

Vergabetagung 18

Änderungen im Vergabeverfahren

Dr. Christoph Jäger, Rechtsanwalt, Bern



Übersicht (1)

- Einleitung
- Änderung der Ausschreibung
 - Beschaffungsgegenstand (Projektänderungen)
 - Verfahrensregeln
 - Änderungsverfahren
- Änderung der Angebote
 - Rechtlicher Rahmen
 - Fallgruppen
 - Änderungsverfahren



Übersicht (2)

- Änderungen nach dem Zuschlag
 - Rechtlicher Rahmen
 - Zulässige Änderungen
 - Änderungsverfahren
- Rechtsschutz (Hinweise)
- Schluss
- Fragen und Diskussion

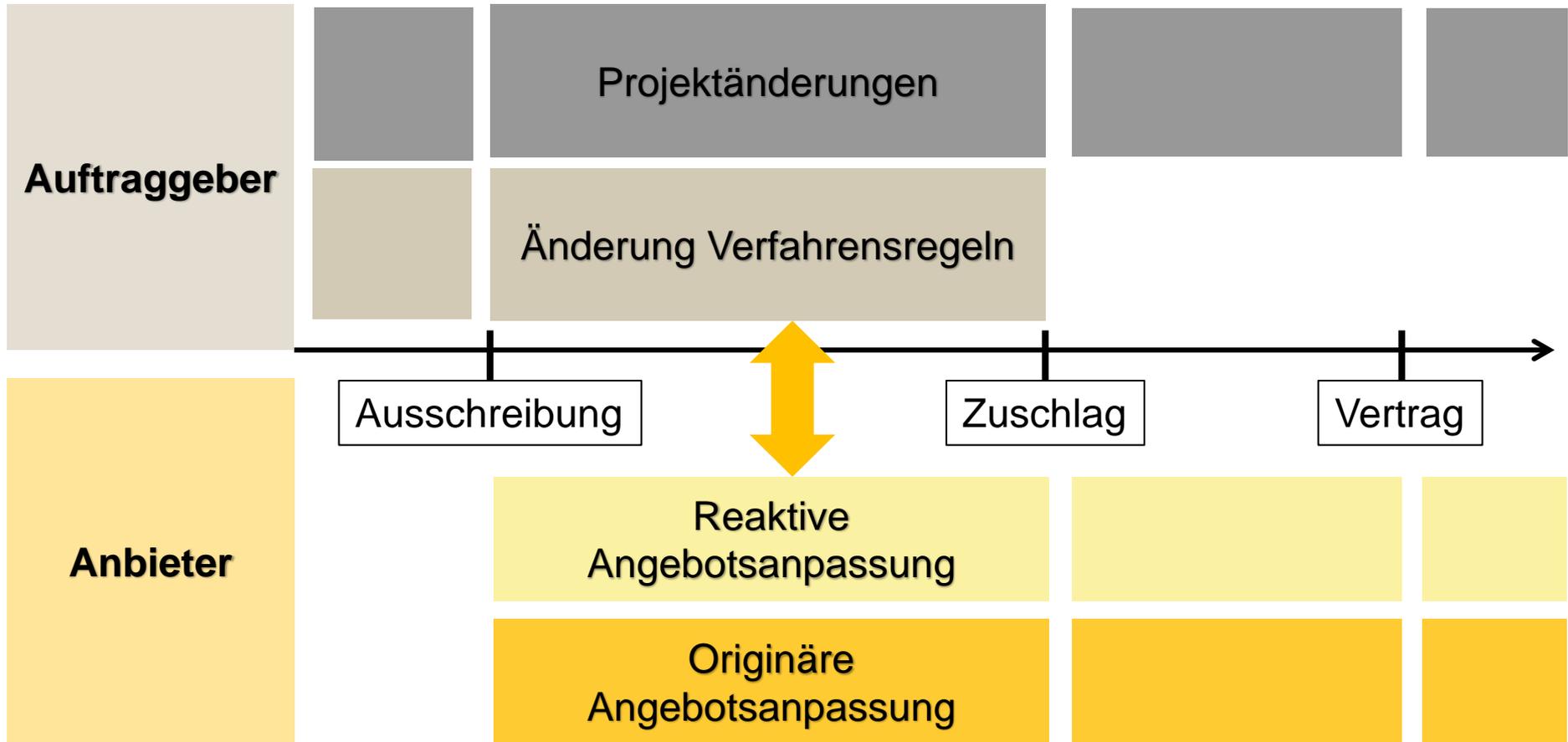


Einleitung

- Grundsatz: Stabilität der Ausschreibung und der Angebote
- Ursachen/Motive für Änderungen im Verfahren
- Voraussetzungen und Zulässigkeit: Querschnitt-thematik
- Neues Recht:
 - Botschaft BR mit E-BöB vom 15. Februar 2017: BBl 2017 1851 ff.
 - Stand nach WAK-N und NR:
