



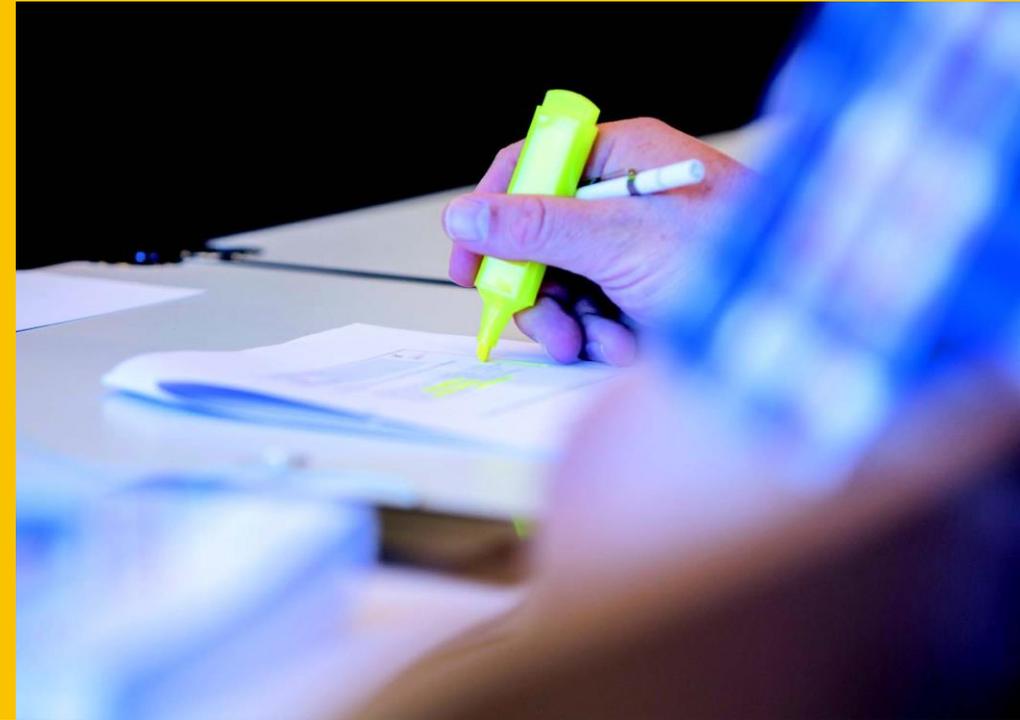
Berner Fachhochschule  
Haute école spécialisée bernoise  
Bern University of Applied Sciences

# Grundlagen der öffentlichen Beschaffung

## CAS Öffentliche Beschaffungen Modul 1

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

Dr. Christoph Jäger  
Rechtsanwalt | Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht



# Agenda

## 3. Mai 2024

**09.15 – 10.45** 1-Das Angebot im Vergaberecht (Schneider Heusi)

**10.45 – 11.00** Pause

**11.00 – 12.30** 2-Bewertungsmodelle/Bewertung der Angebote (Schneider Heusi)  
3-Änderung von Angeboten (Schneider Heusi)

**12.30 – 13.30** Mittagspause

**13.30 – 15.00** 4-Ausschluss (Schneider Heusi)  
5-Zuschlag, Abbruch und Widerruf (Schneider Heusi)

**15.00 – 15.15** Pause

**15.15 – 16.45** Compliance und Korruptionsprävention (Jäger)

# Block 1

## Das Angebot im Vergaberecht

- ▶ 9.15 - 10.45
- ▶ Claudia Schneider Heusi,  
lic. iur. LL.M., Fachanwältin SAV Bau-  
und Immobilienrecht
- Bedeutung / Verbindlichkeiten
- Offertöffnung
- Auslegung, Erläuterung, Bereinigung
- Varianten und Teilangebote
- Unterangebote

# Verbindlichkeit des Angebots

- ▶ Angebote basieren auf Ausschreibungsunterlagen
- ▶ gute Ausschreibungsunterlagen ermöglichen vergleichbare Angebote
- ▶ Angebote sind:
  - grundsätzlich unabänderlich
  - Grundlage für den Zuschlag
  - Grundlage für den Vertrag

# Verbindlichkeit des Angebots

- ▶ Dauer der Verbindlichkeit = Bindefrist
- ▶ Bindefrist ist durch Vergabestelle in Ausschreibungsunterlagen festzusetzen
- ▶ für alle Anbieter gleich
- ▶ mögliche Rechtsmittelfrist sollte eingerechnet werden
- ▶ aber: keine unnötig lange Bindungsdauer

# Verbindlichkeit des Angebots

- ▶ mit Ablauf der Bindefrist wird Anbieter wieder frei
- ▶ Verlängerung der Bindefrist möglich und zulässig, wenn:
  - durch Anbieter erklärt
  - vor Ablauf der Bindefrist
  - Angebot inhaltlich unverändert bleibt
- ▶ Ohne Verlängerung der Bindefrist ist die Zuschlagserteilung an den ungebundenen Bieter nicht zulässig (vgl. Kantonsgericht Wallis, VS A1 21 88 / A1 21 134 vom 23.9.2021)

# Öffnung und Prüfung Art. 37 BöB / IVöB

- ▶ Angebote bzw. Teilnahmeanträge müssen innert Frist bei der in der Ausschreibung genannten Stelle eintreffen
- ▶ direkte Übergabe oder per Post
- ▶ elektronische Angebotseinreichung möglich, qualifizierte elektronische Signatur ist dann erforderlich

# Öffnung und Prüfung Art. 37 BÖB / IVöB

- ▶ Angebote müssen bis zum Offertöffnungstermin verschlossen bleiben
- ▶ Öffnung der fristgerecht eingereichten Offerten durch **zwei** gleichzeitig anwesende Vertreter der Vergabestelle
- ▶ über Offertöffnung ist im offenen, selektiven und im Einladungsverfahren umgehend ein Protokoll zu erstellen
- ▶ Protokoll enthält Angaben zu Namen der anwesenden Personen, Namen der Anbieter, Eingangsdaten und Gesamtpreise der Angebote, allfällige Varianten und Teilangebote

# Öffnung und Prüfung Art. 37 BÖB / IVÖB

- ▶ spätestens nach Zuschlagserteilung ist Anbietern Einsicht ins Protokoll zu gewähren
- ▶ Praxis vieler Vergabestellen, Offertöffnungsprotokoll unaufgefordert nach Erstellung Anbietern zuzustellen
  - schafft Transparenz, aber
  - spätere Bereinigungen aufgrund Rechnungs- oder Schreibfehler sind darin nicht dokumentiert
- ▶ Teilnahme an Offertöffnung für Anbietende vereinzelt möglich (z.B. BS, LU)
- ▶ Kanton SG: kantonale Auftraggeber veröffentlichen Nettopreise der Angebote auf [www.beschaffungswesen.sg.ch](http://www.beschaffungswesen.sg.ch)

