

schneider ● rechtsanwälte

Vergaberecht Neues aus der Rechtsprechung

13. März 2019

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

Schneider Rechtsanwälte AG
Seefeldstrasse 60
8034 Zürich



Übersicht

1. Geltungsbereich
2. Wettbewerb: Frei / gesteuert / beschränkt?
3. Ausschreiben verbieten?
4. Verfahrensmängel
5. Begründungs- und Dokumentationspflicht
6. Zuschlagskriterien / Preisbewertung
7. Rechtsschutz
8. Revisionsvorlagen

Geltungsbereich: zwei Fragen

1. Wer ist unterstellt?



Subjektiver Geltungsbereich

2. Was ist unterstellt?

Liegt überhaupt eine öffentliche Beschaffung vor?



Objektiver Geltungsbereich

Objektiver Geltungsbereich – die Grundregeln

Formel nach BGE 125 I 214 = Einkäufe des Staates

- Vergabestelle als Nachfragerin auf dem freien Markt
- In Erfüllung einer staatlichen Aufgabe
- Leistet Entgelt an Anbieter

Weiterentwicklung der Rechtsprechung

- Klassische Einkäufe und mehr
- «wechselseitiger Leistungsaustausch»
- Entgelt: Weit gefasst, nicht nur Geldzahlungen

Objektiver Geltungsbereich: Gratisveloverleih



Objektiver Geltungsbereich: Gratisveloverleih BGE 144 II 177 / BGE144 II 184

- Konzessionsvergabe grundsätzlich keine öffentliche Beschaffung
- wenn an Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gekoppelt?
→ Vergaberecht anwendbar
- Öffentliche Aufgabe bejaht (Langsamverkehr)
- Frage also: Verfolgt Konzession regulativen Zweck oder Übertragung eines geldwerten Rechtes zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe?

Objektiver Geltungsbereich: Spitexleistungen BGer, Urteil 2C_861/2017 vom 12.10.2018

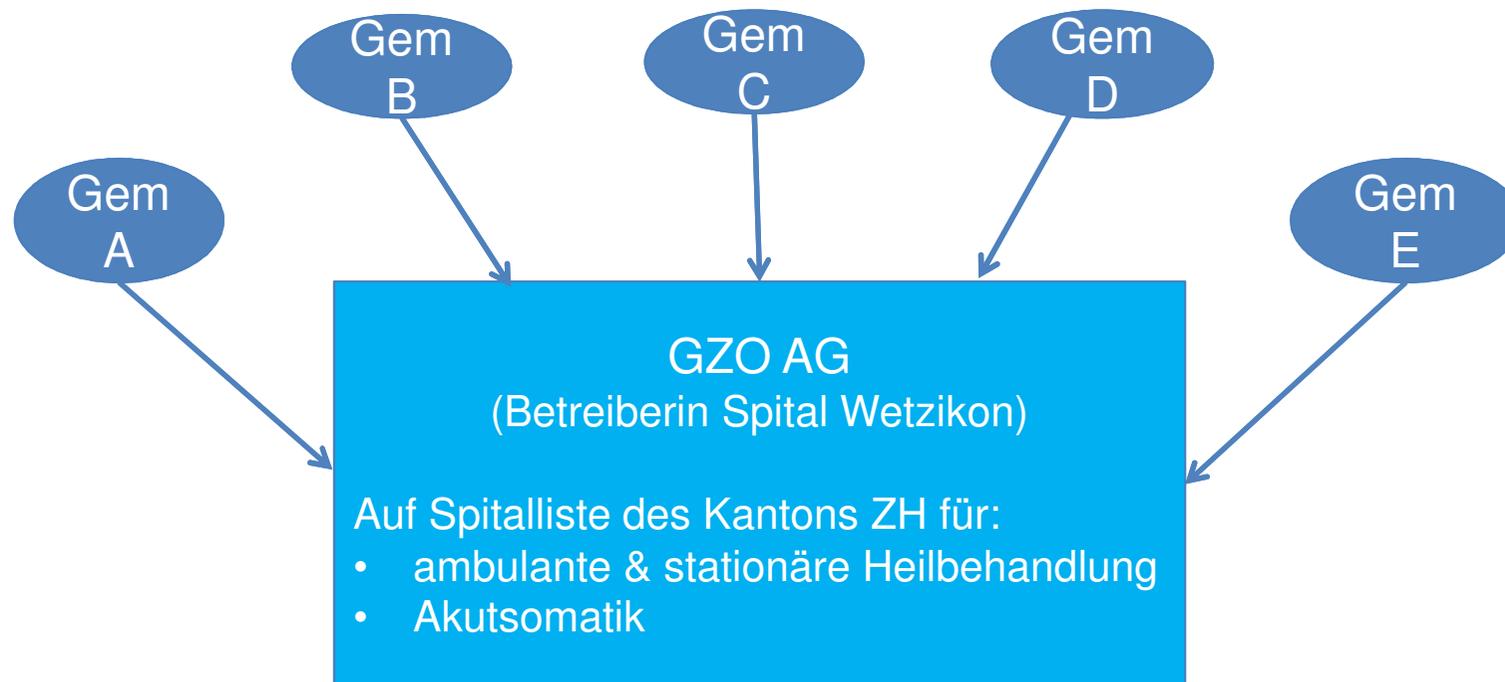
- Wer ist Konsument? Handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag?
- Spitex-Leistungserbringer erbringt seine Tätigkeit primär gegenüber dem Publikum (Patienten, Versicherte) und nicht gegenüber der auftraggebenden Gemeinde – für Qualifikation unerheblich
- Dienstleistungen des Sozialbereichs sind vom Vergaberecht erfasst – keine Sonderstellung für ideell motivierte Organisationen
- Anders noch VGer ZH, Beschluss VB.2000.00126 vom 24.8.2000: Rechtsprechung ist überholt

Objektiver Geltungsbereich: Altkleidersammlung VGer ZH, Urteil VB.2018.00469 vom 17.01.2019

