

**Forum Neues Vergaberecht**

**Neues Konkordat der Kantone  
– Analyse und Diskussion des Entwurfs**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Referenten**

PD Dr. **Martin Beyeler**, Rechtsanwalt  
 Dr. **Stefan Scherler**, Rechtsanwalt  
**Hans-Georg Bächtold**, Geschäftsführer SIA  
**Marc Steiner**, Bundesverwaltungsrichter

Prof. Dr. **Hubert Stöckli**, Universität Freiburg  
 (Einführung und Leitung)

**Offene Diskussion 18'00-18'30**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

**Beschaffungsvolumen**

<b>Gesamtvolumen</b> <small>(Erläuternder Bericht, S. 11)</small>	<b>40 Mia.</b>
<b>zentrale Bundesverwaltung</b> <small>(Faktenblatt BBl, Beschaffungszahlen 2013)</small>	<b>5,3 Mia.</b>
<b>Kantone und Gemeinden</b> <small>(Erläuternder Bericht, S. 11, wo von «rund 80%» die Rede ist)</small>	<b>32 Mia.</b>
<b>Anteil an Staatsausgaben</b> <small>(Erläuternder Bericht, S. 11)</small>	<b>25%</b>



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Zwei Wellen der Rechtssetzung**

---

**WTO-Übereinkommen 1994**  
in Kraft seit dem 1. Januar 1996

**WTO-Übereinkommen 2012**  
für die Schweiz noch nicht in Kraft  
drei neue EU-Richtlinien seit dem 17. April 2014

vgl. zum neuen WTO-Übereinkommen und den neuen Richtlinien die Beiträge von Stöckli/Beyeler zu den Vergabebestimmungen 2012 und 2014



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Getrennte Umsetzung in der Schweiz**

---

**WTO-Übereinkommen 2012**

- neue BöB/VöB
- neue IVöB

**Bundesverfassung ...**  
Art. 48 **Verträge zwischen** Kantonen

1 Die Kantone können miteinander Verträge schliessen sowie gemeinsame Organisationen und Einrichtungen schaffen. Sie können namentlich Aufgaben von regionalen Interesse gemeinsam wahrnehmen.

2 Der Bund kann sich im Rahmen seiner Zuständigkeiten beteiligen

3 Verträge zwischen Kantonen dürfen dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen. Sie sind dem Bund zur Kenntnis zu bringen.



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---


**Getrennte Umsetzung in der Schweiz**

---

inhaltliche Angleichung Bund und Kantone  
«soweit möglich und sinnvoll» (S. 9)

Umsetzung auf Stufe Bund und Kantone  
«möglichst zeitnah» (S. 9)

**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.» (S. 9)



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---




---

---

---

---

PD Dr. **Martin Beyeler**, Rechtsanwalt, Präsident SVöB

   Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---




**Begriffe (Art. 2)**

**Single serving cookies.**

**Selbstverständliches.**

**Fehlendes.**

**Es bleibt: Persönlicher Geltungsbereich.**

   Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---




---

**Persönlicher Geltungsbereich (Art. 3 ff.)**

**Auftraggeber: Alles wie gehabt.**

**Neu: Generalausnahme für gewerbliche Tätigkeiten (Art. II:2:a:(ii) GPA 2012).**

**Es geht *nicht* um «gewerbliche Waren oder Dienstleistungen»!**

   Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Sachlicher Geltungsbereich (Art. 8 f.)**


---

**Neu: Definition des öffentlichen Auftrags.**

**Inkonsistent: «Erfüllung staatlicher Aufgaben».**

**Neu: Unterstellung von Konzessionen (insb. Bau- und Dienstleistungskonzessionen).**

**Neuformulierungsbedarf.**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Interne Geschäfte (Art. 11 Abs. 3 lit. b–d)**


---

**In-house: wie gehabt.**

**Quasi-in-house: gemäss EuGH (2014).**

**In-state / öffentliche Zusammenarbeit:**

- nur öffentliche Auftraggeber,
- kein Marktauftritt.

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Folgeaufträge (Art. 21 Abs. 2 lit. e)**


---

**Freihandtatbestände: grundsätzlich wie gehabt.**

**Konzentration der Folgeaufträge auf 21 II e (analog XIII:1:c GPA 2012).**

**Milderung der Anforderungen:**

- Kompatibilitätsprobleme und
- ernsthafte Schwierigkeiten oder substantielle Mehrkosten.

