BERNISCHES VERWALTUNGS- UND VERFAHRENSRECHT

ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSRECHT

Dr. iur. Christoph Jäger

Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

19. März 2024

Inhalt

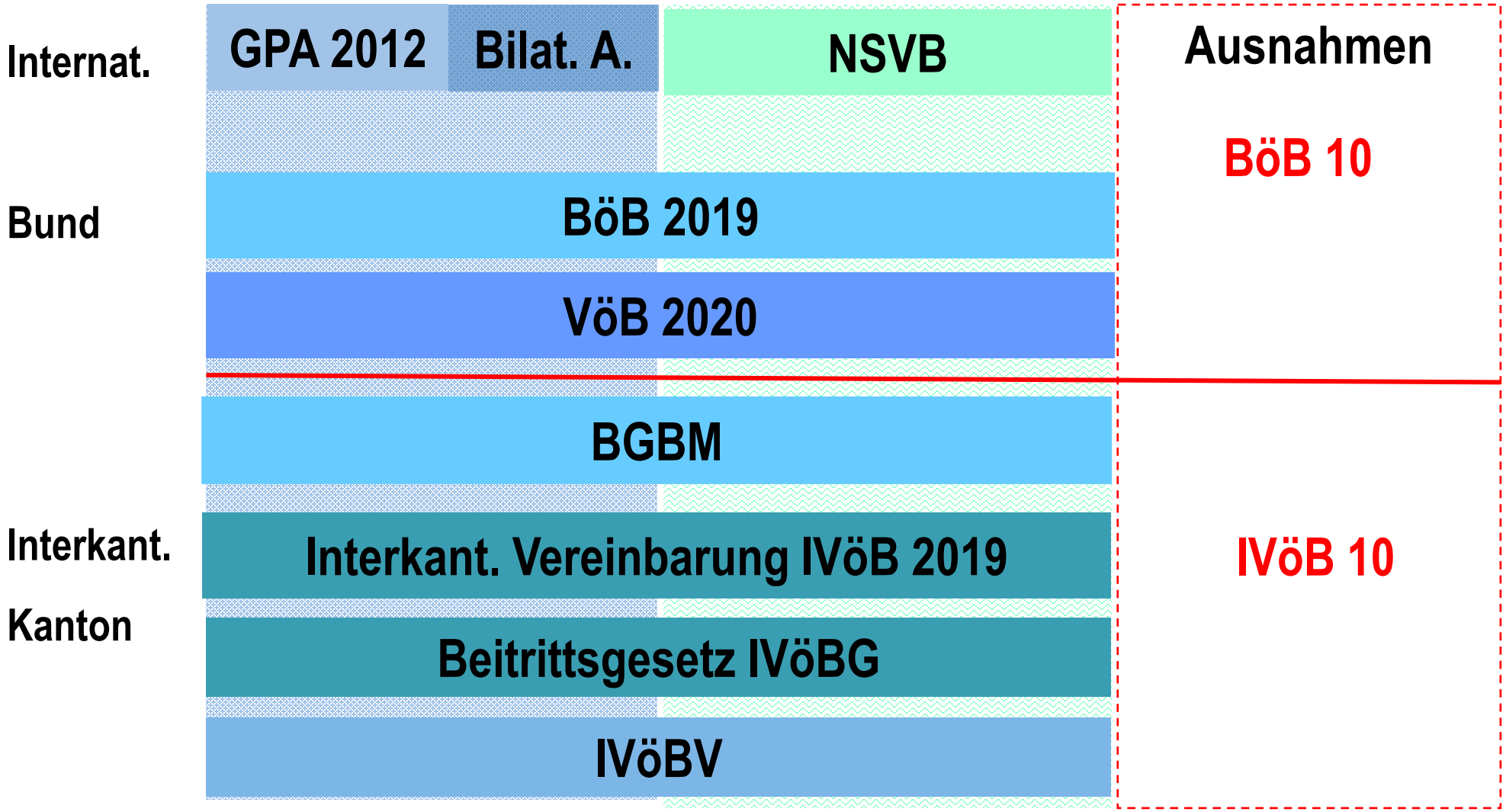
- Einführung
- Rechtsgrundlagen
- Geltungsbereich
- Ziele und Grundsätze
- Vergabeverfahren
- Rechtsschutz
- Übungsfälle und Fragen