- Sammlung und Verwertung von Alttextilien: öffentliche Aufgabe
- Unerheblich, ob Dienstleistung selber benötigt oder der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt
- «Ein öffentlicher Auftrag und eine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen synallagmatischen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer abschliesst»
- Entgelt: Überlassung der Wertstoffe (= erhebliche Sachwerte) zum Sammeln und Verwerten
- Unzulässiger Vertragsabschluss: Anweisung zur Auflösung

Subjektiver Geltungsbereich

BGer, Urteil 2C_196/2017 vom 21.2.2019



- Unterstellung Vergaberecht
- Einrichtung des öffentlichen Rechts i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB

Subjektiver Geltungsbereich

Einrichtung des öffentlichen Rechts

Die Kriterien - GPA

- Juristische Person, zu besonderem Zweck gegründet
- Tätigkeit im Allgemeininteresse
- Nicht-gewerblicher Charakter (= nicht im Wettbewerb)
- Staatsgebundenheit, wenn alternativ:
 - Öffentliche Beeinflussung der Geschäftsleitung
 - Mehrheitlich öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans
 - Mehrheitlich öffentliche Finanzierung

Subjektiver Geltungsbereich Gewerblicher Charakter

- ✓ Konkurrenzsituation zu Privaten
- ✓ Wettbewerbsdruck
- ≠ Finanzielle Unterstützung durch Staat über seine Rolle als Aktionär hinaus (z.B. Subventionen oder nicht den Marktkonditionen entsprechende Darlehen)
- ≠ Schutz vor Eintritt neuer Konkurrenz (Monopol, anderweitige Beschränkung der Anbieter)
- ≠ Regulierung der Angebote und Preise
- ≠ Leistungspflicht, keine freie Wahl der Vertragspartner

Subjektiver Geltungsbereich

Listenspitäler sind nicht gewerblich tätig

- Gewerblicher Charakter fehlt, sind nicht im Wettbewerb
- Kantone verfügen über gewichtige Planungs- und Regulierungsinstrumente:
 - Genehmigung bzw. Festsetzung Tarifvertrag
 - Bestimmung der Anbieterseite und Möglichkeit Höchstmengen vorzusehen
 - Kostenanteil: mind. 55 % der Fallpauschalen
 - Pflicht zur Behandlung „nicht rentabler“ Patienten

Subjektiver Geltungsbereich Staatsgebundenheit Massgebende Alternativkriterien

- Öffentliche Beeinflussung der Geschäftsleitung
- Mehrheitlich öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans
- Mehrheitlich öffentliche Finanzierung:
 - Mehrheit der finanziellen Mittel stammen aus öffentlicher Quelle
 - ohne spezifische Gegenleistung

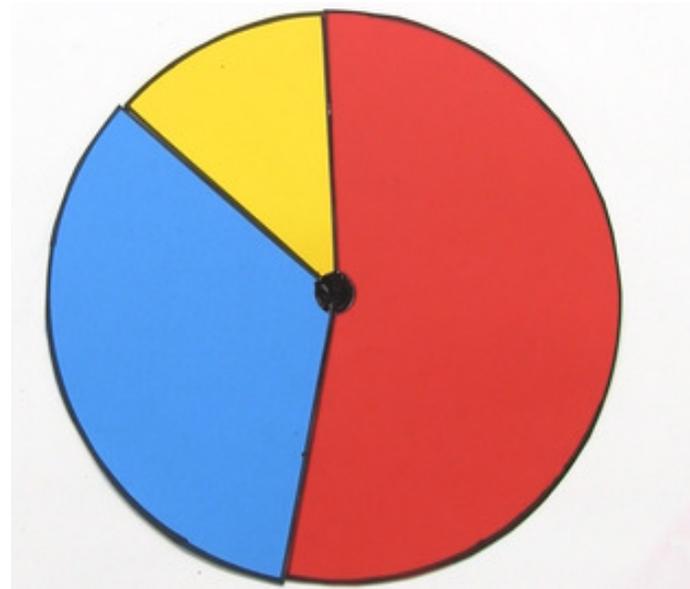
Subjektiver Geltungsbereich GZO AG: Staatsgebundenheit bejaht

- Öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans der GZO AG:
 - Aktien vollständig im Besitz der beteiligten Gemeinden
 - Öffentliche Hand ist zuständig für Wahl des Verwaltungsrats / Leitungsorgans
- Öffentliche Finanzierung? Keine abschliessende Beurteilung:
 - „aus öffentlicher Quelle stammend“ ist erfüllt: KVG mind. 55% Kostenbeteiligung Kanton.
 - „ohne Gegenleistung“? Die vom Kanton finanzierte Leistung wird für Patienten erbracht.

Subjektiver Geltungsbereich Erkenntnisse

- Listenspitäler erbringen im Umfang des Leistungsauftrages im Allgemeininteresse liegende Aufgaben.
- Listenspitäler (öffentlich oder privat) sind im Bereich der obligatorischen Grundversicherung nicht in einem wettbewerblichen Umfeld tätig.
- Listenspitäler (öffentlich und privat) im Kanton ZH sind dem Vergaberecht unterstellt.
- Unterschied: Art. 8 Abs. 1 / 2 IVöB

Wettbewerbsbeschränkung durch Losbegrenzung zulässig?



Wettbewerbsbeschränkung durch Losbegrenzung zulässig?

BVGer, Urteil B-4011/2018 vom 11.10.2018

- Ein Anbieter kann grundsätzlich für mehrere Lose ein Angebot einreichen
- Die Vergabestelle kann aus sachlichen Gründen eine Losbeschränkung in den Ausschreibungsunterlagen vorsehen. Vom BVGer bejaht
- VGer ZH, Entscheid VB.2008.00460 vom 1.7.2009: Die Zuteilung von nur je einem Los pro Anbieter stellt eine unzulässige, nur in begründeten Fällen ausnahmsweise mögliche Begrenzung des Marktes dar

Ausschreiben verbieten?

