

Freiburg, im April 2019

Newsletter 1/2019

Liebe Mitglieder

Es gilt ernst: Voraussichtlich noch in diesem Halbjahr wird die eidgenössische Legislative das **neue BöB** sowie die Ratifikation des GPA 2012 beschliessen (die Parlamentsdebatten können nachverfolgt werden unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista>, Geschäfts-Nrn. 17.019 und 17.020).

Wie der Text des BöB schliesslich lauten wird, ob die Kantone den allfälligen Abweichungen von der gemeinsamen Harmonisierungsvorlage folgen werden und ob der Bund die Beschlüsse der Kantone über die IVöB abwartet, bevor er das GPA 2012 (und damit das neue BöB) in Kraft setzt, ist **nicht bekannt**. Umso spannender ist aber die Erwartung der Ergebnisse der laufenden Entwicklungen. Bis zum Vorliegen dieser Ergebnisse empfiehlt sich ein Blick in den [Bericht des Bundesrats vom 31. Oktober 2018 betreffend «Massnahmen im Bereich der Planungsleistungen»](#), wo der Preiswettbewerb rund um Planungsdienstleistungen diskutiert wird. Ebenso zur Lektüre empfohlen sind die [«Leitsätze für eine nachhaltige öffentliche Beschaffung \(Güter und Dienstleistungen\)»](#) der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) vom November 2018.

Am 27. November 2018 haben die GPA-Signatarstaaten den prinzipiellen Entschluss gefällt, eine Offerte von Grossbritannien betreffend einen (allfälligen) [post-Brexit-Beitritt zum GPA](#) akzeptieren zu wollen. Diese Offerte führt den bisher in Grossbritannien geltenden Anwendungsbereich des GPA weiter; der Marktzugang der Anbieterinnen aus anderen GPA-Staaten bleibt somit auch nach einem Austritt aus der EU gleichermassen gewährt. Inwiefern nun aufgrund dieser Offerte auch die britischen Vergabeverfahren und Vergaberegeln auf EU-Standard bleiben müssen, ist hingegen nicht bekannt.

Am 28. November 2018 hat die **australische Regierung** dem Parlament den Text des GPA 2012 vorgelegt. Sie möchte, dass Australien im Hinblick auf den erwarteten Beitritt der Volksrepublik China zu diesem Abkommen mit von der Partie ist (indessen werden mitunter auch hierzulande australische Produkte öffentlich beschafft; vgl. BVGer [B-1570/2015](#), 7. Oktober 2015; [Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 20. Dezember 2016](#)).

Einen aufschlussreichen Einblick in verschiedene Ansichten zum Freihandel im öffentlichen Beschaffungswesen, einem im Rahmen dieser Revision oft diskutierten Thema, liefert eine **Radio-Gesprächssendung** des auch dem GPA 2012 nicht unterstellten Senders SRF 1 (<https://www.srf.ch/radio-srf-1/radio-srf-1/oeffentliche-auftraege-uniformen-aus-indien-randsteine-aus-china-wollen-wir-das>).

Zu diesem Thema gehört eine Erwähnung von **Erfolgen schweizerischer Unternehmen** bei ausländischen öffentlichen Beschaffungen

(<https://www.derbund.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/grosser-job-fuer-die-implenia-in-paris/story/30319784>;

<https://www.sueddeutsche.de/muenchen/zweite-stammstrecke-grossauftrag-marienhof-1.4267016>;

<https://www.dieostschweiz.ch/artikel/stadler-gewinnt-auf-der-insel-71-zuege-fuer-wales-borders--AWnbbqb>;

<https://www.tagblatt.ch/wirtschaft/stadler-liefert-lokomotiven-nach-grossbritannien-ld.1081149>).

Mit der Revision des BöB, vor allem aber mit danach **im Bundesbeschaffungswesen anstehenden Herausforderungen** beschäftigt sich das Kapitel 3.4 des [Berichts der Finanzdelegation an die Finanzkommissionen des Nationalrates und des Ständerates betreffend die Oberaufsicht über die Bundesfinanzen im Jahre 2017](#) (BBI 2018 4091).