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Einführung

- Beschaffungsvolumen CH: jährlich über CHF 42 Mia.
- Staatliche Beschaffungen:
  Vergabe von Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträgen
- Auslagerung der Aufgabenerfüllung und Vergabe (gewisser) Konzessionen an Private *(subsidiär)*
- Öffentliches Beschaffungswesen:
  Bedarfsverwaltung / «Administrative Hilfstätigkeit
- *«Make or Buy»*-Entscheid der öffentlichen Hand
- Regulierung: Wirtschaftlichkeit und Wettbewerbsneutralität, «faire» Ausübung der staatlichen Nachfrage
- Revision Beschaffungsrecht: Harmonisierung / «Neue Vergabekultur»

Rechtsgrundlagen: Überblick



christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Rechtsgrundlagen: Staatsverträge/BGBM

- **GATT/WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen**
- Government Procurement Agreement, GPA, von 1994, i.K. seit 1996
- Ziel: Öffnung der Märkte für staatliche Beschaffungen für Anbieter aus anderen Unterzeichnerstaaten
- **Bilaterales Abkommen CH-EU**
- Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens von 1999, i.K. 2002
- Weitergehende Marktöffnung: Erweiterung des Geltungsbereichs GPA im Verhältnis zu EU-Staaten (z.B. Beschaffungen der Gemeinden/Bezirke, weitere Sektoren)
- **Binnenmarktgesetz**
- Keine Benachteiligung von Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz
- Publikationspflicht für umfangreiche öffentliche Einkäufe
- Marktzugangsbeschränkungen in Form einer anfechtbaren Verfügung
- Wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde

Rechtsgrundlagen: Kant. Beschaffungsrecht

- **Neues Beschaffungsrecht Kanton Bern i.K. seit 1. Februar 2022:**
  - Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Juni 2021 (**IVöBG**; BSG 731.2)
  - Verordnung zur Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 17. November 2021 (**IVöBV**; BSG 731.21)
- **Neue IVöB 2019:**
  - Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019; BSG 731.2-1)
- **Vorbehalt des Kantons Bern beim Konkordatsbeitritt:**
  - 2-stufiger Instanzenzug im Rechtsmittelverfahren wird beibehalten (Art. 3 i.V.m. Art. 6 IVöBG)
  - Konkordatsorgan (INöB) lehnte den Beitritt des Kantons Bern unter Vorbehalt ab
  - Art. 4 IVöBG: IVöB 2019 ist **als kantonales Beschaffungsrecht** anwendbar

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Geltungsbereich: Überblick

Ein Geschäft untersteht dem öffentlichen Beschaffungsrecht, wenn (kumulativ)

1. es eine öffentliche Beschaffung darstellt;
2. der konkrete Gegenstand unter das Beschaffungsrecht fällt;
3. die Auftraggeberin dem Beschaffungsrecht untersteht;
4. der massgebende Schwellenwert erreicht wird (> *Staatsvertragsbereich*); und
5. keine Ausnahme vorliegt.

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Geltungsbereich: Öffentliche Beschaffung

Begriff der öffentlichen Beschaffung (Art. 8 IVöB)

[1] Ein öffentlicher Auftrag ist ein Vertrag, der zwischen Auftraggeberin und Anbieterin abgeschlossen wird und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Er ist gekennzeichnet durch seine Entgeltlichkeit sowie den Austausch von Leistung und Gegenleistung, wobei die charakteristische Leistung durch die Anbieterin erbracht wird.

Aufgabenübertragung (Art. 9 IVöB)

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn der Anbieterin dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die sie im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen vor.

Geltungsbereich: Unterstellte Auftraggeber

- **«Staatliche Behörden»,** zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten, einschliesslich Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene im Sinne des kantonalen und kommunalen Rechts, mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeiten *(> Staatsvertragsbereich).*

- **Sektorenunternehmen:** Behörden sowie öffentliche und private Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen und die mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind, jeweils in bestimmten Sektoren (Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation) *(> Teilunterstellung, Staatsvertragsbereich).*

- **Andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben,** mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeit *(Nichtstaatsvertragsbereich)*.

- **Subventionsempfänger:** Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 % der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden *(Nichtstaatsvertragsbereich)*.

- **Drittpersonen:** «Verwaltungshelfer» / zentrale Einkaufsstellen (Umgehungsverbot, Art. 4 Abs. 5 IVöB).

