

Öffentliches Beschaffungsrecht ist im Umbruch

Die Beschaffungstätigkeit von Bund, Kantonen und Gemeinden ist von enormer wirtschaftlicher Bedeutung. Die öffentliche Hand vergibt jedes Jahr Aufträge im Wert von rund 40 Mrd. Franken, wobei der Anteil der Gemeinden am grössten ist. Heute – 15 Jahre nach Einführung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) – steht das Gesetz vor einer Totalrevision. Der Artikel zeigt, welche Rolle die Gemeinden in der Gesetzgebung des öffentlichen Beschaffungsrechts innehaben, welche Richtung die Revision nach dem Entscheid des Bundesrats im Juni einschlägt, und welche Auswirkungen die Revision auf die Gemeinden hat.

Die Rechtslandschaft im Beschaffungswesen ist zersplittert und vielschichtig. Das öffentliche Beschaffungsrecht findet seine Rechtsgrundlagen in Staatsverträgen, Bundesrecht, interkantonalem Recht sowie kantonalem und kommunalem Recht. Die kommunalen Vergabestellen und deren Bestimmungen unterstehen dem grundsätzlich übergeordneten kantonalen Recht. Kommunale Richtlinien und Anleitungen bei Ermessensfragen sind demnach zwar als interne Dienstanweisungen möglich, doch dürfen diese dem übergeordneten Recht nicht widersprechen.

Die Ziele und die Umsetzung der Revision

Aus der Vielzahl der Rechtsgrundlagen entwickelte sich eine Vielfalt von Beschaffungspraxen und Rechtsprechungen. Dies führte zu einer hohen Unsicherheit bei Beschaffungsstellen und Anbietern. Der Bundesrat erkannte den Handlungsbedarf und unterbreitete im Mai 2008 eine Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB). Übergeordnete Revisionsziele waren dabei die Modernisierung, Klärung, Flexibilisierung sowie die gesamtschweizerische Harmonisierung des Beschaffungsrechts. Bis zum Ablauf der Vernehmlassungsfrist des VE BöB am 15. November 2008 sind über 140 Stellungnahmen eingegangen. Nach deren eingehenden Auswertung hat sich der Bundesrat am 17. Juni dieses Jahres für ein Vorgehen in mehreren Etappen entschieden, währenddem die Totalrevision aufgeschoben wird.

In Anbetracht der Rechtszersplitterung im schweizerischen Beschaffungsrecht war die in

der Vernehmlassungsvorlage vorgesehene Teilvereinheitlichung der beschaffungsrechtlichen Grundsätze wohl eines der zentralsten Ziele der Totalrevision. Das geschätzte wirtschaftliche Einsparungspotenzial für Bund, Kantone und Gemeinden wurde gemäss Bundesamt für Bauten und Logistik auf jährlich ca. 400 Mio. Franken geschätzt. Während sich der Schweizer Gemeindeverband und grösstenteils auch die Wirtschaftsverbände für die vorgeschlagene schweizweite Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts aussprachen, lehnten dies nahezu alle Kantone ab. Deshalb beschloss der Bundesrat auf eine Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts zu verzichten.

Vorgezogene Revision auf Verordnungsstufe (VoeB)

Demgegenüber sollen Neuerungen, die sich positiv auf die derzeit schwache Konjunktur auswirken und das Vergabeverfahren vereinfachen und flexibilisie-

ren, vorgezogen werden und auf Verordnungsstufe bereits am 1. Januar 2010 in Kraft treten. Die Verordnungsrevision wird sich allerdings auf Beschaffungen des Bundes beschränken. Im Übrigen lässt sich heute der genaue Inhalt der Verordnungsrevision noch nicht klar bestimmen; jedenfalls werden die Einzelheiten zurzeit durch das Eidgenössische Finanzdepartement ausgearbeitet. Fest steht jedoch gemäss telefonischer Rücksprache, dass auf Verordnungsstufe nur Anliegen der Totalrevision aufgenommen werden, die gemäss den Ergebnissen aus der Vernehmlassung unumstritten waren.

