



KMU- UND
GEWERBEVERBAND
KANTON ZÜRICH

Wir sind die Wirtschaft

federas
für die öffentliche Hand

FACTSHEET

KMU- und Gewerbeverband Kanton Zürich Neues Vergaberecht

10. Mai 2024

INHALT

DAS REVIDIERTE SUBMISSIONSRECHT IM KANTON ZÜRICH **4**

A WICHTIGE FACTS ZUM VERGABERECHT **4**

1. Rechtsgrundlagen	4
2. Welche Auftraggeberinnen unterstehen dem Vergaberecht?	4
3. Was ist ein öffentlicher Auftrag?	4
4. Welche Aufträge unterstehen dem Vergaberecht nicht?	5
5. Was sind Schwellenwerte?	5
6. Welche Vergabeverfahren gibt es?	5
7. Wann dürfen Aufträge ausnahmsweise freihändig vergeben werden?	6
8. Was bedeutet die Unterscheidung zwischen Nicht-Staatsvertragsbereich und Staatsvertragsbereich?	7
9. Welche Schwellenwerte gelten im Nicht-Staatsvertragsbereich?	7
10. Welche Schwellenwerte gelten im Staatsvertragsbereich?	7
11. Wie wird der Auftragswert berechnet bzw. geschätzt?	8
12. Wo sind öffentliche Ausschreibungen zu finden?	8
13. Was muss veröffentlicht werden?	9
14. Was muss eine korrekte öffentliche Ausschreibung enthalten?	9
15. Welche Fristen dürfen für die Einreichung des Angebots angesetzt werden?	9
16. Wie wird über Aufträge im Einladungs- oder freihändigen Verfahren informiert?	9
17. Was sind die Anforderungen an ein Angebot?	10
18. Wie ist bei Unklarheiten der Submissionsunterlagen oder bei Verständnisproblemen vorzugehen?	10
19. Welche Nachfragen oder Verhandlungen sind zulässig?	10
20. Was gilt betreffend Ausstand auf Seiten Auftraggeberin oder Expertengremium?	10
21. Was gilt betreffend Vorbefassung von Anbietern?	11
22. Was sind Teilnahmebedingungen?	11
23. Was sind Eignungskriterien?	11
24. Was sind Zuschlagskriterien?	11
25. Wann kann ein Anbieter von einem Verfahren ausgeschlossen werden?	12
26. Wann darf ein Verfahren abgebrochen werden?	12

27. Was bedeutet der Zuschlag?	12
28. Was gilt betreffend Akteneinsicht?	12
29. Was passiert, wenn in schwerwiegender Weise gegen das Vergaberecht verstossen wurde?	13
B WICHTIGE FACTS ZUM RECHTSSCHUTZ	13
1. Welche Fristen gelten?	13
2. Wohin ist eine Beschwerde zu richten?	13
3. In welcher Form muss die Beschwerde eingereicht werden?	13
4. Was kann angefochten und gerügt werden?	13
5. Was muss bei der Beschwerde weiter unbedingt beachtet werden?	14
C MÖGLICHKEITEN ZUR BERÜCKSICHTIGUNG DES LOKALEN GEWERBES	14
1. Freihändiges Verfahren	14
2. Einladungsverfahren	14
3. Eignungskriterien	15
4. Zuschlagskriterien	15
D INFORMATIONEN ZUR REVISION 2019	15
1. Thema Verfahren	16
2. Thema Teilnahme und Eignung	16
3. Thema Zuschlagskriterien und Angebotsbewertung	16
4. Thema Rechtsschutz	17
E RECHTSGRUNDLAGEN	18
F INFORMATIONEN UND HILFSMITTEL	18

.....Katharina Seiler.Germanier.....

Federas Beratung AG.....

Mainaustrasse 30 Postfach
8034 Zürich
Telefon +41 44 388 74 53
www.federas.ch



DAS REVIDIERTE SUBMISSIONSRECHT IM KANTON ZÜRICH

A WICHTIGE FACTS ZUM VERGABERECHT

1. Rechtsgrundlagen

Das Vergaberecht beruht auf internationalen Verträgen, insbesondere dem GPA (General Procurement Agreement, ein Abkommen der Welthandelsorganisation, WTO), das die Schweiz unterzeichnet hat. Dieses Abkommen wurde in der Schweiz mit rechtlichen Grundlagen auf Bundesebene und auf kantonaler Ebene umgesetzt.

Für Vergaben auf Bundesebene ist vorab das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)ⁱ mit seinen Ausführungsbestimmungen massgeblich. Auf die Vergaben von Kantonen und Gemeinden und weiteren Auftraggeberinnen (vgl. A.2.) sind das Beitritts-gesetz zur Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (BeiG IVöB)ⁱⁱ und die kantonalen Ausführungsbestimmungen (im Kanton Zürich die Submissions-verordnungⁱⁱⁱ) anzuwenden. Eine Liste der Rechtsgrundlagen findet sich am Ende dieses Factsheets.

Nachfolgend werden die Begriffe Vergaberecht und Submissionsrecht synonym verwendet.

2. Welche Auftraggeberinnen unterstehen dem Vergaberecht?

Der Bund, die Kantone und die Gemeinden sowie Zweckverbände und Anstalten müssen bei ihren Beschaffungen das Submissionsrecht anwenden.

Ausserdem unterstehen privatrechtliche Unternehmungen unter gewissen Voraussetzungen dem Submissionsrecht. Dies ist u.a. dann der Fall, wenn sie als Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder als öffentliche Unternehmen gelten, z.B. weil sie mehrheitlich von öffentlichen Geldern finanziert werden oder weil staatliche Behörden auf sie einen beherrschenden Einfluss ausüben. Ausserdem sind gewisse Unternehmen, die mit besonderen und ausschliesslichen Rechten in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung ausgestattet sind, dem Vergaberecht unterstellt. Die Bestimmungen dazu sind komplex und es muss jeweils im Detail abgeklärt werden, ob eine solche Unternehmung dem Submissionsrecht untersteht oder nicht.