Geltungsbereich: Ausnahmen

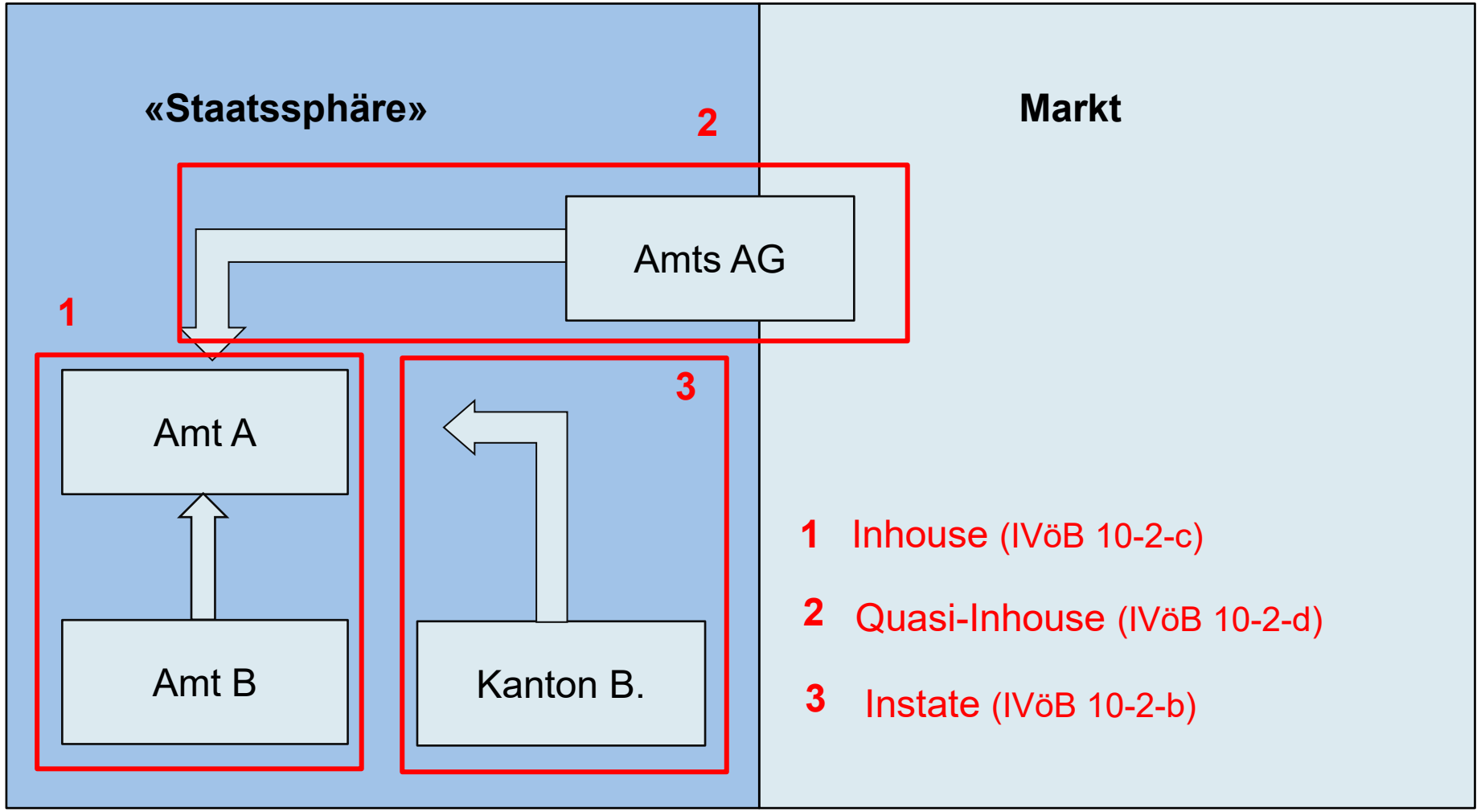
Generelle und einzelfallbezogene Ausnahmen (Art. 10 Abs. 1–3 IVöB).

Beispiele von Ausnahmen *(sinngemäss / nicht abschliessend):*

- Gewerbliche Tätigkeiten
- Kauf/Miete/Pacht von Grundstücken oder Gebäuden
- Finanzhilfen *(anders aber: Abgeltungen)*
- Aufträge an Behinderteninstitutionen, u.ä.
- Anstellung von Personal
- Internationale Zusammenarbeit/Entwicklungshilfe, u.ä.
- Einkauf bei Monopolanbietern
- **Staatsinterne Auftragsvergaben**
- Sicherheitsausnahmen, u.ä.