# Auslegung, Erläuterung und Bereinigung Art. 38 f. BÖB / IVÖB

## **Drei Stufen: Auslegung / Erläuterung / Bereinigung**

- ▶ Auslegung / Erläuterung notwendig bei Unklarheiten
- ▶ Bereinigung: vgl. Folien in Block 1.3
- ▶ Erläuterungen: Setzen *Unklarheit* voraus (vgl. nachfolgende Folie)

# Auslegung, Erläuterung und Bereinigung Art. 38 f. BÖB / IVÖB

## Erläuterungen

- ▶ Erläuterungen setzen *Unklarheit* voraus
- ▶ dürfen nur der Klärung des vorhandenen Angebotsinhalts dienen
- ▶ Keine Anpassung/Ergänzung des Angebots
- ▶ Präzisierungen des Angebots? Nur dann zulässig, wenn sie einzig in «Klärung und Ausfüllung eines bereits vorher erklärten Angebotswillens» bestehen
- ▶ Vergabestelle muss bei Einholen von Erläuterungen:
  - Unklarheit benennen
  - Fragen und Anweisungen an Anbieter machen sowie
  - erhaltene Erklärungen **schriftlich** festhalten / protokollieren

# Varianten und Teilangebote Art. 33 BöB / IVöB

## Umgang mit Varianten

- ▶ Variante = Angebot eines Anbieters, das von vorgeschlagener Amtslösung abweicht
- ▶ Varianten sind zulässig, wenn die Vergabestelle dies in Ausschreibungsunterlagen nicht einschränkt/ausschliesst
- ▶ abweichen kann: Leistung (Projektvariante) oder Ausführung (Ausführungsvariante)
- ▶ Variante hat zwingende Vorschriften der Ausschreibung zu beachten und muss im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung in technischer Hinsicht gleichwertig sein
- ▶ Anbieter muss Gleichwertigkeit der Variante nachweisen

# Varianten und Teilangebote Art. 33 BöB / IVöB

## Umgang mit Varianten

- ▶ Vergabestelle muss sich mit zulässiger Variante sachlich auseinandersetzen und diese prüfen: grosses Ermessen bei der Beurteilung Ausschluss oder Berücksichtigung bei Bewertung/Zuschlagsprüfung
- ▶ Vergabestelle sollte in Ausschreibungsunterlagen regeln, wie Variante einzureichen ist (d.h. zusätzlich zu Grundangebot?)
- ▶ Ausschlussregelung dazu (ohne Regelung: evtl. nur Variante auch möglich?)

# Varianten und Teilangebote Art. 33 BöB / IVöB

## Vergütungsvarianten

- ▶ «Vergütungsvarianten» sind grundsätzlich unzulässig, da es an Vergleichbarkeit fehlt
- ▶ zulässig, sich als Vergabestelle neben dem als Einheitspreisangebot ausgestalteten Grundangebot auch Pauschalangebot offerieren zu lassen
- ▶ dazu Formulierung in Ausschreibungsunterlagen aufnehmen (VGer ZH, Entscheid VB.2017.00180 vom 4.5.2017), wichtig: Pauschalangebot muss zusätzlich zum Grundangebot eingereicht werden, auf Basis und unter Beilage des ausgefüllten Leistungsverzeichnisses

# Teilangebote

- ▶ Angebot, das in sachlicher oder umfangmässiger Hinsicht nicht sämtliche in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Leistungen enthält
- ▶ Teilangebote sind grundsätzlich unzulässig, ausser Vergabestelle lässt Teilangebote in Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zu (ihr Umfang ist zu regeln; Art. 35 Bst. e BÖB / IVöB)
- ▶ Ausschreibungsunterlagen enthalten zudem Angaben, ob und welche Lose aufgrund von Teilangeboten zugeschlagen werden können
- ▶ Beschränkung Anzahl Lose pro Anbieter («Loslimitierung»)? (BVGer, Urteil B-4011/2018 vom 11.10.2018)

## Block 2

### **Bewertungsmodelle und Bewertung der Angebote**

▶ 11.00 - 12.00

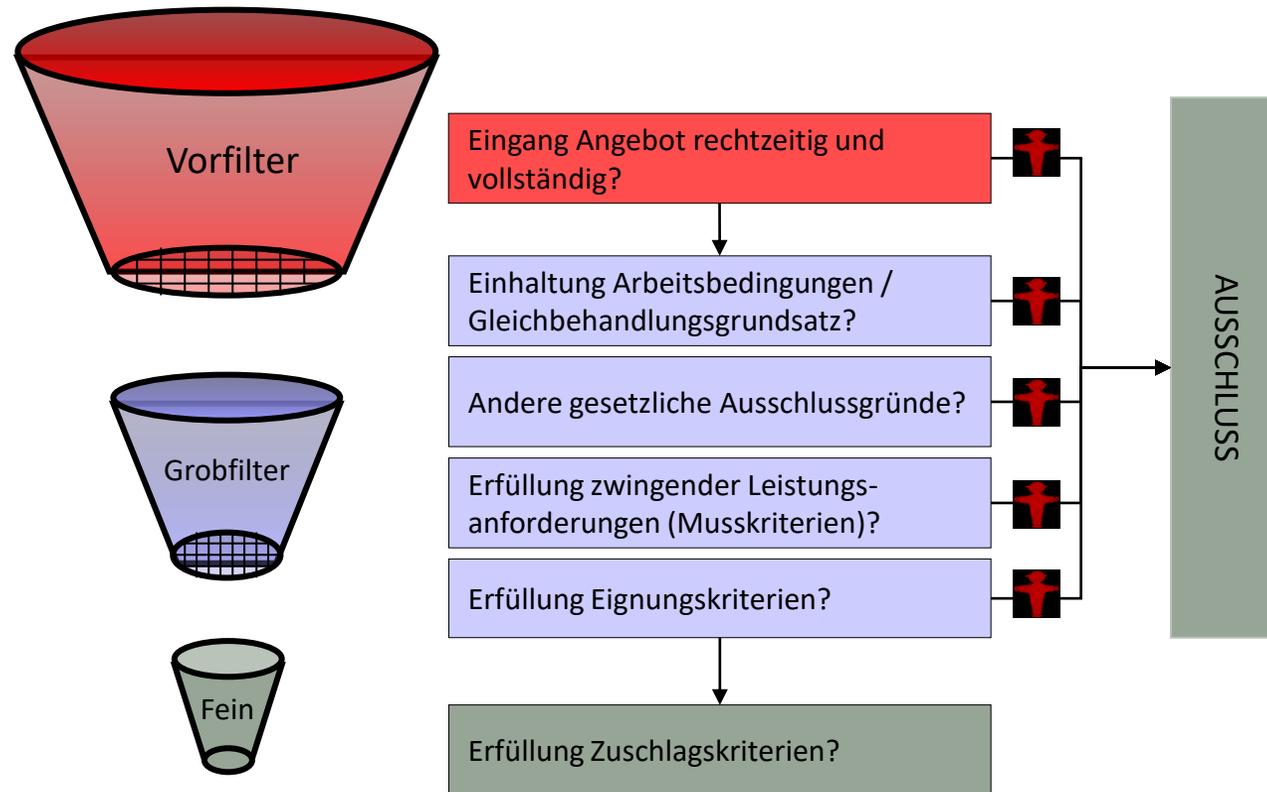
▶ Claudia Schneider Heusi,  
lic. iur. LL.M., Fachanwältin SAV  
Bau- und Immobilienrecht

