

schneider ● rechtsanwälte

Neues aus der Rechtsprechung im
öffentlichen Vergabewesen
31. August 2018

lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL.M.
Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

Schneider Rechtsanwälte AG
Seefeldstrasse 60
8034 Zürich



Übersicht

1. Geltungsbereich
2. Eignung / Eignungskriterien
3. Zuschlagskriterien
4. Staatliche Anbieter
5. Rechtsschutz
6. Revisionsvorlage
7. Fundstellen

Geltungsbereich: zwei Fragen

1. Wer ist unterstellt?



Subjektiver Geltungsbereich

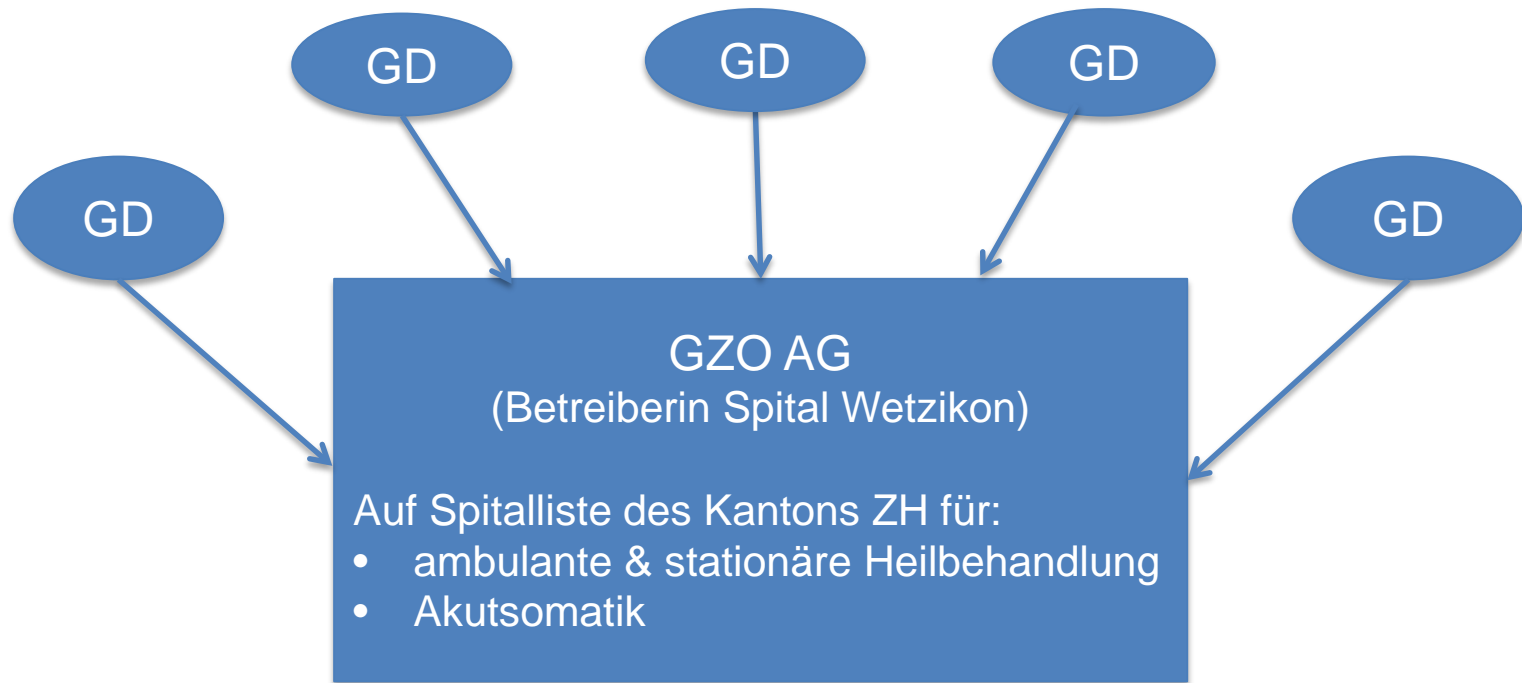
2. Was ist unterstellt?

