

Praxisfälle aus dem Beschaffungsrecht

Stolpersteine und Fallstricke

Lukas Fässler
Rechtsanwalt & Informatikexperte
FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG,
6340 Baar

April 2024

Lukas Fässler, Rechtsanwalt & Informatikexperte

- 14 Jahre Kanton Luzern: ab 1992 - 1997 Informatikchef des Kantons Luzern
- Seit 23 Jahren Rechtsanwalt bei FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG (seit 1.1.2014 VRP)
- Mitglied des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) und des Advokatenvereins des Kantons Zug
- Präsident des Vereins Schweizerische Städte- und Gemeinde-Informatik SSGI
- Verwaltungsratspräsident der AR Informatik AG
- Vizepräsident des Verwaltungsrates des Informatik-Leistungszentrums der Kantone Obwalden und Nidwalden – ILZ OW/NW
- Mitglied Verwaltungsrat der HIN Health Info Net AG
- VRP e-comtrust international ag, Baar
- Mitglied Schweizerische Informatikkonferenz SIK
- Mitglied im Verein eCH (Standardisierungen im eGovernment Schweiz)
- Dozent an Universität Bern & Lausanne (Master of Advanced Studies in Archival, Library und Information Science)
- Dozent an Universität Basel (EU E-Commerce, Marketing- und Social Media Recht)
- Dozent an der FHNW Basel und Olten (mehrere CAS, DAS, Praxisseminare zu DSGVO)



faessler@fsdz.ch

Praxisbeispiele, Fallstricke und Verfahrensfallen

im Schweizerischen Beschaffungswesen

- **Teil 1: Ausschreibungsverfahren**
- **Teil 2: Rechtsmittelverfahren**
- **Teil 3: Kontroll- und Überwachungsverfahren**

Im Ausschreibungsverfahren

- 1.1. Umschreibung des Ausschreibungsgegenstandes
- 1.2. Diskriminierende Eignungskriterien
- 1.3. Abbruch und Ausschluss im Submissionsverfahren
- 1.4. Optimaler Ausschlusszeitpunkt (Eignungskriterien)
- 1.5. Falsche Berechnung der Projektdauer
- 1.6. WEKO mit Beschwerdelegitimation
- 1.7. AGB SIK als Eignungskriterium
- 1.8. Mindestanforderung an das Zuschlagskriterium „Preis“
- 1.9. Einladungsverfahren ohne Verfügung – Beurteilung Bewertungsraster

Übersicht Beitritte zur IVöB 2019 (Stand: 01.04.2024)



Der Kanton Bern ist nicht Mitglied der IVöB2019. Er wendet diese interkantonale Vereinbarung als kantonales Recht mit eigenem Rechtsweg an.

IVöB 2019 in Kraft.

Kantonales Beitrittsverfahren läuft.

© BFS, ThemaKart - Neuchâtel 2012

1.1. Umschreibung des Ausschreibungsgegenstandes

- Anforderungen und Handelsmarken

Vergaberichtlinien (VRöB)

zur

Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)
vom 25. November 1994 / 15. März 2001

(gestützt auf Art. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB und [kantonale Beschlüsse etc.])

§ 12 Angaben

Die Ausschreibung enthält mindestens folgende Angaben:

- a. Name und Anschrift der Auftraggeberin oder des Auftraggebers;
- b. Verfahrensart;
- c. Gegenstand und Umfang des Auftrages, einschliesslich Optionen für zusätzliche Leistungen;
- d. Informationen über Varianten und Daueraufträge;
- e. Zeitpunkt der Ausschreibung von Nebenarbeiten²

§ 15 Technische Spezifikationen

² Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produzenten sind nicht zulässig, es sei denn, dass es keine hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt, und sofern in den Ausschreibungsunterlagen die Worte „oder gleichwertig“ einbezogen werden.

Grundsätze der Beschreibung

- Neutral
- Basis technische Spezifikationen
- Diskriminierungsverbot
- Gleichbehandlungsgebot

Ausschreibungsgegenstand nicht herstellerneutral

(KAPO Solothurn)

Die Stoffbeschaffenheit für die neu zu beschaffenden Polizeiuniformen muss GORE-TEX sein.....

..... Bekleidung aus GORE-TEX Laminat hat dauerhafte Wasserdichtigkeit und Winddichtigkeit bei gleichzeitig optimierter Atmungsaktivität mit einem Höchstmaß an Schutz und Tragekomfort zu garantieren.....



® = Registrierte und international geschützte Marke
in separaten Klassen 1 und 25 (internationalen Waren- und
Dienstleistungsklassifikation)

www.ige.ch

Das Herzstück aller **GORE-TEX®** Produkte:

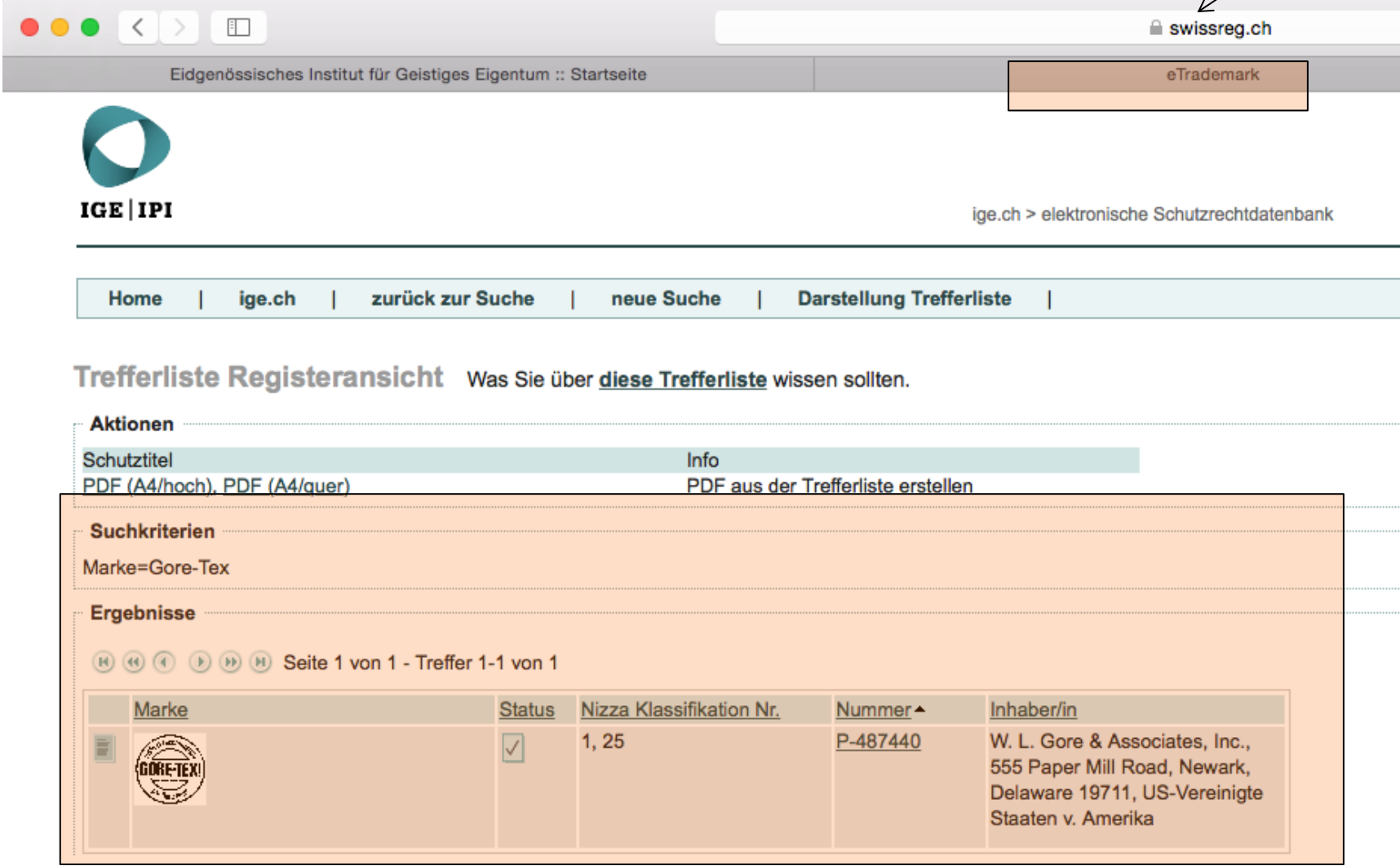
Die GORE-TEX® Membrane ist eine extrem dünne Schicht aus
gerecktem Polytetrafluorethylen (ePTFE).

Sie verfügt über mehr als 1,4 Milliarden Poren pro
Quadratcentimeter. Diese Poren verleihen dem GORE-TEX®
Material seine besonderen Eigenschaften.

Internationale Klassifikation der Waren und Dienstleistungen

- 1** Chemische Erzeugnisse für gewerbliche, wissenschaftliche, fotografische, land-,
garten- und forstwirtschaftliche Zwecke; Kunstharze im Rohzustand, Kunststoffe
im Rohzustand; Düngemittel; Feuerlöschmittel; Mittel zum Härten und Löten
von Metallen; chemische Erzeugnisse zum Frischhalten und Haltbarmachen von
Lebensmitteln; Gerbmittel; Klebstoffe für gewerbliche Zwecke.
- 25** Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen.