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Rahmenverträge (Art. 27)**


---

**Erstmalige Regelung (s. Art. 33 RL 2014/24).**

**Voll und teilweise definierte Rahmenverträge.**

**Bilaterale und multilaterale Rahmenverträge.**

**Anfechtung des Minder-Zuschlags?**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---


**Bietergemeinschaften / Subunternehmer (Art. 33)**

---

**Grundsatz der Zulassung (BieGe / SubU).**

**Grundsatz der Unzulässigkeit von Mehrfachbeteiligungen.**

**«Die charakteristische Leistung ist grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen».**  
**→ sinnvoll?**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Abbruch und Widerruf (Art. 43 und Art. 44)**


---

**Nicht erschöpfender Katalog von Abbruchgründen: «zureichende Gründe».**

**Kein Anspruch auf Entschädigung bei Abbruch?**

**Widerruf nur aus Ausschlussgründen?**

**Widerruf wegen eines Formfehlers?**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Sanktionen (Art. 45 und Art. 53 Abs. 3)**


---

**Gegen Bieter, Subunternehmer – und Auftraggeber.  
→ Organe?**

**Bieter: Korruption, Verbrechen, Arbeitsrecht.  
→ Vertraulichkeit?**

**Liste: bindend?**

**Auftraggeber: Aufsichtsbehörde und Subventionen.**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Vertragsabschluss (Art. 42 und Art. 54 Abs. 2)**


---

**Der Standstill wird gefestigt und klarer geregelt.**

**Die doppelte Regelung ist unnötig.**

**Es entscheidet das kantonale Gericht!**

**Das Schicksal des unerlaubt geschlossenen  
Vertrags bleibt unreguliert.**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

**Gesamteindruck**

---



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---


---

---

---

---

Dr. **Stefan Scherler**, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Geschäftsführer SVöB



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---


---

**Vergabekriterien (Art. 28 ff.)**

Neu: Teil „V. Kapitel: Vergabeanforderungen“

- Teilnahmebedingungen (Art. 28)
- Eignungskriterien (Art. 29)
- Zuschlagskriterien (Art. 31)
- Technische Spezifikationen (Art. 32)
- Formerfordernisse (Art. 36)

Begriffsdefinition „Technische Spezifikation“ redundant (Art. 2 lit. n)



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

**Teilnahmebedingungen (Art. 28)**

Bei Verletzung der „Voraussetzungen“:  
Ausschluss vom Verfahren (Art. 44) mit  
erweitertem Katalog der Gründe (16)

Hinweis auf und Einführung „Selbstdeklaration“  
ist begrüßenswert



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---


---

**Eignungskriterien (Art. 29)**

---

**Der Auftraggeber legt in der Ausschreibung (...) die „wesentlichen“ Kriterien zur Eignung des Anbieters fest (Art. 29 Abs. 1 Satz 1). Nur die „wesentlichen“?**

**Verbot der Voraussetzung, bereits einen Auftrag für die Vergabestelle (erfolgreich) ausgeführt zu haben (Art. 29 Abs. 4; vgl. auch Art. VIII:2 GPA 2012)**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---


**Zuschlagskriterien (Art. 30 I)**

---

**Neu: Aufteilung in Zuschlagskriterien“ (Anforderungen; Art. 30) und „Zuschlag“ (Ablauf; Art. 41)**

**Zuschlagskriterium: „Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundausbildung“ (Art. 31 Abs. 2) vs. „Ausbildung von Lernenden in der beruflichen Grundbildung“ (revArt. 21 Abs. 2 BöB, Art. 27 Abs. 3 VöB)**

**(Achtung: „Filigranjuristen“ [SR Zanetti, SO])**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---


---

**Zuschlagskriterien (Art. 30 II)**

---

**Gut und jetzt für alle: Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung (Art. 30 Abs. 3 Satz 1)**

**Heikel: „Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand der Beschaffung, so kann auf eine Bekanntgabe der Gewichtung verzichtet werden.“ (Art. 30 Abs. 3 Satz 2)**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---


**Ausstand (Art. 14)**

---

**Grundsatz: Prinzip des Vorliegens einer „tatsächlichen Befangenheit“ und nicht nur der „Anscheinsvermutung“**

**Aber auch Ausstand: „aufgrund anderer Umstände, die für die Durchführung (...) erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen.“ (Art. 14 Abs. 1 lit. e)**

**Systematischer Kontext zu Vorbefassung (Art. 15)**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---


---

**Vorbefassung (Art. 15)**

---

**Praktische Relevanz: Bezeichnung geeigneter Mittel, um einen allfälligen Wettbewerbsvorteil auszugleichen (Art. 15 Abs. 2 lit. a-c; vgl. auch Art. 21a VöB)**