Alle diese Auftraggeberinnen unterstehen dem Vergaberecht nicht, wenn sie gewerblich tätig sind.

Führt eine Drittperson die Vergabe eines öffentlichen Auftrags für einen oder mehrere der genannten Auftraggeber durch, untersteht auch diese Drittperson dem Vergaberecht.

3. Was ist ein öffentlicher Auftrag?

Ein öffentlicher Auftrag ist ein Vertrag, der zwischen Auftraggeberin und Anbieter abgeschlossen wird und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Als öffentlicher Auftrag gilt auch die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder der Verleihung einer Konzession, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt.

Das Submissionsrecht unterscheidet zwischen Lieferungen (z.B. Waren wie Lebensmittel), Dienstleistungen (z.B. Architektur- oder Ingenieursleistungen) und Bauleistungen (nochmals unterschieden nach Bauhaupt- und Baunebengewerbe). Für verschiedene Leistungen gelten zum Teil verschiedene Schwellenwerte (vgl. A.5., A.9. und A.10.).

Das Bauhauptgewerbe umfasst Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks, wie Hoch- und Tiefbau, Strassenbau, Aushub-/Abbrucharbeiten, sowie Zimmerei- oder Metallbauarbeiten, die als Tragkonstruktion eines Gebäudes dienen. Als Baunebengewerbe gelten alle anderen Bauarbeiten, wie Maler-, Gipser-, Dachdecker-, Plattenleger-, Gärtner-, Schreiner-, Heizungs-, Klima-, Lüftungs-, Spenglerei-, Sanitär- oder Elektroinstallationsarbeiten.

4. Welche Aufträge unterstehen dem Vergaberecht nicht?

Die Liste der Ausnahmetatbestände ist lang und muss im Einzelfall konsultiert werden. Die wichtigsten Ausnahmen sind zusammengefasst:

- Erwerb, Miete oder Pacht von Grundstücken, Bauten und Anlagen
- Aufträge an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten
- Beschaffungen bei Anbietern, denen ein ausschliessliches Recht zur Erbringung der Leistung zusteht
- Ausrichtung von Finanzhilfen
- Beschaffungen bei rechtlich selbständigen Auftraggeberinnen, die ihrerseits dem Vergaberecht unterstellt sind (sogenannte In-State-Vergabe)
- Beschaffungen bei unselbständigen Organisationseinheiten der Auftraggeberin oder bei Anbietern, über die die Auftraggeberin eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt (sog. In-House-Vergabe)
- wenn dies zum Schutz der äusseren und inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung nötig ist
- wenn die Ausschreibung Rechte des geistigen Eigentums verletzen würde
- wenn dies zum Schutz der Gesundheit von Menschen oder der Tier- und Pflanzenwelt nötig ist.

5. Was sind Schwellenwerte?

Schwellenwerte geben an, ab welchen Auftragswerten welches Vergabeverfahren (vgl. A.9. und A.10.) angewendet werden muss. Ausserdem gibt es Schwellenwerte, ab welchen die Regeln des Staatsvertragsbereichs (vgl. A.8.) gelten. Die Schwellenwerte werden vom Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) regelmässig überprüft und wenn nötig angepasst. In den letzten 20 Jahren wurden nur sehr wenige Anpassungen vorgenommen.

6. Welche Vergabeverfahren gibt es?

Freihändiges Verfahren (für niedrige Auftragswerte und in gesetzlich definierten Ausnahmefällen, vgl. A.7.): Der Auftrag wird direkt und ohne Ausschreibung vergeben. Es dürfen Vergleichsofferten eingeholt und Verhandlungen durchgeführt werden. Das Verfahren kann formlos durchgeführt werden.

Einladungsverfahren (für mittlere Auftragswerte): Es werden (wenn möglich drei) Anbieter ohne öffentliche Ausschreibung zur Angebotsabgabe eingeladen. Dazu werden Ausschreibungsunterlagen erstellt.

Offenes oder selektives Verfahren (für hohe Auftragswerte):

Offenes Verfahren: Der Auftrag wird öffentlich ausgeschrieben und alle Anbieter können ein Angebot einreichen.

Selektives Verfahren: Der Auftrag wird ausgeschrieben und alle Anbieter erhalten die Möglichkeit, vorerst einen Antrag auf Teilnahme einzureichen. Die Auftraggeberin wählt die Anbieter, die ein Angebot einreichen dürfen, aufgrund ihrer Eignung aus. Sie gibt zum Voraus bekannt, wie viele Anbieter sie höchstens zur Angebotsabgabe einladen wird.

Wettbewerbe sowie Studienaufträge: Sie richten sich im Normalfall nach den Bestimmungen der Fachverbände. Im Übrigen können die Auftraggeberinnen das Verfahren im Einzelfall regeln. Bei Wettbewerben und Studienaufträgen werden Ideen und Projekte, nicht aber der Preis der Leistungen bewertet.

Elektronische Auktionen: Sie eignen sich für die Beschaffung von standardisierten Leistungen und werden oft in mehreren Runden durchgeführt. Die elektronische Auktion kann den niedrigsten Gesamtpreis oder das vorteilhafteste Angebot, bestehend aus dem Preis und Werten für quantifizierbare Komponenten wie Gewicht, Reinheit und Qualität, ermitteln.

