

Vergabetagung 24

Vergaberecht 2024: Neue Themen, neue Urteile

Martin Beyeler, Prof. Dr. iur., UNIFR.ius

Vergaberecht 2024: Neues Recht

Vergaberecht 2024: Neues Recht



International

- GPA 2012 : + Nordmazedonien



- Freihandelsabkommen Moldova (GPA)–EFTA

- Art. 7.3 : Nachhaltigkeit (Anerkennung der Bedeutung der nachhaltigen Beschaffung für eine funktionierende Wirtschaft und nachhaltiges Wachstum)

- Art. 7.4: KMU (Erleichterung des Marktzugangs; Reduktion der Teilnahmekosten)



Vergaberecht 2024: Neues Recht

Bundesrecht

BBl 2024 686, S. 30

Ablauf der Referendumsfrist: 4. Juli 2024

**Bundesgesetz
über die Reduktion der CO₂-Emissionen
(CO₂-Gesetz)**

Änderung vom 15. März 2024

5. Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995

Art. 2 Abs. 7 zweiter Satz

⁷ ... Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen vor.

Vergaberecht 2024: Neues Recht

Bundesrecht

- **EMBAG / EMBAV**

(i.K. seit 1.1.2024; vgl. auch OrgVöB 21 [ab 1.7.2024])

- insbesondere : Rechtsgrundlage für
 - Beteiligung des Bundes an der eOperations Schweiz AG
 - Übertragung von Beschaffungs- und weiteren Hilfstätigkeiten im Bereich IKT auf die eOperations Schweiz AG
 - Zurverfügungstellung von IKT-Mitteln des Bundes zugunsten von Kantonen, Gemeinden und weiteren Aufgabenträgern

Vergaberecht 2024: Neues Recht

Bundesrecht

- **ISG / ISV** (i.K. im Wesentlichen seit 1.1.2024)
 - Regeln für alle Ausschreibungen (des Bundes)
 - Vertragsabreden betreffend Informationssicherheit
 - Regeln für bestimmte Ausschreibungen (des Bundes und weiterer Stellen) : sicherheitsempfindliche Aufträge
 - Betriebs- und Personensicherheitsprüfungen; Sicherheitskonzept; vertragliche Vereinbarungen

Vergaberecht 2024: Neues Recht

IVöB 2019

- Neubeitritte (2022–2024)
 - BL, BS, FR, GL, GR, JU, LU, NE, NW, SG, SH, SO, SZ, TG, UR, VD, VS, ZG, ZH
 - BE (2022 ? vgl. dazu BVR 2023, S. 443 ff.)
 - Beitrittsverfahren: AR, GE und OW (≠ TI)
 - p.m. AG und AI (2021)

Vergaberecht 2024: Neues Recht

Kantonales Recht

- In allen Kantonen (auch AI) wurden (mehr oder weniger) Ausführungsbestimmungen zur IVöB 2019 erlassen.
- Das Feld der regulierten Themen ist sehr breit.
 - z.B. Nachhaltigkeit; Teilnahmebedingungen; Subunternehmer und Leiharbeit; Preisverlässlichkeit und Preisniveau (vgl. dazu KGer JU CST 1/2023, 14.12.2023 [Nr. 159])
 - auch: Innovatives, Kurioses und Zweifelhaftes

Vergaberecht 2024: Neues Recht

z.B. Art. 16 Abs. 1 kVöB/VS : KMU-freundlich

Art. 16 Fristen für die Einreichung der Angebote

¹ Zusätzlich zu den in Artikel 46 Absatz 1 IVöB aufgeführten Anforderungen verlängert der Auftraggeber für Bauaufträge in angemessener Weise die Fristen für die Einreichung der Angebote oder der Teilnahmeanträge, um die in den Gesamtarbeitsverträgen festgelegten Ferien und offiziellen Tage, sofern diese veröffentlicht sind, sowie die eidgenössischen und kantonalen Feiertage zu berücksichtigen.

Vergaberecht 2024: Neues Recht

z.B. § 7 EV IVöB/BS : justiziabel (Abs. 1) und sinnvoll (Abs. 2) ?

§ 7 *Förderung von ökologischen Beschaffungen*

¹ Die Auftraggeberinnen und Auftraggeber tätigen ihre Beschaffungen unter grösstmöglicher Schonung der Umwelt und der natürlichen Ressourcen.

