

Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen – 15 Monate danach

Zürich, 30. Januar 2025

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

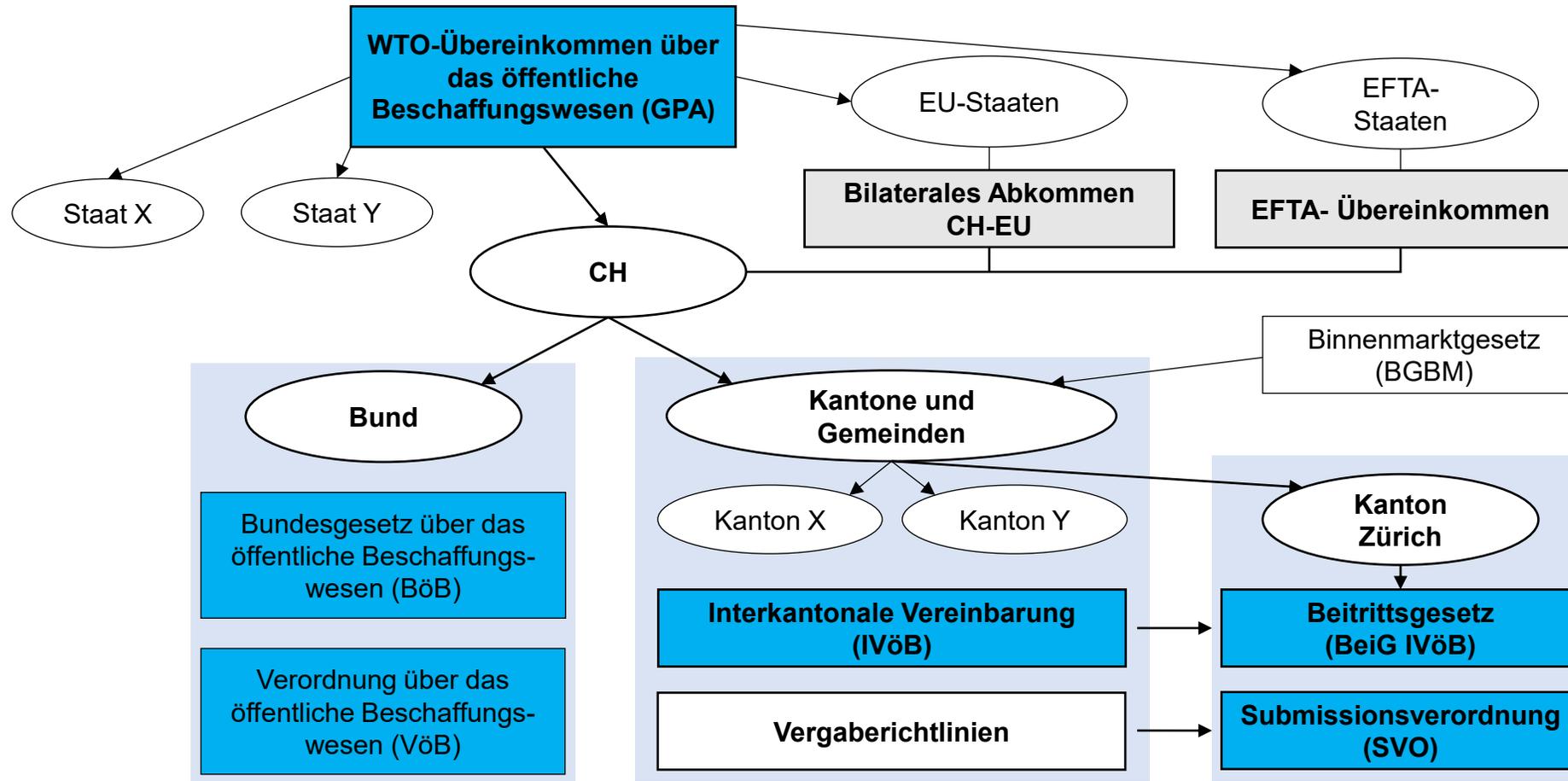


Übersicht

1. Umsetzung in den Kantonen – aktueller Stand
2. Die wichtigen Neuerungen der IVöB
3. Neue Rechtsprechung
4. Fragerunde / Weitere Themen

1. Umsetzung in den Kantonen ... und mehr

Rechtsgrundlagen heute – was wurde angepasst?