**Tragweite von Art. 15 Abs. 3: „Vorgelagerte Marktklärungen“ ≠ „Vorbefassung“?**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---


**Angebotsöffnung (Art. 39)**

---

**Neu: Bekanntgabe von Datum, Zeit und Ort in der Ausschreibung (bei öffentlicher Öffnung; Art. 38 lit. p)**

**Minimalregelung: „Allen Anbietern wird spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in dieses Protokoll gewährt.“ (Art. 39 Abs. 3)**

**Kongruent zu Instrument „Verhandlungen“, evtl. inkongruent zu kantonalen Bestimmungen (SG, TI)**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---


---

**Varianten (Art. 35)**

---

**Varianten bleiben „Knacknuss“**

**Exakt gleicher Wortlaut wie Art. 22a VöB, ausser weggelassenem Satz 2: „Nicht als Varianten gelten unterschiedliche Preisarten“.**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---


---

**Verhandlungen (Art. 24) I**

---

**Errungenschaft! Errungenschaft?**

„Die Kantone haben die Einführung der Verhandlungsmöglichkeit bisher (...) **entschieden und nahezu ausnahmslos abgelehnt**. Im Vordergrund steht dabei einerseits die **Befürchtung**, dass Anbieter in ihren Offerten **Verhandlungsmargen** einbauen, welche durch das Führen von im Voraus anzukündigenden Verhandlungen wieder **eliminiert** werden müssten. Andererseits sind Verhandlungen **aufwändig** und setzen hohe Ansprüche an die **Kompetenzen** der beteiligten Personen. Die Kantone sind der Meinung, dass Verhandlungen einem Risiko für unerwünschte „**Beziehungskorruption**“ zwischen Auftraggebern und Anbietern Vorschub leisten können.“



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---


**Verhandlungen (Art. 24) II**

---

**Errungenschaft! Errungenschaft?**

„Anbieter verweisen ferner auf die Gefahren **fehlender Transparenz** und des **Missbrauchs der Nachfragemacht** durch die Auftraggeber. Sie befürchten in diesem Zusammenhang einen zunehmend **ruinösen Preiswettbewerb**. Schliesslich ist aus Sicht der Kantone zu bedenken, dass durch Preisverhandlungen das Zuschlagsverfahren **unterlaufen** werden kann, indem **alle Kriterien** - mit Ausnahme des Preises - praktisch **bedeutungslos** werden.“

(vgl. erläuternder Bericht E-IVöB, S. 29 f.)



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---


**Verhandlungen (Art. 24) III**

---

**Der Kompromiss und eine Voraussetzung!**

„Im Sinne eines **Kompromissvorschlages** sieht der Vernehmlassungsentwurf auf Anregung des Bundes nunmehr vor, diesen **grundlegenden Unterschied zwischen den Rechtsordnungen des Bundes und der Kantone** zu beseitigen und die **Verhandlungsmöglichkeit** unter bestimmten Voraussetzungen neu auch für die Kantone zu ermöglichen. Dieser Kompromissvorschlag setzt aber voraus, dass gleichzeitig auch eine Angleichung bei der Rechtssysteme in Bezug auf den **Rechtsschutz (ab Schwellenwert Einladungsverfahren)** als **Beitrag des Bundes zur angestrebten Harmonisierung** stattfindet.“

(vgl. erläuternder Bericht E-IVöB, S. 30)



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---


**Verhandlungen (Art. 24) IV**

---

**Der Kompromiss unter einer Bedingung!**

„Dieser Kompromissvorschlag sieht vor, dass die Kantone – dem Beispiel des Bundes folgend – im Sinne eines weiteren Harmonisierungsbeitrags Verhandlungen unter bestimmten Bedingungen zulassen sollten, während im Gegenzug der Bund neu für den Binnenmarktbereich den Rechtsschutz bei einem Auftragswert ab 150'000 Franken vorsehen müsste. **Dieser Vorschlag kommt aber nur zum Tragen, wenn beide Bereiche gleichsam von Bund und Kantonen mit den entsprechenden Anpassungen angenommen werden.**“

(vgl. Begleitschreiben zur Vernehmlassung E-IVöB an die Kantonsregierungen, 22. September 2014)



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---


---

---

---

**Verhandlungen (Art. 24)**

---



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**Verhandlungen (Art. 24) V**


