

Basler Submissions-Treffen vom 1. Juni 2021

Neue IVöB und Fälle aus der Praxis



Dr. Christoph Meyer, Advokat

Christian Gossweiler

Beat Tschudin

Nadja Bertesaghi

Luana Huber

NEOVIUS Advokaten & Notare

Rechtsabteilung BVD

Leiter ZBS

Stv. operative Leitung KFÖB

Leiterin KFÖB

Inhalt

1. Neue IVöB: Umsetzung in Basel-Stadt und Basel-Landschaft
2. Neue IVöB: Preisbewertung und Zuschlagskriterien
3. Fälle aus der Praxis: Drei Gerichtsurteile (BS und BL)

1. Neue IVöB: Umsetzung in Basel-Stadt und Basel-Landschaft

Revision BöB / IVöB: Umsetzung des GPA 2012

- Harmonisierung des nationalen Beschaffungsrechts (Bund und Kantone)
- Vereinheitlichung der Vorschriften im kantonalen Beschaffungsrecht
- Vergabekulturwandel: Stärkung des Qualitätswettbewerbs und stärkere Berücksichtigung der Nachhaltigkeit
- ABER: Beschaffungsverfahren, Verfahrensarten sowie Schwellenwerte bleiben grundsätzlich unverändert (Anpassung Einzelheiten des Verfahrens, wie z.B. Änderungen beim Rechtsmittelverfahren)
- IVöB: Umsetzung durch Kantone mit «Beitrittsgesetz». In Kraft, sobald zwei Kantone beigetreten. Bisher ein Beitritt, zweiter absehbar.

Neue IVöB – Was ist neu?

Wichtige Neuerungen (1/2)

- Übertragung öffentlicher Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt (Art. 9 IVöB)
- ATB: Klarstellungen in Bezug auf die Anforderungen an die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen und der Lohngleichheit sowie Neuerungen in Bezug auf die Anforderungen an die Einhaltung des Umweltrechts (Art. 12 IVöB)
- Schwellenwerte (Art. 16 IVöB): Bei Lieferungen freihändiges Verfahren bis CHF 150'000.00 (gleich wie Dienstleistungen)
- Das „vorteilhafteste“ statt wie bisher das „wirtschaftlich günstigste“ Angebot soll den Zuschlag erhalten (Art. 41 IVöB).

Neue IVöB – Was ist neu?

Wichtige Neuerungen (2/2)

- Sanktionen (Art. 45 IVöB): Klare Regelung und Folgen
- Rechtsschutz (Art. 51 ff. IVöB):
 - Begründete Verfügung in jedem Fall; keine erweiterte Begründung mehr
 - Beschwerdefrist neu 20 Tage
 - Neu adhäsionsweise Erledigung von Schadenersatzbegehren durch Verwaltungsgericht mit Vergabebeschwerde

Neue IVöB – Umsetzung Basel-Stadt

Einführungsgesetz zur IVöB (EG IVöB)

- Einführungsgesetz zur IVöB:
 - kurzes Gesetz: Praktisch keine materiell-rechtlichen Bestimmungen, da neue IVöB Beschaffungsrecht umfassend normiert
 - Hauptpunkt: Beitritt / Austritt zu revidierter IVöB
 - Vollzugs-/Ausführungsbestimmungen: Delegation an RR
- Stand:
 - EG durch RR an GR überwiesen am 3. Februar 2021
 - In Vernehmlassung Beitritt und Umsetzung wenig umstritten
 - Behandlung in Kommission (JSSK) und GR aussehend
 - Weitere Infos zum Geschäft (Ratschlag und Fortschritt):
<https://www.grosserrat.bs.ch/ratsbetrieb/geschaefte/200110735>

Neue IVöB – Umsetzung Basel-Stadt

Einführungsverordnung zur IVöB (EV IVöB)

- Einführungsverordnung zur IVöB:
 - Regelung der Vollzugs-/Ausführungsbestimmungen, z.B. betreffend Organisation (Zuständigkeiten), Aufsicht und Präzisierung der IVöB (soweit zulässig)
- Stand:
 - EV IVöB in Erarbeitung
 - Ziel: Fertigstellung mit Verabschiedung EG IVöB in GR

Neue IVöB – Umsetzung Basel-Stadt

Inkraftsetzung

- Ziel: Inkraftsetzung EG IVöB und EV IVöB noch dieses Jahr
- Beitrittserklärung: Gleichzeitig mit Inkraftsetzung
- Aufhebung bisheriges Recht: Mit Inkraftsetzung werden bisherige Erlasse (BeG und VöB) aufgehoben.

