

# Neues zum Vergaberecht: Revisionsvorlagen, aktuelle Rechtsprechung

St. Gallen Bundesverwaltungsgericht – 24.10.2019

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

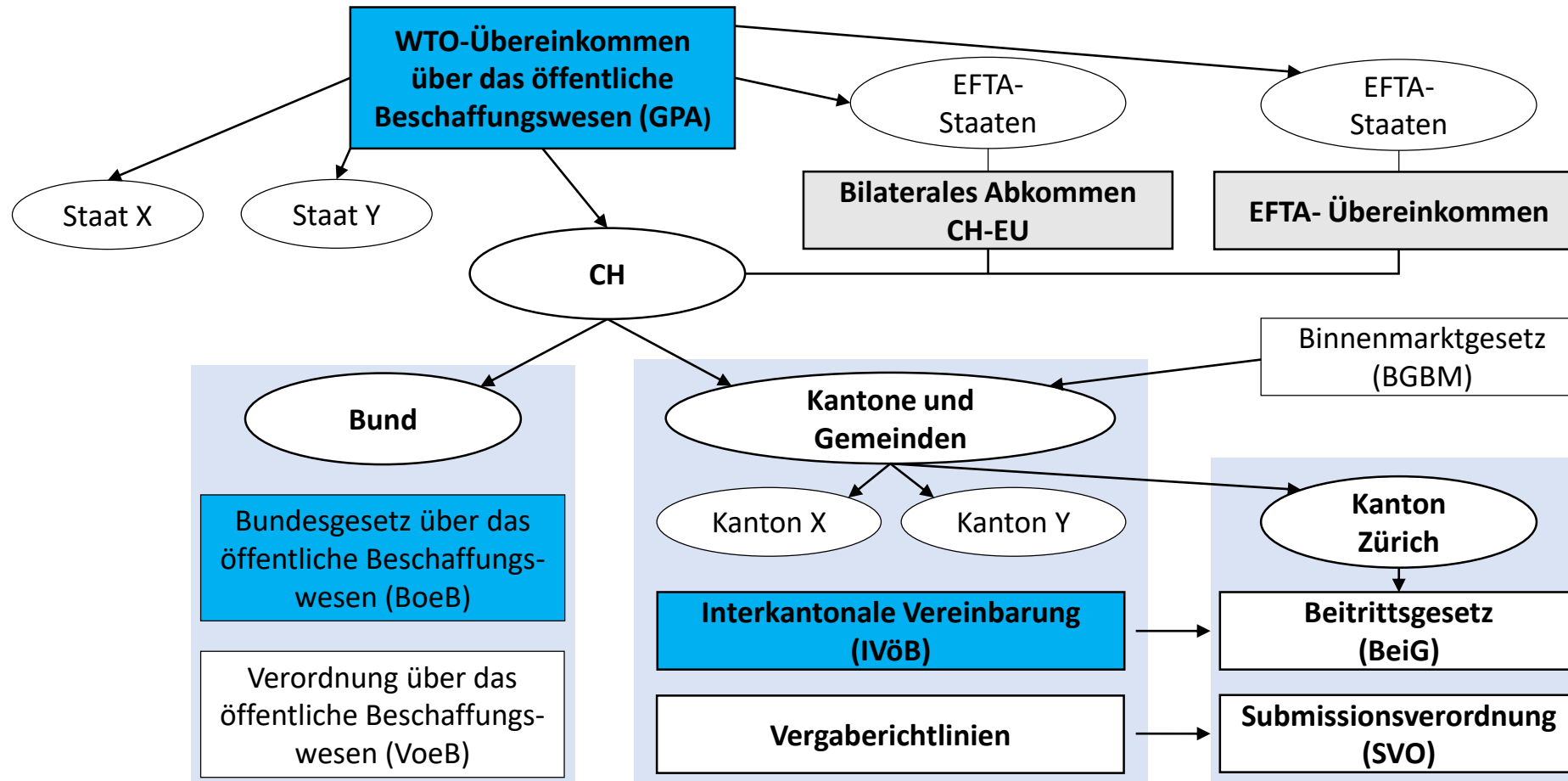
www.schneider-recht.ch



# Übersicht

1. Aktueller Stand Revisionsvorlagen
2. Was ändert? Was bleibt?
3. Unterschiede BöB / IVöB
4. Wichtige Themen der Revisionsvorlagen
5. Rechtsprechung: Geltungsbereich

