Öffentliches Vergaberecht: Revision und neue Rechtsprechung

Martin Beyeler,
Prof. Dr. iur., Universität Freiburg

St. Galler Juristenverein, St. Gallen, 28. August 2019

smart living lab

smart living lab

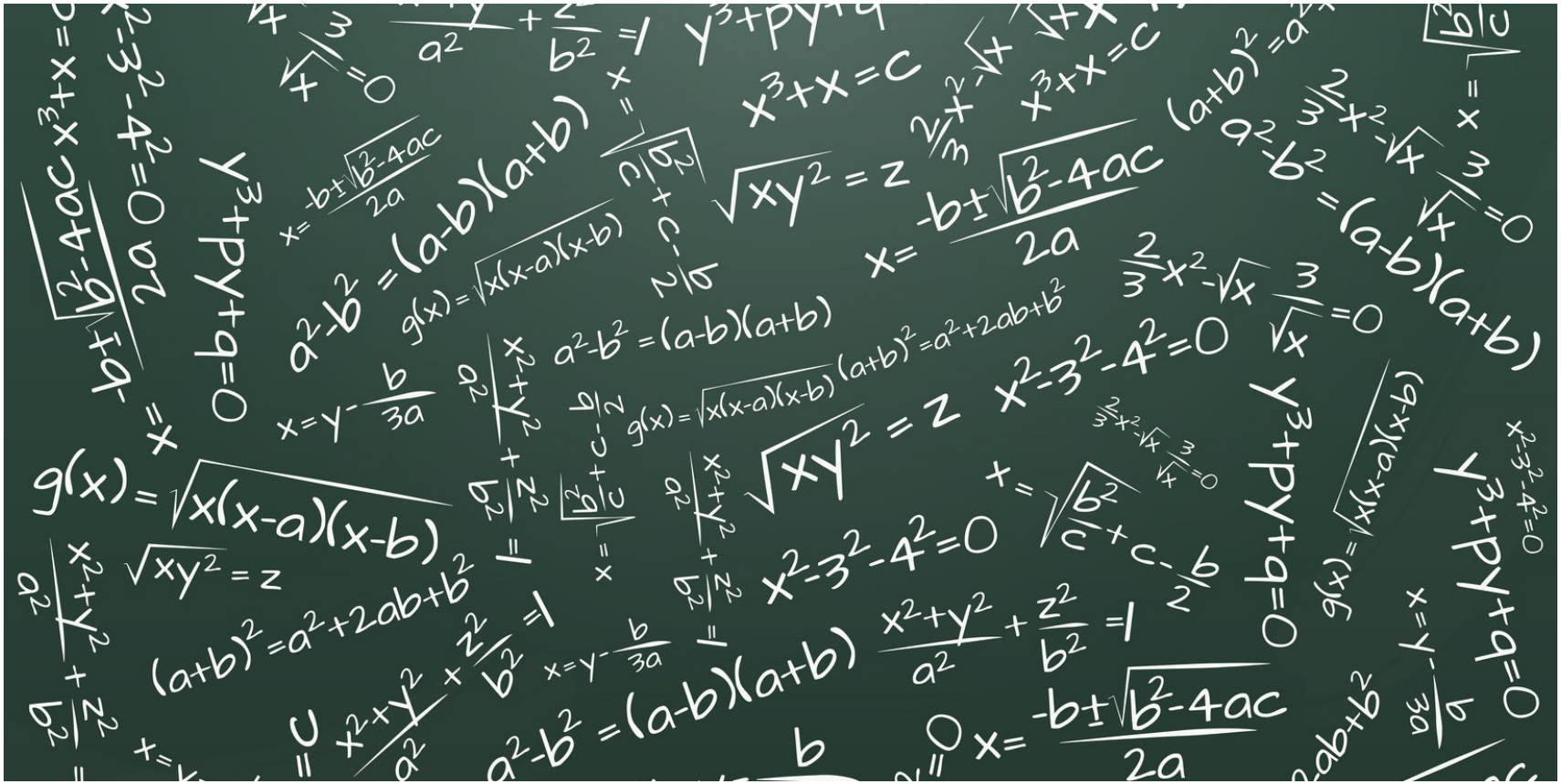
Übersicht

- Zum Einstieg: Bewertungsfragen
- Zum Stand der Revision
  - BöB / VöB / BGBM
  - IVöB / kantonales Recht

