelle Prüfung (Art. 38 IVöB)

- Einhaltung der Formerfordernisse: Eingabefrist (hohe Formstrenge!), Unterschrift durch unterzeichnungsberechtigte Personen, Vollständigkeit des Angebots/der Teilnahmeanträge, Einhaltung von weiteren Verfahrensregeln (obligatorische Besichtigungstermine etc.) → ggf. Ausschluss!

- Einhaltung der Teilnahmebedingungen (Art. 12 IVöB) → Nichteinhaltung führt zu Ausschluss!

- Abänderung der Ausschreibungsunterlagen (z.B. andere Zahlungsbedingungen), Anbringen von Vorbehalten (z.B. Teuerungsausschluss) → strenge Praxis der Vergabestellen: Ausschluss!

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

4. Inhaltliche Prüfung

- Einhaltung der Mindestanforderungen und zwingenden technischen Spezifikationen → Nichteinhaltung führt zu Ausschluss!

- **Prüfung EK** → EK sind Ausschlusskriterien: Nichteinhaltung von EK führt zu Ausschluss!
  Beachte: EK müssen im Zeitpunkt Zuschlagserteilung erfüllt sein (ausser, Vergabestelle sieht in Ausschreibung etwas anderes vor)

- Technische und rechnerische Prüfung (Art. 38 IVöB):
  - Grundsatz der Unabänderlichkeit von Angeboten.
  - Ausnahme: **Korrektur von offensichtlichen Rechnungsfehlern** und Einholung von **Erläuterungen/Unternehmergespräch** (Aber: Keine Anpassung/Ergänzung des Angebots) → Dokumentation

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

4. Inhaltliche Prüfung

- **Bereinigung/technische Verhandlung** (Art. 39 IVöB):
  - «Hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung»
  - Voraussetzungen:
    - Klärung notwendig, um Angebote vergleichbar machen zu können
    - (Unwesentliche) Leistungsänderungen sind sachlich geboten. Aber: Keine Veränderung der charakteristischen Leistung oder des potenziellen Anbieterkreises
  - Aufforderung zur **Preisanpassung** unter diesen Vss. zulässig (soweit Ergebnisse der Bereinigung Auswirkungen auf die Preiskalkulation haben und bei Beachtung Gleichbehandlungs- und Transparenzgeboten)
  - Aber: Reine Preisverhandlungen nach wie vor nicht erlaubt (**Verbot von «Abgebotsrunden»**, Art. 11 lit. d IVöB)
  - Dokumentation/Protokoll

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

4. Inhaltliche Prüfung

- **Ungewöhnlich niedrige Angebote** (Abs. 3):
  - Anbietende können ihre Offertpreise grundsätzlich frei kalkulieren
  - Aber: Bei ungewöhnlich niedrigem Angebot sind «zweck-dienliche Erkundigungen» einzuholen, ob Teilnahmebedin-gungen eingehalten sind und die Vergabeanforderungen erfüllt werden können
  - Bestehen begründete Zweifel, dass die verlangte Leistungs-erbringung zum angebotenen Preis erbracht werden kann → Ausschluss!

- **Spekulationsangebote** (z.B. Verschiebung von Kostenteilen aus Einheitspreisen in Pauschalpreisposition) → ggf. Ausschluss!

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

4. Bewertung der Angebote (Art. 40 IVöB)

- Prüfung nach den Zuschlagskriterien: «Vorteilhaftestes Angebot» nach Massgabe der ZK erhält den Zuschlag

- Grundsatz der Transparenz: Vergabestelle ist an die bekanntgegebenen ZK und deren Gewichtung gebunden

- Bewertungssystem:
  - Einheitliche Bewertungsskala: Verwendung unterschiedlicher Notenskalen ist unzulässig (Verfälschung der Gewichtung)
  - Punktezuteilung ist zu begründen (Notenskala/Abstufungen)
  - Tipp: Bewertungsmatrix vorab erarbeiten

- «**Short-List**» (Abs. 2): Auswahl 3 bestrangierte Angebote und Bewertung nur dieser Angebote, soweit in Ausschreibung vorgesehen und erheblicher Aufwand bei umfassender Bewertung

