

Alle reden von mutig sein. Was aber, wenn meine Ausschreibung zu einer Beschwerde führt?

Submissionsbeschwerdeverfahren und Nachhaltigkeit in der Gerichtspraxis

RAin Nathalie Jäggi, Lindtlaw Anwaltskanzlei

Übersicht

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

- Wesentliches zum Submissionsbeschwerdeverfahren
- Ablauf eines Submissionsbeschwerdeverfahrens

Themenblock 2: Nachhaltigkeit in der Gerichtspraxis

- Geltende Rechtslage im Zusammenhang mit der Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung
- Aktuelle Rechtsprechung zur nachhaltigen öffentlichen Beschaffung
- Empfehlung

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Ziel und Zweck einer Beschwerde:

- Transparente, faire und gesetzeskonforme Vergabe
 - Vermeidung fehlerhafter Vergabeentscheide
 - Vermeidung von Missbrauch und Korruption
 - Verbesserung der Qualität der öffentlichen Beschaffung
- **Im Kanton Zürich ist der Rechtsschutz in Art. 51 ff. IVöB geregelt.**

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Welche Verfügungen sind mit einer Beschwerde anfechtbar?

- Die Ausschreibung des Auftrags
 - Der Entscheid über die Auswahl der Anbieter im selektiven Verfahren
 - Der Entscheid über die Aufnahme eines Anbieters in ein Verzeichnis oder über die Streichung eines Anbieters aus einem Verzeichnis
 - Der Entscheid über Ausstandsbegehren
 - Der Zuschlag
 - Der Widerruf des Zuschlags
 - Der Abbruch des Verfahrens
 - Der Ausschluss aus dem Verfahren
- **Im Übrigen besteht gegenüber den übrigen Verfügungen kein anderweitiger Rechtsschutz.**

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Wie eröffne ich eine Verfügung korrekt?

- Veröffentlichung auf www.simap.ch oder durch individuelle Zustellung
- Inkl. summarische Begründung und Rechtsmittelbelehrung

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Die summarische Begründung eines Zuschlags umfasst:

- Die Art des Verfahrens und Vorteile des berücksichtigten Anbieters
- Den Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots
- Die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots
- Gegebenenfalls eine Darlegung der Gründe für eine freihändige Vergabe

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Korrekte Rechtsmittelbelehrung:

*«Gegen diese Verfügung kann innert **20 Tagen** beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Freischützgasse 1, Postfach, 8090 Zürich, schriftlich Beschwerde eingereicht werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen, sie muss einen Antrag und dessen Begründung enthalten. Die angefochtene Verfügung ist beizulegen. Die angerufenen Beweismittel sind genau zu bezeichnen und soweit möglich beizulegen. Es gelten keine Gerichtsferien.»*

- **Die Frist beginnt ab Eröffnung der Verfügung. Erfolgt eine individuelle Zustellung, ist für den Fristbeginn die frühere Eröffnung massgebend. Eine spätere Publikation löst keine neue Frist aus!**

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

**Muss vor Erlass einer Verfügung das rechtliche Gehör gewährt werden?
Was gilt betreffend Akteneinsicht?**

- Vor Erlass der Verfügung besteht kein Anspruch auf rechtliches Gehör.
- In einem Beschwerdeverfahren ist die Vergabestelle verpflichtet, dem Verwaltungsgericht sämtliche Akten vorzulegen. Anschliessend entscheidet das Verwaltungsgericht über ein allfälliges Akteneinsichtsgesuch des Beschwerdeführers.

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Gibt es eine Eintrittsschwelle?

- Gemäss IVöB ist die Beschwerde gegen Verfügungen ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert zulässig, also ab CHF 150'000.
- Der Kanton Zürich sieht jedoch keine Eintrittsschwelle vor (vgl. § 3 BeiG), d.h. im Kanton Zürich ist ein umfassender, betragsmässig nicht begrenzter Rechtsschutz möglich.

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Wer kann eine Beschwerde erheben?