Übersicht

- Neue Rechtsprechung
  - (öffentliche) Listenspitäler / Altkleidersammlung
  - Urheberrechte / Loslimitierung
  - Ausschreibungskonformität
  - Referenzen / Zeitpunkt der Erfüllung von EK
  - Rahmenverträge

Zum Einstieg: Bewertungsfragen



smart living lab

Zum Einstieg: Bewertungsfragen

Ex: BVGer B-4086/2018 (12.8.2019), E. 6.3.2

ZK 2 (Qualität von 29 Reinigungsprodukten; 83 Subkriterien)

Finale Gesamtpunktzahl	Note für ZK 2	Punkte für ZK 2:
0-83	1	25
84-166	2	50
167-249	3	75
250-332	4	100
333-415	5	125

Zum Einstieg: Bewertungsfragen

Ex: BVGer B-4086/2018 (12.8.2019), E. 6.7.2

- «Mit der vorliegenden Bewertung der Qualität durch Noten von 1–5 für insgesamt 83 Prüfkriterien ist dieser Ermessenspielraum […] nicht überschritten […].»

Zum Einstieg: Bewertungsfragen

Ex: BVGer B-587/2019 (ZE 3.4.2019), E. 4.5.2

4.5.2 Die Vergabestelle hat vorliegend mit der Einladung zur Angebotsabgabe die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung (Wirtschaftlichkeit: 50 %; Qualität: 50 %) bekannt gegeben (Ausschreibung Ziff. 2.10). Das Kriterium Wirtschaftlichkeit wurde wie folgt unterteilt: Investitionskosten Mobile Anlagen [Gewichtung 35%], Investitionskosten Stationäre Anlagen [Gewichtung 35%] und Betriebskosten LCC [Gewichtung 30%]. Es ist nicht ersichtlich und die Beschwerdeführerin legt auch nicht näher dar, aus welchen Gründen diese Gewichtung rechtsfehlerhaft ausgefallen sein sollte.

Zum Stand der Revision

smart living lab

Zum Stand der Revision

Bund

- 21.6.2019
  - Ratifikation GPA 2012
  - Beschluss totalrevidiertes BöB (BBl 2019 4505)
- Seit Sommer 2019
  - Ausarbeitung VöB (Ämterkonsultation)

Zum Stand der Revision

Kantone / Gemeinden

- 23.6.2019
  - angepasster Entwurf totalrevidierte IVöB
  - grds. = BöB vom 21.6.2019 (vgl. aber 13 IV !)
  - Kurz-Vernehmlassung

Zum Stand der Revision

Inhaltliche Neuerungen (ggü. E-BöB 2017)

- «volkswirtschaftliche» Nachhaltigkeit (2 a)
- «Organisationen der Arbeitsintegration» (10 I e)
- «öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen» (10 I i; vgl. aber Ziff. 6.1 Annex 1 GPA 2012)
- «weitere wesentliche internationale Arbeitsstandards» (12 II)

Zum Stand der Revision

Inhaltliche Neuerungen (ggü. E-BöB 2017)

- Einhaltung des Umweltrechts (12 III / 44 II f)
- «vorteilhaftestes» Angebot (41 I; vgl. aber 29)
- unlauterer Wettbewerb als Ausschlussgrund (44 II h)
- Verzicht auf spezielle Geheimhaltung (49)

Listenspitäler

smart living lab

Listenspitäler

Ausgangslage

- GZO AG (ehem. Gemeindeverband)
  - Aktionariat: ehem. Verbandsgemeinden
  - Zweck: Sicherstellung des akutstationären Leistungsauftrags
  - Tätigkeit: insb. versch. Bereiche Akutsomatik gemäss kant. Spitalliste (39 I e KVG)
  - Private Vergabe aller Leistungen

Listenspitäler

Prozessgeschichte

- Verfügung RR ZH: Einhaltung des Vergaberechts (292 StGB)
- VGer ZH: Aufhebung der Strafandrohung; Bestätigung der Vergaberechtsverpflichtung
- Beschwerde GZO AG vor BGer

Listenspitäler

Entscheid

- «Einrichtung des öffentlichen Rechts»?
  - Rechtspersönlichkeit
  - Staatsgebundenheit
  - Gründung zum besonderen Zweck, Aufgaben im Allgemeininteresse auf nicht gewerbliche Art zu erfüllen

