

Claudia Schneider Heusi

lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin

Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

Vergaberecht

in a nutshell

2. Auflage

DIKE 

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XIX
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 – 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 die dazugehörige Verordnung (VöB)	13
3. Die Anforderungen des Binnenmarktgesetzes (BGBM)	14
4. Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)	15
5. Die Rechtsgrundlagen im Kanton Zürich als Beispiel einer Umsetzung	16
a) Beitrittsgesetz zur IVöB (BetG) und Submissionsverordnung (ZH-SVO)	16
b) Bisherige Revisionen	16

6. Eckpunkte der Revisionsvorlagen E-BöB und E-IVöB zur Umsetzung des GPA 2012	17
3. Teil: Geltungsbereich	19
§ 6 Überblick	19
§ 7 Schwellenwerte	20
1. Bund	20
2. Kantone	21
§ 8 Subjektiver Geltungsbereich	22
1. Unterstellte Auftraggeber des Bundes	22
2. Unterstellte Auftraggeber in den Kantonen	23
a) Art. 8 IVöB	23
b) Vom Staatsvertragsbereich erfasste Auftraggeber	24
aa) Überblick	24
bb) Einrichtungen des öffentlichen Rechts	24
i) Einrichtung des öffentlichen Rechts: Voraussetzungen im Überblick	24
ii) Zur Staatsgebundenheit	25
iii) Zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe	25
iv) Zur Nichtgewerblichkeit	26
cc) Sektorenunternehmen	27
c) Binnenbereich	28
aa) Private Auftraggeber in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB)	29
bb) Subventionierte Auftraggeber (Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB)	29
3. Kasuistik und Einzelfragen	29
§ 9 Objektiver Geltungsbereich	33
1. Der Begriff der öffentlichen Beschaffung: Ausgangspunkt	33
2. Entwicklung der Rechtsprechung und Präzisierung	34
3. Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 Binnenmarktgesetz	38
4. Die Auftragsarten	38
a) Staatsvertrags- oder Binnenbereich	38
b) Bauleistungen	40
c) Bagatellklausel	40
d) Lieferungen	41

e) Dienstleistungen	42
f) Gemischte Aufträge	43
5. Kasuistik und Abgrenzungen	44
§ 10 Zusammenfassung: Beschaffungen im Staatsvertrags- und im Binnenbereich – die Unterschiede	46
1. Bund	46
2. Kantone	47
a) Faustregeln für die Zuordnung	47
b) Vorschriften im Staatsvertragsbereich	48
c) Ergebnis	48
§ 11 Interne Leistungserbringung	50
1. To make or buy	50
2. Hausinterne Vergaben	50
a) In-house-Vergaben	50
b) In-state-Vergaben	52
§ 12 Public Private Partnership PPP	52
4. Teil: Die Durchführung einer Ausschreibung (Fokus: Kanton Zürich)	55
§ 13 Verfahrensarten, Auftragswerte und Wahl des Verfahrens	55
1. Numerus clausus der Vergabeverfahren	55
2. Die vier Verfahren	56
a) Die Regeln zur Verfahrenswahl	56
b) Staatsvertragsbereich	57
c) Auftragswerte im Binnenbereich	57
d) Offenes Verfahren	58
e) Selektives Verfahren	59
f) Einladungsverfahren	60
g) Freihändiges Verfahren	61
aa) Regelfall: unterschwelliger Bereich	61
bb) Einholung von Konkurrenzofferten	61
cc) Ausnahmsweise freihändige Verfahren über den Auftragswerten	64
3. Zur Berechnung der Auftragswerte	66
4. Zur Vertragsdauer	69