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

4. Bewertung der Angebote (Art. 40 IVöB)

- Beispiel: Notenskala

Note	Bezogen auf Erfüllung der Kriterien	Bezogen auf Qualität der Angaben	Bezogen auf Plausibilität des Angebotes
0	nicht beurteilbar	keine Angaben	nicht bewertbar
1	sehr schlecht erfüllt	ungenügende, unvollständige Angaben	unplausibles Angebot
2	schlecht erfüllt	Angaben ohne ausreichenden Bezug zum Projekt	unplausible Angaben
3	**erfüllt**	**durchschnittliche Qualität, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend**	**im Wesentlichen plausibles Angebot**
4	gut erfüllt	qualitativ gut	überwiegend plausibles Angebot
5	sehr gut erfüllt	qualitativ ausgezeichnet, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung	sehr transparentes Angebot

Abb.: Leitfaden der KBOB zur Beschaffung von Gesamtleistungen vom 18. November 2021, Ziff. 7.2.1

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

4. Bewertung der Angebote (Art. 40 IVöB)

- **Referenzen**
  - Nur Referenzauskünfte einholen und bewerten, wenn in Ausschreibung Nachweise dazu verlangt wurden
  - Nur Referenzen prüfen, die Anbietende im Angebot aufgeführt haben, keine «Erkundigungstouren»
  - Massstab der Bewertung und Anzahl der Referenzen bei allen Anbietenden gleich (identischer Fragekatalog)
  - Bewertung eigener Referenzen zulässig, soweit Objektivität und Vergleichbarkeit gewährleistet (nur ergänzend, nicht ausschliesslich)
  - Telefongespräch: Schriftlich in Aktennotiz festhalten, insb. Angaben zu Referenzpersonen, Inhalt der Auskunft, Zeitpunkt der Anfrage/ Auskunft
  - Bietergemeinschaften und Subunternehmer: Festlegen, wer welche Referenzen vorlegen muss

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

4. Bewertung der Angebote (Art. 40 IVöB)

- **Varianten** (Art. 33 Abs. 1 IVöB)
  - Variante = Angebot, das von vorgeschlagener Amtslösung abweicht
  - Zulässigkeit von Varianten, soweit nicht in den Ausschreibungsunterlagen eingeschränkt/ausgeschlossen. Einreichung Grundangebot zwingend!
  - Formen:
    - Projektvariante: Abweichung bezüglich Leistung
    - Ausführungsvariante: Abweichung bezüglich Ausführung
    - «Vergütungsvariante» ist grundsätzlich unzulässig (ausser, Vergleichbarkeit ist gewährleistet und in Ausschreibung vorgesehen)
  - Gleichwertigkeit der Variante muss von Anbietenden nachgewiesen werden
  - Vergabestelle muss zulässige Variante prüfen: Grosses Ermessen bei Beurteilung → Ausschluss oder Berücksichtigung (Zuschlagserteilung)

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

4. Bewertung der Angebote (Art. 40 IVöB)

- **Preisbewertung:**
  - Grundsatz: Preislich tiefstes (gültiges) Angebot ist stets am besten zu bewerten
  - Gewichtung: Prozent der Gesamtpunktzahl aller Kriterien
    - Mindestgewichtung von 20% (Untergrenze bei komplexen Beschaffungen) bzw. von 60% (Untergrenze bei einfachen, weitestgehend standardisierten Leistungen)
  - Preisbewertungsmethode: Lineare Preisbewertung
    - Vorgängige Bekanntgabe nicht erforderlich, aber je ungewöhnlicher die gewählte Preisspanne, desto bessere Begründung!
    - Orientierung an realistischerweise zu erwartenden Angebotspreisen und Preisspanne muss Gewichtung des Preises Rechnung tragen
    - 30 – 50% bei einfachen Bauleistungen/Lieferungen und 75 – 100% bei Dienstleistungen und komplexen Leistungen

