

Forum Neues Vergaberecht

Herzlich willkommen!



Forum Neues Vergaberecht

1

Forum Neues Vergaberecht

- **Das neue BöB – Gesetzesziele und allgemeine Stossrichtung** M. Steiner
- **Geltungsbereich** J. Bhend
- Diskussion
- Grusswort Dr. H.-P. Wessels
- **Zuschlagskriterien / Bereinigung / Bewertung / Zuschlag** C. Schneider Heusi
- **Ausgewählte Einzelfragen** M. Beyeler
- Diskussion
- Apéritif



Forum Neues Vergaberecht

2

Forum Neues Vergaberecht

Das neue BöB – Gesetzesziele und allgemeine Stossrichtung

Marc Steiner*

*Der Referent äussert seine persönliche Meinung.



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Übersicht

- Umsetzung des revidierten Government Procurement Agreement (2012) der WTO (inkl. Blick auf EU-Richtlinien 2014)
- Harmonisierung
- Gesetzesziele
- Preis- und Qualitätswettbewerb
- Exkurs: Protektionismus



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Government Procurement Agreement

- GPA 1994:
Das Ziel dieses Abkommens ist es, grundlegende Anforderungen (im Sinne von Mindeststandards) festzulegen und durchzusetzen. Dem Konzept eines (internationalen) „Rahmengesetzes“ entsprechend kann daher keine umfassende Regulierung erwartet werden (BVG 2018 IV/6 E. 3.6.1; BVGE 2017 IV/4 E. 3.5).



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Government Procurement Agreement

- GPA 2012:
“While benefits of the GPA are often seen in terms of providing market access rights for national suppliers in the other GPA parties’ markets, the Agreement can also be seen as a powerful tool for improving governance and promoting development.”

(Nicholas C. Niggli, former Chairman of the WTO Committee on Government Procurement)



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Sustainable (Public) Procurement: WTO Symposium 2017



GOVERNMENT PROCUREMENT SYMPOSIUM – GENEVA 22 FEBRUARY 2017

Symposium on sustainable procurement

Work programme on sustainable procurement of the committee on government procurement²
Centre William Rappard (WTO Headquarters), Room W
Geneva, 22 February 2017

Geneva, May 2019

EU-Vergaberichtlinien 2014

Die öffentliche Auftragsvergabe spielt im Rahmen der Strategie „Europa 2020“ eine Schlüsselrolle als eines der marktwirtschaftlichen Instrumente, die zur Erzielung eines intelligenten, nachhaltigen und integrativen Wachstums (inclusive growth) bei gleichzeitiger Gewährleistung eines möglichst effizienten Einsatzes öffentlicher Gelder genutzt werden soll (Erwägungsgrund 2 zur Richtlinie 2014/24/EU).

Dazu ein deutscher Kollege: „Vergabefremde Aspekte“ darf man ja jetzt nicht mehr sagen.



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

EU-Vergaberichtlinien 2014

"The new criteria will put an end to the dictatorship of the lowest price and once again make quality the central issue," Mr. Tarabella explained.

(Pressemitteilung vom 15. Januar 2014 betreffend die Zustimmung des Europäischen Parlaments zu den neuen EU-Vergaberichtlinien)



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

3 archäologische Schichten



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

3 weltanschauliche Konzepte

- Schicht 1: Binnenmarkt Schweiz nicht sehr dynamisch, Marköffnung nicht das Hauptziel, Vetternwirtschaft, Protektionismus und Kartellabsprachen
- Schicht 2: Binnenmarktgesetz, Kartellgesetz, WTO-Vergaberecht 1994, BöB und IVöB; Marktöffnung, (Preis-)Wettbewerb, Geld
- Schicht 3: GPA 2012 / EU-Richtlinien 2014 / BöB-Entwurf WAK-N: Governance/Korruptionsprävention, Qualitätswettbewerb, Innovation, Nachhaltigkeit



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Harmonisierung I

Im Rahmen der Revision sollen entsprechend den parlamentarischen Vorgaben die nationalen Beschaffungsregeln soweit möglich und sinnvoll angeglichen werden. Die Umsetzung des GPA 2012 ins nationale Recht wird zum Anlass genommen, eine Harmonisierung der Beschaffungsordnungen beim Bund und bei den Kantonen herbeizuführen (Botschaft BöB, Bundesblatt 2017 1867).



