

Praxisfälle aus dem Beschaffungsrecht

Stolpersteine und Fallstricke

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

März 2023

Lukas Fässler, Rechtsanwalt & Informatikexperte

- 14 Jahre Kanton Luzern: ab 1992 - 1997 Informatikchef des Kantons Luzern
- Seit 26 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
- Präsident des VR der e-comtrust international ag, Baar
- Mitglied Schweizerische Informatikkonferenz SIK
- Mitglied im Verein eCH (Standardisierungen im eGovernment Schweiz)
- VR Eisenbahnbetriebslabor Schweiz AG
- 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

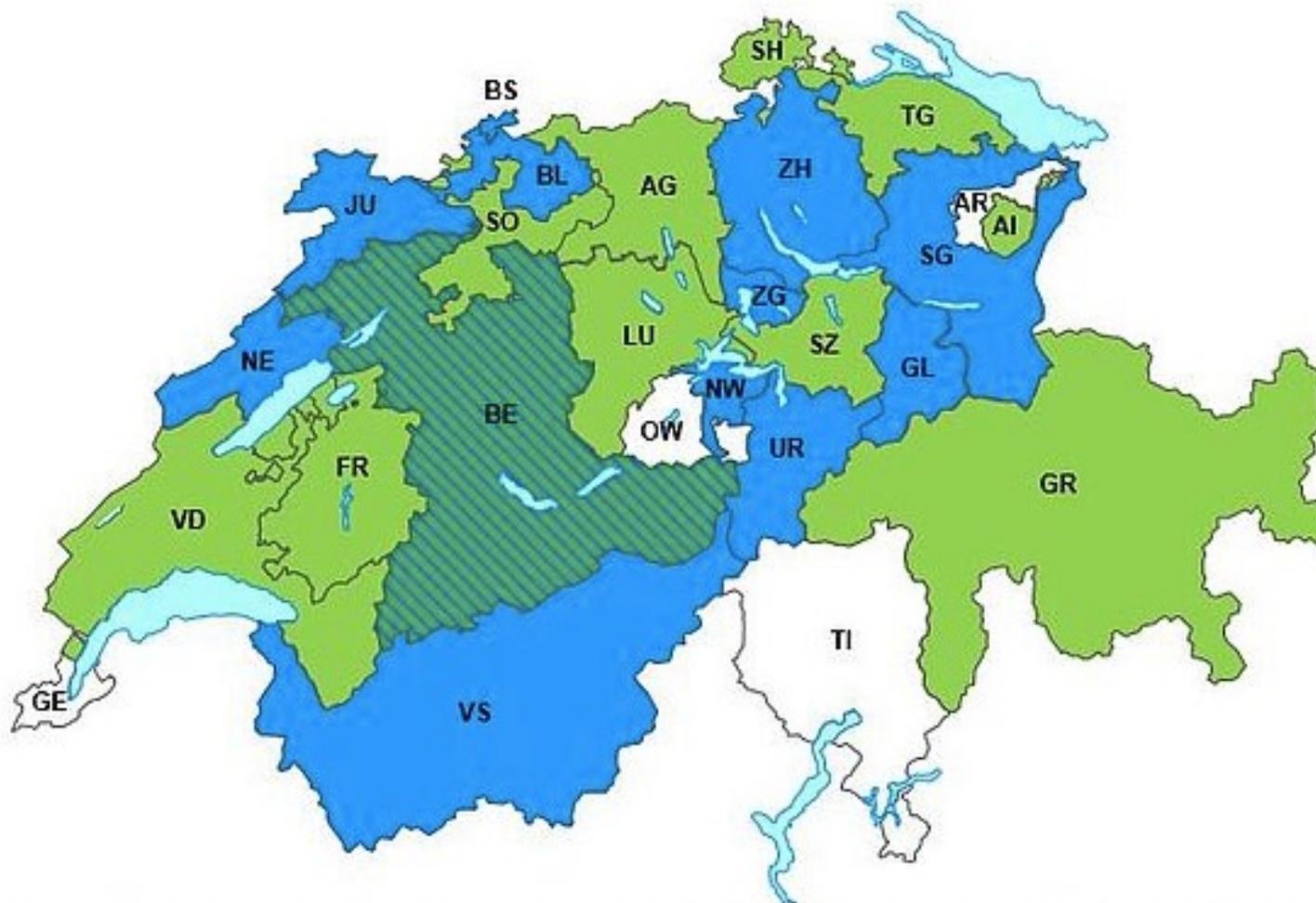
im Schweizerischen Beschaffungswesen

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

Im Ausschreibungsverfahren

- 1.1. Umschreibung des Ausschreibungsgegenstandes
- 1.2. Diskriminierende Eignungskriterien
- 1.3. Optimaler Ausschlusszeitpunkt (Eignungskriterien)
- 1.4. Falsche Berechnung der Projektdauer
- 1.5. Vorbefassung
- 1.6. WEKO mit Beschwerdelegitimation
- 1.7. AGB SIK als Eignungskriterium
- 1.8. Mindestanforderung an das Zuschlagskriterium „Preis“
- 1.9. Einladungsverfahren ohne Zuschlagsverfügung – Beurteilung Bewertungsraster
- 1.10 Abbruch und dann Ausschluss – wie wehre ich mich?