Nächster Halt: Bahnhof Stadelhofen

BVGer, B-6588/2018, Zwischenentscheid 4.2.2019

- Erweiterung des Bahnhofs Zürich Stadelhofen; Ausschreibung SBB für Erweiterungsprojekt
- Beschwerde gegen Ausschreibung: BVGer erteilt keine aufschiebende Wirkung
- Behauptete Urheberrechtsverletzung kann einer Ausschreibung nicht entgegenstehen
- Keine unzulässige Vorbefassung

Verfahrensmängel

BVGer, Urteil B-4009/2018 vom 18.12.2018

- formelle Chancengleichheit (Teilgehalt von Art. 1 Abs. 2 BöB):
Vergabestelle hat alle Anbieter hinsichtlich Verfahrensbedingungen (insb. Fristen, Informationen, Förmlichkeiten) gleich zu behandeln
- Mängel im Ablauf des Vergabeverfahrens führen zur Aufhebung des Zuschlags, wenn sie die Zuschlagserteilung kausal beeinflusst haben (können) (BVGE 2016/19)
- Beweislast liegt bei Vergabestelle: muss nachweisen, dass ein Verfahrensfehler keine kausale Auswirkung auf das Ergebnis hatte
- Gelingt Nachweis nicht: Fehler ist als erheblich einzustufen, Zuschlag ist aufzuheben

Begründungs- und Dokumentationspflicht BVGer, Urteil B-1831/2018 vom 01.11.2018

- Begründung in Zuschlagsentscheid, wonach Offerte der Zuschlagsempfängerin die höchste Punktzahl erreichte: unzureichend
- Vergabestelle muss auf Verlangen die in Art. 23 Abs. 2 BöB genannten Informationen zur Verfügung stellen. Mündliche Mitteilung im Rahmen von Debriefing genügt (Praxis). Protokollierung keine Pflicht, aber empfehlenswert
- Informationspflicht gem. Art. 23 Abs. 2 lit. d und e BöB erfasst auch Rang, erhaltene Noten und Punkte aller Offerten

Zuschlagskriterien

Plausibilität? Nicht beim Preis!

BGE 143 II 553 (und BGE 143 II 425)

- Bewertungsabzüge mit der Begründung, der Preis sei nicht plausibel, sind unzulässig
- Keine Bestrafung von tiefen Preisen bei der Bewertung des Preiskriteriums
- Prüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes
= Thema der Gültigkeit eines Angebots
≠ Thema der Preisbewertung
- Ein zu tiefer Preis allein: kein Ausschlussgrund

Zuschlagskriterien

Unzulässig: „Nähe zum Objekt“

VGer SO, Urteil VBES.2018.257 vom 16.10.2018

- Baumeisterarbeiten: Zuschlagskriterium «Nähe zum Objekt» ist unzulässig, da es eine Bevorzugung ortsansässiger Anbieter bewirkt
- Sachlicher Grund: Umweltschutzinteresse?
- Kein sachlicher Grund ist gegeben bei nur gering unterschiedlich langen Anfahrtswegen oder bei ungeeigneter Berechnung der Anfahrtswege (Durchschnittswert, Luftlinie)
- Regionalpolitische Überlegungen («Heimatschutzinteresse») sind nicht zulässig für die Festlegung der Bewertungsmethode.

Zuschlagskriterien Lehrlingsausbildung

- Nur im Nicht-Staatsvertragsbereich, hier seit 1. Juli 2018 Anwendung obligatorisch im Kt. ZH (vgl. neuer § 4c IVÖB-BeitrG)
- Gewichtung: mindestens 5% und höchstens 10%
- Bewertung: Lehrlingsanteil im Verhältnis zur Gesamtmitarbeiterzahl (VB.2016.00025 vom 27.09.2016)

Zuschlagskriterien

Preisbewertung – Fehlerquelle Nr. 1

BGE 143 II 553

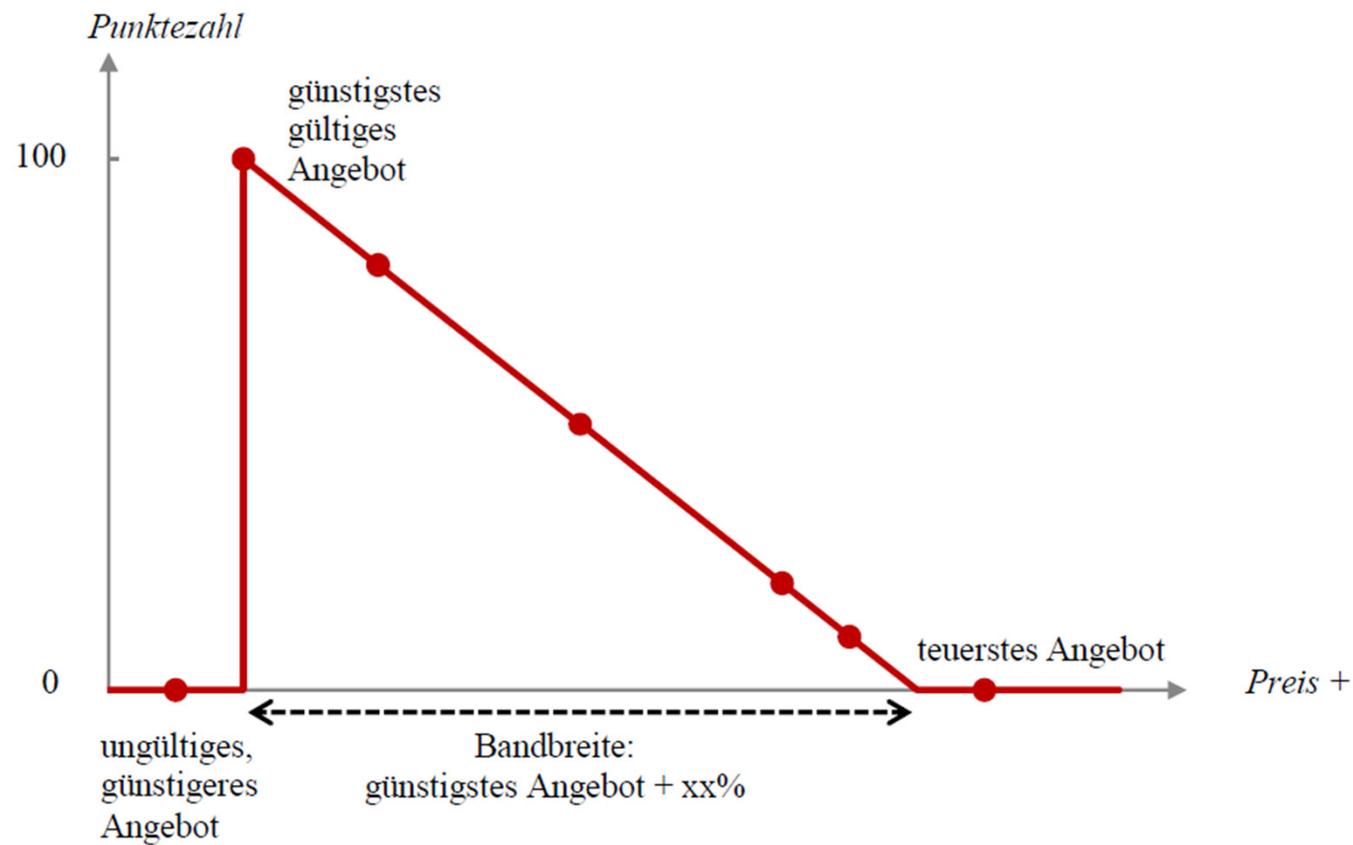
Preislich tiefstes (gültiges) Angebot ist im Verhältnis zu den anderen Angeboten stets am besten zu bewerten.