---

**Die entscheidende Frage (an die Kantone)!**

„Um hier von Seiten Kantone eine **klare Aussage** im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zu erhalten, sind die Kantone gebeten, nachfolgende Fragen (...) explizit zu beantworten:

- Können Sie dem Vorschlag zustimmen, **Verhandlungen** gemäss Art. 24 E-IVöB einzuführen?
- Können Sie dem Vorschlag zustimmen, **Rechtsschutz ab 150'000 Franken** gemäss Art. 52 und 53 E-IVöB zu gewähren?“

(vgl. Begleitschreiben zur Vernehmlassung E-IVöB an die Kantonsregierungen, 22. September 2014)



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---


---

**Verhandlungen (Art. 24) VI**

---

**Beinahe analoge Bestimmungen zum Bundesrecht (Art. 24 BöB, Art. 26 VöB): „Verhandlungen“ und „Bekanntgabe und Protokollierung“ (Art. 24 f.)**

**Problematisch: „Shortlist“:**  
**„[D]er Auftraggeber [kann] unter den Anbietern, die für den Zuschlag in Frage kommen, diejenigen auswählen, mit denen er Verhandlungen führen will. Er berücksichtigt wenn möglich mindestens drei Anbieter.“**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Gesamteindruck**

---

**Verhandlungen Kantone = Rechtsschutz Bund**  
**Rechtsschutz Bund = Verhandlungen Kantone**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Hans-Georg Bächtold**, Dipl. Forst-Ing. ETH/SIA, Raumplaner  
ETHP/NDS, Geschäftsführer SIA

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

**Lebensader Wettbewerb**

In der Schweiz leben wir in einer sozialen Marktwirtschaft. Eines der Wesensmerkmale der Marktwirtschaft ist der Wettbewerb. Die ihm inhärente Konkurrenz trägt zur Verbesserung der innovativen Dynamik, des Preis-Leistungsverhältnisses und der Qualität bei. Wird der Wettbewerb behindert, hat das nachteilige Folgen für die ganze Gesellschaft.

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Wettbewerb spielen lassen – aber fair**  
Die drei Beschaffungsformen des SIA



 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

### Wettbewerb spielen lassen – aber fair

Die drei Beschaffungsformen des SIA

Verfahrensarten*	Beschaffungsformen			
	Lösungsorientierte Beschaffungsformen		Leistungsorientierte Beschaffungsformen	
	Wettbewerb SIA 142	Studienauftrag SIA 143	funktionale Leistungsangebote SIA 144	Leistungsangebote über detailliertes Pflichtenheft SIA 144
offen	x	-	x	x
selektiv	x	x	x	x
Einladung	x	x	x	x
freihändig	Gewinner	Gewinner	-	-

\* Für öffentliche Bauherren gelten bei der Wahl der Verfahrensart die gesetzlichen Vorschriften.

SVB, ASMP, ASAP  
Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

### Wettbewerb, Studienauftrag, Leistungsangebote

Rechtliche Verortung der SIA Ordnungen

SVB, ASMP, ASAP  
Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

### Gesucht: Beste Lösung

Anonym: Der Architektur- oder Ingenieurwettbewerb nach SIA 142

- Ziele:**
  - Bestmögliches Projekt
  - Finden des Partners (Gewinner) für Realisation
- Anwendungsbereich:**
  - Klar definierte Aufgabenstellungen
- Verfahrensart:**
  - Anonym
  - Offen, selektiv oder auf Einladung
  - Ideen-, Projekt-, oder Gesamtleistungswettbewerb
- Beurteilungsform:**
  - Durch sachverständiges Preisgericht (Jury)
- Auftraggeber:**
  - Öffentliche Hand und Private
- Entschädigung der Planer:**
  - Preissumme
  - Planungsauftrag für Gewinner

SVB, ASMP, ASAP  
Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**Gesucht: Beste Lösung**  
**Im Dialog:** Der Architektur- oder Ingenieurstudienauftrag nach SIA 143



**Ziele:**

- Bestmögliches Projekt

**Anwendungsbereich:**

- Komplexe und interdisziplinäre Aufgabenstellungen, deren Rahmenbedingungen im Voraus nicht bestimmt werden können

**Verfahrensart:**

- Im Dialog
- Selektiv oder auf Einladung
- Ideen-, Planungs- oder Gesamtleistungsstudien

**Beurteilungsform:**


- Durch sachverständiges Beurteilungsgremium

**Auftraggeber:**

- Öffentliche Hand und Private

**Entschädigung:**

- Pauschalentschädigung
- Ev. Folgeauftrag für Planerleistungen

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---


---

---

---

---

**Gesucht: Ideen und Empfehlungen**  
**Im Dialog:** Testplanung – Eine Ideenstudie ohne anschließende Vergabe



**Ziele:**

- Ermitteln der planerischen Rahmenbedingungen und inhaltlichen Grundlagen für nachfolgende Planungsschritte.