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Geltungsbereich: Interne Vergaben



Ziele und Grundsätze (1)

- **Nachhaltigkeit und Wirtschaftlichkeit**
- *Wirtschaftlicher* und volkswirtschaftlich, sozial und ökologisch *nachhaltiger* Einsatz der öffentlichen Mittel
- Haushälterischer Einsatz der Steuergelder
- Zuschlag an das «vorteilhafteste Angebot» (Art. 41 IVöB)
- **Wirksamer und fairer Wettbewerb** unter den Anbietern
- i.d.R. durch Submission
- **Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung**
- Grundsatz der Inländerbehandlung und der Gleichbehandlung inländischer Anbieter untereinander, unabhängig von deren Herkunft/Sitz
- Beim Marktzugang und im Verfahren (Verfahrensfairness)

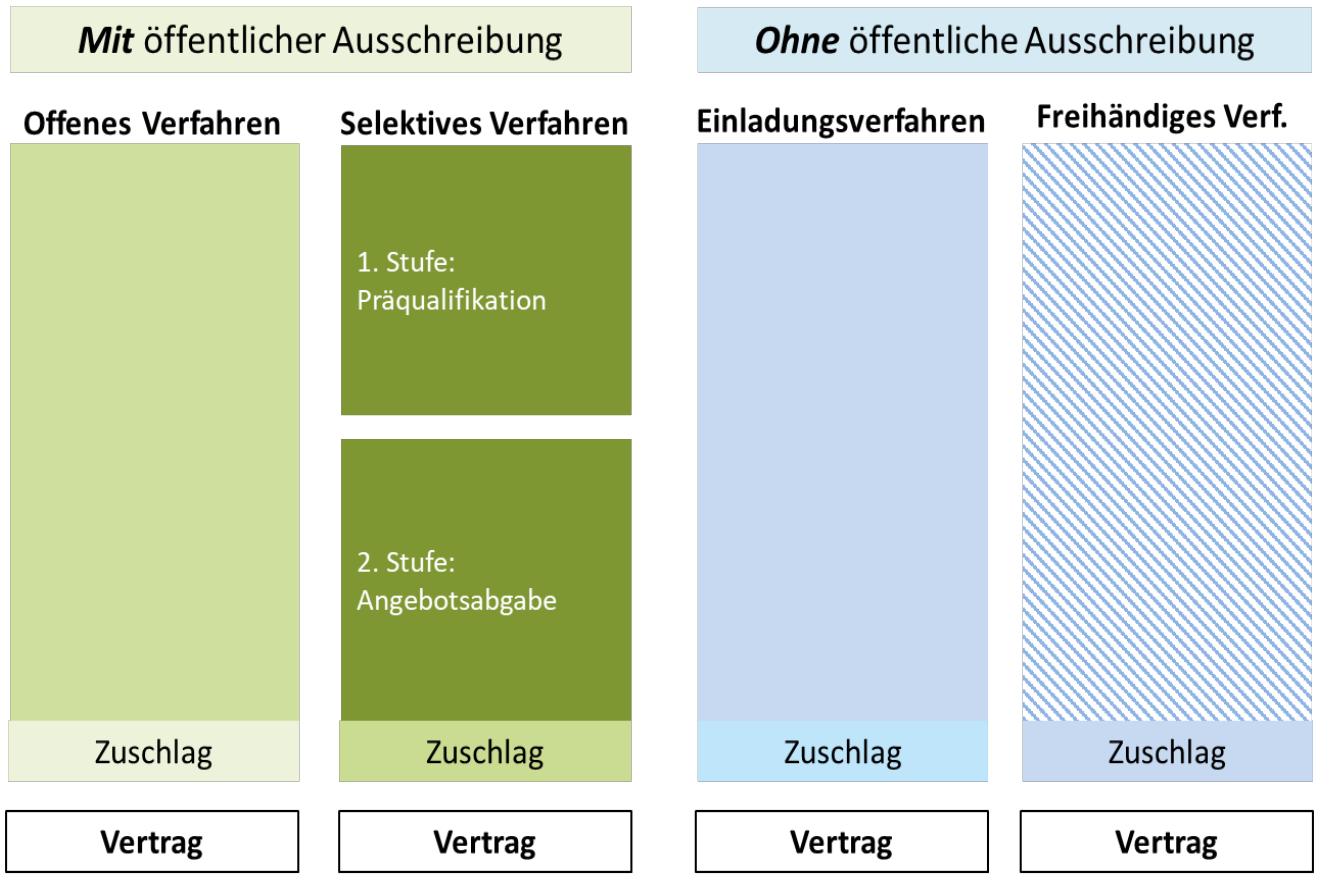
Ziele und Grundsätze (2)

- **Transparenz**
- Bekanntgabe der «Spielregeln», inkl. aller Änderungsmöglichkeiten
- Dokumentation und Nachvollziehbarkeit
- **Keine Abgebotsrunden** (keine reinen Preisverhandlungen)
- **Vertraulichkeit** der Angaben der Anbieter
- Wahrung von Geschäftsgeheimnissen
- Ausschluss bzw. Einschränkung der Akteneinsicht im Verfahren
- **Wirksamer Rechtsschutz**