Unzulässige Herstellerbezeichnung



The screenshot shows a web browser window with the address bar displaying 'swissreg.ch'. The page header includes the logo of the Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE | IPI) and the text 'ige.ch > elektronische Schutzrechtsdatenbank'. A navigation bar contains links: Home, ige.ch, zurück zur Suche, neue Suche, and Darstellung Trefferliste. The main content area is titled 'Trefferliste Registeransicht' and includes a sub-header 'Was Sie über diese Trefferliste wissen sollten.' Below this, there are sections for 'Aktionen' (Schutztitel, PDF (A4/hoch), PDF (A4/quer), Info, PDF aus der Trefferliste erstellen) and 'Suchkriterien' (Marke=Gore-Tex). The 'Ergebnisse' section shows 'Seite 1 von 1 - Treffer 1-1 von 1'. A table displays the search results for the 'Gore-Tex' trademark.

Marke	Status	Nizza Klassifikation Nr.	Nummer ▲	Inhaber/in
	☒	1, 25	P-487440	W. L. Gore & Associates, Inc., 555 Paper Mill Road, Newark, Delaware 19711, US-Vereinigte Staaten v. Amerika

Rechtsfolgen

- Abbruch der Ausschreibung wegen falscher Umschreibung des Ausschreibungsgegenstandes durch die Behörde.
- Möglicher Schadenersatz infolge fehlerhafter Ausschreibung und kausal verursachtem unnötigem Ausschreibungsaufwand auf Anbieterseite (nach kantonalen Submissionsgesetzen).
- Abbruch: Anfechtungsmöglichkeit innerhalb von 20 Tagen nach Publikation (simap.ch oder Kantonsblatt) durch einen potenziellen Anbieter.
- Keine Möglichkeit zur Anfechtung des Pflichtenheftes durch Anbieter nach Erlass der Zuschlagsverfügung („verspätet“ gemäss Rechtsprechung). **Man kann also nicht warten, bis man den Zuschlag nicht bekommen hat, um dann Beschwerde zu führen.**

Definition des Beschaffungsgegenstandes Ermessen der Vergabebehörde

Urteil 2C–783/2010 vom 11.3.2011 - 137 II 313 (Bund BBL gegen div. Opensource-Anbieter und Microsoft Ltd)

Das Bundesgericht hat die Beschwerden von elf betroffenen Firmen abgewiesen. Gemäss dem Urteil des Bundesgerichtes wurde ihre **Beschwerdelegitimation** vom Bundesverwaltungsgericht zu Recht verneint, weil die von ihnen angebotenen Produkte nicht dem **definierten Beschaffungsgegenstand** entsprochen hätten.

Ein praktisches **Rechtsschutzinteresse** im Sinne von **Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG** kann nur in Bezug auf solche Anliegen anerkannt werden, die überhaupt mit der Beschwerde erreicht werden können. **Grundsätzlich definiert die Vergabestelle aufgrund ihrer Bedürfnisse, was sie beschaffen will**; mit der submissionsrechtlichen Beschwerde kann deshalb nicht verlangt BGE 137 II 313 S. 321 und erreicht werden, dass die Gerichte der Verwaltung vorschreiben, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie zu beschaffen beabsichtigt hatten (Urteil 2P.282/1999 vom 2. März 2000 E. 3a; vgl. auch **BGE 134 II 192** E. 2.3 S. 199).

Legitimiert kann deshalb nur sein, wer das ausgeschriebene Produkt angeboten hat; wer ein anderes Produkt offerieren will, ist hingegen zur Beschwerde nicht legitimiert, weil er von vornherein nicht erreichen kann, was er anstrebt (vgl. Urteil 2C_484/2008 vom 9. Januar 2009 E. 1.4, nicht publ. in: **BGE 135 II 49**).

1.2. Diskriminierende Eignungskriterien

- Wettbewerbsausschluss durch nichterfüllbare Eignungskriterien für Markanbieter

Diskriminierendes Eignungskriterium

„E3: Die neue Gemeinde-Informatik-Software muss in mindestens 3 Gemeinden des Kantons mit über 15'000 Einwohnern produktiv im Einsatz stehen.....“

Gemeinderat

Adressat xy

Submissionsbeschwerde
eines potenziellen Anbieters
gegen Pflichtenheft

Von
Telefon
E-Mail
Datum

23. September 2015

Ausschreibung der Gemeindesoftware im Amtsblatt des Kantons
vom 3. September 2015; Abbruch des Verfahrens

Sehr geehrte Damen und Herren

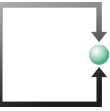
Wir möchten Sie darüber informieren, dass der Gemeinderat entschieden hat, das am 3. September 2105 im Amtsblatt des Kanto pubizierte Ausschreibungsverfahren betreffend Gemeindesoftware abzubrechen und diesen Abbruch am 1. Oktober 2015 im Amtsblatt des Kantons zu publizieren. Die Beschaffung der Gemeindesoftware soll sobald als möglich im Amtsblatt des Kantons neu ausgeschrieben werden.

Wir bitten Sie um Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Gemeindepräsidentin

Gemeindeverwalter



Geographisches Eignungskriterium: „Bürostandort im Nachführungskreis“ – Zeitpunkt Erfüllung

Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juli 2019 - 2C_111/2018 i.S. Kanton Luzern (BUWD) gegen A .

Unter dem Titel "Vergabegrundsätze/Eignungskriterien" führen die Ausschreibungsunterlagen "**als geforderte Eignungskriterien**" unter anderem das **Erfordernis "Bürostandort im Nachführungskreis"** auf.

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich nicht hinreichend klar, ob es sich um ein **Eignungskriterium** handelt, **das im Zeitpunkt des Zuschlags erfüllt sein muss**. Aufgrund seiner unklaren Formulierung hinsichtlich des Erfüllungszeitpunkts ist das Erfordernis deshalb auslegungsbedürftig.

Der Beschwerdeführer wie auch die WEKO sehen darin ein **bei der Offerteneinreichung zu erfüllendes Kriterium** (vgl. E. 3.1.1 und E. 3.1.3 hiavor), während die Vergabestelle und die Vorinstanz in ihrem Verständnis des Kriteriums die Erfüllung **erst auf den Zeitpunkt des Mandatsbeginns hin verlangen** (vgl. E. 3.1.2 hiavor).

Mit Blick auf die binnenmarktrechtlichen Ausführungen (vgl. E. 3.2 hiavor) ist dem Verständnis der Vergabestelle und der Vorinstanz zu folgen, da sie mit ihrer Auslegung des Kriteriums die Ausschreibungsunterlagen für den hier streitbetroffenen Zeitpunkt der Offerteneinreichung und die Durchführung des Vergabeverfahrens in einer Weise verstehen und anwenden, welche sich an den binnenmarktrechtlichen Vorgaben orientiert (vgl. E. 3.2.3 hiavor).

Der Beschwerdeführer bringt in seiner Eingabe an das Bundesgericht keine stichhaltigen Gründe vor, nach denen das Kriterium anders auszulegen wäre, als es die Vergabestelle und die Vorinstanz taten.

1.3. Abbruch und Ausschluss im Submissionsverfahren

**Interkantonale Vereinbarung
über das öffentliche Beschaffungswesen
(IVöB)**

vom 15. November 2019 (Stand 1. Januar 2023)

Art. 43 Abbruch

¹ Der Auftraggeber kann das Vergabeverfahren abbrechen, insbesondere wenn:

- a. er von der Vergabe des öffentlichen Auftrags aus zureichenden Gründen absieht;
- b. kein Angebot die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen erfüllt;
- c. aufgrund veränderter Rahmenbedingungen vorteilhaftere Angebote zu erwarten sind;
- d. die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben oder den Kostenrahmen deutlich überschreiten;
- e. hinreichende Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede unter den Anbietern bestehen;
- f. eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistungen erforderlich wird.

² Im Fall eines gerechtfertigten Abbruchs haben die Anbieter keinen Anspruch auf eine Entschädigung.

Art. 44 *Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags*

¹ Der Auftraggeber kann einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihm bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass auf den betreffenden Anbieter, seine Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:

- a. sie erfüllen die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr, oder der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens wird durch ihr Verhalten beeinträchtigt;
- b. die Angebote oder Anträge auf Teilnahme weisen wesentliche Formfehler auf oder weichen wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung ab;

.... weitere

Kostenüberschreitung als Abbruchgrund – Ausschluss wegen unvollständiger Offerte

Stadt XY schreibt die Erneuerung eines Reservationssystems aus. Es gab eine vorausgehende (interne) Kostenschätzung, welche auf Investitions- und Betriebskosten für 4 Jahre auf knapp unter CHF 250'000.– kam. Dafür wurde im Budget 2021 ein entsprechender Posten eingestellt.

Es bewerben sich 5 Anbieter. Alle, mit Ausnahme eines Anbieters A (CHF 167'000.– **inkl. Option 1**, für Option 2 CHF 8'000.--, für Option 3: CHF 4'000.--, liegen über CHF 250'000.--.

Die Stadt XY teilt allen Teilnehmenden (ohne Verfügung, mit Brief A-Post Plus) mit, dass sie infolge Kostenüberschreitung das Verfahren abbreche.

Der Anbieter A. reklamiert schriftlich per Brief, dass ihre Offerte die Kostenschätzung nicht erreiche und daher nicht ausgeschlossen werden darf.

Die Stadt XY teilt mit Brief (A-Post) mit, dass der Anbieter A. wegen unvollständiger Offerte im Nachhinein ausgeschlossen werde. Diese enthalte keine Offerte für Option 1

Abbruch vs. Ausschluss

Ja was jetzt?

