

Änderungen in Beschaffungsverfahren - Wieviel Flexibilität darf und muss sein?

Forum Beschaffung, 27. November 2024

Lic. iur. Stephan Béky

Dr. iur. Martin Zobl, LL.M.

“Erstens kommt es anders, und zweitens als man denkt.”

Wilhelm Busch (1832-1908)

Überblick Referat

- Grundlagen: (vergabe)rechtliche Vorgaben und Sachzwänge
- Änderungen von Ausschreibung und Angeboten
 - Bis zur Angebotseingabe
 - Nach Angebotseingabe bis zum Zuschlag
 - Nach dem Zuschlag
- Take-aways

Grundlagen

Nachträgliche Änderungen

Praktische Gesichtspunkte



Grundsätze

Auftragsseite:

- Stabilität der Ausschreibung
- Transparenz
- Publizität betr. Beschaffungsgegenstand
- Gleichbehandlung
- Treu und Glauben
- Verhältnismässigkeit
- Verbot des überspitzten Formalismus'
- *Pacta sunt servanda*

Angebotsseite:

- Unveränderbarkeit der Offerten (drohender Ausschluss)
- Treu und Glauben
- *Pacta sunt servanda*

Veränderung der Ausschreibung

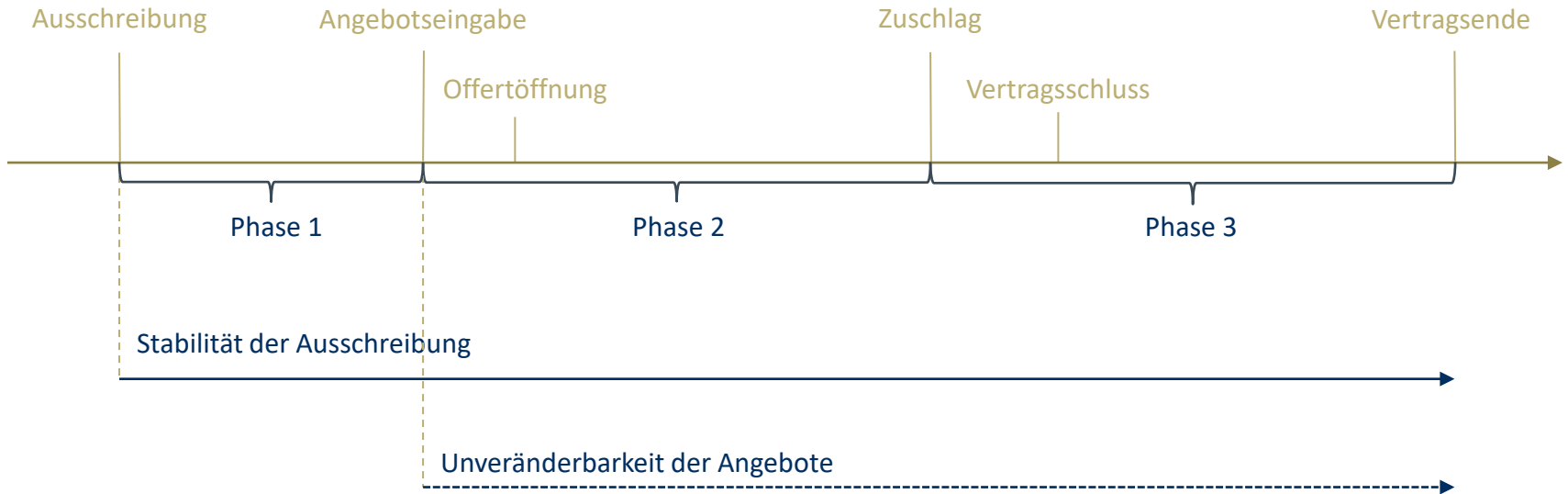
Praktische Gesichtspunkte

Rechtliche
Anforderungen



Praktische
Bedürfnisse /
Sachzwänge

Überblick Beschaffungsverfahren



Stabilität der Ausschreibung - Grundsatz

«Das Vergaberecht geht vom Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung aus: Danach ist die Vergabestelle an den definitiv, vollständig und widerspruchsfrei zu umschreibenden Leistungsgegenstand gebunden und darf nach der Offertöffnung innerhalb des konkreten Vergabeverfahrens grundsätzlich nicht mehr davon abweichen.»

Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 6. Oktober 2014 E. 3.3

Unveränderbarkeit der Angebote - Grundsatz

«En matière de marché public prévaut le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai (cf. «Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote»). Cela signifie qu'une offre ne peut en principe plus être modifiée, complétée ou corrigée après avoir été déposée auprès de l'adjudicateur par le soumissionnaire. Par conséquent, l'appréciation des offres s'effectue en principe sur la base des projets tels qu'ils ont été déposés. La modification de l'offre, intervenue après le délai de remise, est en principe sanctionnée par l'exclusion [...].»