- Vorgehen, Evaluation
- Taxonomie, Matrixmodelle
- Preis- und Qualitätsbewertung

# Ablauf einer Evaluation Art. 38 ff. BÖB / IVöB

Phase	Vorgehen / Inhalt
1	Evaluation Teil 1: <ul style="list-style-type: none"><li>– Prüfen der Formvorschriften / Teilnahmebedingungen</li><li>– Prüfen der Eignungsnachweise</li><li>– Prüfen der technischen Spezifikationen</li></ul>
2	Evaluation Teil 2: <ul style="list-style-type: none"><li>– Bewerten der Zuschlagskriterien</li><li>– Bereinigungen / technische Verhandlungen (wenn vorbehalten)</li><li>– Erstellen der Schlussrangliste</li><li>– Entscheid</li></ul>
3	Publikation der Zuschlagsverfügung
4	Abschliessen des Vertrages
5	Arbeitsaufnahme

# Evaluation Art. 37 ff. BÖB / IVöB



# Evaluation Art. 37 ff. BÖB / IVÖB

- ▶ **Vorfilter:** Prüfung der Angebote in Bezug auf Rechtzeitigkeit und Vollständigkeit
  - **Rechtzeitigkeit:** Auch 5 Minuten zu spät ist zu spät! Das Angebot wird nicht evaluiert und scheidet sofort aus. Trotzdem: Angebot nicht ungeöffnet zurücksenden.
  - **Vollständigkeit:** Grundsätzlich müssen Angebote vollständig sein, die Grenze bildet der überspitzte Formalismus:

Fehlen im Vergleich zum Umfang des Angebots nur wenige Angaben, kann beim Anbieter nachgefragt werden. Einzelfall prüfen!

# Evaluation Art. 37 ff. BÖB / IVöB

- ▶ **Grobfilter:** Prüfung der zwingenden Teilnahmebedingungen, Leistungsanforderungen und Eignungskriterien
  - Einhaltung Arbeitsbedingungen / Gleichbehandlungsgrundsatz
  - andere gesetzliche Ausschlussgründe (falsche Auskünfte, Steuern und Sozialabgaben nicht bezahlt, Pfändungs-/ Konkursverfahren, Wettbewerbsabreden getroffen etc.; i.d.R. Selbstdeklaration)
  - Erfüllung zwingender Leistungsanforderungen (Technische Spezifikationen / Musskriterien)

## Evaluation Art. 37 ff. BÖB / IVÖB

- ▶ Erfüllung Eignungskriterien
- ▶ Ist einer dieser Vorgaben nicht erfüllt, wird der Anbietende ausgeschlossen. Die Evaluation seines Angebots endet hier, eine Feinevaluation findet nicht statt.
- ▶ Fällt die Eignung nachträglich weg, wird der Anbietende ebenfalls ausgeschlossen.

# Evaluation Art. 37 ff. BÖB / IVöB

## ► Feinfilter:

Prüfung der Angebote gemäss Zuschlagskriterien:

- Bewertungsmatrix anwenden
- Vorsicht bei Berücksichtigung einer Mehreignung: Nur wenn der Erfüllungsgrad des Kriteriums graduierbar ist und wenn eine über die fachliche Mindestanforderung hinausgehende Mehreignung berücksichtigt werden soll.

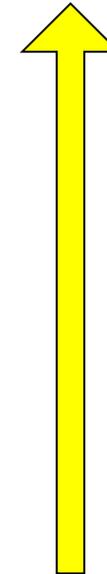
# Taxonomien / Bewertungen (Modelle)

Zuschlagskriterien (Bsp.)	Gewicht (Bsp.)
- <b>Preis</b> (Angebotssumme, inkl. Optionen)	60%
- <b>Auftragsanalyse</b> (Qualität: Beitrag der Lösungsansätze zur Zielerreichung, Chancen- und Risikoanalyse mit entsprechenden Massnahmenvorschlägen)	10%
- <b>Terminplan</b> (Erfassung der wesentlichen Aspekte, Plausibilität)	10%
- <b>Schlüsselpersonen</b> (Erfahrung mit gleichartigen Aufgaben [inkl. Referenzauskünfte bzw. eigene Erfahrungen], Verfügbarkeit)	10%
- <b>Projektorganisation</b> (Zweckmässigkeit der Projektorganisation für die konkrete Aufgabe)	10%

# Taxonomien / Bewertungen (Modelle)

## 5-Stufen Modell

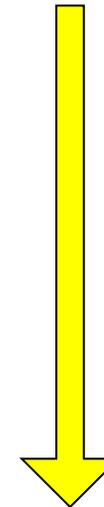
<b>Erfüllungsgrad</b>	<b>Punkte</b>	<b>Beispiel</b>	<b>Beschreibung</b>
Vollständig erfüllt	Maximale Punkte	40	Die Anforderung wird durch das Angebot vollständig erfüllt
Mehrheitlich erfüllt	$\frac{3}{4}$ der Punkte	30	Die Anforderung wird durch das Angebot mehrheitlich erfüllt
Teilweise erfüllt	$\frac{1}{2}$ der Punkte	20	Die Anforderung wird durch das Angebot teilweise erfüllt
Kaum erfüllt	$\frac{1}{4}$ der Punkte	10	Die Anforderung wird durch das Angebot schlecht bzw. kaum erfüllt
Nicht erfüllt, unklar oder keine Angaben	Keine Punkte	0	Die Anforderung wird durch das Angebot gar nicht erfüllt



# Taxonomien / Bewertungen (Modelle)

Für die Bewertung der Qualitätskriterien ist eine Notenskala festgelegt worden, welche sich am Grad der Zielerreichung orientiert.

