

Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen – ein Jahr danach

Zürich, 13. November 2024

Rechtsanwältin 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

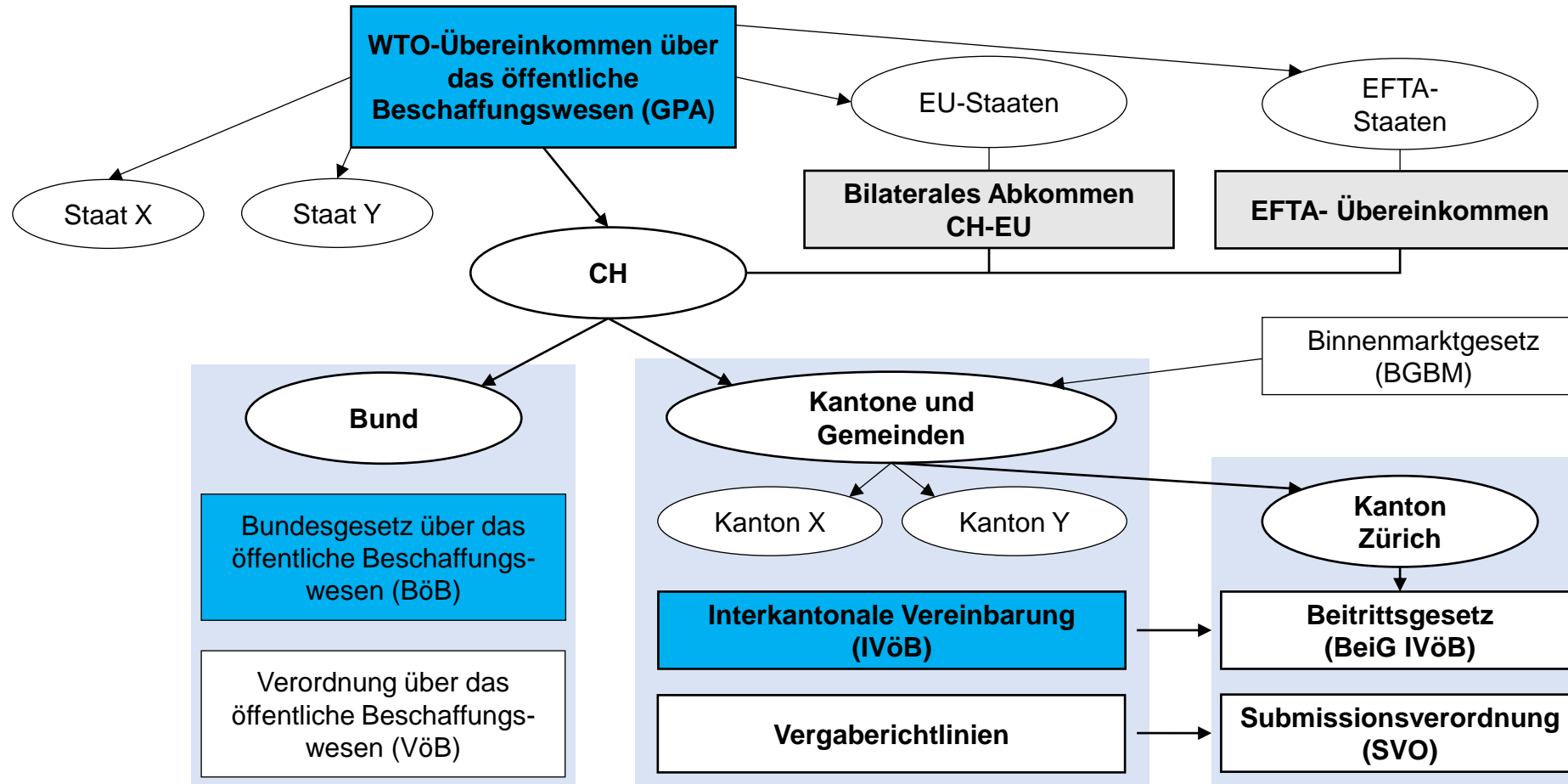


Übersicht

1. Rechtliche Grundlagen
2. Fundstellen / Vorlagen / Hilfsmittel
3. Was hat sich geändert? Was ist gleich geblieben?
4. Die wichtigen Neuerungen der IVöB
5. Neue Rechtsprechung
6. Fragerunde / Weitere Themen