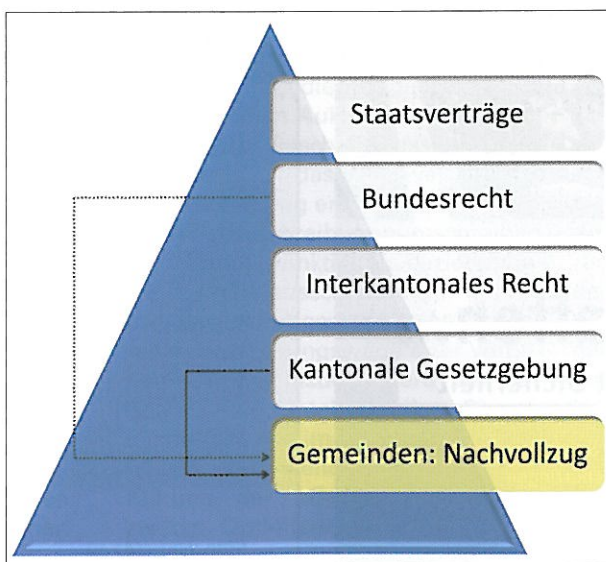
Vorgezogene Teilrevision auf Gesetzesstufe (BoeB)

Gleichzeitig zur Revision der Verordnung VoeB will der Bundesrat Massnahmen zur Beschleunigung des Vergabeverfahrens auf Gesetzesstufe ergreifen. Die Beschaffungen für dringliche öffentliche Werke von nationaler Bedeutung wie die Neat sollen nicht mehr durch Beschwerden mit aufschiebender Wirkung blockiert und damit übermässig verteuert werden können. Die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Beschaffungswesens sollen zudem endgültig sein.

Totalrevision in einer späteren Phase

Die geplante Totalrevision des Beschaffungsgesetzes wird erst im Anschluss an die dargelegte Revision der Verordnung fortgesetzt werden. Ziele bleiben die schweizweite Modernisierung, Klärung und Flexibilisierung des öffentlichen Beschaffungswesens, die nachfolgend kurz näher ausgeführt werden.

- **Modernisierung:** Eine Modernisierung bringt unter anderem



Die kommunalen Vergabestellen und deren kommunale Bestimmungen unterstehen dem übergeordneten kantonalen Recht; kommunale Richtlinien dürfen übergeordnetem Recht nicht widersprechen. (Grafik: zvg)

die Bestimmung der elektronischen Fassung des Schweizerischen Handelsamtsblatts (SHAB) als Publikationsorgan für öffentliche Ausschreibungen von Beschaffungen des Bundes (Art. 55 VE BöB), während dem die Kantone das amtliche Publikationsorgan für ihren Zuständigkeitsbereich nach wie vor selber bezeichnen können. Allerdings ist hier zu bemerken, dass unabhängig von der geplanten Revision mit der Website www.simap.ch seit März eine Plattform zur Verfügung steht, die aus Sicht der Schreibenden übersichtlicher als die des SHAB ist, Zusatzfunktionen und -informationen enthält und sich bereits einer breiten Akzeptanz erfreut. Heute nutzen dem Vernehmen nach schon 23 Kantone und der Bund diese neue Plattform, die aber auch Gemeinden zur Benützung offen steht.

- Klärung: Die derzeitige Vorlage zur Totalrevision enthält unter anderem klärende Regelungen zu Fragen betreffend das Vorgehen bei ungewöhnlich tiefen Angeboten und die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Als neues Zuschlagskriterium soll die Lehrlingsausbildung berücksichtigt werden (Art. 39 Abs. 5 VE BöB).