Neben der Revision des Vergaberechts ist auch eine **Revision des Bundesgerichtsgesetzes** (BGG) im Gange, welche über die neuen Bestimmungen der Art. 83 lit. e und lit. f i.V.m. Art. 89a ff. E-BGG auch das Vergabewesen betrifft (BBI 2018 [4605](#), [4663](#)).

Im Auftrag des Deutschen Umweltbundesamts hat ANDREAS HERMANN vom Öko-Institut e.V., Darmstadt, eine (per Februar 2019 aktualisierte) Studie unter dem Titel [«Rechtsgutachten umweltfreundliche Beschaffung»](#) verfasst, die sich eingehend mit Rechtsfragen rund um die Berücksichtigung ökologischer Nachhaltigkeitsaspekte in allen Stadien des Vergabeverfahrens befasst. Wiewohl diese Studie das europäische und das deutsche Recht betrifft, kann eine Vielzahl von Erkenntnissen mühelos auf schweizerische Verhältnisse übertragen werden – so etwa die Feststellung, dass auf Umweltschutz ausgerichtete Eignungskriterien nur dann aufgestellt werden dürfen, wenn die konkrete Auftragserfüllung speziell schwierige Herausforderungen im Bereich Umweltschutz mit sich bringen wird (a.a.O., S. 85 f.).

Das kantonbernische Amt für Informatik und Organisation (KAIO) hat ein webbasiertes **Lerninstrument** zum öffentlichen Beschaffungswesen entwickelt, [das auch der Öffentlichkeit zur Verfügung steht](#) (Hinweis: in der Rubrik «Kein Benutzerkonto?» die Option «Als Gast anmelden» wählen).

Im Kanton Freiburg sucht ein kantonaler Auftraggeber seit längerem erfolglos nach Bauland für eine Berufsschule. Nun werden neue Wege beschritten: [Ausgeschrieben wurde ein Gesamtleistungswettbewerb, bei dem die sich bewerbenden Teams das Bauland gleich selbst mitzubringen haben](#). Die Baubranche reagiert ohne Begeisterung.

Die SVöB freut sich, Partnerin einer dem Vergaberecht gewidmeten [Dreiländerveranstaltung](#) (D-A-CH) vom 23. Mai 2019 in Stuttgart zu sein, die durch das Forum Vergabe/Regionalgruppe Baden-Württemberg durchgeführt wird (vgl. Agenda) und in kommenden Jahren auch in den anderen beteiligten Ländern stattfinden soll.

Gesetzgebung

In [Art. 2 Abs. 1 BöB](#) wurde eine neue lit. h eingefügt, wonach dem BöB auch die neu geschaffene **«Anstalt nach dem Ausgleichsfondsgesetz vom 16. Juni 2017»** ([SR 830.2](#)) unterstellt ist, dies allerdings unter «Ausnahme der Vermögensverwaltung nach Artikel 3» des Ausgleichsfondsgesetzes. Ob auch Aufträge betreffend Erledigung der Vermögensverwaltung über eine bestimmte Dauer und nach bestimmten Kriterien unter die Ausnahme fällt, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut der zitierten Bestimmungen, sondern aus Annex 4 (mitsamt Fn. 2) Anhang I GPA 1994 und Ziff. 7/B/i des [Dokuments MTN.GNS/W/120](#).