1. Rechtliche Grundlagen

1. Rechtsgrundlagen heute – was wird angepasst?



1. Rechtsgrundlagen – Umsetzung Revisionsvorlagen

Übersicht Beitritte zur IVöB

Stand: 6.11.24

Quelle: www.bpuk.ch

Übersicht Beitritte zur IVöB 2019 (Stand: 01.05.2024)



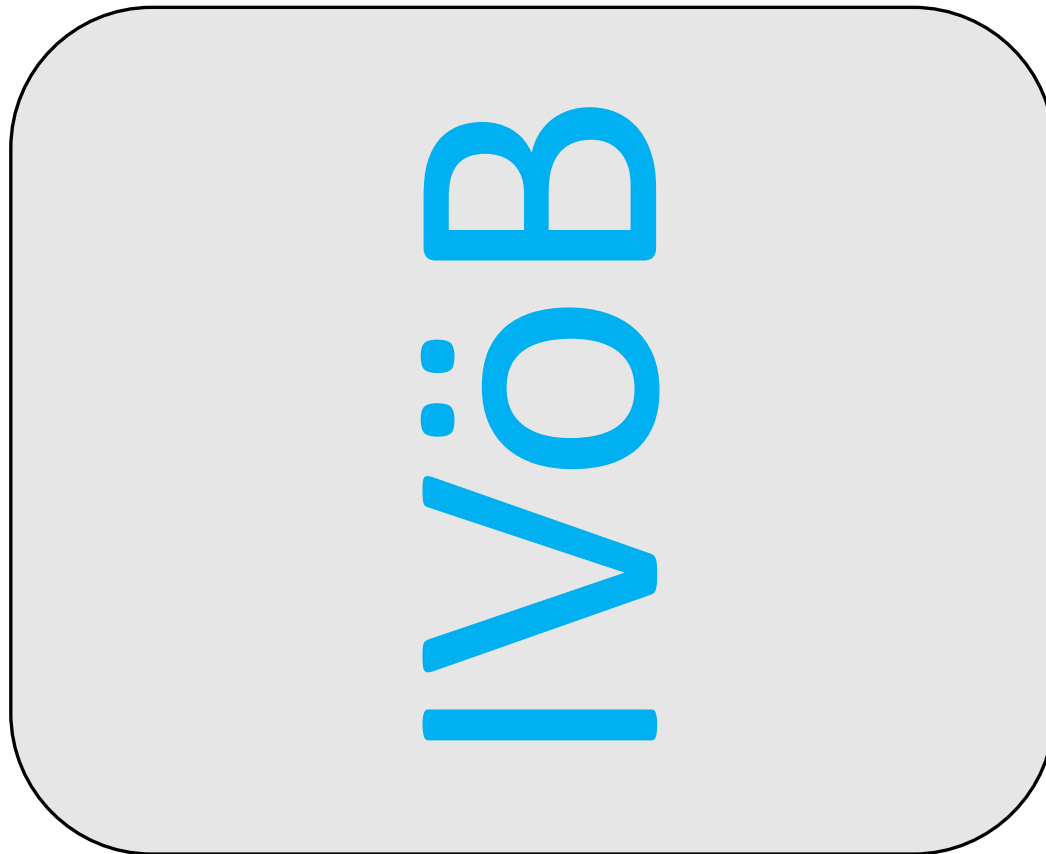
Der Kanton Bern ist nicht Mitglied der IVöB2019. Er wendet diese interkantonale Vereinbarung als kantonales Recht mit eigenem Rechtsweg an.

IVöB 2019 in Kraft.

Kantonales Beitrittsverfahren läuft.

© BFS, ThemaKart - Heuchätel 2012

1. Rechtsgrundlagen – Kt. Zürich



**Handlungs-
spielraum begrenzt**



2. Fundstellen / Hilfsmittel / Vorlagen

2. Fundstellen / Vorlagen / Hilfsmittel

Fundstellen im Internet:

- www.simap.ch
- www.beschaffungswesen.zh.ch
- [trias.swiss](#) / [Handbuch für Vergabestellen](#)
- www.bpuk.ch/foeb/ivoeb-be/einfuehrung
- www.kbob.admin.ch
- [Kanton Zürich](#) | [Leitlinien für nachhaltige Beschaffung](#)
- [Amt für Informatik und Organisation Kanton Bern \(KAIO\)](#)
- [Verwaltungsgericht Zürich](#)

2. Fundstellen / Vorlagen / Hilfsmittel

Seit 1. Juli 2024: Neue Simap-Plattform (URL bleibt bestehen)

Das alte Simap ist auf (<https://old.simap.ch/>) abrufbar und wird noch bis Ende 2024 betrieben.