Liegt überhaupt eine öffentliche Beschaffung vor?



Objektiver Geltungsbereich

Geltungsbereich (subjektiv) VGer ZH, VB.2015.00555



- Unterstellung Vergaberecht
- Einrichtung des öffentlichen Rechts i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB

Geltungsbereich (subjektiv)

Einrichtung des öffentlichen Rechts

Massgebende Kriterien nach GPA

- Juristische Person, zu besonderem Zweck gegründet
- Tätigkeit im Allgemeininteresse
- Nicht-gewerblicher Charakter (= nicht im Wettbewerb)
- Staatsgebundenheit, wenn alternativ:
 - Öffentliche Beeinflussung der Geschäftsleitung
 - Mehrheitlich öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans
 - Mehrheitlich öffentliche Finanzierung

Geltungsbereich (subjektiv) Gewerblicher Charakter

- ✓ Konkurrenzsituation zu Privaten
- ✓ Wettbewerbsdruck
- ≠ Finanzielle Unterstützung durch Staat über seine Rolle als Aktionär hinaus (z.B. Subventionen oder nicht den Marktkonditionen entsprechende Darlehen)
- ≠ Schutz vor Eintritt neuer Konkurrenz (Monopol, anderweitige Beschränkung der Anbieter)
- ≠ Regulierung der Angebote und Preise
- ≠ Leistungspflicht, keine freie Wahl der Vertragspartner

Geltungsbereich (subjektiv)

VGer ZH: Listenspitäler sind nicht gewerblich tätig

- Gewerblicher Charakter fehlt, sind nicht im Wettbewerb
- Kantone verfügen über gewichtige Planungs- und Regulierungsinstrumente:
 - Genehmigung bzw. Festsetzung Tarifvertrag
 - Bestimmung der Anbieterseite und Möglichkeit Höchstmengen vorzusehen
 - Kostenanteil: mind. 55 % der Fallpauschalen
 - Pflicht zur Behandlung „nicht rentabler“ Patienten

Geltungsbereich (subjektiv)

Staatsgebundenheit

Massgebende Alternativkriterien

- Öffentliche Beeinflussung der Geschäftsleitung
- Mehrheitlich öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans
- Mehrheitlich öffentliche Finanzierung:
 - Mehrheit der finanziellen Mittel stammen aus öffentlicher Quelle
 - ohne spezifische Gegenleistung

Geltungsbereich (subjektiv)

GZO AG: Staatsgebundenheit bejaht

- Öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans der GZO AG:
 - Aktien vollständig im Besitz der beteiligten Gemeinden
 - Öffentliche Hand ist zuständig für Wahl des Verwaltungsrats / Leitungsorgans
- Öffentliche Finanzierung? Keine abschliessende Beurteilung:
 - „aus öffentlicher Quelle stammend“ ist erfüllt: KVG mind. 55% Kostenbeteiligung Kanton.
 - „ohne Gegenleistung“? Die vom Kanton finanzierte Leistung wird für Patienten erbracht.

Geltungsbereich (subjektiv) Erkenntnisse

- Listenspitäler erbringen im Umfang des Leistungsauftrages im Allgemeininteresse liegende Aufgaben.
- Listenspitäler (öffentlich oder privat) sind im Bereich der obligatorischen Grundversicherung nicht in einem wettbewerblichen Umfeld tätig.
- Listenspitäler (öffentlich und privat) im Kanton ZH sind dem Vergaberecht unterstellt.
- Unterschied: Art. 8 Abs. 1 / 2 IVöB

Geltungsbereich (subjektiv)

BGE 142 II 369 (Aargauische Pensionskasse [APK])

