pmp

ZWEI JAHRE ERFAHRUNG MIT DER REVIDIERTEN IVÖB

Regula Fellner
Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

PMP Rechtsanwälte AG
Birmensdorferstrasse 83
8003 Zürich
www.pmp-ra.ch

WAS ERWARTET SIE?

A. Einleitendes

Wichtige Neuerungen der IVöB

B. Aus der Praxis

1. Änderungen der Ausschreibung
2. Vorbefassung
3. Ausschluss
4. Rahmenverträge
5. Freihändige Vergabe
6. Sanktionen

C. Fragen und Diskussion

A. EINLEITENDES

Wichtige Neuerungen der IVöB

- Neue Instrumente, z.B. Rahmenverträge (Art. 25 IVöB)
- Nachhaltigkeit: Als Teilnahmebedingung (Art. 26 IVöB), technische Spezifikation (Art. 30 Abs. 3 IVöB) und Zuschlagskriterium (Art. 29 Abs. 1 IVöB)
- Technische Verhandlungen: Bereinigung der Angebote u.a. bei Leistungsänderungen (Art. 39 IVöB)
- Sanktionen: Vergabesperre (Art. 45 Abs. 1 IVöB)

B. AUS DER PRAXIS

1. Änderungen der Ausschreibung

- Grundsatz: Stabilität der Ausschreibung

- Änderungen *während der Ausschreibung*:
  Auch wesentliche Änderungen möglich → Beachtung des Transparenzgebots und Gleichbehandlungsgrundsatzes (ggf. Verlängerung der Angebotsfrist)

- *Nachträgliche Änderungen* als Ausnahmen:
  Leistungsänderungen → Bereinigung der Angebote
  (Art. 39 IVöB; VG BE 100.2024.8U und VG ZH VB.2024.00136)

- Abgrenzung: Geplante Änderungen (insb. ausgeschriebene Änderungsmöglichkeiten wie Optionen, Recht zur Bestellungsänderung etc.)

B. AUS DER PRAXIS

1. Änderungen der Ausschreibung

- Leistungsänderungen, wenn (Art. 39 Abs. 2 lit. b IVöB):
  - «objektiv und sachlich geboten»
  - keine wesentlichen Änderungen
    - Veränderung des Anbieterkreises
    - Veränderung der charakteristischen Leistung

- Preisanpassungen zulässig (Art. 39 Abs. 3 IVöB), aber Verbot von Abgebotsrunden (Art. 11 lit. d IVöB)

- Ermessensspielraum der Vergabestelle, aber sorgfältige Umsetzung (Einhaltung der Vergabegrundsätze, Protokollierungspflicht nach Art. 39 Abs. 4 IVöB)

- Bei *wesentlichen* Änderungen: Abbruch (Art. 43 Abs. 1 lit. f IVöB) und Neuausschreibung

B. AUS DER PRAXIS

2. Vorbefassung

- Beteiligung an Vorbereitung des Vergabeverfahrens *und* nicht ausgleichbarer Wettbewerbsvorteil (Art. 14 Abs. 1 IVöB)

- Ausgleichsmassnahmen (Art. 14 Abs. 2 IVöB):
  - Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten
  - Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten
  - Verlängerung der Mindestfristen

- Blosser Anschein eines Wettbewerbsvorteils genügt nicht → Beweislast?

- Ausschluss als ultima ratio (vgl. BVGer B-1714/2022) und Ausschluss darf wirksamen Wettbewerb nicht gefährden (Art. 14 Abs. 1 IVöB)

B. AUS DER PRAXIS

2. Vorbefassung

- Zulässiger Wissensvorsprung: Marktabklärung (RFI), aber Bekanntgabe der Ergebnisse (Art. 14 Abs. 3 IVöB)

- «Qualifizierte» Beteiligung: Planung und Projektierung der Ausschreibung, Erstellung der Ausschreibungsunterlagen oder Mitwirkung dabei, Erstellung von Studien und Vorprojekten

- Best Practice: Prüfung und Berücksichtigung der Auswirkungen der Vorbereitungsarbeiten auf die Beschaffung, vertragliche Vereinbarung mit vorbefasstem Anbieter im Hinblick auf die Teilung der Arbeitsergebnisse, Dokumentation der Vorbereitungsarbeiten, Vornahme von Ausgleichsmassnahmen (insb. Offenlegung in der Ausschreibung → Transparenz und Rechtssicherheit)

B. AUS DER PRAXIS

3. Ausschluss

- Bei Vorliegen von Ausschlussgründen (Art. 44 IVöB), insb.:
  - Nichteinhaltung von wesentlichen Formvorschriften
  - Wesentliche Abweichung von verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung (Nichterfüllung von Muss-Kriterien oder Eignungskriterien)
  - Mangelhafte Auftragserfüllung, kein verlässlicher oder vertrauenswürdiger Vertragspartner
  - Unzulässige Vorbefassung
  - Ungewöhnlich tiefes Angebot oder Spekulationsofferte

- Ermessensspielraum bei Anordnung eines Ausschlusses, aber Beachtung verfassungsrechtlicher Prinzipien (Verhältnismässigkeit, Verbot des überspitzten Formalismus)