² In den Beschaffungen der Departemente ist ab dem für das offene und selektive Verfahren massgebenden Schwellenwert mindestens eine der nachfolgenden Vorgaben, welche Umwelt- und Ressourcenaspekte zum Inhalt haben, anzuwenden:

- a) ein Eignungskriterium;
- b) ein Zuschlagskriterium mit mindestens 20 % Gewichtung oder
- c) eine wesentliche technische Spezifikation.

³ Die Umsetzung der Vorgaben gemäss Abs. 2 oder die Begründung einer ausnahmsweisen Abweichung davon muss in den Verfahrensakten ausdrücklich deklariert werden.

Vergaberecht 2024: Neues Recht

z.B. § 6 EV IVöB/BS : zulässig (Abs. 2)?

§ 6 *Förderung der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen*

¹ Die Auftraggeberinnen und Auftraggeber fördern bei ihren Beschaffungen, unter Beachtung der staatsvertraglichen Verpflichtungen, die Interessen von Menschen mit Behinderungen.

² Zur Erreichung der Zielsetzung nach Abs. 1 können die Auftraggeberinnen und Auftraggeber auch die angemessene betriebliche Vertretung von Mitarbeitenden mit Behinderungen als Zuschlagskriterium nach Massgabe von Art. 29 Abs. 1 IVöB vorsehen.

Vergaberecht 2024: Neues Recht

z.B. Art. 7 Abs. 2 LMP/NE : durchdacht?

²Aucune peine conventionnelle ne peut être prévue pour un retard dans les travaux dû à une canicule définie par le règlement du Conseil d'État ou à d'autres événements climatiques extrêmes, empêchant la continuation des travaux afin de protéger la santé des travailleuses et des travailleurs.

Vergaberecht 2024: Neues Recht

z.B. Art. 3 OMP/JU : staatsvertragskonform?

Art. 3 ¹ La valeur des marchés portant sur des travaux de construction du gros œuvre et du second œuvre non soumis aux accords internationaux est définie par l'ensemble des prestations comprises dans le code des frais de constructions (CFC) jusqu'à trois chiffres.

² Sont exemptés de l'exigence fixée à l'alinéa 1 les CFC suivants :

- a) CFC 211.1, 212.1, 213.1, 214.5, 215.1, 224.4, 225.0, 226.0, 227.0, 271.2, 282.7, 283.0 et 285.0 (échafaudages extérieurs);
- b) CFC 281.0 (chapes);
- c) CFC 281.6 (carrelages);
- d) CFC 281.7 (revêtements de sol en bois);
- e) CFC 281.9 (plinthes).

Vergaberecht 2024: Neues Recht

z.B. Art. 7 ÖBG/FR : innovativ

(vgl. auch Art. 8 Abs. 1 ÖBR/FR; Art. 8 Abs. 3 LMP/VD)

Art. 7 Kontrollsystem (Art. 12 IVöB)

¹ Bei Bauaufträgen gibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber in der Ausschreibung an, dass die erfolgreiche Anbieterin oder der erfolgreiche Anbieter und ihre oder seine Subunternehmerinnen und Subunternehmer verpflichtet sind, sich mit einem Kartenkontrollsystem paritätischer Organe – oder einem gleichwertigen Nachweis – auszustatten, das es ermöglicht, das auf der Baustelle tätige Betriebspersonal nach bestimmten, in der Verordnung näher bezeichneten Kriterien zu prüfen.

Vergaberecht 2024: Neues Recht

z.B. § 4 SubV/ZG : zweckmässig?

§ 4 Bewertung des Preiskriteriums

¹ Bei der Bewertung des Preiskriteriums gilt in der Regel folgende Formel:

- a) Das billigste Angebot erhält beim Preiskriterium immer die maximale Punktzahl.
- b) Bei einer üblichen Leistung mit durchschnittlichen Anforderungen oder einer anderen vergleichbaren Leistung erhält ein Angebot mit einem Preis $> 50\%$ über dem tiefsten Angebot null Punkte.
- c) Bei einer anspruchsvollen Beschaffung mit spezialisierten Anforderungen oder einer anderen vergleichbaren Leistung erhält ein Angebot mit einem Preis $> 100\%$ über dem tiefsten Angebot null Punkte.
- d) Zwischen den zuvor erwähnten Werten erfolgt die Bewertung linear, Negativpunkte gibt es bei der Bewertung nicht.