Dialogverfahren: Diese Verfahren eignen sich nur für komplexe Aufträge, speziell für die Beschaffung von innovativen Leistungen. Es wird im offenen oder selektiven Verfahren ein Dialog durchgeführt mit dem Ziel, den Leistungsgegenstand zu konkretisieren sowie die Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln und festzulegen. Auf den Dialog ist in der Ausschreibung hinzuweisen. Der Dialog ist nachvollziehbar zu dokumentieren.

Rahmenverträge: Auftraggeberinnen können Vereinbarungen mit einem oder mehreren Anbietern ausschreiben, aufgrund derer über einen längeren Zeitraum Leistungen bezogen werden können. In der Ausschreibung werden u.a. die Bedingungen der Leistungserbringung festgelegt. Diese Leistungen können in der Folge direkt bezogen werden; sie müssen nicht mehr ausgeschrieben werden.

7. Wann dürfen Aufträge ausnahmsweise freihändig vergeben werden?

Die Liste der Ausnahmetatbestände, nach welchen Aufträge ausnahmsweise unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben werden dürfen, ist relativ lang. Die wichtigsten Fälle sind:

- Nach Durchführung von Vergabeverfahren:
 - Es gehen im offenen, selektiven oder im Einladungsverfahren keine Offerten oder Teilnahmeanträge ein
 - Kein Angebot entspricht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung
 - Es muss angenommen werden, dass unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen wurden
- Aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur ein Anbieter in Frage
- Aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse wird die Beschaffung sehr dringlich
- Wechsel des Anbieters ist aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich, würde erhebliche Schwierigkeiten bereiten oder substanzielle Mehrkosten mit sich bringen
- Beschaffung von Prototypen
- Beschaffung an Warenbörsen
- Beschaffung erheblich unter den üblichen Preisen im Rahmen einer günstigen, zeitlich befristeten Gelegenheit (z.B. bei Liquidationsverkäufen)

- Vergabe von Folgeaufträgen an Gewinner von Planungs- und Gesamleistungswettbewerb, wenn der Ursprungsauftrag nach den submissionsrechtlichen Regeln durchgeführt und auf die nachfolgende freihändige Vergabe hingewiesen wurde.

8. Was bedeutet die Unterscheidung zwischen Nicht-Staatsvertragsbereich und Staatsvertragsbereich?

Ab gewissen (hohen) Auftragswerten und ausgehend von bestimmten Auftraggeberinnen unterstehen Beschaffungen dem Staatsvertragsbereich (GPA/WTO Übereinkommen oder Abkommen CH-EU). Im Staatsvertragsbereich muss immer das offene oder selektive Verfahren angewendet werden, ausser es komme eine Ausnahmebestimmung zum Zug, wonach die Beschaffung doch freihändig (vgl. A.7.) oder ganz ohne Anwendung des Vergaberechts (vgl. A.4.) erfolgen kann.

9. Welche Schwellenwerte gelten im Nicht-Staatsvertragsbereich?

Anhang 2 zur IVÖB

Schwellenwerte und Verfahren im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich

Verfahrensarten	Lieferungen (Auftragswert CHF)	Dienstleistungen (Auftragswert CHF)	Bauleistungen (Auftragswert CHF)	
			Bauneben- gewerbe	Bauhaupt- gewerbe
Freihändiges Verfahren	unter 150 000	unter 150 000	unter 150 000	unter 300 000
Einladungs- verfahren	unter 250 000	unter 250 000	unter 250 000	unter 500 000
offenes/selektives Verfahren	ab 250 000	ab 250 000	ab 250 000	ab 500 000

10. Welche Schwellenwerte gelten im Staatsvertragsbereich?

Anhang 1 zur IVÖB

a. Government Procurement Agreement GPA (WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen)

Auftraggeber	Auftragswert CHF (Auftragswert SZR)		
	Bauleistungen (Gesamtwert)	Lieferungen	Dienst- leistungen
Kantone	8 700 000 CHF (5 000 000 SZR)	350 000 CHF (200 000 SZR)	350 000 CHF (200 000 SZR)
Behörden und öffentliche Unternehmen in den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation	8 700 000 CHF (5 000 000 SZR)	700 000 CHF (400 000 SZR)	700 000 CHF (400 000 SZR)

b. Gemäss Bilateralem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft sind auf folgende Auftraggeber dem Staatsvertragsbereich unterstellt:

Auftraggeber	Auftragswert CHF (Auftragswert EURO)		
	Bauleistungen (Gesamtwert)	Lieferungen	Dienstleistungen
Gemeinden/Bezirke	8 700 000 CHF (6 000 000 EURO)	350 000 CHF (240 000 EURO)	350 000 CHF (240 000 EURO)
Private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten in den Sektoren Wasser, Energie und Verkehr	8 700 000 CHF (6 000 000 EURO)	700 000 CHF (480 000 EURO)	700 000 CHF (480 000 EURO)
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich des Schienenverkehrs und der Gas- und Wärmeversorgung	8 000 000 CHF (5 000 000 EURO)	640 000 CHF (400 000 EURO)	640 000 CHF (400 000 EURO)
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich der Telekommunikation*	8 000 000 CHF (5 000 000 EURO)	960 000 CHF (600 000 EURO)	960 000 CHF (600 000 EURO)

11. Wie wird der Auftragswert berechnet bzw. geschätzt?

Grundsätzlich gilt: Es sind alle Entgelte, die für die Leistung bezahlt werden, soweit sie sachlich oder rechtlich eng zusammenhängen, zusammenzurechnen. Die Mehrwertsteuer wird dabei nicht eingerechnet. Ein Auftrag darf nicht aufgeteilt werden, um die Bestimmungen des Vergaberechts zu umgehen. Wird ein Auftrag in Lose aufgeteilt, ist der Gesamtwert (der Wert aller Lose zusammengerechnet) massgebend. Wird ein Rahmenvertrag ausgeschrieben, wird der Wert aller im Rahmenvertrag ausgeschriebenen Leistungen zusammengerechnet.

- Bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit: Alle Entgelte über die bestimmte Laufzeit inkl. allfälliger Verlängerungsoptionen (Laufzeit darf in der Regel 5 Jahre nicht übersteigen).
- Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit: Monatliches Entgelt multipliziert mit 48.
- Bei Verträgen über wiederkehrend benötigte Leistungen (immer wieder einmal): Geleistetes oder geschätztes Entgelt für 12 Monate.

Die Auftraggeberin schätzt den voraussichtlichen Auftragswert unter Berücksichtigung dieser Vorgaben. Sie kann dazu auch Marktabklärungen treffen.

12. Wo sind öffentliche Ausschreibungen zu finden?

Ausschreibungen finden sich auf der vom Bund und den Kantonen gemeinsam betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen [simap](#). Die Website bietet u.a. eine Recherche-Funktion, Erklärvideos, Antworten auf häufig gestellte Fragen, und Kontaktangaben sowie Formulare für Supportanfragen.

13. Was muss veröffentlicht werden?

- Alle Vorankündigungen, Ausschreibungen, Abbrüche und Zuschläge im offenen und selektiven Verfahren (gilt für den Staatsvertragsbereich und den Nicht-Staatsvertragsbereich)
- Freihändige Zuschläge im Staatsvertragsbereich (vgl. A.7.)

14. Was muss eine korrekte öffentliche Ausschreibung enthalten?

Zum Mindestinhalt der Ausschreibung gehören Name und Adresse der Vergabestelle, Auftrags- und Verfahrensart (inkl. Hinweis, ob die Beschaffung in den Staatsvertragsbereich fällt), Gegenstand, Umfang und Dauer des Auftrags (einschliesslich Optionen) bzw. Beschreibung der Leistungen, Ausführungs- bzw. Liefertermine sowie Orte, Sprache des Vergabeverfahrens, Eignungskriterien (vgl. A.23) und geforderte Nachweise, Zuschlagskriterien und deren Gewichtung (wenn nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthalten, vgl. A.24), Bezugsstelle, Hinweis, ob die Beschaffung in den Staatsvertragsbereich fällt, eine Rechtsmittelbelehrung.

Grundsätzlich erfolgt die Ausschreibung in deutscher Sprache; sie kann zusätzlich in weiteren Sprachen erfolgen. Im Staatsvertragsbereich muss die Ausschreibung entweder zusätzlich in einer Amtssprache der Welthandelsorganisation (WTO, Französisch, Englisch, Spanisch) vorgenommen werden, oder es muss zumindest eine Zusammenfassung in einer solchen Sprache beigefügt werden.

15. Welche Fristen dürfen für die Einreichung des Angebots angesetzt werden?

Die Auftraggeberin muss bei der Fristansetzung zum Einreichen der Angebote der Komplexität des Angebots Rechnung tragen. Ausserdem gelten folgende Minimalfristen

- Im Staatsvertragsbereich
 - Im offenen Verfahren: 40 Tage ab Veröffentlichung der Ausschreibung für die Einreichung der Angebote.
 - Im selektiven Verfahren:
 - 25 Tage ab Veröffentlichung der Ausschreibung für die Einreichung der Teilnahmeanträge
 - 40 Tage ab Einladung zur Angebotserstellung für die Einreichung der Angebote.
- Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs:
 - In der Regel 20 Tage
 - Bei weitgehend standardisierten Leistungen ist eine Verkürzung auf mindestens 5 Tage möglich.

16. Wie wird über Aufträge im Einladungs- oder freihändigen Verfahren informiert?

Die Einladung zum Einreichen eines Angebots erfolgt im Einladungsverfahren durch direkte (schriftliche) Mitteilung unter Beilage der Submissionsunterlagen. Im freihändigen Verfahren kann dies formlos geschehen.

17. Was sind die Anforderungen an ein Angebot?

Angebote und Anträge auf Teilnahme müssen schriftlich, vollständig und fristgerecht gemäss den Angaben in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen eingereicht werden.

Dazu gehören die rechtsgültige Unterschrift oder die rechtsgültigen Unterschriften. Die Angebote müssen bei der Vergabestelle zum angegebenen Zeitpunkt eintreffen, je nachdem, was die Unterlagen vorsehen, genügt die Aufgabe bei der Poststelle nicht. Angebote können elektronisch eingereicht werden, wenn dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist und die seitens der Auftraggeberin definierten Anforderungen eingehalten werden.

18. Wie ist bei Unklarheiten der Submissionsunterlagen oder bei Verständnisproblemen vorzugehen?

Innert kurzer Frist kann bei der Vergabestelle nachgefragt werden. Diese beantwortet allen Anbietern die Fragen möglichst zeitgleich. Dies bedeutet, dass die Vergabestelle die Fragen u.U. zuerst sammelt und diese dann mit einem Schreiben an alle beantwortet.

Wenn die Vergabestelle auf simap ein Frageforum eingerichtet hat, müssen die Fragen in diesem Forum gestellt und beantwortet werden. Die Fragen und Antworten sind dann für alle Anbieter gleichzeitig einsehbar.