Für neue und bestehende Ausschreibungen gilt das Folgende:

- Neue Ausschreibungen können nur noch auf dem neuen Simap publiziert werden.
- Ausschreibung, welche vor dem 01.07.2024 publiziert wurden, werden auf der alten Plattform weitergeführt und beendet -> d.h. Berichtigungen, Abbruch, Widerruf und Teilnehmerauswahl zu Ausschreibungen werden ausschliesslich auf dem altem Simap publiziert
- Zuschläge für Ausschreibungen, welche vor dem 01.07.2024 publiziert wurden, können entweder auf dem alten oder neuen Simap publiziert werden

3. Was hat sich geändert? Was blieb gleich?

2. Was hat sich geändert? Was blieb gleich?

- Vorab: Einiges ist gleich geblieben
- Vieles blieb unumstritten:
 - Klärung Geltungsbereich («wer» / «was»)
 - Begriffe / Definitionen
- Die heiklen bzw. umstrittenen Punkte
 - Rechtsschutz auf Bundesebene umstritten – nicht auf kantonaler Ebene
 - Zuschlagskriterien / Paradigmenwechsel (?)

2. Was hat sich geändert? Was blieb gleich?

- Vergabeverfahren blieb im Wesentlichen gleich: vier Arten
- Schwellenwerte: Angleichung Lieferung/Dienstleistungen. Freihändiges Verfahren neu bis CHF 150'000.– möglich
- Überschwellige Freihandvergaben: nur minimale Änderungen
- Harmonisierung Erlasse Bund / Kantone: weitgehend vereinheitlicht, aber nicht vollständig

3. Die wichtigsten Neuerungen der IVöB

3. Die wichtigsten Neuerungen der IVöB

- Neue Instrumente, neue Formen der Kommunikation: z.B. Dialog, Rahmenverträge
- Bereinigungen statt Verhandlungen / short lists
- Zuschlagskriterien
- Rechtsschutz: Begründungspflicht
- Publikation Zuschlag

Kommunikationsmöglichkeiten im Vergabeverfahren

Inhalt/Art: Unterschiedlich je nach Verfahrensphase



- Vor Verfahrensbeginn: Marktabklärung, aber: Achtung Vorbefassung!
- Nach Ausschreibung: Frage-Antwort-Runden / **Dialog** (IVöB 24)
 - Nach Offertfrist: **Bereinigung / technische Verhandlung** (IVöB 38/39) / Präsentation
 - Nach Zuschlag: Debriefing (SVO 10)
 - Vor Vertrag: Vertragsverhandlungen

Bereinigung Art. 39 IVöB

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

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

- nur wenn:
 - Auftrag oder die Angebote geklärt oder
 - Angebote vergleichbar gemacht werden müssen oder
 - Leistungsänderungen objektiv / sachlich geboten sind
- Art. 11 lit. d IVöB: Verbot von Abgebotsrunden
- Dokumentation/Protokoll

Bewertung Art. 40 IVöB

- Abs. 1: *«... die Auftraggeberin dokumentiert die Evaluation»*
- Abs. 2: Short list
ist zulässig - wenn a) Aufwand Prüfung erheblich und
b) wenn Ankündigung in Ausschreibung erfolgt ist
 - Prüfung in «zwei Stufen»
 - Erste Prüfung / Rangierung = interne Auswahl, ohne Anfechtungsmöglichkeit
 - Eine umfassende Prüfung und Bewertung erhalten nur die drei bestrangierten Angebote.
- Selektives Verfahren als faire Alternative zu short lists

Begründungspflicht Zuschlag (Art. 51 IVöB)

- Summarische begründete Zuschlagsverfügung, neuer Pflichtinhalt:
 - Verfahrensart
 - Zuschlagsempfänger/in
 - Gesamtpreis
 - **Massgebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes**
 - Allenfalls Gründe für freihändige Vergabe

Beispiel summarische Begründung

Insgesamt gingen [Anzahl] Angebote ein, die alle gültig waren. Sie wurden im Anschluss anhand der Zuschlagskriterien nach Ziff. X der Submissionsbedingungen geprüft. Insgesamt zeigte sich, dass das vorteilhafteste Angebot der [Zuschlags-empfängerin] 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].

