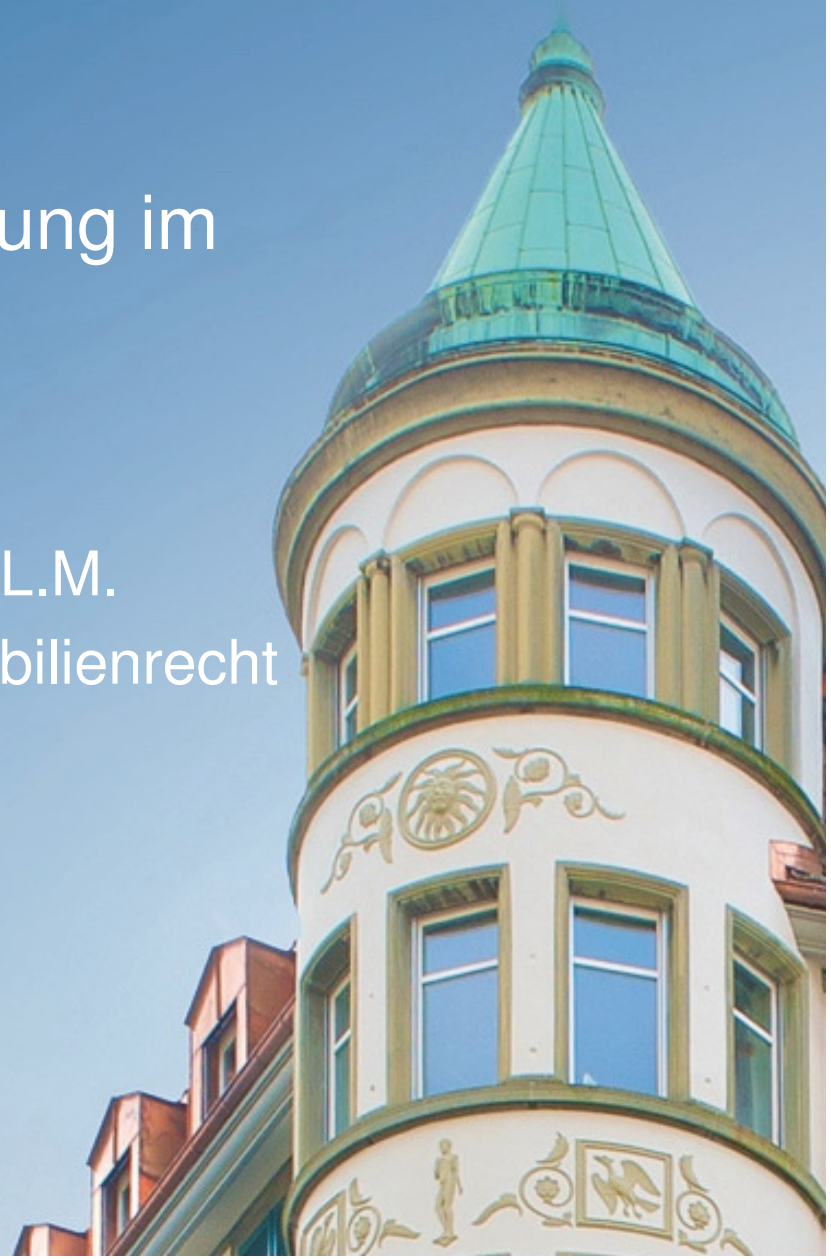
schneider ● rechtsanwälte

Neues aus der Rechtsprechung im öffentlichen Vergabewesen
31. August 2018

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

Schneider Rechtsanwälte AG
Seefeldstrasse 60
8034 Zürich



Übersicht

1. Geltungsbereich
2. Eignung / Eignungskriterien
3. Zuschlagskriterien
4. Staatliche Anbieter
5. Rechtsschutz
6. Revisionsvorlage
7. Fundstellen

