

Winterthur, im März 2017

## Newsletter 2/2017

Geschätzte Mitglieder

Über eine der wohl wichtigsten Neuerungen des Jahres 2017 – den **Entwurf des neuen BöB** (E-BöB) und die dazugehörige Botschaft des Bundesrats vom 15. Februar 2017 – haben wir bereits Mitte Februar berichtet. Inzwischen sind auch eine französische Version der Botschaft sowie italienische Fassungen von Entwurf und Botschaft publiziert worden.

Zusammen mit dem Institut für Baurecht der Universität Freiburg organisiert die SVöB am 23. Mai 2017 in Bern eine **Forums-Veranstaltung zum E-BöB**, an der HUBERT STÖCKLI, MARC STEINER, STEFAN SCHERLER und MARTIN BEYELER ihre Einschätzungen äussern und mit dem Publikum diskutieren werden.

Vorher schon, nämlich am 17. März 2017, wird MARC STEINER den „**Rechtsschutz de lege ferenda**“ im Rahmen eines Mittagsvortrags des Europa-Instituts an der Universität Zürich thematisieren.

Über den E-BöB diskutiert werden kann im Übrigen auch am **Berner Submissionschränzli** vom 12. April 2017 und am **Zürcher Submissionschränzli** vom 29. Juni 2017.

Am **Basler Submissions-Treffen** vom 11. April 2017 wird über Teilnahmebedingungen sowie Eignungs- und Zuschlagskriterien referiert und diskutiert, wobei das künftige Recht eine wichtige Rolle spielen wird.

Unter dem Thema „**ICT-Beschaffungen in den Medien – Kommunikationsfehler vermeiden**“ veranstaltet die Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit der Universität Bern am 25. April 2017 den inzwischen vierten „Roundtable ICT-Beschaffungen“, der sich spezifischen Fragen im Umgang mit der externen Kommunikation widmet.

Nicht fehlen darf hier ein Hinweis auf die kommende ordentliche **Mitgliederversammlung** der SVöB vom 5. Mai 2017 in Zürich (nähere Informationen werden auf der Homepage [www.svoeb.ch](http://www.svoeb.ch) und per Einladung folgen).

Währenddem die mit der Revision des Beschaffungsrechts betrauten Stellen noch am letzten Schliff des E-BöB arbeiteten, haben Mitglieder der eidgenössischen Legislative eine ganze Reihe von **Vorstössen zu aktuellen Fragen des öffentlichen Beschaffungswesens** eingereicht. In diesen geht es um die Art der Überprüfung der Lohngleichheit (insb. um Logib), um die Vergabe von Unteraufträgen an ausländische Subunternehmer und Lieferanten beziehungsweise um den Schutz schweizerischer Unternehmen (zwei Vorstösse zu diesem Thema), um die Verhinderung von „Beschaffungsdebakeln“, um die Bewertung

von Offerten betreffend Planerleistungen (insb. Stundenansätze, vorgegebenen Stundenzahlen, sog. Zwei-Couvert-Methode in Kombination mit Shortlist), um die Volumenbündelung (insb. im Bereich der Druckerzeugnisse), um die kantonale Bestellung von sog. gemeinwirtschaftlichen Leistungen (vgl. Art. 49 Abs. 3 KVG) bei Spitälern sowie um Mindesttarife bei öffentlichen Beschaffungen (insb. von Übersetzungsdienstleistungen).

Bereits in Kraft gesetzt worden ist der neue Art. 26a der Bundesinformatikverordnung (BinfV), der vom **Zugang externer IKT-Leistungserbringer zu nicht allgemein zugänglichen Daten** handelt (i.K. seit 1.11.2016). Diese Bestimmung vermag, darauf ist hier hinzuweisen, die sich in einem konkreten Fall allenfalls aus dem Datenschutzgesetz (DSG) ergebenden Regeln nicht zu verdrängen.

Ebenso in Kraft ist der neue Art. 34b des Waldgesetzes (WaG), der den Bund im Rahmen der Konzeption, der Planung und des Betriebs seiner Bauten und Anlagen zur Förderung der **Verwendung von nachhaltig produziertem Holz** sowie, im Falle der Beschaffung von Holzzeugnissen, zur Berücksichtigung der nachhaltigen und naturnahen Waldbewirtschaftung und des Ziels der Reduktion von Treibhausgasemissionen verpflichtet (i.K. seit 1.1.2017; vgl. auch Art. 37c WaV, wo unter anderem auf die Richtlinie „Nachhaltig produziertes Holz beschaffen“ der KBOB verwiesen wird; in dieser Richtlinie wird erklärt, dass schweizerisches Holz aufgrund des WaG per se als „nachhaltig“ produziert i.S.v. Art. 34b Abs. 2 WaG).

