



Kanton Basel-Stadt



Basler Submissions-Treffen vom 6. November 2024

Bietergemeinschaften und Subunternehmen



Pascal Stoll

Christoph Meyer

Beat Tschudin

Stv. Leiter KFöB

Advokat, NEOVIUS

Leiter ZBS



Annahme

Bedeutung bzw. trennscharfe Abgrenzung zwischen

- Anbieter
- Bietergemeinschaft (BIEGE)
- Subunternehmen (SUBU)

teilweise nicht geläufig.



Warum eine genaue Zuordnung wichtig ist I

- Beschaffungsverfahren bereitet den Vertragsschluss vor.
- Vertragspartner werden sein:
 - Auftraggeber <-> Anbieter/BIEGE
 - Anbieter/BIEGE <-> SUBU
- Keine vertragliche Verbindung zwischen Auftraggeber und SUBU



Warum eine genaue Zuordnung wichtig ist II

- Anbieter müssen sich bereits in der Ausschreibung entsprechend «zusammenfinden»:
 - Nur ein Anbieter für sich
 - Mehrere Anbieter zusammen (BIEGE)
 - Ein Einzelanbieter oder eine BIEGE, jeweils unterstützt durch einen oder mehrere SUBU
- Ausschreibung muss klare Vorgaben machen und Anbieter müssen sich in ihrem Angebot danach richten.



Definition Anbieter

Art. 3 lit. a IVöB (gekürzt)

Natürliche oder juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts oder Gruppe solcher Personen, die Leistungen anbieten [...].



Zwei Kategorien von Anbietern I

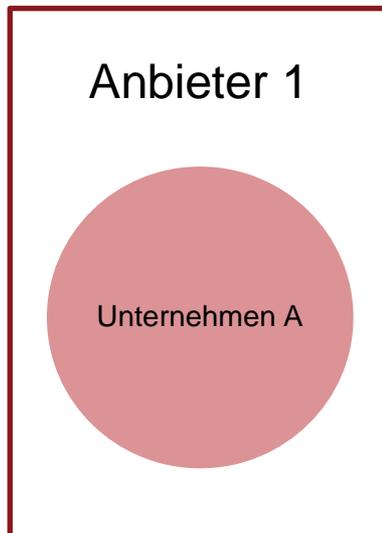
- **Einzelanbieter:** Einzelne natürliche oder juristische Person.

- **Bietergemeinschaft:** Gruppe von natürlichen oder juristischen Personen.

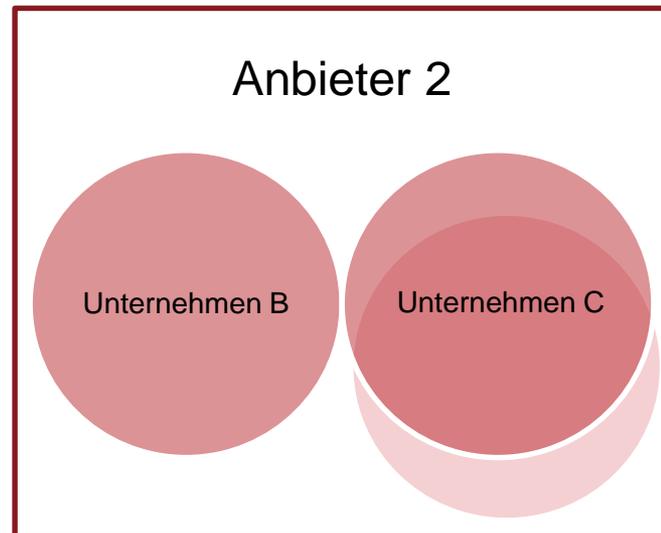


Zwei Kategorien von Anbietern II

Einzelanbieter



Bietergemeinschaft





Wenn Anbieter = mehrere Personen zusammen ...

Bietergemeinschaft (BIEGE):

Rechtliche und organisatorische Zusammenarbeit von mehreren nat./jur. Personen, die gemeinsam ein Angebot auf eine öffentliche oder private Ausschreibung abgeben.

Alle Teilnehmer der BIEGE zusammen gelten als «ein» Anbieter; der einzelne Teilnehmer der BIEGE ist nicht Anbieter.