Urteil des BVGer B-4028/2023 vom 19. März 2024 E. 6.1.1

Weitere Regelungen in BöB/IVöB

- Berichtigung von offensichtlichen Rechenfehlern (Art. 38 Abs. 1)
- Erläuterung des (vorhandenen) Angebotsinhalts (Art. 38 Abs. 2)
- Angebotsbereinigung (Art. 39)
 - Auftrag und Angebot klären; Vergleichbarkeit herstellen (Abs. 1);
 - objektive und sachlich gebotene Leistungsänderungen, soweit charakteristische Leistung oder potenzieller Anbieterkreis nicht ändern (Abs. 2);
 - Protokollierungspflicht (Abs. 4)
- Preisanpassungen? Ja, aber:
 - nur i.R.v. Art. 39 Abs. 1 und 2
 - Verbot reiner Abgebotsrunden (Art. 11 lit. d)
- Spezialfälle: Dialog (Art. 24), elektr. Auktion (Art. 23)

Änderungen bis zur Angebotsabgabe (Phase I)

Phase I: bis Angebotsabgabe

Anpassung Ausschreibung - Grundregeln

- Voraussetzungen
 - Sachlicher Grund (Fehlerkorrektur, bessere Erkenntnisse etc.)
 - Keine Wesentlichkeit
 - Einhaltung Vergabegrundsätze, v.a. Gleichbehandlung und Transparenz
- Wesentlichkeit = Wettbewerbswirksamkeit, z.B. Auswirkung auf:
 - Verfahrensart
 - Anbieterkreis
 - Kalkulationsgrundlagen
 - Zuschlagskriterien
 - charakteristische Leistung



-> Bei Wesentlichkeit grds. Projektabbruch (vgl. auch Art. 43 Abs. 1 lit. f BÖB/IVÖB)

Phase I: bis Angebotsabgabe

Anpassung Ausschreibung – BVGer, B-4704/2021

- VSt schwächt Muss-Anforderung (Ausfallrate) kurz vor Offerttermin ab
- Grund: Abgleich mit ZK betr. Übererfüllung: urspr. Formulierung ermöglichte Punktevergabe ohne Erfüllung der Muss-Anforderung
- Keine Verlängerung der Angebotsfrist
- Begründung Zuschlagsbeschwerde: kein sachlicher Grund, Privilegierung der ZE, keine Zeit für Anpassung des Angebots

BVGer:

- Ermessen der VSt, für ein kohärentes Anforderungs- und Bewertungssystem zu sorgen (sachlicher Grund)
- keine Diskriminierungsabsicht, zumal die Bf die urspr. Anforderungen im Unterschied zur ZE selbst nicht erfüllt hätte -> keine Privilegierung der ZE und damit keine Wesentlichkeit
- Auch Verlängerung Angebotsfrist hätte Bf nichts genützt

Phase I: bis Angebotsabgabe

Anpassung Ausschreibung - Praktische Hinweise

- Regeln gelten für Projektänderungen UND Anpassung Verfahrensregeln
- Beurteilungsspielraum der VSt, zumal in dieser (frühen) Phase nur geringe Missbrauchsgefahr
- Abwägung: Verhältnismässigkeit eines Abbruchs? Abbruch als *ultima ratio*
- Ev. geeignete Alternativen zum Abbruch:
 - Berichtigung Ausschreibung
 - Anpassung Ausschreibungsunterlagen
 - Präzisierungen/Ergänzungen via Q&A
 - Verlängerung Angebotsfrist
- Wichtig: Publizität der Änderungen (gleiche Publikationsform wie urspr. Angabe)

Phase I: bis Angebotsabgabe

Angebotsänderungen

- Bis zur Eingabefrist unbeschränkt möglich
- Hinweise für Anbieter:
 - Formen und Fristen beachten
 - Konfusionen vermeiden
 - klarer Rückzug des Erstantgebots
 - Willenserklärung, dass neues Angebot ursprüngliches ersetzt (Ausnahme Unternehmervarianten, falls zulässig)
 - Ursprüngliches (ungeöffnetes) Angebot zurückverlangen

Änderungen ab Angebotsabgabe bis Zuschlag (Phase II)

Phase II: Angebotsabgabe bis Zuschlag

Grundregeln

- Voraussetzungen Projektänderung
 - Sachlicher Grund
 - Unwesentlichkeit
 - Einhaltung Vergabegrundsätze

-> grds. wie vor Angebotsöffnung, aber in Handhabung (zu Recht) strenger und nur i.R.v. formalisierten Angebotsvereinigen (Art. 39 BÖB/IVöB)