Die Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) hat per 1. Dezember 2016 die **Empfehlungen zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren 2017** herausgegeben. Diese Empfehlungen, namentlich die darin genannten Stundenansätze, sind explizit unverbindlich, denn die „Art und Weise der Honorarkalkulation ist grundsätzlich dem Anbieter zu überlassen“ (a.a.O., Ziff. 2.1).

Zusammen mit den Bundesländern hat sich die deutsche Bundesregierung am 14. Oktober 2016 auf die Gründung einer rechtlich selbständigen „**Infrastrukturgesellschaft Verkehr**“ geeinigt. Dieser im unveräusserlichen Eigentum des Bundes stehenden Gesellschaft sollen Bau und Betrieb der Autobahnen sowie von Bundesfernstrassen übertragen werden. Am 9. Januar 2017 hat die Bundesregierung sodann in Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage verschiedene Einzelpunkte geklärt.

Die Europäische Kommission hat am 24. Januar 2017 einen **Bericht über die Wirksamkeit des unionsrechtlichen Vergaberechtsschutzes** (vgl. Richtlinien 89/665/EWG, 92/13/EWG und 2007/66/EG) publiziert, der zum Schluss kommt, dass die damit verbundenen Ziele grundsätzlich erreicht werden, das Unionsrecht insoweit also wirksam ist. Indessen wird die Unklarheit gewisser Vorschriften hervorgehoben (und werden entsprechende Auslegungshilfen angekündigt), und es wird moniert, dass die meisten Mitgliedsstaaten keine systematische Erhebung von Informationen über die Art und den Inhalt der konkreten Beschwerdefälle durchführen, was verhindert, dass solche Informationen für die „Politikgestaltung“ (a.a.O., S. 7) fruchtbar gemacht werden können.

Auch die **Beschwerdeinstanzen** waren in diesem Winter gefordert. Entscheide sind insbesondere zu den folgenden Themen ergangen:

- Subjektiver Geltungsbereich: Listen-Spital
- Quasi-inhouse-Vergaben: Tätigkeitskriterium

- Freihandvergabe Wartung, Pflege und Weiterentwicklung Software
- durch den Subunternehmer vorgenommene Preisabsprache
- Noten-Spanne bei der Bewertung von nichtpreislichen Zuschlagskriterien
- einvernehmliche Streitbeilegung (Vergleich) im Beschwerdeverfahren
- einvernehmliche Streitbeilegung (Vergleich) im Beschaffungsvertrag

Zum Schluss ein Hinweis auf einen äusserst interessanten Lehrstreit über die Frage, inwiefern es dem Staat gestattet ist, selbst erarbeitete **Open Source-Software der Öffentlichkeit und anderen Behörden zur Verfügung zu stellen**: Nachdem GEORG MÜLLER und STEPHAN VOGEL am 26. März 2014 ein durch das Informatik-Strategieorgan des Bundes (ISB) und das Bundesamt für Justiz (BJ) in Auftrag gegebenes Gutachten erstatteten, haben am 18. August 2016 THOMAS POLEDNA, SIMON SCHLAURI und SAMUEL SCHWEIZER im Auftrag des Amtes für Informatik und Organisation des Kantons Bern (KAIO) repliziert. Beide Gutachten sind im Internet verfügbar. Das erste steht der Zurverfügungstellung deutlich kritischer gegenüber als das zweite.