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Vergabeverfahren: Arten und Wahl

- Verfahrenswahl: Schätzung des Auftragswerts *ex ante*
- Zerstückelungsverbot (Umgehungsverbot)



Besondere Verfahrensinstrumente

- *Dialog*
- *2-Couvert-Methode*
- *Wettbewerb*
- *Studienauftrag*
- *Auktion*

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Vergabeverfahren: Schwellenwerte

Schwellenwerte und Verfahren im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich

Verfahrensarten	**Lieferungen (Auftragswert CHF)**	**Dienstleistungen (Auftragswert CHF)**	**Bauleistungen (Auftragswert CHF)**	
			Baunebengewerbe	***Bauhauptge-werbe***
Freihändiges Ver-fahren	unter 150'000	unter 150'000	unter 150'000	unter 300'000
Einladungsverfah-ren	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

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Vergabeverfahren: Verfahrensgang

Vorbereitung

- Bedarfsab-klärungen/Kredit
- Erarbeitung Ausschreibungs-unterlagen
- Leistungsver-zeichnis/ Pflichtenheft
- Vertragsentwurf
- Etc.

Farb-Legende:
Behörde
Anbieter

Vergabeverfahren

Ausschreibung

- Ausschreibungs-unterlagen
- Leistungsverzeichnis
- Vertragsentwurf

Bezug Unterlagen

FA-Runde

Erarbeitung Offerte

Eingabefrist

Eingabe Offerte

Offertöffnung

Evaluation

Formelle Prüfung
Berichtigung
Erläuterung
Bereinigung

Mitwirkung bei Rückfragen

Eignungsprüfung nach EK

Angebotsbewertung nach ZK

Zuschlag
Vorteilhaftestes Angebot

Vertrag

«Vertragsver-handlungen»

«Vertragsver-handlungen»

Vertragsschluss

Vereinfachte Darstellung anhand des offenen Verfahrens

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Vergabeverfahren: Ausschreibung

- **Bestandteile:** Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen (Art. 35 / Art. 36 IVöB)
- **Funktion:**
  - Publikation: Einladung zur Angebotsabgabe
  - Anfechtbare Verfügung, wenn Schwellenwert des Einladungsverfahrens erreicht (Art. 53 Abs. 1 Bst. a IVöB)
  - Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen: Art. 53 Abs. 2 IVöB
- **Publikationsorgan:** www.simap.ch
- **Inhalt:**
  - Leistungsumschreibung: Leistungsverzeichnis/Pflichtenheft
  - Submissionsbedingungen (Fristen, Sprache, etc.)
  - **Zwingende Anforderungen und Kriterien (TS, EK, ZK),** Gewichtung, Unterkriterien
  - Verhandlungsgrundlage: Vertragsentwurf / Eckpunkte des Vertrags

Vergabeverfahren: Ausschreibung

Beispiel ab www.simap.ch

Ihre Ergebnisse

Sie suchten nach: Publikationsdatum : 04.05.2017 - 03.05.2020, Unterrubrik : Vorankündigung, Ausschreibungen, Ausschreibungen (Zusammenfassung), Wettbewerbe, Art der Auftraggeber : Kanton, Kanton : BE

05.03.2020 | Projekt-ID 201257 | Meldungsnummer 1123563 | Ausschreibungen

Ausschreibung

Publikationsdatum Simap: 05.03.2020

1. Auftraggeber

1.1 Offizieller Name und Adresse des Auftraggebers
Bedarfsstelle/Vergabestelle: Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt des Kantons Bern
Beschaffungsstelle/Organisator: Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt des Kantons Bern, zu Hdn. von Franziska Waber, Schermenweg 5, 3001 Bern, Schweiz, Telefon: +41 31 635 80 21, E-Mail: franziska.waber@be.ch, URL www.be.ch/svsa

1.2 Angebote sind an folgende Adresse zu schicken
Adresse gemäss Kapitel 1.1

1.3 Gewünschter Termin für schriftliche Fragen
27.03.2020
Bemerkungen: Per E-Mail an franziska.waber@be.ch oder patik.graenicher@be.ch

1.4 Frist für die Einreichung des Angebotes
Datum: 15.04.2020, **Spezifische Fristen und Formvorschriften:** Poststempel, in verschlossenem Zustand mit dem Hinweis "Nicht öffnen", 1 Exemplar