Übersicht Beitritte zur IVöB 2019 (Stand: 01.01.2023)



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

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;

§ 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.

IVöB 2019

Art. 30 Technische Spezifikationen

¹ Der Auftraggeber bezeichnet in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen. Diese legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung.

³ Bestimmte Firmen oder Marken, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie der Hinweis auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzenten sind als technische Spezifikationen nicht zulässig, es sei denn, dass es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbeschreibung gibt und der Auftraggeber in diesem Fall in die Ausschreibungsunterlagen die Worte «oder gleichwertig» aufnimmt. Die Gleichwertigkeit ist durch den Anbieter nachzuweisen.

Grundsätze der Beschreibung

- Neutral
- Basis technische Spezifikationen
- Diskriminierungsverbot
- Gleichbehandlungsgebot

Ausschreibungsgegenstand nicht genug herstellerneutral

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 – Nizza-Protokoll)

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 URL swissreg.ch. The page title is "Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum :: Startseite". A navigation menu includes "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" (PDF download options), "Suchkriterien" (Marke=Gore-Tex), and "Ergebnisse". The search results table shows one entry for the "Gore-Tex" trademark.

Marke	Status	Nizza Klassifikation Nr.	Nummer ▲	Inhaber/in
	<input checked="" type="checkbox"/>	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 Vergabestelle.
- Möglicher Schadenersatz infolge fehlerhafter Ausschreibung und kausal verursachtem unnötigem Ausschreibungsaufwand auf Anbieterseite (nach einzelnen kantonalen Submissionsgesetzen möglich).
- Abbruch: Anfechtungsmöglichkeit innerhalb von 10 Tagen nach Publikation (simap.ch oder Kantonsblatt) durch einen potenziellen Anbieter.
- Keine Möglichkeit zur Anfechtung 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 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 Marktanbieter

Diskriminierendes Eignungskriterium

„E3: Die neue Gemeinde-Informatik-Software muss in mindestens 3 Gemeinden mit über 15'000 Einwohnern des Kantons 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

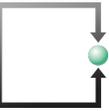
Wir möchten Sie darüber informieren, dass der Gemeinderat entschieden hat, das am 3. September 2105 im Amtsblatt des Kanto t publizierte Ausschreibungsverfahren betreffend Gemeindesoftware abzubrechen und diesen Abbruch am 1. Oktober 2015 im Amtsblatt des Kantons zu publizieren. Die Beschaffung der Gemeindesoftware 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 Bundesgericht 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.

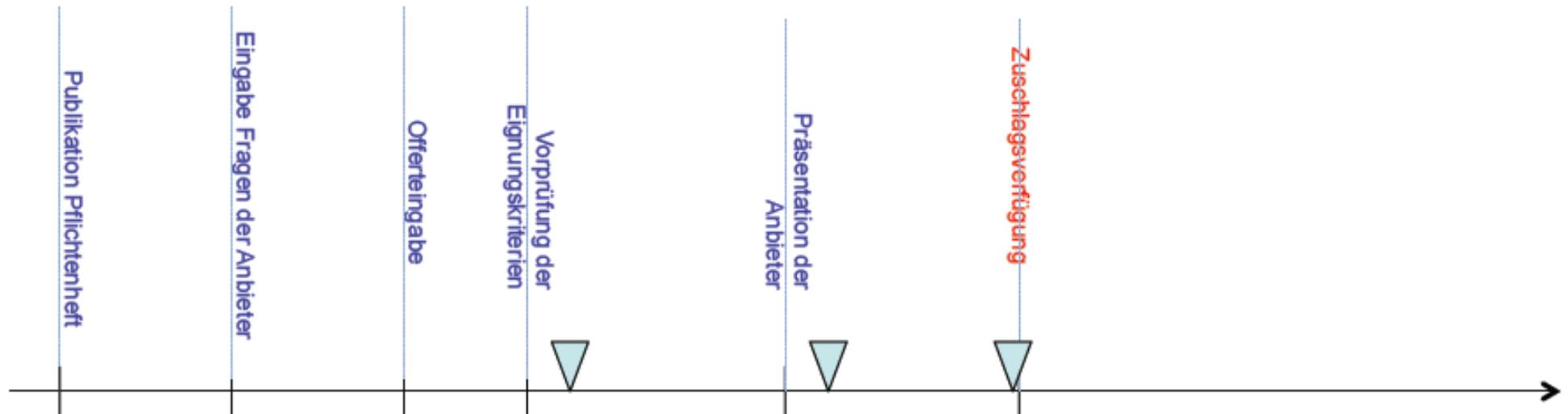
1.3. Optimaler Ausschlusszeitpunkt

- 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
- 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