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

Ich wünsche Ihnen ein schönes Frühjahr mit guter Lektüre und spannenden Veranstaltungen. Im Namen des gesamten Vorstands grüsse ich Sie herzlich

Martin Beyeler, Präsident SVöB

## Agenda

[MARC STEINER: Vortrag am Mittag „Die Revision des Beschaffungsrechts – Rechtsschutz de lege ferenda“, Europa-Institut an der Uni Zürich, 17. März 2017](#)

[Forum Neues Vergaberecht \(Institut für Baurecht / SVöB; STÖCKLI/STEINER/SCHERLER/BEYELER\), Bern, 23. Mai 2017 \(Nachmittag\)](#)

Basler Submissions-Treffen, Basel, 11. April 2017 (Anmeldung über christoph.meyer [ät] neovius.ch)

Berner Submissionschränzli, Bern, 12. April 2017 (Anmeldung über martin.beyeler [ät] unifr.ch)

[Roundtable „ICT-Beschaffungen in den Medien – Kommunikationsfehler vermeiden“, Bern 25. April 2017](#)

Zürcher Submissionschränzli, Zürich, 29. Juni 2017 (Anmeldung über ra [ät] schneider-recht.ch)

Ordentliche Mitgliederversammlung SVöB, Zürich, 5. Mai 2017 ([www.svoeb.ch](http://www.svoeb.ch))

## Parlamentarische Vorstösse

- [Motion Franz Grüter vom 15. September 2016: „Lohngleichheit im Beschaffungswesen. Aber fair und korrekt.“ Stellungnahme des Bundesrates vom 9. November 2016.](#)
- [Interpellation Jacques Bourgeois vom 19. September 2016: „Öffentliches Beschaffungswesen und Transparenz bei Unteraufträgen. Stellungnahme des Bundesrates vom 23. November 2016.](#)
- [Interpellation Daniela Schneeberger vom 28. September 2016: „Dem Beschaffungsdebakel in der Bundesverwaltung endlich einen Riegel schieben.“ Stellungnahme des Bundesrates vom 23. November 2016.](#)
- [Interpellation Ulrich Giezendanner vom 29. September 2016: „Auftragsvergabe für Baukomponenten der Schweizer-Infrastrukturen ins Ausland.“ Stellungnahme des Bundesrates vom 23. November 2016.](#)
- [Postulat Olivier Français vom 29. September 2016. „Öffentliche Beschaffungen. Massnahmen im Bereich der Planungsleistungen.“ Antrag des Bundesrates vom 23. November 2016.](#)
- [Interpellation Felix Müri vom 30. September 2016: „Finanzpolitische Ausrichtung der Printbeschaffung?“ Stellungnahme des Bundesrates vom 16. November 2016.](#)
- [Motion Verena Herzog vom 30. September 2016: „Transparenz in der Spitalfinanzierung. Ausschreibungspflicht für gemeinwirtschaftliche Leistungen.“ Stellungnahme des Bundesrates vom 2. Dezember 2016.](#)
- [Interpellation Lukas Reimann vom 30. September 2016: „Tarifuntergrenze bei Übersetzungsaufträgen der Bundesverwaltung.“ Stellungnahme des Bundesrats vom 23. November 2016.](#)
- [Motion Barbara Steinemann vom 30. September 2016: „Mindesttarife bei der Auftragsvergabe in der Bundesverwaltung aufheben.“ Stellungnahme des Bundesrates vom 23. November 2016.](#)

## Gesetzgebung

[E-BöB 2017, GPA 2012 \(deutsch\), Botschaften, Vergleichsdokument E-BöB 2017 / E-IVöB 2017 \(u.w.m.\)](#)

[Bundesinformatikverordnung \(BinfV\)](#)

[Waldgesetz \(WaG\) / Waldverordnung \(WaV\)](#)

KBOB: [Richtlinie „Nachhaltig produziertes Holz beschaffen“](#)

KBOB: [Empfehlungen zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren](#)