Neu wird auch das viel diskutierte Thema der Vorbefassung explizit geregelt. Demnach schliesst die Beschaffungsstelle gemäss Art. 28 VE BöB eine Anbieterin aus einem Verfahren aus, wenn diese an der Vorbereitung der Beschaffung, beispielsweise durch die Vorbereitungen der Ausschreibungsunterlagen, beteiligt war und deshalb einen Wettbewerbsvorteil erlangt hat. Kann die Beschaffungsstelle den durch die Vorbefassung erlangten Wettbewerbsvorteil einer Anbieterin ausgleichen, soll sie auf den Ausschluss dieser Anbieterin verzichten können. Geeignete Mittel hierfür sind insbesondere die Erteilung zusätzlicher Informationen oder Verlängerung der Fristen, damit andere Anbietende eine Chance haben, ihren Rückstand auf die vorbefasste Anbieterin wettzumachen. Diese Klärung und die Flexibilisierung hinsichtlich des Umgangs mit dem heiklen Thema der Vorbefassung sollte auch für die Gemeinden als Vergabestellen das Risiko von Beschwerden nicht berücksichtigter Anbieterinnen senken.

Weiter sieht das geltende Recht bei Beschwerden gegen einen Zuschlag keine Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor. In der Praxis wird zu-



Die anstehende Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen wird sich nicht direkt auf die Gemeinden als grösste öffentliche Auftraggeber auswirken. (Bild: zvg)

folge übergeordneten WTO-Rechts trotzdem oft die aufschiebende Wirkung zuerkannt; mit immensen Kostenfolgen, wie das Beispiel Neat gezeigt hat. Die Vorlage sieht deshalb ein neues System vor, wonach in der Regel einer Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommen soll, die Beschaffungsstelle diese jedoch entziehen kann, wenn überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

- Flexibilisierung: Weitere Flexibilisierungen sollen mehr Spielraum bei der Durchführung komplexer Beschaffungen und somit auch zu einer kürzeren Verfahrensdauer führen. Die Vorlage führt die Möglichkeit von elektronischen Auktionen ein. Weiter kann eine Beschaffungsstelle neu auch lediglich das Ziel, welches mit der Beschaffung erreicht werden soll, in der Ausschreibung umschreiben (sogenannte funktionale beziehungsweise finale Ausschreibung). Die Beschaffungsstelle kann vorgeschlagene Lösungswege oder Vorgehensweisen, insbesondere bei der Beschaffung intellektueller Dienstleistungen, neu im Dialog mit den Anbieterinnen weiterentwickeln. Zur Klärung der offenen Fragen und zwecks Optimierung des Angebots soll weiter neu das Element der Verhandlungen zur Verfügung stehen. Diese in Art. 44ff. VE BöB verankerten neuen Elemente sollen von den Kantonen auch nur eingeschränkt ange-

wendet werden können. Je nach Regelung des betreffenden Kantons werden dementsprechend auch dessen Gemeinden diese neuen Instrumente zur Verfügung stehen.

Die Auswirkungen auf die Gemeinden

Durch den Umstand, dass die Revision aufgrund des Widerstands der Kantone und nach dem Bundesratsentscheid vom Juni nicht mehr unter dem Aspekt der Teilvereinheitlichung fortgeführt werden kann, werden die Gemeinden von den anstehenden Revisionsbestrebungen auf Bundesebene nicht direkt betroffen sein. Anzumerken ist jedoch, dass die Kantone sich nicht grundsätzlich gegen eine Teilvereinheitlichung stellen. Diese sei allenfalls durch eine Rahmenordnung für eine parallele Harmonisierung des Beschaffungswesens durch die Kantone und nicht durch eine zentralistische Auferlegung des Bundesrechts zu erreichen. Somit werden die Kantone die Revisionsbestrebungen des Bundes weiter verfolgen und entsprechende Anpassungen der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen prüfen. Damit werden die Gemeinden – wenn auch auf Umwegen – von den noch anstehenden Revisionsbestrebungen dennoch betroffen sein.

Dr. Boris Grell und Sarah Levy, MLaw, Hodler & Emmenegger Rechtsanwälte in Bern und Zürich, www.hodler.ch