- Pflicht zum Ausschluss? (vgl. VB.2024.00443)

B. AUS DER PRAXIS

4. Rahmenverträge

- Vereinbarung mit einem oder mehreren Anbietenden, Mindestanforderungen (Dauer, Preise, Leistungsgegenstand) (vgl. BVGer B-3238/2021 «Public Cloud») → Grundlage für Abschluss von Einzelverträgen (Art. 25 Abs. 1 IVöB)

- Mit einem Anbieter («Einfachzuschlag») (Art. 25 Abs. 4 IVöB):
  - Abschluss des Einzelvertrags entsprechend den Bedingungen des Rahmenvertrags
  - ggf. Aufforderung zur Vervollständigung des Angebots

- Mit mehreren Anbietern («Mehrfachzuschlag») aus «zureichenden Gründen» (Art. 25 Abs. 5 IVöB):
  - Abrufverfahren gemäss Rahmenvertrag (z.B. Rangfolgeabruf) oder
  - sog. Mini-Tender-Verfahren (Art. 25 Abs. 5 IVöB)

B. AUS DER PRAXIS

4. Rahmenverträge

- Grundsatz: Laufzeit max. 5 Jahre (Art. 25 Abs. 3 IVöB) → Beachtung des Wettbewerbsgrundsatzes

- Ausnahme: «Massvolle» Verlängerung in begründeten Fällen, (vgl. BVGer B-7603/2024), z.B. bei
  - Komplexität des Leistungsgegenstands
  - erheblichen Anfangsinvestitionen (Amortisationszeitraum von mehr als 5 Jahren), grossem Entwicklungsaufwand
  - besonderen Kenntnissen und Fähigkeiten, die sich eine Anbieterin erst aneignen muss und die bei einem Wechsel verloren gehen
  - Mehrfachzuschlag, wenn über Abrufverfahren ein Restwettbewerb bestehen bleibt (Mini-Tender-Verfahren)

B. AUS DER PRAXIS

5. Freihändige Vergabe (Art. 21 Abs. 2 IVöB)

- «Folgebeschaffungen» (lit. e):
  - Für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen
  - Anbieterwechsel aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich, würde erhebliche Schwierigkeiten bereiten oder substanzielle Mehrkosten mit sich bringen
  - «Vergaberechtskonformer» Grundauftrag, sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zu Folgeauftrag und angemessenes Verhältnis Grundauftrag – Folgeauftrag (VG ZH VB.2020.00596, BVGer B-3580/2021)
  - Beweislast und Begründungspflicht bei Vergabestelle (vgl. BGE 150 II 105)

B. AUS DER PRAXIS

5. Freihändige Vergabe (Art. 21 Abs. 2 IVöB)

- Bei Dringlichkeit (lit. d):
  - Aufgrund unvorhersehbarem Ereignis (z.B. Ausbruch Pandemie, unvorhersehbarer Ausfall) → Nachweis Unvorhersehbarkeit durch Vergabestelle (vgl. BVGer B-4043/2024)
  - Akute Notsituation bei Vergabestelle
  - Nicht in der Lage, öffentlich auszuschreiben
  - Kein Selbstverschulden der Vergabestelle

  → Freihändige Vergabe auf Behebung der Notsituation beschränkt!

B. AUS DER PRAXIS

6. Sanktionen

- Auftragsperre: Ausschluss von künftigen Verfahren (Art. 45 Abs. 1 IVöB)
  - Bei rechtskräftiger Verurteilung wegen Vergehen zum Nachteil der Vergabestelle oder Verbrechen, bei Verletzung von Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption, unzulässigen Wettbewerbsabreden, Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen, Lohngleichheit, Umweltschutzgesetzgebung, Verstoss gegen Melde- oder Bewilligungspflichten nach BGSA
  - Für die Dauer von bis zu 5 Jahren
  - Ermessensspielraum, aber Verhältnismässigkeitsprinzip beachten (Verwarnung in leichten Fällen)!
  - Sanktionsverfahren

B. AUS DER PRAXIS

6. Sanktionen

- Alternativen?
  - Sorgfältige Auswahl von Eignungs- und Zuschlagskriterien
  - Berücksichtigung von Referenzen:
    - Grundsatz: Nur aufgeführte Referenzen prüfen, keine «Erkundigungstouren»
    - Aber: Berücksichtigung von eigenen Kenntnissen und Erfahrungswerten zulässig, soweit direkter fachlicher Zusammenhang zum Auftrag (vgl. BGE 139 II 489)
    - Dokumentations-/Begründungspflicht, Wahrung verfahrensrechtlicher Grundsätze (Verhältnismässigkeitsprinzip, Anspruch auf rechtliches Gehör), ggf. Hinweis in Ausschreibung
  - Ausschluss bei mangelhafter Aufgabenerfüllung, nicht verlässlich und vertrauenswürdig (Art. 44 Abs. 1 lit. h IVöB)

C. FRAGEN UND DISKUSSION

pmp

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT

Regula Fellner

PMP Rechtsanwälte AG

Birmensdorferstrasse 83
8003 Zürich
+41 43 544 74 44
fellner@pmp-ra.ch