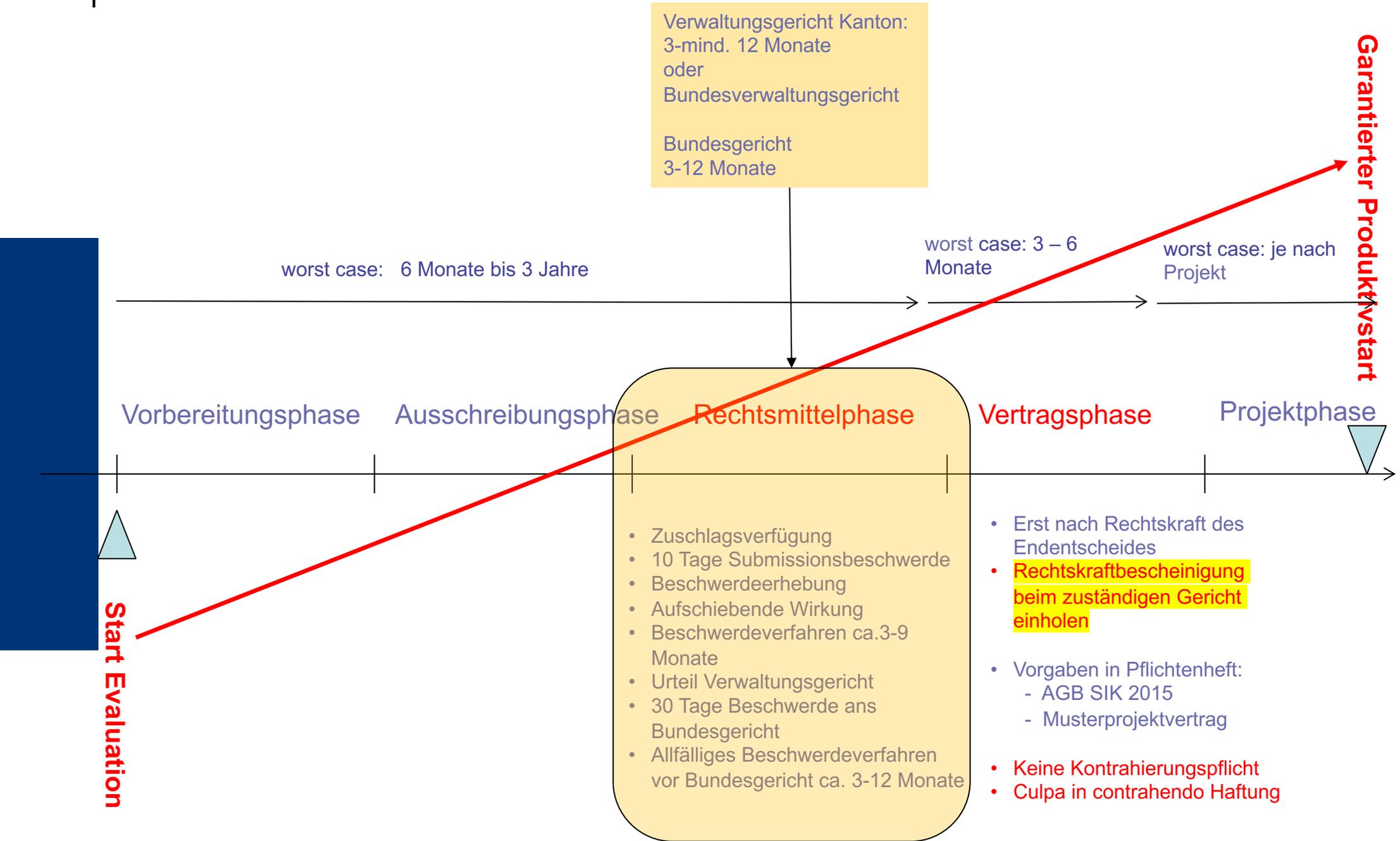
Ausschluss wegen Nichterfüllung des Ausschreibungsgegenstandes

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.

1.4. Falsche Berechnung der Dauer einer Projektelevaluation



1.5. Vorbefassung

- Einbezug späterer Anbieter in Vorbereitungsarbeiten
- Nähe zum Ausschreibungsgegenstand und zu Mitgliedern der Vergabebehörde

Vorbefassung durch späteren Anbieter

Der im Rahmen der Vorbereitungs- oder Ausschreibungsphase mitbeteiligte Dritte (Unternehmer) kann – soweit er an der Umschreibung von Pflichtenheft, Kriterienkatalog und anderen Elementen der Ausschreibung massgeblich mitgewirkt, beraten oder unterstützt hat – nicht nachher auch Anbieter im Ausschreibungsverfahren sein.