Vergaberecht 2024: Neues Recht

z.B. Art. 2 Abs. 1 EG IVöB/GL : vorbildlich

Art. 2 *Veröffentlichungen*

¹ Die Auftraggeber veröffentlichen Zuschläge, die ausserhalb des Staatsvertragsbereichs freihändig gemäss Artikel 21 Absatz 2 IVöB erteilt wurden, gemäss Artikel 48 Absatz 1 IVöB.

Vergaberecht 2024: Neues Recht

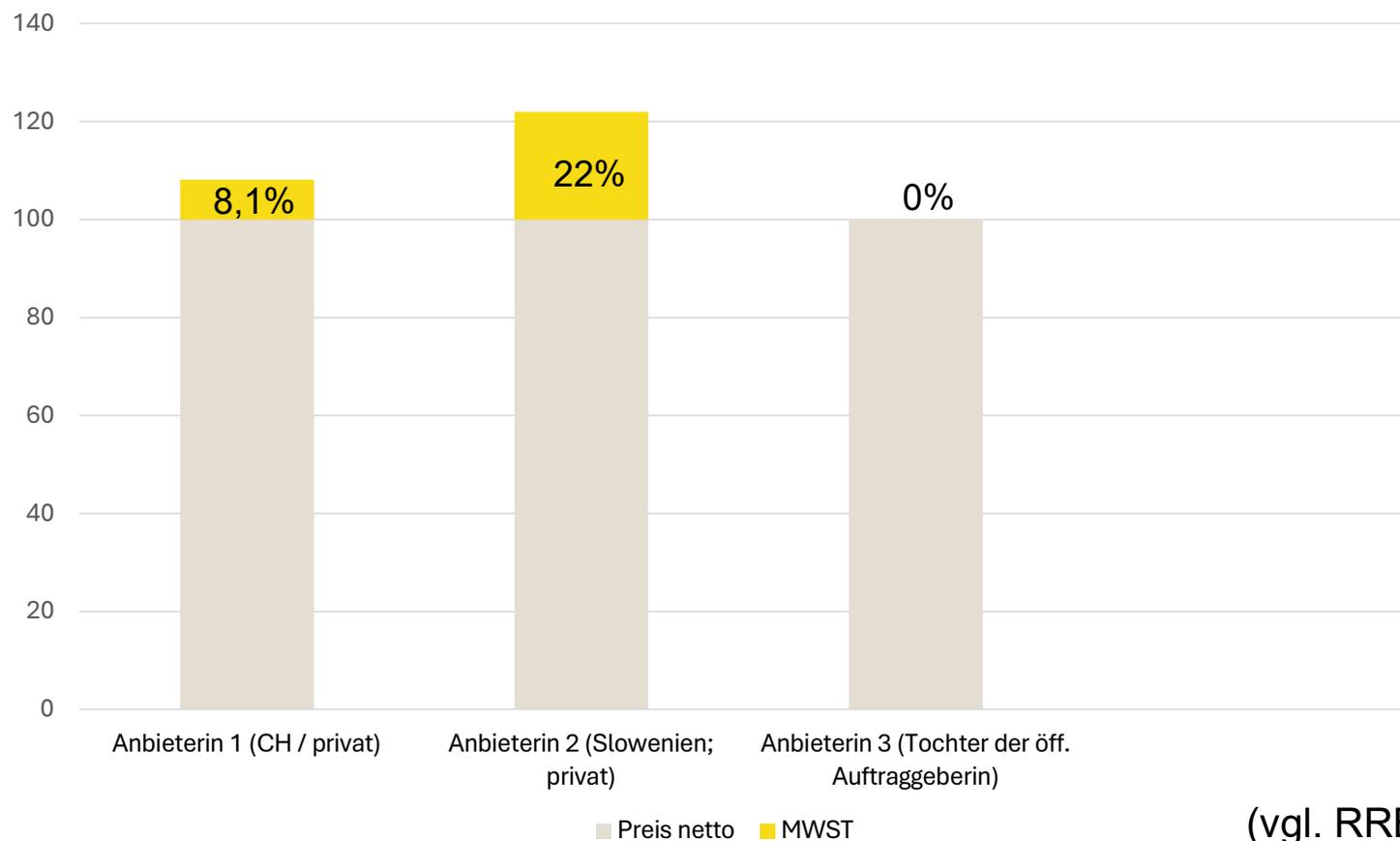
**z.B. § 3 Abs. 1 BeiG IVöB/ZH : rechtsstaatlich
konsequent**

§ 3. ¹ Gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB ist unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzigste kantonale Instanz zulässig.