Geltungsbereich: zwei Fragen

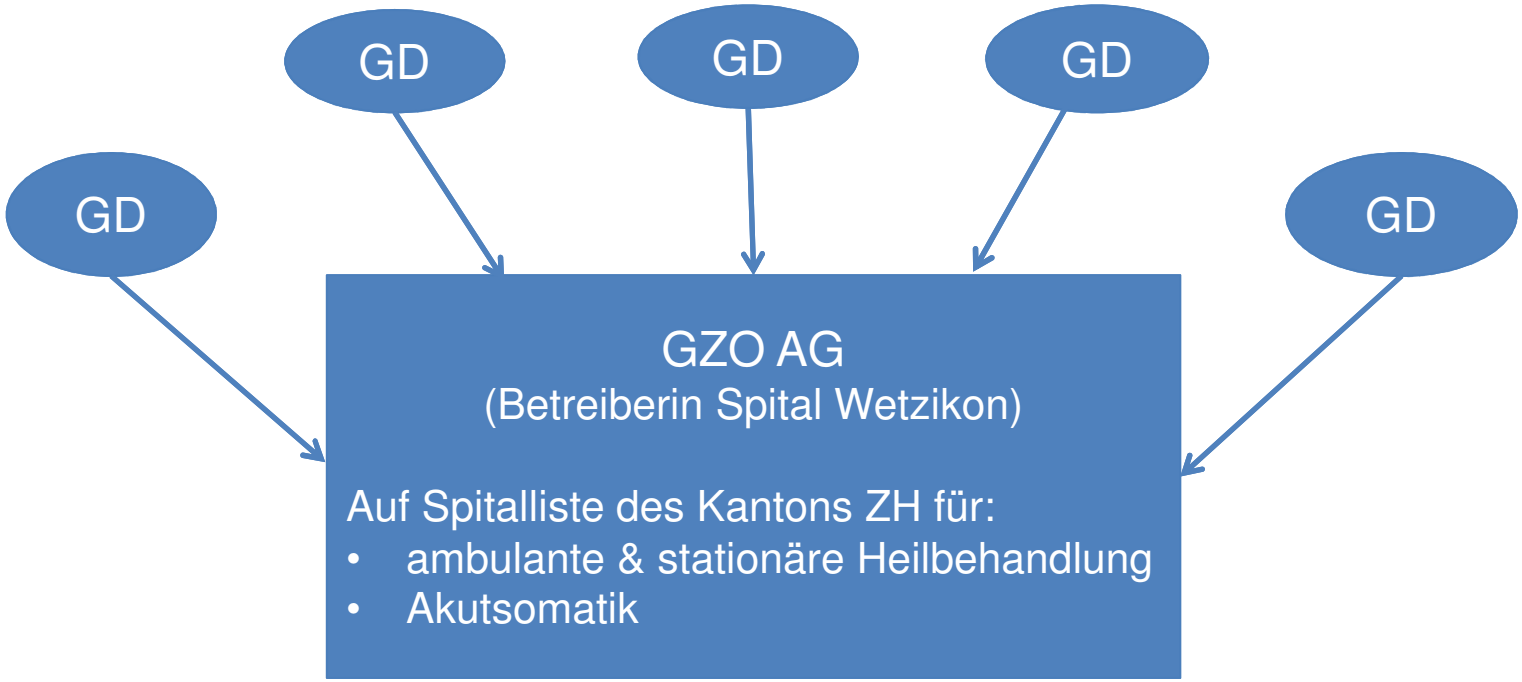
1. Wer ist unterstellt?

   ➡ Subjektiver Geltungsbereich

2. Was ist unterstellt?
   Liegt überhaupt eine öffentliche Beschaffung vor?

   ➡ Objektiver Geltungsbereich

Geltungsbereich (subjektiv)
VGer ZH, VB.2015.00555



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

Geltungsbereich (subjektiv)
Einrichtung des öffentlichen Rechts
Massgebende Kriterien nach 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

Geltungsbereich (subjektiv)
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

Geltungsbereich (subjektiv)
VGer ZH: 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

Geltungsbereich (subjektiv)
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

Geltungsbereich (subjektiv)
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.

Geltungsbereich (subjektiv)
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

Geltungsbereich (subjektiv)
BGE 142 II 369 (Aargauische Pensionskasse [APK])

- Unterstellung einer Einrichtung des öffentlichen Rechts [EöR] gemäss GPA:
  - Juristische Person, zu besonderem Zweck gegründet
  - EöR erfüllt einen im Allgemeininteresse liegenden Zweck
  - EöR nicht gewerblich tätig
  - EöR ist staatsgebunden (mehrheitlich öff. Finanzierung / öff. Einfluss auf Geschäftsführung / mehrheitlich öff. Bestimmung Leitungsorgan)

Geltungsbereich (subjektiv)
BGE 142 II 369 (Aargauische Pensionskasse [APK])