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

Elektronische Signatur

- Elektronische Eingaben (§ 7): Gesetzliche Grundlage geschaffen (Art. 34 IVöB) und in SVO konkretisiert
 - Auftraggeberin lässt in Ausschreibung elektronische Eingaben zu
 - Identität der Anbietenden und Vertraulichkeit gewährleistet
 - Unabänderlichkeit der Angebote gewährleistet
 - Rechtsgültig unterschrieben sein → qualifizierte elektronische Signatur
- Noch keine Ausführungsbestimmungen für elektronische Verfügungen

Simap: Elektronische Angebotseingabe

Elektronische Angebotseingabe über Simap

- Neue Plattform ermöglicht (bald) die elektronische Angebotseinreichung (voraussichtlich Q1 2025)
- Vergabestellen ist freigestellt, diese Möglichkeit zu nutzen
- Ankündigung in Ausschreibungsunterlagen nötig
- Elektronische Signatur der eingereichten Angebote

Eröffnung Zuschlag durch Publikation auf Simap

- Eröffnung durch Veröffentlichung oder individuelle Zustellung (Art. 51 Abs. 1 IVöB): Es kann auf individuelle Zustellung verzichtet werden:
- Wenn nur Publikation auf Simap (ohne individuelle Zustellung):
 - Vorankündigung: empfehlenswert
 - Als anfechtbare Verfügung ausgestalten (Rechtsmittelbelehrung!)
- Fristenlauf
- Beachte: Zwingende Publikation auf Simap innert 30 Tagen nach Zuschlag im offenen / selektiven Verfahren (auch im Nicht-Staatsvertragsbereich) und freihändig erteilte Zuschlüsse im Staatsvertragsbereich

5. Neue Rechtsprechung

Neue Rechtsprechung

Beweislastumkehr bei freihändigen Vergaben (BGE 150 II 105; Teilweise Aufhebung der Microsoft-Rechtsprechung BGE 137 II 313)

- Freihändige Vergabe aufgrund Ausnahmetatbestand von Art. 21 Abs. 2 lit. c und e IVöB: **Beweislast für Erfüllung Voraussetzungen freihändiger Vergabe liegt bei Vergabestelle**
- Bestätigung der Rechtsprechung:
 - Beschwerdelegitimation von Unternehmen bei einer freihändigen Vergabe setzt voraus, dass diese glaubhaft machen, dass sie im Fall der Gutheissung ihrer Beschwerde gewillt und in der Lage sind, ein Angebot in Bezug auf den Auftragsgegenstand einzureichen

Neue Rechtsprechung

Beweislastumkehr bei freihändigen Vergaben (BGE 150 II 105; Teilweise Aufhebung der Microsoft-Rechtsprechung BGE 137 II 313)

- Änderung der Rechtsprechung:
 - Beschwerdeführerin muss neu (nur) glaubhaft zu machen, dass sie eine potenzielle Anbieterin eines geeigneten Alternativprodukts ist
 - Kein Nachweis der Existenz von Alternativen zur gewählten Lösung der Vergabestelle (mehr) durch Beschwerdeführerin nötig!
 - Vergabestelle muss beweisen, dass keine Alternativen bestehen → d.h. objektive Analyse von Bedarf und Markt (Marktabklärungen)

Neue Rechtsprechung

Freihändige Vergaben: Verhältnis des Zusatzauftrags zum Grundauftrag (VGer VD, MPU.2021.0017 vom 14. Dezember 2021)

- Vergabe eines Zusatzauftrags (d.h. zur Ersetzung/Ergänzung/Erweiterung bereits erbrachter Leistungen) an den gleichen Anbieter aufgrund eines bereits erteilten Basisauftrags (Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB)
- Angemessenes Verhältnis zwischen ursprünglichem Basisauftrags und aktuellem Zusatzauftrag notwendig
- Zusatzauftrag darf Wert des Basisauftrags nicht übersteigen:
 - Keine Addition von zwischenzeitlich vergebenen Zusatzaufträgen zum Basisauftrag
 - Aktueller Zusatzauftrag darf nur mit Wert des Basisauftrags verglichen werden