Listenspitäler

Entscheid

- gewerblich oder nicht gewerblich?
  - Marktzugangsbeschränkung Spitalliste: kein hinreichend unpolitisches Verfahren, privilegierte Stellung aufgrund des KVG
  - kein Preiswettbewerb möglich
  - kaum Qualitätswettbewerb möglich

Listenspitäler

Entscheid

- Listentätigkeiten erfolgen nicht gewerblich
- GZO AG = «Einrichtung des öffentlichen Rechts»
- Abweisung der Beschwerde

→ BGE 145 II 49

Vgl. für SG Art. 13 SPFG (sGS 320.1)

Und die privaten Listenspitäler (8 II a IVöB)?

Altkleidersammlung

smart living lab

Altkleidersammlung

Ausgangslage

- Stadt Schlieren / C. AG: «Zusammenarbeits-Vereinbarung»
  - Einräumung «Exklusivrecht» zur Aufstellung von Alttextilcontainern an bestimmten Standorten
  - Bezahlung von CHF 0,20/kg durch C. AG an Stadt

Altkleidersammlung

Prozessgeschichte

- Beschwerde der A. GmbH vor VGer
  - Aufhebung / Abbruch Freihandverfahren mit C. AG
  - Anordnung der Pflicht zur Ausschreibung
  - Anordnung der Vertragsauflösung
- Anordnung der aufschiebenden Wirkung (unter Zulassung interimistischer Erfüllung)

Altkleidersammlung

Entscheid

- Erfüllung öffentlicher Aufgaben?
  - Ja; vgl. Art. 6 TVA (Alttextilien = Siedlungsabfälle)
- Vergütung durch die Stadt?
  - Ja; CHF 0,60/kg (Marktwert CHF 0,80/kg; Rückerstattung CHF 0,20/kg)
- Vergaberecht anwendbar

→ VGer ZH VB.2018.00469

Urheberrechte

smart living lab

Urheberrechte

Ausgangslage

- Bahnhof Zürich-Stadelhofen (SBB)
  - Architekt (1984–90): Santiago Calatrava
  - Vorhaben 2018 ff.: Erweiterung
  - Ausschreibung Projektwettbewerb

Urheberrechte

Prozessgeschichte

- Anfechtung Ausschreibung (S.C. / Büro S.C.)
  - Jedes «fremde» Projekt führt notgedrungen zu einer urheberrechtsverletzenden Entstellung!
  - Nur der ursprüngliche Architekt kann und darf die Erweiterung planen!
  - Und: Rechtsübertragung widerspricht VöB 54!

Urheberrechte

Entscheid

- 62 I a URG / 5 I a ZPO: Der in seinem Urheberrecht Verletzte kann die Verletzung durch das Zivilgericht verbieten lassen
- Die vergaberechtliche Beschwerdeinstanz (BVGer) ist für urheberrechtliche Rügen nicht zuständig