- BGer verneint Unterstellung APK unter subjektiven Geltungsbereich GPA
- Grund: keine Staatsgebundenheit - keines der drei Alternativkriterien erfüllt (weitere VSS wären erfüllt)
  - keine mehrheitliche öffentliche Finanzierung
  - kein öffentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung
  - keine mehrheitliche öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans
- Kantonale Regelung kann weiter gehen als Staatsvertrag
- Unterstellung bejaht aufgrund Submissionsdekret Kt. AG (unterstellt öff.-rechtl. Anstalten dem Vergaberecht ohne Ausnahme)

Geltungsbereich (objektiv)
2C_229/2017, 2C_459/2017 und 2C_994/2016 (Velo-Konzessionsfälle)

- Was ist eine öffentliche Beschaffung?
  - (noch) keine Begriffsdefinition in Gesetzen
  - Lehre / Rechtsprechung: Auftraggeber bestellt als Nachfrager gegen eine Gegenleistung eine Dienstleistung oder Ware, um eine öffentliche Aufgabe wahrzunehmen
  - weites Verständnis

Geltungsbereich (objektiv)
2C_229/2017, 2C_459/2017 und 2C_994/2016 (Velo-Konzessionsfälle)

- Konzessionsvergabe grundsätzlich keine öffentliche Beschaffung, ABER: 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?

Geltungsbereich (objektiv)
BGE 143 II 120 (Plakataushang-Konzession)

- Abgrenzung öff. Beschaffungsrecht ⇔ Binnenmarktgesetz
- Art. 2 Abs. 7 BGBM:
  - Gilt bei Übertragung rechtlicher Monopole und faktischer Monopole (Sondernutzungskonzession)
  - VSS: 1) Ausschreibung und 2) Verbot der Diskriminierung von Personen mit Sitz / Niederlassung in CH
  - Ist strikte Einhaltung beschaffungsrechtlicher Regeln gefordert?
  - Ausschreibungsregeln nach BGBM sind anwendbar für Plakataushang, jedoch nicht beschaffungsrechtliche Regeln
  - Behörde darf sich deshalb auf sozial- oder umweltbezogene Kriterien stützen

Eignungskriterien
BGE 143 I 177 (KVA Thurgau)

- Eignungskriterien stellen sicher, dass Anbieter in der Lage sind, den Auftrag gehörig erbringen zu können
- Wird ein Eignungskriterium nicht erfüllt, hat der Ausschluss des Anbieters zu erfolgen (Ausnahme: geringfügiger Mangel)
- Eine fehlende Transportlizenz ist kein geringfügiger Mangel
- Sachverhalt / Beurteilung der Eignung im Zeitpunkt des Vergabeentscheids

