

Winterthur, im Juni 2018

Newsletter 1/2018

Geschätzte Mitglieder

Dies ist ein wahrhafter Vergaberechts-Sommer!

Ab dem 13. Juni berät der [Nationalrat](#) den Entwurf des Bundesrats und die darauf bezogenen Vorschläge der [Kommission für Wirtschaft und Abgaben](#) (des Nationalrats) zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB). Zu den erwähnten [Vorschlägen](#) gehören insbesondere das neuartige Konzept des «volkswirtschaftlich nachhaltigen Einsatzes der öffentlichen Mittel», die Forderung nach Gleichbehandlung in- und ausländischer Anbieterinnen in Sachen Papierkram sowie das Zuschlagskriterium der «Verlässlichkeit des Preises» (vgl. dazu auch [BGE 143 II 553](#), E. 7).

Am 20. Juni findet in Freiburg die französischsprachige **Vergabetagung** statt ([hier gibt es noch freie Plätze](#)), und am 22. Juni folgt in Zürich das deutschsprachige Pendant (ausgebucht).

Am 3. Juli findet im Zürcher Restaurant «Spitz» ein weiteres «**Zürcher Submissionschränzli (ZSC)**»-Mittagessen statt (Anmeldung über ra@schneider-recht.ch).

Am 29. August veranstaltet die Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit der Universität Bern die [IT-Beschaffungskonferenz 2018](#).

Kurznachrichten

Bislang nur im Kanton Waadt, seit diesem Frühjahr in der ganzen Westschweiz (ausser Genf): Das durch die Coordination romande des SIA und die Conférence romande des associations patronales d'ingénieurs et d'architectes (CRAIA) getragene «[Observatoire des marchés publics romands \(OMPR\)](#)» durchleuchtet systematisch Ausschreibungen von Planerleistungen, gibt Kommentare aus Branchensicht ab und verteilt mal mehr, mal weniger zufriedene «Smileys» im Sinne eines Ampelsystems. Versteht man dieses Unterfangen als Grundlage für Sensibilisierung und Dialog, ist es höchst sympathisch.

In seinem Sonderbericht Nr. 09/2018 kritisiert der Europäische Rechnungshof unter dem Titel «[Öffentlich-private Partnerschaften in der EU: Weitverbreitete Defizite und begrenzte Vorteile](#)», dass PPP-Vorhaben die mit ihnen verbundenen Erwartungen häufig nicht erfüllen und dass sie spezifische Risiken mit sich bringen, namentlich in Bezug auf die Einschränkung des Wettbewerbs infolge des grossen Umfangs der Projekte sowie auf die

politischen und wirtschaftlichen Unwägbarkeiten, denen langfristige Vertragskomplexe notgedrungen ausgesetzt sind. Als problematisch erscheint auch, dass die staatlichen Stellen angesichts der Komplexität der Verträge und der sich daraus ergebenden Konstellationen mitunter überfordert sind und Entscheidungen treffen, die sich für die öffentliche Hand als nachteilig erweisen.

Die Berner Kantonsregierung ihrerseits hat angesichts der Anweisung der kantonalen Finanzkontrolle, [die im Rahmen eines PPP-Projekts langfristig gemieteten Gebäude zu bilanzieren](#), kundgetan, dass sie diese Projektrealisierungsform fortan nicht mehr als finanziell vorteilhaft erachtet. Dementsprechend hat sie nicht die Absicht, vertieft zu prüfen, ob der Neubau einer Fachhochschule über ein PPP-Konstrukt realisiert werden könnte.

Der französische Justizminister hat beschlossen, das [PPP-Modell nicht mehr für den Bau von Gefängnissen und Gerichten einzusetzen](#), weil es nach einer Analyse des französischen Rechnungshofs als zu teuer eingeschätzt worden war.

Praktische Anwendungshilfen

Die Europäische Kommission hat am 15. Mai 2018 eine instruktive, mit zahlreichen Fallbeispielen angereicherte Wegleitung veröffentlicht (C(2018) 3051; englisch), die die Vergabestellen zur [Beschaffung innovativer Leistungen](#) ermuntern und sie bei entsprechenden Unterfangen unterstützen soll. Von solchen Leistungen verspricht sich die Kommission ein Mehr an «value for money». – Empfehlenswert sind im Übrigen auch der [Leitfaden «Innovative öffentliche Beschaffung»](#) (2. Aufl. 2017) des Kompetenzzentrums innovative Beschaffung (KOINNO) des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie sowie die [Anleitung «Guidance for public authorities on Public Procurement of Innovation»](#) der Procurement of Innovation Platform.