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

4. Bewertung der Angebote (Art. 40 IVöB)

- **Preisbewertung:**
  - Preisbewertungsmethode: Lineare Preisbewertung

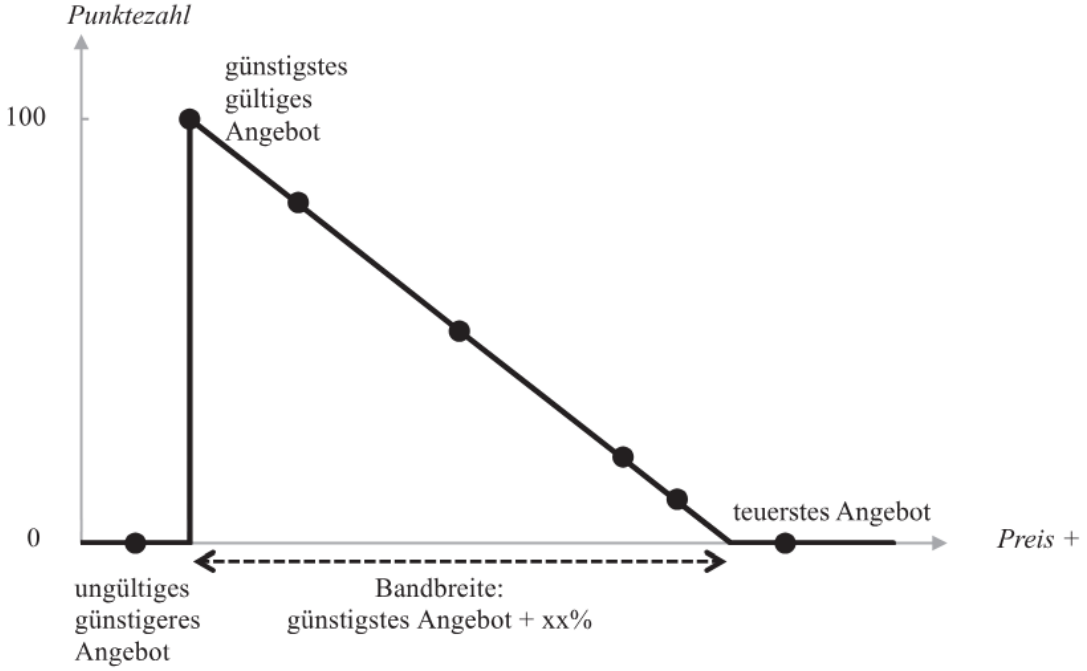


Abb.: Claudia Schneider Heusi, Die Bewertung des Preises, Rz. 50

BEHANDLUNG VON ANGEBOTEN

4. Bewertung der Angebote (Art. 40 IVöB)

- **Preisbewertung:**
  - Preisbewertungsmethode: Lineare Preisbewertung
    - Formel:

$$\frac{\text{Tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne} - \text{beurteiltes Angebot}}{\text{Tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne} - \text{tiefstes Angebot}} = \text{Gewichtung}$$

    - Beispiel (Preisspanne von 50%, 0-5 Punkte):

A1: CHF 1 Mio. → 5 Pkt. (Preisspanne: CHF 0.5 Mio.)

A2: CHF 1.2 Mio. → 3 Pkt. (1 Mio. + 0.5 Mio. – 1.2 Mio.) / 0.5 Mio. = 0.6 x 5)

A3: CHF 1.3 Mio. → 2 Pkt. (1 Mio. + 0.5 Mio. – 1.3 Mio.) / 0.5 Mio. = 0.4 x 5)

A4: CHF 1.6 Mio. → 0 Punkte («0-Punkt» liegt bei 1.5 Mio.)