www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/curia-vista > Geschäft Nr. 17.019



Einleitung

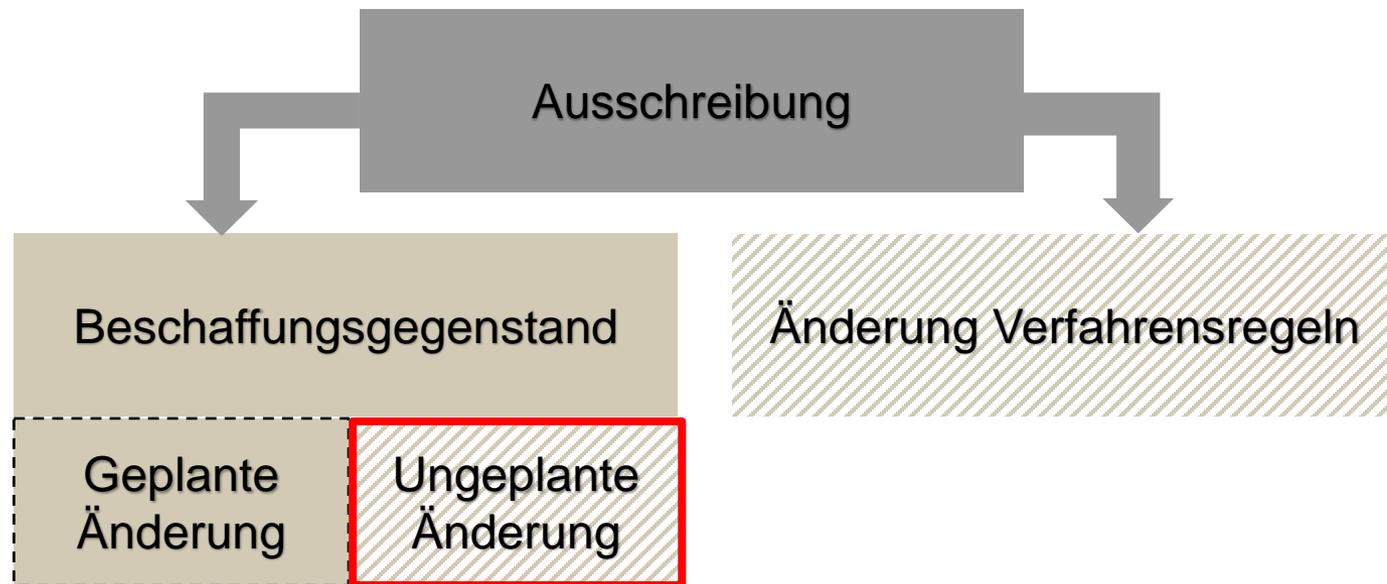


Änderung der Ausschreibung

- (Weitgehende) Ausgestaltungsfreiheit der Vergabestelle
- Ausschreibung *fixiert* Projekt und Verfahrensregeln (Vertrauensbasis)
- Nachträgliche Änderungen als Ausnahmen
- Ansatzpunkte für Änderungen:
 - Beschaffungsgegenstand (Projektänderungen)
 - Verfahrensregeln



Änderung der Ausschreibung



Projektänderung

- Unvorhergesehener Anlass nach Ausschreibung
- Keine spezifischen Vorschriften > Abbruch- und Widerrufsgründe (*e contrario*)
- Zulässigkeitsvoraussetzungen:
 - Einhaltung der Vergabegrundsätze
 - Sachlicher Grund
 - Keine wesentlichen Änderungen
- Abgrenzung: Geplante Änderungen
 - Ausgeschriebene Änderungsmöglichkeiten
 - Verfahrenselemente führen zu Projektänderungen



