



Aktuelle Entwicklungen im Beschaffungsrecht

Dr. Christoph Meyer, LL.M.

Advokat und Lehrbeauftragter Universität Basel

Basel, 13. November 2015

Inhaltsübersicht

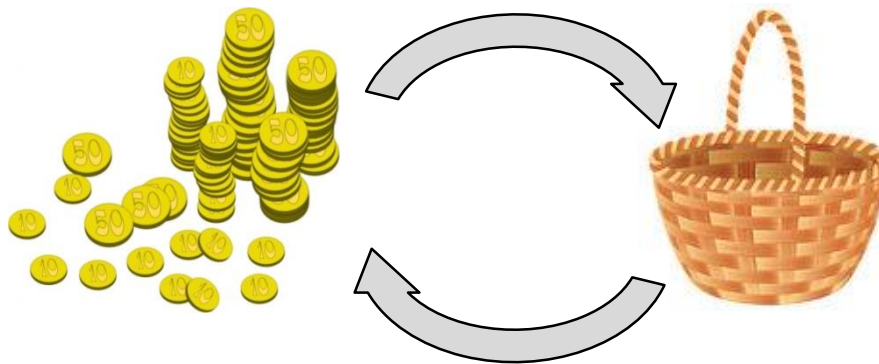
- 1. Öffentliche Beschaffung**
- 2. Rechtliche Grundlagen**
- 3. Geltungsbereich**
- 4. Inhaltliche Hinweise zur Revision**

1. Öffentliche Beschaffung

1.1 Definition?

Bisher gesetzlich nicht definiert. Geltungsbereich nicht abschliessend klar. Bundesgericht hat den Geltungsbereich definiert:

Wenn das Gemeinwesen auf dem freien Markt als Nachfrager auftritt, um sich bei privaten Unternehmen gegen Bezahlung eines Preises die für seine Aufgabenerfüllung erforderlichen Sachmittel und Leistungen zu beschaffen (BGE 125 I 209).



1. Öffentliche Beschaffung

1.2 Beschaffungsvolumen

Gesamtvolumen

40 Mia.

(Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 11)

zentrale Bundesverwaltung

5,3 Mia.

(Faktenblatt BBl, Beschaffungszahlen 2013)

Kantone und Gemeinden

32 Mia.

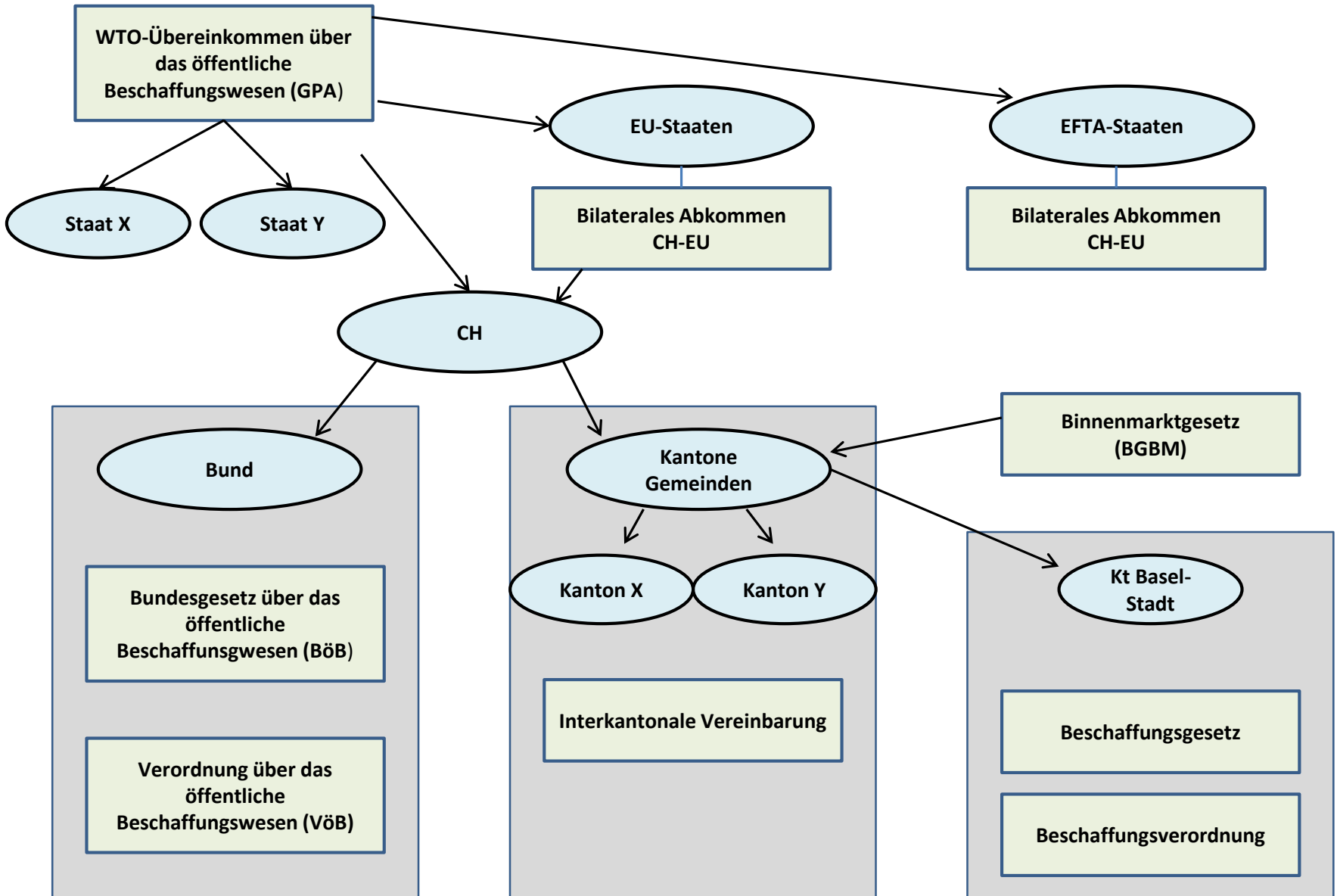
(Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 11, wo von «rund 80%» die Rede ist)