AUSSCHLUSS UND ZUSCHLAG

1. Ausschluss (Art. 44 IVöB)

- Bei Vorliegen von **Ausschlussgründen**, insb.:
  - Nichteinhaltung von wesentlichen Formvorschriften
  - Nichterfüllung von Teilnahmebedingungen
  - Wesentliche Abweichung von verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung (Nichterfüllung von Muss-Kriterien oder Eignungskriterien)
  - Pfändungs- oder Konkursverfahren
  - Mangelhafte Erfüllung früherer öffentlicher Aufträge
  - Unzulässige Vorbefassung
  - Ungewöhnlich tiefes Angebot oder Spekulationsofferte
  - etc.
- Erlass einer anfechtbaren Verfügung (Ausschlussverfügung) oder gleichzeitig mit Zuschlagserteilung

AUSSCHLUSS UND ZUSCHLAG

2. Zuschlag (Art. 41 IVöB)

- Zuschlag an das nach Massgabe der ZK «**vorteilhafteste Angebot**»
- Erlass einer anfechtbaren Verfügung (Zuschlag und Absage-schreiben)
- Publikation Zuschlag im offenen/selektiven Verfahren (auch im Binnenbereich) und freihändig erteilte Zuschläge im Staatsvertragsbereich

AUSSCHLUSS UND ZUSCHLAG

3. Eröffnung von Verfügungen (Art. 51 IVöB)

- Eröffnung durch Publikation *oder* individuelle Zustellung (Abs. 1)
- Rechtsmittelbelehrung
- Formalitäten beachten (Zuständigkeiten/Kompetenzen)!
- **Summarische Begründung** (Abs. 2)
  - Verfahrensart
  - Name der Zuschlagsempfängerin
  - Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots
  - Massgebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots
  - Bei freihändiger Vergabe: Gründe nennen

AUSSCHLUSS UND ZUSCHLAG

3. Eröffnung von Verfügungen (Art. 51 IVöB)

- **Summarische Begründung** (Abs. 2)
  - Beispiel:
    «Es gingen insgesamt [Anzahl] gültige Angebote ein, welche anhand der bekanntgegebenen Zuschlagskriterien bewertet wurden. Diese Bewertung zeigte, dass das Angebot der [Zuschlagsempfängerin] die Zuschlagskriterien am besten erfüllt und das vorteilhafteste Angebot darstellt. 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 IVöB)]

AUSSCHLUSS UND ZUSCHLAG

4. Debriefing

- Möglichst rasch, innerhalb Rechtsmittelfrist

5. Rechtliches Gehör und Akteneinsicht Beispiel:

- Kein Anspruch auf rechtliches Gehör vor Eröffnung der Verfügung (Art. 51 Abs. 1 IVöB)
- Kein Anspruch auf Akteneinsicht im Vergabeverfahren (Art. 57 Abs. 1 IVöB)
- Grundsatz: Vertraulichkeit der Informationen der Anbietenden

ABBRUCH UND WIDERRUF

1. Verfahrensabbruch (Art. 43 IVöB)

- Bei hängigem Vergabeverfahren vor Zuschlagserteilung oder nach vorgängigem Widerruf des Zuschlags

- Voraussetzungen (sachliche Gründe):
  - Definitiver Verfahrensabbruch (Verzicht auf Beschaffung)
  - Kein zulässiges/gültiges Angebot
  - Veränderte Rahmenbedingungen
  - Keine wirtschaftliche Beschaffung oder deutliche Überschreitung des Kostenrahmens
  - Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabrede
  - Wesentliche Bedarfsänderung

- **Teilabbruch**: Auftraggeber verzichtet (nur) auf einen Teil der ausgeschriebenen Leistung. Grenze: Wesentliche Reduktionen erfordern den (Gesamt-)Abbruch bzw. eine Neuausschreibung