- «Jede Person, die durch einen Entscheid unmittelbar oder mittelbar betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Änderung oder Aufhebung hat, ist zur Beschwerde berechtigt.»
 - Anbieter, die ein Angebot eingereicht haben (wenn sie glaubhaft darlegen können, dass sie bei Gutheissung ihrer Beschwerde eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen) sowie
 - Anbieter, die nachweisen können, dass sie ein Angebot eingereicht hätten, wenn sie von der Ausschreibung Kenntnis gehabt hätten und diese ordnungsgemäss erfolgt wäre.
- Besonderheiten:
 - Ausländische Anbieter im Binnenbereich
 - Im freihändigen Vergabeverfahren

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Welches sind die Parteien im Beschwerdeverfahren?

- Anbieterin, welche Beschwerde einreicht (Beschwerdeführerin)
- Vergabestelle (Beschwerdegegnerin)
- Zuschlagsempfängerin (Mitbeteiligte) – kann am Verfahren teilnehmen

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Wo und innert welcher Frist ist die Beschwerde zu erheben?

- Innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung
- Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (Freischützgasse 1, Postfach, 8090 Zürich)

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Welches sind die zulässigen Beschwerdegründe?

- Mit der Beschwerde können **Rechtsverletzungen, die Überschreitung oder der Missbrauch des Ermessens** und die **unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts** gerügt werden, nicht aber **bloße Unangemessenheit**.