# Rechtsgrundlagen heute

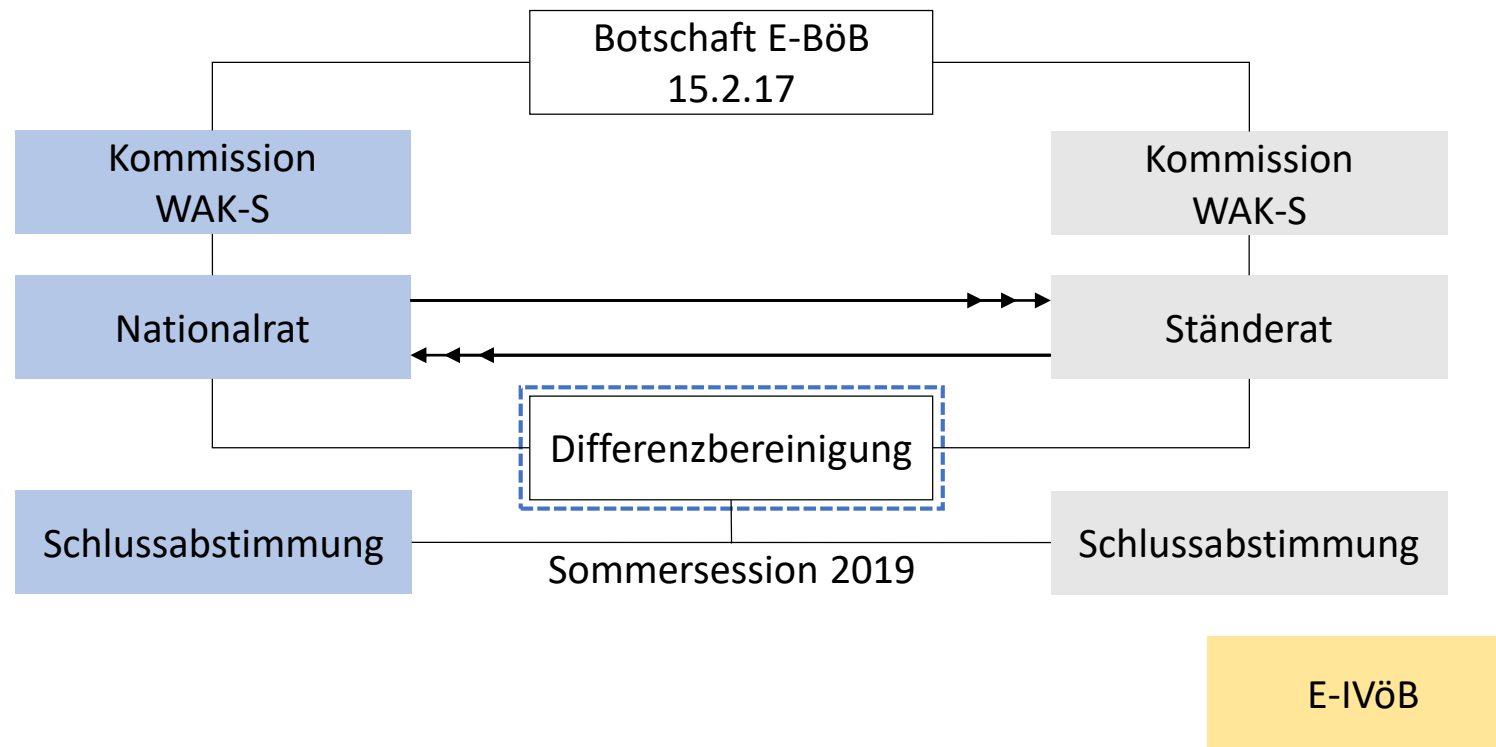


# Revisionsvorlagen

- Ziele:
  - GPA 2012 – Umsetzung in das Schweizer Recht
  - Harmonisierung Erlasse Bund – Kantone
- Aktueller Stand:
  - E-BöB:
    - Juni 2019 von Parlament verabschiedet
    - kein Referendum
    - E-VöB
    - Inkraftsetzung 1.1.2021?
  - E-IVöB:
    - INöB Verabschiedung im November 2019?
    - Zustimmung pro Kanton / Inkraftsetzung IVöB / Ratifikation GPA (mind. 2 Kantone). 2022?

# Revisionsvorlagen

## Der lange Weg ... und der Kompromiss



# Wichtigste Themen der Revisionsvorlage

- Vorab: Einiges bleibt gleich
- Vieles blieb unumstritten:
  - Klärung Geltungsbereich («wer» / «was»)
  - Begriffe / Definitionen
  - Elektronische Vergabeverfahren
  - 3. Kap. VöB fällt weg / Struktur BöB geklärt
- Die heiklen bzw. umstrittenen Punkte
  - Rechtsschutz
  - Zuschlagskriterien / Paradigmenwechsel (?)

# Harmonisierung

- BöB / IVöB – weitgehend vereinheitlicht
- Ein wichtiger Meilenstein!
- allerdings...nicht harmonisiert sind:
  - Geltungsbereich: BöB Positivlisten / IVöB funktionale Umschreibung
  - Arbeitsbedingungen: BöB Leistungsortsprinzip ≠ BGBM+IVöB Herkunftsortsprinzip
  - Rechtsschutz: Bund immer noch beschränkt / Kantone umfassend
  - Weitere Überraschungen bei der IVöB?