„Vorbefassung“ mit dem Ausschreibungsgegenstand schliesst spätere **„Beteiligung“** an der Ausschreibung aus.

Vorbefassung durch späteren Anbieter

Art. 14 Vorbefassung

¹ Anbieter, die an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens beteiligt waren, sind zum Angebot nicht zugelassen, wenn der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann und wenn der Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern nicht gefährdet.

² Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sind insbesondere:

- a) die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten;
- b) die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten;
- c) die Verlängerung der Mindestfristen.

³ Eine der öffentlichen Ausschreibung vorgelagerte Marktabklärung durch den Auftraggeber führt nicht zur Vorbefassung der angefragten Anbieter. Der Auftraggeber gibt die Ergebnisse der Marktabklärung in den Ausschreibungsunterlagen bekannt.

Vorbefassung durch späteren Anbieter

AGVE 2002, Nr. 81, S. 344 f

*Ausstandspflichtig sind nicht nur verfügende oder mitentscheidende Personen, sondern auch all jene, **die auf das Zustandekommen des Verwaltungsaktes (Zuschlagsverfügung) Einfluss nehmen können**, namentlich Sachbearbeiter oder Protokollführer mit beratender Funktion. Ein klarer Verstoss gegen die Ausstandsregeln führt zur Aufhebung des Zuschlages.*

VGr. GE 7.5.2002 in: RDAF 220 I, S. 500 f.

*Die Tatsache, dass der **Ehegatte der für das Vergabeverfahren verantwortlichen Person bei einer der anbietenden Firmen angestellt ist**, stellt die Unparteilichkeit der Vergabeentscheidung in Frage.*

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)

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

Verwaltungsgericht Kanton Zürich

VB 2021.00095 vom 26.8.2021

Das Anfechtungsrecht der WEKO gestützt auf Art. 9 Abs. 2bis BGBM beschränkt sich nicht auf anfechtbare Verfügungen gemäss Art. 15 Abs. 1bis IVöB.

Jede Verfügung, die das BGBM – namentlich den Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 BGBM sowie die Publikationspflicht bzw. der Grundsatz der Transparenz gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM – verletzt, ist anfechtbar. (...)

Da eine Verletzung von Ausstandspflichten zugleich eine Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung nach Art. 5 BGBM darstellen würde, ist die **WEKO zur Anfechtung der strittigen Verfügung** unter Verweis auf eine (angebliche) **Verletzung der Ausstandspflicht** berechtigt. Dasselbe gilt betreffend die **Vorbefassung**. Hier besteht ebenfalls ein enger Konnex zum Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. zum Gleichbehandlungsgebot (E. 1.3).

https://vgrzh.djiktzh.ch/cgi-bin/nph-omniscgi.exe?OmnisPlatform=WINDOWS&WebServerUrl=https://vgrzh.djiktzh.ch&WebServerScript=/cgi-bin/nph-omniscgi.exe&OmnisLibrary=JURISWEB&OmnisClass=rtFindinfoWebHtmlService&OmnisServer=JURISWEB,127.0.0.1:7000&Parametername=WWW&Schema=ZH_VG_WEB&Source=&Aufruf=getMarkupDocument&cSprache=GER&nF30_KEY=221553&W10_KEY=6096940&nTrefferzeile=3&Template=standard/results/document.fiw

WEKO mit Abklärungsrecht



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

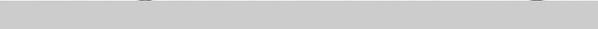
Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

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 

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 IKT-Dienstleistungen



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**
Als „Softfaktor“ (Zuschlagskriterium), nicht
„Hardfaktor“ (Eignungskriterium) anwenden.

1.8. Mindestanforderungen an Zuschlagskriterium „Preis“

1.8. Mindestanforderungen an das Zuschlagskriterium „Preis“

Urteilstkopf

130 | 241

21. Extrait de l'arrêt de la 1^{le} 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.

1.10. Abbruch und dann Ausschluss: wie wehre ich mich

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.

2. Im Rechtsmittelverfahren

- 2.1. Aktivlegitimation zur Beschwerde
- 2.2. Passivlegitimation zur Beschwerde / Beiladung
- 2.3. Kostenrisiko einer Submissionsbeschwerde
- 2.4. Vertragsverhandlungen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist(en)
- 2.5. Nichtbefolgung Verwaltungsgerichtsurteil - Rechtsdurchsetzung
- 2.6. Das Vertragsverfahren: Nichterfüllung von Eignungskriterien bei Leistungserbringung

2.1. Aktivlegitimation zur Beschwerde

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 10 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 25. November 1994/15. März 2001

Gemäss Beschluss des Interkantonalen Organs (InöB) und mit Zustimmung der Mitglieder der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK) vom 15. März 2001

Art. 16 Beschwerdegründe

¹ Mit der Beschwerde können gerügt werden:

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

² Unangemessenheit kann nicht geltend gemacht werden.