Zuschlagskriterien
Preisbewertung – Fehlerquelle Nr. 1
BGE 143 II 553

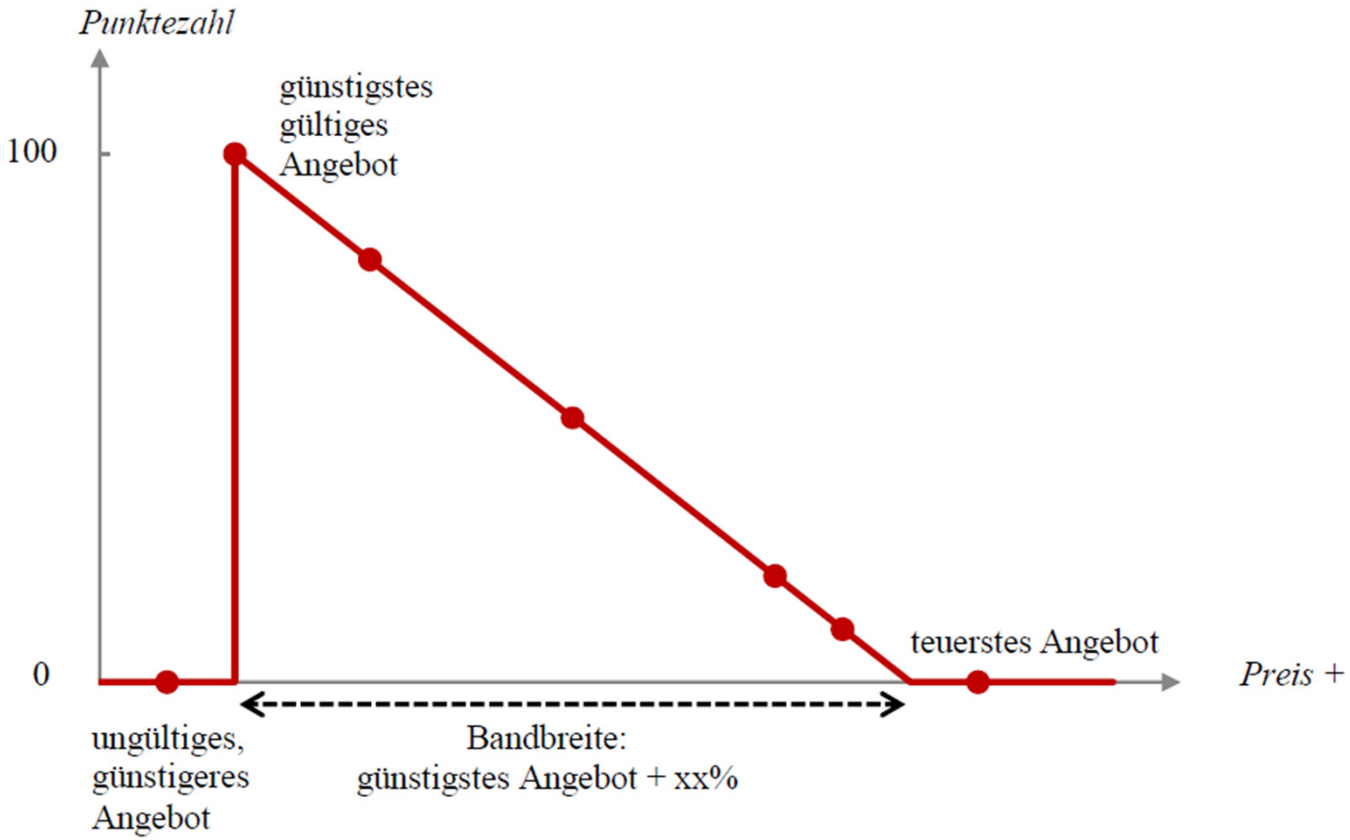
Preislich tiefstes (gültiges) Angebot ist im Verhältnis zu den anderen Angeboten stets am besten zu bewerten.

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 % nachvollziehbar, VGer ZH, VB.2014.00175
- Vorgängig bekannt gegeben – was wenn nicht?
  - Orientierung an konkreten Werten
  - Aber nicht nur: VGer ZH, VB.2016.00615
  - 2 Angebote, Preisunterschied 5 % ≠ Preisspanne

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 Punktezuteilung nach unten / oben

Zuschlagskriterien
Preisbewertung – Unzulässiges Vorgehen

BGE 143 II 425 / BGE 143 II 553

- Prüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes
  = Thema der Gültigkeit eines Angebots
  ≠ Thema der Preisbewertung
- Preislich tiefstes (gültiges) Angebot ist im Verhältnis zu den anderen Angeboten stets am besten zu bewerten.
- Ein zu tiefer Preis allein: kein Ausschlussgrund
- Keine Bestrafung von tiefen Preisen bei der Bewertung des Preiskriteriums
- Bewertungsabzüge mit der Begründung, der Preis sei nicht plausibel, sind unzulässig

Wettbewerbsneutrales Verhalten staatlicher Anbieter

BGE 143 II 425 (Publicom)

3 Themen:

- Führt Verstoss gegen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität durch Anbieter mit staatlichem Hintergrund zum Ausschluss?
- Wann liegt ein Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität vor?
- Besteht eine Pflicht zum Ausschluss?

