

Winterthur, im November 2016

## Newsletter 2/2016

Geschätzte Mitglieder

Nein – der Entwurf des neuen Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen BöB ist noch immer nicht publik, aber dem Vernehmen nach wird sich dieser Zustand nun sehr bald ändern. Wann das sein wird, unterliegt strikter Geheimhaltung und ist dem Unterzeichneten bedauerlicherweise unbekannt. Sobald der Entwurf aber veröffentlicht worden ist, werden wir Sie darauf aufmerksam machen.

Die Schweizerische Vereinigung für öffentliches Beschaffungswesen ist vor diesem Hintergrund bestrebt, Ihnen die verbleibende Zeit des Wartens auf den E-revBöB mit Lesestoff und Hinweisen so angenehm wie möglich zu machen.

Denn zu berichten gibt es auch so bereits wieder eine Menge. Sie finden alle Neuigkeiten (mit Nachweisen oder Links) im Anhang; hier seien kurz die folgenden Themen herausgegriffen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat in einem Merkblatt festgelegt, dass in Vergabestreitigkeiten die Frist für die Beschwerdeantwort 10 Tage beträgt und – einmalig – um weitere 10 Tage (in Ausnahmefällen um 20 Tage) erstreckt werden kann. Dasselbe gilt für Replik und Duplik jedenfalls dann, wenn der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommt.

Die Forschungsstelle für Digitale Nachhaltigkeit der Universität Bern veranstaltet 2016 und 2017 eine Reihe von Roundtables zu diversen Fragen rund um ICT-Beschaffungen. Am 24. Januar 2017 werden die unterschiedlichen Sichtweisen von Auftraggebern und Anbieterinnen besprochen, am 19. Oktober 2017 die Verschmelzung von Bauwerken und IT-Anlagen und am 9. November 2017 das Vergabebeschwerdeverfahren.

Der Kanton Waadt hat eine Gesetzesänderung entworfen, die die Einholung von Konkurrenzofferten im (unterschweligen) Freihandverfahren regeln soll. Solche Konkurrenzofferten sollen zulässig sein, soweit es um weitgehend standardisierte Leistungen geht, die allein nach dem Preis vergeben werden dürfen. Hinter dieser Einschränkung steht die Befürchtung, dass das zuständige Verwaltungsgericht ein Konkurrenz-Freihandverfahren mit qualitativen Zuschlagskriterien als Einladungsverfahren taxieren könnte. Das scheint dem Unterzeichneten eine unbegründete Befürchtung zu sein – entscheidend ist im Freihandverfahren, dass dieses deutlich als solches deklariert wird und dass eine allfällige qualitative Bewertung weder willkürlich noch diskriminierend ist. Allein aufgrund einer qualitativen Bewertung der Offerten können die Erfordernisse des Einladungsverfahrens keinesfalls Geltung erlangen.

Die Gerichte haben seit dem letzten Newsletter sehr viele wichtige Fragen beantwortet, deswegen finden Sie dieses Mal eine besonders lange Liste. Im Besonderen zu erwähnen ist, dass Judikate zu den folgenden Fragen ergangen sind:

- Unter welchen Voraussetzungen darf die WEKO einem Gemeinwesen Akten herausgeben, welche sie im Rahmen der Abklärung und Sanktionierung von Submissionsabsprachen angelegt hat?
- Sind staatliche Anbieterinnen – in casu ein Universitätsinstitut – vom Vergabeverfahren auszuschliessen, falls sie ein preislich ungewöhnlich tiefes Angebot einreichen?
- Welche Geschäfte in einem Bahnhof sind dem Sektor des Schienenpersonenverkehrs zuzurechnen?
- Ist der durch eine Stadt veranlasste und ggfs. subventionierte Aufbau und Betrieb eines Veloverleihsystems ein öffentlicher Auftrag?
- Wann sind kantonale Pensionskassen dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt? – Dazu ist bereits auch ein Aufsatz von SCHNEIDER HEUSI publiziert worden.
- Sind reine Rabattverträge, die mit allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern abgeschlossen werden, als öffentliche Aufträge zu qualifizieren?

Diese und weitere Neuigkeiten finden Sie im Anhang. Ich danke Frau Nathalie Clausen, die die Redaktion dieses Newsletters tatkräftig unterstützt hat.