19. Welche Nachfragen oder Verhandlungen sind zulässig?

- Im freihändigen Verfahren dürfen unbeschränkt Nachfragen und Verhandlungen durchgeführt werden.
- In den übrigen Verfahren nur Nachfragen und Bereinigungen:
 - Bei ungewöhnlich niedrigem Angebotspreis muss die Auftraggeberin prüfen, ob die Teilnahmebedingungen einhalten sind und die weiteren Anforderungen des Auftrags verstanden wurden.
 - Angebote können mit den Anbietern, auch bezüglich Preis, bereinigt werden, wenn:
 - Erst dadurch die Angebote geklärt bzw. objektiv vergleichbar gemacht werden können
 - Leistungsänderungen objektiv und sachlich geboten sind, ohne dass sich die charakteristischen Leistungen oder potentiellen Anbieterkreise verändern

Die Resultate der Bereinigungen müssen in einem Protokoll festgehalten werden.

20. Was gilt betreffend Ausstand auf Seiten Auftraggeberin oder Expertengremium?

Es dürfen keine Personen mitwirken, die an einem Auftrag ein persönliches Interesse haben, mit einem Anbieter oder einem Mitglied seiner Organe verheiratet sind, zusammenleben, in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind, Vertreter eines Anbieters sind oder aus anderen Gründen nicht unabhängig sind.

Ein solcher Vorbehalt muss sofort nach Kenntnis bei der Vergabebehörde selbst vorgebracht werden. Diese entscheidet unter Ausschluss des betreffenden Mitgliedes. Ein Untätigblei-

ben oder ein Einlassen in ein Verfahren mit dem Wissen um das Vorliegen von Ausstandsgründen gilt als Verzicht auf die Einrede und führt dazu, dass diese nicht mehr vorgebracht werden kann.

21. Was gilt betreffend Vorbefassung von Anbietern?

Anbieter, die an der Vorbereitung eines Verfahrens beteiligt waren, gelten als vorbefasst. Sie dürfen nur dann ein Angebot einreichen, wenn sichergestellt ist, dass sie daraus keinen Wettbewerbsvorteil haben. Dazu werden alle wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten an alle Anbieter weitergegeben, es wird bekannt gegeben, wer an den Vorarbeiten beteiligt war und die Mindestfristen werden verlängert.

Marktabklärungen durch die Auftraggeberin führen nicht zur Vorbefassung der Anbieter, welche dazu angefragt wurden. Anbieter, die den Auftrag vorher ausgeführt haben, gelten ebenfalls nicht als vorbefasst, wenn sie an der Vorbereitung der Ausschreibung nicht mitgewirkt haben. Ausserdem müssen die Spezifikationen des Auftrags in der Ausschreibung für alle Anbieter genügend klar umschrieben werden, sodass der bisherige Auftragnehmer keinen Wettbewerbsvorteil hat.

22. Was sind Teilnahmebedingungen?

Die Teilnahmebedingungen werden in den Submissionsunterlagen formuliert und beinhalten vor allem:

- die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen
- die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz über Schwarzarbeit
- Lohngleichheit für Frau und Mann
- die Einhaltung des Umweltrechts
- für im Ausland zu erbringende Leistungen müssen die Standards der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) eingehalten werden, ausserdem die am Ort der Leistung geltenden umweltrechtlichen Bestimmungen
- Bezahlung der Steuern und Sozialabgaben.

Der Nachweis kann in Form von Selbstdeklarationen oder durch Aufnahme in ein Verzeichnis verlangt werden.

23. Was sind Eignungskriterien?

Sie werden von der Auftraggeberin in den Submissionsunterlagen so festgelegt, dass damit die Eignung der Anbieter im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv überprüft werden kann. Sie sollen die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieter belegen.

Neu darf nicht mehr verlangt werden, dass die Anbieter schon einen oder mehrere Aufträge einer dem Submissionsrecht unterstellten Auftraggeberin erfüllt (hat).

24. Was sind Zuschlagskriterien?

Anhand der ebenfalls von der Auftraggeberin festgelegten Zuschlagskriterien wird entschieden, welches Angebot das vorteilhafteste ist. Neben dem Preis und der Qualität einer Leistung können Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik berücksichtigt werden.

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs können auch die Zuschlagskriterien Ausbildung Lernender, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder für die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen vorgesehen werden.

Die Auftraggeberin gibt die Gewichtung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung oder in den Submissionsunterlagen bekannt (z.B. 40% Preis, 20% Innovationsgehalt, 20% Funktionalität, 10% Lieferbedingungen und 10% Ausbildungsplätze Lernende).

25. Wann kann ein Anbieter von einem Verfahren ausgeschlossen werden?

Ein Anbieter kann ausgeschlossen werden, wenn u.a. folgendes zutrifft:

- Teilnahmevoraussetzungen werden nicht erfüllt
- Angebote oder Anträge auf Teilnahme weisen wesentliche Formfehler auf
- es liegt eine rechtskräftige Verurteilung vor
- der Anbieter befindet sich in einem Pfändungs- oder Konkursverfahren
- der Anbieter hat Bestimmungen über die Bekämpfung von Korruption verletzt
- der Anbieter widersetzt sich angeordneten Kontrollen
- der Anbieter bezahlt fällige Steuern oder Sozialabgaben nicht
- der Anbieter hat früher öffentliche Aufträge nicht erfüllt
- der Anbieter ist vorbefasst
- der Anbieter ist von Vergabeverfahren generell rechtskräftig ausgeschlossen worden.

26. Wann darf ein Verfahren abgebrochen werden?

Das Verfahren darf unter anderem abgebrochen werden, wenn die Auftraggeberin

- von der Vergabe des öffentlichen Auftrags ganz absieht
- kein Angebot die Anforderungen gemäss Ausschreibung erfüllt
- sich die Rahmenbedingungen wesentlich verändert haben.

Wird das Verfahren rechtmässig abgebrochen, haben die Anbieter keinen Anspruch auf Entschädigung.