Abbruch oder Ausschluss

Abbruch versus Ausschluss

Wer einen Abbruch ins Auge fasst und dafür die ausreichenden gesetzlichen Grundlagen zu haben glaubt, kann nicht gleichzeitig einen Ausschluss verfügen. Eine Abbruchverfügung beendet das Verfahren definitiv für alle Anbieter. Eine Ausschlussverfügung beendet das Verfahren nur für die betroffene Anbieterin. Wer also abbricht, kann nicht gleichzeitig auch noch einen Anbieter ausschliessen, weil der Abbruch für alle Anbieter definitiv wirkt und den Ausschluss eines einzelnen Anbieters obsolet macht. Man hat sich also diesbezüglich zu entscheiden. Der Ausschluss vom Verfahren ist eine Sanktion. Sie trifft den Anbietenden, sein Angebot scheidet aus dem Submissionsverfahren aus. Das Verfahren wird und **muss** ohne ihn fortgesetzt werden, wird also nicht abgebrochen.

So oder anders muss unserer Mandantin mit einer entsprechenden Verfügung samt Rechtsmittelbelehrung bedient werden, sollten Sie an Ihrem (gesetzwidrigen) Vorgehen festhalten. Unsere Mandantin wird jede der beiden Verfügung anfechten und weiterziehen.

Schlussfolgerungen

1. Der Ausschluss unserer Mandantin ist gesetzeswidrig, da sie eine umfassende Offerte eingereicht hat, welche auch die Option 1 klar abdeckt und die von Ihnen vorgegebenen 30 Ressourcen im Grundsystem nachweislich eingerechnet hat und somit die Option 1 vollumfänglich abdeckt. Ein Ausschlussgrund ist nicht gegeben.
2. Ein Abbruch ist nicht möglich, da meine Mandantin – wenn auch als einzige, aber immerhin – ein Angebot eingereicht hat, das wesentlich unter dem von Ihnen selber genannten Kostenrahmen von CHF 250'000.— liegt. Es bestehen damit keine gesetzlichen Grundlagen für einen Abbruch infolge erheblicher Kostenüberschreitungen oder anderer Ausschlussgründe.

Antrag

- 1. Meiner Mandantin ist der Zuschlag zu erteilen.**
- 2. Für den Erlass einer Abbruchverfügung oder den Erlass einer meine Mandantin betreffenden Ausschlussverfügung besteht keine gesetzliche Grundlage, womit ein solches ins Auge gefasste Vorgehen gesetzeswidrig, willkürlich und auch diskriminierend ist.**

Sollten Sie diese Rechtsauffassung nicht teilen, haben Sie entsprechend den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Verfügungen mit Begründungen und einer Rechtsmittelbelehrung zu erlassen. Unsere Mandantin wird in einem solchen Falle den Weiterzug an die zuständige Gerichtsinstanz prüfen.

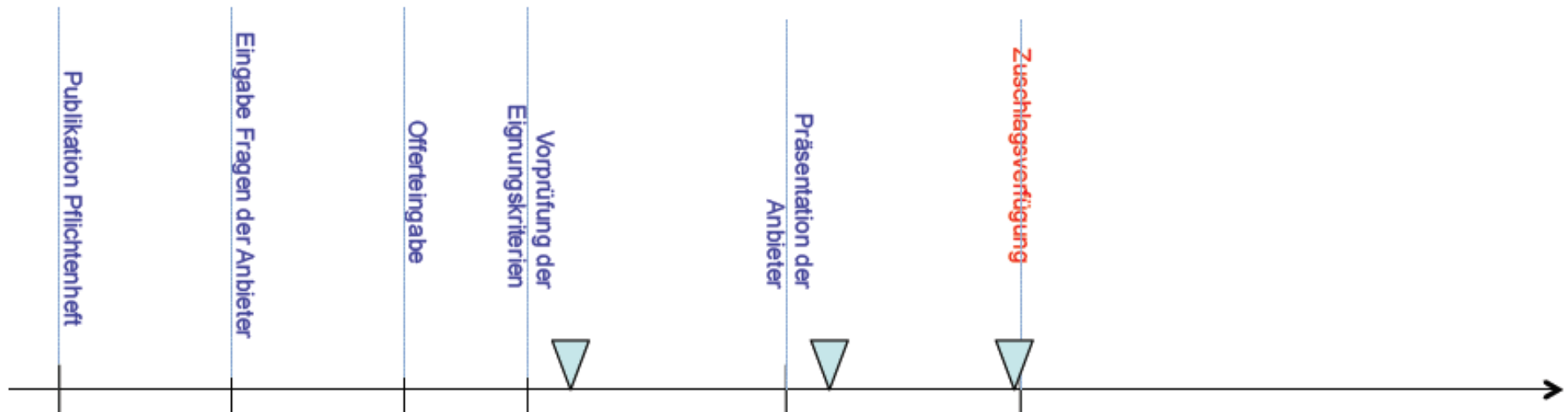
1.4. Optimaler Ausschlusszeitpunkt

- bei Nichterfüllung von Eignungskriterien
- bei Nichterfüllung des Ausschreibungsgegenstandes

Ausschluss wegen Nichterfüllung von Eignungskriterien

In welchem Zeitpunkt verfügt die zuständige Behörde den Ausschluss wegen Nichterfüllung von Eignungskriterien?

In welcher Form schliesse ich den Anbieter vom Verfahren aus?



Ausschluss wegen Nichterfüllung von Eignungskriterien

Form

- Immer mittels Verfügung und Rechtsmittelbelehrung 20 Tage
- Selbständig anfechtbare Verfügung (im laufenden Submissionsverfahren)
- E-Mailmitteilungen sind nicht rechtsverbindlich

Zeitpunkt

- Im laufenden Submissionsverfahren:
 - Gewährleistung fairer Wettbewerb
 - Gewährleistung des rechtlichen Gehörs (nicht erst wenn es zu spät ist)
 - Sicherstellung des Einbezugs des betroffenen Anbieters in Präsentationsverfahren
 - Aufschiebende Wirkung unterbricht lediglich das laufende Submissionsverfahren
- Mit Zuschlagsverfügung
 - Aufschiebende Wirkung führt zum Stillstand der Vertragsphase
 - Kann zur Revision der schon erlassenen Zuschlagsverfügung führen
 - Der ausgeschlossene Anbieter muss nachträglich auch zur Präsentation zugelassen werden
 - Gutheissung einer Beschwerde führt zur nachträglichen Beurteilung des Ausgeschlossenen

Ausschluss wegen Nichterfüllung von Eignungskriterien

VGr. TI 3.3.2003

Erfüllt eine Offerte nicht alle der strengen Anforderungen, welche die Ausschreibung nannte, so ist sie auszuschliessen. Darin liegt zumindest solange kein überspitzter Formalismus (Anm. RA Fässler: der nicht zu schützen wäre), als die Anforderungen klar aus der Ausschreibung hervorgingen.

VGr. NE 28.11.2004

Insbesondere bei Wettbewerben sind Vorschläge, welche von den Vorgaben der Ausschreibung abweichen, recht häufig. Ein Ausschluss der entsprechenden Verfahrensteilnehmer ist indes nur dann gerechtfertigt, wenn gewichtige Formfehler vorliegen oder der Vorschlag in wesentlichen Punkten unvollständig ist.

Anm. RA Fässler: Varianten sind zulässig, wenn sie nicht ausdrücklich im PH ausgeschlossen wurden und nicht vom Leistungsgegenstand erheblich abweichen.

Ausschluss wegen Nichterfüllung des Ausschreibungsgegenstandes

AG reichte mit Offerte vom 24.5.2017 ihr Angebot auf diese Ausschreibung ein. In ihrem Antwortschreiben an das Projektteam vom 14.8.2017 wies die Offerentin an zahlreichen Stellen ihres Angebotes daraufhin, dass einzelne Anforderungen der Ausschreibung in den Modulen Einwohnerkontrolle, Finanzen Allgemein, Finanzbuchhaltung, Kreditorenbuchhaltung, Lohn und Steuern ohne die zusätzliche Applikation „GEVER“ nur teilweise erfüllt werden könnten. So wurden entsprechende Vorbehalte in folgenden funktionale Kriterien explizit angebracht:

- EWK 18, 21, 42 und 60
- FIN ALL 18, 19 und 23
- FIBU 18 und 33
- KREDI 15, 16, 17 und 25
- LOHN 16
- STEU 64

Ausschluss wegen fehlender Kostenangaben

2.4. Zudem fehlt in der Offerte der [REDACTED] AG für den Fall der Beschaffung des offenbar notwendigen Moduls „GEVER“ als Voraussetzung für die ausschreibungskonforme Erfüllung der Zuschlagskriterien auch jede Preisangabe.

Weder sind für das allenfalls zu beschaffende Module „GEVER“ die massgeblichen zusätzlichen Lizenzkosten offeriert worden, noch sind allfällige anderweitige Extrakosten, die im Rahmen der Installation, Implementierung, Parametrisierung oder auch der Schulung mit dem GEVER-System zusammenhängen, in der Offerte beziffert worden. Dadurch wird auch die Preisbewertung unter allen Anbietern in unzulässiger

Ausschluss wegen Nichterfüllung des Ausschreibungsgegenstandes

3.**Ausschlussverfügung**

- 1. Das Angebot der AG wird infolge wesentlicher Abweichungen vom Ausschreibungsgegenstand (Zusatzbeschaffung des nicht ausgeschriebenen Moduls „GEVER“) und wegen fehlender Kostenangaben (Ungleichbehandlung unter Anbietern) vom Verfahren ausgeschlossen.**
- 2. Gegen diese Ausschlussverfügung kann innert 10 Tagen seit Publikation beim Kantonsgericht Wallis, öffentlich-rechtliche Abteilung (Rue Mathieu-Schiner 1, Case postale 2203, 1950 Sion 2) schriftlich Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist im Doppel einzureichen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel sowie die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seiner Vertretung zu enthalten.**

1.5. Falsche Berechnung der Dauer einer Projektevaluation



1.6. WEKO mit Beschwerdelegitimation

WEKO mit gesetzlichem Klagerecht

Bundesgesetz über den Binnenmarkt

(Binnenmarktgesetz, BGBM)

vom 6. Oktober 1995 (Stand am 1. Januar 2007)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

gestützt auf die Artikel 94 und 95¹ der Bundesverfassung^{2, 3} nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994⁴,

Art. 9 Rechtsschutz

¹ Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen.