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Harmonisierung II

Seit dem Jahr 2012 arbeiten der Bund und die Kantone an der parallelen Harmonisierung des Beschaffungswesens. [...] Voraussetzung der Harmonisierung ist, dass sowohl das Bundesparlament als auch alle kantonalen Parlamente die gemeinsam erarbeitete Vorlage ohne grössere Abweichungen gutheissen (Medienmitteilung BPUK vom 22. September 2016).

Dies bedeutet: Der Preis für die Harmonisierung ist der Verzicht auf legislatorische Innovation.



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Gesetzesziele

Art. 2 E-BöB [fett = neu]:

Dieses Gesetz bezweckt:

- a. den wirtschaftlichen **und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen** Einsatz der öffentlichen Mittel;
- b. die Transparenz des Vergabeverfahrens;
- c. die Gleichbehandlung / Nichtdiskriminierung
- d. die Förderung des wirksamen, **fairen** Wettbewerbs [inkl. **Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden und Korruption**]



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Qualitätswettbewerb I

Die Bauwirtschaft ist über weite Strecken zufrieden mit der vom Ständerat verabschiedeten Vorlage, in einzelnen Punkten besteht jedoch noch Verbesserungsbedarf: Es soll dem Nationalrat folgend dem vorteilhaftesten, und nicht, wie vom Ständerat beschlossen, dem wirtschaftlich günstigsten Angebot der Zuschlag erteilt werden.

(Medienmitteilung bauenschweiz vom 11. Dezember 20189)



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Qualitätswettbewerb II

Art. 56 Abs. 3 B6B:
Die Angemessenheit einer Verfügung kann [gerichtlich] nicht überprüft werden. -> Vergabekultur

Art. 29 Abs. 1: Bedeutung qualitativer Zuschlagskriterien hervorgehoben.

Art. 41 Abs. 1 B6B: Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag.

Art. 12 Abs. 2 B6B:
Dumping durch Missachtung sozialer Mindeststandards im Ausland.

Art. 38 Abs. 3
Preisdumping

Art. 12a B6B:
Dumping durch Missachtung ökologischer Mindeststandards im Ausland



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Freude herrscht!

Das Gesetz ist für die Bauwirtschaft von grosser Bedeutung. Mit der neuen Gesetzgebung steht dem langersehnten Paradigmenwechsel, wo die Qualität wieder stärker in den Fokus rückt und so die Abkehr vom reinen Preisfokus ermöglicht wird, nichts mehr im Wege. «Das ist ein Freudentag für uns. Das Parlament hat hier gute Arbeit geleistet», so Ständerat Wicki, Präsident bauenschweiz. (Medienmitteilung bauenschweiz vom 21. Juni 2019)



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

„Kaufkraftdifferenzierung“

Bei der Totalrevision des öffentlichen Beschaffungsrechts haben sich die Räte am Mittwoch auf einen Kompromiss geeinigt. Auf Antrag der Einigungskonferenz bleibt der "Heimatschutz-Artikel" im Gesetz, jedoch unter dem Vorbehalt der internationalen Verpflichtungen der Schweiz.

(SDA-Meldung vom 19. Juni 2019)

#Protektionismus



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Ausblick

Zur Eröffnung der Tagung referierten Beatrice Simon, Finanzdirektorin des Kantons Bern [...] über die letzten Schritte der Gesetzesrevision [...]. Simon hielt fest, dass die neue IVöB den qualitativen Wettbewerb fördern wird. Davon würden Schweizer Unternehmen profitieren, da diese hervorragende Arbeit leisten – dies aber auch zu einem gewissen Preis.