Ich wünsche Ihnen eine gute Lektüre, wünsche Ihnen einen guten Winter und grüsse Sie im Namen des gesamten Vorstands herzlich

Martin Beyeler, Präsident SVöB

## Veranstaltungen

- [Herbstversammlung SVöB \(25. November 2016, Bern\)](#)
- [Roundtables ICT-Beschaffungen 2016/2017 \(Veranstaltungsreihe der Forschungsstelle für Digitale Nachhaltigkeit, Universität Bern\)](#)
- [Schweizerische Baurechtstagung 2017 \(24/25. Januar sowie 31. Januar/1. Februar 2017\)](#)

## Gesetzgebung

- EU: Bis am 18. April 2016 mussten die EU-Mitgliedstaaten die revidierten EU-Vergaberichtlinien (RL [2014/24/EU](#) und RL [2014/25/EU](#)) in nationales Recht umsetzen (Ausnahme: Die Umsetzung des vollelektronischen Vergabeverfahrens darf bis am 18. Oktober 2018 bzw. für zentrale Beschaffungsstellen bis 18. April 2017 aufgeschoben werden); [Medienmitteilung](#)
- Kanton VD: [Gesetzesentwurf zum Thema Konkurrenzofferten im Freihandverfahren](#)

## Rechtsprechung

- Nachschieben von Ausschlussgründen im Beschwerdeverfahren; Referenzen; partielle Gewährung der aufschiebenden Wirkung (BVGer [B-4637/2016](#), Zwischenentscheid vom 19. Oktober 2016)
- Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen; Aufhebung und gerichtliche Neuerteilung des Zuschlags (BVGer [B-8115/2015](#) vom 6. Oktober 2016)
- Bauherrenunterstützer, Ausstand und Vorbefassung (BVGer [B-3563/2016](#) vom 22. September 2016)
- Ausschluss wegen Abweichung von den technischen Spezifikationen (BGer [2C\\_257/2016](#) vom 16. September 2016)
- Unterstellung Übersetzungs-Dienstleistungen (BVGer [B-8141/2015](#) vom 30. August 2016)
- Unterstellung Aufbau und Betrieb eines Veloverleihsystems (BGer [2C\\_82/2016](#) vom 30. Juni 2016; BGer [2C\\_1014/2015](#) vom 21. Juli 2016; BGer [2C\\_658/2016](#) vom 25. August 2016)
- Einsicht in WEKO-Untersuchungsakten durch (potentiell) aufgrund von Submissionskartellen geschädigte Gemeinwesen (BVGer [A-6320/2014](#) und [A-6334/2014](#), je vom 23. August 2016)
- Ausschreibungskonformität; Varianten (BVGer [B-2599/2016](#) vom 17. August 2016; BVGer [B-7216/2014](#), Zwischenentscheid vom 7. Juli 2016)
- Ausschluss wegen Schlechterfüllung früherer öffentlicher Aufträge (Vergabekammer Sachsen-Anhalt [Deutschland], [3 VK LSA 20/16](#), Beschluss vom 28. Juli 2016)
- Unterstellung kantonaler Pensionskassen (BGer [2C\\_6/2016](#) vom 18. Juli 2016, zur Publikation vorgesehen)
- Abbruch nach gerichtlicher Aufhebung des Zuschlags (BVGer [B-1680/2016](#) vom 18. Juli 2016)
- Bekanntgabe der Bewertungsmethode (EuGH [C-6/15](#) [TNS Dimarso] vom 14. Juli 2016)
- Unterstellung Rabattierungsverträge („Open house“-Modell; EuGH C-410/14 [Dr. Falk Pharma] vom 2. Juni 2016)
- Veränderung der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften (EuGH [C-396/14](#) [MT Højgaard A/S] vom 24. Mai 2016)
- Beschwerdelegitimation der viertplatzierten Anbieterin (BVGer [B-6337/2015](#) vom 26. April 2016)
- Regional unterschiedliche Mindestlöhne im Baugewerbe (BGer [2D\\_54/2015](#) vom 13. April 2016)
- Staatliche Anbieter (BVGer [B-3797/2015](#) vom 13. April 2016)
- Verweis auf Eignungsaspekte von Subunternehmern („Eignungsleihe“; EuGH C-324/14 [Partner Apelski Dariusz] vom 7. April 2016)