- **Im freihändigen Verfahren kann nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden.**

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung?

- Nein, es ist ein Gesuch um aufschiebende Wirkung zu stellen.
 - Kumulative Voraussetzungen: Es stehen keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegen und die Beschwerde erscheint ausreichend begründet.
- **Wirkung: Die Vergabestelle darf den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin nicht abschliessen.**

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Wann darf der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen werden?

- Nach Ablauf der 20-tägigen Rechtsmittelfrist oder wenn das Verwaltungsgericht in einem allfälligen Beschwerdeverfahren keine aufschiebende Wirkung erteilt.
- **Tipp: Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist (20 Tage + 5 Tage) beim Verwaltungsgericht nachfragen, ob eine Beschwerde eingegangen ist, damit Klarheit besteht, ob der Vertrag abgeschlossen werden darf.**

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

Wirkungen der Gutheissung einer Beschwerde?

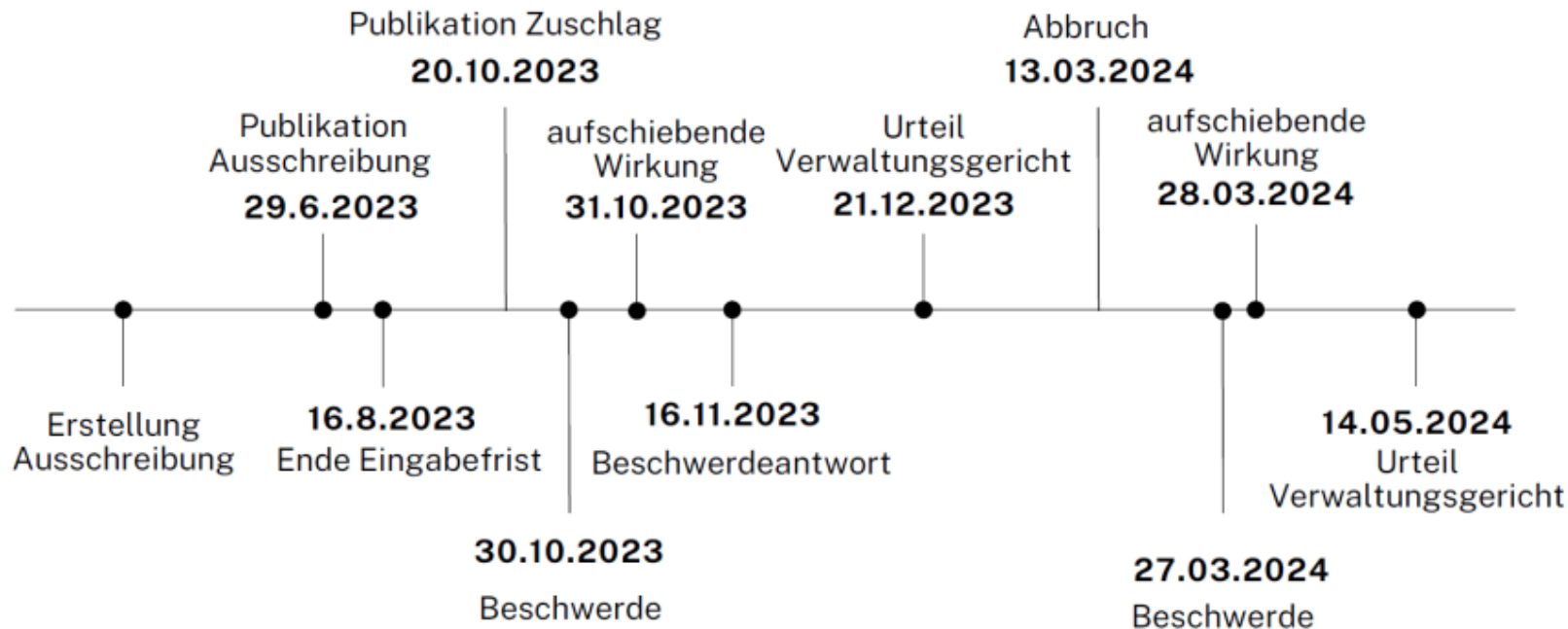
- Primärer Rechtsschutz (Entscheid aufheben und zurückweisen oder Entscheid aufheben und in der Sache selbst entscheiden): Reale Durchsetzung des Rechts; oder
- Sekundärer Rechtsschutz (Rechtswidrigkeit feststellen, sofern Realdurchsetzung nicht mehr möglich): Schadenersatz.