³ Fehlen kantonale Ausführungsbestimmungen, können die Bestimmungen dieser Vereinbarung direkt geltend gemacht werden.

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 Zuschlagskriterien zu einer Korrektur beim Anbieter X von maximal **260 Zusatzpunkten führen würde.**

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; z.B. 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 Kostenrisiko für Gerichts- und Anwaltskosten beachten).

2.3. Kostenrisiko einer Beschwerde

2.3. Kostenrisiko: Gerichts-, Experten- und Anwaltskosten

Gerichtskostenvorschuss

Beschwerdeführer muss mit (relativ) hohem Gerichtskostenvorschuss 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.

2.3. 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** (eigene) **Anwaltskosten**.
 - **Beklagte** **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)

2.3. 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

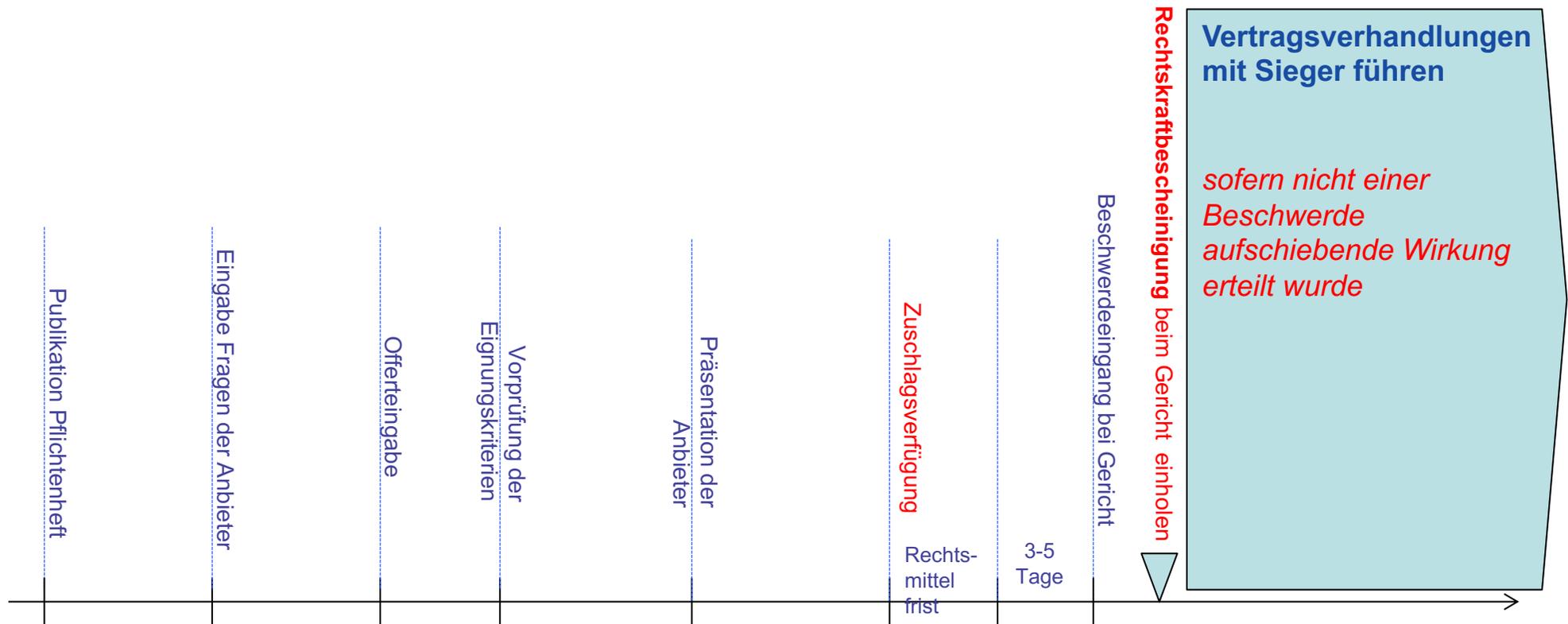
2.4. Vertragsverhandlungen vor Ablauf der Rechtskraft des Entscheides

2.4. Vertragsverhandlungen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist(en)

Art. 58 Beschwerdeentscheid IVöB 2019

- 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.

2.4. Vertragsverhandlungen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist(en)



Beschwerdefrist 10 Tage seit Publikation
Poststempel massgeblich

2.4. Vertragsverhandlungen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist(en)

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

³ Erweist sich ein Rechtsmittel im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens als begründet und ist mit der Anbieterin oder dem Anbieter bereits ein Vertrag abgeschlossen worden, so stellt die Rechtsmittelinstantz lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung das massgebende Recht verletzt.³

2.4. Vertragsverhandlungen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist(en)

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. Nichtbefolgung eines VG-Urteils Rechtsdurchsetzung

Nichtbefolgung Vorgaben Verwaltungsgericht

Art. 15 Bestimmung des Auftragswerts

¹ Der Auftraggeber schätzt den voraussichtlichen Auftragswert.