1.5 Datum der Offertöffnung:
20.04.2020, **Uhrzeit:** 09:30, **Ort:** Hauptsitz SVSA Bern, Schermenweg 5, 3001 Bern

1.6 Art des Auftraggebers
Kanton

1.7 Verfahrensart
Offenes Verfahren

1.8 Auftragsart
Lieferauftrag

1.9 Gemäss GATT/WTO-Abkommen, resp. Staatsvertrag
Ja

2. Beschaffungsobjekt

2.1 Art des Lieferauftrages
Werkvertrag

2.2 Projekttitel der Beschaffung
Herstellung und Lieferung bernischer Kontrollschilder für Motorfahrzeuge, Motorfahrräder und Anhänger

2.4 Aufteilung in Lose?
Nein

2.5 Gemeinschaftsvokabular
CPV: 35260000 - Polizeischilder

2.6 Detaillierter Produktebeschrieb
Herstellung und Lieferung bernischer Kontrollschilder für Motorfahrzeuge, Motorfahrräder und Anhänger.
Jährliche Richtmenge: 77'000 Schilderpaare und Einzelschilder

2.7 Ort der Lieferung
Bern, Thun, Orpung, Bützberg

2.8 Laufzeit des Vertrags, der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems
Beginn: 01.03.2021, Ende: 28.02.2026
Dieser Auftrag kann verlängert werden: Ja
Beschreibung der Verlängerungen: Verlängerungsmöglichkeit um jeweils ein Jahr, bis maximal drei Jahre, d.h. bis zum 28. Februar 2029

2.9 Optionen
Nein

2.10 Zuschlagskriterien
Aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien

2.11 Werden Varianten zugelassen?
Ja
Bemerkungen: Varianten sind separat auszuweisen und als solche zu kennzeichnen. Vor- und Nachteile sind schriftlich darzulegen.

2.12 Werden Teilangebote zugelassen?
Nein

2.13 Ausführungstermin
Beginn 01.03.2021 und Ende 28.02.2026
Bemerkungen: Verlängerungsmöglichkeit um jeweils ein Jahr, bis maximal drei Jahre, d.h. bis zum 28. Februar 2029

3. Bedingungen

3.7 Eignungskriterien
Aufgrund der in den Unterlagen genannten Kriterien

3.8 Geforderte Nachweise
Aufgrund der in den Unterlagen geforderten Nachweise

3.9 Bedingungen für den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen
Anmeldung zum Bezug der Ausschreibungsunterlagen erwünscht bis: 31.03.2020
Kosten: Keine

3.10 Sprachen für Angebote
Deutsch

3.11 Gültigkeit des Angebotes
bis: 28.02.2021

3.12 Bezugsquelle für Ausschreibungsunterlagen
zu beziehen von folgender Adresse:
Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt des Kantons Bern, zu Hdn. von Franziska Waber, Schermenweg 5, 3001 Bern, Schweiz, Telefon: +41 31 635 80 21, E-Mail: franziska.waber@be.ch, URL www.be.ch/svsa
Sprache der Ausschreibungsunterlagen: Deutsch

4. Andere Informationen

4.6 Offizielles Publikationsorgan
www.simap.ch

4.7 Rechtsmittelbelehrung
Diese Ausschreibung kann innert 10 Tagen seit ihrer Publikation auf www.simap.ch mit Beschwerde bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Bern, Kramgasse 20, 3011 Bern angefochten werden. Eine allfällige Beschwerde muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten. Die angefochtene Ausschreibung und greifbare Beweismittel sind beizulegen.

Appels d'offres (résumé)

1. Pouvoir adjudicateur

1.1 Nom officiel et adresse du pouvoir adjudicateur
Service demandeur/Entité adjudicatrice: Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt des Kantons Bern
Service organisateur/Entité organisatrice: Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt des Kantons Bern, à l'attention de Franziska Waber, Schermenweg 5, 3001 Bern, Suisse, Téléphone: +41 31 635 80 21, E-mail: franziska.waber@be.ch, URL www.be.ch/svsa

1.2 Obtention du dossier d´appel d´offres
à l'adresse suivante:
Nom: Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt des Kantons Bern, à l'attention de Franziska Waber, Schermenweg 5, 3001 Bern, Suisse, Téléphone: +41 31 635 80 21, E-mail: franziska.waber@be.ch, URL www.be.ch/svsa