ABBRUCH UND WIDERRUF

1. Verfahrensabbruch (Art. 43 IVöB)

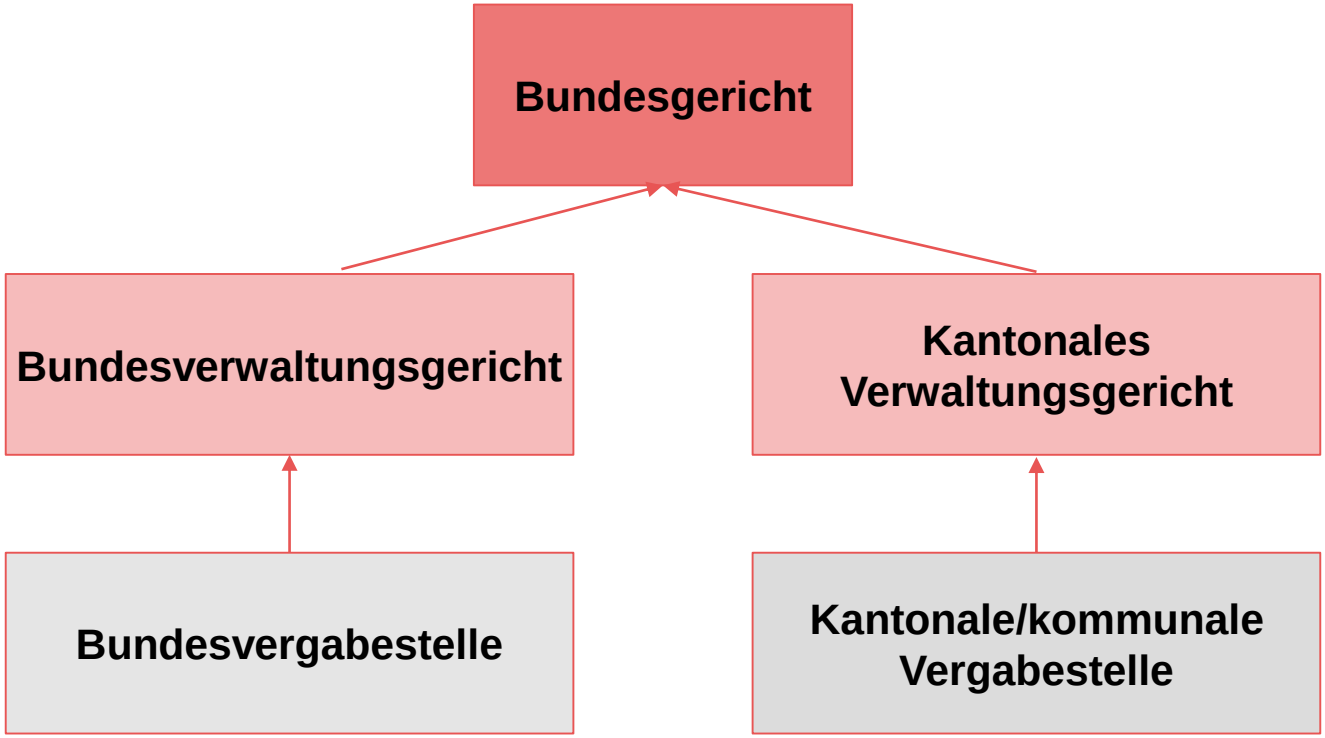
- Vorgehen: Anfechtbare Verfügung und Publikation (im offenen/selektiven Verfahren) → Rechtsmittel
  - Erweist sich ein (prov.) Abbruch mangels sachlichen Gründen als vergaberechtswidrig: Fortführung des Vergabeverfahrens. Ist Vertragsabschluss bereits erfolgt: Schadenersatz
  - Bei gerechtfertigtem Abbruch: Kein Anspruch auf Entschädigung

2. Widerruf (Art. 44 IVöB)

- Vor Abbruch des Verfahrens oder bei nachträglicher Feststellung eines Ausschlussgrundes (vor Vertragsabschluss)
- Gründe dürfen bei Zuschlagserteilung nicht bekannt gewesen sein
- Vorgehen: Anfechtbare Verfügung und Publikation → Rechtsmittel

RECHTSMITTELVERFAHREN

1. **Beschwerdeverfahren im Bund/kantonale Beschwerdeverfahren**



RECHTSMITTELVERFAHREN

1. Beschwerdeverfahren im Bund/kantonale Beschwerdeverfahren

- Auf Bundesebene: Begrenzter Rechtsschutz
  - Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs: Nur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheids (Art. 52 Abs. 2 BöB) → Zuschlagserteilung kann nicht erstritten werden
  - Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht vorgesehen (Art. 54 Abs. 2 BöB)
  - Beschwerde nur bei Mindestwert (bei Lieferungen/Dienstleistungen ab CHF 150'000 und bei Bauleistungen ab CHF 2 Mio.)

