

Claudia Schneider Heusi

lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin

Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

Vergaberecht

in a nutshell



Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XVIII
1. Teil: Einführung	1
§ 1 Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens	1
§ 2 Begriffe	2
§ 3 Ziele und Grundsätze	3
2. Teil: Rechtsgrundlagen	7
§ 4 Staatsverträge	7
§ 5 Die Umsetzung der Staatsverträge in der Schweiz	11
3. Teil: Geltungsbereich	17
§ 6 Überblick	17
§ 7 Schwellenwerte	18
§ 8 Subjektiver Geltungsbereich	21
§ 9 Objektiver Geltungsbereich	29
§ 10 Zusammenfassung: Beschaffungen im Staatsvertrags- und im Binnenbereich – die Unterschiede	41
§ 11 Interne Leistungserbringung	45
§ 12 Public Private Partnership PPP	47
4. Teil: Die Durchführung einer Ausschreibung (Fokus: Kanton Zürich)	49
§ 13 Verfahrensarten, Auftragswerte und Wahl des Verfahrens	49
§ 14 Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen	63
§ 15 Vorbefassung und Ausstand	74
§ 16 Eignungs- und Zuschlagskriterien	81
§ 17 Angebote und ihre Beurteilung	90

§ 18 Zuschlag und Vertrag	106
§ 19 Abbruch und Widerruf	114
5. Teil: Vergabeverfahren vor Gericht	121
§ 20 Übergeordneter Rahmen, Primär- und Sekundärrechtsschutz	121
§ 21 Rechtsmittel, Zuständigkeiten, Beschwerdefristen und Verfahren	122
§ 22 Beschwerderecht	127
§ 23 Die Verfahrensbeteiligten und der Verfahrensablauf	134
§ 24 Beschwerdegründe und -anträge	136
§ 25 Aufschiebende Wirkung	137
§ 26 Beschwerdeentscheid	138
§ 27 Rechtsschutz vor Bundesgericht	140
6. Teil: Exkurs – Wettbewerbe und Studienaufträge von öffentlichen Auftraggebern	143
§ 28 Grundlagen	143
§ 29 Die Rechtsgrundlagen	149
§ 30 Die Beteiligten	151
§ 31 Die vergaberechtlichen Mindestanforderungen an Wettbewerbe und Studienaufträge	155
§ 32 Das Ergebnis und die Ansprüche der Teilnehmer	159
Sachregister	167

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XVIII
1. Teil: Einführung	1
§ 1 Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens	1
§ 2 Begriffe	2
§ 3 Ziele und Grundsätze	3
2. Teil: Rechtsgrundlagen	7
§ 4 Staatsverträge	7
1. Das WTO-Übereinkommen (GPA)	7
a) Das GPA im Rahmen der WTO-Abkommen	7
b) Inhalt	7
c) Umsetzung in das nationale Recht	8
d) Weiterentwicklung, Revision und «neues» GPA (rev. GPA 2012)	8
2. Das bilaterale Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft (BAöB)	9
a) Erweiterter Marktzugang für die Schweiz	9
b) Inhalt	10
c) Verhältnis zu den Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft	10
§ 5 Die Umsetzung der Staatsverträge in der Schweiz	11
1. Überblick	11
2. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und dazugehörige Verordnung (VöB)	13
3. Die Anforderungen des Binnenmarktgesetzes (BGBM)	14
4. Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)	14
5. Die Rechtsgrundlagen im Kanton Zürich als Beispiel einer Umsetzung	15
a) Beitrittsgesetz zur IVöB (BetG) und Submissions- verordnung (ZH-SVO)	15

b) Bisherige Revisionen	16
6. Zum Stand der aktuellen Revisionen	16
3. Teil: Geltungsbereich	17
§ 6 Überblick	17
§ 7 Schwellenwerte	18
1. Bund	18
2. Kantone	19
§ 8 Subjektiver Geltungsbereich	21
1. Unterstellte Auftraggeber des Bundes	21
a) System der Positivlisten	21
b) Weitere Auftraggeber: 3. Kapitel VöB	21
2. Unterstellte Auftraggeber in den Kantonen	22
a) Art. 8 IVöB	22
b) Vom Staatsvertragsbereich erfasste Auftraggeber	22
aa) Überblick	22
bb) Einrichtungen des öffentlichen Rechts	22
i) Einrichtung des öffentlichen Rechts: Voraussetzungen im Überblick	23
ii) Zur Staatsgebundenheit	23
iii) Zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe	24
iv) Zur Nichtgewerblichkeit	24
cc) Sektorenunternehmen	25
c) Binnenbereich	27
aa) Private Auftraggeber in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB)	27
bb) Subventionierte Auftraggeber (Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB)	27
3. Kasuistik und Einzelfragen	28
§ 9 Objektiver Geltungsbereich	29
1. Der Begriff der öffentlichen Beschaffung: Ausgangspunkt	29
2. Entwicklung der Rechtsprechung und Präzisierung	30
3. Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 Binnenmarktgesetz	32
4. Die Auftragsarten	34
a) Staatsvertrags- oder Binnenbereich	34
b) Bauleistungen	35