Agenda

- 16. April 2019, Zürich (SVöB): Zürcher Submissions-Chränzli 2/2019 (12.15 Uhr, Rest. Spitz; Anmeldungen über <mailto:ra@schneider-recht.ch>)
- 8. Mai 2019, Bern (Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit, UNIBE): 12. Roundtable ICT-Beschaffungen: [«Wie können sich Beschaffungsstellen auf das neue Beschaffungsrecht vorbereiten?»](#)
- 9. Mai 2019, St. Gallen (SVöB): 3. St. Galler Submissionstreffen: [«Von Kooperationen und Absprachen in Submissionsverfahren: Zusammenspiel zwischen Vergabe- und Kartellrecht»](#)
- 23. Mai 2019, Stuttgart (D): Dreiländerveranstaltung D-A-CH (Partnerschaft SVöB): [«Aktuelles zum Vergaberecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz»](#)
- 24. Mai 2019, Bern (SVöB): Hauptversammlung der SVöB (Einladung folgt)
- 12. Juni 2019, Bern (SVöB): Berner Submissions-Controversen (BSC; Ausschreibung erfolgt im Mai 2019)
- 29. August 2019, Bern (Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit, UNIBE): [IT-Beschaffungskonferenz 2019](#)
- 11. September 2019, Bern (Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit, UNIBE): 13. Roundtable ICT-Beschaffungen: [«Keine Angst vor der Finanzkontrolle»](#)
- 29. Oktober 2019, Biel (Stiftung PUSCH): PUSCH-Tagung: [«Nachhaltige öffentliche Beschaffung: Fokus Kreislaufwirtschaft»](#)
- 5. November 2019, Bern (Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit, UNIBE): 14. Roundtable ICT-Beschaffungen: [«Lifecycle und Portfolio Management von IT Systemen - wie lässt sich die Ablösung bereits bei der Beschaffung vorausplanen?»](#)
- 8. November 2019 (SVöB): SVöB-Herbstversammlung (Einladung und Angabe des Orts folgen)

Aktuelle Rechtsprechung:

(vgl. auch die zahlreichen aktuellen Besprechungen von Vergaberechtsurteilen in den jeweiligen Nummern 1 und 4 der Zeitschrift «Baurecht / Droit de la construction»)

EuGH

- Subjektiver Geltungsbereich; Sektoren; **Eisenbahnunternehmen** (Betreiben von Schienennetzen nach EU-Recht): [EuGH C-388/17](#) vom 28. Februar 2019 (SJ)
- Objektiver Geltungsbereich; **Arbeitsverträge**: [EuGH C-260/17](#) vom 25. Oktober 2018 (Anodiki)
- **Definitionsfreiheit** bezüglich der Umschreibung des Beschaffungsgegenstands: [EuGH C-413/17](#) vom 25. Oktober 2018 (Roche Lietuva)
- **Rahmenverträge**; Beitritt von Nicht-Vertragspartnerinnen; Angabe einer Maximalmenge in der Ausschreibung: [EuGH C-216/17](#) vom 19. Dezember 2018 (Coopservice)
- **Verbundene Unternehmen** als gesonderte Anbieter: [EuGH C-531/16](#) vom 17. Mai 2018 (Ecoservice projektai)
- **Verfahrensausschluss aufgrund von Zuschlagskriterien**: [EuGH C-546/16](#) vom 20. September 2018 (Montte)
- **Beschwerdelegitimation** ohne Einreichung eines Angebots: [EuGH C-328/17](#) vom 28. November 2018 (Amt)

BGer

- Subjektiver Geltungsbereich; **Listenspitäler**: [BGer 2C 196/2017](#) vom 21. Februar 2019
- Objektiver Geltungsbereich; **Spitex-Aufträge**: [BGer 2C 861/2017](#) vom 12. Oktober 2018
- Geltungsbereich von **Art. 2 Abs. 7 BGBM**; Geothermie: [BGer 1C 46/2017](#) vom 21. November 2018
- Geltungsbereich von **Art. 2 Abs. 7 BGBM**; Autobahnraststätte: [BGer 2C 351/2017](#), [2C 352/2017](#) vom 12. April 2018
- **Arbeitsbedingungen**; Aufgreifpflicht der Verletzungsrüge: [BGer 2D 19/2018](#) vom 19. Februar 2019
- **Ausländische Anbieter**; Gleichbehandlung: [BGer 2D 31/2018](#) vom 1. Februar 2019
- **Submissionsabsprachen**; vergaberechtliche Folgen: [BGer 2C 762/2017](#) vom 11. September 2018
- **Auslegung der Ausschreibungsunterlagen**; Abfallentsorgung; Ersatzfahrzeug: [BGer 2D 17/2018](#) vom 9. Oktober 2018
- **Referenzen von Subunternehmern** (Zuschlagskriterium): [BGer 2D 35/2017](#) vom 5. April 2018
- **Beschwerderecht**; Berechnung des massgebenden Auftragswerts: [BGer 2D 24/2018](#) vom 25. Juni 2018
- **Beschwerdelegitimation** des Drittplatzierten: [BGer 2D 21/2018](#) vom 19. Februar 2019