Themenblock 1: Submissionsbeschwerdeverfahren

In welcher Höhe kann Schadenersatz zugesprochen werden?

- Ersetzt werden lediglich die Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung seines Angebots erwachsen sind (Offertkosten).

Ablauf eines Submissionsbeschwerdeverfahrens



Themenblock 2: Nachhaltigkeit in der Gerichtspraxis

Geltende Rechtslage im Zusammenhang mit der Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung:

Art. 2 Diese Vereinbarung bezweckt:

Zweck

- a. den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel;
- b. die Transparenz des Vergabeverfahrens;
- c. die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter;
- d. die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbietern, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption.

Themenblock 2: Nachhaltigkeit in der Gerichtspraxis

Geltende Rechtslage im Zusammenhang mit der Nachhaltigkeit in der öffentlichen Beschaffung:

Art. 29 ¹ Der Auftraggeber prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Neben dem Preis und der Qualität einer Leistung kann er insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik berücksichtigen. Zuschlagskriterien

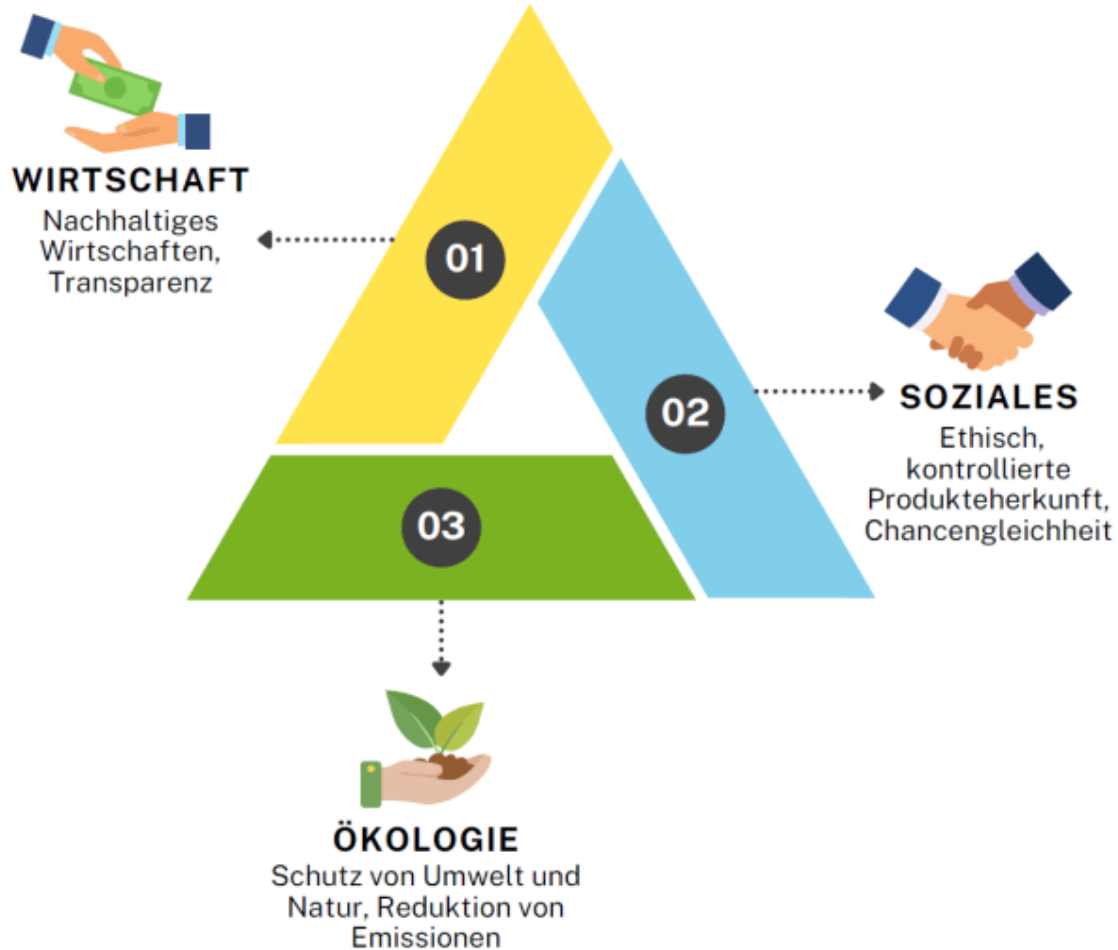
² Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann der Auftraggeber ergänzend berücksichtigen, inwieweit der Anbieter Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundbildung, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose anbietet.

Themenblock 2: Nachhaltigkeit in der Gerichtspraxis

Was heisst „nachhaltige“ Beschaffung?

Laut der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) bedeutet nachhaltige öffentliche Beschaffung, die öffentlichen Mittel sowohl wirtschaftlich als auch volkswirtschaftlich, sozial und ökologisch verantwortungsvoll einzusetzen.

Die Europäische Kommission definiert die nachhaltige Beschaffung wie folgt: Nachhaltiges öffentliches Beschaffungswesen ist ein Prozess, bei dem die öffentliche Hand versucht, bei der Beschaffung von Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen in allen Phasen des Projekts ein angemessenes Gewicht zwischen den **drei Säulen** der nachhaltigen Entwicklung – **Wirtschaft, Soziales und Umwelt** – zu erreichen.