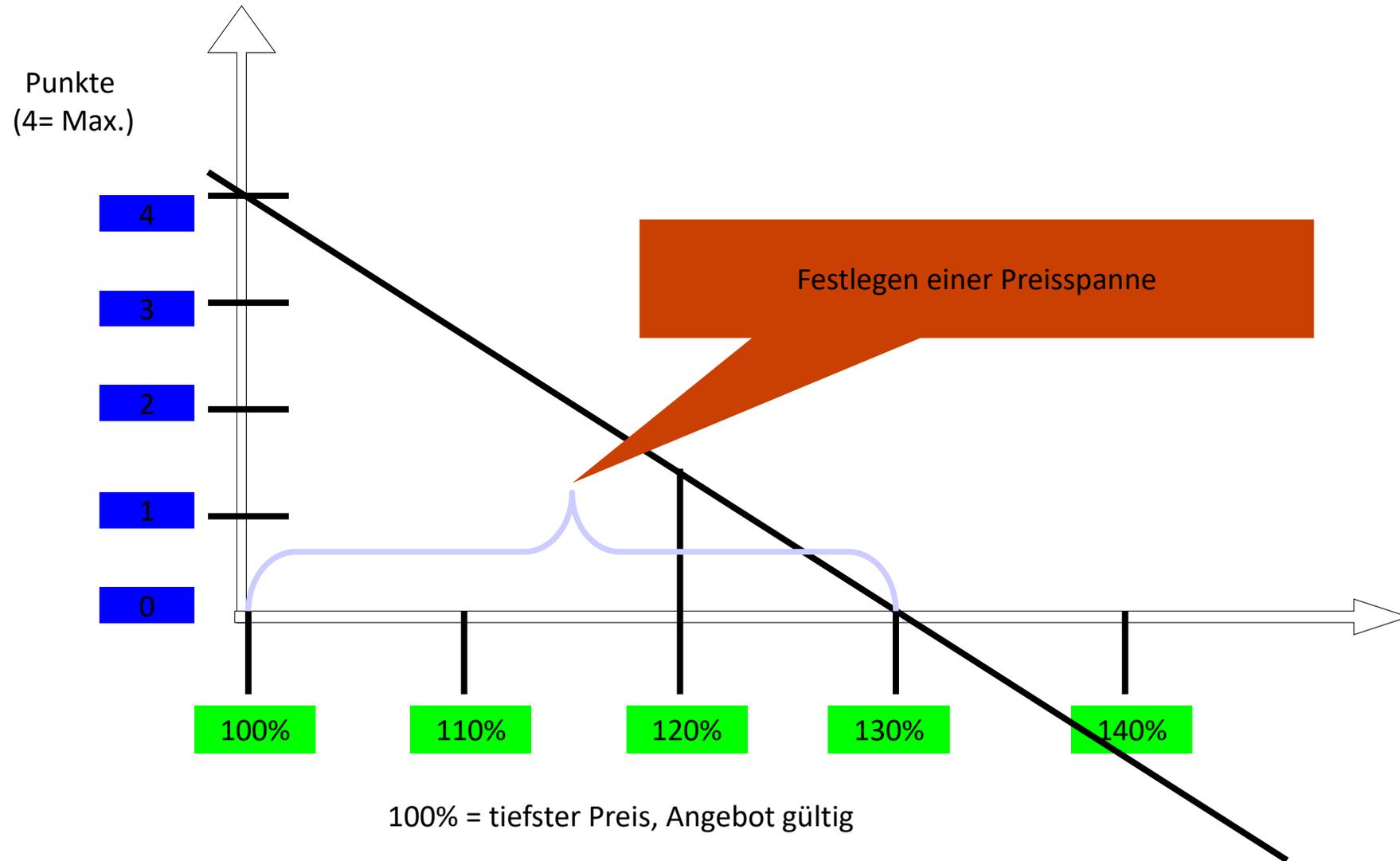
<b>N</b>	<b>Bezogen auf Erfüllung der Kriterien</b>	<b>Bezogen auf Qualität der Angaben</b>
0	nicht beurteilbar	keine Angaben
1	sehr schlechte Erfüllung des Kriteriums	ungenügende, unvollständige Angaben
2	schlechte Erfüllung	Angaben ohne ausreichenden Bezug zum Projekt
3	normale, durchschnittliche Erfüllung	durchschnittliche Qualität, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend
4	gute Erfüllung	qualitativ sehr gut
5	sehr gute Erfüllung	qualitativ ausgezeichnet, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung



# Besondere Taxonomie „Preis“

- ▶ BGE 143 II 553
- ▶ preislich tiefstes (gültiges) Angebot ist im Verhältnis zu den anderen Angeboten stets am besten zu bewerten
- ▶ zwei Parameter entscheidend:
  - Preisgewichtung
    - Wie viel Prozent der Gesamtpunktzahl aller Kriterien macht der Preis aus?
    - 20% als Untergrenze – bei komplexen Beschaffungen (BGE 143 II 553)
    - 60% als Untergrenze – bei einfachen Leistungen (weitestgehend standardisiert; vgl. BGer, Urteil 2C\_802/2021 vom 24.11.2022)
  - Preisbewertungsmethode: linear, aber richtig

# Besondere Taxonomie „Preis“



# Besondere Taxonomie „Preis“

## **Lineare Preisbewertung: Preisspanne richtig setzen!**

▶ die richtige Preisspanne ist entscheidend:

- Realistische Bandbreite der zu erwartenden Angebotspreise (BGer, Urteil 2C\_802/2021 vom 24.11.2022)
- 30-50% bei nicht komplexen Bauleistungen
- 75-100% bei komplexen Leistungen
- höhere Spannen im Einzelfall: 200% nachvollziehbar (VGer ZH, Entscheid VB.2014.00175 vom 29.7.2014)

# Besondere Taxonomie „Preis“

## **Lineare Preisbewertung: Preisspanne richtig setzen!**

- ▶ vorgängig bekannt gegeben – was, wenn nicht?
  - Je ungewöhnlicher die gewählte Preisspanne, desto bessere Begründung erforderlich (VGer ZH, Entscheid VB.2022.00103 vom 14.07.2022)
  - Orientierung an tatsächlich offerierten, ernsthaften Preisen zulässig, sofern gewisse Anzahl Angebote einging (VGer ZH, Entscheid VB.2022.00103 vom 14.07.2022)
  - Aber nicht nur: 2 Angebote, Preisunterschied 5%  $\neq$  Preisspanne (VGer ZH, Entscheid VB.2016.00615 vom 4.5.2017)

# Besondere Taxonomie „Preis“

## Lineare Preisbewertung: Formel

- ▶ Formel des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (VGer ZH, Entscheid VB.2022.00103 vom 14.07.2022):

$$\frac{\text{Tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne in Franken} - \text{Beurteiltes Angebot}}{\text{Preisspanne in Franken}} \times \text{Gewichtung}$$

# Besondere Taxonomie „Preis“

## **Unzulässige Bewertungsmodelle:**

- ▶ Lineare Modelle mit falschen Preisspannen
- ▶ Asymptotische / degressive Modelle
- ▶ Wegstreichen von Höchst- / Tiefstpreisen
- ▶ Vorgaben von Mindestpreisen für Höchstnote
- ▶ Preislicher Mittelwert als Bestnote (Glockenkurve)
- ▶ Plafonierungen der Punktezuteilung nach unten / oben

# Besondere Taxonomie „Preis“

## Plausibilität? Nicht beim Preis!

### ► BGE 143 II 553:

- 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 (Art. 38 Abs. 3 IVöB)
- Ein (zu) tiefer Preis allein: Kein Ausschlussgrund
- „Zuverlässigkeit des Preises“ ist als Zuschlagskriterium bei kantonalen und kommunalen Vergabeverfahren nicht zulässig (vgl. VGer JU, Entscheid CST 1/2023 vom 14.12.2023); für Verfahren nach Bundesrecht (BöB) jedoch schon (vgl. Art. 29 Abs. 1 BöB)!