² Ein öffentlicher Auftrag darf nicht aufgeteilt werden, um Bestimmungen dieser Vereinbarung zu umgehen.

³ Für die Schätzung des Auftragswerts ist die Gesamtheit der auszuschreibenden Leistungen oder Entgelte, soweit sie sachlich oder rechtlich eng zusammenhängen, zu berücksichtigen. Alle Bestandteile der Entgelte sind einzurechnen, einschliesslich Verlängerungsoptionen und Optionen auf Folgeaufträge sowie sämtliche zu erwartenden Prämien, Gebühren, Kommissionen und Zinsen, ohne die Mehrwertsteuer.

WBE.2022.381 / MW / we

Art. 116

Urteil vom 9. November 2022

tenschätzung. Dieser ändert indessen nichts daran, dass die Schätzung nach sachlichen Kriterien nachvollziehbar zu erfolgen und sich an die obere Bandbreite zu halten hat. Tatsache ist, dass die derzeit 170 Gemeinden, welche ihren Beitrag an Fit4Digital bezahlt haben, zukünftig zur Nutzung auch des zu beschaffenden Reservationstools berechtigt sein werden. Dem hätte die Fit4Digital GmbH bei der Schätzung der voraussichtlichen Kosten bzw. des Auftragswerts in ausreichendem Mass Rechnung tragen müssen, was sie indessen mit der Annahme von 50 – 70, maximal 100 Gemeinden, nicht getan hat. Eine diesbezüglich korrekt vorgenommene Kostenschätzung hätte ergeben, dass diese den Schwellenwert von Fr. 150'000.00 mit aller Wahrscheinlichkeit deutlich übersteigen und eine Beschaffung im freihändigen Verfahren daher nicht möglich sein würde.

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird die freihändige Vergabe des Reservationssystems an die Hürlimann Informatik AG aufgehoben und die Beschwerdesache an die Fit4Digital AG zur Durchführung eines vergabe-rechtskonformen Verfahrens zurückgewiesen.

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Kantons.

3.

Es werden keine Parteikosten ersetzt.

Nach Gerichtsentscheid zu Fit4Digital: Ein Krimi zwischen IT und Politik

Ende Januar 2023 verschickte Fit4Digital dann eine Mitteilung: "Die Beschwerde der unrechtmässigen Vergabe des Auftrages zur Umsetzung des Reservationssystem konnte beseitigt werden." Man habe den Bedarf der Gemeinden erhoben und den Zuschlag wiederum im freihändigen Verfahren an Hürlimann Informatik vergeben, hiess es darin. Die Firma

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.

Diese Gerichtsvorgabe verletzt Fit4Digital GmbH durch ihr Vorgehen, weshalb die Aufsichtsbehörde (Regierungsrat Kanton AG) nunmehr einzuschreiten hat. Es besteht im Übrigen die Möglichkeit, gleichzeitig die Einstellung von Zahlungen des Kantons an Fit4 Digital GmbH (soweit solche vorgesehen sind) zu unterbinden, bis ein submissionskonformes NEUES Verfahren durchgeführt worden ist. Das hat der Regierungsrat des Kantons AG anzuordnen (§ 6 Dekret zum öffentlichen Beschaffungswesen Kanton AG; Art. 45 Abs. 4 IVöB (2019)).

Art. 61 Interkantonales Organ

¹ Die Mitglieder der an der Vereinbarung beteiligten Kantone in der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) bilden das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB).

² Das InöB nimmt insbesondere folgende Aufgaben wahr:

- a) Erlass dieser Vereinbarung;
- b) Änderungen dieser Vereinbarung unter Vorbehalt der Zustimmung der beteiligten Kantone;
- c) Anpassung der Schwellenwerte;
- d) Vorschlag an den Bundesrat für die Befreiung von der Unterstellung unter diese Vereinbarung und Entgegennahme diesbezüglicher Gesuche der Auftraggeber nach Artikel 7 Absatz 1 (Auslinkklausel);
- e) Kontrolle über die Umsetzung dieser Vereinbarung durch die Kantone und Bezeichnung einer Kontrollstelle;

Art. 62 Kontrollen

¹ Die Kantone überwachen die Einhaltung dieser Vereinbarung.

² Das InöB behandelt Anzeigen von Kantonen bezüglich der Einhaltung dieser Vereinbarung durch andere Kantone.

³ Private können Anzeigen bezüglich der Einhaltung dieser Vereinbarung durch die Kantone an das InöB richten. Die Anzeige verleiht weder Parteirechte noch Anspruch auf einen Entscheid.