(Pressemitteilung zur IT-Beschaffungskonferenz vom 29. August 2019)



Forum Neues Vergaberecht – Marc Steiner

Forum Neues Vergaberecht



Forum Neues Vergaberecht

20

Forum Neues Vergaberecht

Geltungsbereich

Julia Bhend, Probst Partner AG



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Grundsätzliches

- Alle öffentlichen Aufträge unterstellter Auftraggeber unterstehen dem BÖB
- Konzessionen / Übertragung öffentlicher Aufgaben
- Staatsvertrags- vs. Nichtstaatsvertragsbereich



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Unterstellte Auftraggeber

- Abschliessende Aufzählung in Art. 4 BöB
- Zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten des Bundes:
 - „lebende“ Liste in Annex 1 zu Anhang I GPA 2012 und in RVOV
- eidg. Gerichte, Bundesanwaltschaft, Parlamentsdienste



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Unterstellte Auftraggeber

Ausgewählte Sektorenunternehmen (Art. 4 Abs. 2 BöB)

- Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luft- und Binnenschiffsverkehr mit Verkehrsendeinrichtungen (Flughäfen, Häfen etc.):
 - Tankanlage und Schiffsdiesel/Kerosin
 - Shoppingcenter
- Postdienste (reservierte Dienste gemäss Art. 18 PG)



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Unterstellte Auftraggeber

Sektorenunternehmen

- Unterstellung nur im Sektorenbereich, funktionaler Zusammenhang (Art. 4 Abs. 3 BöB)
- Präponderanztheorie und Bündelungsverbot (analog Art. 8 Abs. 3 BöB; vgl. BBl 2017 1897)



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Objektiver Geltungsbereich

Öffentlicher Auftrag (Art. 8 Abs. 1 BöB)

«Ein öffentlicher Auftrag ist ein **Vertrag**, der zwischen Auftraggeberin und Anbieterin abgeschlossen wird und **der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient**. Er ist gekennzeichnet durch seine **Entgeltlichkeit** sowie den **Austausch von Leistung und Gegenleistung**, wobei die **charakteristische Leistung durch die Anbieterin** erbracht wird.»



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Objektiver Geltungsbereich

Öffentlicher Auftrag

- Alle öffentlichen Aufträge unterstehen BÖB, aber nicht alle dem Staatsvertragsbereich
- Ausserhalb Staatsvertragsbereich:
 - insb. kein Primärrechtsschutz
 - Vertragsabschluss sofort nach Zuschlag



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Objektiver Geltungsbereich

Art. 9 Abs. 1, 2, 3
 Art. 10 Abs. 1, 2, 3

Öffentliche Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs

- Art. 9 Abs. 1: Auftraggeber ist ein öffentlich-rechtliches Unternehmen
- a) Beschaffung in einem öffentlichen Unternehmen: Auftrag muss den Zielen 1. der Anträge 1. 2. fallen oder zwei Auftragswerten unterhalb der Schwellenwerte nach Anhang 4 liegt.
 - b) die Beftragung öffentlicher Aufgaben und die Befreiung von den Ausschussverfahren
 - c) die Beschaffung zur Erfüllung von öffentlichen Aufgaben, so fern sie für Verteidigung und Sicherheitszwecke unerlässlich sind, sonstigen Leistungen, Dienstleistungen, Dienstleistungen, sonstigen Leistungen
 - d) öffentliche Aufträge für unternehmerische Tätigkeiten in einem Unternehmen, die humanitäre Hilfe sowie die Förderung der Hilfe zur Selbsthilfe, die Sicherheit sowie eine Beschaffung nicht von der Beschaffung des öffentlichen Auftrags unterliegt.



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Objektiver Geltungsbereich

Übertragung öff. Aufgabe, Verleihung Konzession

- Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn
 - Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen
 - die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und
 - er dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder Abgeltung erhält.
- Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen vor



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Objektiver Geltungsbereich

Öffentlicher Auftrag vs. Übertragung öff. Aufgabe

- Öffentlicher Auftrag (Art. 8 Abs. 1 BöB)
 - dient der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe
 - Hilfstätigkeiten
- Übertragung öffentliche Aufgabe (Art. 9 BöB)
 - Anbieter erbringt öffentliche Aufgabe anstelle des Staates
 - Gesetzliche Grundlage (vgl. Art. 178 BV, Art. 2 Abs. 4 RVOG)



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Objektiver Geltungsbereich

Verleihung Konzession

- Eingeräumte ausschliessliche/besondere Rechte werden „im öffentlichen Interesse“ wahrgenommen
- Zusammenhang mit öffentlicher Aufgabe (BBl 2017 1899)