c) Bagatellklausel	35
d) Lieferungen	37
e) Dienstleistungen	37
f) Gemischte Aufträge	38
5. Weitere Kasuistik und Abgrenzungen	39
§ 10 Zusammenfassung: Beschaffungen im Staatsvertrags- und im Binnenbereich – die Unterschiede	41
1. Bund	41
2. Kantone	42
a) Faustregeln für die Zuordnung	42
b) Vorschriften im Staatsvertragsbereich	43
c) Ergebnis	44
§ 11 Interne Leistungserbringung	45
1. To make or buy	45
2. Hausinterne Vergaben	45
a) In-house-Vergaben	45
b) In-state-Vergaben	47
§ 12 Public Private Partnership PPP	47
4. Teil: Die Durchführung einer Ausschreibung (Fokus: Kanton Zürich)	49
§ 13 Verfahrensarten, Auftragswerte und Wahl des Verfahrens	49
1. Numerus clausus der Vergabeverfahren	49
2. Die vier Verfahren	50
a) Die Regeln zur Verfahrenswahl	50
b) Staatsvertragsbereich	51
c) Auftragswerte im Binnenbereich	51
d) Offenes Verfahren	52
e) Selektives Verfahren	52
f) Einladungsverfahren	54
g) Freihändiges Verfahren	55
aa) Regelfall: unerschwelliger Bereich	55
bb) Einholung von Konkurrenzofferten	56
cc) Ausnahmeweise freihändige Verfahren über den Auftragswerten	58
3. Zur Berechnung der Auftragswerte	60
4. Zur Vertragsdauer	61

§ 14	Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen	63
	1. Gesetzliche Anforderungen an Ausschreibung, Ausschreibungsunterlagen und Fristen	63
	a) Ausschreibung	63
	b) Vorgeschriebene Angaben in den Ausschreibungs- unterlagen	64
	c) Fristen	65
	2. Vorbereitung einer Ausschreibung	65
	a) Definition Beschaffungsvorhaben	65
	b) Termin- und Ressourcenplanung	67
	c) Optionen	68
	d) Lose	69
	e) Anbietergemeinschaften und Subunternehmer	69
	f) Zu Bauleistungen im Speziellen: General- und Totalunternehmer-Ausschreibungen	70
	3. Detaillierte/funktionale Ausschreibungen; technische Spezifikationen	70
	4. Inhalt von Ausschreibungsunterlagen	72
	a) Allgemeine Submissionsbedingungen	72
	b) Leistungsverzeichnisse	72
	c) Beilagen	73
	d) Vertragsentwurf	73
	e) Verlangte Garantien und Bürgschaften	74
§ 15	Vorbefassung und Ausstand	74
	1. Problemstellung	74
	2. Positivrechtliche Regelung und Rechtsprechung	76
	a) Ausstand	76
	b) Vorbefassung	77
	3. Zusammenfassung: die Regeln	80
§ 16	Eignungs- und Zuschlagskriterien	81
	1. Eignungskriterien	81
	a) Inhalt	81
	b) Nachweise	82
	c) Eignungskriterien – mehr als nur Killerkriterien	82
	d) Heikle und unzulässige Kriterien	83
	2. Zuschlagskriterien	84
	a) Inhalt	84
	b) Unter- und Detailkriterien	85

c)	Gewichtung und Reihenfolge	85
d)	Heikle, vergabefremde und unzulässige Kriterien	87
§ 17	Angebote und ihre Beurteilung	90
1.	Die einzelnen Schritte: ein Überblick	90
2.	Eingang der Angebote und Offertöffnung	91
3.	Die formelle Prüfung	92
a)	Die Ausschlussprüfung zu wesentlichen formellen Anforderungen	92
b)	Die Ausschlussprüfung zu den gesetzlichen Anforderungen	95
c)	Die Ausschlussprüfung zu inhaltlichen Anforderungen	96
aa)	Die Mindestanforderungen	96
bb)	Die Eignungsprüfung	97
cc)	Die ungewöhnlich niedrigen Angebote	98
4.	Die inhaltliche Prüfung	99
a)	Phase 1: Fachliche und rechnerische Prüfung	100
aa)	Der Grundsatz der Unabänderlichkeit der Angebote; Korrektur von Rechnungs- und Schreibfehlern	100
bb)	Erläuterungen und Bereinigungen; das Verbot von Abgebotsrunden	100
b)	Phase 2: Die Bewertung der Angebote	101
aa)	Die Prüfung der Zuschlagskriterien	101
bb)	Das Kriterium Preis	102
5.	Der zulässige Umgang mit Referenzauskünften	104
6.	Die Beurteilung von Varianten	105
§ 18	Zuschlag und Vertrag	106
1.	Zuschlagsentscheid und Mitteilung an Anbieter	106
a)	Form, Eröffnung und Publikation	106
b)	Begründung des Zuschlagsentscheids	107
c)	Vertraulichkeit und Akteneinsicht	108
2.	Der Vertragsabschluss	109
a)	Zum Verhältnis Vergabe- und Vertragsrecht	109
b)	Der zulässige Zeitpunkt des Vertragsabschlusses	111
c)	Der vergaberechtswidrig abgeschlossene Vertrag	111
d)	Die negative Bindungswirkung der Zuschlagsverfügung	113