# Block 3

## Änderung von Angeboten

- ▶ 12.00 - 12.30
- ▶ Claudia Schneider Heusi,  
lic. iur. LL.M., Fachanwältin SAV  
Bau- und Immobilienrecht
- Kommunikationsmöglichkeiten
- Bereinigung / technische Verhandlungen
- Dialog
- Präsentationen

# Kommunikationsmöglichkeiten im Vergabeverfahren

**Inhalt/Art:** Unterschiedlich je nach Verfahrensphase



vor Verfahrensbeginn: Marktabklärung / Beizug Dritter (Achtung Vorbefassung!)

nach Ausschreibung: Frage-Antwort-Runden / **Dialog**

nach Offerteingabe: **Bereinigung** / **Präsentationen**

nach Zuschlag: Debriefing

vor Vertrag: Vertragsverhandlungen

# Bereinigung / technische Verhandlungen Art. 39 BÖB / IVÖB

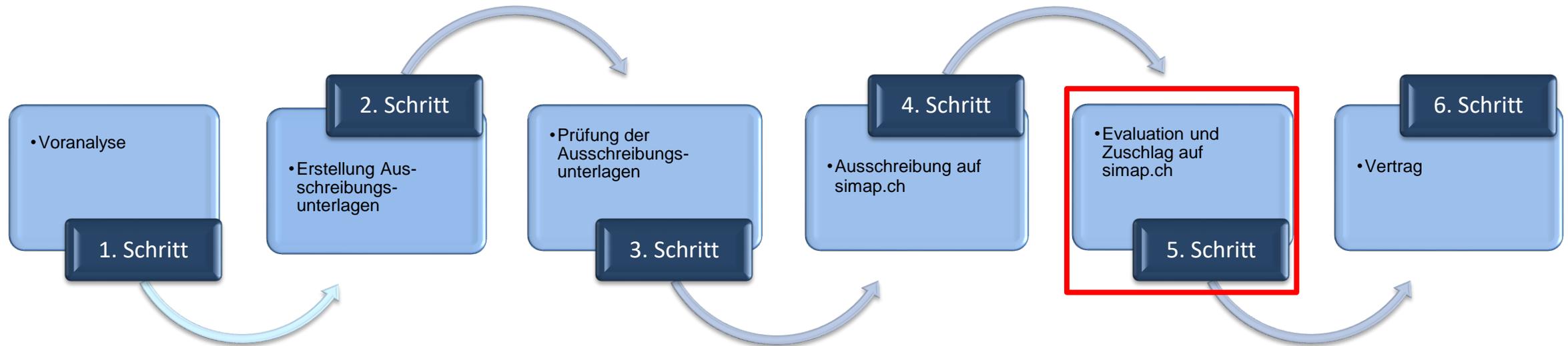
## ▶ **Bereinigungen / technische Verhandlungen**

- in komplexen Projekten unverzichtbar
- Anbieter, ihre Angebote und die Preise sind bekannt

## ▶ **Herausforderungen**

- Gleichbehandlung
- Wahrung der Vertraulichkeit
- Transparenz / Nachvollziehbarkeit (insbesondere bei Gesprächen)

# In welcher Phase des Vergabeverfahrens?



# Bereinigung Art. 39 BöB / IVöB

## **Gesetzliche Grundlage:**

«... hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung...»

«... um das vorteilhafteste Angebot zu ermitteln....»

### ▶ nur wenn:

- Auftrag oder die Angebote müssen geklärt werden oder
- Angebote müssen vergleichbar gemacht werden oder
- Leistungsänderungen objektiv / sachlich geboten – mit Grenzen: keine Veränderung der charakteristischen Leistung oder des potenziellen Anbieterkreises

### ▶ dann – nur dann: Aufforderung zur Preisanpassung möglich

### ▶ Protokoll

### ▶ vgl. insb. BVGer, Zwischenentscheid B-3196/2022 vom 27.3.2023

## Dialog Art. 24 BÖB / IVÖB

- ▶ für komplexe Beschaffungen, Beschaffungen intellektueller Dienstleistungen oder innovativer Leistungen
- ▶ **„Komplexe Beschaffung“**: Beschaffungsstelle ist ohne Kontakt mit Marktgegenseite nicht in der Lage, die Mittel oder Konditionen in der Ausschreibung anzugeben, die ihre Bedürfnisse abdeckt oder zu beurteilen, welche Lösungen Markt bieten kann.
- ▶ **„intellektuelle Dienstleistungen“**: überwiegender Teil der Leistung besteht in geistig-schöpferischer Arbeit (z.B. Architektur-, Ingenieur- und Informatikdienstleistungen).
- ▶ **„Innovative Leistung“**: Beschaffungsgenstand muss Bearbeitung mit neuen Lösungsansätzen zulassen (z.B. Entwicklung eines neuen Produkts, das auf die spezifischen Bedürfnisse der Auftraggeberin angepasst ist) → Innovative Leistung erfüllt in der Regel auch die Voraussetzungen einer intellektuellen Dienstleistung

## Dialog Art. 24 BÖB / IVÖB

- ▶ **Dialog:** Offene Leistungsbeschreibung verbunden mit nachträglicher Dialogmöglichkeit (Umschreibung Beschaffungsgegenstand offen, nicht mit abschlussreifen Angeboten zu rechnen)
- ▶ Ziel: Mit Dialogteilnehmern sollen in iterativem Prozess Lösungswege oder Vorgehensweisen erarbeitet werden
- ▶ anschliessend werden Dialogteilnehmer zur endgültigen Angebotsabgabe aufgefordert
- ▶ Dialogvereinbarung als Voraussetzung zur Teilnahme am Dialog

# Präsentationen der Anbieter

- ▶ vor allem bei Dienstleistungsbeschaffungen geeignet zur besseren Feststellung der Stärken und Schwächen der angebotenen Schlüsselpersonen
- ▶ gemäss Ausschreibung inkl. Bewertung
- ▶ frühzeitige Einladung (Termin schon im Pflichtenheft nennen)
- ▶ Auftraggeber / Experten / Dritte: immer die gleichen Personen
- ▶ Drehbuch für die Präsentationen erstellen
- ▶ Protokoll (wer war dabei, welche Fragen / Antworten gab es)

# Vorgaben bei Anbieterpräsentationen

- ▶ in **Ausschreibung** bekannt geben:
  - dass eine Präsentation stattfinden wird
  - dass diese als Zuschlagskriterium bewertet wird
  - zu präsentierende Themen
  - einzuhaltende Vorgaben (Zeit, Hilfsmittel, präsentierende Personen etc.)
  - Beurteilungskriterien und deren Gewichtung / Bewertung
- ▶ (Für Dritten) nachvollziehbare **Protokollierung** des wesentlichen Inhalts der Präsentation und deren Beurteilung (sowie der Gründe dafür)

# Bewertung von Präsentationen

Die Evaluation kann in einem 2-Stufenverfahren durchgeführt werden. Dieses Vorgehen ist bereits in den Ausschreibungsunterlagen klar darzulegen.

- ▶ In der Stufe 1 werden alle formellen Anforderungen (wie beispielsweise die Eignungsnachweise) und die Zuschlagskriterien (alle ohne Präsentation) bewertet.
- ▶ In der Stufe 2 werden diejenigen Firmen, welche die besten (beispielsweise) drei Angebote abgegeben haben, zu einer Vorstellung eingeladen; diese Vorstellung wird separat bewertet.