⁴ Das InöB erlässt hierzu ein Reglement.

EINSCHREIBEN

Gesamtregierungsrat
des Kantons Aargau
Kantonale Aufsichtsinstanz
über das öffentliche Beschaffungswesen
Staatskanzlei
Regierungsgebäude
5001 Aarau

[redacted] den 16. Februar 2023

Anzeige wegen Verstoss gegen die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
Nichtbefolgung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 9. November 2022

Sofortiger Erlass von Weisungen

In Sachen

Fit4Digital GmbH, c/o Gemeindeammänner-Vereinigung des Kantons Aargau,
Freienwilstrasse 1, 5426 Lengnau AG

Beanzeigte

gegen

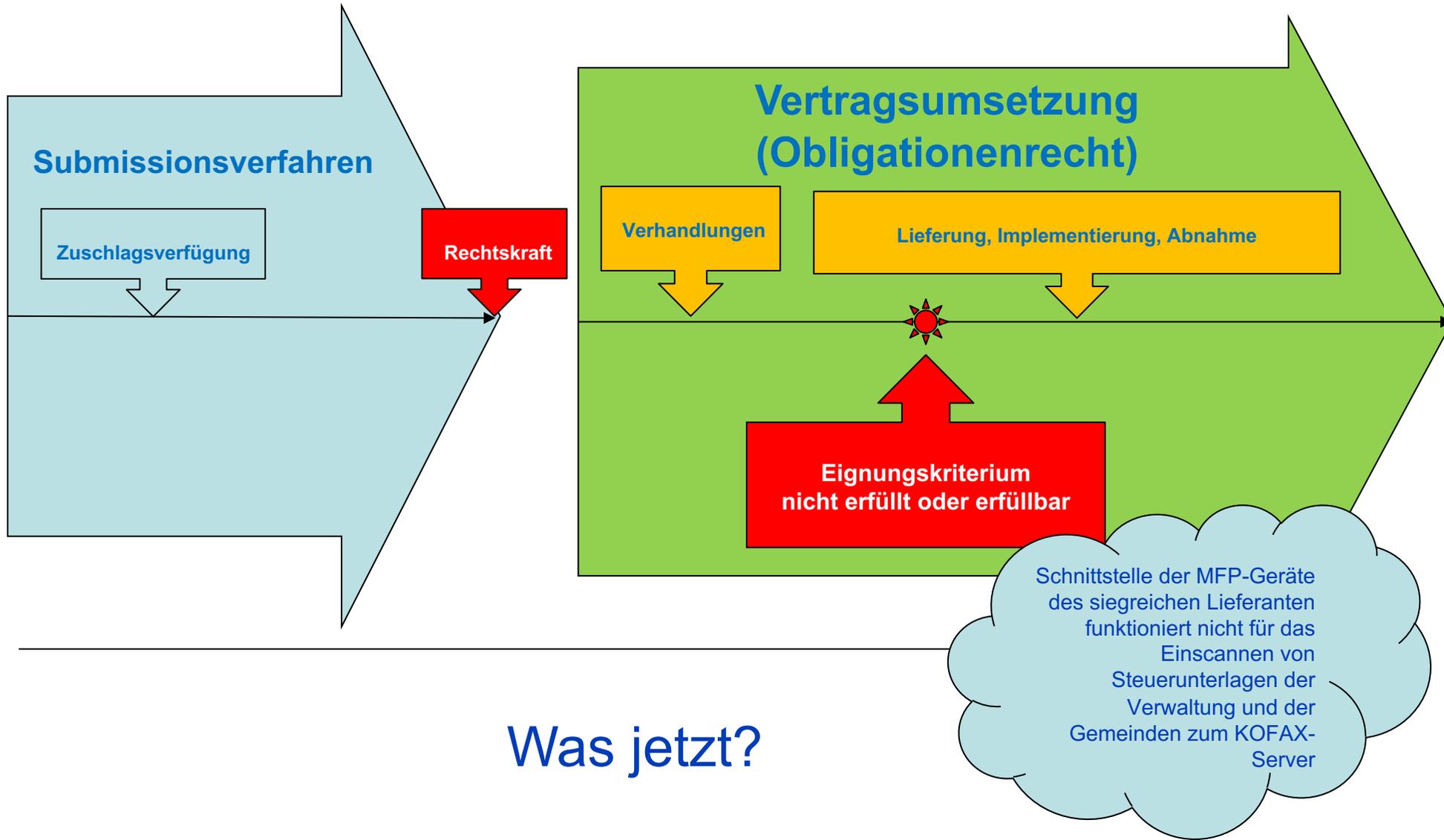
[redacted]

betreffend

gesetzeswidrige Beschaffung einer Reservationslösung für die Aargauer Gemeinden im Zusammenhang mit dem «Smart Service Portal Aargau».