Neue IVöB – Umsetzung Basel-Landschaft

Einführungsgesetz zur IVöB (EG IVöB)

- Einführungsgesetz zur IVöB:
 - kurzes Gesetz: Praktisch keine materiell-rechtlichen Bestimmungen, da neue IVöB Beschaffungsrecht umfassend normiert
 - Hauptpunkt: Beitritt / Austritt zu revidierter IVöB
- Stand:
 - Vorabinformation landrätliche Kommissionen über die angedachte Umsetzung
 - Entwurf EG IVöB im Mitberichtsverfahren und voraussichtlich Mitte Juni 2021 Eröffnung Vernehmlassungsverfahren

Fragen & Antworten

(via virtuellem Handheben)

2. Neue IVöB: Preisbewertung und Zuschlagskriterien

Unterschiede BöB / IVöB (insbesondere)

Art. 29 Zuschlagskriterien

¹ Der Auftraggeber prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. ~~Er berücksichtigt, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, neben~~ [Neben] dem Preis und der Qualität einer Leistung, [kann er] insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, **Lebenszykluskosten**, Ästhetik, **Nachhaltigkeit**, **Plausibilität** des Angebots, ~~die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird, Verlässlichkeit des Preises,~~ Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik [berücksichtigen].

[...]

⁴ Für standardisierte Leistungen kann der Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten ~~Gesamtpreises~~ [Preises] erfolgen, ~~sofern aufgrund der technischen Spezifikation der Leistung hohe Anforderungen an die Nachhaltigkeit in sozialer, ökologischer und wirtschaftlicher Hinsicht gewährleistet sind.~~

Blau = Text IVöB; Rot = Text BöB; Schwarz = IVöB/BöB identisch

Preisbewertung und Zuschlagskriterien

Kriterien (z.B.)

- Neu mehr Zuschlagskriterien; Qualitätskriterien mehr Gewicht
- Nachhaltigkeit: Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales
- Indirekte Bewertung des Preises durch Beachtung der Lebenszykluskosten oder Prüfung der Plausibilität des Angebotes
- Preisniveaunklausel und Verlässlichkeit des Preises sind abzulehnen
- Lehrlingsausbildung: Ausserhalb Staatsvertrag.
- Kriterien sind unscharf und anspruchsvoll. Setzen eine klare Umschreibung der geforderten Nachweise sowie der vorgesehenen Bewertung voraus.

Weiterführendes

- [KBOB und Netzwerk Nachhaltiges Bauen \(NNBS\) Schweiz \(2021/3\); Empfehlung nachhaltiges Bauen](#)
- [KBOB und Beschaffungskonferenz des Bundes \(BKB\) \(Faktenblatt; neue Vergabekultur \(September 2020\)\)](#)
- [Leitfaden zur Beschaffung von Planerleistungen \(unter Berücksichtigung des revidierten Vergaberechts 2019\) Stand: 20. Oktober 2020; V1.0 sowie Anhang 1 und Anhang 2 \(KBOB\)](#)
- [Informationen der BPUK \(Musterbotschaft zur neuen IVöB; Faktenblätter\)](#)

Fragen & Antworten

(via virtuellem Handheben)

Fälle aus der Praxis: Drei Gerichtsurteile

Fall 1: VD.2018.228 und 230 URTEIL vom 5. November 2019

(Appellationsgericht Basel-Stadt)

FREIHÄNDIGE VERGABE INFOLGE TECHNISCHER BESONDERHEIT

- Freihändige Vergabe eines Auftrags für die Einführung einer hochperformanten Plattform mit integrierter "Advanced Analytics" (SAP) aufgrund **technischer Besonderheit** des Auftrags geschützt:

Einige Hinweise:

- Beschaffungsgegenstand wird von der Vergabestelle definiert. Ermessenspielraum.
- Beschaffungsgegenstand muss tatsächlich nur von einem bestimmten Anbieter geliefert werden können. Es dürfen auch keine angemessene Alternativen zur Verfügung stehen

- Beschaffungsstelle muss mit Marktabklärungen glaubhaft machen, dass keine Alternativprodukte erhältlich sind.
- Zuschlag zu publizieren, damit Rechtsmittel möglich ist.
- Rekurrentin muss aufzeigen, dass sie als potentielle Anbieterin die zu beschaffende Leistung (auch) hätte anbieten können.
- Beschaffungsstelle konnte aufzeigen, dass die Zuschlagsempfängerin als einzige die technischen Spezifikationen im erwarteten Umfang erbringen kann und damit eine technische Besonderheit aufweist.
- Newsletter zur Übersicht über die neuere Rechtsprechung BS und BL:
https://www.neovius.ch/fileadmin/generic_lib/Resources/Public/Downloads/Neovius_Newsletter/Neovius_Newsletter_Nr._16_1241313_.pdf