# Rechtsschutz: Bund bleibt eingeschränkt

## Art. 52 (und Art. 42 Abs. 2) BÖB

- Rechtsschutz zwar erweitert, aber:
- Nur im Staatsvertragsbereich vollumfänglich gewährleistet
  - Ab Schwellenwert Einladungsverfahren (Bauleistungen erst ab öffentlicher Ausschreibung: 2 Mio.)
  - Und zudem: Art der Dienstleistung / Positivlisten
- Ausserhalb Staatsvertragsbereich: Auftragserteilung kann nicht durchgesetzt werden, Vertragsabschluss unmittelbar nach Zuschlag zulässig. Hier bleibt nur: Sekundärer Rechtsschutz, Schadenersatz beschränkt Art. 58 Abs. 4



# Rechtsschutz: Bund bleibt eingeschränkt

## Art. 52 (und Art. 42 Abs. 2) BÖB

- Prognose: Keine Beschwerden ausserhalb des Staatsvertragsbereichs:  
Oder: welcher Anbieter ist an diesem Rechtsschutz interessiert?
- Rechtsweggarantie?
- Kantone umfassender Rechtsschutz: Ungleiches System

# Rechtsschutz – was ist also zu prüfen

## Rechtswittelweg offen?

- Geltungsbereich – geht es um eine öffentliche Beschaffung?
- Begrenzung Rechtswittel?
- neu Art. 52 I BöB/IVöB: ab Schwellenwert
  - Bund: Einladungsverfahren für DL/L; offenes Verfahren Bauleistungen
  - Kantone: DL / L / B Einladungsverfahren
  - Bund neu Art. 52 II BöB: Begrenzung der Anträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs

# Rechtsschutz: Verfahren

## Wichtig zu wissen

- Art. 51 BöB/IVöB: kein Anspruch auf rechtliches Gehör vor Eröffnung Verfügung
- Art. 57 BöB/IVöB: kein Anspruch auf Akteneinsicht im Verfügungsverfahren
- Summarische Begründungen bei Erlass: Art. 51 BöB/IVöB  
= neu für einige Kantone umfassender
- Beschwerdefrist 20 Tage (neu für Kantone)
- aufschiebende Wirkung: nur ein Schriftenwechsel

# Rechtsschutz: Verfahren

## Wichtig zu wissen

- Legitimation
  - BGE 141 II 14 («Ceneri»): Realistische Chance auf Zuschlag
  - Achtung ARGE
  - Freihandvergaben: BGE 137 II 313 («Microsoft»); neu Art. 56 IV/V BöB/IVöB
- Beschwerdegründe und Rügepflichten - Art. 56 III/IV BöB/IVöB
  - Achtung: Obliegenheit zur frühzeitigen Beanstandung – vgl. neu Art. 53 II BöB/IVöB
  - Schon bisher: VGer ZH, VB.2018.00350 vom 6.8.2018; VB.2019.00450 vom 18.9.2019; E. 6.2.3; VGer SG, B 2018/175 vom 25.7.2018

# Was noch gilt: Wege ans Bundesgericht

- BGG Art. 83 lit. f: Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig,
  1. wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des [BöB oder bilaterales Abkommen CH-EU] nicht erreicht,
  2. wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt
- kein «Standstill», deshalb:
  - zusätzlich zu Beschwerde (BGer 2C\_1080/2017!) vorsorgliche Massnahmen beantragen, superprovisorisch Vertragsabschluss verbieten lassen
  - Anzeige an Vergabestelle
- Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

# *Zuschlag und Zuschlagskriterien*

# Zuschlagskriterien Art. 29 BöB

Staatsvertragsbereich Abs.1:

- «Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand **leistungsbezogener** Zuschlagskriterien.
- Sie berücksichtigt **unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, neben dem Preis und der Qualität einer Leistung,** insbesondere.....»

# Zuschlagskriterien Art. 29 BöB

... Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Ästhetik, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz, Effizienz der Methodik....

= einwandfrei, zulässig, sinnvoll



# Zuschlagskriterien Art. 29 BöB

Lebenszykluskosten, Nachhaltigkeit

= anspruchsvoll, aber zulässig

Plausibilität des Angebots

= schwierig, nicht immer zulässig (BGE 143 II 553)

Verlässlichkeit des Preises = ?

## Zuschlagskriterien Art. 29 BöB

**«die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird»**

# Zuschlagskriterien Art. 29 BöB

Abs. 2: Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs... ergänzend....

- Ausbildungsplätze für Lernende
- Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende
- Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose

= *schwierig*

# Zuschlagskriterien Art. 29 BöB

- Abs. 3: Gewichtung
  - Gewichtung ist bekannt zu geben
  - Ausnahme: Lösungen, Lösungswege, Vorgehensweisen als Gegenstand der Beschaffung
- Abs. 4: Preis als einziges Kriterium
- nicht geregelt:
  - Verzicht auf das Kriterium Preis?
  - Mindestgewichtung, Preisbewertung

# Bereinigung Art. 39 BöB

«... 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

Dann: Aufforderung zur Preisanpassung möglich

- Protokoll

# Bereinigung Art. 39 BöB

Was fällt auf ? aArt. 20 BöB «**Verhandlungen**»:

- Begriff wird in Art. 39 BöB neu nicht mehr verwendet.
- Anders Art. 21 BöB freihändiges Verfahren: «Die Auftraggeberin ist berechtigt, Vergleichsofferten einzuholen und Verhandlungen durchzuführen»
- 11 lit. d BöB: neu Verbot von **Abgebotsrunden**

# Bewertung Art. 40 BöB

- Abs. 1: «... die Auftraggeberin dokumentiert die Evaluation»  
vgl. auch BVGer, Urteil B-1831/2018 vom 01.11.2018
- 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

# Zuschlag Art. 41 BöB

Wortlaut bisher: «das **wirtschaftlich günstigste** Angebot erhält den Zuschlag. Es wird ermittelt, indem **verschiedene Kriterien** berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, ..... »

Wortlaut neu: «das **vorteilhafteste** Angebot erhält den Zuschlag»  
..... zudem Art. 29 «neben dem Preis und der Qualität insbesondere....»