- Unterstellung einer Einrichtung des öffentlichen Rechts [EöR] gemäss GPA:
 - Juristische Person, zu besonderem Zweck gegründet
 - EöR erfüllt einen im Allgemeininteresse liegenden Zweck
 - EöR nicht gewerblich tätig
 - EöR ist staatsgebunden (mehrheitlich öff. Finanzierung / öff. Einfluss auf Geschäftsführung / mehrheitlich öff. Bestimmung Leitungsorgan)

Geltungsbereich (subjektiv)

BGE 142 II 369 (Aargauische Pensionskasse [APK])

- BGer verneint Unterstellung APK unter subjektiven Geltungsbereich GPA
- Grund: keine Staatsgebundenheit - keines der drei Alternativkriterien erfüllt (weitere VSS wären erfüllt)
 - keine mehrheitliche öffentliche Finanzierung
 - kein öffentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung
 - keine mehrheitliche öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans
- Kantonale Regelung kann weiter gehen als Staatsvertrag
- Unterstellung bejaht aufgrund Submissionsdekret Kt. AG (unterstellt öff.-rechtl. Anstalten dem Vergaberecht ohne Ausnahme)



Geltungsbereich (objektiv)

2C_229/2017, 2C_459/2017 und 2C_994/2016
(Velo-Konzessionsfälle)

- Was ist eine öffentliche Beschaffung?
 - (noch) keine Begriffsdefinition in Gesetzen
 - Lehre / Rechtsprechung: Auftraggeber bestellt als Nachfrager gegen eine Gegenleistung eine Dienstleistung oder Ware, um eine öffentliche Aufgabe wahrzunehmen
 - weites Verständnis



Geltungsbereich (objektiv)

2C_229/2017, 2C_459/2017 und 2C_994/2016
(Velo-Konzessionsfälle)

- Konzessionsvergabe grundsätzlich keine öffentliche Beschaffung, ABER: wenn an Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gekoppelt?
→ Vergaberecht anwendbar
- Öffentliche Aufgabe bejaht (Langsamverkehr)
- Frage also: Verfolgt Konzession regulativen Zweck oder Übertragung eines (geldwerten) Rechtes zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe?

Geltungsbereich (objektiv)

BGE 143 II 120 (Plakataushang-Konzession)

- Abgrenzung öff. Beschaffungsrecht ↔ Binnenmarktgesetz
- Art. 2 Abs. 7 BGBM:
 - Gilt bei Übertragung rechtlicher Monopole und faktischer Monopole (Sondernutzungskonzession)
 - VSS: 1) Ausschreibung und 2) Verbot der Diskriminierung von Personen mit Sitz / Niederlassung in CH
 - Ist strikte Einhaltung beschaffungsrechtlicher Regeln gefordert?
 - Ausschreibungsregeln nach BGBM sind anwendbar für Plakataushang, jedoch nicht beschaffungsrechtliche Regeln
 - Behörde darf sich deshalb auf sozial- oder umweltbezogene Kriterien stützen

Eignungskriterien BGE 143 I 177 (KVA Thurgau)

- Eignungskriterien stellen sicher, dass Anbieter in der Lage sind, den Auftrag gehörig erbringen zu können
- Wird ein Eignungskriterium nicht erfüllt, hat der Ausschluss des Anbieters zu erfolgen (Ausnahme: geringfügiger Mangel)
- Eine fehlende Transportlizenz ist kein geringfügiger Mangel
- Sachverhalt / Beurteilung der Eignung im Zeitpunkt des Vergabeentscheids



Zuschlagskriterien

Preisbewertung – Fehlerquelle Nr. 1

BGE 143 II 553

Preislich tiefstes (gültiges) Angebot ist im Verhältnis zu den anderen Angeboten stets am besten zu bewerten.