² Das kantonale Recht sieht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vor.¹

^{2bis} Die Wettbewerbskommission kann Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.²



BGBM – Aufgaben der WEKO

Erfahrungen mit dem Beschwerderecht im Bereich Beschaffung

- **Anfechtungsobjekt**
 - Jede Verfügung, die gegen Mindestanforderungen gem. Art. 5 BGBM oder gegen Art. 2 Abs. 7 BGBM verstösst
 - Ausschreibung, Ausschluss, Zuschlag usw.
 - Freihändige Vergabe ohne Verfügung - Anspruch auf Feststellungsverfügung (Art. 9 Abs. 1 BGBM)
- **Beschwerdefrist**
 - **20 Tage (IVöB 2019)**
 - **Ab Tag nach der Zustellung der Verfügung** (Nichtabholung der Posteinladung führt zu Zustellungsannahme) nach Ablauf der Abholungsfrist

BGBM – Bundesgesetz über den Binnenmarkt SR 943.02

WIL: Wegen illegaler Vergabe: Stadt Wil unterliegt vor Gericht

Das Verwaltungsgericht St.Gallen hat eine **Beschwerde der Wettbewerbskommission** gegen die Politische Gemeinde Wil gutgeheissen. Diese hätte den Auftrag "Nachhaltige Governance" öffentlich ausschreiben müssen und nicht freihändig vergeben dürfen.

Entscheid Verwaltungsgericht, 22.02.2018

Öffentliches Beschaffungswesen, Art. 9 BGBM, Art. 16 lit. b und d VöB.

Die WEKO ist befugt, gegen eine freihändige Vergabe Beschwerde zu erheben, um feststellen zu lassen, ob dadurch der Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt wurde. Dabei kann sie auch rügen, die Vergabebehörde habe sich zu Unrecht auf einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 16 VöB gestützt. Im konkreten Fall lag weder ein Ergänzungsauftrag vor, noch konnte sich die Vorinstanz mit Erfolg darauf berufen, es komme aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder wegen Schutzrechten des geistigen Eigentums nur der berücksichtigte Anbieter in Frage (Verwaltungsgericht, B 2016/146).

Entscheid vom 22. Februar 2018

WEKO mit Abklärungsrecht



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

CH-3003 Bern, WEKO

Einschreiben

Ihr Zeichen:
Unser Zeichen: 635-0034 / res
Direktwahl: 058 469 28 55
Bern, 3. Januar 2018

634-0011: Auskunftsbegehren betreffend die freihändige Beschaffung einer Informatiksoftware für

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat eine Anzeige betreffend die freihändige Beschaffung einer Informatiksoftware für erhalten. In der Anzeige wird unter anderem beanstandet, dass nach vorausgehenden Rechtsstreitigkeiten ein Vergabeverfahren abgebrochen worden sei und die einzukaufende Software trotz Überschreitens der Schwellenwerte nun freihändig beschafft werde.

WEKO mit Abklärungsrecht

Um die rechtliche Situation näher zu prüfen, insbesondere ob ein Verstoss gegen Artikel 5 BGBM vorliegt, sowie um über das weitere Vorgehen entscheiden zu können, ersuchen wir Sie, gestützt auf Art. 8a b BGBM bis

Mittwoch, 24. Januar 2018

die nachfolgenden Fragen zu beantworten und die gewünschten Dokumente einzureichen:

1.7. AGB SIK als Eignungskriterium

AGB SIK vom 1.1.2020 für IT-Beschaffungen



Allgemeine Geschäftsbedingungen für IKT-Leistungen

A Allgemeine Bestimmungen

1 Anwendungsbereich und Geltung

1.1 Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) regeln Abschluss, Inhalt und Abwicklung von Verträgen zwischen den Parteien „Leistungsbezügerin“ und „Leistungserbringerin“, im Folgenden als „Vertragspartner“ bezeichnet, für alle Arten von Leistungen im Bereich der Informationstechnologie und Telekommunikation (IKT). Diese AGB regeln werkvertragliche, auftragsrechtliche sowie kauf- und mietrechtliche Leistungen, einschliesslich aber nicht beschränkt auf Softwarelizenzierung, Erwerb, Wartung bzw. Pflege von Hardware und Software, Support, Dienstleistungen für Entwicklung, Anpassung, Einführung, Betrieb von Applikationen, Outsourcing, Online-Services und Kommunikationsdienste.

1.2 Die Leistungsbezügerin weist in der Offertanfrage bzw. in den Ausschreibungsunterlagen auf diese AGB hin. Mit der Einreichung eines schriftlichen Angebotes oder falls dies fehlt, spätestens bei Annahme einer Bestellung, anerkennt die Leistungserbringerin die Anwendbarkeit dieser AGB. Allgemeine Geschäfts- oder Lieferbedingungen der Leistungserbringerin finden keine Anwendung, auch wenn in deren Angebot oder dazugehörigen weiteren Unterlagen darauf verwiesen wird.

1.3 Abweichungen von diesen AGB sind in der Offertanfrage bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bzw. im Angebot ausdrücklich als solche zu bezeichnen. Sie bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Erwähnung in der Vertragsurkunde.

Eignungskriterium: „vorbehaltlose Annahme der AGB SIK“

- Kann das Recht des Anbieters auf Definition von Abweichungen verletzen
- Kann eine unzulässige Einschränkung der Vertragsfreiheit darstellen

Empfehlung zur Einbindung von AGB SIK

- AGB SIK 2020 als **Zuschlagskriterium** (nicht als Eignungskriterium) festlegen.
- Abweichungen in der Offerte begründen lassen.
- **Abweichungen** in der Evaluation **bewerten** (Bewertungsschema vorgeben und publizieren)
- **Einhaltung der AGB und Abweichungen gewichten**
„Softfaktor“ (Zuschlagskriterium) nicht
„Hardfaktor“ (Eignungskriterium) anwenden.

1.8. Mindestanforderungen an Zuschlagskriterium „Preis“

1.8. Mindestanforderungen an das Zuschlagskriterium „Preis“

Urteilskopf

130 | 241

21. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Cour de droit public dans la cause Consortium 2 contre Consortium 1 et Conseil d'Etat ainsi que Tribunal cantonal du canton du Valais (recours de droit public)
2P.121/2003 du 28 juin 2004

Grundsatz der Transparenz und Anspruch auf rechtliches Gehör; Wahl der Bewertungsmethode; Gewichtung und Bewertung des Preiskriteriums.

Tragweite des Grundsatzes der Transparenz (E. 5.1 und 5.3). Es widerspricht diesem Prinzip, mehrere Zuschlagskriterien mit einem Beurteilungselement zu evaluieren, dessen Massgeblichkeit lediglich im Zusammenhang mit einem einzigen Zuschlagskriterium angekündigt worden war (E. 5.2).

Eine Bewertungsmethode, die eine starke Abschwächung der Gewichtung des Preiskriteriums für den Zuschlag bewirkt, ist unzulässig, wenn diesem Kriterium bereits an sich ein geringer Ausgangswert beigemessen wird (E. 6). Ein Bewerber, der eine deutlich günstigere Offerte als seine Konkurrenten unterbreitet, muss die Gelegenheit erhalten, seinen günstigen Preis zu begründen, bevor er deswegen benachteiligt wird (E. 7.3). Wird eine Bewertungsmethode angewendet, die von vornherein die zu tiefen Angebote gegenüber den zu hohen benachteiligt, ist dies den Bewerbern vor dem Zuschlag mitzuteilen (E. 7.4).

1.8. Mindestanforderungen an das Zuschlagskriterium „Preis“

Mindestprozentsatz für Zuschlagskriterium „PREIS“

VGr. BL 4.7.2001, in: BLVGE 2001, S. 155 ff.

*Da der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu Marktpreisen erfolgen muss, ist eine **Gewichtung** des Kriteriums PREIS von **16.66% unzulässig**.*

Denn mit solch geringem Gewicht erlangt der Preis im Rahmen der Angebotsbewertung keine genügende Relevanz.

Bewertung des PREISES

*Bei der Bewertung der einzelnen Preise ist darauf zu achten, dass die verteilten Noten die **Preisunterschiede möglichst linear** abbilden und sie weder überhöhen noch glätten. Indem die Vergabestelle die einzelnen Preise ihrer Reihenfolge nach und ungeachtet der Höhe der Differenzen mit den Punkte 1-6 bewertet, missachtet sie das Wirtschaftlichkeitsgebot.*

1.9. Einladungsverfahren ohne Verfügung – Beurteilung Bewertungsraster

Betreff: AW: Absage Erneuerung Internetauftritt Gemeinde XY - Bitte um klare Bewertungsmatrix
Datum: Thu, 6 May 2021 11:12:31 +0000
Von: AAA.BBB <AAA.BBB@gemeinde.ch>
An: CCC <CCC.DDD@xxx.ch>
Kopie (CC): DDD <DDD.EEE@xxx.ch>

Sehr geehrter Herr CCC

Im Anschluss an unser Telefonat vom letzten Montag erhalten Sie anbei die gewünschte Bewertungsmatrix der Arbeitsgruppe.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Informationen zu dienen.