Projektänderung

- «(Un-)Wesentlichkeit» der Änderung als zentrale Anforderung
- Hypothetische Folgeabschätzung, z.B. mit folgenden Überlegungen:
 - Ausweitung/Änderung des Bieterkreises
 - Auswirkung auf ausgeschlossene Anbieter/Angebote
 - Änderung der Verfahrensart
 - Veränderung der Auswahlkriterien (EK oder ZK)
 - Veränderung der «charakteristischen» Leistung
- Beurteilungsspielraum der Vergabestelle



Fallbeispiel 1

- Teilerneuerung Spitaltrakt, Bauauftrag im offenen Verfahren
- Baubewilligung während Vergabeverfahren, u.a. Auflage:
Bei Bereichen mit ständigen Arbeitsplätzen (Wasch-, Pack- und Lagerraum) ist die Sicht ins Freie durch klar verglaste Fassadenfenster sicherzustellen.
- Projektänderung: Anstatt «perforierten Wellblechfassade mit Sandwichelementen» neu «vorgehängte Blechfassade mit schrägen Dreiecksblechen» > Nachtragsofferten
- Behördliche Auflage als sachlicher Grund, keine «manipulatorische Eventualabsicht»
- Zulässige Änderung des Leistungsverzeichnisses > Anpassung der Offerten (Abbruch unverhältnismässig)
- Wahrung des Preis-Leistungsverhältnisses, keine Abgebotsrunde
- VGer ZH VB.2011.00714 (9.5.2012)



Projektänderung

- Regelung im neuen Recht
- Leistungsänderungen im Rahmen der Bereinigung der Angebote
- Art. 39 Abs. 2 Bst. b E-BöB:

Leistungsänderungen objektiv und sachlich geboten sind, wobei der Leistungsgegenstand, die Kriterien und Spezifikationen nicht in einer Weise angepasst werden dürfen, dass sich die charakteristische Leistung oder der potenzielle Anbieterkreis verändert.



Änderung von Verfahrensregeln

- Feststehende Verfahrensordnung
- Grundsatz: Änderung nur über Abbruch und Wiederholung
- Zulässige Änderungen im laufenden Verfahren:
 - *Vor* Eingabetermin: Konkretisierung/Präzisierung
 - *Nach* Offerteingang: Strengerer Massstab als für Projektänderungen > Wettbewerbsrelevanz
- Änderung verwaltungsinterner Festlegungen



Fallbeispiel 2

- Bau eines interkantonalen Krankenhauses: *Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais*
- Div. Änderungen im Vergabeverfahren
- Abgabe einer Bankgarantie (EK)
- Grundsatzfrage, ob Vergabestelle auf ein EK verzichten darf, das alle Anbieter nicht erfüllen (Änderung Verfahrensregeln)
- Abbruch oder Fortführung unter Verzicht auf das EK > Verhältnismässigkeit und Interessenabwägung
- Informationspflicht der Vergabestelle
- BGer 2C_876/2014 (4.9.2015) = BGE 141 II 353



Änderungsverfahren

- Anleitung durch Verfahrensgrundsätze:
Transparenz und Gleichbehandlung
- Zeitpunkt der Änderung:
 - Vor Eingabetermin: Berichtigung der Ausschreibung und ev. Verlängerung der Eingabefrist
 - Nach Offerteingang: Bereinigung, ev. Einholung von Nachofferten
- Protokollierungspflicht
- Besondere, formalisierte Änderungsverfahren:
Verhandlungen und Dialog



Änderung der Angebote

- Grundsatz: Änderungs- und Verhandlungsverbot
- Rechtlicher Rahmen:
 - Kantone: (weit verstandenes) Verbot von «Abgebotsrunden»
 - Bund: Vorbehalt von Verhandlungen oder Dialog
 - Berichtigung und Erläuterung der Angebote
- Zulässiger Änderungen:
 - Bereinigung zur Vergleichbarkeit der Angebote
 - Berichtigung und Erläuterung der Angebote
- Grenzen:
 - Zwingende Ausschlussgründe
 - Wesentliche Abweichungen



