

VergabeNews Nr. 2 Dezember 2009

Die Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB)



Julia Bhend, Rechtsanwältin
+41 44 498 95 55; jbhend@wwp.ch

Nach dem vorläufigen Scheitern einer Totalrevision hat der Bundesrat beschlossen, einige Anpassungen des Beschaffungsrechts über eine Verordnungsänderung vorzuziehen. Durch die Anpassungen soll das Verfahren flexibilisiert und vereinfacht werden. Die Änderungen treten bereits am 1. Januar 2010 in Kraft.

Vorgezogene Revision der VoeB

Die im Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB) vorgeschlagene Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts auf nationaler Ebene stiess insbesondere bei den Kantonen auf heftigen Widerstand. Hingegen wurden die im VE BöB enthaltenen Neuerungen zur Modernisierung und zur Flexibilisierung der Verfahren grundsätzlich begrüsst. Der Bundesrat hat daraufhin im Sommer 2009 beschlossen, verschiedene Neuerungen rasch auf Verordnungsebene umzusetzen und die Totalrevision des Gesetzes erst danach – jedoch ohne nationale Teilvereinheitlichung – fortzusetzen. Er erhofft sich, dass sich die Neuerungen positiv auf die laufenden Konjunkturprogramme auswirken werden. Im Folgenden werden wichtige Änderungen vorgestellt.

Ausweitung des Anwendungsbereichs

Neu unterstehen sämtliche Dienstleistungen dem Vergaberecht, wobei diejenigen, die nicht dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt sind, vom Anwendungsbereich des BoeB und damit vom Rechtsschutz ausgeschlossen sind. Diese unterstehen nur – aber immerhin – dem 3. Kapitel der VoeB. Auch der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts wird ausgeweitet. Das 3. Kapitel der VoeB ist neu auf alle Verwaltungseinheiten gemäss Artikel 6 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung und auf sämtliche Behörden, auch auf die rechtsetzenden (z.B. Parlamentsdienste) und die rechtsanwendenden Behörden anwendbar.

Neue Freiheiten im Verfahren

Sowohl unter dem Stichwort Flexibilisierung als auch der Klärung der Rechtslage ist die Ergänzung des Katalogs der zulässigen freihändigen Vergaben zu betrachten. Die bereits bisher im 4. Kapitel der VoeB

vorgesehene Möglichkeit, dem Gewinner eines Planungswettbewerbs gewisse Folgeleistungen freihändig zu vergeben, wird nun ausdrücklich in den Katalog von Art. 13 VoeB aufgenommen. Diese Möglichkeit ist nicht nur auf Planungswettbewerbe beschränkt. Die Folgeplanung oder die Koordination der Leistungen zur Umsetzung der Planung können auch dem Gewinner eines Studienauftrags freihändig vergeben werden. Das Problem der Vorbefassung ist damit gelöst und der Umweg über die Ausschreibung eines Studienauftrags mit Option auf einen Folgeauftrag ist nicht mehr notwendig.

Funktionale Ausschreibung

Die funktionale Ausschreibung, d.h. die Umschreibung der zu beschaffenden Leistungen lediglich anhand der Ziele, die damit erreicht werden sollen, wurde in der Praxis bereits bisher durchgeführt. Nun wird diese Möglichkeit in der Verordnung ausdrücklich vorgesehen. Vorteil der funktionalen Ausschreibung ist, dass Sachverstand und Know-how der Anbieter in das Projekt einfließen können. Sie ist dann sinnvoll, wenn innovative und neue, d.h. noch nicht allgemein bekannte Lösungen gesucht werden, die den (definierten) Zielen der Vergabestelle am besten entsprechen sollen. Die Angebote werden dadurch jedoch schwerer miteinander vergleichbar, und es besteht die Gefahr, dass unter dem Titel «Technische Bereinigung» entscheidende Änderungen des Leistungsinhalts vorgenommen werden und damit das Risiko der Anfechtung des Zuschlags erhöht wird.