Zwei Parameter sind entscheidend:

1. Preisgewichtung
 - Wieviel Prozent der Gesamtpunktzahl aller Kriterien macht der Preis aus?
 - 20 % als Untergrenze – nur bei komplexen Beschaffungen
2. Preisbewertungsmethode: linear, aber richtig

Zuschlagskriterien

Preis → Richtig: Lineare Preisbewertung



Zuschlagskriterien

Preisbewertung – Richtige Preisspanne!

- Die richtige Preisspanne ist entscheidend:
 - 30 - 50 % bei nicht komplexen Bauleistungen
 - 75 - 100 % bei komplexen Leistungen
 - Höhere Spannen im Einzelfall: 200 %
 - wenn nachvollziehbar, VGer ZH, VB.2014.00175;
 - oberste Grenze, wenn sie im konkret Fall bloss 152% beträgt, VGer BE, Urteil 100.2018.232U vom 15.11.2018

Zuschlagskriterien

Preisbewertung – Richtige Preisspanne!

- Vorgängig bekannt gegeben – was wenn nicht?
 - Orientierung an konkreten Werten, aber nicht nur
 - VGer ZH, VB.2016.00615, 2 Angebote, Preisunterschied 5 % ≠ Preisspanne
 - Deckt sich die konkret vorliegende Preisspanne mit dem, was üblicherweise bei einer vergleichbaren Beschaffung zu erwarten ist? (KGer BL, Entscheid 810 297 vom 18.7.2018).
- Vorgängig bekannt gegeben – was wenn fehlerhaft?
 - Vergabestelle muss korrigieren (VGer BE, Urteil 100.2018.326 vom 18.12.2018).

Zuschlagskriterien

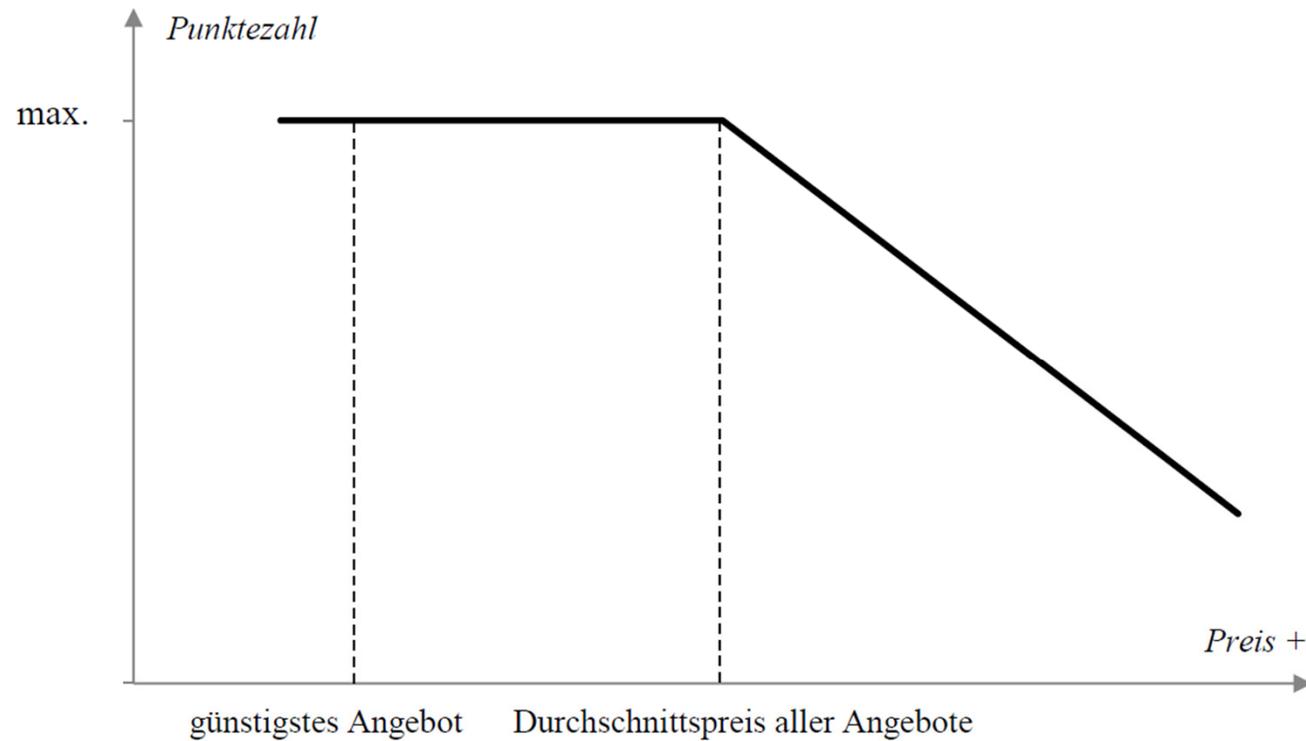
Preis – Unzulässige Modelle

- Lineare Modelle mit falschen Preisspannen
- Asymptotische / degressive Modelle
- Kein Wegstreichen von Höchst- / Tiefstpreisen
sondern: Beurteilung hat aufgrund tatsächlicher Preise zu erfolgen
- Keine Vorgaben von Mindestpreisen für Höchstnote
- Keine preislichen Mittelwerte als Bestnote (Glockenkurve)
- Keine Plafonierungen der Punktezureichung nach unten / oben