Freundliche Grüsse

AAA.BBB
Gemeindeschreiber-Substitut

Offertvergleich Relaunch Website

								Anbieter 2							Anbieter 3						
Eindruck Präsentation	5	3	5	3	5	5	3	3	5	5	3	3	3	5	1	1	5	3	5	1	1
Eindruck System	1	1	5	1	5	3	3	5	5	5	3	5	5	5	3	3	3	5	3	1	1
Eingehen auf den Kunden	3	3	5	3	5	5	3	5	5	5	3	5	3	5	1	1	3	1	5	1	1
Klarheit in der Bedienung	3	3	3	1	3-5	3	5	1	5	5	3	5	5	3	5	1	5	3	5	1	1
Flexibilität des Systems	1	1	3	3	3	3	1	5	5	3	3	5	5	5	3	3	5	3	1	1	3
Innovationspotential des Anbieters	5	3	-	3	3-5	5	3	1	5	-	1	5	3	5	3	1	-	5	1	1	1
Potential für Arbeitserleichterungen	1	1	5	3	5	3	3	5	5	3	3	5	5	5	3	3	5	3	3	1	1
Preis	3	3	3	3	5	3	1	1	1	1	1	1-3	1	3	5	5	1	5	5	5	5
Gesamteindruck	22	18	29	20	36	30	22	26	36	27	20	35	30	36	24	18	27	28	28	12	14
	177							210							151						
Lizenzkosten p./A.	CHF 8'866																				
Lizenzkosten heute p./A.	CHF 5'790							CHF 6'600							CHF 5'400						

Punkte 1, 3, 5

Punkte addiert zum Gesamtergebnis

Ein Zuschlag ist gemäss § 27 Abs. 1 öBG eine Verfügung im Sinne des Gesetzes, welcher gemäss § 27 Abs. 2 öBG summarisch zu begründen ist und den betroffenen Anbieterinnen zu eröffnen ist. Der Vertrag mit der siegreichen Anbieterin darf erst nach dem Zuschlag und nach Ablauf der Beschwerdefrist gemäss Rechtsmittelbelehrung abgeschlossen werden (Art. 14 Abs. 1 IVöB).

*Wir bitten Sie, gesetzeskonform innerhalb der nächsten 10 Tage nach Eingang unseres Schreibens die **Zuschlagsverfügung mit Rechtsmittelbelehrung** zu erlassen und zuzustellen.*

Zudem ersuchen wir Sie um schriftliche Auskunft darüber, ob Sie mit der angeblichen Siegerin des Ausschreibungsverfahrens bereits einen Vertrag abgeschlossen haben.

Aus dem zugestellten Bewertungsraster geht hervor, dass insgesamt 7 Hauptkriterien mit jeweils 7 Unterkriterien bewertet worden sind. Die Unterkriterien sind nicht ausgewiesen und daher nicht transparent. In 10 Positionen wird AG mit der Minimalpunktzahl (1) bewertet. Wir bitten Sie, diese 10 Kriterien detailliert zu begründen, damit Ihre Bewertung nachvollzogen werden kann.

Ebenfalls erwarten wir die Offenlegung der Unterkriterien sowie die schriftliche Begründung für alle von der Maximalpunktzahl 5 abweichenden Bewertungen.

2. Im Rechtsmittelverfahren

- 2.1. Aktivlegitimation zur Beschwerde
- 2.2. Passivlegitimation zur Beschwerde / Beiladung
- 2.3. Aufschiebende Wirkung – Kriterien – Entzug im Verfahren
- 2.4. Kostenrisiko einer Submissionsbeschwerde
- 2.5. Vertragsverhandlungen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist(en)
- 2.6. Abbruch des Verfahrens nach Rechtshängigkeit
- 2.7. Das Vertragsverfahren: Nichterfüllung von Eignungskriterien bei Leistungserbringung

2.1. Aktivlegitimation zur Beschwerde

**Interkantonale Vereinbarung
über das öffentliche Beschaffungswesen
(IVöB)**

vom 15. November 2019 (Stand 1. Januar 2023)

Art. 53 Beschwerdeobjekt

¹ Durch Beschwerde anfechtbar sind ausschliesslich die folgenden Verfügungen:

- a. die Ausschreibung des Auftrags;
- b. der Entscheid über die Auswahl der Anbieter im selektiven Verfahren;
- c. der Entscheid über die Aufnahme eines Anbieters in ein Verzeichnis oder über die Streichung eines Anbieters aus einem Verzeichnis;
- d. der Entscheid über Ausstandsbegehren;
- e. der Zuschlag;
- f. der Widerruf des Zuschlags;
- g. der Abbruch des Verfahrens;
- h. der Ausschluss aus dem Verfahren;
- i. die Verhängung einer Sanktion.

2.1. Aktivlegitimation zur Beschwerde

Wer kann Submissionsbeschwerde führen?

- Anbieter oder Anbietergemeinschaften (nach Zuschlagsverfügung)
- Potenzielle Anbieter oder Anbietergemeinschaften (vor Zuschlagsverfügung, z.B. gegen **Pflichtenheft innert 20 Tagen nach Publikation**)
- Dritte (WEKO)
- **Nichtberechtigt sind Dritte, die an Ausschreibung nicht mitgemacht haben**
- **Nichtberechtigt sind Beschwerdeführer, die selbst bei Gutheissung ihrer Beschwerde keine Chance auf einen Zuschlag haben.**

2.1. Aktivlegitimation zur Beschwerde (2)

Prüfung der Aktivlegitimation

- Gericht prüft Aktivlegitimation **von Amtes wegen**
- Die Legitimation oder Beschwerdeberechtigung beurteilt sich mangels Spezialbestimmungen auch im Submissionsrecht nach dem allgemeinen Verfahrensrecht.
- Zum Rechtsmittel berechtigt ist, wer durch einen Entscheid berührt ist und ein **schutzwürdiges Interesse** an dessen Aufhebung oder Änderung hat.

2.1. Aktivlegitimation zur Beschwerde (5)

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)

vom 15. November 2019 (Stand 1. Januar 2023)

Art. 56 *Beschwerdefrist, Beschwerdegründe und Legitimation*

¹ Beschwerden müssen schriftlich und begründet innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung eingereicht werden.

² Es gelten keine Gerichtsferien.

³ Mit der Beschwerde können gerügt werden:

- a. Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens; sowie
- b. die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts.

⁴ Die Angemessenheit einer Verfügung kann im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nicht überprüft werden.

⁵ Gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren kann nur Beschwerde führen, wer nachweist, dass er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und erbringen will. Es kann nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden.

2.1. Aktivlegitimation zur Beschwerde (6)

Schutzwürdiges Interesse

Hat der Beschwerdeführer keine Chancen, dass bei Gutheissung einer Submissionsbeschwerde in der Bewertung der Zuschlagskriterien eine Veränderung eintritt, die ihn als den Sieger der Ausschreibung festlegt, fehlt das schutzwürdige Interesse.

Beispiel:

Anbieter A (Sieger der Ausschreibung)	921.5 Punkte	
Anbieter B (Zweitrangierter der Ausschreibung)	874.8 Punkte	
Anbieter X (Beschwerdeführer)	621.5 Punkte	- 300 Punkte

Keine Aktivlegitimation, wenn die Anfechtung von Zuschlagsbewertungen zu einer Korrektur beim Anbieter X von maximal **260 Zusatzpunkten führen würde.**

2.1. Aktivlegitimation zur Beschwerde (7)

VGr. AG 20.8.1999

*Zur Beschwerdelegitimation eines Anbieters gegen den Zuschlag reicht nicht schon aus, dass gerügt wird, der berücksichtigte Anbieter habe mehrere gesetzliche Vorschriften missachtet. Die materielle Beschwer ist **nur da zu bejahen, wo der Beschwerdeführer im Falle einer Aufhebung des Zuschlags auch Chancen auf Erteilung des Zuschlags hätte.***

EGV-SZ 2000, S. 30 Nr. 11

Der Anbieter, der mit seiner Offerte preislich bloss den vierten Rang belegt, ist zur Beschwerdeführung nicht legitimiert.

(? Ob das in dieser Absolutheit gilt, ist fraglich. Die Legitimation hängt davon ab, ob auch der Vierrangierte noch Chancen auf einen Zuschlag hat)

2.2. Passivlegitimation zur Beschwerde

2.2. Passivlegitimation zur Beschwerde / Beiladung

Passivlegitimation = Beschwerdegegner

- Zuständige **Vergabebehörde**, welche die Zuschlagsverfügung erlassen hat:
 - Regierungsrat, Gemeinderat, Ausschreibungsträgerschaft (z.B. öffentlich-rechtliche Anstalt eines Kantons; ILZ OW/NW).
- **Beiladung Dritter**
 - Von Amtes wegen lädt die Beschwerdeinstanz (in der Regel) auch die von der Beschwerde **betroffenen Dritten** (soweit sie ein schutzwürdiges Interesse haben und betroffen sind = z.B. Siegerin der Ausschreibung) ins Verfahren ein

(Achtung: Parteistellung und Kostenfolge beachten).