2. Objet du marché

Vergabeverfahren: Evaluation

- Formvorschriften
- Teilnahmebedingungen
- Eignungskriterien
- Technische Spezifikationen
- Zuschlagskriterien
- *Kommunikationsverbot/-einschränkung:*
  - *Keine «Abgebotsrunden»*
  - *Erläuterung und Bereinigung der Angebote gemäss Art. 38 und Art. 39 BöB/IVöB 2019*
- Zuschlag: Vorteilhaftestes Angebot

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Vergabeverfahren: Kriterien (1)

- **Teilnahmevoraussetzungen**
  - **Grundanforderungen** an den Vertragspartner, z.B. Bezahlung Steuern und Soz.versicherungsbeiträge (vgl. Art. 26 Abs. 1 IVöB)
  - **Art. 12 IVöB:** Arbeitsschutz / Lohngleichheit / Umwelt
  - Unabhängig von der konkreten Beschaffung
  - Ausschlussgründe
- **Eignungskriterien (EK)**:
  - Anbieter- und projektbezogene Beurteilung: Ist der Anbieter fähig und geeignet? (Art. 27 IVöB)
  - Regel: «Erfüllt» oder «Nicht erfüllt» (absolut).
  - Ausnahme: selektives Verfahren
  - Ausschlussgründe
- **Technische Spezifikationen (TS):** «Neutrale» Leistungsumschreibung / Art. 30 IVöB

Vergabeverfahren: Kriterien (2)

- **Zuschlagskriterien (ZK)**:
  - Art. 29 IVöB (Hinweis: Unterschiede im ZK-Katalog in Art. 29 BöB)
  - Leistungsbezogene Beurteilung: Welches Angebot ist das «Vorteilhafteste»?
  - Messen die **Qualität** des Angebotes – das Mass, in dem die angebotene Leistung das Bedürfnis der Vergabestelle erfüllt – und den **Preis.**
  - **Erfüllungsgrad:** «schlechter oder besser erfüllt» (graduell)
  - Keine Ausschlussgründe
  - Das Angebot, das die ZK am besten erfüllt (total am meisten Punkte erhält) = das beste Preis-Leistungs-Verhältnis = vorteilhaftestes Angebot = Zuschlag
  - Anforderungen: sachlicher Beurteilungsrahmen, objektiver Auswahlentscheid und wirksamen Wettbewerb, keine Willkür, Art. 2 IVöB
- **Zuschlag:** Vorteilhaftestes Angebot (Art. 41 IVöB)

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Vergabeverfahren: Korrekturen und Sanktionen

- **Ausschluss** des Angebots bzw. des Anbieters (Art. 44 IVöB)
  - Rechtsfolge bei mangelhaften Angeboten, fehlender Eignung, Verletzung von Teilnahmebedingungen oder Formvorschriften, etc.
  - Ausschlussgründe: Art. 44 IVöB *(abschliessend)*
  - Zu beachten: Verhältnismässigkeit, Verbot des überspitzen Formalismus'
- **Abbruch** des Vergabeverfahrens:
  - Abbruchgründe: Art. 43 IVöB *(beispielhaft)*, u.a. Verzicht auf die Beschaffung «aus zureichenden» Gründen
  - Verfahren *kann* anschliessend wiederholt werden
- **Widerruf** des Zuschlags (Art. 44 IVöB)
  - *Nach* Verfahrensabschluss
  - Aus Gründen analog zum Ausschluss oder zum Abbruch
  - Widerruf ist *keine* Sanktion
- **Sanktionen:** Art. 45 IVöB