Änderung der Angebote

- Veränderung der Person der Anbieterin
 - Fusionen/Spaltungen
 - Mitgliederwechsel bei Bietergemeinschaften
- Klärung und Korrektur (Bereinigung):
 - Offensichtliche Schreib- und Rechnungsfehler
 - Erläuterung unklarer Angebotsangaben
 - Weitere Korrektur von Fehlern
- Nachofferten/Nachtragsofferten:
 - Anpassung der Offerte durch den Anbieter, z.B. Wechsel von Subunternehmern oder Schlüsselpersonen
 - Anpassung als Reaktion auf Änderungen der Vergabestelle



Fallbeispiel 3

- Gesamtsystem Bypass Luzern, DL-Auftrag Projektverfasser Geologie/Geomatik
- Änderung Ausschreibung vor Eingabefrist: Aufschaltung angepasste Honorarberechnungs-Leistungstabelle
- Verwendung des alten Formulars durch Zuschlagsempfängerin
- Amtsinterne Bereinigung des Angebots
- Korrektur eines offensichtlichen Fehlers?
- Tatsächlicher Erklärungswille des Anbieters muss klar sein
- Unsicherheit, wie Anbieter mit neuer Honorartabelle offeriert hätte > amtsinterne Korrektur unzulässig
- Entscheiderhebliche Auswirkung der Fehlerkorrektur (Rangwechsel) > unzulässig
- Urteil BVGer B-1528/2017 (27.9.2017)



Änderungsverfahren / Neues Recht

- **Änderungsverfahren:**
 - Verwaltungsintern, allenfalls individuelle Kontaktnahme mit Anbietern
 - Schriftlichkeitserfordernis/Protokollierungspflicht
 - Besondere Formen bei Verhandlungen und Dialog
- **Neues Recht:**
 - Art. 39 E-BöB: Bereinigung der Angebote
 - Veränderung Preis-Leistungsverhältnis möglich
 - Lockerung (Kantone) bzw. Verschärfung (Bund)



Änderungen nach dem Zuschlag

- Vor dem Vertragsschluss:
 - Zuschlag aktualisiert den Beschaffungsgegenstand
 - Abschlusserlaubnis und Verhandlungsverbot
 - Keine Regelung, kein formelles Änderungsverfahren
- Zulässigkeit *unwesentlicher* Änderungen:
 - Unveränderter Auswahlentscheid
 - Hypothese der unveränderten Bieterreihenfolge
 - Kein zwingender Widerrufsgrund
- Realisierung geplanter Änderungen



Änderungen nach dem Zuschlag

- Nach dem Vertragsschluss:
 - Keine besondere Regelung
 - vgl. demgegenüber Art. 72 RL 2014/24/EU
- *Lex imperfecta*



Rechtsschutz (Hinweise)

- Keine «Änderungsverfügung»: Anfechtung Zuschlag, allenfalls Präqualifikation, Ausschluss oder Abbruch
- Beschwerdelegitimation des teilnehmenden Anbieters:
 - Zuschlag ohne Änderung
 - Abbruch und Wiederholung mit Änderung: Chancen im geänderten Verfahren?
 - Ausschlussrüge
- Beschwerdelegitimation des nicht-teilnehmenden Anbieters:
 - Änderung führt zur potenziellen Anbietereigenschaft
 - Anbietereigenschaft war und ist gegeben, unabhängig von der Änderung



Schluss

- Grundsatz der Stabilität vs. praktische Bedürfnisse
- Identische Kernüberlegungen bei Änderungen in allen Verfahrensstadien:
 - Auswirkung der Änderung auf den Bieterkreis/ Bieterwettbewerb?
 - Verhältnismässigkeit des Verfahrensabbruchs/ Widerrufs?
 - Vereinbarkeit mit dem Vertrauen der Anbieter?
- Hypothetische Betrachtung mit Beurteilungsspielraum der Vergabestellen



Diskussion und Fragen



Herzlichen Dank!

Dr. Christoph Jäger
Rechtsanwalt | Partner
Kellerhals Carrard
Effingerstrasse 1
3001 Bern
058 200 35 28
christoph.jaeger@kellerhals-carrard.ch