Zwei Parameter sind entscheidend:

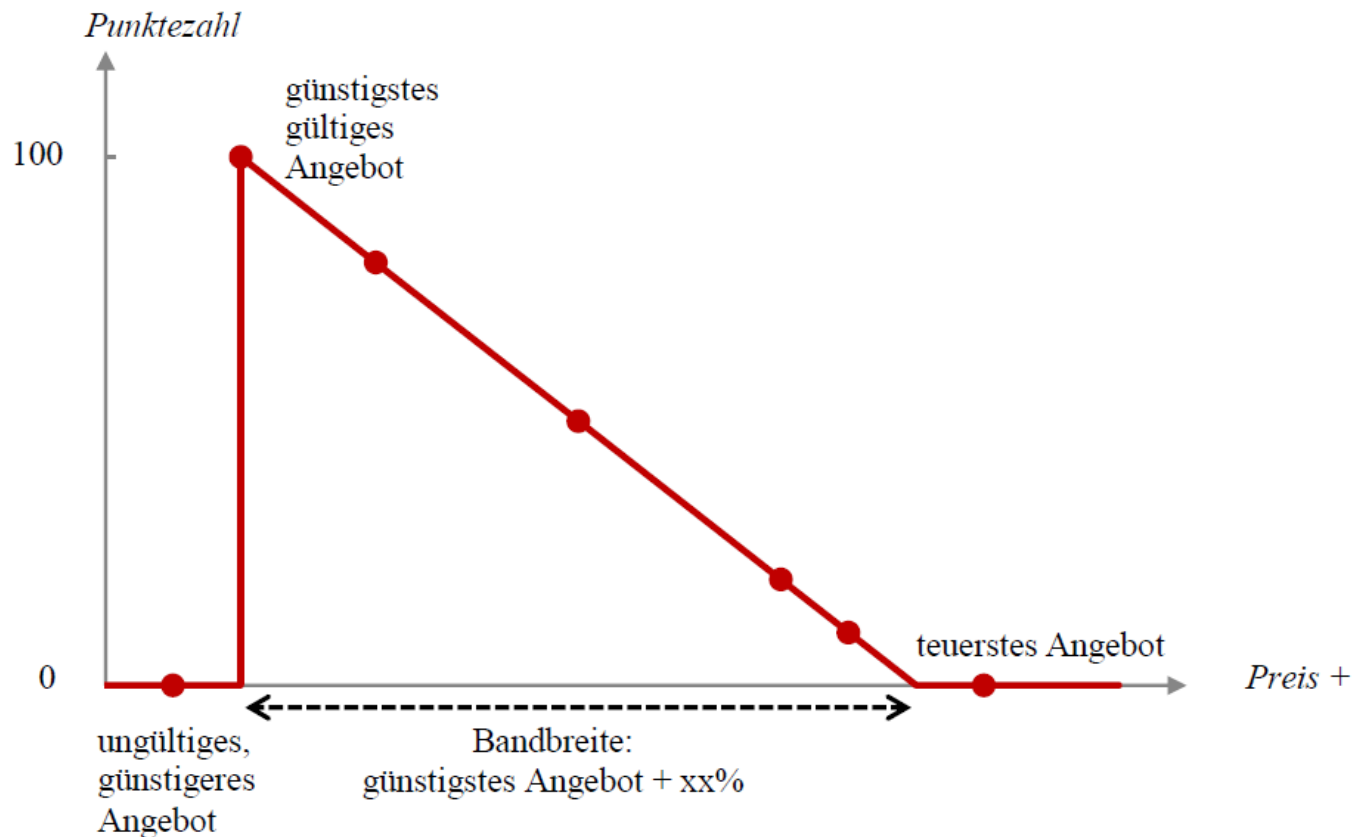
1. Preisgewichtung

- Wieviel Prozent der Gesamtpunktzahl aller Kriterien macht der Preis aus?
- 20 % als Untergrenze – nur bei komplexen Beschaffungen

2. Preisbewertungsmethode: linear, aber richtig

Zuschlagskriterien

Preis → Richtig: Lineare Preisbewertung



Zuschlagskriterien

Preisbewertung – Richtige Preisspanne!