# Bewertung von Präsentationen

## Mögliche Bewertungskriterien

ZV1	<b>Bestätigung des schriftlichen Profils des Projektleiters</b>
	Der Projektleiter ist aufgefordert, die schriftlichen Angaben zu seinem Profil und die Erfüllung der Zuschlagskriterien ZB1-ZB4 näher zu erläutern.
	erfüllt: Die Angaben zum Profil und den ZB1-ZB4 werden vollumfänglich erhärtet teilweise erfüllt: Die Angaben zum Profil und den ZB1-ZB4 werden teilweise erhärtet nicht erfüllt: Die Angaben zum Profil und den ZB1-ZB4 werden unzureichend erhärtet
ZV2	<b>Plausibilität der Vorgehensweise und der Risikodarstellung</b>
	Der Projektleiter ist aufgefordert, einen Vorgehensvorschlag zu unterbreiten und die zu erwartenden Projektrisiken darzustellen.
	erfüllt: Vorgehensvorschlag und Risikodarstellung vermögen zu überzeugen. teilweise erfüllt: Vorgehensvorschlag und Risikodarstellung überzeugen nur teilweise nicht erfüllt: Vorgehensvorschlag und Risikodarstellung überzeugen nicht
ZV3	<b>Auftreten, Präsentationsstil und Glaubwürdigkeit des Projektleiters</b>
	Vom Projektleiter werden u.a. sicheres Auftreten und gute Fähigkeiten als Kommunikator erwartet.
	erfüllt: Der Projektleiter hat sicheres Auftreten, präsentiert überzeugend und wirkt glaubhaft. teilweise erfüllt: Der Projektleiter wirkt glaubhaft, präsentiert zufriedenstellend, sein Auftreten ist z.T. unsicher nicht erfüllt: Der Projektleiter wirkt unsicher und unglaubwürdig

# Block 4

## Ausschluss

- ▶ 13.30 -14.15
- ▶ Claudia Schneider Heusi,  
lic. iur. LL.M., Fachanwältin SAV  
Bau- und Immobilienrecht
- Formelle Prüfung
- Ausschlussgründe
- Vorgehen / Form

# Prüfung der Angebote Art. 38 BöB / IVöB

## Die einzelnen Schritte im Überblick

- ▶ formelle Prüfung:
  - wesentliche formelle Anforderungen
  - gesetzliche Anforderungen
  - inhaltliche Anforderungen→ Ausschluss als Folge!
  
- ▶ inhaltliche Prüfung der gültigen Angebote:
  - Phase 1: fachliche und rechnerische Prüfung
  - Phase 2: Bewertung der Angebote

# Ausschluss vom Verfahren Art. 44 BöB / IVöB

## **Ausschlussprüfung zu wesentlichen formellen Anforderungen**

- ▶ Eingabefrist
- ▶ Unterschrift des Angebots
- ▶ Vollständigkeit des Angebots bzw. Teilnahmeantrag:
  - Grundsatz der Unabänderlichkeit von Offerten
  - Unvollständigkeit betrifft wesentliche Punkte
  - Verbot des überspitzten Formalismus
- ▶ Abänderung der Ausschreibungsunterlagen ist unzulässig; Grund: mangelnde Vergleichbarkeit der Offerten

# Ausschluss vom Verfahren Art. 44 BöB / IVöB

## **Ausschlussprüfung zu gesetzlichen Anforderungen, z.B.**

- ▶ Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen (BGer, Urteil 2C\_608/2021 vom 11.5.2022)
- ▶ Gleichbehandlung von Frau und Mann
- ▶ Konkursverfahren
- ▶ Abreden (vgl. VGer GR, Urteil U 2020 66 vom 6.12.2022)
- ▶ berufliches Fehlverhalten (vgl. BGer, Urteil 2D\_49/2011 vom 25.9.2012)
- ▶ bezahlte Steuern und Sozialabgaben
- ▶ unzulässige Vorbefassung
- ▶ falsche Auskünfte von Anbietern

# Unterangebote Art. 44 Abs. 2 Bst. c BÖB / IVÖB

- ▶ drei Punkte sind wichtig:
  - Einhaltung von GAV etc. und Vertragserfüllung sichergestellt (nicht nur bestätigen lassen - zusätzlich Unterlagen, Kalkulation verlangen)
  - Androhung Ausschluss mit Fristansetzung
  - bei Bestätigung / plausibler Darlegung: Ausschluss nicht zulässig
- ▶ BGE 143 II 553: Ist das Angebot gültig, keine «Bestrafung» des Tiefpreises bei der Bewertung

# Ausschluss vom Verfahren Art. 44 BÖB / IVöB

## **Unzulässige Vorbefassung (Art. 14 BÖB/ IVöB)**

- ▶ Ausschluss vorbefasster Anbieter grundsätzlich dann nicht gegeben, wenn:
  - untergeordneter Beitrag (nicht: Ausschreibungsunterlagen)
  - Vorleistungen in Ausschreibungsunterlagen mit Namen Anbieter bekannt gegeben
  - Einsichtnahme / Bezug dieser Unterlagen möglich
  - Frist für Einreichung des Angebots verlängert

# Ausschluss vom Verfahren Art. 44 BÖB / IVöB

## **Unzulässige Vorbefassung (Art. 14 BÖB/ IVöB)**

- ▶ Erstellung von Ausschreibungsunterlagen: immer unzulässig
- ▶ Beizug von Unternehmen vor dem Ausschreibungsverfahren:
  - Verbindungen zu möglichen späteren Anbietern?
  - Interesse an Angebotseinreichung? Aufklärungspflicht
  - Unwissenheit ist kein Schutz

# Ausschluss vom Verfahren Art. 44 BöB / IVöB

## **Unzulässige Vorbefassung (Art. 14 BöB/ IVöB)**

- ▶ unproblematisch: Wissensvorsprung aufgrund bisheriger Tätigkeit
- ▶ Vorarbeiten / Grundlagenaufbereitung für spätere Ausschreibung führen nicht zwingend zum Ausschluss damit befasster Personen oder Unternehmen
- ▶ einem Anbieter kann nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das er sich durch frühere Arbeiten für denselben Arbeitgeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben hat

# Ausschluss vom Verfahren Art. 44 BöB / IVöB

## **Eignungsprüfung – Umfang der Prüfungspflicht**

- ▶ alle Angaben der Anbieter sind zu prüfen: Alle? Ausnahmen?
- ▶ Dokumentationspflicht zentral (BVGer, Urteil B-307/2016 vom 23.03.16)
- ▶ unklare und unvollständige Angaben:
  - in erster Linie: Anbieter trägt Verantwortung
  - Untersuchungsgrundsatz
  - Verhältnismässigkeitsprinzip

# Ausschluss vom Verfahren Art. 44 BÖB / IVÖB

## **Eignungsprüfung - Referenzvorhaben**

- ▶ Vergabestelle hat deutlich zu umschreiben: was ist der Massstab der Vergleichbarkeit?
- ▶ klare Aussagen bei den geforderten Nachweisen – zum Inhalt, Umfang, Zeitpunkt, Anzahl
- ▶ Stand der Ausführung? BGE 141 II 14