**Anwendungsbereich:**

- Aufgaben, deren Rahmenbedingungen nicht klar sind

**Verfahrensart:**

- Im Dialog
- Selektiv oder auf Einladung
- Ideenstudie

**Beurteilungsform:**


- Durch sachverständiges Beurteilungsgremium

**Auftraggeber:**

- Öffentliche Hand und Private

**Entschädigung:**

- Entschädigung für erbrachte Leistung

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

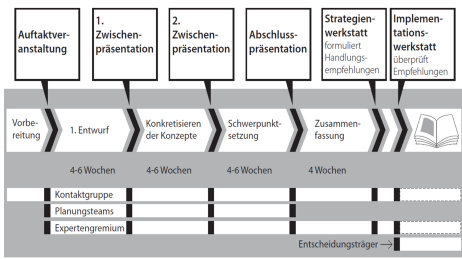
---

---

---

---


**Gesucht: Ideen und Empfehlungen**  
**Im Dialog:** Testplanung – Eine Ideenstudie ohne anschließende Vergabe



The diagram illustrates a five-stage process flow:

- Auftaktveranstaltung** (4-6 Wochen): Vorbereitung
- 1. Zwischenpräsentation** (4-6 Wochen): 1. Entwurf
- 2. Zwischenpräsentation** (4-6 Wochen): Konkretisieren der Konzepte
- Abschlusspräsentation** (4 Wochen): Schwerpunktsetzung
- Strategienwerkstatt** (4 Wochen): formuliert Handlungs-empfehlungen
- Implementationswerkstatt** (4 Wochen): überprüft Empfehlungen

Supporting entities: Kontaktgruppe, Planungsteams, Expertengremium, Entscheidungsträger.

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

### Gesucht: Beste Lösung

Das anonyme Verfahren (SIA 142) und das Dialogverfahren (SIA 143) im Überblick

	Ordnung SIA 142 (2009) Wettbewerb			Ordnung SIA 143 (2009) Stufenauftrag				
Durchführung	anonym			nicht anonym				
Beurteilung	Preisgericht			Beurteilungsgremium				
Arten	Planungswettbewerb		Gesamtleistungswettbewerb	Planungsstudie			Gesamtleistungsstudie	
	Ideenwettbewerb	Projektwettbewerb		Ideenstudie	Projektstudie			
Auftrag/Folgeauftrag/Zuschlag	ohne/mit	mit	mit	ohne	mit	ohne	mit	mit
	3x Aufwand	2x Aufwand Gesamtpreisumme	1,5x Aufwand	100% Aufwand	80% Aufwand	100% Aufwand	80% Aufwand	50% Aufwand
Preisrahmen/Entschädigung (gem. Art. 17)				Pauschalentschädigung pro Teilnehmer				
Rangierung	Rangierung, Ermittlung des Gewinners			keine Rangierung, Ermittlung des Gewinners				


 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

---


---

---

---

### Gesucht: Beste Leistung

Die Architektur- und Ingenieurleistungsofferte nach SIA 144



**Ziele:**

- Qualitativ bestmögliche Leistung
- Preis (spielt aber untergeordnete Rolle, 25%)
- Finden des Partners für Realisation

**Anwendungsbereich:**

- Klar umrissene Aufgabe

**Verfahrensart:**

- Offen-, selektiv oder auf Einladung

**Beurteilungsform:**


- Durch sachverständiges Bewertungsgremium
- Zweicouvertmethode (Qualität vor Preis)

**Auftraggeber:**

- Öffentliche Hand und Private

**Entschädigung der Planer:**

- Zuschlag für Planerleistungen


 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

### Gesucht: Beste Beschaffungsform

Die Art der Aufgabe bestimmt die am besten geeignete Beschaffungsform

- Beste Lösung gesucht - Aufgabe klar umrissen	- Beste Lösung gesucht - Rahmenbedingungen unklar	- Beste Leistung gesucht - Projekt definiert
---	--	---




 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**Gesucht: Bestes Kleidungsstück**  
Die Art der Aufgabe (Langlauf) bestimmt das optimale Kleidungsstück

- Zum Schwimmen      - Zum Tauchen      - Für Langlauf



SVB  
ASM  
ASAP

Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Gesucht: Bestes Kleidungsstück ...**  
... oder auch nicht



SVB  
ASM  
ASAP

Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Welches ist die beste Lösung?**  
Beurteilungskriterien beim Architektur- oder Ingenieurwettbewerb nach SIA 142



Die Beurteilungskriterien sind aufgabenspezifisch festzulegen und im Wettbewerbsprogramm zu nennen.