2.3. Aufschiebende Wirkung – Kriterien – Entzug im Verfahren

**Interkantonale Vereinbarung
über das öffentliche Beschaffungswesen
(IVöB)**

vom 15. November 2019 (Stand 1. Januar 2023)

Art. 54 *Aufschiebende Wirkung*

¹ Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

² Das kantonale Verwaltungsgericht kann einer Beschwerde auf Gesuch hin aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Zur Frage der aufschiebenden Wirkung findet in der Regel nur ein Schriftenwechsel statt.

³ Ein rechtsmissbräuchliches oder treuwidriges Gesuch um aufschiebende Wirkung wird nicht geschützt. Schadenersatzansprüche des Auftraggebers und des berücksichtigten Anbieters sind von den Zivilgerichten zu beurteilen.

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



III 2023 76

Zwischenbescheid vom 25. Mai 2023

im Hauptverfahren III 2023 54

Schritt 1: Prima-facie-Würdigung

- Eintretensvoraussetzungen werden geprüft
- Materielle Rechtslage: Erste grobe Beurteilung der Beschwerdebegründung

5. Steht aufgrund einer prima-facie-Würdigung der Eintretensvoraussetzungen und der materiellen Rechtslage fest, dass weder die Beschwerdelegitimation klarerweise nicht gegeben ist, noch Erfolgchancen nicht ausgeschlossen werden können, bedarf es in einem nächsten Schritt einer Interessenabwägung aufgrund einer summarischen Beurteilung der im Zeitpunkt des prozessualen Entscheids überblickbaren Rechts- und Sachlage (vgl. oben Erw. 2.3.1 ff.; VGE III 2022 4 vom 19.1.2022).

5.3 Damit zeigt sich, dass sich die Beschwerdeführerin im Wesentlichen auf ihr wirtschaftliches Interesse beruft, welchem rechtsprechungsgemäss indes nicht überragende Bedeutung beizumessen ist, resp. das für sich allein für die Bestätigung der aufschiebenden Wirkung nicht auszureichen vermag. Die Beschwerde-

5.4 Die Gegenüberstellung der Interessen ergibt damit, dass das vorinstanzlich geltend gemachte, öffentliche Interesse an einer raschen, verzugslosen Umsetzung ausgewiesen und höher zu gewichten ist als das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung des Verfahrens, was einen zeitgerechten Vollzug der landwirtschaftlichen Gesetzgebung per 1. Januar 2026 in zwölf Kantonen gefährden würde.

2.4. Kostenrisiko einer Beschwerde

2.4. Kostenrisiko: Gerichts-, Experten- und Anwaltskosten

Gerichtskostenvorschuss

Beschwerdeführer muss mit (relativ) hohem Kostenvorschuss rechnen. Wird nicht innert Frist bezahlt, wird auf die Beschwerde **nicht eingetreten**.



**Appellationsgericht
Basel-Stadt**

Der Präsident

Bäumleingasse 1
4051 Basel

Zentrale 061 267 81 81
Direktwahl 061 267 63 12
Internet www.gerichte.bs.ch

Aktenzeichen:
VD.2015.198

In vorstehender Sache ist folgende Verfügung ergangen:

///: Der Rekurs vom 15. September 2015 geht zur Kenntnis an das Finanzdepartement und die Beigeladene.

Der Beigeladenen wird keine Einsicht in die Rekursbeilagen 2 und 4 gegeben.

Die Rekurrentin leistet dem Gericht innert Frist bis zum **5. Oktober 2015**, einmal kurz erstreckbar, einen Kostenvorschuss von CHF 10'000.00, widrigenfalls der Rekurs gemäss § 30 Abs. 2 VRPG dahinfallen würde. Eine Nachforderung für allenfalls weitergehende Verfahrenskosten bleibt vorbehalten.

Es ist vorgesehen, nach Eingang des Kostenvorschusses der Vergabestelle Gelegenheit zur Vernehmlassung innert einer vierwöchigen, nicht erstreckbaren Frist zu gewähren.

Der Vergabestelle wird vorsorglich untersagt, im Ausschreibungsverfahren 127402 „StorageNew - Ersatzbeschaffung ZID und JSD Storage“ mit der Zuschlagsempfängerin einen Liefervertrag abzuschliessen.

2.4. Kostenrisiko: Gerichts-, Experten- und Anwaltskosten

Gerichts-, Experten- und Anwaltskosten

- **Diese Kosten trägt die unterliegende Partei.**
 - Gerichtskosten: Das kann auch die Vergabebehörde (Kanton, Gemeinde) treffen.
 - Expertenkosten gemäss Festlegung durch das Gericht.
 - Klägerische Anwaltskosten.
 - Beklagtsche Anwaltskosten.
 - Anwaltskosten der Beigeladenen Partei(en).

Kosten für Schadenersatz

- Vergabebehörde für Rechtswidrigkeit
- Beschwerdeführer für vorsätzliche oder grobfahrlässige Verursachung von Schaden durch Antrag auf aufschiebende Wirkung (z.B. Basel-Stadt)

2.4. Kostenrisiko: Gerichts-, Experten- und Anwaltskosten

Gerichts- und Anwaltskostentragung durch „unterliegende Partei“

Wie ist zu entscheiden?

Vergabebehörde ist selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt und beschafft für einen Kanton resp. seine Dienststelle, nicht für sich selbst.

Beschaffung wird gestoppt, weil der Kanton ein neues Gesetz im Parlament verabschiedet, das den Beschaffungsgegenstand unnötig macht.

Vor Verwaltungsgericht ist bereits eine Submissionsbeschwerde hängig.

Vergabebehörde muss die Beschaffung abbrechen. VerwG muss Submissionsbeschwerde abschreiben. Kein Entscheid.

Entscheid nach Verursacherprinzip öffentlich-rechtliche Anstalt (nicht „unterliegende Partei“)

Nach Prozesschancen – Recht und Billigkeit – Richterliches Ermessen

2.5. Vertragsverhandlungen vor Ablauf der Rechtskraft des Entscheides

2.5. Vertragsverhandlungen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist(en)

**Interkantonale Vereinbarung
über das öffentliche Beschaffungswesen
(IVöB)**

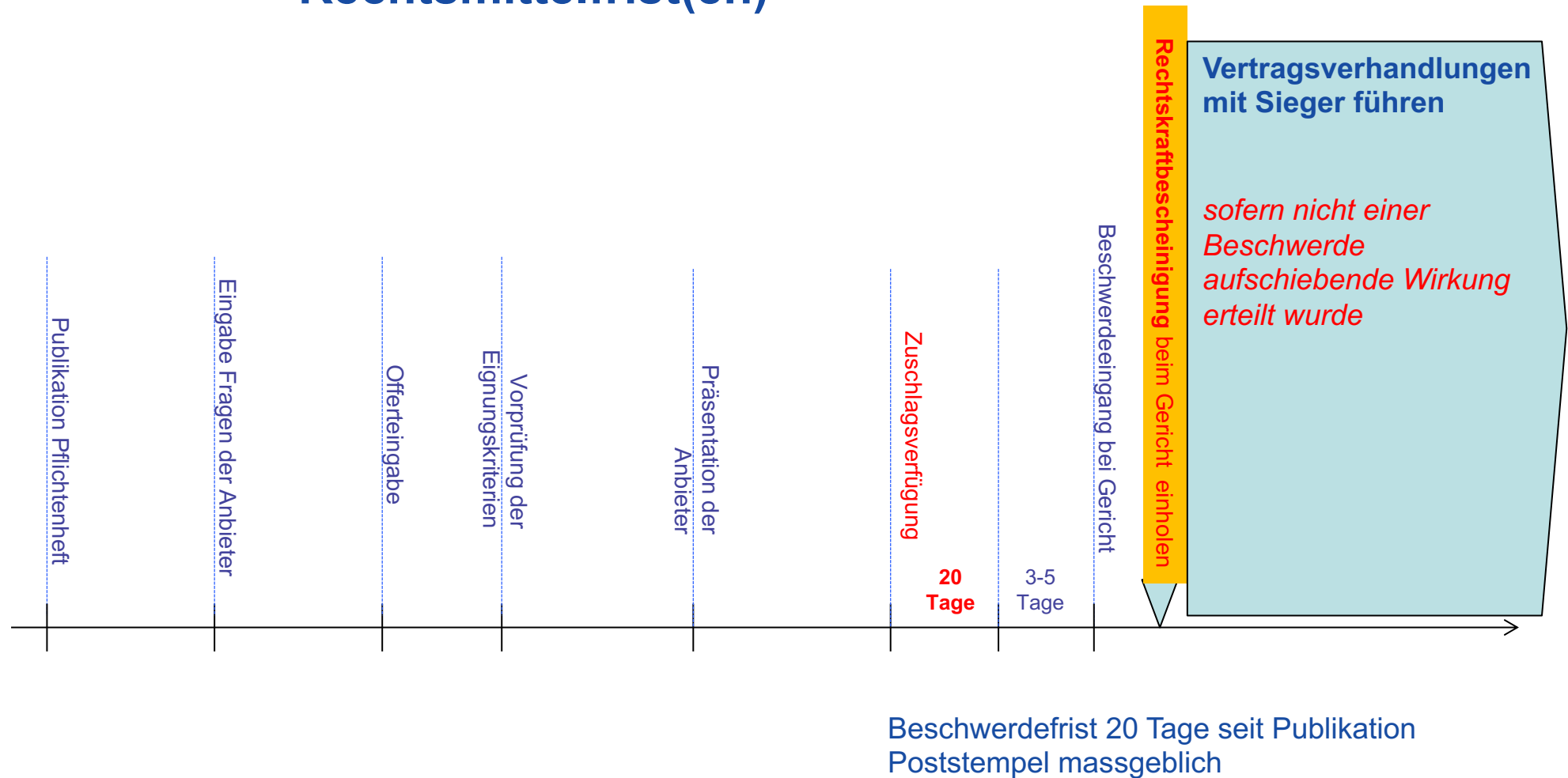
vom 15. November 2019 (Stand 1. Januar 2023)

Art. 42 *Vertragsabschluss*

¹ Der Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter darf nach Ablauf der Frist für die Beschwerde gegen den Zuschlag abgeschlossen werden, es sei denn, das kantonale Verwaltungsgericht habe einer Beschwerde gegen den Zuschlag aufschiebende Wirkung erteilt.