# Ausschluss vom Verfahren Art. 44 BÖB / IVÖB

## Eignungsprüfung - Referenzvorhaben

- ▶ Was bei qualitativ und quantitativ unklaren Vorgaben?
- ▶ BGE 141 II 14: Die Auslegungsregeln:
  - in erster Linie der Wortlaut
  - Auslegung wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten
  - Vertrauensschutz der Anbieter massgebend
  - technisch geprägte Begriffe: Verständnis in der Fachwelt / im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten zu verstehen
  - nicht: Verständnis des Auftraggebers

# Ausschluss vom Verfahren Art. 44 BÖB / IVÖB

## **Eignungsprüfung – im Angebot nicht genannte Referenzvorhaben**

- ▶ eigene Erfahrungen und Referenzen der Vergabestelle: ja, aber
  - Gleiche Chancen für Anbietende, die noch nicht für Vergabestelle tätig waren (VB.2010.00170 vom 22.09.2010; VB.2007.00503 vom 18.11.2009)
  - Ausreichende Dokumentation der eigenen Erfahrungen (BVGer, Urteil B-560/2018 vom 24.4.2019, E. 4.5)
  
- ▶ weitere Abklärung der Vergabestelle = auf eigene Faust...
  - nur in begründeten Fällen
  - rechtliches Gehör? (BGE 139 II 489, E. 3.2.; Appellationsgericht BS, Urteil VD.2014.5 vom 21.5.2014 E. 5.3)

# Ausschluss vom Verfahren Art. 44 BÖB / IVöB

## **Eignungsprüfung – Mündliche Referenzen**

- ▶ was, bei wem, wozu: Ausschreibungsunterlagen haben das zu regeln
- ▶ wie: mündlich, dieselben Fragen an alle, bei allen dieselbe Anzahl
- ▶ ohne Regelung = keine Auskünfte
- ▶ rechtliches Gehör gewähren (BGE 139 II 489, E. 3.2)
- ▶ Dokumentationspflicht: Insbesondere Referenzpersonen, Inhalt der Auskunft, Zeitpunkt der Anfrage/Auskunft (VGer ZH, Entscheid VB.2017.00696 vom 30.11.2017)

# Ausschluss vom Verfahren Art. 44 BÖB / IVöB

## Form des Ausschlusses

- ▶ als Verfügung:
  - gesondert an betroffenen Anbieter
  - zusammen mit Zuschlagserteilung an anderen Anbieter
- ▶ als Parkierungsschreiben, was nicht separat, sondern nur im Rahmen einer Zuschlagsanfechtung überprüft wird (BVGE 2022 IV/4)
- ▶ Zeitpunkt: vorgezogen oder mit Eröffnung Zuschlag
- ▶ wichtig: Ausschluss ist zu begründen

# Block 5

## Zuschlag, Abbruch und Widerruf

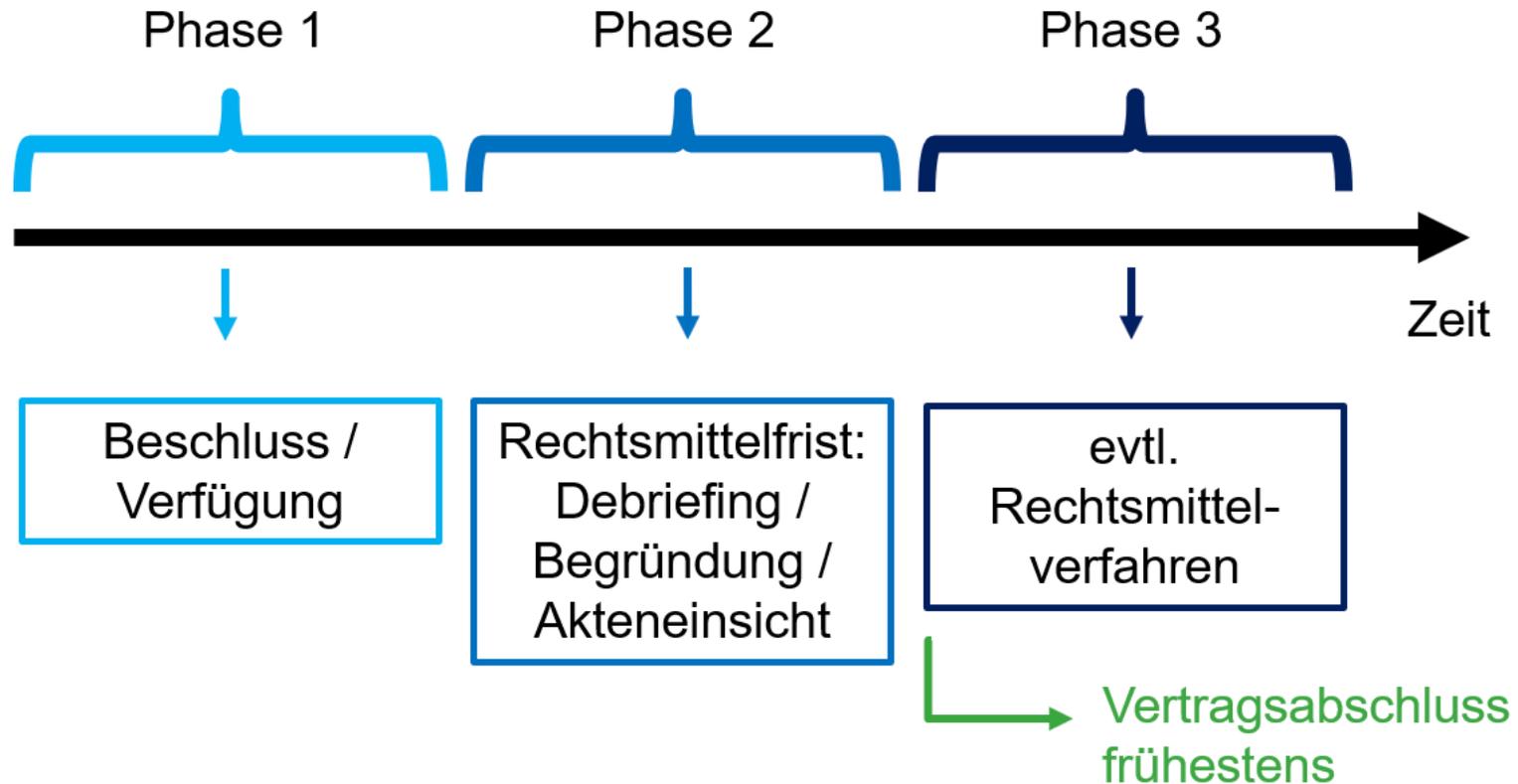
▶ 14.15 - 15.00

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

- Zuschlag, Fristen, Gerichtsverfahren
- Erlass Vergabeverfügung: Zuständigkeiten, Begründung
- Verfahrensabbruch: provisorisch / definitiv  
Zeitpunkt, Gründe
- Widerruf: Zeitpunkt, Gründe