Diese können zum Beispiel sein:

- Städtebauliches Konzept
- Architektonisches Konzept
- Konstruktives Konzept
- Raumprogrammatische Lösung
- Gestalterische Qualität
- Qualität der Materialisierung
- Gesellschaftliche Wertschöpfung
- Ökologische Verantwortung
- Ökonomische Wertschöpfung
- Erfüllung technische Anforderungen
- ...

SVB  
ASM  
ASAP

Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

### Welches ist die beste Lösung?


Beurteilungskriterien beim Architektur- oder Ingenieurstudienauftrag nach SIA 143



Die Beurteilungskriterien und deren Gewichtung sind aufgabenspezifisch festzulegen und in den Ausschreibungsunterlagen zu nennen.

Diese können zum Beispiel sein:

- Städtebauliches Konzept
- Architektonisches Konzept
- Konstruktives Konzept
- Raumprogrammatisches Konzept
- Gestalterische Qualität
- Gesellschaftliches Wertschöpfungspotential
- Ökologische Verantwortung
- Ökonomisches Wertschöpfungspotential
- Erfüllung technische Anforderungen
- ...



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

### Welche Anbieter eignen sich am besten?


Eignungskriterien bei der Ingenieur- und Architekturleistungsofferte nach SIA 144



Eignungskriterien dienen zur Bewertung der grundsätzlichen Eignung und damit Auswahl von Anbietern im Hinblick auf die zu beschaffende Leistung.

Diese können zum Beispiel sein:

- Technische Leistungsfähigkeit
- Erfahrung mit vergleichbaren Aufgaben (Referenzen)
- Fachkompetenz
- Kapazitäten
- Infrastruktur
- Qualitätsmanagement (z.B. Zertifizierung)
- Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit
- ...



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

### Welches ist die beste Leistung?


Zuschlagskriterien bei der Ingenieur- und Architekturleistungsofferte nach SIA 144



Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sind aufgabenspezifisch festzulegen und in den Ausschreibungsunterlagen zu nennen.

Diese können zum Beispiel sein:

- Analyse, Zugang zur Aufgabe, Vorgehensweise
- Berücksichtigung Aspekte nachhaltige Entwicklung
- Auswirkungen auf Unterhalts- und Betriebskosten
- Qualifikation des vorgesehenen Schlüsselpersonals
- Zweckmäßigkeit der Projektorganisation
- CM/CM-Konzept
- Preis der angebotenen Leistung
- ...



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

### Aber nicht: Welches ist die günstigste Leistung?

Der Preis muss eine untergeordnete Rolle spielen

Gründe:

- Kleiner Anteil Planerhonorar an gesamten Investitionskosten
- Grosse Hebelwirkung der Planerleistung auf Kosten Gesamtwerk

Mit anderen Worten:

- Beim Planerhonorar zu sparen lohnt sich nicht

Deshalb:

- Zweicouvertmethode

SVB, ASMP, ASAP logos and Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

### Ein wenig Honorar gespart ...

... viel mehr Material verbaut – und die Landschaft verunstaltet

SVB, ASMP, ASAP logos and Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

### In Ingenieurleistung und Baukultur investiert ...

... Material und Kosten erheblich reduziert – und baukulturellen Wert geschaffen

SVB, ASMP, ASAP logos and Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

---

---

**Marc Steiner**, Rechtsanwalt, Bundesverwaltungsrichter,  
St. Gallen/Bern

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**1. Das Wichtigste vorweg: Der Rechtsschutz auf Bundesebene soll namentlich für Bauvergaben ausgebaut werden.**


**2. Anfechtungsobjekte und Rügeobliegenheiten**

**3. Begründungspflicht / Beschwerdefrist**

**4. Beschwerdelegitimation WEKO-Sekretariat**

**5. Exkurs: Nachhaltigkeit**

**6. Fazit**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Hauptpunkt: Ausbau Rechtsschutz / Geschichte**


**1. Immer schon und immer noch: Der verfrühte Vertragsschluss hindert nicht an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung (BVGE 2009/19).**

