

Das öffentliche Beschaffungswesen im Wandel

Workshop III

Regeln und Rechtsschutz unterhalb der
Schwellenwerte und für nicht erfasste
Auftragsvergaben

RA Daniela Lutz, Lindtlaw Anwaltskanzlei,
Kreuzlingen/Zürich
RA Romeo Minini, AGM, Zürich und Thun

Zielsetzungen

- Darstellen der rechtlichen Grundlagen mit Hinweisen auf unterschiedliche Regelung im Bund und in den Kantonen
- Erläutern von Abgrenzungsfragen
- Spezielle Fragestellungen aufzeigen
- Verfahrensregeln darstellen
- Praxisbeispiel erörtern und diskutieren

Begriffliches

- **Unterschwellige Vergaben** sind
 - **Öffentliche Beschaffungen**, die aber die
 - **Schwellenwerte** für ein formalisiertes Verfahren nicht erreichen
- **Nicht erfasste Auftragsvergaben** sind entweder
 - Keine öffentlichen Beschaffungen („kein Einkauf“)
 - Oder beruhen auf einer (positivgesetzlich geregelten) „**Unterstellungsausnahme**“ (≠ ausnahmsweise freihändige Vergabe!)

Rechtslage in den Kantonen I

- **Art. 5 BGBM** (Binnenmarktgesetz): „umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten“ von Kantonen, Gemeinden und anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben
- **Art. 9 BGBM**: „Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen.“

Rechtslage Kantone II

- Art. 12 IVöB:
 - Offenes Verfahren
 - Selektives Verfahren
 - Einladungsverfahren
 - Freihändiges Verfahren

Rechtslage Kantone III

- Art. 15 IVöB:
 - Abs. 1: „Gegen **Verfügungen** der Auftraggeberin oder des Auftraggebers ist die Beschwerde an eine unabhängige kantonale Instanz zulässig.....“
 - Abs. 1^{bis}: Als (...)selbständig anfechtbare **Verfügungen** gelten:
 - a. die **Ausschreibung** des Auftrags
 - b. der Entscheid über Aufnahmen (...)in eine **ständige Liste (...)**
 - c. der Entscheid über **Auswahl** der Teilnehmerinnen (...) im **selektiven Verfahren**
 - d. der **Ausschluss** aus dem Verfahren
 - e. der **Zuschlag**, dessen **Widerruf** oder der **Abbruch** des Vergabeverfahrens (...)

Rechtslage Kantone IV

- Unterschwellige Vergaben

Schwellenwerte im Nichtstaatsvertragsbereich

	Lieferungen	Dienstleistungen	Bauarbeiten	
			Bauneben- gewerbe	Bauhaupt- gewerbe
Freihändige Vergabe	bis 100'000	bis 150'000	bis 150'000	bis 300'000
Einladungs- verfahren	bis 250'000	bis 250'000	bis 250'000	bis 500'000
Offenes/selektives Verfahren	ab 250'000	ab 250'000	ab 250'000	ab 500'000

Rechtslage Kantone v

- **Unterschwellige Vergaben – Regeln und Praxis**
 - Kein Rechtsschutz im Sinne der IVöB
 - Aber: Beschwerderecht gegen falsche Verfahrenswahl und systematische Diskriminierung (ZH VB.2003.00009: „Schularchiv“)
 - Pflicht zur Einhaltung allgemeiner verwaltungsrechtlicher Grundsätze (insbesondere Willkürverbot, Transparenz)

Rechtslage Kantone VI

- Nicht erfasste Auftragsvergaben
 - Keine öffentliche Beschaffung
 - BGE 125 I 209: öffentliche Hand muss Abnehmerin (Käuferin) von Sachen oder Dienstleistungen sein und dafür Entgelt leisten
 - Angleichung der Praxis der Rekurskommission in BRK 2004-012
 - Bsp. Abschleppen von Pannen- und Unfallfahrzeugen (ZH VB.2005.00155)
 - Ausgliederungen, Privatisierungen, Inhouse-Beschaffungen

Rechtslage Kantone VII

- Positivgesetzlich geregelte Ausnahmen
 - Art. 10 IVöB Abs. 1 („findet keine Anwendung auf“): Aufträge
 - an Behinderteninstitutionen, Strafanstalten
 - Im Rahmen von Agrar- und Ernährungshilfsprogrammen
 - Für die Beschaffung von Waffen, Munition (....)

Rechtslage Kantone VIII

- Positivgesetzlich geregelte Ausnahmen
 - Art. 10 IVöB **Abs. 2** („brauchen nicht nach den **Bestimmungen dieses Vertrages vergeben werden**“): Aufträge
 - an Behinderteninstitutionen, Strafanstalten
 - Im Rahmen von Agrar- und Ernährungshilfsprogrammen
 - Für die Beschaffung von Waffen, Munition (....)

Rechtslage Kantone IX

- Nicht erfasste Auftragsvergaben – Regeln und Praxis
 - Kein Rechtsschutz im Sinne der IVöB
 - Pflicht zur Einhaltung allgemeiner verwaltungsrechtlicher Grundsätze (insbesondere Willkürverbot)
 - Spezialfall „Konzessionen“

Rechtslage Kantone x

- Zukunft?
 - Revision BoeB
 - ??
 - Einfluss Europa
 - Rechtslage und aktuelle Diskussion in der EU (Mitteilung der Kommission vom 23.6.2006)
 - „analoge“ Verfahren als Ausweg – vgl. auch Entscheid „Abschleppaufträge“ Auswirkungen?

Praxis I

- BGE 131 I 137ff. „Sigriswil“
 - Art. 9 BGBM ist nicht abschliessend und lässt Kantonen den Raum, im unterschwelligen Bereich den Rechtsschutz einzuschränken
 - Anfechtungsmöglichkeit hat nur dort einen Sinn, wo ein formalisiertes Verfahren vorgesehen ist
 - Unabhängig von Schwellenwerten sind aber direkt gestützt auf Art. 9 BGBM immer anfechtbar: Ausschluss von künftigen Verfahren, Aufnahme/Streichung aus ständiger Liste, falsche Verfahrenswahl, eklatante Verstösse gegen das Diskriminierungsverbot.

Praxis II

- BGE 131 I 137ff. „Sigriswil“
 - ..im freihändigen Verfahren muss es möglich sein, mehrere Angebote einzuholen ?!
 - Einschätzung des Entscheides „Sigriswil“
- Rechtsschutz im Einladungsverfahren
 - Beschwerde gegen Nichteinladung (AGVE 2003, S. 239ff.; ZH VB.2003.00058)

Spezialfragen

- Verfahrenswechsel
 - Wenn Angebote über geschätztem Auftragswert/Schwellenwerte liegen
 - Wenn kein marktgerechtes Angebot eingeht
 - Wechsel vom freihändigen zum Einladungsverfahren (ZH VB.2000.00206: Treppenweg)
 - Wenn Änderung an den Ausschreibungsunterlagen und/oder am Auftragsumfang erfolgt

Danke!

RA Daniela Lutz, M.B.L.
Lindtlaw Anwaltskanzlei

Hauptstrasse 39
071 678 10 10
8280 Kreuzlingen

Klausstrasse 43
8034 Zürich
043 818 55 30

lutz@lindtlaw.ch
www.lindtlaw.ch