Und wenn Anbieter weitere Person beauftragt...

Subunternehmen:

- Nat./jur. Person, die vom Hauptunternehmen (oft Generalunternehmen) zur Auftragserfüllung beauftragt wird.
- Mitwirkung bei der Erfüllung des Hauptvertrags, deshalb gem. Art. 101 OR Hilfsperson des Hauptunternehmens.
- SUBU bieten dem Auftraggeber keine Leistungen an, stehen also in keinem Vertragsverhältnis zu diesem (e contrario Art. 3 lit. a IVöB).

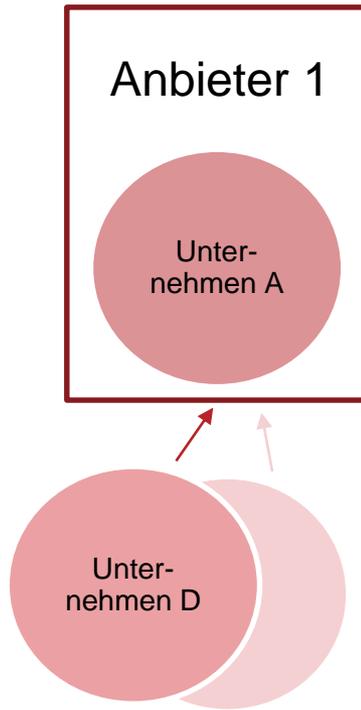
«Lieferant»:

- Steht ebenso wenig in Vertragsverhältnis zum Auftraggeber.
- Erbringt jedoch Leistung ausserhalb des Pflichtenkreises des Hauptvertrags, deshalb keine Hilfsperson gem. Art. 101 OR.
- Häufig Lieferung von Produkten oder Material im Vorfeld, oft Kaufvertrag.

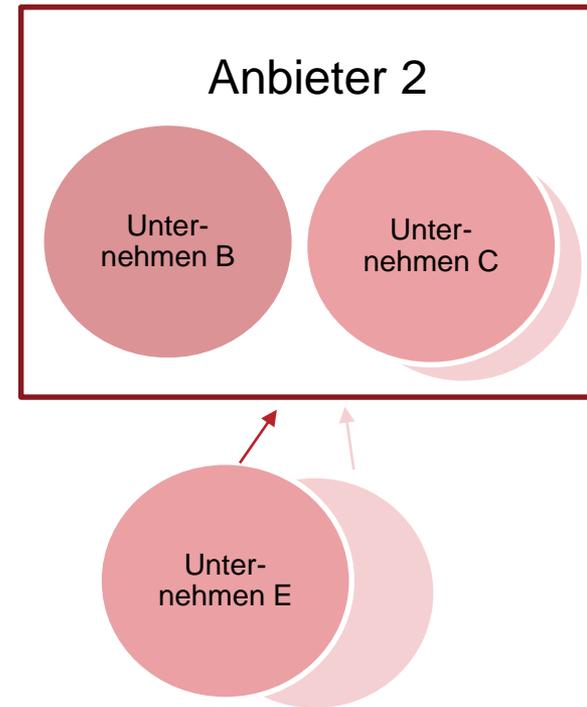


Zwei Kategorien von Anbietern mit Subunternehmen

Einzelanbieter mit Subunternehmen



Bietergemeinschaft mit Subunternehmen





Entstehung Bietergemeinschaft

- Durch Vertrag zwischen Teilnehmern der BIEGE, also durch Konsens.
- BIEGE wird nach Vertragsschluss zur Arbeitsgemeinschaft (ARGE).
- Sind beides einfache Gesellschaften (Art. 530 ff. OR). Keine eigene Rechtspersönlichkeit.
- Alle Teilnehmer sind Vertragspartner des Auftraggebers.
- Rollen müssen geklärt sein, allenfalls auch Federführung. Im Idealfall schriftlich.



Entstehung Subunternehmer-Verhältnis

- Durch Vertrag zwischen Anbieter und seinen SUBU, also durch Konsens.
- Interessant: Für Ausschreibung, evtl. auch einfache Gesellschaft.
- Rollen müssen geklärt sein. Im Idealfall schriftlich.