**2. Da die nationalen Rechtsanwender den Rechtsschutz nicht immer ernst nehmen -> EU-Rechtsschutzrichtlinie 2007/66/EG vom 11.12.2007**

**3. VE BÖB 2008: Keine Lust auf Rechtsschutz**

**4. Moritz Leuenberger: Keine Lust auf Rechtsschutz (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 1343)**

**5. VE IVÖB nimmt den Bund in Pflicht**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

**Hauptpunkt: Ausbau Rechtsschutz / VE IVöB I**

Dieser Vorschlag ist so angedacht, dass die Kantone im Sinne eines [...] Harmonisierungsbeitrags Verhandlungen [...] zulassen sollten, während im Gegenzug der Bund für den Binnenmarktbereich ebenfalls den Rechtsschutz bei einem Auftragswert ab 150'000 Franken vorsehen müsste (Erläuternder Bericht, S. 9).



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

**Hauptpunkt: Ausbau Rechtsschutz / VE IVöB II**

„Der Rechtsschutz wird im Sinne der Harmonisierung bei Bund und Kantonen gleich ausgestaltet.“ (Erläuternder Bericht, S. 52 zu Art. 53 Abs. 4 VE IVöB)

-> Der Bund muss BÖB-Rechtsschutz stark erweitern, namentlich in Bezug auf Bauvergaben, da für alle Kategorien derselbe Schwellenwert von 150'000 Franken gilt.



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

**Hauptpunkt: Ausbau Rechtsschutz / VE IVöB III**

Damit findet eine erfreuliche Kehrtwende gegenüber dem VE 2008 zum Rechtsschutz auf Bundesebene statt. Denn jeder Verfahrens- und Verfassungsrechtler weiss: Der status quo in Bezug auf den Rechtsschutz nach BÖB ist seit dem Inkrafttreten von Art. 29a BV verfassungswidrig (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 1206 mit Hinweisen).



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Hauptpunkt: Ausbau Rechtsschutz / VE IVöB IV**

---



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

**Hauptpunkt: Ausbau Rechtsschutz / VE IVöB V**

---

**Der Bund verpflichtet sich offenbar gegenüber den Kantonen, Art. 5 und Art. 9 BGBM abzuschaffen. Damit wird nicht nur die Sigriswil-Dogmatik BGE 131 I 137 kodifiziert in Bezug auf den fehlenden Rechtsschutz für Bagatellvergaben, sondern es werden auch weitergehend spezifische Diskriminierungsrügen unterhalb von 150'000 Franken ausgeschlossen, zum Schaden des Binnenmarktes.**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

**Anfechtungsobjekt und Rügeobliegenheit I**

---

**Klärung der Lage für das BÖB durch BVGE 2014/14: Ausschreibungsunterlagen sind nach dem Beschaffungsrecht des Bundes (Art. 29 BÖB) in der Regel weder selbständiges Anfechtungsobjekt noch Bestandteil der Ausschreibung. Damit kann die Vergabestelle regelmässig nicht sagen, eine Rüge sei verspätet, weil die Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten worden sind.**



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

**Anfechtungsobjekt und Rügeobliegenheit II**

---

**§ 107 Abs. 3 Ziffer 1 GWB: Der Antrag an die Vergabekammer zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoss gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

**Anfechtungsobjekt und Rügeobliegenheit III**

---

**§ 107 Abs. 3 Ziffern 2 und 3 GWB: Auch die unterlassene Rüge bei lediglich erkennbaren Verstössen gegen Vergabevorschriften in den Ausschreibungsunterlagen führt nach deutschem Recht zur Präklusion.**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

**Anfechtungsobjekt und Rügeobliegenheit IV**

---

**Der Vorteil für die Vergabestelle ist eine gewisse Sicherheit, mit ihren Vorgaben durchzukommen, wenn diese nicht in Frage gestellt werden. Der Nachteil einer strikten Rügeobliegenheit liegt im Transaktionsaufwand für die Anbieter; aus Risikomanagementgründen müssen bei strikter Rügeobliegenheit viel früher Juristen beigezogen werden. Es ist nicht klar, ob das wirklich im öffentlichen Interesse ist.**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

**Anfechtungsobjekt und Rügeobliegenheit V**

Ein bekannter oberster Einkäufer wehrt sich gegen die durch die vergabestellenseitig geförderte Argumentation mit der Präklusion und der damit verbundenen Änderung des Verfahrensklimas durch Verrechtlichung mit den Worten: „Ich gehe doch nicht zu meinem ersten Date mit einem Anwalt.“

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

**Anfechtungsobjekt und Rügeobliegenheit VI**

Der Normtext von Art. 53 Abs. 2 VE IVöB geht klar auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung und Tragweite erkennbar sind, müssen zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden. Das kann jedenfalls nur gelten, wenn sie gleichzeitig zur Verfügung stehen.