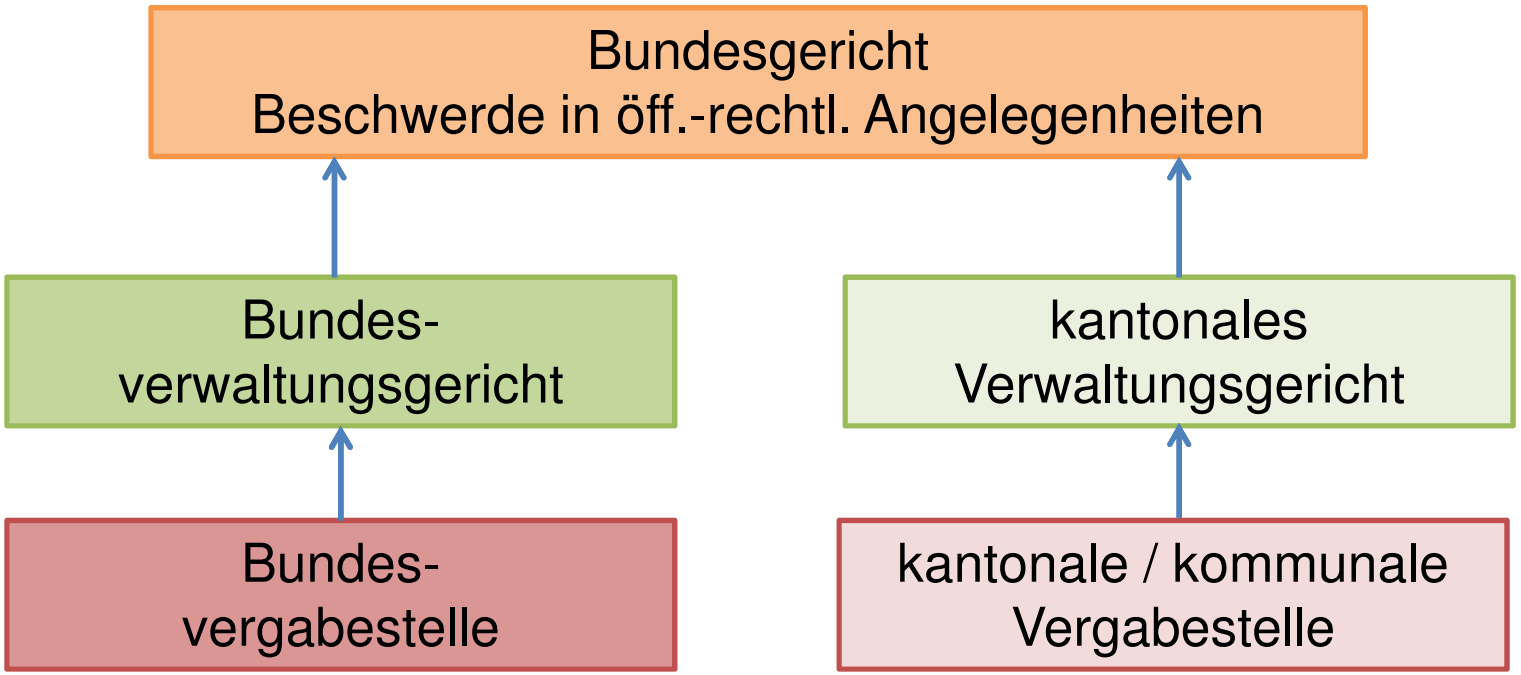
Wettbewerbsneutrales Verhalten staatlicher Anbieter
BGE 143 II 425 (Publicom)

3 Aussagen:

- Ein staatlicher Anbieter ist auszuschliessen (Art. 11 BöB), falls er gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verstösst.
- Nicht jede Quersubventionierung ist unzulässig, nur wenn Fehlbetrag aus Steuermitteln oder Erträgen aus dem Monopolbereich gedeckt.
- Art. 11 BöB ist Kann-Bestimmung, ABER: soweit Ausschlussgrund der Erreichung zentraler vergabe-rechtlicher Zielsetzungen dient, nur wenig Spielraum für Behörde.

Rechtsschutz

Vergabeverfahren vor Gericht – Die Instanzen



Rechtsschutz
BGE 141 II 14 (Ceneri): Beschwerdelegitimation u.a.