Im Sinne der Nachhaltigkeit innovativ ist es, eine **Kreislaufwirtschaft** anzustreben, in der Raubbau und Verschwendung möglichst nicht vorkommen. Auch bei der öffentlichen Beschaffung kann die Zirkularität gefördert werden, wie es die Broschüre [«Öffentliche Auftragsvergabe zur Förderung der Kreislaufwirtschaft – Bewährte Verfahren und Leitlinien»](#) der Europäischen Kommission zeigt, allerdings geht es hier zur Hauptsache um die vor der Einleitung des Vergabeverfahrens getroffenen Definitions- und Spezifikationsentscheidungen.

Die KBOB hat am 26. Januar 2018 ein neues [Merkblatt zum «Beizug von Subunternehmen»](#) veröffentlicht. Darin wird insbesondere zum bewussten Umgang mit dem Thema in jedem Einzelfall und zur klaren Kommunikation aufgefordert, was uneingeschränkt zu begrüssen ist.

Aktuelle Rechtsprechung:

- Begriff des **öffentlichen Auftrags** (Rahmenvertrag ohne staatliche Auswahl) [EuGH C-9/17](#) vom 1. März 2018
- Begriff des **öffentlichen Auftrags** (Veloverleihsystem) [BGer 2C 994/2016](#) vom 9. März 2018; [BGer 2C 229/2017](#) vom 9. März 2018 (vgl. ferner [BGer 2C 459/2017](#) vom 9. März 2018)

- Begriff der **Einrichtung des öffentlichen Rechts** [EuGH C-567/15](#) vom 5. Oktober 2017
- **Nichtanwendung der Vergaberichtlinien aufgrund von Sicherheitsbedenken** (Pässe und Ausweise) [EuGH C-187/16](#) vom 20. März 2018
- **Definitionsfreiheit** der öffentlichen Auftraggeberin (Mineralöl zum Fixpreis) [BGer 2C 147/2017](#) vom 23. Januar 2018
- **Auslegung der Ausschreibungsdokumente** [BGer 2D 36/2016](#) vom 27. März 2018
- Eignungskriterium «Jahresumsatz»: **mit oder ohne MWST?** [BVGer B-2576/2017](#) vom 15. Dezember 2017
- Bewertung der **Referenzen von Subunternehmern** [BGer 2D 35/2017](#) vom 5. April 2018
- **Shortlist im Rahmen der Bewertung von Zuschlagskriterien**; Genauigkeit der Angaben bezüglich der Ausführungsbedingungen [BVGer B-4387/2017](#) vom 8. Februar 2018
- **Plausibilität des Preises und der Qualität als Zuschlagskriterien** [BGE 143 II 553](#)
- Ausschluss wegen **Vorbefassung**; Kompensation; Vertrauensschutz [BVGer B-6708/2017](#) vom 9. Mai 2018
- Ausschluss wegen **Mangels an beruflicher Zuverlässigkeit** [EuGH C-178/16](#) vom 20. Dezember 2017
- Ausschluss wegen **Mangels an Gewähr für eine richtige Vertragserfüllung** [VGer BE 100.2017.228](#) vom 18.12.2017
- **Abbruch des Verfahrens** (Grundsätze) [BGer 2C 639/2017](#) vom 21. Dezember 2017
- **Wenn der Ausgeschlossene den Ausschluss seiner Konkurrenten fordert** [BGer 2D 24/2017](#) vom 14. Mai 2018
- **Anpassung geschlossener Beschaffungsverträge an veränderte Verhältnisse** [EuGH C-152/17](#) vom 19. April 2018

Parlamentarische Vorstösse:

- Motion BARBARA STEINEMANN: [«Mindesttarife bei der Auftragsvergabe in der Bundesverwaltung aufheben»](#) (16.3870) → Annahme durch den Nationalrat am 16. März 2017
- Motion FRANZ GRÜTER: [«Lohngleichheit im Beschaffungswesen. Aber fair und korrekt»](#) (16.3657) → Annahme durch den Nationalrat am 28. Februar 2018
- Motion FELIX MÜRI: [«Beschaffung von Druck-Erzeugnissen nur in der Schweiz»](#) (17.3571) → Annahme durch den Nationalrat am 6. März 2018
- Motion JACQUES BOURGEOIS: [«Bei öffentlichen Ausschreibungen unsere wichtigsten Landessprachen berücksichtigen»](#) (17.3654)
- Interpellation FABIO REGAZZI: [«Inwiefern nimmt der Bund seine Verantwortung für die Gesellschaft wahr, wenn er seine Investitionspolitik via die bundesnahen Unternehmen umsetzt?»](#) (17.3747)
- Interpellation CLAUDE HÉCHE: [«Öffentliches Beschaffungswesen und Subventionen. Welche Massnahmen garantieren eine wirkliche Lohngleichheit?»](#) (17.3768)

