

Claudia Schneider Heusi

lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin

Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

# Vergaberecht

IN A NUTSHELL

4. Auflage

DIKE 

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXIII
<b>1. Teil Einführung</b>	<b>1</b>
§ 1 Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens	1
§ 2 Begriffe	3
§ 3 Zweck und Grundsätze	4
<b>2. Teil Rechtsgrundlagen</b>	<b>9</b>
§ 4 Staatsverträge	9
1. Das WTO-Übereinkommen (GPA)	9
a) Das GPA im Rahmen der WTO-Abkommen	9
b) Inhalt	9
c) Umsetzung in das nationale Recht	10
d) Weiterentwicklung, Revision – GPA 2012	10
2. Das bilaterale Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft (BAöB)	11
a) Erweiterter Marktzugang für die Schweiz	11
b) Inhalt	12
c) Verhältnis zu den Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft	12
§ 5 Die Umsetzung der Staatsverträge in der Schweiz	13
1. Überblick	13
2. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und die dazugehörige Verordnung (VöB)	15
3. Die Anforderungen des Binnenmarktgesetzes (BGBM)	16
4. Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)	17

5. Beispiele einer Umsetzung: der Kanton Zürich und der Sonderfall Kanton Bern	20
<b>3. Teil Geltungsbereich</b>	23
§ 6 Überblick	23
§ 7 Schwellenwerte Staatsvertragsbereich	25
1. Bund	25
2. Kantone	25
§ 8 Subjektiver Geltungsbereich	27
1. Unterstellte Auftraggeber des Bundes	27
a) Bundesbeschaffungsstellen (Art. 4 Abs. 1 BöB)	27
b) Sektorenauftraggeber (Art. 4 Abs. 2 und 3 BöB)	27
c) Drittpersonen Art. 4 Abs. 4 BöB	30
2. Unterstellte Auftraggeber in den Kantonen	30
a) Staatliche Behörden, zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts (Art. 4 Abs. 1 IVöB)	30
b) Einrichtung des öffentlichen Rechts: Voraussetzungen im Überblick	31
aa) Zur Staatsgebundenheit	32
bb) Zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe	32
cc) Zur Nichtgewerblichkeit	33
c) Sektorenauftraggeber (Art. 4 Abs. 2 und 3 IVöB)	34
d) Zusätzlich erfasste Auftraggeber (Art. 4 Abs. 4 IVöB)	34
e) Drittpersonen Art. 4 Abs. 5 IVöB	35
3. Kasuistik und Einzelfragen	35
4. Gemeinsame Beschaffungen und anwendbares Recht	40
§ 9 Objektiver Geltungsbereich	41
1. Der Begriff des öffentlichen Auftrags	41
2. Die erfassten Vorgänge	42
a) Entwicklung der Rechtsprechung	42
b) Die zu prüfenden Elemente	45

c) Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen/ Ausschreibungspflicht nach Binnenmarktgesetz	46
d) Öffentliche Aufträge innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs	47
3. Die Auftragsarten	48
a) Innerhalb/ausserhalb des Staatsvertragsbereichs	48
b) Bauleistungen	49
c) Bagatellklausel	50
d) Lieferungen	51
e) Dienstleistungen	51
f) Gemischte Aufträge	52
4. Kasuistik und Abgrenzungen	53
<b>§ 10 Zusammenfassung: Beschaffungen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs – die Unterschiede</b>	57
1. Faustregeln für die Zuordnung	57
2. Vorschriften im Staatsvertragsbereich	57
3. Ergebnis	59
<b>§ 11 Interne Leistungserbringung</b>	60
1. To make or buy	60
2. Hausinterne Vergaben	60
a) In-House-Vergaben	60
b) In-State-Vergaben	62
<b>§ 12 Public Private Partnership PPP</b>	64
<b>4. Teil Die Durchführung einer Ausschreibung</b>	67
<b>§ 13 Verfahrensarten, Auftragswerte und Wahl des Verfahrens</b>	67
1. Numerus clausus der Vergabeverfahren	67
2. Die vier Verfahren	67
a) Die Regeln zur Verfahrenswahl	67
b) Schwellenwerte und Verfahrenswahl	69