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Ausgewählte Ausnahmen

Art. 10 Abs. 1

- Gewerblicher Verkauf oder Wiederverkauf (lit. a)
- Erwerb, Miete und Pacht von Grundstücken, (bestehenden) Bauten und Anlagen (lit. b)
- Aufträge an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten (lit. e)
- Rechtsvertretung und Rechtsberatung für Bund und öffentliche Unternehmen des Bundes (lit. g)



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Ausgewählte Ausnahmen

Instate-Vergaben (Art. 10 Abs. 3 lit. b BöB):

Beschaffung von Leistungen

- b. bei anderen, rechtlich selbstständigen Auftraggeberinnen, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit diese Auftraggeberinnen diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen erbringen;



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Ausgewählte Ausnahmen

Instate-Vergaben (Art. 10 Abs. 3 lit. b BöB):

- Kein Privater an Leistungserbringerin beteiligt
- Soweit Anbieterin „diese“ Leistungen nicht im Wettbewerb erbringt



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Ausgewählte Ausnahmen

Quasi-Inhouse-Vergaben (Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB):

Beschaffung von Leistungen

- d. bei Anbieterinnen, über die die Auftraggeberin eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für die Auftraggeberin erbringen



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Ausgewählte Ausnahmen

Quasi-Inhouse-Vergaben (Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB):

- **Kontrollerfordernis:**
 - nur Leistungen bei unterstellten /kontrollierten Einheiten
- **Tätigkeitserfordernis:**
 - Leistungserbringerin muss „ihre“ Leistungen im Wesentlichen für die Auftraggeberin erbringen (Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB)
 - Genügen auch mindestens 80% der Leistungen im betroffenen Markt? (vgl. BBI 2017 1907)



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Ausnahmen²

- BöB „findet keine Anwendung auf die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen des Bundes“
 - Art. 10 Abs. 1 lit. i BöB vs. Art. 4 Abs. 1 lit. a BöB i.V.m. Anhang 1 RVOV
- Beschaffung von BVG-Versicherungsleistungen
 - öffentlicher Auftrag
 - Anschluss an nicht unterstellte Vorsorgeeinrichtung des Bundes: kein Instate-Privileg



Forum Neues Vergaberecht – Julia Bhend

Forum Neues Vergaberecht

Diskussion



Forum Neues Vergaberecht

38

Forum neues Vergaberecht

Revision BöB 2019

Zuschlagskriterien / Bereinigung / Bewertung / Zuschlag

10. September 2019

Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin, LL.M.

Fachanwältin SAV für Bau- und Immobilienrecht, Zürich



Forum Neues Vergaberecht – [Claudia Schneider Heusi]

Zuschlagskriterien Art. 29 Abs. 1 BöB

Absatz 1 Staatsvertragsbereich:

- „Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand **leistungsbezogener** Zuschlagskriterien.“
- „Sie berücksichtigt **unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, neben dem Preis und der Qualität einer Leistung,** insbesondere.....“



Forum Neues Vergaberecht – [Claudia Schneider Heusi]

40

Zuschlagskriterien Art. 29 Abs. 1 BÖB

...Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Ästhetik, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz, Effizienz der Methodik...

= *einwandfrei, zulässig, sinnvoll*



Zuschlagskriterien Art. 29 Abs. 1 BÖB

Lebenszykluskosten, Nachhaltigkeit

= *anspruchsvoll, aber zulässig*

Plausibilität des Angebots

= *schwierig, nicht immer zulässig (BGE 143 II 553)*

Verlässlichkeit des Preises = ?



Zuschlagskriterien Art. 29 Abs. 1 BÖB

«die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird»



Zuschlagskriterien Art. 29 Abs. 1 BÖB

«die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird»

= nicht staatsvertragskonform

= nicht umsetzbar



Zuschlagskriterien Art. 29 Abs. 2 BÖB

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs... ergänzend....