Zuschlagskriterien

Preis – Unzulässige Modelle

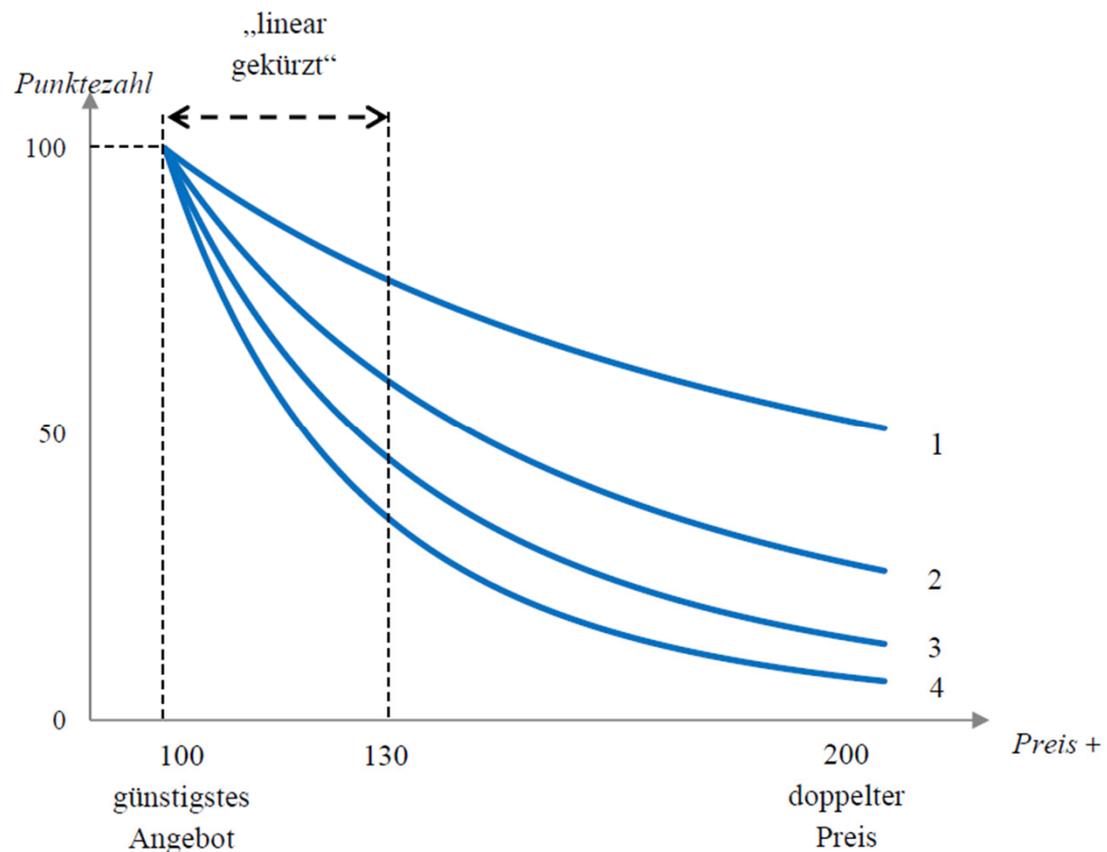
Plafoniertes Preismodell



Zuschlagskriterien

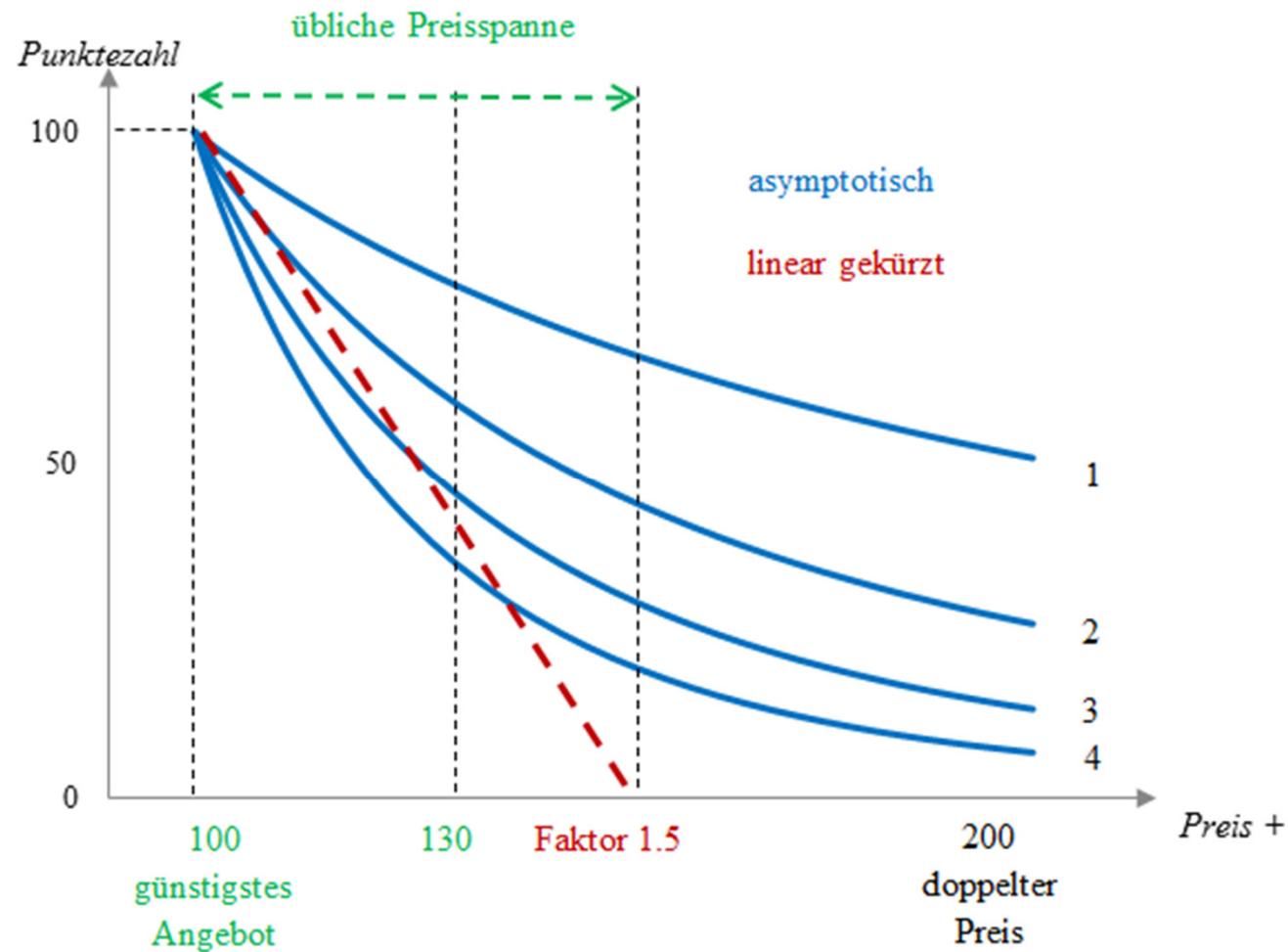
Preis – Asymptotische Modelle