- Auf kantonaler Ebene:
  - Umfassender Rechtsschutz (muss mind. ab Auftragswert für Einladungsverfahren gewährleistet sein)
  - Aber: Legitimation ausländischer Anbieter nur im Staatsvertragsbereich (gilt auch im Bund)

RECHTSMITTELVERFAHREN

2. Beschwerdeobjekte (Art. 53 IVöB, abschliessend)

- Ausschreibung des Auftrags (Veröffentlichung auf simap.ch)
- Präqualifikationsentscheid (im selektiven Verfahren)
- Entscheid über die Aufnahme/Streichung in/aus ein Verzeichnis
- Entscheid über Ausstandsbegehren
- Zuschlag
- Abbruch und Widerruf des Zuschlags
- Ausschluss aus dem Vergabeverfahren
- Verhängung einer Sanktion

RECHTSMITTELVERFAHREN

3. Erstinstanzliches Verfahren (auf kantonaler Ebene)

- Beschwerdefrist (neu): 20 Tage ab Eröffnung der Verfügung, keine Gerichtsferien (Art. 56 Abs. 1 und 2 IVöB)

- Anträge und Begründung (Art. 56 Abs. 1 IVöB): Strenge Rüge-/ Substanziierungspflichten!

- Beschwerdegründe (Art. 56 Abs. 3 IVöB):
  - Rechtsverletzungen (inkl. Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens)
  - Unrichtige/unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts
  - Keine Überprüfung der Unangemessenheit (Art. 56 Abs. 4 IVöB)

RECHTSMITTELVERFAHREN

3. Erstinstanzliches Verfahren (auf kantonaler Ebene)

- Legitimation:
  - Realistische Chance auf Zuschlag oder
  - Wiederholung des Vergabeverfahrens

- Verfahrensbeteiligte:
  - Beschwerdeführende Anbieterin
  - Vergabestelle (Vorinstanz)
  - Ggf. Zuschlagsempfängerin (Mitbeteiligte) → Kostenrisiko

- **Aufschiebende Wirkung** (Art. 54 IVöB)
  - Keine aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen
  - Aber: Auf Gesuch des Beschwerdeführers hin, wenn
    - Beschwerde ausreichend begründet
    - Keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen

    → **Standstill**: Vertragsabschluss (noch) nicht möglich

RECHTSMITTELVERFAHREN

3. Erstinstanzliches Verfahren (auf kantonaler Ebene)

- **Recht auf Akteneinsicht** im Beschwerdeverfahren (Art. 57 Abs. 2 IVöB)
  - Bewertung des eigenen Angebot
  - Weitere entscheidrelevante Verfahrensakten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interesse entgegenstehen

- Verfahrensablauf:
  - Verfahren richtet sich nach dem Verfahrensrecht des jeweiligen Kantons (ZH: Verwaltungsrechtspflegegesetz VRG)
  - Untersuchungsmaxime und Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen, aber: Mitwirkungspflichten der Parteien
  - I.d.R. zwei Schriftenwechsel (Beschwerde/Beschwerdeantwort und Replik/Duplik), zusehends mehr

RECHTSMITTELVERFAHREN

3. Erstinstanzliches Verfahren (auf kantonaler Ebene)

- Beschwerdeentscheid (Art. 58 IVöB)
  - Entscheid in der Sache selbst (z.B. Zuschlagserteilung)
  - Rückweisung an Vergabestelle mit verbindlichen Anweisungen (z.B. Neubeurteilung oder Neudurchführung Vergabeverfahren)
  - Feststellung Rechtswidrigkeit und gleichzeitiger Entscheid über allfälliges Schadenersatzbegehren (falls Zuschlag bereits erteilt wurde)
  - Nichteintreten (z.B. bei fehlender Legitimation oder verpasster Beschwerdefrist)
  - Abweisung der Beschwerde
  - Kostenfolgen