- Ausbildungsplätze für Lernende
- Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende
- Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose

= *schwierig*



Forum Neues Vergaberecht – [Claudia Schneider Heusi]

45

Zuschlagskriterien Art. 29 Abs. 3 u. 4 BÖB

- Abs. 3: Gewichtung
 - Gewichtung ist bekannt zu geben
 - Ausnahme: Lösungen, Lösungswege, Vorgehensweisen als Gegenstand der Beschaffung
- Abs. 4: Preis als einziges Kriterium
- nicht geregelt:
 - Verzicht auf das Kriterium Preis?
 - Mindestgewichtung, Preisbewertung



Forum Neues Vergaberecht – [Claudia Schneider Heusi]

46

Bereinigung Art. 39 BÖB

« ... hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung...»

«... um das vorteilhafteste Angebot zu ermitteln....»

- nur wenn:
 - Auftrag oder die Angebote müssen geklärt werden oder
 - Angebote müssen vergleichbar gemacht werden oder
 - Leistungsänderungen objektiv/sachlich geboten – mit Grenzen
 - Aufforderung zur Preisanpassung möglich
- Protokoll



Bereinigung Art. 39 BÖB

Was fällt auf ? aArt. 20 BÖB «**Verhandlungen**»:

- Begriff wird in Art. 39 BÖB neu nicht mehr verwendet.
- Anders Art. 21 BÖB freihändiges Verfahren: «Die Auftraggeberin ist berechtigt, Vergleichsofferten einzuholen und Verhandlungen durchzuführen»
- 11 lit. d BÖB: neu Verbot von **Abgebotsrunden**



Bewertung Art. 40 BÖB

- Abs. 1: «... die Auftraggeberin dokumentiert die Evaluation»
vgl. auch BVGer, Urteil B-1831/2018 vom 01.11.2018
- Abs. 2: Short list
ist zulässig - wenn a) Aufwand Prüfung erheblich und b) wenn
Ankündigung in Ausschreibung erfolgt ist
 - Prüfung in «zwei Stufen»
 - Erste Prüfung / Rangierung = interne Auswahl, ohne Anfechtungsmöglichkeit
 - Eine umfassende Prüfung und Bewertung erhalten nur die drei bestrangierten Angebote.
- Selektives Verfahren als faire Alternative zu short lists



Zuschlag Art. 41 BÖB

Wortlaut bisher: „das **wirtschaftlich** günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es wird ermittelt, indem **verschiedene Kriterien** berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit,“

Wortlaut neu: „das **vorteilhafteste** Angebot erhält den Zuschlag“

..... zudem Art. 29 „neben dem Preis und der Qualität insbesondere....“



Zuschlag Art. 41 BöB

„das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag“

= kein Paradigmenwechsel



Forum Neues Vergaberecht – [Claudia Schneider Heusi]

51

Forum Neues Vergaberecht

Ausgewählte Einzelfragen

*«Fragen bleiben jung.
Antworten altern rasch.»*

(KURT MARTI)



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Übersicht

Ausgewählte Einzelfragen

- Harmonisierung
- Staatsvertrags-Konformität
- Was doch nicht kommt



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Übersicht

Ausgewählte Einzelfragen

- Neuigkeiten im Detail
- Neue Härte
- Neuigkeiten im Rechtsschutz



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Harmonisierung

Eine grosse politische Leistung

- Einheitliche Texte 2014–2019; allerdings...
 - Divergenzen im Geltungsbereich (Listen vs. funktionale Umschreibung)
 - Divergenzen bei den Arbeitsbedingungen (BöB ≠ BGBM+IVöB)
 - Divergenzen im Rechtsschutz



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Harmonisierung

Rechtspolitische Mängel

- Keine hinreichend wirksame Höchstinstanz (vgl. auch BGG-Revision)
- Keine Standardisierung der Unterlagen
- Keine elektronische Abfrage von Teilnahmebedingungen



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Staatsvertrags-Konformität

GPA 2012 vs. BÖB 2019

- Übertragung öffentlicher Aufgaben: Annex 5 vs. Anhang 5/1/b
- Grundstücke: II:3/a vs. 10^{1/b}
- PUBLICA: Annex 1 vs. 10^{1/i}
- Auftragswert-Schätzung: II:6/b vs. 15³
- Freihänder mangels Offerten: XIII:1/a vs. 21^{2/a}
- Vertragsänderungen: XV:7 vs. [...?]



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Staatsvertrags-Konformität

Übrigens...