3. Spätere Vertragsänderungen: Zulässigkeit und Grenzen	113
§ 19 Abbruch und Widerruf	114
1. Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung	114
2. Der Verfahrensabbruch	115
3. Der Widerruf des Zuschlags	116
4. Kasuistik	117
5. Teil: Vergabeverfahren vor Gericht	121
§ 20 Übergeordneter Rahmen, Primär- und Sekundärrechtsschutz	121
§ 21 Rechtsmittel, Zuständigkeiten, Beschwerdefristen und Verfahren	122
1. Begrenzung des Rechtsschutzes	122
2. Rechtsmittel gegen Vergabeentscheide des Bundes	123
3. Rechtsmittel gegen kantonale Vergabeentscheide	123
4. Instanzen und Verfahren im Überblick	125
§ 22 Beschwerderecht	127
1. Katalog der Vergabeverfügungen	127
2. Die zulässigen Anfechtungsobjekte	128
a) Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen	128
b) Zuschlag	129
c) Einladungsverfahren und freihändige Vergabe	130
d) Präqualifikationsentscheid	130
e) Abbruch und Widerruf	131
f) Ausschluss	131
3. Nichtig Vergabeverfügungen	132
a) Unzuständigkeit	132
b) Unzureichende Eröffnung	132
c) Unzureichende Begründung?	133
4. Legitimation	133
§ 23 Die Verfahrensbeteiligten und der Verfahrensablauf	134
1. Die Verfahrensbeteiligten	134
2. Der Verfahrensablauf und die Akteneinsicht	135
§ 24 Beschwerdegründe und -anträge	136
§ 25 Aufschiebende Wirkung	137
§ 26 Beschwerdeentscheid	138
§ 27 Rechtsschutz vor Bundesgericht	140

1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten	140
a) Restriktive Eintretensvoraussetzungen	140
b) Legitimation	140
c) Zwischenentscheide	141
d) Beschwerdefrist; vorsorgliche Massnahmen	141
2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde	142
6. Teil: Exkurs – Wettbewerbe und Studienaufträge von öffentlichen Auftraggebern	143
§ 28 Grundlagen	143
1. Bedeutung	143
2. Honorarsubmission, Wettbewerb oder Studienauftrag?	144
a) Lösungs- und leistungsorientierte Beschaffung	144
b) Wettbewerb und Studienauftrag: die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede	145
c) Keine kombinierten Verfahren	147
3. Arten von Wettbewerben und Studienaufträgen	147
a) Wettbewerbe	147
b) Studienaufträge	148
§ 29 Die Rechtsgrundlagen	149
1. Positivrechtliche Bestimmungen	149
a) Übergeordnete Vorgaben	149
b) Bund	149
c) Kantonales Recht	150
2. Das Verhältnis der SIA-Ordnungen 142/2009 und 143/2009 zum Vergaberecht	151
§ 30 Die Beteiligten	151
1. Der Auftraggeber	151
2. Das Preisgericht/Beurteilungsgremium	152
a) Zusammensetzung	152
b) Aufgaben	153
3. Die Experten und Fachstellen	153
4. Die Teilnehmer	154
§ 31 Die vergaberechtlichen Mindestanforderungen an Wettbewerbe und Studienaufträge	155
1. Konzeption der freihändigen Vergabe	155
2. Anonymität als Voraussetzung?	156

a) Beim Wettbewerb	156
b) Besonderheiten des Studienauftrags	157
§ 32 Das Ergebnis und die Ansprüche der Teilnehmer	159
1. Wettbewerb nach der SIA-Ordnung 142/2009	159
a) Der Bericht und die Empfehlung des Preisgerichts	159
b) Die Verbindlichkeit der Empfehlung des Preisgerichts	160
c) Die Ansprüche der Beteiligten	160
aa) Die Entschädigungen gemäss Art. 17 SIA-Ordnung 142/2009	160
bb) Die Ansprüche gemäss Art. 27 SIA-Ordnung 142/2009	161
cc) Die Folgeaufträge des Gewinners	161
dd) Die Abgeltung des Urhebers	162
ee) Der Verzicht auf die Realisierung des Vorhabens	162
2. Besonderheiten des Studienauftrags nach SIA-Ordnung 143/2009	163
a) Die Aufgaben des Beurteilungsgremiums	163
b) Die Ansprüche der Teilnehmer	164
aa) Der Regelfall gemäss Art. 27.1 SIA-Ordnung 143/2009	165
bb) Die Abgeltung des Gewinners bei einer weiteren Verwendung seines Beitrags	165
cc) Der Verzicht auf die Realisierung des Vorhabens	166
Sachregister	167