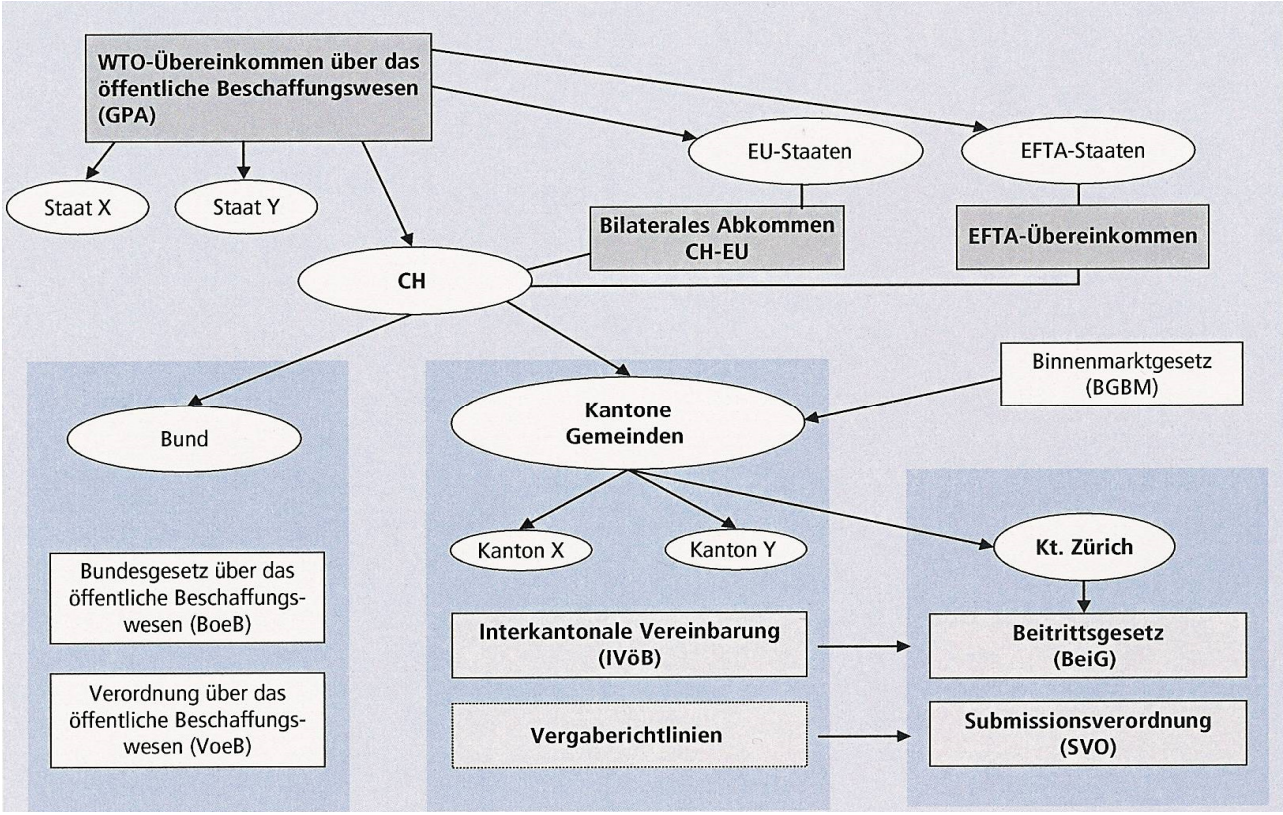
- Voraussetzungen für Beschwerdelegitimation:
  - Chance auf Zuschlag als Voraussetzung – ist darzulegen
  - Beschwerdeführerin muss geltend machen, dass sie selber die Eignungskriterien erfüllt
- Auslegung eines Eignungskriteriums:
  - so wie vom Anbieter in guten Treuen verstanden
  - Nicht massgebend ist Verständnis der Vergabestelle
  - (nur) wenn begründete Zweifel an Eignung bestehen, verlangt pflichtgemässes Ermessen ein Nachfragen

Rechtsschutz

2C_1080/2017: aufschiebende Wirkung einer Beschwerde ans Bundesgericht

- Ausgangslage: Beschwerdeführer reicht Gesuch um vorsorgliche Massnahme (aufschiebende Wirkung für Dauer der Rechtsmittelfrist / des Beschwerdeverfahrens) ein.
- Bundesgericht erwägt:
  - 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

Revisionsvorlage
Einbindung in Staatsverträge – die Rechtsgrundlagen



Revisionsvorlage

- Ziele:
  - GPA 2012 – Umsetzung in das Schweizer Recht
  - Harmonisierung Erlasse Bund – Kantone

- Aktueller Stand:
  - Vernehmlassungen sind erfolgt
  - E-BöB: Parlament – Inkraftsetzung Mitte 2019?
  - E-IVöB: Kantone im Anschluss?

Fundstellen im Internet

- www.bger.ch
- www.bvger.ch
- www.vgrzh.ch
- www.be.ch/beschaffungen
- www.beschaffungswesen.sg.ch
- www.beschaffungswesen.zh.ch (dort: Handbuch für Vergabestellen)
- www.simap.ch

schneider ● rechtsanwälte

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

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