Neue Rechtsprechung

Freihändige Vergaben: Fehlende zeitliche Dringlichkeit (KGer VS, A1 23 131 vom 6. Februar 2024, mobile Hirtenhütten)

- Zeitliche Dringlichkeit verlangt fünf kumulative Bedingungen
 - (1) Unvorhersehbaren Ereignisses
 - (2) Zwingende Notlage
 - (3) Notlage nicht durch Vergabestelle verursacht
 - (4) Nicht in der Lage öffentlich auszuschreiben
 - (5) Nur was für Wiederherstellung einer normalen Situation erforderlich
- Unvorhersehbarkeit des Auftrags durch Vergabestelle nachzuweisen
 - Sofern Notwendigkeit der Ausschreibung vorhersehbar war (vorliegend aufgrund des Auftragswerts) kann nicht mit Ausschreibung zugewartet werden. Dadurch entstandene Dringlichkeit gilt so als selbstverschuldet

Exkurs: Vorgehen freihändiges Verfahren

Ausnahmebestimmungen nach Art. 21 Abs. 2 IVöB (= überschwellig)

- Die Ausnahmebestimmungen sind restriktiv anzuwenden
- Formell korrektes Vorgehen:
 - Dokumentation erstellen nach Art. 21 Abs. 3 IVöB (interne Aktennotiz)
 - Vergabebeschluss durch zuständige Behörde
 - Im Staatsvertragsbereich ist Publikation auf simap.ch vorgeschrieben und sinnvoll (Empfehlung: Publikation auch im Nicht-Staatsvertragsbereich)
- Beschwerdelegitimation/-gründe (Art. 56 Abs. 5 IVöB)
 - Potenzielle Anbieterin
 - Unrechtmässige Anwendung freihändiges Verfahren oder Korruption

Neue Rechtsprechung

Kriterien Preisverlässlichkeit und Preisniveaus: Unzulässig (KGer Jura, CST 1/2023 vom 14. Dezember 2023)

- Gemäss Art. 15 Abs. 3 LMP-JU, dürfen Zuschlagskriterien „Zuverlässigkeit des Preises“ und „Unterschied des Preisniveaus“ berücksichtigt werden
- Bestimmung ist nichtig, weil:
 - Auflistung in Art. 29 Abs. 1 IVöB nicht abschliessend, Kantone dürfen weitere Zuschlagskriterien vorsehen
 - ABER: Beide Kriterien wurden anlässlich der Verabschiedung der IVöB explizit ausgeschlossen (≠ BöB!)

Neue Rechtsprechung

Zuschlagskriterium Preis: Mindestgewichtung («Handtuchrollen-Entscheid», BGer 2C_802/2021 vom 24. November 2022)

- Ausgeschrieben wurde Lieferung von Handtuchrollen + Spender und Waschen + Transport der Rollen; Preis-Gewichtung: 50%
- Gemäss Bundesgericht:
 - (Weitestgehend) standardisierte Leistungen: Preis 100%
 - Standardisiert = Keine relevanten Qualitätsunterschiede zu erwarten
≠ Einfache/Komplexe Leistung!
 - Je geringer zu erwartende Qualitätsunterschiede, desto höher Preisgewichtung
 - Wenn Qualität der Produkte weitgehend fixiert: Preis muss mind. 60% sein

Exkurs: Zuschlagskriterium Preis

a) 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 entscheidend:
 - Preisgewichtung
 - Wie viel Prozent der Gesamtpunktzahl aller Kriterien macht der Preis aus?
 - 20% als Untergrenze – nur bei komplexen Beschaffungen
 - 60% als Untergrenze – bei einfachen Leistungen (weitestgehend standardisiert)
 - Preisbewertungsmethode: linear, aber richtig

Exkurs: Zuschlagskriterium Preis

b) Preisbewertung – Linear mit Preisspanne: Richtig!