- Die richtige Preisspanne ist entscheidend:
 - 30 - 50 % bei nicht komplexen Bauleistungen
 - 75 - 100 % bei komplexen Leistungen
 - Höhere Spannen im Einzelfall: 200 % nachvollziehbar, VGer ZH, VB.2014.00175
- Vorgängig bekannt gegeben – was wenn nicht?
 - Orientierung an konkreten Werten
 - Aber nicht nur: VGer ZH, VB.2016.00615
 - 2 Angebote, Preisunterschied 5 % ≠ Preisspanne

Zuschlagskriterien

Preis – Unzulässige Modelle

- Lineare Modelle mit falschen Preisspannen
- Asymptotische / degressive Modelle
- Kein Wegstreichen von Höchst- / Tiefstpreisen
sondern: Beurteilung hat aufgrund tatsächlicher Preise zu erfolgen
- Keine Vorgaben von Mindestpreisen für Höchstnote
- Keine preislichen Mittelwerte als Bestnote (Glockenkurve)
- Keine Plafonierungen der Punktezuteilung nach unten / oben

Zuschlagskriterien

Preisbewertung – Unzulässiges Vorgehen

BGE 143 II 425 / BGE 143 II 553

- Prüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes
= Thema der Gültigkeit eines Angebots
≠ Thema der Preisbewertung
- Preislich tiefstes (gültiges) Angebot ist im Verhältnis zu den anderen Angeboten stets am besten zu bewerten.
- Ein zu tiefer Preis allein: kein Ausschlussgrund
- Keine Bestrafung von tiefen Preisen bei der Bewertung des Preiskriteriums
- Bewertungsabzüge mit der Begründung, der Preis sei nicht plausibel, sind unzulässig



Wettbewerbsneutrales Verhalten staatlicher Anbieter

BGE 143 II 425 (Publicom)

3 Themen:

- Führt Verstoss gegen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität durch Anbieter mit staatlichem Hintergrund zum Ausschluss?
- Wann liegt ein Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität vor?
- Besteht eine Pflicht zum Ausschluss?



Wettbewerbsneutrales Verhalten staatlicher Anbieter

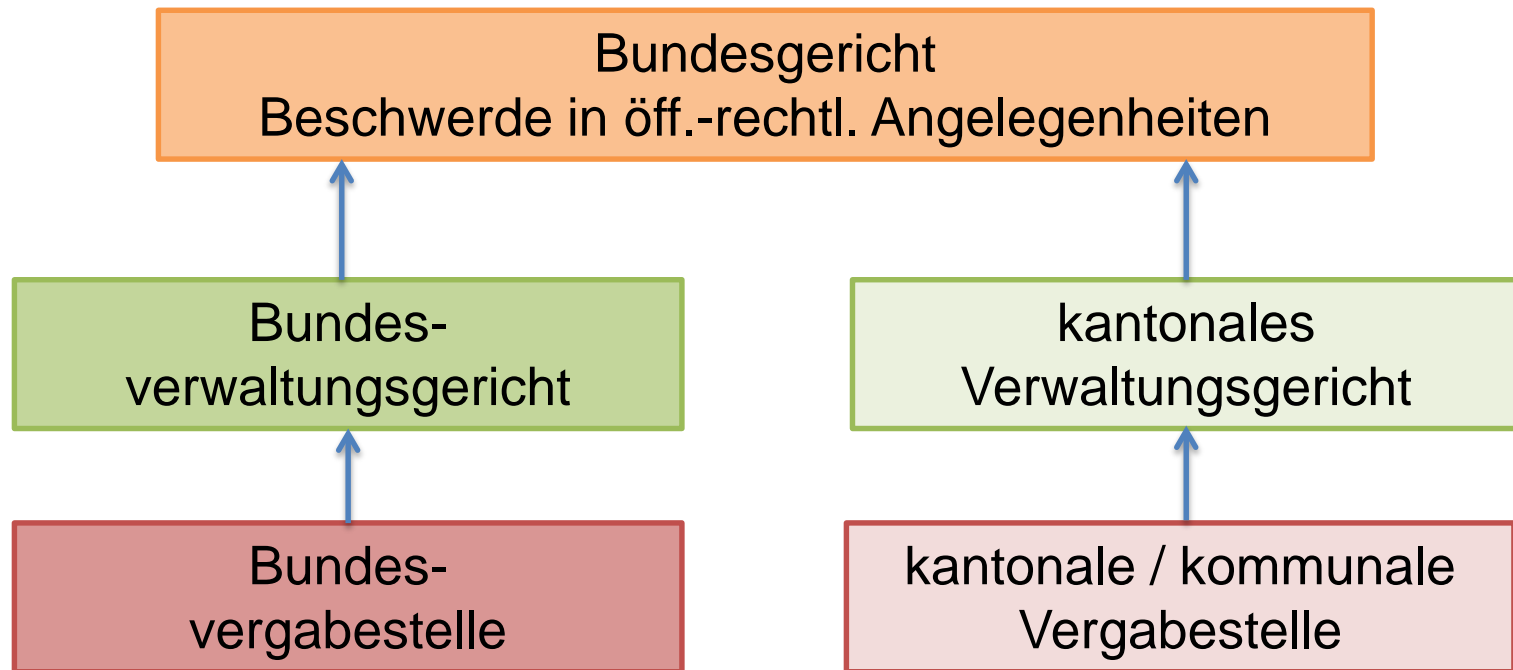
BGE 143 II 425 (Publicom)