# Zuschlag Art. 41 BöB

*„das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag“*

**= kein Paradigmenwechsel**

# *Rechtsprechung*

# Geltungsbereich

## 1. Wer ist unterstellt?

 Subjektiver Geltungsbereich

## 2. Was ist unterstellt?

Liegt überhaupt eine öffentliche Beschaffung vor?

 Objektiver Geltungsbereich

# Objektiver Geltungsbereich: Gratisveloverleih

## BGE 144 II 177 / BGE 144 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

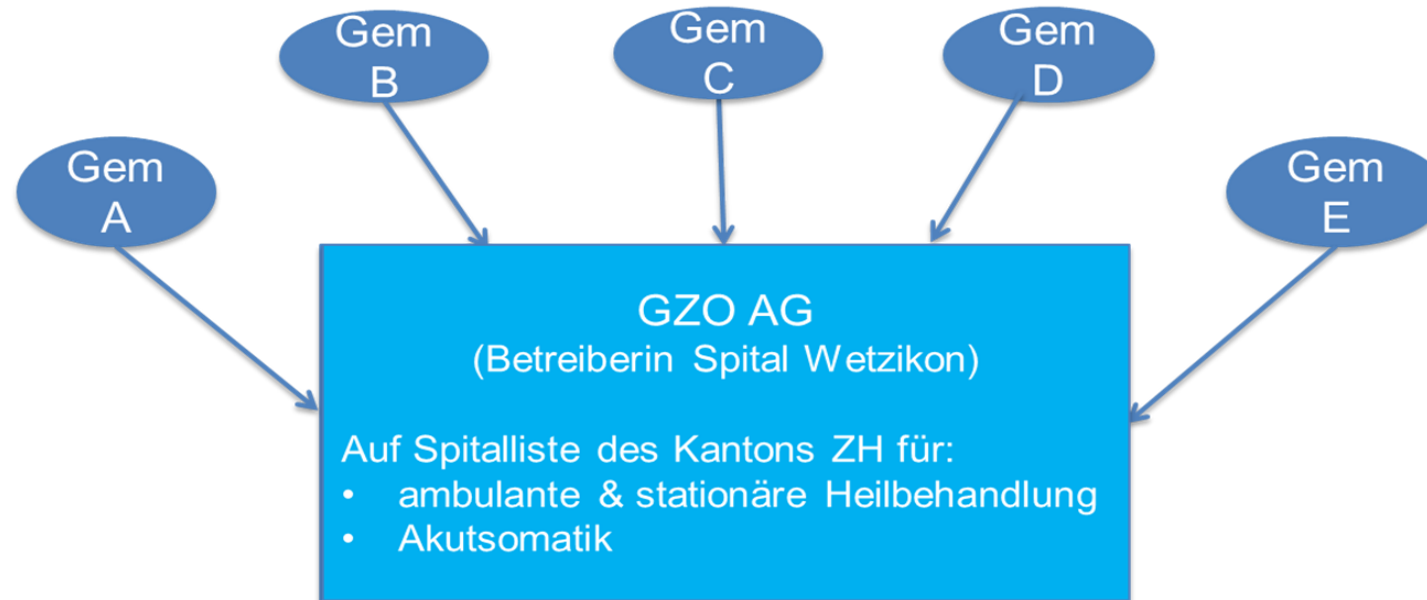
# Objektiver Geltungsbereich: Altkleidersammlung

## 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

## BGE 145 II 49



- 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