Dialog als neues Instrument

Das grösste Novum der Revision ist sicherlich die Einführung des Dialogs. Die Vergabestelle kann vorsehen, dass die von den Anbietern vorgeschlagenen Lösungswege oder Vorgehensweisen bei komplexen Beschaffungen oder bei der Beschaffung intellektuel-

ler Dienstleistungen im Dialog mit ausgewählten Anbietern weiter entwickelt werden. Bei der Frage, wann eine komplexe Beschaffung vorliegt, wird man den Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs in der EU berücksichtigen. Einen Dialog wird die Vergabestelle dann ins Auge fassen, wenn sie zwar ihre Bedürfnisse, aber nicht die auf dem Markt vorhandenen oder bald vorhandenen Möglichkeiten zu ihrer Erfüllung kennt.

Neben dem Wettbewerb und der funktionalen Ausschreibung wird damit den Vergabestellen ein weiteres Instrument in die Hand gegeben, um mögliche Vorgehensweisen zu evaluieren und in mehreren Runden weiter zu entwickeln. Anders als beim Wettbewerb ist der Dialog nicht anonym. Der Dialog erfolgt bilateral und die Vertraulichkeit der Angaben der Anbieter muss gewahrt werden. Lösungsvorschläge und vertrauliche Informationen eines Anbieters dürfen – soweit nicht allgemein bekannt – ohne dessen Zustimmung nicht anderen Teilnehmern zugänglich gemacht werden. Es darf also während des Dialogs mit einem Bewerber grundsätzlich nur über dessen eigene Lösungsvorschläge diskutiert werden. Ob damit die Beschaffung der bestmöglichen Lösung erreicht werden kann, darf bezweifelt werden.

Der Verordnungstext lässt der Vergabestelle grosse Freiheit, wie der Dialog gestaltet werden soll. Dabei bestehen jedoch einige Stolpersteine, wie die Beachtung von Formvorschriften, der Vertraulichkeit und die Regelung der Entschädigungspflicht für die Teilnahme der Anbieter am Dialog.

Einschränkungen

Die revidierte Verordnung bringt auch Einschränkungen gegenüber den bisherigen Regelungen. So dürfen Verträge für wiederkehrende Leistungen nur noch in begründeten Fällen für eine Dauer von über fünf Jahren abgeschlossen werden.

Die bisher bestimmten Auftraggebern (insb. Sektorenunternehmen) offenstehende Möglichkeit, die Minimalfristen für die Angebotseinreichung im selektiven Verfahren vertraglich mit den Anbietern zu verkürzen, wurde gestrichen. Von dieser Möglichkeit dürfte in der Praxis jedoch ohnehin nicht oft Gebrauch gemacht worden sein.

Ebenfalls neu ist die Entschädigungspflicht für umfangreiche Vorleistungen von Anbietern, insbesondere bei Projektstudien, planerischen Vorleistungen sowie bei der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen im Rahmen eines Dialogs. Hier ist bei der Formulierung der Ausschreibungsunterlagen Vorsicht geboten.

Vorbefassung

Neu wird die Vorbefassung explizit geregelt. Unzulässig ist die Vorbefassung, wenn der betreffende Anbieter an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt war und ihm daraus ein Wettbewerbsvorteil entstand, der nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann. Die Verordnung listet beispielhaft Mittel zum Ausgleich des Wettbewerbsvorteils auf: Bekanntgabe der vorbefassten Anbieter, Weitergabe des Wissensvorsprungs und Verlängerung der Fristen. Der vorbefasste Anbieter soll jedoch gemäss den Erläuterungen des EFD keinen Anspruch darauf haben, dass der Wettbewerbsvorteil – soweit überhaupt möglich – ausgeglichen wird. Der Verordnungstext liesse sich auch anders interpretieren. Die Vergabestelle kann auf einen Ausschluss verzichten, wenn für den Beschaffungsgegenstand nur noch ein Anbieter übrig bleiben würde.