Vergaberecht 2024: Behördenpraxis

Vergaberecht 2024: Behördenpraxis

Das MWST-Dilemma



(vgl. RRB [ZH] 298/2023 vom 15.3.2023)

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Ausländische Abgaben [Nr. 114; BVGer]

- Lieferung Gepäcktransport-Handwagen
- Beschwerde gegen den Zuschlag (vom 8.3.2022)
 - « Der chinesische Lieferant / Subunternehmer der Zuschlagsempfängerin hat im Jahr 2018 in China Steuern hinterzogen! »
 - Ausschluss nach BöB 26 I i.V.m. 44 I/g ?

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Ausländische Abgaben [Nr. 114; BVGer]

BöB 44 I/g (Ausschlussgrund)

« Sie bezahlen fällige Steuern oder Sozialabgaben nicht. »

Botschaft BöB (BBI 2017 1851, 1940, 1962)

« Die Bezahlung fälliger Steuern und Sozialversicherungsbeiträge umfasst neben den Bundesteuern und -abgaben (inkl. MWST, AHV-, IV-, EO-, ALV-, BVG- und UVG-Beiträge) auch kantonale und kommunale Steuern. »

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Ausländische Abgaben [Nr. 114; BVGer]

BVGer:

« Ausländische Steuern und Sozialversicherungsbeiträge [werden] von Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB nicht erfasst. »

« Der Sinn dieser Bestimmungen [besteht] darin, einer Anbieterin, die Schulden gegenüber dem schweizerischen Fiskus hat, keine steuergeldfinanzierten öffentlichen Aufträge zu erteilen. »

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Ausländische Abgaben [Nr. 114; BVGer]

- Die Kritik

- Gibt es den « schweizerischen Fiskus », und will das Vergaberecht ihm unter die Arme greifen ?
- Sollen (de facto) nur schweizerische Unternehmen die Bezahlung ihrer Abgabenschulden nachweisen?
- Botschaft BöB: ≠ abschliessende Aufzählung, sondern öffnender Hinweis
- Die Teilnahmebedingungen bezwecken in erster Linie die Gleichbehandlung und den fairen Wettbewerb. Diese Zwecke machen an keiner Landesgrenze halt.

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Ausnahme-Freihandvergabe: Beweislast [Nr. 75; BGer]

- Ausgangslage
 - Exklusivitäts- oder Kompatibilitäts-Freihandvergabe
 - BöB/IVöB 21 II/c und e
 - Beschwerde gegen den Zuschlag
 - « Ich kann zwar nicht das betreffende Produkt liefern, jedoch ein Alternativprodukt, das den Bedarf der Auftraggeberin genauso gut deckt ! »

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Ausnahme-Freihandvergabe: Beweislast

- « Microsoft-Praxis » (BGE 137 II 313 [2011])
 - Die Beschwerdeführerin trägt die Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass sie ein Alternativprodukt offerieren kann, das den Bedarf der Auftraggeberin hinreichend gut deckt.

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Ausnahme-Freihandvergabe: Beweislast [Nr. 75; BGer]

- Neue Praxis « Service des automobiles» (auch für IVöB 2019 !)
 - Die Beschwerdeführerin hat (lediglich) glaubhaft zu machen, dass sie ein taugliches Alternativprodukt offerieren könnte.
 - Die Vergabestelle trägt die Beweislast dafür, dass kein taugliches Alternativprodukt existiert.
 - Sie muss ihren Bedarf objektiv analysieren und den Markt in einem gewissen Ausmass sondieren.