## Rechtsprechung

- Rechtliches Gehör; Auslegung der Vorbringen und Anträge der Beschwerdeführerin (BGer [2C 983/2016](#) vom 20. Februar 2017)
- Aufschiebende Wirkung (BGer [2D 31/2016](#) vom 2. Februar 2017)
- Auslegung der technischen Spezifikationen (BVGer [B-7753/2016](#), Zwischenentscheid vom 1. Februar 2017)
- Veloverleih-Service; Begriff des öffentlichen Auftrags; Sondernutzungskonzession (KGer GE [ATA/34/2017](#) vom 17. Januar 2017)
- Vergleich zwischen Beschwerdeführerin, Auftraggeberin und Zuschlagsempfängerin (BVGer [B-3234/2016](#), Abschreibungsbeschluss vom 3. Januar 2017)
- Definitionsfreiheit; Ausschreibung von Versicherungsleistungen unter Ausschluss von Broker-Angeboten (BGer [2C 563/2016](#) vom 30. Dezember 2016)
- Legitimation zur Zuschlagsanfechtung nach Rechtskraft des Ausschlusses (EuGH [C-355/15](#) [Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung] vom 21. Dezember 2016)
- Innerstaatliche Kompetenzverschiebung und Begriff des öffentlichen Auftrags (EuGH [C-51/15](#) [Remondis] vom 21. Dezember 2016)
- Subjektive Unterstellung eines Listen-Spitals (VGer ZH [VB.2015.00555](#) vom 20. Dezember 2016)
- Aufsichtsbeschwerde betreffend Einhaltung gerichtlicher Anordnungen (BVGer [B-6737/2016](#) vom 19. Dezember 2016)
- Anrechnung von Konzern-Sachverhalten (VGer SG [B 2016/241](#), Präsidialverfügung vom 16. Dezember 2016)
- Quasi-inhouse-Vergabe: Tätigkeitskriterium (EuGH [C-553/15](#) [Undis Servizi] vom 8. Dezember 2016)
- Interessenkonflikt zwischen Projektierungs- und Bauleitungsfunktionen (BVGer [B-6626/2016](#), Zwischenentscheid vom 29. November 2016)
- Vorbefassung; Verfahrensausschluss (BVGer [B-6653/2016](#), Zwischenentscheid vom 29. November 2016)
- Anfechtung der Ausschreibung; Ablehnung der aufschiebenden Wirkung; Rechtsfolgen (VGer SG [B 2016/223](#), Präsidialverfügung vom 25. November 2016)
- Zuschlagskriterium „Integration in die bestehende Fahrzeugflotte“ (VGer SG [B 2016/116](#) vom 24. November 2016)
- Referenzen; Vergleichbarkeit (BVGer [B-6327/2016](#), Zwischenentscheid vom 21. November 2016; BVGer [B-6332/2016](#), Zwischenentscheid vom 21. November 2016)
- Nachlassstundung; Verfahrensausschluss (BGer [2C 233/2016](#) vom 17. November 2016)
- Studienauftrag; Anfechtungsobjekt; Beschwerdefrist (BGer [2D 16/2016](#) vom 14. November 2016)
- Veloverleih-Service; Wettbewerbsvorteil des bisherigen Leistungserbringers (KGer VD [MPU.2016.0024](#) vom 14. November 2016)
- Realistische Spanne der Qualitätsbewertungs-Noten (VGer SG [B 2016/168](#) vom 26. Oktober 2016)

- Wesentliche Änderung des Beschaffungsvertrags infolge gütlicher Streitbeilegung (EuGH [C-549/14](#) [Finn Frogne] vom 7. September 2016)
- Freihandvergabe Wartung, Pflege und Weiterentwicklung Software (VGer ZH [VB.2015.00780](#) vom 11. August 2016)
- Zurechnung von Fehlverhalten eines Subunternehmers zulasten der Anbieterin (EuGH [C-542/14](#) [SIA „VM Remonts“] vom 21. Juli 2016)

## Literatur

- [MÜLLER/VOGEL, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Randnutzung von Software im Verwaltungsvermögen, insbesondere der Veröffentlichung von Open-Source-Software durch Träger von Bundesaufgaben, vom 26. März 2014](#)
- [POLEDNA/SCHLAURI/SCHWEIZER, Gutachten zu den rechtlichen Voraussetzungen der Nutzung von Open Source Software in der öffentlichen Verwaltung insbesondere des Kantons Bern, vom 18. August 2016](#)

## Varia

- [Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Wirksamkeit der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG in der durch die Richtlinie 2007/66/EG geänderten Fassung hinsichtlich Nachprüfungsverfahren im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe \(COM\(2017\) 28 final\)](#)
- [Beschluss](#) der Konferenz der Regierungschefinnen und Regierungschefs von Bund und Ländern am 14. Oktober 2016 in Berlin betreffend (u.a.) Infrastrukturgesellschaft Verkehr / [Antwort](#) der Bundesregierung vom 9. Januar 2017 auf eine kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 4. Januar 2017 betreffend Infrastrukturgesellschaft Verkehr

## Impressum

Schweizerische Vereinigung für das öffentliche Beschaffungswesen, 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)