3 Aussagen:

- Ein staatlicher Anbieter ist auszuschliessen (Art. 11 BöB), falls er gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verstösst.
- Nicht jede Quersubventionierung ist unzulässig, nur wenn Fehlbetrag aus Steuermitteln oder Erträgen aus dem Monopolbereich gedeckt.
- Art. 11 BöB ist Kann-Bestimmung, ABER: soweit Ausschlussgrund der Erreichung zentraler vergabe-rechtlicher Zielsetzungen dient, nur wenig Spielraum für Behörde.

Rechtsschutz

Vergabeverfahren vor Gericht – Die Instanzen



Rechtsschutz

BGE 141 II 14 (Ceneri): Beschwerdelegitimation u.a.

- Voraussetzungen für Beschwerdelegitimation:
 - Chance auf Zuschlag als Voraussetzung – ist darzulegen
 - Beschwerdeführerin muss geltend machen, dass sie selber die Eignungskriterien erfüllt
- Auslegung eines Eignungskriteriums:
 - so wie vom Anbieter in guten Treuen verstanden
 - Nicht massgebend ist Verständnis der Vergabestelle
 - (nur) wenn begründete Zweifel an Eignung bestehen, verlangt pflichtgemässes Ermessen ein Nachfragen

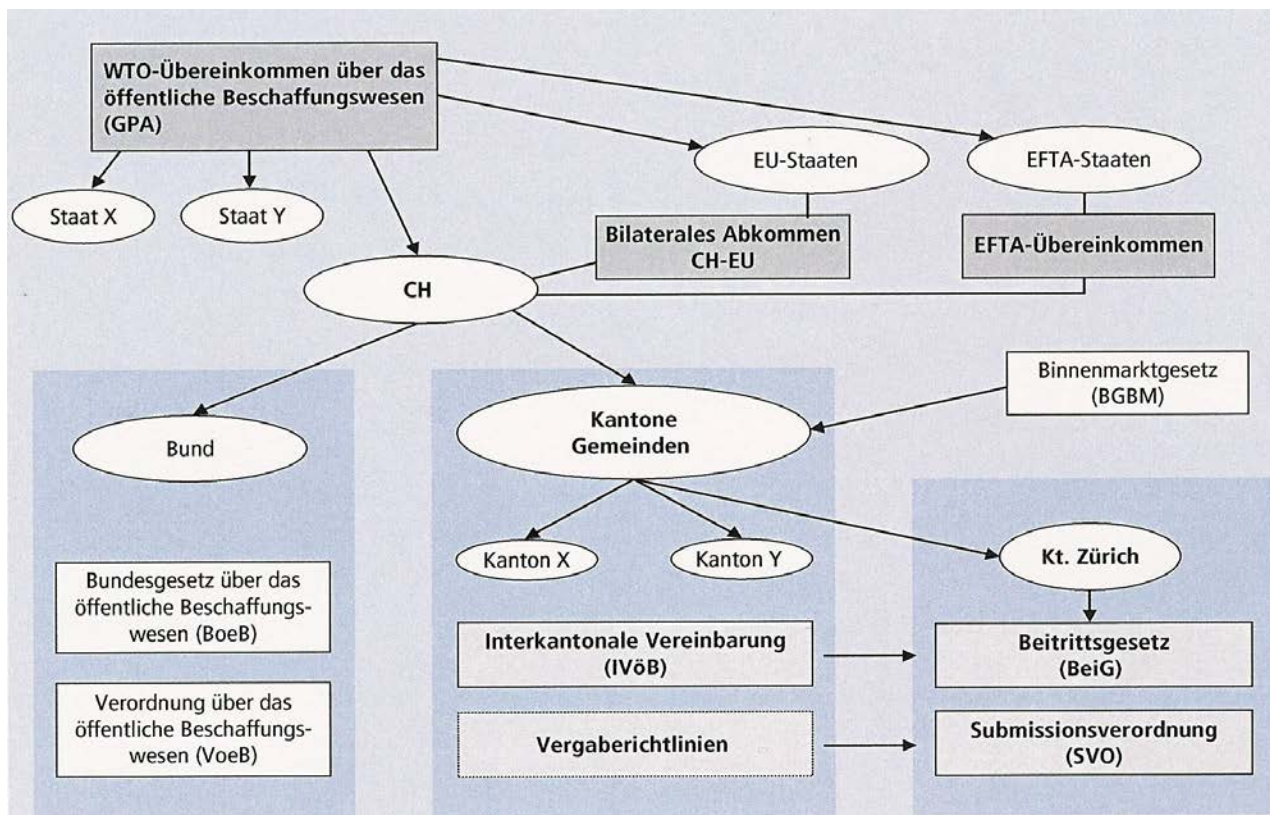
Rechtsschutz

2C_1080/2017: aufschiebende Wirkung einer Beschwerde ans Bundesgericht

- Ausgangslage: Beschwerdeführer reicht Gesuch um vorsorgliche Massnahme (aufschiebende Wirkung für Dauer der Rechtsmittelfrist / des Beschwerdeverfahrens) ein.