$$\text{Punkte} = \text{Maximalpunktzahl} * \left(\frac{\text{günstigstes Angebot}}{\text{zu bewertendes Angebot}} \right)^{\text{Exponent}}$$



schneider ● rechtsanwälte

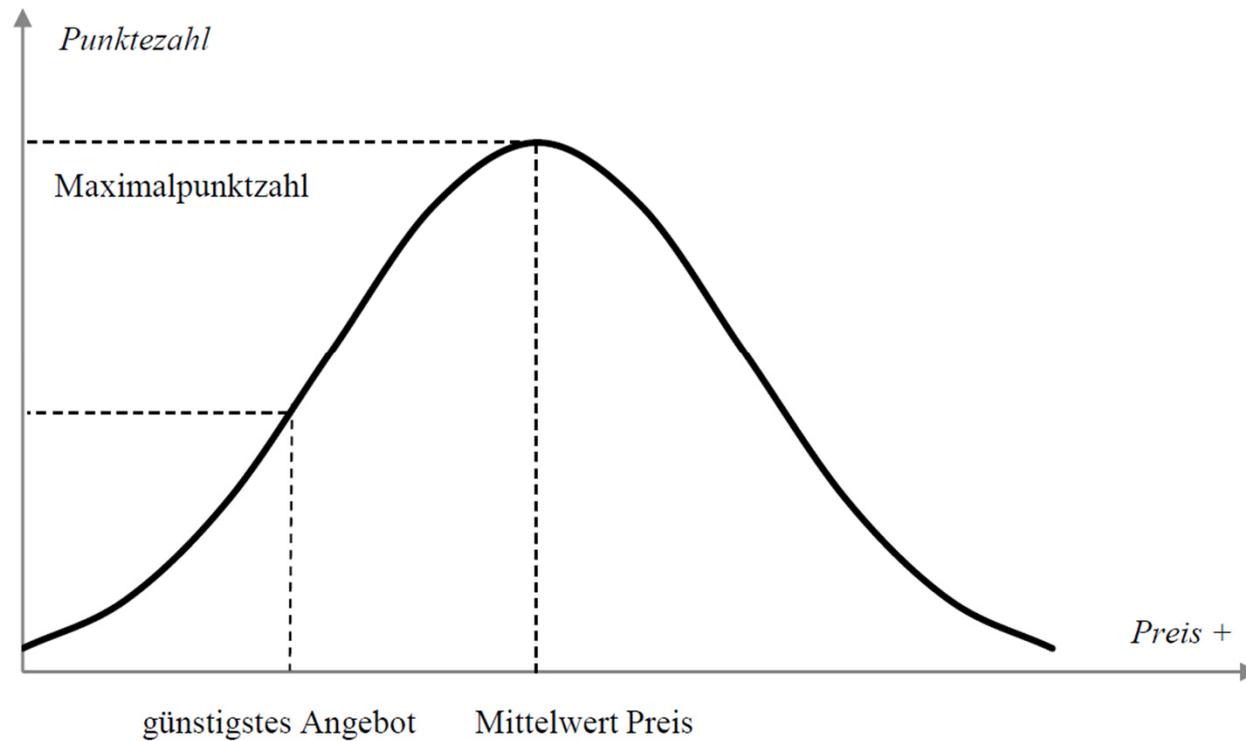
Zuschlagskriterien Preis – Modelle im Vergleich