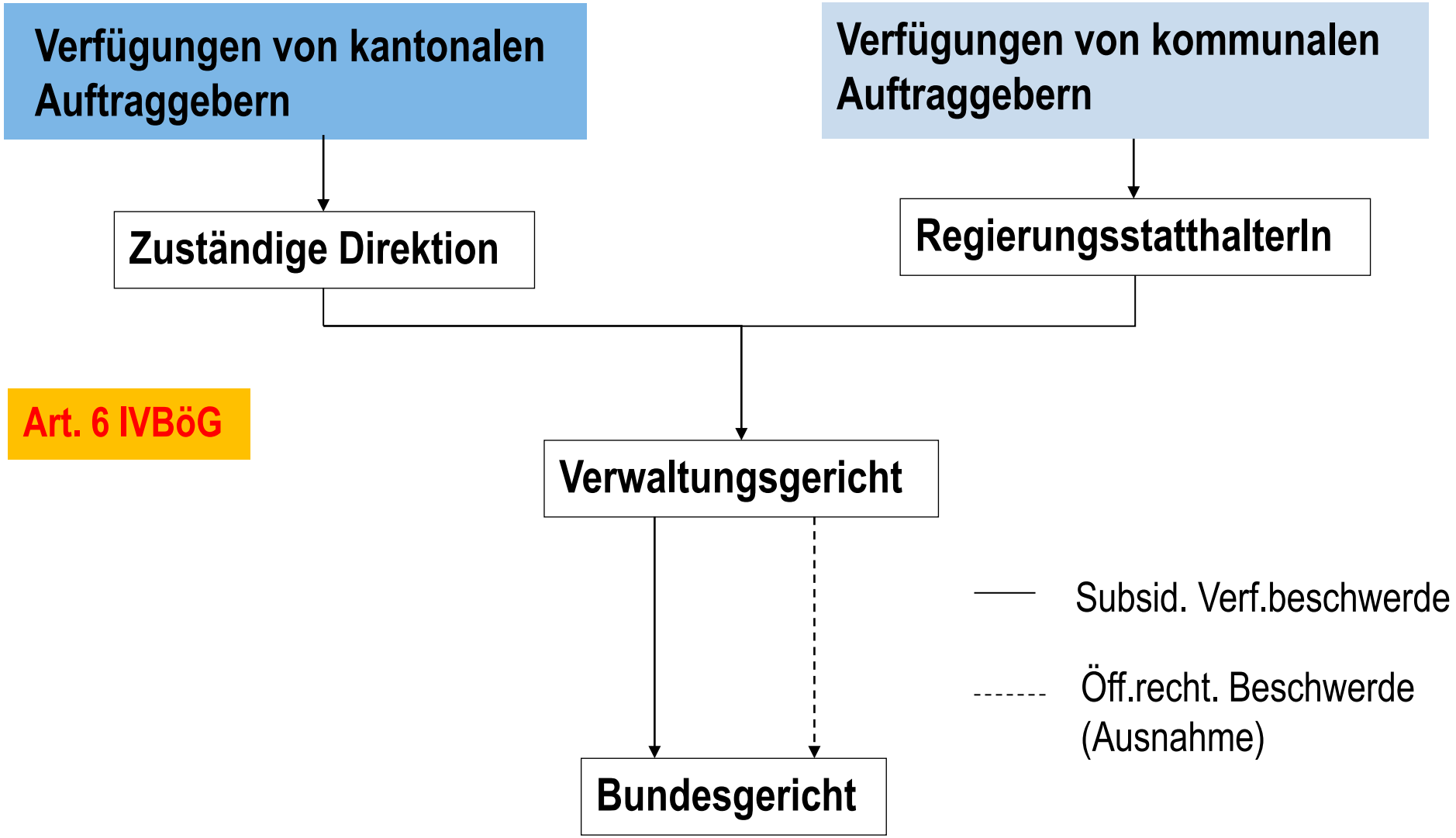
christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Rechtsschutz: Anfechtungsobjekte

- **Kantone:** Rechtsschutz ab mind. Schwellenwert Einladungsverfahren (vgl. Art. 53 IVöB i.V.m. Art. 5 Abs. 1 IVöBG / Art. 9 BGBM)
- **Katalog der anfechtbaren Verfügungen,** *auftragswertabhängig* (Art. 53 Abs. 1 IVöB):
  - Ausschreibung
  - Präqualifikation im selektiven Verfahren
  - Zuschlag
  - Widerruf des Zuschlags
  - Abbruch des Verfahrens
  - Ausschluss aus dem Verfahren
- **In jedem Fall anfechtbare Entscheide** (Art. 53 Abs. 4 IVöB):
  - Sanktionen
  - Entscheide Aufnahme / Streichung bei Verzeichnissen

christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Rechtsschutz: Rechtsmittelweg



christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

Rechtsschutz: Besonderheiten

- **Beschwerdelegitimation:** Berücksichtigung der *Zuschlagschancen*
- **Beschwerdefrist:** neu einheitlich **20** Tagen (Art. 56 Abs. 1 IVöB)
- Beschwerde hat ex lege **keine aufschiebende Wirkung** (Art. 54 IVöB) und es muss ein Gesuch gestellt werden:
  - Prima facie-Würdigung
  - Interessenabwägung
- **Beschleunigungsgebot:** keine Gerichtsferien, kein Fristenstillstand
- Eingeschränkte **Kognition** (Art. 56 Abs. 3 IVöB)
- **Beschwerdeentscheid** bei Gutheissung der Beschwerde:
  - **Aufhebung Zuschlag** und Rückweisung, ausnahmsweise direkt neuer Zuschlag
  - Nach Vertragsschluss: **Feststellung der Rechtswidrigkeit** und (beschränkter) Schadenersatz