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Preis-Mindestgewicht [\[Nr. 145; BGer\]](#)

- Ausschreibung Lieferung und Dienstleistung
 - Handtuchrollen, Spender; Transport und Waschen der Rollen
 - Preis: 50% ; nichtpreisliche Kriterien 50%
 - nichtpreisliche Kriterien: Qualität der Spender und Rollen; Nutzung/Reinigung/Bewirtschaftung der Spender

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Preis-Mindestgewicht [Nr. 145; BGer]

- Beschwerde gegen die Ausschreibung
 - « Der Preis muss mit 80% gewichtet werden! »
 - VGer ZH: Nein, das liegt im Ermessen der Vergabestelle.
- Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor BGer

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Preis-Mindestgewicht [\[Nr. 145; BGer\]](#)

- BGer
 - Dies ist eine Grundsatzfrage (BGG 83/f/1).
 - hochkomplexe Vergaben: Preis 20%
 - (weitgehend) standardisierte Leistungen: Preis 100%
 - standardisiert = es sind keine relevanten Qualitätsunterschiede zu erwarten

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Preis-Mindestgewicht [Nr. 145; BGer]

- Schlussfolgerungen des BGer
 - je geringer die zu erwartenden Qualitätsunterschiede, desto höher die Preisgewichtung
 - Bei «einfachsten Vergaben» ist daher ein Preisgewicht von mindestens 60% anzusetzen.
 - Vorliegend handelt es sich um eine «einfachste Vergabe», da die Qualität der Produkte (Rollen und Spender) weitgehend fixiert ist. – Das Preisgewicht müsste in casu aber «deutlich» über 60% liegen.

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Preis-Mindestgewicht [\[Nr. 145; BGer\]](#)

- Würdigung
 - Die bundesgerichtliche Logik wird voraussichtlich auch unter dem revidierten Recht zu beachten sein.
 - Achtung: Es geht nicht um Leistungskategorien («einfache» und «komplexe» Leistungen), sondern um die Frage, in welchem Ausmass zu erwarten ist, dass bei den konkret geltenden Ausschreibungsvorgaben Qualitätsunterschiede auftreten werden.

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Preis-Mindestgewicht [Nr. 145; BGer]

- Würdigung
 - Je grösser die Spielräume sind, welche die Ausschreibungsvorgaben den Anbieterinnen lassen, desto grösser sind in der Regel auch die zu erwartenden Qualitätsunterschiede.
 - Über entsprechende ZK kann die in den Spielräumen offerierte (relevante) Mehrqualität honoriert werden, was zur Wahrnehmung der Spielräume anreizt und die Erwartung von erheblichen Qualitätsunterschieden bestärkt.

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Preis-Mindestgewicht [\[Nr. 145; BGer\]](#)

- Würdigung
 - Die Vergabestelle hat es (weitgehend) in der Hand, ob sie bezüglich der Leistungsqualität Spielräume (nach oben) schafft und entsprechende ZK aufstellt.
 - Tut sie dies, kann sie das Preis-Mindestgewicht von 60% häufig vermeiden.
 - Der Preis-Mindestgewichts-Entscheid verhindert eine nachhaltige Beschaffung nicht.

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Kurzmeldungen

- Allgemeine «Umweltschutzbemühungen» der Anbieterinnen sind kein zulässiges Zuschlagskriterium. [\[Nr. 161; VGer AG\]](#)
- Die Anbieterin muss in ihrer Offerte transparent machen, inwiefern sie Schlüsselpersonen auch im Rahmen anderer (noch nicht abgelehnter) Offerten angeboten hat. [\[Nr. 112; BGer\]](#)
- Rüge *in abstracto*: bei Vorbefassung und Inkompatibilität nein; beim Ausstand ja? [\[Nrn. 42 und 106; BVGer\]](#)

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Kurzmeldungen

- Egoistische Verbandsbeschwerde (Freihandvergabe): Nicht alle Architekt.innen können Mittelschulen bauen. [\[Nr. 293; BGer\]](#)
- Die Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung einer Ausschlussbeschwerde hindert die Beschwerdeführerin nicht an der Anfechtung des Zuschlags. [\[Nr. 327; VGer BE\]](#)
- Wer seinen Ausschluss anfecht, nicht jedoch den zugleich oder später ergangenen Zuschlag, hat kein schutzwürdiges Interesse an der Führung der Ausschlussbeschwerde. [\[Nrn. 303–305; KGer FR\]](#)

Vergaberecht 2024: Rechtsprechung

Kurzmeldungen

- Die ausgeschlossene Anbieterin, die ihren Ausschluss nicht anfechtet (und so rechtskräftig werden lässt), ist legitimiert, den Zuschlag mit der Rüge anzufechten, das gesamte Vergabeverfahren müsse abgebrochen und wiederholt werden. [[BGer 2D_5/2022, 13.2.2024, E. 1.2.2; anders der EuGH: vgl. Nr. 307](#)]