Zuschlagskriterien

Preis – Unzulässige Modelle

Glockenkurve



Preis und Preisbildung

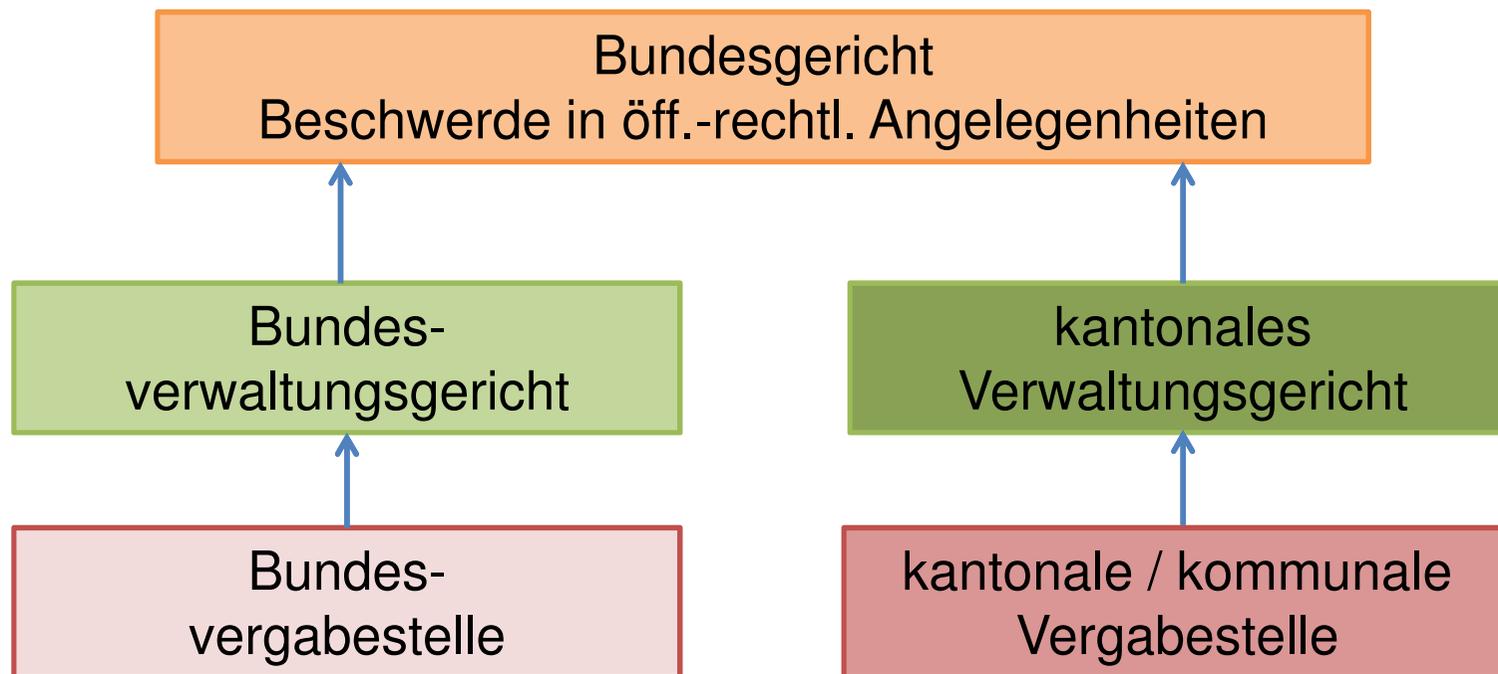
BVGer, Urteil B-4969/2017 vom 24.09.2018

Unzulässiger Ausschluss eines Honorarangebots

- Angebot: tiefere Qualifikationskategorien + höhere Honoraransätze (nicht degressiv)
- Kein Verstoss gegen Preisbildungsregel
- Wenn die Vergabestelle ausschliesslich degressive Honoraransätze vorschreiben will, muss sie dies mit einer klaren Preisbildungsregel in der Ausschreibung vorgeben