Anteil an Staatsausgaben

25%

(Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 11)

2. Rechtliche Grundlagen



2. Rechtliche Grundlagen

2.1 Zwei Wellen der Rechtssetzung

WTO-Übereinkommen 1994

In Kraft seit dem 1. Januar 1996

2. Rechtliche Grundlagen

2.1 Zwei Wellen der Rechtssetzung

WTO-Übereinkommen 2012

für die Schweiz noch nicht in Kraft

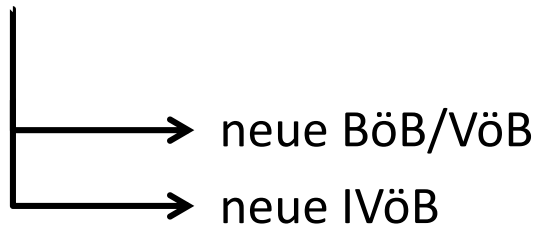
drei neue EU-Richtlinien seit dem 17. April 2014

2. Rechtliche Grundlagen

2.1 Zwei Wellen der Rechtssetzung

Getrennte Umsetzung in der Schweiz

WTO-Übereinkommen 2012



Vgl. Vergleichsdokument zur Revision des Beschaffungsrechts

2. Rechtliche Grundlagen

2.1 Zwei Wellen der Rechtssetzung

Getrennte Umsetzung in der Schweiz

Inhaltliche Angleichung Bund und Kantone
«soweit möglich und sinnvoll»

Umsetzung auf Stufe Bund und Kantone
«möglichst zeitnah»

Allerdings:

Die **Kantone** würden «im Sinne eines weiteren Harmonisierungsbeitrages **Verhandlungen** unter bestimmten Bedingungen zulassen ..., während im Gegenzug der **Bund** für den Binnenmarktbereich ebenfalls den **Rechtsschutz** bei einem Auftragswert ab 150'000 Franken vorsehen müsste.»

2. Rechtliche Grundlagen

2.1 Zwei Wellen der Rechtssetzung

Zielsetzungen der aktuellen Revision

- Übernahme neuer WTO-Bestimmungen
- Harmonisierung innerhalb der Kantone
- Harmonisierung zwischen Bund und Kantonen

2. Rechtliche Grundlagen

2.2 Vernehmlassung

- E-IVöB und E-BöB waren beide in der Vernehmlassung
- 17. September 2015: Vernehmlassungsbericht E-IVöB
➤ <http://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/e-ivoeb/>
- Die angestrebte Harmonisierung erfährt überwiegend Akzeptanz

2. Rechtliche Grundlagen

2.3 Geplantes weiteres Vorgehen

- **BPUK-HV**

Vernehmlassungsbericht E-IVöB,
Beschlussfassung über Anträge

17. September 2015
(erledigt)

- **Bund:** Vernehmlassungsbericht E-BöB

Ende September 2015

- **Bundesrat:** Verabschiedung Botschaft E-BöB

Anfang 2016

- **Bundesparlament:** Beratungen Botschaft E-BöB

Sommer/Herbst 2016

- **Arbeitsgruppe AURORA:** Abgleichung E-IVöB / E-BöB

Ende 2016/Anfang 2017

- **Konsultation Kantone** zu Abgleichung E-IVöB / E-BöB

Frühjahr 2017

- **BPUK HV:** Verabschiedung Musterbotschaft rev. IVöB

September 2017

- **Beitrittsverfahren Kantone** zu rev. IVöB (individuell)

ab Ende 2017

- **Inkrafttreten** rev. IVöB für Kantone

ab Frühjahr 2018

3. Geltungsbereich

3.1 Objektiver Geltungsbereich (Worauf findet Beschaffungsrecht Anwendung?)

Neu:

Die Frage, wann eine „Aktivität“ unter das öffentliche Beschaffungsrecht fällt, soll im Gesetz geregelt werden („objektiver Geltungsbereich“).