## Inhaltsverzeichnis

c)	Offenes Verfahren	71
d)	Selektives Verfahren	71
e)	Einladungsverfahren	73
f)	Freihändiges Verfahren	74
aa)	Regelfall: Unterschwelliger Bereich	74
bb)	Einholung von Konkurrenzofferten	74
cc)	Ausnahmsweise freihändige Verfahren über den Auftragswerten	77
3.	Zur Bestimmung des Auftragswerts	79
4.	Zur Vertragsdauer	82
<b>§ 14</b>	<b>Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen</b>	<b>83</b>
1.	Gesetzliche Anforderungen an Ausschreibung, Ausschreibungsunterlagen und Fristen	83
a)	Ausschreibung	83
b)	Ausschreibungsunterlagen	84
c)	Fristen	84
2.	Vorbereitung einer Ausschreibung	85
a)	Definition Beschaffungsvorhaben	85
b)	Termin- und Ressourcenplanung	87
c)	Optionen	88
d)	Lose	89
e)	Bietergemeinschaften und Subunternehmer	90
f)	General- und Totalunternehmerausschreibungen	91
g)	Rahmenverträge	92
h)	Dialog	93
3.	Detaillierte/funktionale Ausschreibungen, technische Spezifikationen	95
4.	Inhalt von Ausschreibungsunterlagen	96
a)	Allgemeine Submissionsbedingungen	96
b)	Leistungsverzeichnisse	97
c)	Beilagen	97
d)	Vertragsentwurf	98
e)	Verlangte finanzielle Garantien und Bürgschaften	99

<b>§ 15 Vorbefassung und Ausstand</b>	99
1. Problemstellung	99
2. Positivrechtliche Regelung und Rechtsprechung	100
a) Ausstand	100
b) Vorbefassung	103
3. Zusammenfassung: die Regeln	107
<b>§ 16 Eignungs- und Zuschlagskriterien</b>	108
1. Eignungskriterien	108
a) Inhalt	108
b) Nachweise	109
c) Eignungskriterien – mehr als nur Ausschlusskriterien	110
d) Heikle und unzulässige Kriterien	111
2. Zuschlagskriterien	113
a) Inhalt	113
b) Unter- bzw. Detailkriterien (Subkriterien)	115
c) Gewichtung und Reihenfolge	115
d) Kriterium Preis: Mindestgewichtung, Verzicht oder alleiniges Kriterium	116
e) Heikle, vergabefremde und unzulässige Kriterien	119
<b>§ 17 Angebote und ihre Beurteilung</b>	125
1. Die einzelnen Schritte: ein Überblick	125
2. Eingang der Angebote und Offertöffnung	126
3. Die formelle Prüfung und die Ausschlussgründe	128
a) Die Ausschlussprüfung zu wesentlichen Formerfordernissen	128
b) Die Ausschlussprüfung zu gesetzlichen Teilnahmebedingungen, Vorschriften und Fehlverhalten	132
c) Die Ausschlussprüfung zu weiteren, inhaltlichen Anforderungen an den Anbieter und sein Angebot	134

## Inhaltsverzeichnis

aa) Erfüllung der Voraussetzungen zur Verfahrensteilnahme und Mindestanforderungen	134
bb) Die Eignungsprüfung	135
cc) Die ungewöhnlich niedrigen Angebote	137
d) Der Ausschlussentscheid	139
e) Sanktionen	139
4. Die inhaltliche Prüfung	140
a) Phase 1: Technische und rechnerische Prüfung; Erläuterungen und Bereinigungen	141
aa) Grundsatz der Unabänderlichkeit von Angeboten	141
bb) Erläuterungen	141
cc) Bereinigungen	141
b) Phase 2: Die Bewertung der Angebote	143
aa) Die Prüfung nach den Zuschlagskriterien	143
bb) Das Kriterium Preis	145
5. Der zulässige Umgang mit Referenzauskünften	149
6. Die Beurteilung von Varianten	152
<b>§ 18 Zuschlag und Vertrag</b>	155
1. Zuschlagsentscheid und Mitteilung an Anbieter	155
a) Form, Eröffnung und Publikation	155
b) Begründung des Zuschlagsentscheids	155
c) Gleichzeitiger Verfahrensausschluss	157
d) Vertraulichkeit und Akteneinsicht	157
2. Der Vertragsabschluss	158
a) Zum Verhältnis Vergabe- und Vertragsrecht	158
b) Der zulässige Zeitpunkt des Vertragsabschlusses	160
c) Der vergaberechtswidrig abgeschlossene Vertrag	161
d) Die negative Bindungswirkung der Zuschlagsverfügung	162
3. Spätere Vertragsänderungen: Zulässigkeit und Grenzen	163