Rechtsgrundlagen – Umsetzung Revisionsvorlagen

Übersicht Beitritte zur IVöB

Stand: 10.1.25

Quelle: www.bpuk.ch

**BöB: Änderung von Art. 30 BöB
per 1.1.25 – „soweit geeignet sind
ökologische techn. Spez.
vorzusehen“**

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

Harmonisierung erreicht?



2. 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
- VGer ZH, VB.2024.00136 vom 13.6.24 – Preisanpassung muss stets kausale Folge der Änderung des Leistungsgegenstandes oder der Leistungsmodalitäten sein

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).

5. Neue Rechtsprechung

Referenzauskünfte

Referenzperson verweigert Auskunft (VGer ZH, VB.2024.00378 vom 3.10.24)

- Zuschlagskriterien, Referenz mit 0 Punkten bewertet, weil die vom Anbieter angegebene Referenzperson gegenüber der Vergabestelle keine Auskunft mehr geben wollte.
- Der Anbieter hatte mit dem Angebot eine schriftliche Auskunft derselben Referenzperson über das gleiche Referenzprojekt aus einem anderen (früheren) Vergabeverfahren eingereicht.
- Diese schriftliche Auskunft hätte bewertet werden müssen, Bewertung mit 0 war unzulässig – Beschwerde gutgeheissen

Referenzauskünfte

Bewertungsmethode (VGer ZH, VB.2024.00402 vom 19.12.2024)

- Zuschlagskriterien Referenzen
- Auskünfte wurden schriftlich mit Fragebogen eingeholt
- Vergabestelle verwendet bei Bewertung andere Notenskala als bei anderen Zuschlagskriterien
- Unzulässig – Beschwerde gutgeheissen

Freihandvergaben

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

Freihandvergaben

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)