Bietergemeinschaft und Subunternehmen

Was sagt das Beschaffungsrecht?



Vorgaben IVöB I

- In IVöB vorgesehen. Z.B. Art. 31 IVöB (Bietergemeinschaften und Subunternehmer).
- Grundsatz: BIEGE und SUBU zugelassen.
 - Art. 31 Abs. 1 IVöB und Art. 27 BV Wirtschaftsfreiheit (Organisationsfreiheit)
 - Wettbewerbsförderlich
 - KMU-freundlich
- Nicht-Zulassung nur in begründeten Fällen erlaubt.



Vorgaben IVöB II

- Die charakteristische Leistung ist grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen (Art. 31. Abs. 3 IVöB).
- Mehrfachbewerbungen nur möglich, wenn ausdrücklich zugelassen (Art. 31. Abs. 2).



Vor-/Nachteile (aus Sicht Auftraggeber)

Vorteil:

- BIEGE und SUBU erweitern Anbieterkreis und damit Wettbewerb. Grundsätzlich im Interesse des Auftraggebers.
- Bei BIEGE haften Teilnehmer solidarisch. Auftraggeber kann sich solventesten Teilnehmer aussuchen.

Nachteil:

- BIEGE kann in gewissen Fällen kompliziert bzw. risikoreich sein in der Abwicklung.
- Zugriff auf SUBU schwieriger als auf Anbieter (=Vertragspartner).



Vor-/Nachteile (aus Sicht Anbieter)

Vorteil:

- Konstellation von BIEGE oder SUBU ermöglicht u.U. Angebote auf Ausschreibungen zu machen, auf die man alleine nicht hätte anbieten können (Ressourcen, Kapazität, Erfüllung EK und ZK).

Nachteil:

- Haftung auch für Fehler eines anderen: Bei BIEGE jeder einzelne Teilnehmer persönlich, primär, unbeschränkt und solidarisch. Bei SUBU aus Hilfspersonenhaftung.
- Bei BIEGE können einzelne Teilnehmer ihre Ansprüche nur gemeinsam wahrnehmen.
- Bei BIEGE z.T. Konsortialversicherung notwendig, da Standardversicherung Tätigkeit aus ARGE nicht deckt.
- Vertragliche Beziehung in der BIEGE bzw. zu den SUBU muss gut geklärt sein (anspruchsvoll). Risiko interner Auseinandersetzungen (insb. Honorar; Haftung).



Beispiele

Typische BIEGE und SUBU-Konstellationen:

- Generalunternehmer
- Totalunternehmer
- Generalplaner

Typische Konstellation, bei der BIEGE und SUBU ausgeschlossen werden (können):

- BIEGE: z.B. sehr kleiner Anbietermarkt; übermässiger Koordinationsaufwand; Beschaffungszweck gefährdet; nicht wirtschaftlich.
- SUBU: z.B. bei besonderen Qualitätsansprüchen.
- ABER: Nur, wenn begründet und keine mildereren Mittel vorhanden (z.B. single point of contact)



Anforderungen an Auftraggeber (Ausschreibung) I

Ausschreibungen mit BIEGE und SUBU stellen besondere Ansprüche an Auftraggeber. Besondere Klarstellung nötig:

- Es muss für die Anbieter klar sein, welche Funktionen als Teilnehmer in der BIEGE beteiligt sein müssen und welche Teilleistungen in welchem Umfang von einem SUBU erbracht werden dürfen.
- Anbieter müssen folglich klar deklarieren, wer in welcher Funktion und welcher Rolle am Angebot beteiligt ist.
- Deshalb: Abfragen (Unternehmensangaben), wer BIEGE ist, wer SUBU, wer federführend etc.



Anforderungen an Auftraggeber (Ausschreibung) II

Wer muss bzw. kann ATB, EN und ZK erfüllen?

Hängt ganz spezifisch von der jeweiligen Ausschreibung und den Gegebenheiten im Markt ab.