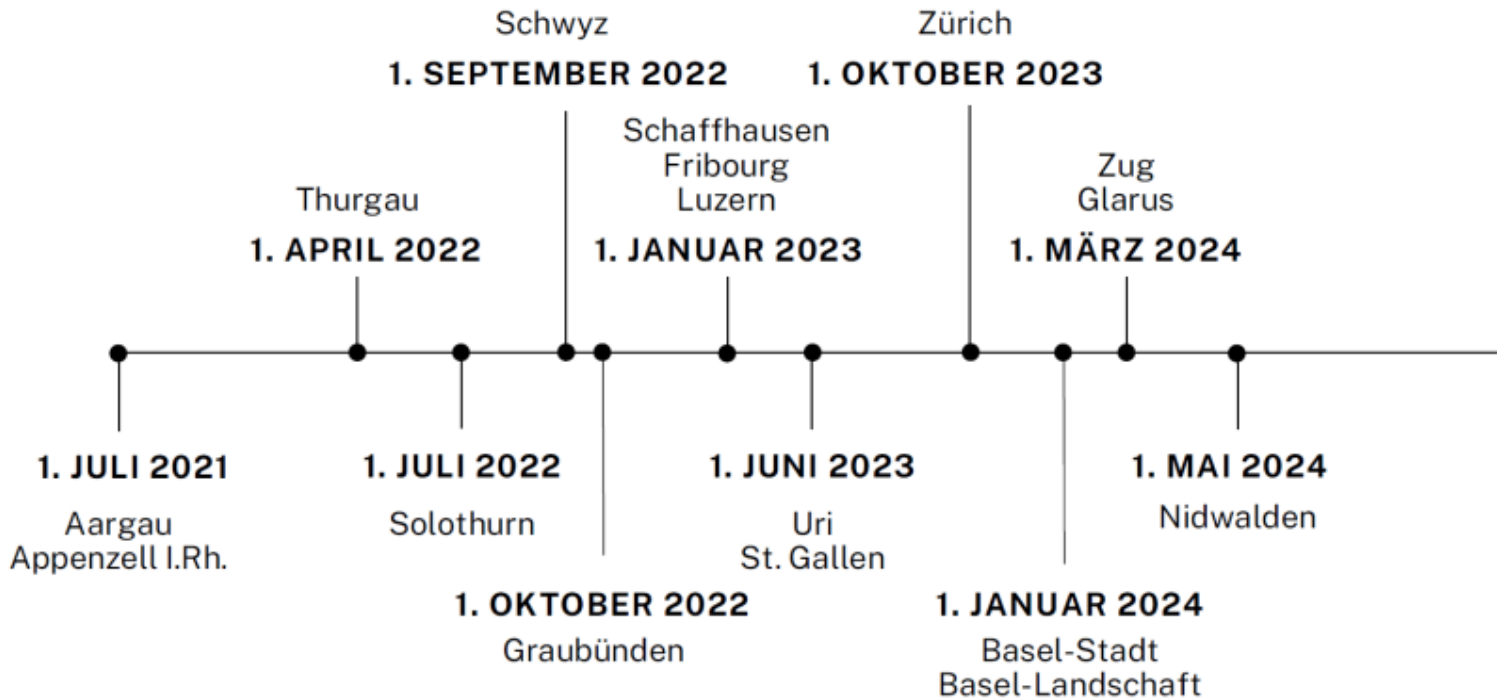


Themenblock 2: Nachhaltigkeit in der Gerichtspraxis

Umsetzungsmöglichkeiten der Nachhaltigkeit:

- Lebenszyklusanalyse/Ökobilanzen
- Lebenszykluskostenanalyse
- Labels
- Unternehmerische Nachhaltigkeit
- Lebensdauer und Kreislaufwirtschaft
- Auswirkungen des Transports
- Auswirkungen der Verpackung

Aktueller Stand IVöB₂₀₁₉



Themenblock 2: Praxisbeispiel Kt. Aargau

Urteil WBE.2023.371 vom 21. Dezember 2023
(Beschwerde gegen Zuschlagsverfügung)



Themenblock 2: Nachhaltigkeit in der Gerichtspraxis

Kanton Aargau, Urteil WBE.2023.371 vom 21. Dezember 2023 (Beschwerde gegen Zuschlagsverfügung)

In den Ausschreibungsunterlagen gab die Vergabestelle die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung wie folgt bekannt:

1. Preis	60 %
2. Referenzobjekte und Qualifikation Schlüsselpersonen	20 %
3. Nachhaltigkeit	20 %

Themenblock 2: Nachhaltigkeit in der Gerichtspraxis

Kanton Aargau, Urteil WBE.2023.371 vom 21. Dezember 2023 (Beschwerde gegen Zuschlagsverfügung)

Zum Zuschlagskriterium «Nachhaltigkeit» fanden sich in den Ausschreibungsunterlagen folgende Angaben:

3. Zuschlagskriterien Nachhaltigkeit

3.1 Umweltschutz in der Unternehmung

Bitte erklären Sie stichwortartig (als Auflistung), was Ihre Firma für den Umweltschutz tut, resp. wie sich Ihre Firma diesbezüglich von der Konkurrenz abhebt.

-
[...]

3.2. Betriebskosten / Lebenszykluskosten / Erneuerungskosten

Bitte erklären Sie stichwortartig (als Auflistung), warum sich Ihr Angebot langfristig für die Bauherrschaft wirtschaftlich lohnt.