Freihandvergaben

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

Freihandvergaben



Freihandvergaben

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

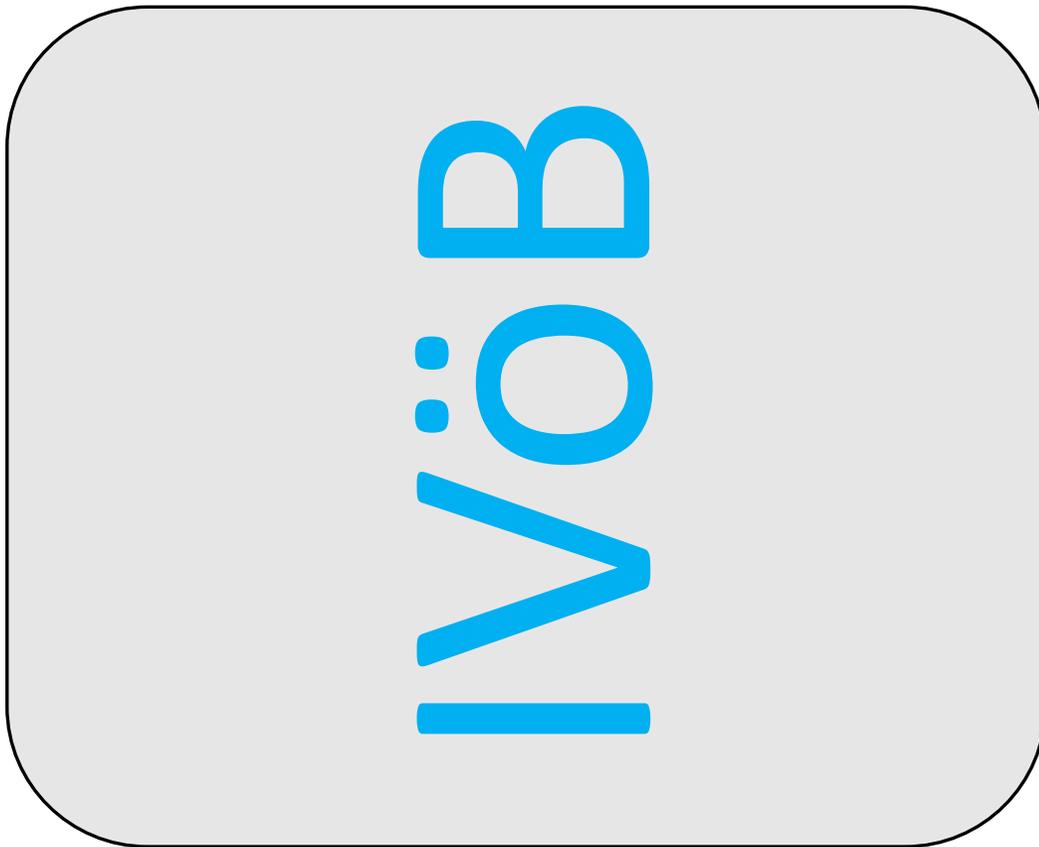
- Zeitliche Dringlichkeit verlangt fünf kumulative Bedingungen
 - (1) Unvorhersehbaren Ereignisses
 - (2) Zwingende Notlage
 - (3) Notlage nicht durch Vergabestelle verursacht
 - (4) Nicht in der Lage öffentlich auszuschreiben
 - (5) Nur was für Wiederherstellung einer normalen Situation erforderlich
- 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

Verhandlungsspielraum Kantone



**Verhandlungs-
spielraum begrenzt**



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!)

Mindestgewichtung Preis

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

Ungewöhnlich tiefes Angebot

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

Teilnahmebedingungen

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

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.

Nachhaltigkeit

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

Interne Vergaben

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

BGer 2C_246/2023 vom 3.9.2024

Wärmeverbundreglement Gemeinde B. im Kt. Bern

- Beschluss Stimmberechtigte zu Revision Wärmeverbundreglement
- Art. 3 : «Übertragung Konzession kann freihändig an geeigneten Konzessionär vergeben werden»
- IVöB 2019 gilt im Kt. Bern nach Massgabe von Art. 4 IVöBG/BE sinngemäss als kantonales Gesetzesrecht
- BGer prüft unter dem Blickwinkel des Willkürverbots

BGer 2C_246/2023 vom 3.9.2024

Wärmeverbundreglement Gemeinde B. im Kt. Bern

- Erster Schritt:
Übertragung der Konzession ist Anwendungsfall von Art. 9 IVöB
- Zweiter Schritt:
Voraussetzungen für eine freihändige Konzessionsverleihung nach Art. 21 Abs. 2 lit. c IVöB erfüllt
 - Sachverhaltsdarstellung bestritten
 - Keine Alternative / technische Besonderheiten
 - Keine andere potenzielle Konzessionärin, die in hinreichender Nähe eine KVA betreibt, aus der Abwärme bezogen werden könnte

6. Fragerunde / Weitere Themen

Simap: Elektronische Angebotseingabe

Elektronische Angebotseingabe über Simap

- Neue Plattform ermöglicht die elektronische Angebotseinreichung
- Vergabestellen ist es – noch - freigestellt, diese Möglichkeit zu nutzen. Ab 1.1.26 Pflicht?
- Ankündigung in Ausschreibungsunterlagen nötig
- Qual. elektronische Signatur der eingereichten Angebote

Simap: Eröffnung Zuschlag durch Publikation

- 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

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](#)