- Art. 3 Abs. 4 lit. b BAöB: EUR 400 000 / 5 Mio.
 - ≈ CHF 440 000 / 5,5 Mio. (9. September 2019)
- Art. 16¹ BÖB 2019: periodische Anpassung
- Anhang 4, Ziff. 1.2 BÖB 2019
 - CHF 640 000 / 8 Mio.



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Was doch nicht kommt

Ein Glück für Journalistinnen und Anbieter?

- Ausnahme vom BGÖ (49 III E-BöB)
→ BGÖ normal anwendbar
- Hoheitliches Preissenkungsrecht (59 E-BöB)
→ vertragliche Lösung (VöB)



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Neuigkeiten im Detail

Der Ausstand (13)

- Spezialbestimmung verdrängt VwVG
 - Beschränkung der Gründe
 - „Unabhängigkeit vermissen lassen“
(„kausal für den Zuschlagsentscheid“) → Beweislast?
 - vgl. jedoch 11^a
 - Neues Verfahren
 - Begehren bei der Auftraggeberin (→ Beschwerde)
 - ggfs. Begehren und gleichzeitige Verfügungsanfechtung



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Neuigkeiten im Detail

Subunternehmer (12⁴; 31; 44; 45)

- grds. keine Betrauung mit „charakteristischen“ Leistungen (31³; vgl. aber 8¹) – was ist das?
- grds. keine Mehrfachbeteiligung (31²) – was aber, wenn doch?
- keine Kontrolle oder Versehen (12⁴ e contrario)?
- Verwaltungsrechtsverhältnis (12³; 45¹)?



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Neuigkeiten im Detail

Parlamentarische Freihandskepsis (21⁵)

- (vgl. insb. die Erleichterung in 21^{2/e})
- Verbot der absichtlichen Herbeiführung von Exklusivsituationen (insb. 21^{2/c+e})
 - gilt nicht nur für die „Umschreibung“ des Auftrags, sondern vor allem für die Definition des Bedarfs
 - Geltung für die strategische Gestaltung des Bedarfs?



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Neue Härte

Ausschluss vom Verfahren (individuell; 44)

- (auch *wegen* Subunternehmerinnen!)
 - **abschliessende** Liste von bewiesenen Gründen (44¹)
 - **offene** Liste von durch „hinreichende Anhaltspunkte“ belegten Gründen (44²)
- Abs. 1 ist nicht wirklich abschliessend!
- Generalklauseln (44^{1/h + 2/d}) sind Auffangnetz!



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Neue Härte

Ausschluss vom Verfahren (generell; 45)

- (auch *gegen* Subunternehmerinnen)
- **abschliessende** Liste von Gründen (44^{1/c+e, 2/b+f+g})
 - Welches **Beweismass** für die Gründe nach 44²?
 - Warum Doppelspurigkeit mit BGSA?
 - Warum i.d.R. auf Auftraggeberin beschränkt?
 - Was bringt die Liste der gesperrten Unternehmen?



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Neuer Rechtsschutz

Ein Schritt nach vorn – und zwei zurück

- Öffnung des Sekundärrechtsschutzes ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (Bund; 52¹⁺²)
 - nur Schadenersatz (neu noch weniger; 58⁴)
 - nur ab Einladungsverfahren (Lieferungen/DL) bzw. öffentlicher Ausschreibung (Bau)

→ Wer will diese Beschwerde erheben?



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Neuer Rechtsschutz

Ein Schritt nach vorn – und zwei zurück

- Verfahrensregeln
 - Nur noch summarische Begründungen (kein Anspruch auf „Debriefing“)
 - Beschwerdefrist 20 Tage (neu für Kantone)
 - normales Verfahrensrecht für Sanktionsanfechtungen (Gehör; a.W.; Kognition)
 - a.W.: idR nur ein Schriftenwechsel
 - a.W.: Rechtsmissbrauch? Ressentiment!



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Die Rechtslehre dankt.



Forum Neues Vergaberecht 2019 – Martin Beyeler

Forum Neues Vergaberecht

Diskussion



Forum Neues Vergaberecht

68

Forum Neues Vergaberecht

Auf Wiedersehen!

Herzlichen Dank!

Apéritif!



Forum Neues Vergaberecht

69