- Die richtige Preisspanne ist entscheidend:
 - 30 – 50% bei nicht komplexen Bauleistungen
 - 75 – 100% bei komplexen Leistungen
 - Höhere Spannen im Einzelfall: 200% nachvollziehbar (VB.2014.00175)
- Vorgängig bekannt gegeben – was, wenn nicht?
 - Orientierung an konkreten Werten
 - Aber nicht nur: VB.2016.00615
 - 2 Angebote, Preisunterschied 5% ≠ Preisspanne

Neue Rechtsprechung

Ungewöhnlich tiefes Angebot:

Ausschluss (BGer 2D_1/2024 vom 1. März 2024)

- Pflicht der Vergabestelle zur Rückfrage, ob Teilnahmebedingungen eingehalten bzw. richtig verstanden wurden (Art. 38 Abs. 3 IVöB)
- Ausschluss berechtigt, wenn Anbieter sein ungewöhnlich tiefes Angebot nicht begründet
- Ausschluss auch berechtigt, wenn Begründung **nicht ausreichend** überzeugend ist

Neue Rechtsprechung

Kein Ausschluss bei Nichtbezahlung ausländischer Abgaben (BVGer B-1714/2022 vom 19. September 2023)

- Steuerhinterziehung einer Lieferantin im Ausland (i.c. China)
 - Ausschluss gem. Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB?
 - Botschaft BöB (BBI 2017 1851, 1940, 1962): «Die Bezahlung fälliger Steuern und Sozialversicherungsbeiträge umfasst neben den Bundessteuern und -abgaben (inkl. MwSt, AHV-, IV-, EO-, ALV-, BVG- und UVG-Beiträgen) auch kantonale und kommunale Steuern.»
- BVGer: Ausländische Steuern und Sozialversicherungsbeiträge werden von Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB nicht erfasst – Kritik am Urteil:
 - Ungleichbehandlung Unternehmen Schweiz vs. Ausland – Zweck Teilnahmebedingungen: fairer Wettbewerb und Gleichbehandlung → kein Halt an Landesgrenzen
 - Bei der Botschaft BöB handelt es sich um Hinweis und nicht abschliessende Aufzählung

Neue Rechtsprechung

Nachhaltigkeit

(VGer AG WBE.2023.371 vom 21. Dezember 2023)

- Es genügt nicht, ein nicht näher definiertes Zuschlagskriterium „Nachhaltigkeit“ zu wählen.
 - Pflicht zur Konkretisierung
 - Sachlicher Zusammenhang mit der konkret zu beschaffenden Leistung
- Die Vergabestelle hat Kriterium näher zu definieren und nach der ihnen zukommenden Bedeutung zu gewichten durch:
 - **Geeignete, sachbezogene und**
 - **Objektiv überprüf- und messbare Teil- oder Subkriterien**
- Unzulässig bewertbare Aspekte erst nach Eingang der Offerten und gestützt auf die darin enthaltenen Angaben festzulegen und zu bewerten.

Neue Rechtsprechung

Nachhaltigkeit

(VGer AG WBE.2024.125 vom 14. Mai 2024)

- Eine intransparente und nicht nachvollziehbare Bewertung des Zuschlagskriteriums „Nachhaltigkeit“ stellt einen schwerwiegenden Mangel dar
- Mangel kann nicht durch die Aufhebung des angefochtenen Zuschlags beseitigt werden
- Aufhebung des gesamten Vergabeverfahrens und die Anordnung einer Neuausschreibung gerechtfertigt

Neue Rechtsprechung

Interne Vergaben

(BGer 2C_701/2023 vom 24. Juli 2024, zur Publikation vorgesehen)

- Vss für Quasi In-House Vergabe nach Art. 10 Abs. 2 lit. c IVöB:
 - 1) Kontrollerfordernis
 - 2) Tätigkeitserfordernis. 80% der **Gesamtheit** aller Leistungen für Muttergesellschaft(en) - gemessen am Gesamtumsatz
- Vss für In-State Vergabe nach Art. 10 Abs. 2 lit. d IVöB
 - 1) Selber öffentlicher Auftraggeber, unterstellt
 - 2) Nicht im Wettbewerb mit Privaten bei der Erbringung der **konkreten** Leistungen

6. Fragerunde / Weitere Themen

Fragerunde / Weitere Themen

- Umgang mit Teuerung in der Zuschlagsverfügung
- Informatikverträge: Supportleistungen, jährliche Lizenzen, agile Projektentwicklung, Verlängerungen ursprünglicher Verträge, Umgang mit Systemabhängigkeiten
- Umgang mit offenem Leistungsbedarf bei Re-Use-Bauprojekten
- Weitere ?