# Zuschlag, Fristen und Gerichtsverfahren

## Die Themen je nach Phase



# Erlass der Vergabeverfügung Art. 51 BöB / IVöB

- ▶ **1. Phase** - Zuschlag und Absagen mit Verfügung  
Rechtsmittel-Belehrung (20 Tage, keine Gerichtsferien)
- ▶ Achtung: Kantone z.T. aktuell noch 10 Tage (OW, NW, JU, GE, TI, AR)
- ▶ Publikation Zuschlag im offenen / selektiven Verfahren  
und freihändig erteilte Zuschlüsse (im Staatsvertragsbereich) innert 30 Tagen auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch)
- ▶ Eröffnung Verfügungen durch Publikation oder individuelle Zustellung → es kann auf individuelle Zustellung verzichtet werden
- ▶ Formalitäten einer Verfügung beachten, Zuständigkeiten

# Vergabeverfügung- Zuständigkeiten Art. 51 BöB / IVöB

- ▶ Verfügende Behörde: muss nach Gemeindeordnungen und Organisationsreglementen zuständig sein; Zeichnungsberechtigungen beachten
- ▶ VGer ZH, Entscheid VB.2010.00002 vom 24.02.2010:  
«unter vorbehältlicher Zustimmung des Verwaltungsrates» ist unzulässig
- ▶ Privater, der im Auftrag Gemeinde Ausschreibung durchführt, darf nie den Zuschlagsentscheid fällen (Nichtigkeit der Verfügung; (vgl. VGer SG, Entscheid B 2017/81 vom 08.08.2017))

# Vergabeverfügung – Begründung Art. 51 BöB / IVöB

- ▶ Begründung: was genügt?
  - «wirtschaftlich günstigstes / «vorteilhaftestes Angebot», «beste Erfüllung der Zuschlagskriterien» → nicht mehr genügend!
  - Pflichtinhalt: Verfahrensart, Zuschlagsempfänger/in, Gesamtpreis, massgebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes, allenfalls Gründe für freihändige Vergabe
- ▶ erhöhte Anforderungen z.B. beim Abbruch, Ausschluss, Widerruf

# Vergabeverfügung – Beispiel einer Begründung Art. 51 BÖB / IVÖB

Insgesamt gingen [Anzahl] Angebote ein, die alle gültig waren. Sie wurden anhand der in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Zuschlagskriterien bewertet. Insgesamt zeigte sich, dass das Angebot der [Zuschlagsempfängerin] das vorteilhafteste Angebot ist, da es die Zuschlagskriterien am besten erfüllt. Die wesentlichen Gründe für die Berücksichtigung des Angebots von [Zuschlagsempfängerin] sind die folgenden:

[Kurze Begründung, inkl. Eigenschaften und Vorteile des berücksichtigten Angebots].

[z.B.: Das Angebot der X AG überzeugte mit der besten Unternehmens- und Projektorganisation sowie sehr grosser Erfahrung der Schlüsselperson aus vergleichbaren Aufträgen. Bezüglich Nachhaltigkeit und Termineinhaltung unterschieden sich die Angebote nicht wesentlich. Damit fiel nicht mehr ins Gewicht, dass das Angebot der X AG gut zehn Prozent teuer war, als das Angebot mit dem tiefsten Preis. Im Ergebnis hat die X AG mit 82 von 100 erzielbaren Punkten das vorteilhafteste Angebot eingereicht, womit ihr der Zuschlag zu erteilen ist.]

[Allenfalls Auszug Bewertungsmatrix]. Aber Achtung: keine Bekanntgabe von geschützten Informationen (Art. 51 Abs. 4 BÖB / IVÖB).

# Verfahrensabbruch / Wiederholung Art. 43 BÖB / IVöB

- ▶ Abbruch: bei hängigem Vergabeverfahren **vor** Zuschlagserteilung
- ▶ nur wenn «zureichende Gründe» vorliegen, wie:
  - kein Angebot, das Kriterien gemäss Ausschreibungsunterlagen erfüllt
  - veränderte Rahmen- oder Randbedingungen
  - kein wirksamer Wettbewerb
  - wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich
  - nicht: durch Vergabestelle selbstverschuldete Gründe?
- ▶ Abbruch / Wiederholung: Verfügung / Mitteilung und Publikation (im offenen / selektiven Verfahren), anfechtbar

# Provisorischer und definitiver Abbruch Art. 43 BÖB / IVÖB

## ▶ provisorischer Abbruch

- Beschaffungsabsicht der Vergabestelle mit Bezug auf einen bestimmten Leistungsbedarf bleibt bestehen
- Verfahren wird im Hinblick auf eine (kurz-/mittelfristig anstehende) Wiederholung oder Neuauflage des Beschaffungsgeschäfts abgebrochen

## ▶ definitiver Abbruch

- Definitiver Art ist ein Abbruch, wenn er die Reaktion auf einen nicht bzw. nicht mehr vorhandenen Leistungsbedarf darstellt und hierauf kein neues Verfahren folgen soll.

# Widerruf des Zuschlags Art. 44 BöB / IVöB

- ▶ Zuschlag erteilt, Vertrag noch nicht abgeschlossen
- ▶ Widerruf Zuschlag vor Vertragsabschluss mit anderem Anbieter: rechtsmittelfähige Widerrufs-Verfügung mit gleichzeitiger neuer Zuschlagserteilung an anderen Anbieter
- ▶ Voraussetzungen für Widerruf: Gründe dürfen bei Zuschlagserteilung nicht bekannt gewesen sein
- ▶ Zulässige Fälle (z.B. bei falschen Angaben des Anbieters, nachträglichen Ereignisse [wie Konkurs o.Ä.]

# Exkurs: Neueste Rechtsprechung

- ▶ Beschwerdelegitimation und Beweislast bei freihändigen IT-Vergaben
  - Die Beweislast für das Vorhandensein der Voraussetzungen einer freihändigen Vergabe liegt bei der Vergabestelle. Die Beschwerdeführerin hat lediglich glaubhaft zu machen, dass sie eine potentielle Anbieterin der ausgeschriebenen Leistung ist. Sie ist nicht mehr gehalten die Existenz von Alternativen zur von der Vergabestelle gewählten Lösung nachzuweisen. Es obliegt der Vergabestelle zu beweisen, dass keine Alternativen bestehen (BGer, Urteil 2C\_50/2022 vom 06.11.2023, zur Publikation vorgesehen [teilweise Aufhebung der Microsoft-Rechtsprechung BGE 137 II 313]).
- ▶ Verbandsbeschwerderecht im Vergaberecht:
  - Berufsverbände können nur Beschwerde gegen einen Zuschlag erheben, wenn sie glaubhaft machen, dass die Mehrheit oder eine große Anzahl ihrer Mitglieder sowohl geeignet als auch bereit wäre, ein Angebot für den fraglichen Auftrag abzugeben. (Kombination der Voraussetzungen der egoistischen Verbandsbeschwerde und Beschwerdelegitimation im Submissionsrecht; BGer, Urteil 2C\_196/2023 vom 07.02.2023)