- Angebotsanpassungen
 - Berichtigungen
 - Angebotsvereinigen

Phase II: Angebotsabgabe bis Zuschlag

Projektänderung – BVGer, B-5108/2019

- VSt entfernt gewisse (Reinigungs-)Dienstleistungen nach Angebotsabgabe aus Leistungskatalog
- Grund: Vermeidung von Redundanzen mit parallelem Projekt/Doppelzuschlag, betriebliche Gründe
- ZE führt Beschwerde gegen (eigenen) Zuschlag wegen erfolgter Leistungsreduktion
- Problem(e):
 - Missverständliche Antwort auf Anbieterfrage im simap-Forum betr. Leistungen
 - entsprechende Leistungen/Mengen in paralleler Ausschreibung zu wenig klar ausgewiesen -> dort kein Angebot der ZE
- BVGer:
 - Beurteilung der Projektänderung als Teilabbruch -> Zulässigkeitsprüfung
 - Wettbewerbswirksamkeit und damit Wesentlichkeit, da ZE im anderen, nicht streitbetroffenen (!) Projekt von weniger/anderen Leistungen ausging und daher dort kein Angebot abgab
 - Teilabbruch zwecks faktischen Vertragsschlusses bzw. Freihandvergabe
 - Zuschlag an ZE würde treuwidrig verhindert -> damit auch kein sachlicher Grund

Phase II: Angebotsabgabe bis Zuschlag

Verzicht auf Muss-Kriterium – VGer ZH VB.2019.00334

- Beschaffung von Kehrblasgeräten zur Schneeräumung
- VSt führt Testphase durch
- ZE erfüllt produktbezogenes Muss-Kriterium/TS (von total 51 Muss-Kriterien) *nicht*

- VGer ZH:
 - Kein zwingender Ausschluss bei Nichterfüllung Muss-Kriterium
 - Testphase geeignet für Qualitätsprüfung und Verzicht auf (wenig bedeutendes) Muss-Kriterien
 - Nur 1 von 3 Anbieter hat strittiges Muss-Kriterium erfüllt
 - Öffentliches Interesse an wirksamem Wettbewerb höher zu gewichten als «formales Festhalten am strittigen Musskriterium»
 - Zuschlag rechtmässig

- bestätigt durch BGer 2C_698/2019

Phase II: Angebotsabgabe bis Zuschlag

Angebotsanpassung – BVGer B-4028/2023

- Auftraggeberin beschafft IT-System inkl. Support
- Supportdauer (Anzahl Jahre) und Bepreisung führt anbieterseitig zu Missverständnissen
- Bereinigung: VSt klärt Missverständnisse und nimmt korrigierte Preise entgegen
- Zuschlagsanfechtung durch unterlegene Anbieterin

- BVGer:
 - Bereinigung zwecks Vergleichbarmachung und neue Preisofferten zulässig und angemessen (Art. 29 Abs. 2 lit. a BöB/IVöB)
 - Formales Protokoll fehlte zwar, aber wesentliche Angaben (Datum, Ort, Teilnehmer, Bereinigungsergebnis etc.) gingen aus Eval'bericht hervor -> kein schwerer Mangel
 - > Bestätigung des Zuschlags

Änderungen nach dem Zuschlag (Phase III)

Phase III: Zuschlag bis Vertragsschluss

- Keine ausdrückliche rechtliche Regelung
- Problem: Abschlusserlaubnis bezieht sich nur auf (ggf. präzisierten) Ausschreibungsgegenstand
- Aber: Praktische Bedürfnisse und ggf. Unverhältnismässigkeit eines Abbruchs
- Kriterien:
 - Unwesentlichkeit der Änderung / fehlende Wettbewerbswirksamkeit
 - Kein Widerrufs- und Abbruchgrund
 - Kontrollfrage: Wäre Zuschlag anders ausgefallen oder wären andere Anbieter zu erwarten gewesen?
 - Leistungserweiterung: Ausschreibung oder “Freihänder”?

Take aways

- Abwägung im Einzelfall: Änderungen vs. Verfahrensabbruch
- Hauptkriterien
 - Sachlicher Grund
 - Wesentlichkeit der Änderung / Wettbewerbswirksamkeit
 - Einhaltung Vergabegrundsätze
 - Verhältnismässigkeit Abbruch? Alternativen?
- Beurteilungsspielraum nutzen
- Strengere Anforderungen mit fortschreitendem Verfahren
- Instrument der Bereinigung nutzen
 - Vergleichbarkeit Angebote
 - Präzisierung Leistungsinhalte
 - ggf. Preisanpassungen

Fragen?

Martin Zobl, Partner
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

Telefon direkt: +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwyss.com



CV / vCard

Stephan Béky
Amt für Informatik Kanton Zürich
Lic. iur., Leiter Rechtsdienst

stephan.beky@zh.ch