-

Themenblock 2: Nachhaltigkeit in der Gerichtspraxis

Kanton Aargau, Urteil WBE.2023.371 vom 21. Dezember 2023 (Beschwerde gegen Zuschlagsverfügung)

Die «Nachhaltigkeit» wurde anhand von neun Aspekten geprüft:

Umweltschutz in der Unternehmung

- Recycling/fachger. Entsorgung
- Fahrzeuge / Maschinen ökolog.
- Ökol. Materialien verwenden / Wiederverwenden
- Engagement Umwelt / Betrieb
- Schweizer Holz / FSC/PEFC
- Optimierung Lösung Ausführung
- Regional / Kurze Wege, Fahrgem.

Niedrige Betriebs-, Lebenszyklus- und Erneuerungskosten Objekt

- Qualitätsmanagement
- Hohe Qualität / Lange Lebensdauer

Nachhaltigkeit wurde intransparent beurteilt

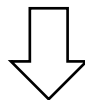
Gewisse Beurteilungspunkte aus dem Bereich Nachhaltigkeit habe die Stadt erstmals in einem Submissionsverfahren angewendet, da diese erst im Juli 2021 eingeführt worden seien, sagt Guido Hodel, Leiter Hochbau und Liegenschaften bei der Stadt. Die Verwaltungsrichter halten fest, dass die Stadt in ihren Ausschreibungsunterlagen zu wenig genau angegeben habe, welche Nachhaltigkeits-Kriterien zu Punkten führten.

Daher habe die Stadt «mehr oder weniger willkürlich» Punkte vergeben. «Insgesamt erscheint die Bewertung des Zuschlagskriteriums <Nachhaltigkeit> als mehrheitlich nicht sachbezogen, intransparent, und letztlich nicht nachvollziehbar», steht im Verwaltungsgerichtsurteil.

Themenblock 1: Nachhaltigkeit in der Gerichtspraxis

Kanton Aargau, Urteil WBE.2023.371 vom 21. Dezember 2023 (Beschwerde gegen Zuschlagsverfügung)

Ergebnis: Die Vergabestelle entschied mit Verfügung vom 13. März 2024, das Submissionsverfahren abzubrechen, die bemängelten Kriterien anzupassen und eine neue öffentliche Ausschreibung der Arbeitsgattung «Montagebau in Holz» durchzuführen.



Gegen diese Abbruchverfügung erhob die Anbieterin erneut Beschwerde, welche vom Verwaltungsgericht jedoch abgewiesen wurde (Urteil WBE.2024.125 vom 14. Mai 2024 (Beschwerde gegen Abbruchverfügung))

Themenblock 2: Nachhaltigkeit in der Gerichtspraxis

Exkurs

- Urteil B-5897/2022 vom 5. April 2023
- Urteil B-1714/2022 vom 19. September 2023

Themenblock 2: Empfehlung

- **Sachlicher Zusammenhang:** Die Nachhaltigkeit muss immer einen sachlichen Zusammenhang zum Beschaffungsgegenstand haben.
- **Hinreichend klare Umschreibung:** Das Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit muss durch geeignete, sachbezogene und objektiv überprüfbare Subkriterien konkretisiert werden.
- **Zeit:** Es ist genügend Zeit einzuplanen.
- **Funktionale Ausschreibung:** Indem nur das Ziel der Beschaffung beschrieben wird, genießen die Anbietenden Freiheiten in der Gestaltung ihrer Angebote und können ihr Fachwissen (besser) einbringen. Innovationen werden somit gefördert.
- **Zulassen von Varianten**
- **Diverse Vorteile durch nachhaltige Beschaffung:** Finanzielle Einsparungen, weniger Umweltbelastung, Beitrag zum Kampf gegen unwürdige Arbeitsbedingungen, gute Reputation.

Besten Dank!

Nathalie Jäggi

Rechtanwältin

Lindtlaw Anwaltskanzlei

Obstgartenstrasse 7

8042 Zürich

043 818 55 30

www.lindtlaw.ch

jaeggi@lindtlaw.ch