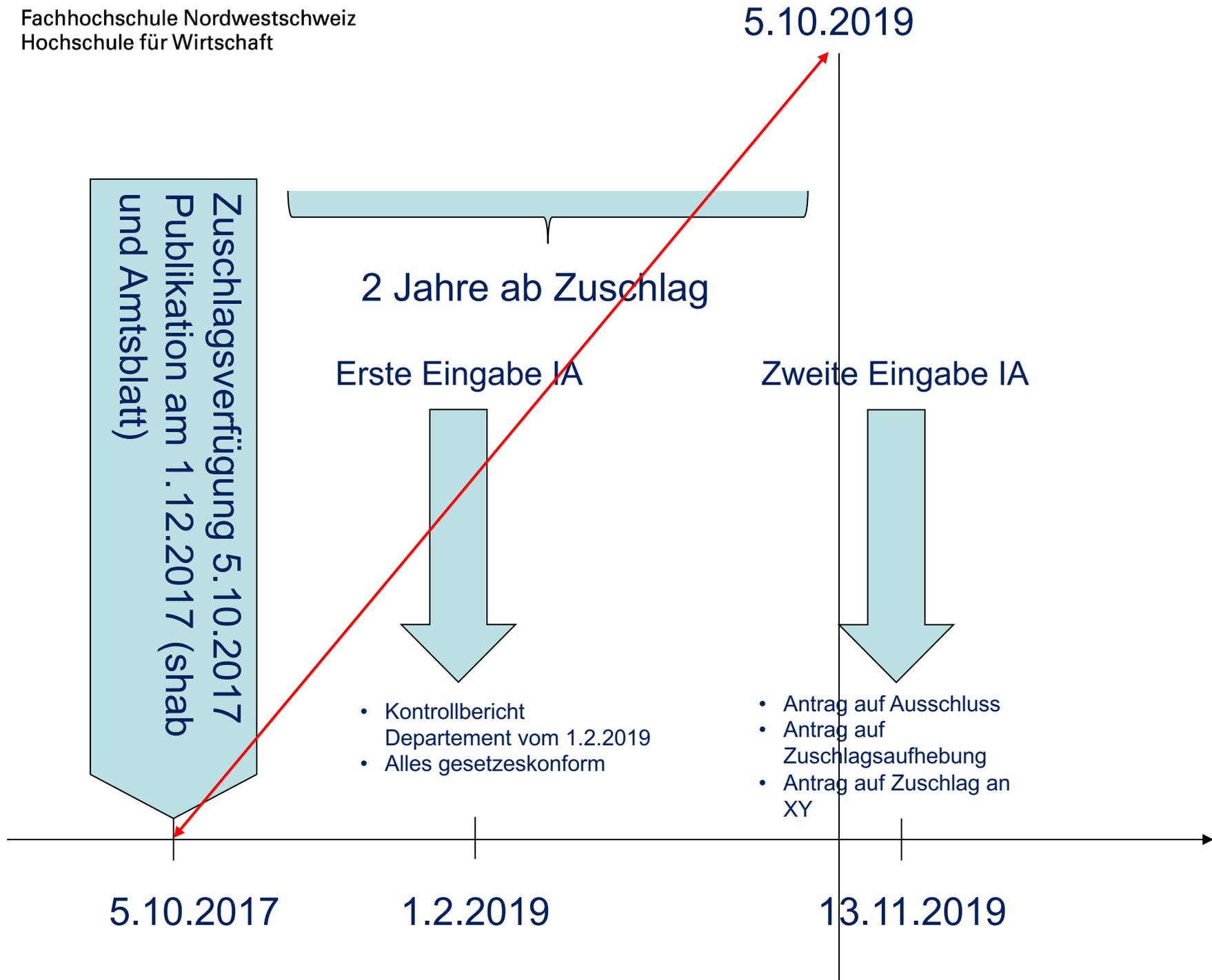
2.6. Das Vertragsverfahren

Nichterfüllung von Eignungskriterien bei Leistungserbringung



3. Nach Abschluss - Kontrollverfahren

Nachträgliche Überwachung



Gesetzesgrundlagen

IVöB Art. 19

- 1 Die Kantone überwachen die Einhaltung der Vergabebestimmungen vor und nach dem Zuschlag durch die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber und die Anbieterinnen und Anbieter.
- 2 Sie sehen Sanktionen für den Fall der Verletzung der Vergabebestimmungen vor.

Art. 62 IVöB (2019)

Die Kantone überwachen die Einhaltung dieser Vereinbarung durch die Auftraggeber und Anbieter.

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
Imkerstasse 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.

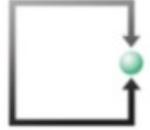
Der 40 Millionen Frankenbau wurde nicht öffentlich ausgeschrieben.

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

Rechtsanwältinnen
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