- **Beschwerdelegitimation** des Ausgeschlossenen: [BGer 2D 24/2017](#) vom 14. Mai 2018
- **Rechtsschutzinteresse**; Anfechtung von Sanktionsverfügungen: [BGer 2C 690/2018](#) vom 4. Dezember 2018
- **Schadenersatz**; Subsidiarität der Staatshaftung; unzulässige Freihandvergabe: [BGer 2D 42/2018](#) vom 11. März 2019
- Öffentlichkeitsprinzip; **Einsicht in Bestandteile von freihändig vergebenen Verträgen**: [BGer 1C 665/2017](#) vom 16. Januar 2019
- Strafrecht; **Urkundenfälschung**; Bestätigung betreffend Sozialabgaben: [BGer 6B 767/2018](#) vom 11. Dezember 2018

BVGer

- **Limitierung der Anzahl Lose**, die eine Anbieterin erhalten kann: [BVGer B-4011/2018](#) vom 11. Oktober 2018
- Bezahlung von **Steuern und Abgaben**; falsche Angaben; Konkurs: [BVGer B-396/2018](#) vom 19. Februar 2019
- **Vorbefassung**; Pflicht zur Kompensation: [BVGer B-6708/2017](#) vom 9. Mai 2018
- **Ausstand**; enge Märkte: [BVGer B-5452/2015](#) vom 19. Juni 2018
- **Urheberrechte**; Vorbefassung; Ausstand: [BVGer B-6588/2018](#), Zwischenentscheid vom 4. Februar 2019
- **Submissionsabsprachen**; kartellrechtliche Folgen: [BVGer B-771/2012](#), [BVGer B-807/2012](#), [BVGer B-829/2012](#), [BVGer B-880/2012](#), alle vom 25. Juni 2018
- **Eignungskriterien**; Prüfung: [BVGer B-4895/2017](#) vom 28. Juni 2018
- **Stundenansätze für unterschiedliche Honorarkategorien**; Preisberechnungsregeln: [BVGer B-4969/2017](#) vom 24. September 2018
- **Akteneinsicht** bei Ausstandsritten: [BVGer B-4086/2018](#), Zwischenverfügung vom 20. Dezember 2018

Bundesparlamentarische Vorstösse:

- Anfrage OLIVIER FELLER: «**Öffentliche Beschaffungen. Wird die Post in Zukunft davon absehen, einen Leistungsauftrag für die ganze Schweiz an ein einziges Unternehmen zu erteilen?**» ([19.5019](#))
- Interpellation HANSJÖRG KNECHT: «**Weitere Fragezeichen beim Duro**» ([19.3045](#))
- Anfrage PHILIPPE NANTERMOT: «**Öffentliches Beschaffungswesen. Ausschreibungsunterlagen auf Französisch**» ([18.5426](#))
- Interpellation PIERRE-ALAIN FRIDEZ: «**Kann man bei einem Rüstungsgut wirklich von Beschaffungsreife sprechen, wenn bis zur Zertifizierung noch jahrelang entwickelt wird?**» ([18.4289](#))
- Motion PIERRE-ALAIN FRIDEZ: «**Die rechtlich geforderte Beschaffungsreife bei Rüstungsgütern endlich einhalten**» ([18.4287](#)).
- Interpellation OLIVIER FELLER: «**Öffentliches Beschaffungswesen. Ist es zulässig, dass die Armee und die Post Ausschreibungsunterlagen nur auf Deutsch bereitstellen und lediglich Angebote auf Deutsch akzeptieren?**» ([18.3729](#))