² Ist ein Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag hängig, ohne dass die aufschiebende Wirkung verlangt oder gewährt wurde, so teilt der Auftraggeber den Vertragsabschluss umgehend dem Gericht mit.

2.5. Vertragsverhandlungen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist(en)



**Interkantonale Vereinbarung
über das öffentliche Beschaffungswesen
(IVöB)**

vom 15. November 2019 (Stand 1. Januar 2023)

Art. 58 Beschwerdeentscheid

¹ Die Beschwerdeinstanz kann in der Sache selbst entscheiden oder diese an die Vorinstanz oder an den Auftraggeber zurückweisen. Im Fall einer Zurückweisung hat sie verbindliche Anweisungen zu erteilen.

² Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter bereits abgeschlossen, so stellt die Beschwerdeinstanz fest, inwiefern die angefochtene Verfügung das anwendbare Recht verletzt.

³ Gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung entscheidet die Beschwerdeinstanz über ein allfälliges Schadenersatzbegehren.

⁴ Der Schadenersatz ist beschränkt auf die erforderlichen Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung seines Angebots erwachsen sind.

2.6. Abbruch des Verfahrens nach Rechtshängigkeit

2.6. Abbruch des Verfahrens nach Rechtshängigkeit

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)

vom 15. November 2019 (Stand 1. Januar 2023)

Art. 43 *Abbruch*

¹ Der Auftraggeber kann das Vergabeverfahren abbrechen, insbesondere wenn:

- a. er von der Vergabe des öffentlichen Auftrags aus zureichenden Gründen absieht;
- b. kein Angebot die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen erfüllt;
- c. aufgrund veränderter Rahmenbedingungen vorteilhaftere Angebote zu erwarten sind;
- d. die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben oder den Kostenrahmen deutlich überschreiten;
- e. hinreichende Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede unter den Anbietern bestehen;
- f. eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistungen erforderlich wird.

² Im Fall eines gerechtfertigten Abbruchs haben die Anbieter keinen Anspruch auf eine Entschädigung.

Analog Folie 19 für Abbruch im Submissionsverfahren

2.6. Abbruch des Verfahrens nach Rechtshängigkeit



Gemeinderat

Adressat xy

Von Danièle Kornicker
Telefon 061 405 43 29
E-Mail daniela.kornicker@oberwil.bl.ch
Datum 23. September 2015

Ausschreibung der Gemeindesoftware im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft vom 3. September 2015; Abbruch des Verfahrens

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir möchten Sie darüber informieren, dass der Gemeinderat entschieden hat, das am 3. September 2105 im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft publizierte Ausschreibungsverfahren betreffend Gemeindesoftware abubrechen und diesen Abbruch am 1. Oktober 2015 im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft zu publizieren. Die Beschaffung der Gemeindesoftware soll sobald als möglich im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft neu ausgeschrieben werden.

Wir bitten Sie um Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse


Lotti Stokar
Gemeindepräsidentin


André Schmassmann
Gemeindevorwalter

2.6. Abbruch des Verfahrens nach Rechtshängigkeit

Aber Achtung

Abbruch gegen Treu und Glauben

Bei Verletzung der Grundsätze von Treu und Glauben (z.B. Vergabebehörde merkt nach Offerteingang, dass ein ihr unliebsamer Anbieter den Zuschlag bekommen würde) und daher nicht mehr sachlich begründetem Abbruch droht **Schadenersatz**.

Rechtsgrundlage: allgemeine Regeln des Haftpflichtrechtes – Zivilstreitigkeit.

2.6. Abbruch des Verfahrens nach Rechtshängigkeit

VGr. ZH 31.1.2002

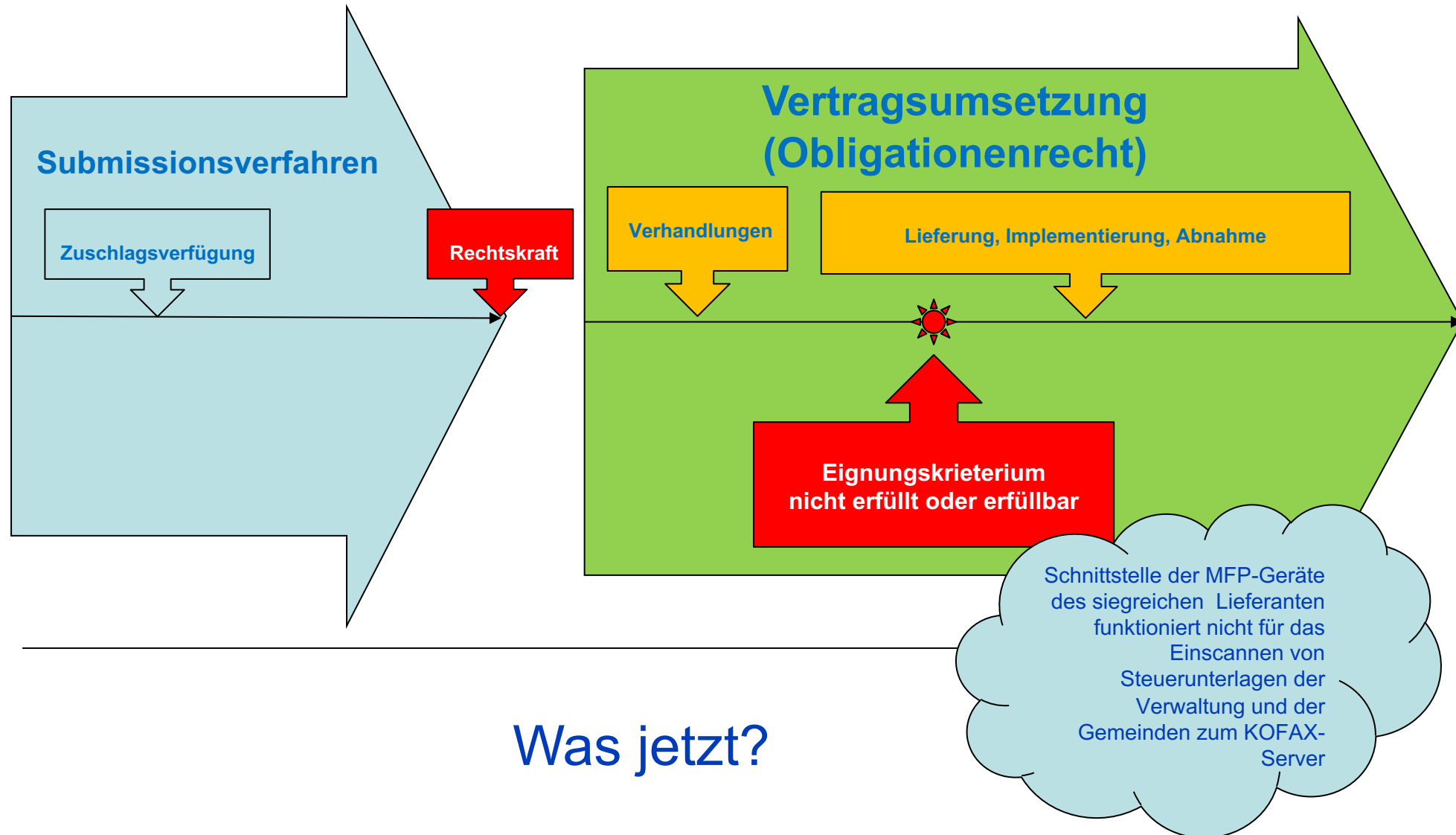
Ein wichtiger Grund für den Verfahrensabbruch kann darin liegen, dass sich nach der Evaluation der Angebote herausstellt, dass die Vergabe zu einem unerwartet hohen Preis erfolgen müsste. Dies gilt jedoch nur insofern, als die Abweichung von der Kostenschätzung erheblich ist und sie von der Vergabestelle bei realistischer Einschätzung (Anm. RA Fässler: und seriöser Vorabklärungen – z.B. vorausgehende Richtofferten) nicht hätte vorhergesehen werden können.

Mehrkosten von 25% im Vergleich zur Kostenschätzung stellen grundsätzlich einen wichtigen Grund für den Verfahrensabbruch dar. (??!!)