Juristische Publikationen:

- MARTIN BEYELER, **Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen beruflichen Fehlverhaltens**, in: [BVR](#) 2018, S. 217 ff. (Besprechung des Urteils VGer BE VGE 100.2017.228 vom 18. Dezember 2017, BVR 2018, S. 206 ff.)
- STEVE BINGGELI/OLIVER SCHRÖTER/JENNIFER BIERI, **Lohnvergleichsanalysen, Zwei wissenschaftliche Methoden und deren diskriminierungsfreie Anwendung**, in: [Jusletter](#) 26. März 2018
- FELIX BÜHRER, **[Verfahrensart: Korruptionsfreies Verfahren](#)**, in: Kriterium Nr. 42/17
- FRITZ DOLDER/MATTHIAS MOELLENEY, **Betriebliche Lohnanalyse mit Hilfe der multiplen Regression, Methodische Anmerkungen zur Revision des Gleichstellungsgesetzes**, in: [Jusletter](#) 22. Mai 2017 (Teil 1); [Jusletter](#) 3. Juli 2017 (Teil 2)
- THOMAS GEIGER, **«Plausibilisierung ja, aber...», Neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Plausibilitätsprüfungen im Vergabeverfahren**, in: [Jusletter](#) 2. Oktober 2017
- ROLF KUHN, **Der Einfluss des Vergaberechts auf den Wechsel der Vorsorgeeinrichtung**, in: [Jusletter](#) 12. Juni 2017
- THOMAS POLEDNA/RALPH TRÜMLER, **Die Vergabe von Spitex-Dienstleistungen durch die öffentliche Hand**, in: [AJP](#) 2018, S. 187 ff.
- ÉTIENNE POLTIER, **La commande publique portant sur des objets complexes : les solutions du droit actuel et du P-LMP, ainsi qu'un regard sur le droit de l'Union européenne**, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (SVVOR) / Association suisse du droit public de l'organisation (ASDPO) (Hrsg.), [Jahrbuch / Annuaire 2016/2017](#), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Bern 2017, S. 39 ff.
- ÉTIENNE POLTIER, **Le règlement des litiges liés aux contrats publics en Suisse**, in: Laurence Folliot Lalliot/Simone Torricelli (Hrsg.), [Contrôles et contentieux des contrats publics – Oversight and Challenges of public contracts](#), Brüssel 2018
- STEFAN RENFER, **Ausschreibung einer Konzession für den Plakataushang, Binnenmarktrechtliche Gedanken zu einem weiteren Urteil des Bundesgerichts**, in: [Jusletter](#) 22. Januar 2018
- CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, **[Aktuelle Rechtsprechung: Listenspitäler unterstehen dem Vergaberecht](#)**, in: Kriterium Nr. 43/17
- MARC STEINER, **[Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der öffentlichen Beschaffung](#)**, Vergaberechtliches Arbeitspapier, 4. Aufl. 2017
- ASTRID WASER/DANIEL SUTTER, **Einsichtsrechte von Vergabestellen bei Submissionsabsprachen**, in: [Jusletter](#) 13. März 2017

Zum Schluss noch eine Bitte: Über die **Verwendung des SVöB-Logos** auf den Homepages unserer Mitglieder freuen wir uns sehr! Ebenso freut uns, wenn dies mit korrekten Angaben erfolgt. Hinweise auf eine «Partnerschaft», die nicht besteht, oder die Verwendung des Logos im Firmenkontext, wenn nur eine persönliche Mitgliedschaft vorliegt, schätzen wir hingegen nicht so sehr. Wir danken für Ihr Verständnis!

Ich danke Frau Nathalie Clausen, die die Redaktion dieses Newsletters tatkräftig unterstützt hat, und ich wünsche Ihnen einen schönen Vergabe-Sommer. Im Namen des gesamten Vorstands grüsse ich Sie herzlich

Martin Beyeler, Präsident SVÖB

Impressum

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

Newsletter [abbestellen](#)

www.svoeb.ch