Art. 8 E-IVöB und E-BöB:

Ein Geschäft, mit welchem sich die öffentliche Hand gegen Bezahlung die Sachmittel und Leistungen beschafft, die sie für die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe benötigt.

Auch Konzessionen, solange es um staatliche Aufgaben geht.

Art. 9 E-IVöB und E-BöB:

- Öffentliche Aufträge sind Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge.
- Das kantonale Recht unterscheidet (wie bisher) zwischen Bauhaupt- und Baunebengewerbe.
- Tiefere Schwellenwerte für Nebengewerbe.

3. Geltungsbereich

3.2 Subjektiver Geltungsbereich (Wer hat sich daran zu halten?)

Art. 4 E-IVöB und E-BöB

In den Grundsätzen

- Zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten
- Kanton: Einrichtungen des öffentlichen Rechts (selbst. Anstalten, Zweckverbände etc.) mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten
- Bund und Kanton: Sektorenunternehmen (Trinkwasser; elektrische Energie; *öffentlicher Verkehr*; Flughäfen; Häfen; *Postdienst*; Schienenverkehr; Gas oder Wärme; Suche und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle etc.), soweit sie Beschaffungen im Sektorenbereich vornehmen.
- Kantone: Andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben sowie subventionierte Objekte oder Leistungen (nicht-Staatsvertrag)
- Bund: Empfänger von Finanzhilfen (nicht-Staatsvertrag)

Befreiung der Sektorenauftraggeber möglich.

3. Geltungsbereich

3.3 Schwellenwerte

Art. 10 E-IVöB und E-BöB

Nur überschwellige Beschaffungen unterstehen dem Beschaffungsrecht.
Es sind verschiedene Schwellenwerte zu beachten für:

- Vergabestellen des Bundes;
- Sektorenunternehmen des Bundes;
- Vergabestellen der Kantone und Gemeinden;
- Sektorenunternehmen der Kantone und Gemeinden;
- Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbe

Vgl. Übersicht über die Schwellenwerte

4. Inhaltliche Hinweise zur Revision

4.1 Verhandlungen auch in den Kantonen

Art. 24 E-IVöB und Art. 26 E-BöB

Neu sollen auch die Kantone die Möglichkeit haben, mit den Anbietern Verhandlungen zu führen.

Der Bund durfte bisher auch reine Preisverhandlungen durchführen. Die Entwürfe sehen eigentlich technische Verhandlungen mit Preisfolge vor.

Man erhofft sich dadurch eine Optimierung des Leistungsgegenstands (insbesondere bei komplexen Vergaben). Wird sonst häufig *nach* Zuschlag gemacht.

Vernehmlassung: Befürchtung,

- dass inskünftig Preismargen eingerechnet werden.
- Beziehungskorruption, fehlende Transparenz und Missbrauch der Nachfragemacht.
- ruinöser Preiswettbewerb.

z.T. wird Beschränkung auf technische Bereinigungen gefordert.

4. Inhaltliche Hinweise zur Revision

4.2 Dialog

Art. 26 E-IVöB und Art. 28 E-Böb

Seit 2009 wird der Dialog bereits im Bund vorgesehen (VöB). In den Kantonen bisher nicht.

Soll bei komplexen Vorhaben greifen (Verkehrsinfrastrukturprojekte, Computernetzwerke etc.).

Auftraggeber erarbeitet mit ausgewählten Anbietern mögliche Lösungswege und Vorgehensweisen. Zum Ende des Dialogs existiert eine **angepasste Leistungsbeschreibung**.

Der Dialog findet jeweils bilateral, in verschiedenen Phasen statt. Zum Schluss können die Beteiligten ein endgültiges, vollständiges Angebot gestützt auf die Ergebnisse des Dialogs einreichen.

Vernehmlassung: Wird begrüsst; soll aber nicht zu Preisverhandlungen verkommen; Eine klare Regelung der Entschädigung und des Verfahrensablaufs wird gefordert.