- Bundesgericht erwägt:
 - Gesuch muss im Rahmen eines rechtshängigen oder gleichzeitig rechtshängig werdenden Verfahrens gestellt werden
 - Vorsorgliche Massnahme ist Gestaltungsrecht in Form eines akzessorischen Nebenrechts
 - Parteieigenschaft notwendig
 - Vorsorgliche Massnahmen bis zum Eingang einer etwaigen Beschwerde nicht vorgesehen → NE auf Gesuch

Revisionsvorlage

Einbindung in Staatsverträge – die Rechtsgrundlagen



Revisionsvorlage

- Ziele:
 - GPA 2012 – Umsetzung in das Schweizer Recht
 - Harmonisierung Erlasse Bund – Kantone
- Aktueller Stand:
 - Vernehmlassungen sind erfolgt
 - E-BöB: Parlament – Inkraftsetzung Mitte 2019?
 - E-IVöB: Kantone im Anschluss?

Fundstellen im Internet

- www.bger.ch
- www.bvger.ch
- www.vgrzh.ch
- www.be.ch/beschaffungen
- www.beschaffungswesen.sg.ch
- www.beschaffungswesen.zh.ch (dort: Handbuch für Vergabestellen)
- www.simap.ch

schneider ● rechtsanwälte

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL.M.
Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht

Schneider Rechtsanwälte AG
Seefeldstrasse 60
8034 Zürich

Tel. +41 (0)43 499 16 30
ra@schneider-recht.ch
www.schneider-recht.ch