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

**Anfechtungsobjekt und Rügeobliegenheit VII**

Offen bleibt nach dem Wortlaut von Art. 53 Abs. 2 VE IVöB nach der Lesart des Referenten, was gilt, wenn die Ausschreibungsunterlagen später als die Ausschreibung zur Verfügung stehen.

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

**Anfechtungsobjekt und Rügeobliegenheit VIII**

---

**BVGE 2014/14: Auch unter dem Aspekt von Treu und Glauben kann eine Rüge, die vor der Vergabestelle noch nicht erhoben worden ist, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht ohne Weiteres und unabhängig von ihrer Art als verspätet erklärt werden (E. 4.4).**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

**Anfechtungsobjekt und Rügeobliegenheit VIII**

---

**BVGE 2014/14: Selbst soweit eine Rügeobliegenheit des Anbieters in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen anzunehmen wäre, würde dies die leichte Erkennbarkeit von Bedeutung und Tragweite der strittigen Anordnung voraussetzen.**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---


---

**Begründung der Verfügung und Beschwerdefrist I**

---

**Art. 56 Abs. 1 und 2 VE BÖB: Beschwerden müssen [...] innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung eingereicht werden. Es gelten keine Gerichtsferien.**

**Sehr gut die Harmonisierung der Beschwerdefrist auf 20 Tage; ebenso die Vorgabe für den Ausschluss von Gerichtsferien.**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---


**Begründung der Verfügung und Beschwerdefrist II**

---

Das zweistufige Begründungsmodell nach Art. 23 BÖB hat sich bewährt, aber auch die summarische Begründung nach Art. 23 Abs. 1 BÖB darf keine Leerfloskel sein wie „Das wirtschaftlich günstigste Angebot hat den Zuschlag erhalten.“

Art. 51 VE IVÖB ist nicht ganz klar. Ist es wirklich sinnvoll, ohne Anbieteranfrage in die zweite Stufe zu gehen?

Summe von erster und zweiter Stufe muss auf jeden Fall den Vorgaben von Art. 29 Abs. 2 BV genügen.



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---


---

**Begründung der Verfügung und Beschwerdefrist III**

---

Erläuternder Bericht zu Art. 51 Abs. 2 VE IVÖB: „Falls die Publikation einer Verfügung auf simap.ch keine summarische Begründung enthält, wird die Beschwerdefrist nach Art. 56 Abs. 1 nicht ausgelöst. Die Frist beginnt dann ab der individuellen Eröffnung des begründeten Entscheids.“

Höchst problematisch; Rechtssicherheit ist prioritär; lieber einmal eine vorsorgliche Beschwerde wegen fehlender Begründung.



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---


**Beschwerdelegitimation**

---

Beschwerdemöglichkeit des WEKO-Sekretariats sollte auf kantonaler Ebene erhalten bleiben und auf Bundesebene eingeführt werden.

Vgl. dazu die Varianten gemäss Art. 52 Abs. 3 VE IVÖB; vorgeschlagen wird als Alternative das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen

Vgl. Vertragsverletzungsverfahren EU-Kommission



Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---


---

---

**Nachhaltigkeit**

**Art. 1 lit. a VE IVöB: Diese Vereinbarung bezweckt den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel, unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit.**

**Nachhaltigkeit ist neue Gesetzesziel; was aber fehlt, ist die Nichteinhaltung der Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund, obwohl ein solcher in Art. 25 VE BÖB 2008 vorgesehen war.**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---


---

---

---

**Fazit**

- 1. Der Rechtsschutz in Vergabesachen auf Bundesebene wird durch die parallele Reform, wenn sie so durchgezogen wird wie mit dem VE IVöB angedacht, glaubwürdiger.**
- 2. Es gibt gute Gründe, Binnenmarktträgen auch unterhalb des Schwellenwerts von 150'000 Franken zuzulassen.**

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---

**Offene Diskussion**

18'30 Uhr Schluss der Veranstaltung

 Forum Neues Vergaberecht, 25. November 2014

---

---

---

---

---

---

---

---