- Interpellation NADINE MASSHARDT: «**Von Kinderarbeit freie IT-Geräte in der Bundesverwaltung**» ([18.3575](#))
- Interpellation HUGUES HILTPOLD: «**Auftragsvergaben an chinesische und portugiesische Unternehmen. Es braucht Schranken!**» ([18.3458](#))
- Interpellation THOMAS WEIBEL: «**Neue BIT-Lösung für die Krebs-Registrierungssoftware. Wird durch eine fragwürdige Vergabe Geld verschwendet?**» ([18.3374](#))
- Interpellation JACQUES-ANDRÉ MAIRE: «**Fühlen sich die SBB von einem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes nicht betroffen?**» ([18.3138](#))
- Anfrage GERHARD PFISTER: «**Beschaffung von Kampfflugzeugen. Politische Alternativen zum Offset-Geschäft**» ([18.1034](#))
- Interpellation ALOIS GMÜR: «**Produktion von Hochsicherheitsaufklebern im Ausland**» ([17.3908](#))

Juristische Publikationen:

(vgl. auch Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018; BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, Zürich 2018)

- BEYELER, Martin, Finanzvermögen: Freiheit oder Vergaberecht?, in: [Kriterium Nr. 45, Januar 2019](#)
- BRUGGEMAN, Evelien, Legal aspects of Building Information Modelling in the Netherlands: the procurement of a work with a BIM component – Part 1, in: [Construction Law International](#), Juli 2018, S. 40 ff.
- BRUGGEMAN, Evelien, Legal aspects of Building Information Modelling (BIM) in the Netherlands: the procurement of a work with a BIM component – Part 2, in: [Construction Law International](#), Januar 2019, S. 56 ff.
- CORVAGLIA, Maria Anna, Public Procurement and Private Standards: Ensuring Sustainability Under the WTO Agreement on Government Procurement, in: [Journal of International Economic Law](#), 2016, S. 607 ff.
- JAQUIER, Manuel, [Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics – Étude de droit suisse et européen](#), Diss. Freiburg, Zürich 2018
- JAUCH-STOLZ, Monika, Vorteile des Architekturwettbewerbs im offenen Verfahren, in: [TEC21, Nr. 3-4/2019](#)
- KARAGÖK, Yavuz, Wie man Kartellen mittels Statistik das Handwerk legt, in: [Die Volkswirtschaft 8-9/2018, S. 45 ff.](#)
- KÄSER, Beatrice, Das Bundesgericht hat entschieden: Was es bei der Plausibilitätsprüfung des Angebots zu beachten gilt, in: [Kriterium Nr. 44, November 2018](#)
- LENZLINGER, Annette, Ingenieur- und Architekturleistungsofferten nach der SIA-Ordnung 144, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, Zürich 2019, S. 187 ff.
- SCHERLER, Stefan, Der Wettbewerb nach der SIA-Ordnung 142, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, Zürich 2019, S. 115 ff.
- SCHNEIDER HEUSI, Claudia, Der Studienauftrag nach der SIA-Ordnung 143, in: Stöckli/Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, Zürich 2019, S. 151 ff.
- STEINER, Marc, Revidiertes Beschaffungsrecht: Eine faustdicke Überraschung?, in: [Procure Swiss Magazin, Dezember 2018, S. 16 f.](#)

Zum Schluss

Hier scheint eine öffentliche Auftraggeberin etwas zu sehr auf ihre Überzeugungskraft zu vertrauen:

3.3 Raisons de la décision d'adjudication

Raisons: Les entreprises adjudicataires seront persuadées de répondre de la meilleure façon aux critères d'attribution.

(Simap-Meldung Nr. 1057015).

Der deutschsprachige Text der Verfügung (Simap-Meldung Nr. 1057013) macht jedoch klar, dass nicht «seront persuadées», sondern «ont persuadé» gemeint war.

Ich danke Nathalie Clausen und Stefan Scherler, die die Redaktion dieses Newsletters tatkräftig unterstützt haben.

Ihnen wünsche ich einen wunderbaren Frühling, und 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