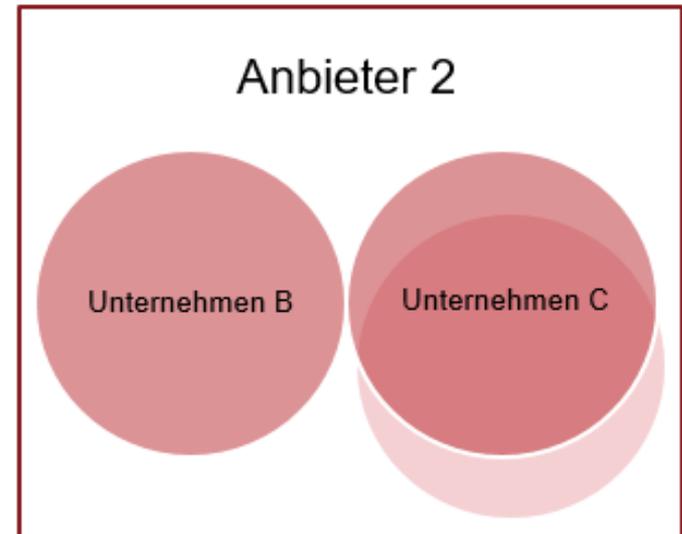
- Was ist mit Referenzaufträgen, die ein Anbieter seinerseits als Teilnehmer einer BIEGE erbracht hat?
- Kann Vergabestelle einen Teilnehmer der BIEGE oder ein SUBU vorgeben?
- Vorgaben betreffend Mehrfachbeteiligung.

Im Besonderen: Formulierung Referenzabfrage (EK, ZK)

«Nachweis eines Referenzauftrages des Anbieters»

Was bedeutet das?

- Nachweis Referenz von Unternehmen B oder;
- Nachweis Referenz von Unternehmen C oder;
- Nachweis Referenz, welche B und C gemeinsam als Bietergemeinschaft ausführten.

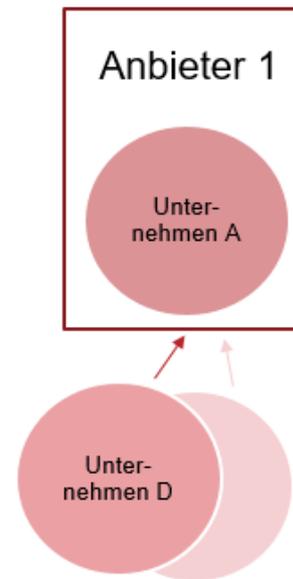


Im Besonderen: Formulierung Referenzabfrage mit Subunternehmen

«Nachweis eines Referenzauftrages des Anbieters»

Was bedeutet das?

- Subunternehmen gelten nicht als Anbieter.
- Grundsatz: Nachweis von Unternehmen A zu erbringen.
- Ausnahme: SUBU-Referenz explizit zugelassen.





Achtung: Fallen für Anbieter I

- Eignungs-Referenzen von Tochter- oder Schwestergesellschaft (nicht Teilnehmerin der BIEG) angegeben.
- Charakteristische Leistung von SUBU angeboten.
- Eignungs-Referenz von SUBU nicht zugelassen.

→ Kann zu Verfahrensausschluss führen!



Achtung: Fallen für Anbieter II

- Referenz Zuschlagskriterium von SUBU nicht zugelassen.
- Bewertete Schlüsselperson muss bei Anbieter angestellt sein.

→ Kann zu schlechter Bewertung führen!



Besondere Problemstellungen I

Wenn nicht alle Teilnehmer der BIEGE die gewünschten Nachweise einreichen

- Nachreichung von Unterlagen unter Zeitdruck oder evtl. nicht mehr rechtzeitig möglich.
- Beispiele:
 - Bestätigungen Paritätische Kommission oder Treuhänder über Einhaltung Arbeitsbedingungen.
 - Logib-Nachweis über Einhaltung Lohngleichheit.



Besondere Problemstellungen II

Falls kein Zuschlag erfolgt und Beteiligter nicht Einzelanbieter ist

- SUBU hat keine Legitimation für Rechtsmittel.
- Teilnehmer der BIEGE müssen gemeinsam Beschwerde führen.
- Verfügungen werden nur an federführenden Teilnehmer der BIEGE geschickt.



Danke für die Aufmerksamkeit!