<b>§ 19 Abbruch und Widerruf</b>	164
1. Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung	164
2. Der Verfahrensabbruch	165
3. Der Widerruf des Zuschlags	166
4. Kasuistik	168
<b>5. Teil Vergabeverfahren vor Gericht</b>	171
<b>§ 20 Übergeordneter Rahmen, Primär- und Sekundärrechtsschutz</b>	171
<b>§ 21 Rechtsmittel, Zuständigkeiten, Beschwerdefristen und Verfahren</b>	172
1. Begrenzung des Rechtsschutzes	172
2. Beschwerde gegen Vergabeentscheide auf Bundesebene	173
3. Beschwerde gegen Vergabeentscheide auf kantonaler Ebene	174
4. Instanzen und Verfahren im Überblick	175
<b>§ 22 Beschwerdeobjekte und Legitimation</b>	176
1. Katalog	176
2. Im Einzelnen	176
a) Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen	176
b) Unzutreffendes Verfahren	179
c) Zuschlag	179
d) Präqualifikationsentscheid	180
e) Abbruch und Widerruf	180
f) Ausschluss	181
3. Nichtigte Vergabeverfügungen	181
a) Unzuständigkeit	182
b) Unzureichende Eröffnung	182
c) Unzureichende Begründung	182
4. Legitimation	183

## Inhaltsverzeichnis

<b>§ 23 Die Verfahrensbeteiligten und der Verfahrensablauf</b>	185
1. Die Verfahrensbeteiligten	185
2. Der Verfahrensablauf und die Akteneinsicht	186
<b>§ 24 Beschwerdegründe und -anträge</b>	187
<b>§ 25 Aufschiebende Wirkung</b>	188
<b>§ 26 Beschwerdeentscheid</b>	189
<b>§ 27 Rechtsschutz vor Bundesgericht</b>	191
1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten	191
a) Restriktive Eintretensvoraussetzungen	191
b) Legitimation	192
c) Zwischenentscheide	193
d) Beschwerdefrist; vorsorgliche Massnahmen	193
2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde	194
<b>6. Teil    Exkurs – Wettbewerbe und Studienaufträge             von öffentlichen Auftraggebern</b>	195
<b>§ 28 Grundlagen</b>	195
1. Bedeutung	195
2. Honorarsubmission, Leistungsunterlagen, Planerwahlverfahren, Wettbewerb oder Studienauftrag?	196
a) Lösungs- und leistungsorientierte Beschaffung	196
b) Wettbewerb und Studienauftrag: die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede	197
c) Keine kombinierten Verfahren	199
3. Arten von Wettbewerben und Studienaufträgen	200
a) Wettbewerbe	200
b) Studienaufträge	200
4. Weiterführende Materialien	201

<b>§ 29 Die Rechtsgrundlagen</b>	202
1. Positivrechtliche Bestimmungen	202
2. Das Verhältnis der SIA-Ordnungen 142/2009 und 143/2009 zum Vergaberecht	202
<b>§ 30 Die Beteiligten</b>	204
1. Der Auftraggeber	204
2. Das Preisgericht/Beurteilungsgremium	204
a) Zusammensetzung	204
b) Aufgaben	205
3. Sachverständige und Fachstellen	206
4. Die Teilnehmer	207
<b>§ 31 Die vergaberechtlichen Mindestanforderungen an Wettbewerbe und Studienaufträge</b>	208
1. Konzeption der freihändigen Vergabe	208
2. Anonymität als Voraussetzung?	209
<b>§ 32 Das Ergebnis und die Ansprüche der Teilnehmer</b>	211
1. Wettbewerb nach der SIA-Ordnung 142/2009	211
a) Der Bericht und die Empfehlung des Preisgerichts	211
b) Die Verbindlichkeit der Empfehlung des Preisgerichts	211
c) Die Ansprüche der Beteiligten	212
aa) Die Entschädigungen gemäss Art. 17 SIA-Ordnung 142/2009	212
bb) Die Ansprüche gemäss Art. 27 SIA-Ordnung 142/2009	212
cc) Die Folgeaufträge des Gewinners	213
dd) Die Abgeltung des Urhebers	213
ee) Der Verzicht auf die Realisierung des Vorhabens	214
2. Besonderheiten des Studienauftrags nach SIA-Ordnung 143/2009	215
a) Die Aufgaben des Beurteilungsgremiums	215

## Inhaltsverzeichnis

b) Die Ansprüche der Teilnehmer	216
aa) Der Regelfall gemäss Art. 271 SIA-Ordnung 143/2009	217
bb) Die Abgeltung des Gewinners bei einer weiteren Verwendung seines Beitrags	217
cc) Der Verzicht auf die Realisierung des Vorhabens	218
Stichwortverzeichnis	219