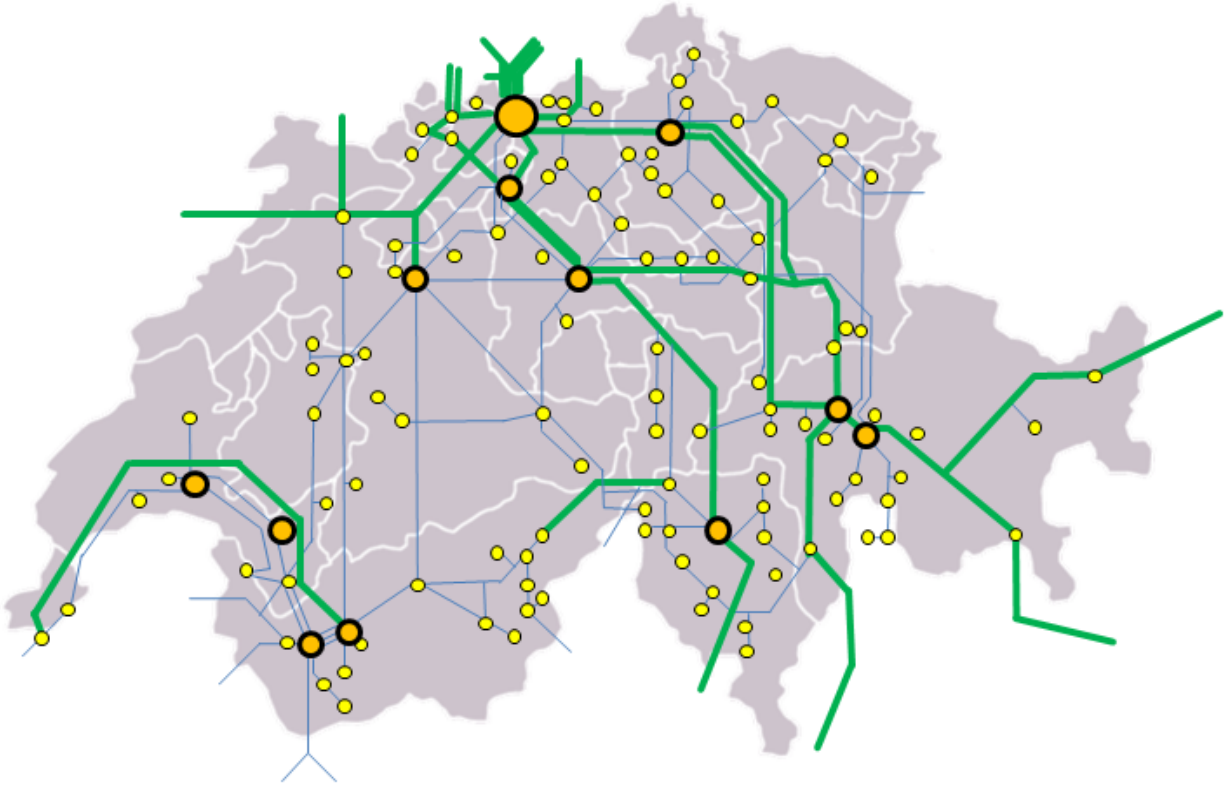
Urheberrechte

Entscheid

- 54 VöB (das Urheberrecht verbleibt bei den Wettbewerbsteilnehmern) steht einer Klausel nicht entgegen, nach der die Wettbewerbs-gewinnerin Urheberrechte abzutreten hat.

→ BVGer B-6588/2018 (ZE 4.2.2019)

Loslimitierung



Unterwerk oder Kraftwerk
380 Kilovolt-Leitung
220 Kilovolt-Leitung

smart living lab

Loslimitierung

Ausgangslage

- Ausschreibung Swissgrid AG
  - Instandhaltung Unterwerke und Trassen
  - enger Anbietermarkt (geringe Zahl von Nachfragern); Gefahr des Austrocknens
  - Limitierung der möglichen Zuschläge auf maximal 2+2 Lose (UW+T)

Loslimitierung

Prozessgeschichte

- Beschwerde gegen Zuschlag Los «UW02»
  - (Erstplatziert, aber Zuschlag verweigert)
  - Loslimitierung unzulässig!
  - Sicherheitsbedürfnis ist über Eignungskriterien zu befriedigen!

Loslimitierung

Entscheid

- 21 I^{bis} BöB: Vergabestelle «kann […] festlegen», dass ein Anbieter nur eine beschränkte Zahl an Losen erhalten kann
  - Wortlaut: freies Ermessen
  - historisch/teleologisch/rechtsvergleichend: zulässig dann, wenn damit die Vergaberechtszwecke gefördert werden

Loslimitierung

Entscheid

- In casu: Loslimitierung zwecks:
  - Gewährleistung der Versorgungssicherheit (kurzfristig)
  - Wahrung der Wettbewerbssituation (mittel-/langfristig)

Loslimitierung

Entscheid

- Loslimitierung zulässig
  - Abweisung der Beschwerde

→ BVGE 2018 IV/6

- Sollte man in solchen Situationen über eine Internalisierung nachdenken?

Ausschreibungskonformität

smart living lab

Ausschreibungskonformität

Ausgangslage

- Auftrag Sanierung Kugelfang
  - fachgerechte und gesetzeskonforme Entsorgung
  - Anbieter X.: Entsorgung im Ausland (rechtskräftige Ausfuhrbewilligung)

Ausschreibungskonformität

Prozessgeschichte

- Zuschlag an Anbieter X.
- Beschwerde von Anbieter Y.
  - Ausfuhrbewilligung ist materiell rechtswidrig
  - RSTHA: Aufhebung Vergabe / Beschwerde (X.)
  - VGer: Bestätigung Vergabe
  - Beschwerde vor BGer (Y.)