4. Inhaltliche Hinweise

4.3 Elektronische Auktionen

Art. 23 E-IVöB und Art. 25 E-BöB

Bei Beschaffung standardisierter Leistungen.

Erste Phase: Eignungskriterien, technische Spezifikationen; entsprechende Bewertung der Angebote.

Zweite Phase: Offerten werden anhand eines iterativen, automatisierten Verfahrens bewertet. Es geht dabei um den Preis oder quantifizierbare Komponenten.

Vernehmlassung: Befürchtung, dass damit Angebotspreise gedrückt werden.

4. Inhaltliche Hinweise

4.4 Rahmenverträge

Art. 27 E-IVöB und Art. 29 E-BöB

- Regeln neu die Möglichkeit, Rahmenverträge auszuschreiben. Im Rahmenvertrag sollen die Bedingungen für die Einzelaufträge festgelegt werden (Preis, Menge etc.). Die Leistungen sind hinreichend zu beschreiben.
- Gestützt auf diese können danach Einzelaufträge abgerufen werden.
- Laufzeit: maximal 4 Jahre.
- Wurden mehrere Rahmenverträge abgeschlossen, Abruf im Rahmen von kleinen Ausschreibungen, mini Tenders (Rechtsschutz?).

4. Inhaltliche Hinweise

4.5 Verfahrensarten und Freihändiges Verfahren

Art. 17 E-IVöB und Art. 19 E-BöB (Verfahrensarten)

- Verfahrensarten: Offen, Selektiv, Einladung, Freihändig.
- Der Auftraggeber darf stets ein höherrangiges Verfahren wählen.

Art. 21 E-IVöB und Art. 23 E-BöB (Freihändiges Verfahren)

- Freihändig: Die Vergabestelle kann auch mit mehreren in Verhandlung treten.
- Abs. 2: abschliessende Liste von Tatbeständen, die eine freihändige Vergabe auch ausserhalb des durch die Schwellenwerte definierten Anwendungsbereichs erlauben.

4. Inhaltliche Hinweise

4.6 Lehrlinge als Zuschlagskriterium

Art. 31 E-IVöB und Art. 33 E-Böb

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann der Auftraggeber ergänzend berücksichtigen, inwieweit der Anbieter Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundbildung anbietet.

An sich ein vergabefremdes Kriterium. Gleichbehandlung der Anbieter zu beachten. Anzahl Ausbildungsplätze in Relation zur Gesamtzahl an Arbeitsstellen der betreffenden Anbieter zu setzen. Es ist das relative Verhältnis, nicht die absolute Zahl massgeblich.

4. Inhaltliche Hinweise

4.7 Akteneinsichtsrecht

Art. 57 E-IVöB und Art. 59 E-BöB

Abs. 1:

Für das Verfügungsverfahren besteht kein Anspruch auf Akteneinsichtsrecht.

Grund: Geschäftsgeheimnisse und Schutz des wirksamen Anbieterwettbewerbs.

Vernehmlassung:

Anspruch auf Einsicht in Informationen, welche im Zusammenhang mit der Bewertung seines Angebots stehen, müsste bestehen.

Abs. 2:

Das Akteneinsichtsrecht kommt im Beschwerdeverfahren zum Tragen.

Beschränkt sich auf die Einsichtnahme in die Bewertung seines Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten. Rechte Dritter sind angemessen, etwa durch Abdeckung, wirksam zu schützen.

4. Inhaltliche Hinweise

4.8 Vorbefassung

Art. 15 E-IVöB und Art. 16 E-BöB

Anbieter, die an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt waren sind zum Angebot nicht zugelassen.

Ausser Ausgleich der Informations-Asymetrie ist möglich, z.B. Offenlegung der relevanten Informationen.

Marktabklärung führt nicht zu Vorbefassung.

4. Inhaltliche Hinweise

4.9 Weitere Einzelpunkte

- Art. 20 Abs. 3 E-IVöB und Art. 22 Abs. 5 E-BöB (**Einladungsverfahren**)
- Art. 40 Abs. 3 und 5 E-IVöB und Art. 42 Abs. 3 und 5 E-BöB (**Prüfung und Bewertung**)
- Art. 52 und 53 E-IVöB und Art. 54 und 55 E-BöB (**Beschwerde, Rechtsschutz**)
- Art. 54 E-IVöB und Art. 56 E-BöB (**aufschiebende Wirkung**)
- Art. 18 E-BöB (**Einsichtsrecht**)

Besten Dank! Fragen, Diskussion?

Dr. Christoph Meyer, LL.M.

NEOVIUS

Advokaten & Notare

Hirschgässlein 30, Postfach 558, CH-4010 Basel

Tel +41 61 271 27 70

christoph.meyer@neovius.ch, www.neovius.ch