27. Was bedeutet der Zuschlag?

Der Zuschlag ist der Entscheid darüber, wer den Auftrag erhält. Er ist in Verfügungsform zu verfassen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Die summarische Begründung des Zuschlags umfasst:

- die Art des Verfahrens und den Namen des berücksichtigten Anbieters
- den Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots
- die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots
- gegebenenfalls eine Darlegung der Gründe für eine freihändige Vergabe.

Der Zuschlag wird alldenjenigen, die ein Angebot eingereicht haben und bewertet wurden (die also nicht aus dem Verfahren ausgeschlossen wurden), mitgeteilt.

Auf Verlangen gewährt die Auftraggeberin den Anbietern nach dem Zuschlag Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll.

28. Was gilt betreffend Akteneinsicht?

Im Verfügungsverfahren, d.h. bei der Vergabestelle haben die Anbieter kein Akteneinsichtsrecht. Im Beschwerdeverfahren (vgl. B.) wird ihm Einsicht in die Bewertung seines Angebots und allenfalls weitere entscheidrelevante Akten gewährt werden.

29. Was passiert, wenn in schwerwiegender Weise gegen das Vergaberecht verstossen wurde?

Der Anbieter kann bis zu fünf Jahre von künftigen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, oder er muss eine Busse in der Höhe von bis zu 10% der bereinigten Angebotssumme bezahlen. In leichten Fällen kann eine Verwarnung erfolgen. Ausserdem meldet die Auftraggeberin den Verdacht auf unzulässige Wettbewerbsabreden der Wettbewerbskommission den rechtskräftige Ausschluss wegen schwerwiegender Verstösse gegen das Vergaberecht dem InöB. Das InöB führt eine nicht öffentliche Liste der sanktionierten Anbieter.

B WICHTIGE FACTS ZUM RECHTSSCHUTZ

1. Welche Fristen gelten?

Beschwerden müssen schriftlich und begründet innert 20 Tagen seit der Eröffnung der Verfügung eingereicht werden. Es gelten keine Gerichtsferien. Die Frist ist eingehalten, wenn die Beschwerde am letzten Tag der Frist der schweizerischen Post übergeben wurde.

2. Wohin ist eine Beschwerde zu richten?

Gegen Verfügungen einer Auftraggeberin auf kommunaler und kantonaler Ebene im Kanton Zürich ist ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht Zürich, Postfach, 8090 Zürich, als einzige kantonale Instanz zulässig. Es kann auch gerügt werden, dem Auftrag hätte mindestens der für das Einladungsverfahren massgebende Auftragswert zugemessen werden müssen.

Gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden (Obergericht, Verwaltungsgericht) ist die Beschwerde direkt ans Bundesgericht zu richten.

Gegen Beschaffungen auf Bundesebene ist die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zu richten.

3. In welcher Form muss die Beschwerde eingereicht werden?

Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen.

4. Was kann angefochten und gerügt werden?

Angefochten werden kann:

- die Ausschreibung des Auftrags
- der Entscheid über die Auswahl der Anbieter im selektiven Verfahren
- der Entscheid über die Aufnahme eines Anbieters in ein Verzeichnis oder über die Streichung eines Anbieters aus einem Verzeichnis
- der Entscheid über Ausstandsbegehren
- der Zuschlag
- der Widerruf des Zuschlags
- der Abbruch des Verfahrens
- der Ausschluss aus dem Verfahren
- die Verhängung einer Sanktion.

Gerügt werden können Rechtsverletzungen und unrichtige Sachverhaltsfeststellungen. Die Angemessenheit kann nicht überprüft werden. Das bedeutet, dass die Ermessensentscheide

der Auftraggeberin vom Verwaltungsgericht nicht überprüft und entsprechend nicht korrigiert werden. Zum Beispiel steht der Auftraggeberin bei der Festlegung und Anwendung der Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Nur wenn nahezu sinnlose Eignungskriterien festgelegt würden, die nichts mit der Fähigkeit des Anbieters, den Auftrag zu erfüllen, zu tun haben, würde das Verwaltungsgericht die Wiederholung der Ausschreibung verlangen oder den Zuschlag aufheben.

5. Was muss bei der Beschwerde weiter unbedingt beachtet werden?

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Diese muss explizit beantragt werden. Wird sie nicht beantragt, kann die Auftraggeberin das Vergabeverfahren weiterführen und evt. den Vertrag mit dem Anbieter bereits abschliessen. Der obsiegende Beschwerdeführer könnte nur noch Schadenersatz verlangen. Dieser umfasst höchstens die Kosten, die ihm aus dem Verfahren entstanden sind, nicht aber den durch den unrechtmässigen Zuschlag verunmöglichten Gewinn.

Das kann nur verhindert werden, wenn die aufschiebende Wirkung ausdrücklich mit einem eigenen Antrag verlangt und dieser Antrag auch begründet wird. Auch die übrige Beschwerde muss zureichend begründet sein. Sie muss eine gewisse Chance auf Gutheissung haben und es dürfen keine wesentlichen öffentlichen Interessen (z.B. Dringlichkeit) gegen die aufschiebende Wirkung sprechen.

Bei allfälligen Mängeln im Verfahren haben die Anbieter innert 20 Tagen seit deren Feststellung Beschwerde einzureichen. So muss z.B. gegen die Ausschreibung Beschwerde eingereicht werden, wenn es sich zeigt, dass darin sinnlose oder offensichtlich ungeeignete Eignungskriterien festgelegt wurden. Es kann nicht zugewartet werden, ob der Vergabeentscheid positiv ausfällt.