Ausschreibungskonformität

Entscheid

- Vergabebehörde hat materielle Rechtmässigkeit der Ausfuhrbewilligung nicht zu überprüfen
- Beschwerdeführer ist nicht legitimiert, die Rechtmässigkeit infrage zu stellen
- Abweisung der Beschwerde (Bestätigung der Vergabe)

→ BGer 2C_916/2018 (vgl. jedoch 2C_498/2017)

Referenzen

smart living lab

Referenzen

Ausgangslage

- Ausschreibung Dienstleistungsauftrag (IT)
  - Eignungskriterium «Referenzen»
  - Anbieterin X. gibt Referenzen ohne Identität des Referenz-Auftraggebers an (Geheimhaltung!)

Referenzen

Ausgangslage

- Ausschluss Anbieterin X.
  - EK «Referenzen» nicht erfüllt
- Beschwerde Anbieterin X.
  - Identität kann aufgrund von Geheimhaltungs-vereinbarungen nicht bekanntgegeben werden!
  - Identität ist unnötig; Angaben genügen!

Referenzen

Entscheid

- Referenzen ohne Überprüfbarkeit sind nutzlos
- EK nicht erfüllt
- Ausschluss (prima facie) rechtmässig

→ BVGer B-6988/2018 (Zwischenentscheid 17.4.2019)

Wie hätte die Anbieterin vorgehen sollen?

Zeitpunkt der Erfüllung von EK

smart living lab

Zeitpunkt der Erfüllung von EK

Ausgangslage

- Ausschreibung Nachführung amtl. Vermessung
  - EK «Bürostandort im Vermessungskreis»
- Anbieter A. *hat* bereits Bürostandort im Kreis
- Anbieter C. *verspricht* Einrichtung eines Bürostandorts im Kreis
- Zuschlag an C.

Zeitpunkt der Erfüllung von EK

Prozessgeschichte

- Beschwerde von A.
  - C. hatte zum Zeitpunkt der Offerteingabe keinen Bürostandort im Vermessungskreis!
  - C. erfüllte das EK zum massgeblichen Zeitpunkt nicht; C. ist auszuschliessen!
- VGer LU: Abweisung der Beschwerde
- Beschwerde von A. vor BGer

Zeitpunkt der Erfüllung von EK

Entscheid

- Rechtsfrage von grds. Bedeutung: Zu welchem Zeitpunkt müssen EK erfüllt sein?
  - (bislang: «Einzelfallproblem»)
- Antwort: zum Zeitpunkt der Offerteingabe, falls nicht anders ausgeschrieben

Zeitpunkt der Erfüllung von EK

Entscheid

- In casu: Ausschreibung äussert sich nicht explizit zur Frage des Zeitpunkts der Erfüllung
- Auslegung zG Zeitpunkt Offerteingabe würde sich diskriminierend auswirken
- Auslegung zG Marktöffnung: Zeitpunkt der Vertragserfüllung ist massgeblich

(Achtung: Erfüllung ≠ Nachweis!)

Zeitpunkt der Erfüllung von EK

Entscheid

→ BGer 2C_111/2018 (2.7.2019)

Vgl. auch:

- BGer 2D_25/2018 (2.7.2019; zur Publ. vorg.)
- BGer 2C_678/2018 (5.6.2019) bzw. 2C_583/2017 (18.12.2017)

Rahmenverträge

smart living lab

Rahmenverträge

Ausgangslage

- Einheit der Regionalverwaltung (Lombardei)
- Verpflichtung zur zentralen Beschaffung
- Beschluss: Beitritt zu einem bestehenden Rahmenvertrag einer anderen Regionalverwaltung (ohne Ausschreibung)
- Rahmenvertrag sieht Beitritt vor (sep. Vertrag)

Rahmenverträge

Prozessgeschichte

- Beschwerde von Konkurrentinnen
- Vorlage an den EuGH
  - Beitritt als solcher zulässig?
  - Beitritt auch zulässig, wenn die Maximalmenge an beziehbaren Leistungen nicht bestimmt ist?

Rahmenverträge

Entscheid

- Beitritt als solcher zulässig
  - von Anfang an ausgeschrieben und vereinbart
- Beitritt nicht zulässig, wenn Maximalmenge nicht ausgeschrieben und vereinbart
- Beitritt in casu wohl unzulässig (bestimmbare Menge genügt nicht)

THE END