Achtung: Falsche Verfahrenswahl bei falschen vorgängigen Kostenschätzungen

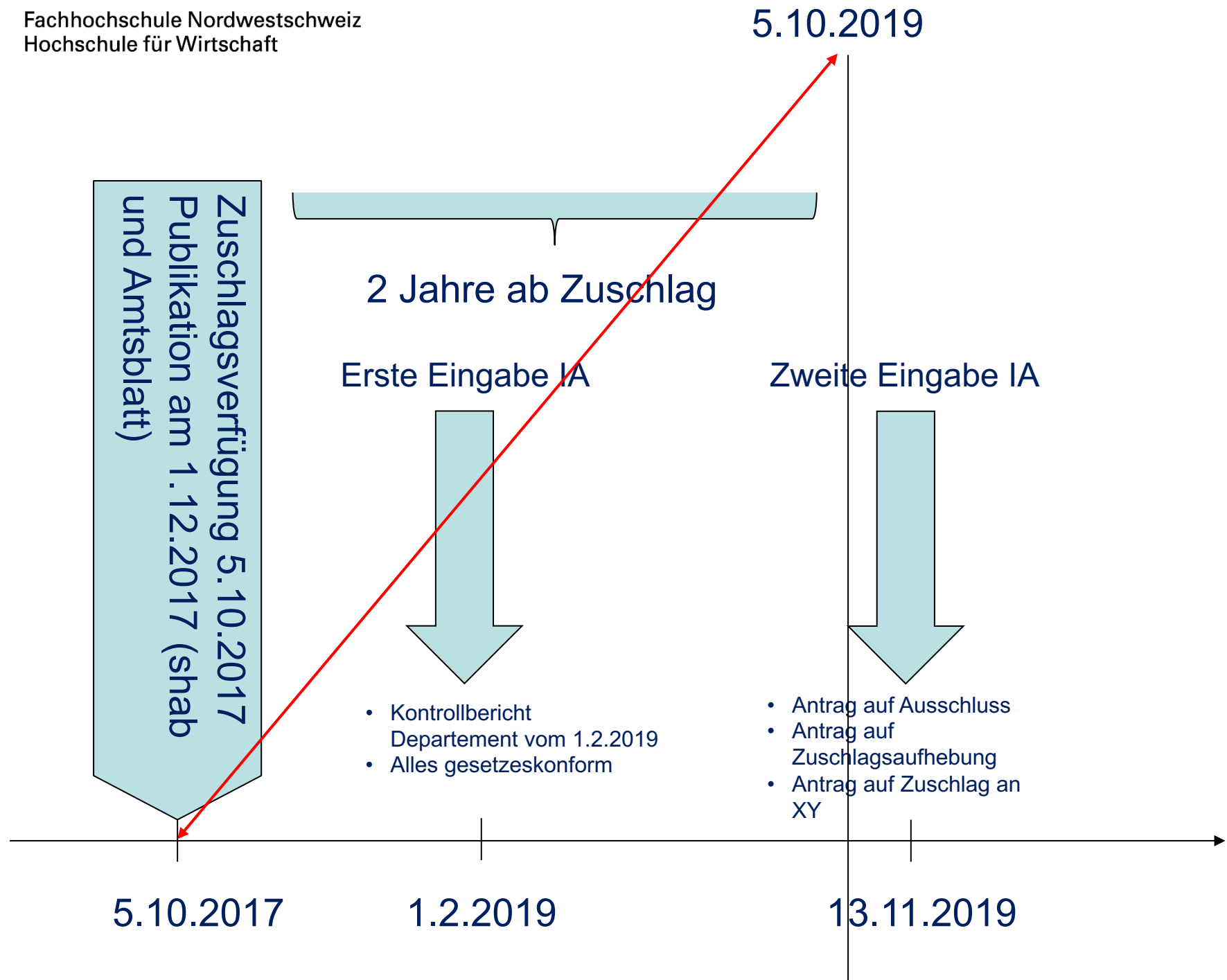
2.7. Das Vertragsverfahren

Nichterfüllung von Eignungskriterien bei
Leistungserbringung



3. Nach Abschluss - Kontrollverfahren

Nachträgliche Überwachung



Gesetzesgrundlagen

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)

vom 15. November 2019 (Stand 1. Januar 2023)

Art. 45 Sanktionen

⁴ Verstösst ein Auftraggeber gegen diese Vereinbarung, erlässt die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde die angemessenen Weisungen und sorgt für deren Einhaltung.

⁵ Werden für einen öffentlichen Auftrag finanzielle Beiträge gesprochen, so können diese Beiträge ganz oder teilweise entzogen oder zurückgefordert werden, wenn der Auftraggeber gegen beschaffungsrechtliche Vorgaben verstösst.

Gesetz betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen SR 726.1

Art. 2 Der Staatsrat erlässt in einer Verordnung alle im Hinblick auf die Ausführung der IVöB notwendigen Vorschriften, insbesondere in folgenden Bereichen:

- a)
- b)
- f) Überwachung

Verordnung des Kantons Wallis über das öffentliche Beschaffungswesen SR 726.100

Art. 39a Jedes Beschaffungsverfahren ist vom Auftraggeber entsprechend den Weisungen des für die Volkswirtschaft zuständigen Departements zu kontrollieren und zu dokumentieren.

Der Rechts- und Verwaltungsdienst des für die Volkswirtschaft zuständigen Departements **kann** die im Verlauf der letzten zwei Jahre durchgeführten Beschaffungsverfahren kontrollieren.

Weisung des Departements Zur Bestimmung der Überwachung der Vergabeverfahren vom 23.12.2011

Art. 10 Der Verwaltungs- und Rechtsdienst des Departements kann die laufenden Vergabeverfahren kontrollieren oder jene, in welchen der Zuschlagsentscheid im Verlauf der letzten zwei Jahre erfolgte.

Anträge

1. Auf die Eingabe von I.A. vom 13.11.2020 sei aus formellen Gründen nicht einzutreten.
2. Auf die Eingabe von I.A. vom 13.11.2020 sei aus materiellen Gründen nicht einzutreten.
3. Das Kontrollverfahren vom 30.7.2020 sei einzustellen, allenfalls unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Eingabestellers oder des Kantons Wallis.



Rechtsanwälte
ATTORNEYS @ LAW

FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG

Zugerstrasse 76b | 6340 Baar | Tel. +41 41 727 60 80 | Fax +41 41 727 60 85 | E-Mail sekretariat@fsdz.ch

Impressum Datenschutzbestimmungen

Profil Kompetenzen - Team Aktuell Publikationen Referenzen Kontakt

Publikationen

Filter einblenden

Jetzt anrufen 041 727 60 80
oder E-Mail schreiben

DAS Paralegal Fachhochschule Nordwestschweiz, FHNW, Olten

Im Rahmen des DAS Paralegal an der Fachhochschule Nordwestschweiz in Olten doziert Rechtsanwalt und Submissionsexperte Lukas Fässler von FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG, Baar zum Beschaffungsrecht.

Inhalt: Praxis Beschaffungsrecht

Stolpersteine und Fallstricke

Spezialitäten von IT-Beschaffungen

Unterlagen zur Vorlesung hier:

Autor: Lukas Fässler

002_das_paralegal_beschaffungswesen_-_praxis-stolpersteine-fallstricke-it-spezialitaeten.pdf

FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG

Zugerstrasse 76b
6340 Baar
Telefon +41 41 727 60 80
Fax +41 41 727 60 85
sekretariat@fsdz.ch
Karte Google Maps

Rechtsanwalt
lic. iur. Lukas Fässler
Telefon +41 41 727 60 80
Mobile +41 79 209 24 32
faessler@fsdz.ch

Rechtsanwältin und Notarin
lic. iur. Carmen de la Cruz Böhlinger
Telefon +41 41 727 60 80
sekretariat@fsdz.ch

Assoziierte selbständige Anwältin:

Eva Patroncini
Büro Uster
Imkerstrasse 7
Postfach 1280
CH-8610 Uster
Telefon +41 44 380 85 85
patroncini@fsdz.ch

Partnerkanzlei de la cruz beranek Rechtsanwälte AG, Zug

de la cruz beranek Rechtsanwälte AG
Industriestrasse 7
CH 6300 Zug
Telefon: +41 41 710 28 50
Fax: +41 41 710 90 76

Unterangebot / Dumping im öffentlichen Beschaffungswesen

Im Rahmen von öffentlichen Submissionsverfahren stellt sich des Öfteren die Frage, wie mit besonders tiefen, allenfalls sogar schwer nachvollziehbaren Angeboten umzugehen ist und ob die jeweiligen Anbieter vom Verfahren auszuschliessen sind. Es fragt sich mit anderen Worten, ob Unter- bzw. Dumpingangebote unzulässig sind. Generell werden solche Angebote nicht automatisch unzulässig sein. Sie können jedoch in vielen Fällen Anlass für die Beschaffungsstelle sein, weitere Erkundigungen zu solchen Angeboten einzuholen.

Rechtsanwalt Andreas Marti führt aus

Autor: Andreas Marti

unterangebot_dumping_im_oeffentlichen_beschaffungsrecht.pdf

Submission Spital Limmattal: Rechtslage Direktvergabe

Das Spital Limmattal hat den Bau eines neuen Pflegezentrums in freiem Verfahren vergeben.

Der 40 Millionen Frankenbau wurde nicht öffentlich ausgeschrieben.

Die Verantwortlichen des Spitals berufen sich bei der freihändigen Vergabe auf die Absätze c und f des Paragraphen 10 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003, (SRZH 720.11)

Rechtsanwalt Lukas Fässler, Experte in Submissionsfragen zur Rechtslage

Autor: Lukas Fässler

spital_limmattal.pdf



Rechtsanwälte
ATTORNEYS @ LAW

Besten Dank

Lukas Fässler
Rechtsanwalt & Informatikexperte
FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG
Zugerstrasse 76B
6340 Baar / Zug
+41 41 727 60 80
www.fsdz.ch
faessler@fsdz.ch



@LukasFaessler

LinkedIn

XING



Fragen