C MÖGLICHKEITEN ZUR BERÜCKSICHTIGUNG DES LOKALEN GEWERBES

1. Freihändiges Verfahren

Die Vergabestelle kann Aufträge bis zu den massgeblichen Schwellenwerten direkt an das lokale Gewerbe vergeben. Um dennoch dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung zu genügen, sollten die Aufträge wechselweise an verschiedene lokale Gewerbe vergeben werden. Die Preise der Angebote mögen zwar unterschiedlich sein, das Vergaberecht nimmt dies aber bewusst in Kauf und setzt die Schwellenwerte so an, dass in Bereichen unterhalb der Schwellenwerte die passenden Gewerbe frei ausgesucht werden dürfen. Lokale Gewerbe haben zudem jeglichen Anreiz, ihre Arbeit gut und zu fairen Preisen zu erbringen; so werden sie wieder berücksichtigt.

2. Einladungsverfahren

Es gilt analog: Die Vergabestelle kann bis zu den massgeblichen Schwellenwerten lokale Gewerbe zu Angebotsabgabe einladen (vorausgesetzt, dass davon genügend vorhanden sind). Im Übrigen gilt das unter 3a oben Dargelegte.

3. Eignungskriterien

Es darf nicht mehr verlangt werden, dass der Anbieter bereits Aufträge für öffentliche Auftraggeber erfüllt hat. So haben auch neue Unternehmungen oder Start-ups eine Chance darauf, einen öffentlichen Auftrag zu erhalten.

Generell gilt, dass die Auftraggeberinnen bei der Formulierung und Beurteilung der Eignungskriterien einen erheblichen Ermessensspielraum haben. Die Eignungskriterien müssen objektiv Aussagen über die Eignung des Anbieters für die Erfüllung eines Auftrags zulassen. Im Übrigen können die Eignungskriterien jedoch so formuliert werden, dass sie durch das lokale Gewerbe erfüllt werden können. Wenn es z.B. sachlich geboten ist, dass ein Dienstleister innerhalb von 10 Minuten vor Ort ist (bei gewissen Pikett- oder Notfalldiensten), kann der Nachweis, dass ein entsprechend nahe gelegener Standort vorhanden ist, verlangt werden.

4. Zuschlagskriterien

Die neue IVöB bezweckt u.a. den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz von öffentlichen Mitteln. Der Zuschlag geht nicht mehr an das günstigste Angebot, sondern an das vorteilhafteste (Art. 41 IVöB). Nach der Lehre bedeutet diese Neuformulierung einen Paradigmenwechsel: Der Preis kann insgesamt niedriger bewertet werden und es können unter den Zuschlagskriterien weitere wichtige Anforderungen formuliert werden, welche durch das lokale Gewerbe eher erfüllt werden.

- Nachhaltigkeit
- Servicebereitschaft
- Plausibilität des Angebots (vgl. D.3.)
- Technischer Wert
- Preisniveau (vgl. D.3.)

Zudem ist es ausserhalb des Staatsvertragsbereichs möglich, ergänzend zu berücksichtigen bzw. zu honorieren:

- Ausbildung von Lernenden, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen

D INFORMATIONEN ZUR REVISION 2019

Die Schweiz hat das GPA (Government Procurement Agreement), ein Abkommen der Welt Handelsorganisation (WTO), 2012 unterzeichnet. Das Hauptziel des GPA ist die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs und des gegenseitigen diskriminierungsfreien Zugangs zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten unter den Vertragsparteien ab bestimmten im Übereinkommen festgelegten Schwellenwerten. 2019 belief sich der Wert der öffentlichen Beschaffungen von Bund und Kantonen, die unter dem GPA vergeben und der WTO mitgeteilt wurden, für das Jahr 2019 auf 11,5 Milliarden Schweizerfranken; davon entfielen 7,4 Milliarden auf Beschaffungen des Bundes. Für rund 96 Prozent dieses Betrags erhielten Unternehmen mit Sitz in der Schweiz den Zuschlag.

Der Bundesrat hat am 2. Dezember 2020 die Annahmeerkunde für das revidierte GPA unterzeichnet. Die Anforderungen des revidierten GPA wurden durch eine Totalrevision des Bundesrechts und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) in nationales Recht umgesetzt.^{iv}

Der Kanton Zürich ist der revidierten IVöB (auch IVöB 2019 genannt) 2023 beigetreten. Sie gilt seit dem 1. Oktober 2023 für Beschaffungen im Kanton Zürich. Gleichzeitig hat der Regierungsrat des Kantons Zürich die neue kantonale Submissionsverordnung in Kraft gesetzt.

Die neue IVöB nimmt auf, was die Rechtsprechung in den letzten Jahren entwickelt hat und übernimmt Bestimmungen, die bis jetzt in der kantonalen Submissionsverordnung geregelt waren. Die Kantone haben entsprechend weniger eigenen Gestaltungsspielraum. Die Grundstrukturen des Vergaberechts werden aber dadurch nicht verändert. Es gibt dieselben Submissionsverfahren wie bis anhin, das freihändige, das Einladungs-, das selektive und das offene Verfahren. Dabei wird lediglich ein Schwellenwert angepasst: Lieferungen können neu bis zu einem Wert von CHF 150'000 freihändig vergeben werden. Ausserdem wird festgehalten, ab welchen Auftragssummen die Aufträge im sogenannten Staatsvertragsbereich liegen. Diese Schwellenwerte werden nicht verändert. Weiterhin gelten selbstverständlich die Grundsätze der Gleichbehandlung aller Anbieter und die Transparenz des Verfahrens.