Handlungsbedarf für Vergabestellen

Die revidierten Bestimmungen der VoeB treten bereits auf Anfang des Jahres 2010 in Kraft. Die Vergabestellen, die dem Bundesrecht unterstehen, müssen insbesondere die folgenden Anpassungen vornehmen:

- Änderung des offiziellen Publikationsorgans: Die Papierform im SHAB wird von der Internetplattform SIMAP abgelöst.
- Sämtliche Dienstleistungen, die Verwaltungseinheiten nach Art. 6 RVOV sowie alle Behörden des Bundes unterstehen neu (mindestens) den Vorschriften des 3. Kapitels der VoeB.
- Der Schwellenwert für die freihändige Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Anwendungsbereich des 3. Kapitels der VoeB wird auf CHF 150'000 erhöht.
- Für wiederkehrende Leistungen dürfen nur in begründeten Fällen Verträge mit einer Dauer von über fünf Jahren abgeschlossen werden.
- Der Zuschlag muss neu spätestens innerhalb von 30 Tagen veröffentlicht werden.
- Im Einladungsverfahren nach dem 3. Kapitel der VoeB muss mindestens ein Angebot eines ortsfremden Anbieters eingeholt werden.

Auch komplexere Abläufe und eingespielte Vorgehensweisen sind zu überprüfen und anzupassen:

- Da der Ausschluss von Varianten nur noch in Ausnahmefällen zugelassen ist, sind Leitlinien zu entwickeln, wann ein Ausschluss noch möglich ist. Angebote mit anderen Preisarten als in der Ausschreibung vorgesehen, gelten neu nicht mehr als Varianten, sondern sind grundsätzlich

als ausschreibungswidrig vom Verfahren auszuschliessen.

- Die Vergütungspflicht für Vorleistungen der Anbieter, insbesondere im Rahmen eines Dialoges oder bei Wettbewerben, wurde ausgedehnt. Die Entschädigungsmodalitäten sind in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen.
- Die Ausschreibung von Studienaufträgen, funktionale Ausschreibungen und das Instrument des Dialogs ermöglichen den Vergabestellen insbesondere bei komplexen Beschaffungen grössere Flexibilität. Die Vor- und Nachteile dieser Möglichkeiten sind im Einzelfall genau zu prüfen und gegeneinander abzuwägen. Zudem sind die Voraussetzungen, das Vorgehen und die Rahmenbedingungen eines Dialogs frühzeitig genau festzulegen und zu planen.

Handlungsbedarf für Anbieter

Die Verordnungsänderungen haben auch direkte Auswirkungen auf die Anbieter in öffentlichen Beschaffungsverfahren. Neben der Änderung des offiziellen Publikationsorgans (vgl. vorne) sind insbesondere folgende Punkte zu beachten:

- Vorsicht beim Anbieten von anderen Preisarten als in der Ausschreibung vorgesehen. Diese sind neu grundsätzlich vom Verfahren auszuschliessen.
- Da gewisse Leistungen im Zusammenhang mit einer Ausschreibung künftig entschädigungsbe-rechtigt sind, empfiehlt es sich, die Kosten und Aufwendungen entsprechend zu erfassen.
- Die Rechte und Möglichkeiten des Anbieters bei einer Ausschreibung mit Dialog sind vorgängig genau abzuklären, um von den Vorteilen dieses Instruments umfassend profitieren zu können ohne Gefahr zu laufen, von den Freiheiten über das erlaubte Mass hinaus Gebrauch zu machen.

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin getätigten Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail (VergabeNews@wwp.ch) mit.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen (insb. hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge) zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz.

© Walder Wyss & Partner AG, Zürich, 2009



Walder Wyss & Partner
Rechtsanwälte

Walder Wyss & Partner AG
Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
CH-8034 Zürich
Telefon +41 44 498 98 98
Fax +41 44 498 98 99
reception@wwp.ch
www.wwp.ch