§ 14	Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen	71
	1. Gesetzliche Anforderungen an Ausschreibung, Ausschreibungsunterlagen und Fristen	71
	a) Ausschreibung	71
	b) Vorgeschriebene Angaben in den Ausschreibungs- unterlagen	72
	c) Fristen	73
	2. Vorbereitung einer Ausschreibung	73
	a) Definition Beschaffungsvorhaben	73
	b) Termin- und Ressourcenplanung	75
	c) Optionen	76
	d) Lose	77
	e) Anbietergemeinschaften und Subunternehmer	77
	f) Zu Bauleistungen im Speziellen: General- und Totalunternehmer-Ausschreibungen	78
	g) Rahmenverträge	78
	3. Detaillierte/funktionale Ausschreibungen; technische Spezifikationen	79
	4. Inhalt von Ausschreibungsunterlagen	81
	a) Allgemeine Submissionsbedingungen	81
	b) Leistungsverzeichnisse	81
	c) Beilagen	81
	d) Vertragsentwurf	82
	e) Verlangte Garantien und Bürgschaften	83
§ 15	Vorbefassung und Ausstand	83
	1. Problemstellung	83
	2. Positivrechtliche Regelung und Rechtsprechung	84
	a) Ausstand	84
	b) Vorbefassung	86
	3. Zusammenfassung: die Regeln	89
§ 16	Eignungs- und Zuschlagskriterien	90
	1. Eignungskriterien	90
	a) Inhalt	90
	b) Nachweise	91
	c) Eignungskriterien – mehr als nur Killerkriterien	92
	d) Heikle und unzulässige Kriterien	93

2. Zuschlagskriterien	95
a) Inhalt	95
b) Unter- und Detailkriterien	97
c) Gewichtung und Reihenfolge	97
d) Kriterium Preis: Mindestgewichtung, Verzicht oder alleiniges Kriterium	98
e) Heikle, vergabefremde und unzulässige Kriterien	100
§ 17 Angebote und ihre Beurteilung	105
1. Die einzelnen Schritte: ein Überblick	105
2. Eingang der Angebote und Offertöffnung	106
3. Die formelle Prüfung	107
a) Die Ausschlussprüfung zu wesentlichen formellen Anforderungen	107
b) Die Ausschlussprüfung zu den gesetzlichen Anforderungen	110
c) Die Ausschlussprüfung zu inhaltlichen Anforderungen	112
aa) Die Mindestanforderungen	112
bb) Die Eignungsprüfung	112
cc) Die ungewöhnlich niedrigen Angebote	115
4. Die inhaltliche Prüfung	116
a) Phase 1: Fachliche und rechnerische Prüfung	117
aa) Der Grundsatz der Unabänderlichkeit der An- gebote; Korrektur von Rechnungs- und Schreib- fehlern	117
bb) Erläuterungen und Bereinigungen; das Verbot von Abgebotsrunden	118
b) Phase 2: Die Bewertung der Angebote	119
aa) Die Prüfung der Zuschlagskriterien	119
bb) Das Kriterium Preis	120
5. Der zulässige Umgang mit Referenzauskünften	123
6. Die Beurteilung von Varianten	125
§ 18 Zuschlag und Vertrag	127
1. Zuschlagsentscheid und Mitteilung an Anbieter	127
a) Form, Eröffnung und Publikation	127
b) Begründung des Zuschlagsentscheids	127
c) Vertraulichkeit und Akteneinsicht	129

2. Der Vertragsabschluss	130
a) Zum Verhältnis Vergabe- und Vertragsrecht	130
b) Der zulässige Zeitpunkt des Vertragsabschlusses	131
c) Der vergaberechtswidrig abgeschlossene Vertrag	132
d) Die negative Bindungswirkung der Zuschlagsverfügung	133
3. Spätere Vertragsänderungen: Zulässigkeit und Grenzen	134
§ 19 Abbruch und Widerruf	135
1. Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung	135
2. Der Verfahrensabbruch	136
3. Der Widerruf des Zuschlags	137
4. Kasuistik	138
5. Teil: Vergabeverfahren vor Gericht	143
§ 20 Übergeordneter Rahmen, Primär- und Sekundärrechtsschutz	143
§ 21 Rechtsmittel, Zuständigkeiten, Beschwerdefristen und Verfahren	144
1. Begrenzung des Rechtsschutzes	144
2. Rechtsmittel gegen Vergabeentscheide des Bundes	145
3. Rechtsmittel gegen kantonale Vergabeentscheide	146
4. Instanzen und Verfahren im Überblick	147
§ 22 Beschwerderecht	149
1. Katalog der Vergabeverfügungen	149
2. Die zulässigen Anfechtungsobjekte	150
a) Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen	150
b) Zuschlag	151
c) Einladungsverfahren und freihändige Vergabe	152
d) Präqualifikationsentscheid	152
e) Abbruch und Widerruf	153
f) Ausschluss	153
3. Nichtige Vergabeverfügungen	154
a) Unzuständigkeit	154
b) Unzureichende Eröffnung	155
c) Unzureichende Begründung?	155
4. Legitimation	156