Die wichtigsten inhaltlichen Änderungen sind:

1. Thema Verfahren

- Zusätzliche Beschaffungsinstrumente
 - Elektronische Auktionen – für standardisierte Leistungen
 - Dialog – für komplexe Aufträge, die Auftraggeberin kann den Leistungsgegenstand oder die Lösungswege im Austausch mit den Anbietern konkretisieren
- Rahmenverträge - die Auftraggeberin kann einem oder mehreren Anbietern einen Auftrag für Leistungen erteilen, die während einer gewissen Zeit – längstens fünf Jahre – abgerufen werden sollen. Für das Abrufen ist keine weitere Ausschreibung notwendig.

2. Thema Teilnahme und Eignung

- Konkretiere Formulierung der Teilnahmebedingungen in den Submissionsunterlagen, d.h. der Anforderungen an die Anbieter betreffen
 - Einhaltung Arbeitsschutzbestimmungen
 - Lohngleichheit
 - Umweltrecht
- Neu darf die Auftraggeberin nicht mehr verlangen, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge erhalten hat.

3. Thema Zuschlagskriterien und Angebotsbewertung

- Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien in den Submissionsunterlagen
- Zuschlag neu an das vorteilhafteste Angebot (nicht mehr das wirtschaftlich günstigste). Damit soll Innovation gefördert werden.
- Preis bleibt ein zu berücksichtigendes Kriterium (Ausgenommen sind Wettbewerbe und Studienaufträge)
 - bei standardisierten Produkten zu mindestens 60%
 - bei wirklich komplexen Aufträgen zu mindestens 20%, je nachdem 30%

- Preisniveaunklausel: Die Vergabestelle kann das unterschiedliche Preisniveau in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird, berücksichtigen. Wird diese Klausel aufgenommen, muss auch eine Möglichkeit bestehen, das unterschiedliche Preisniveau zu bewerten. Es müssen Verzeichnisse zum Vergleich und zur Umrechnung bekannt sein.
- Zuschlagskriterium «Plausibilität des Angebots» - lässt aber nicht zu, dass Punkte abgezogen werden, weil der Preis nicht dem Erwarteten entspricht. Eine Bewertung erfolgt unter diesem Aspekt nur, wenn Qualitätskriterien davon betroffen sind und soweit dies für die Anbieter erkennbar war (z.B. ist nicht nachvollziehbar, wie die offerierte Leistung innert der offerierten Zeit mit dem angegebenen Personal erbracht werden soll).
- Bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten muss die Auftraggeberin neu ergänzende Erkundigungen zur Einhaltung der Teilnahmebedingungen und zu den Leistungsanforderungen einholen. Aber: es dürfen weiterhin Angebote unter den Gestehungskosten gemacht werden.
- Technische Verhandlungen, mit denen die Leistungen und Modalitäten der Leistungserbringung bereinigt werden, wenn
 - Klärung des Auftrags oder der Angebote nötig ist, bzw. Angebote vergleichbar gemacht werden müssen,
 - Leistungsänderung ist sachlich geboten, die charakteristische Leistung und der potentielle Anbieterkreis darf nicht verändert werden.

Spannungsfeld: Abgebotsrunden sind unzulässig, Angebote sind nach ihrer Abgabe grundsätzlich unveränderbar, aber dennoch sind technische Verhandlungen zulässig.

- Short Lists: Nach der ersten Prüfung aller Angebote werden die drei bestrangierten Angebote ausgewählt und nur diese umfassend bewertet.
- Alle Vergabeentscheide müssen neu summarisch begründet werden, zu nennen sind mindestens:
 - Art des Verfahrens
 - Namen des berücksichtigten Anbieters
 - Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots
 - massgebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots
 - bei einer ausnahmsweise freihändigen Vergabe: Darlegung der Gründe.

4. Thema Rechtsschutz

- Frist zur Anfechtung eines Entscheids: neu 20 Tage (statt wie bisher 10 Tage)
- Entscheid Verwaltungsgericht
 - Entscheidet in der Sache selbst (erteilt Zuschlag) oder weist mit verbindlichen Anweisungen zurück
 - Wenn der Vertrag bereits abgeschlossen ist: Mit der Feststellung einer allfälligen Rechtsverletzung entscheidet das Verwaltungsgericht über ein allfälliges Schadenersatzbegehren. Der Schadenersatz ist beschränkt auf die erforderlichen Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung seines Angebots erwachsen sind. Immerhin wird der Anbieter nicht mehr, wie bis anhin, auf den Zivilweg verwiesen.

E RECHTSGRUNDLAGEN

- GPA – Government Procurement Agreement, Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632.231.422
- BiLA – Bilaterales Abkommen CH – EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, SR 0.172.052.68
- BGBM – Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Binnenmarktgesetz, SR 943.02

Beschaffungen des Bundes

- BöB – Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.1
- VöB – Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.11

Beschaffungen von Kanton Zürich und Gemeinden

- BeiG IVöB – Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, LS 720.1
- SVO – Submissionsverordnung, LS 720.11

F INFORMATIONEN UND HILFSMITTEL

- Ausschreibungen: www.simap.ch

Die nachfolgenden Plattformen richten sich v.a. an die Auftraggeberinnen, es können ihnen aber auch Informationen entnommen werden, welche den Anbietern nützlich sind.

- Wissensplattform nachhaltige öffentliche Beschaffung (WöB): www.woeb.swiss
- Beschaffungsleitfaden TRIAS: www.trias.swiss
- Kanton Zürich Beschaffung und Einkauf: www.beschaffungswesen.zh.ch

ⁱⁱⁱ Systematische Rechtssammlung des Bundes, SR 172.056.1

ⁱⁱ Loseblattsammlung Kanton Zürich, LS 720.1

ⁱⁱⁱ Kanton Zürich, LS 720.11

^{iv} Zum Ganzen <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/seco/nsb-news/medienmitteilungen-2020.msg-id-81430.html>