Fragen & Antworten

(via virtuellem Handheben)

Fall 2: VD 2020.178 Urteil vom 16. Dezember 2020 (Appellationsgericht Basel-Stadt)

- **Lieferung / offenes Verfahren nach GATT/WTO**
- **Anforderungen und Kriterien**
 - Eignung: zwei Referenzaufträge
 - Zuschlag: Preis / Tragetest / Kann-Kriterien / Muster, Sichtung / Referenzen
- **Beschwerdegründe**
 - Rechtswidriger Verfahrensausschluss
 - Überspitzter Formalismus
 - Verletzung rechtliches Gehör

- **Erwägungen**

- Die angefochtene Verfügung verletzt das rechtliche Gehör nicht und war ausreichend begründet. Die Begründung muss nicht alle, sondern nur die wesentlichen Gründe für den Entscheid enthalten.
- Grundsätzlich trifft die Vergabestelle indessen im Submissionsverfahren trotz des auch im Vergaberecht geltenden Untersuchungsgrundsatzes keine Pflicht, bei mangelndem Nachweis der Erfüllung von Eignungskriterien im eingereichten Angebot oder bei Angabe ungeeigneter Referenzen bei den Anbietenden nachzufragen. Es ist jedoch im Sinne von § 25 Abs. 2 BeG sinnvoll, wenn die Vergabestelle mit einer Rückfrage prüft, ob die die Offerte mit einer Klarstellung oder Präzisierung bereinigt werden könnte.

- **Erwägungen**

- Es wurde in der Ausschreibung deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei den technischen Spezifikationen um Muss-Kriterien handelt, welche den Eignungskriterien gleichgestellt sind. Es wurde zu dem in den Ausschreibungsunterlagen wie auch in der Fragerunde darauf hingewiesen, dass der mangelnde Nachweis der Erfüllung dieser Kriterien zum Ausschluss vom Verfahren führt. Die Vergabestelle war aufgrund des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot daran gebunden. Der Ausschluss war somit nicht überspitzt formalistisch und verstösst nicht gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip.
- Eine Variante hat die von der Vergabebehörde vorgegebenen (technischen oder andere) Minimalstandards zu erfüllen und dem Beschaffungsgegenstand zu entsprechen.

- **Entscheid**

- Der Rekurs wurde abgewiesen.

Fragen & Antworten

(via virtuellem Handheben)

Fall 3: KG BL – Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, [Urteil vom 24. Juni 2020](#)

- **Dienstleistung / offenes Verfahren**
- **Anforderungen**
 - Die korrekte Behandlung des Schmutzwassers und Entsorgung der Rückstände in einem Entsorgungsbetrieb mit entsprechender Bewilligung muss nachgewiesen werden.
 - Gemäss Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA) Art. 22 sind Strassensammlerschlämme zu behandeln, Kies zurück zu gewinnen und der Rest thermisch zu behandeln.
- **Rahmenbedingungen zum Zeitpunkt der Submission**
 - Annahmestopp in Zementwerken
 - Fehlende thermische Behandlungsmöglichkeiten in der Region
 - Ungleich lange Spiesse aus Sicht einzelner Marktteilnehmer
 - Harte Haltung Aufsichtsbehörde

- **Abbruch des Verfahrens mit gleichzeitiger Verfahrensneuaufgabe**
 - Entscheid über den Abbruch des Verfahrens nach Eingang der Angebote.
 - Begründung des Abbruchs: wesentliche Änderung unter denen der Wettbewerb ausgeschrieben wurde.
 - In der Verfahrensneuaufgabe wurde die Anforderung aufgenommen, den Entsorgungsweg strikt und vollständig aufzuzeigen.
 - Gegen den Entscheid über den Abbruch des Verfahrens wurde Beschwerde erhoben
- **Entscheid**
 - Die Beschwerde wurde gutgeheissen und der Entscheid über den Abbruch des Verfahrens aufgehoben. Die Angelegenheit wurde an die ausschreibende Stelle zurückgewiesen zur Weiterführung des Vergabeverfahrens.
 - Fehlende sachliche Begründung zum Abbruch des Verfahrens. Mit der Übergabe an ein Entsorgungsunternehmen, welches über die erforderlichen Betriebsbewilligungen verfügt, endet die Nachweispflicht des Anbieters zur sachgerechten Entsorgung.

Fragen & Antworten

(via virtuellem Handheben)

**Vielen Dank für Ihr Interesse und Ihre
Aufmerksamkeit!**