§ 23	Die Verfahrensbeteiligten und der Verfahrensablauf	158
	1. Die Verfahrensbeteiligten	158
	2. Der Verfahrensablauf und die Akteneinsicht	159
§ 24	Beschwerdegründe und -anträge	160
§ 25	Aufschiebende Wirkung	161
§ 26	Beschwerdeentscheid	162
§ 27	Rechtsschutz vor Bundesgericht	164
	1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten	164
	a) Restriktive Eintretensvoraussetzungen	164
	b) Legitimation	165
	c) Zwischenentscheide	165
	d) Beschwerdefrist; vorsorgliche Massnahmen	166
	2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde	167
6. Teil: Exkurs – Wettbewerbe und Studienaufträge von öffentlichen Auftraggebern		169
§ 28	Grundlagen	169
	1. Bedeutung	169
	2. Honorarsubmission, Wettbewerb oder Studienauftrag?	170
	a) Lösungs- und leistungsorientierte Beschaffung	170
	b) Wettbewerb und Studienauftrag: die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede	171
	c) Keine kombinierten Verfahren	173
	3. Arten von Wettbewerben und Studienaufträgen	173
	a) Wettbewerbe	173
	b) Studienaufträge	174
§ 29	Die Rechtsgrundlagen	175
	1. Positivrechtliche Bestimmungen	175
	a) Übergeordnete Vorgaben	175
	b) Bund	175
	c) Kantonales Recht	176
	2. Das Verhältnis der SIA-Ordnungen 142/2009 und 143/2009 zum Vergaberecht	177
§ 30	Die Beteiligten	178
	1. Der Auftraggeber	178

2. Das Preisgericht/Beurteilungsgremium	178
a) Zusammensetzung	178
b) Aufgaben	179
3. Die Experten und Fachstellen	180
4. Die Teilnehmer	181
§ 31 Die vergaberechtlichen Mindestanforderungen an Wettbewerbe und Studienaufträge	182
1. Konzeption der freihändigen Vergabe	182
2. Anonymität als Voraussetzung?	183
§ 32 Das Ergebnis und die Ansprüche der Teilnehmer	186
1. Wettbewerb nach der SIA-Ordnung 142/2009	186
a) Der Bericht und die Empfehlung des Preisgerichts	186
b) Die Verbindlichkeit der Empfehlung des Preisgerichts	186
c) Die Ansprüche der Beteiligten	187
aa) Die Entschädigungen gemäss Art. 17 SIA-Ordnung 142/2009	187
bb) Die Ansprüche gemäss Art. 27 SIA-Ordnung 142/2009	187
cc) Die Folgeaufträge des Gewinners	187
dd) Die Abgeltung des Urhebers	188
ee) Der Verzicht auf die Realisierung des Vorhabens	188
2. Besonderheiten des Studienauftrags nach SIA-Ordnung 143/2009	189
a) Die Aufgaben des Beurteilungsgremiums	189
b) Die Ansprüche der Teilnehmer	191
aa) Der Regelfall gemäss Art. 27.1 SIA-Ordnung 143/2009	191
bb) Die Abgeltung des Gewinners bei einer weiteren Verwendung seines Beitrags	191
cc) Der Verzicht auf die Realisierung des Vorhabens	192
Sachregister	193