- Legitimation des (potentiell auszuschliessenden) Beschwerdeführers (EuGH [C-689/13](#) [PFE] vom 5. April 2016)
- Referenzen; nicht abgeschlossene Objekte; Bestimmung der relevanten Summe (BGer [2D\\_53/2015](#) vom 23. März 2016)
- Widerruf der Zuschlagsverfügung nach Neueinschätzung der Eignungskriterien (BVGer [B-307/2016](#) vom 23. März 2016)
- Vergleichbarkeit von Referenzen (BVGer [B-7208/2014](#) vom 13. März 2016)
- Überspitzter Formalismus; Versiegelung des Offertumschlags (BGer [2C\\_933/2015](#) vom 4. März 2016)
- Unterstellung Sektor Schienenpersonenverkehr (BVGer [B-6350/2015](#) vom 22. Februar 2016)
- Ausstand von Hilfspersonen der Vergabestelle (BVGer [B-5452/2015](#), Zwischenentscheid vom 3. Februar 2016)

## Literatur

- SCHNEIDER HEUSI, Claudia, Aktuelles aus dem Bundesgericht: Die Aargauische Pensionskasse ist dem Vergaberecht unterstellt, Bundesgerichtsentscheid 2C\_6/2016 vom 18. Juli 2016, zur Publikation vorgesehen, in: Jusletter 7. November 2016 ([www.jusletter.ch](http://www.jusletter.ch))
- CANONICA, Flavio, Campo di applicazione soggettivo del diritto delle commesse pubbliche con particolare riferimento alle committenze attive nel Cantone Ticino, in: Rivista Ticinese di Diritto I-2016, S. 369 ff.
- HUBACHER, Kevin, Schweizer Kartellrecht 2015 – ein Jahresrückblick, in: Jusletter 25. April 2016 ([www.jusletter.ch](http://www.jusletter.ch))
- EU: [Buying green! A handbook on green public procurement, 3. Auflage 2016](#)
- EU: [Study on best practises for ICT procurement based on standards in order to promote efficiency and reduce lock-in](#)

## Varia

- Bund: [Interpellation Français Olivier vom 16. Juni 2016: „Öffentliche Beschaffung. Dienstleistungen zu welchem Preis?“; Stellungnahme des Bundesrates vom 7. September 2016](#)
- Bund: Revision der [Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bundes für die Beschaffung von Gütern](#) und der [Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bundes für Dienstleistungsaufträge](#) (je in Kraft seit 1. September 2016); [Übersicht der wichtigsten Neuerungen](#)
- WEKO: [Empfehlung vom 4. April 2016 zuhanden des Kantons Freiburg betreffend den kantonalen Gesetzesentwurf über die öffentliche Gemeinschaftsgastronomie](#)
- Kanton VD: [Charte éthique vaudoise des marchés publics](#)

- Kanton ZH: Auszug aus dem Merkblatt der 1. Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich zur Ansetzung und Erstreckung von Fristen (i.K. seit 1. Oktober 2016):

➤ **In Submissionssachen:**

**Wenn der Beschwerde provisorisch oder definitiv aufschiebende Wirkung beigegeben wird.**

- Die Frist für die Erstattung der *Beschwerdeantwort* bzw. zur freigestellten Mitbeantwortung der Beschwerde beträgt *10 Tage*;
- sie wird einmal um *10 Tage*, in besonderen Fällen um *20 Tage*, und zwar jeweils *letztmals*, erstreckt.
- Für *Replik und Duplik* wird eine Frist von *10 Tagen* angesetzt und eine Fristerstreckung um *10 Tage*, in besonderen Fällen um *20 Tage* und zwar jeweils *letztmals*, gewährt; bei *Dringlichkeit* kann eine *nicht erstreckbare* Frist angesetzt werden.

**Erhält die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung, sind für Replik und Duplik längere Fristen möglich.**

## Impressum

Schweizerische Vereinigung für öffentliches Beschaffungswesen (SVöB), Marktgasse 1, Postfach 2276, 8401 Winterthur (Geschäftsstelle); Prof. Dr. iur. Martin Beyeler, assoziierter Professor an der Universität Freiburg

Newsletter [abbestellen](#)  
[www.svoeb.ch](http://www.svoeb.ch)