Rechtsschutz

Vergabeverfahren vor Gericht – die Instanzen



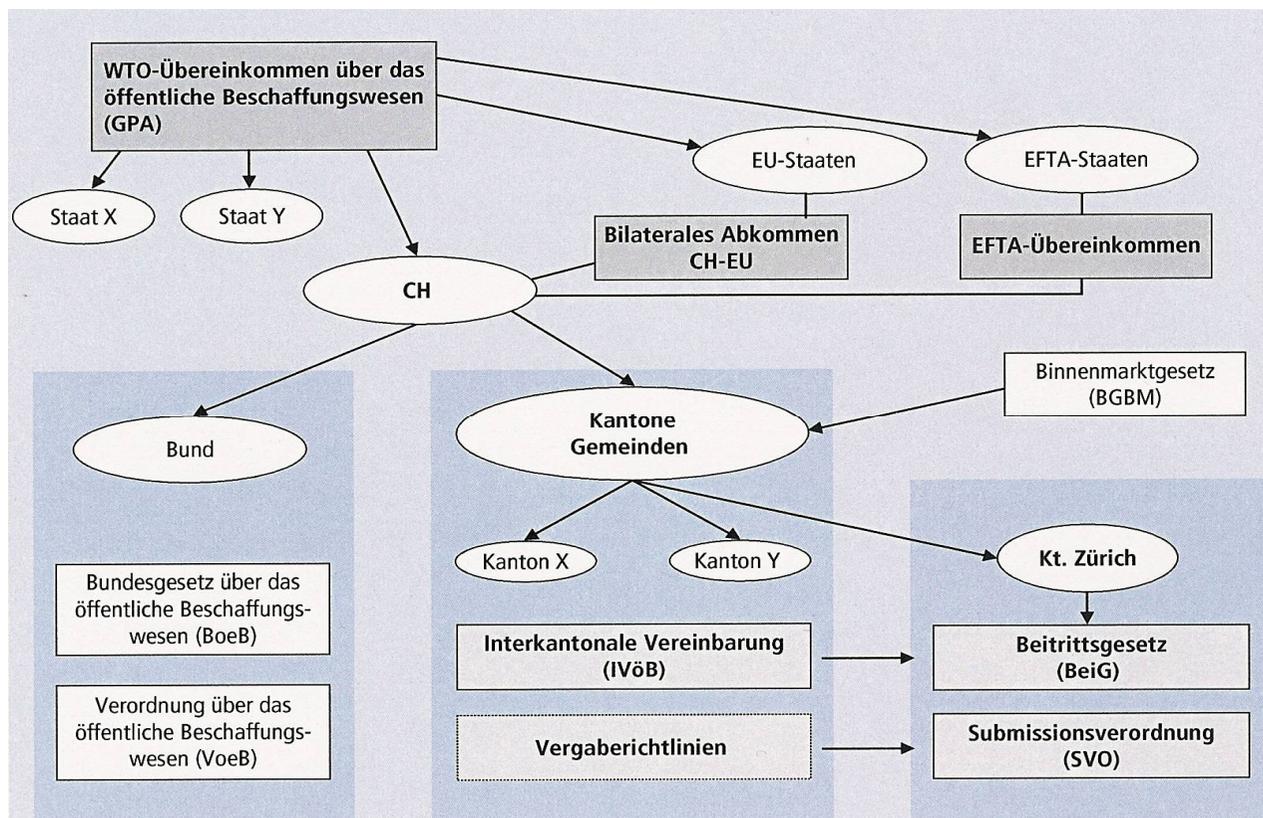
Rechtsschutz

2C_1080/2017: aufschiebende Wirkung einer Beschwerde ans Bundesgericht

- Beschwerdeführer reicht Gesuch um vorsorgliche Massnahme (aufschiebende Wirkung für Dauer der Rechtsmittelfrist / des Beschwerdeverfahrens) ein.
- Aber:
 - Gesuch muss im Rahmen eines rechtshängigen oder gleichzeitig rechtshängig werdenden Verfahrens gestellt werden
 - Vorsorgliche Massnahme ist Gestaltungsrecht in Form eines akzessorischen Nebenrechts
 - Parteieigenschaft notwendig
 - Vorsorgliche Massnahmen bis zum Eingang einer etwaigen Beschwerde nicht vorgesehen → NE auf Gesuch

Revisionsvorlagen

Einbindung in Staatsverträge – die Rechtsgrundlagen

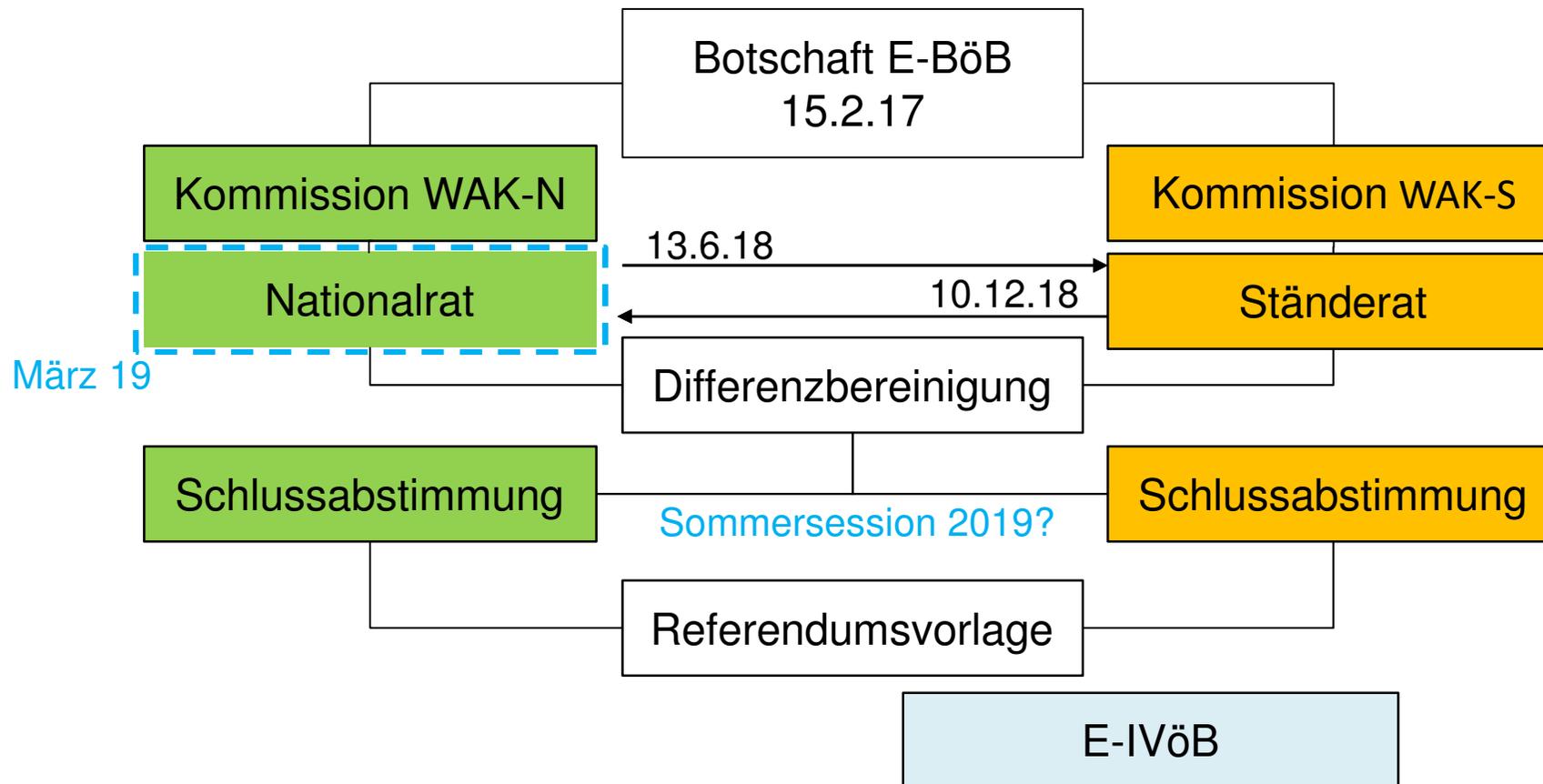


Revisionsvorlagen

- Ziele:
 - GPA 2012 – Umsetzung in das Schweizer Recht
 - Harmonisierung Erlasse Bund – Kantone
- Aktueller Stand:
 - Vernehmlassungen sind erfolgt
 - E-BöB: Parlament – Inkraftsetzung noch 2019? 2020?
 - E-IVöB: Kantone im Anschluss?

Revisionsvorlagen

Der aktuelle Stand





schneider ● rechtsanwälte

Mehr zur Revision: Forum Vergaberecht
10.9.19 16:00 Basel, www.svoeb.ch

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

Schneider Rechtsanwälte AG
Seefeldstrasse 60
8034 Zürich

Tel. +41 (0)43 499 16 30
ra@schneider-recht.ch
www.schneider-recht.ch