RECHTSMITTELVERFAHREN

4. Beschwerde ans Bundesgericht

- **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten**
  - Restriktive Eintretensvoraussetzungen (Art. 83 lit. f BGG):
    - Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung *und*
    - Geschätzter Wert des zu vergebenden Auftrags muss massgebende Schwellenwerte nach BöB erreichen (Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4 Ziff. 2 BöB)
  - Beschwerdefrist: 30 Tage, keine Gerichtsferien
  - Keine aufschiebende Wirkung, kein «Standstill» während Rechtsmittelfrist → Vergabestelle muss laufende Beschwerdefrist nicht abwarten, um Vertrag abzuschliessen!

- **Subsidiäre Verfassungsbeschwerde** (Art. 113 ff. BGG)
  - Nur Verletzung der Verfassungsgarantien
  - Qualifizierte Rüge-/Substantiierungspflicht

VERTRAGSABSCHLUSS

1. Rechtsnatur (Zweischichtentheorie)

- Vergabeverhältnis ist öffentlich-rechtlicher Natur, enthält aber auch privatrechtliche Elemente (Vertragsanbahnungsverhältnis, Beurteilung Angebot aus privatrechtlicher Sicht)

- Mit rechtskräftig erteiltem Zuschlag wird (öffentlich-rechtliches) Vergabeverfahren beendet: Abschlusserlaubnis für Vertragsabschluss → privatrechtliches Verhältnis

2. Zulässigkeit des Vertragsabschlusses im kantonalen Verfahren (Art. 42 IVöB)

- Grundsatz:
  - Nach unbenutztem Ablauf der Beschwerdefrist oder
  - wenn aufschiebende Wirkung vom Gericht nicht erteilt wird oder wieder entzogen wird (Art. 42 Abs. 1 IVöB)

VERTRAGSABSCHLUSS

2. Zulässigkeit des Vertragsabschlusses im kantonalen Verfahren (Art. 42 IVöB)

- Nach Entscheid auf Abweisung oder Nichteintreten:
  - Umgehend, Frist für Rechtsmittel an BGer muss nicht abgewartet werden (kein «Standstill»)
  - Aber:
    - Vorbehalt Rechtsmissbrauchsverbot
    - Bei Beschwerde (und entsprechendem Antrag) eröffnet BGer superprovisorische Verfügung → «Standstill»
  - Vertragsabschluss: Schriftliche Mitteilung ans Gericht. Risiko Kostenauflage!

- Unzulässig verfrüht abgeschlossener Vertrag: Ggf. Anweisung des Gerichts an Vergabestelle zur Vertragsauflösung

VERTRAGSABSCHLUSS

3. Negative Bindung: Keine Pflicht zum Vertragsabschluss

4. Vertragsanpassungen und -ergänzungen

- Grundsatz: Verbot wesentlicher Änderungen
  - Wesentliche Änderungen: Änderungen, die Ergebnis des Vergabeverfahrens in Frage stellen (andere Bewertung/Rangfolge, Veränderung Anbieterkreis)
  - Beispiel: Wechsel von massgebenden Schlüsselpersonen (soweit Eignung in Frage steht), nachträgliche (einseitige) Berücksichtigung der Teuerungsklausel
- Ausnahmen:
  - Unwesentliche Änderungen (z.B. Detailregelungen, Konkretisierungen, Änderung von Nebenpunkten)
  - In der Ausschreibung vorgesehene Änderungen (z.B. Optionen, Alternativen, Recht zur Bestellungsänderung)

VERTRAGSABSCHLUSS

5. Vertragsauflösung

- Vergaberecht kommt grs. nicht mehr zur Anwendung, Vertragsauflösung nach vertraglichen/privatrechtlichen Bestimmungen

FRAGEN?

pmp

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT

PMP Rechtsanwälte AG

Birmensdorferstrasse 83

8003 Zürich

+41 43 544 74 44

kanzlei@pmp-ra.ch

www.pmp-ra.ch

Regula Fellner