

Revision des Beschaffungsrechts

Eine Chance für bessere Planersubmissionen

Das Beschaffungsrecht in der Schweiz ist auf dem Prüfstand: Die Überarbeitung des WTO-GPA-Abkommens macht eine Anpassung der nationalen Bestimmungen notwendig. Im Rahmen dieser Revision streben Bund und Kantone eine weitestgehende Harmonisierung ihrer jeweiligen Regeln an.

Von Dr. Mario Marti, Rechtsanwalt, Geschäftsführer usic*

Eine paritätisch besetzte Arbeitsgruppe von Bund und Kantonen hat eine weitgehend einheitliche Revisionsvorlage für Bund (BöB) und Kantone (IVöB) erarbeitet. Die Vernehmlassung zur IVöB, also dem Konkordat der Kantone wurde im Dezember 2014 abgeschlossen und befindet sich zurzeit in der Auswertung. Die Vernehmlassung des revidierten BöB dauert noch bis zum 1. Juli 2015.

USIC ist für die Harmonisierung

Die usic unterstützt die Stossrichtung der Harmonisierung des Beschaffungsrechts. Die Harmonisierung schafft mehr Rechtssicherheit und Transparenz, vermindert unnötige Transaktionskosten und liegt damit im Interesse der Anbieter. Positiv sind in diesem Zusammenhang auf kantonaler Stufe die Übernahme von zahlreichen bisher ausschliesslich in der unverbindlichen Mustervorlage der Vergaberichtlinien (VRöB) vorhandenen Bestimmungen in das Konkordat und auf Bundesstufe die Überführung bisher nur auf Verordnungsstufe geregelter Aspekte in das Gesetz.

Bedeutendes Verbesserungspotenzial...

Die Revisionsvorlagen sind gut strukturiert und bringen eine wesentliche Verbesserung gegenüber der heutigen Rechtslage. Trotzdem kritisiert die usic mehrere Elemente in den Revisionsvorlagen, namentlich in vier Punkten:

■ Erstens sehen beide Vorlagen unverändert

tiefe Schwellenwerte im ausserstaatsvertraglichen Bereich vor. Besonders beim offenen Verfahren führt dies zu überproportionalen volkswirtschaftlichen Kosten. Deshalb fordert die usic eine Anhebung der Schwellenwerte sowie eine Angleichung der Schwellenwerte zwischen Bund und Kantonen im maximal zulässigen Masse.

■ Zweitens sieht die IVöB-Revision neu, analog zum bisherigen Bundesrecht, die Möglichkeit vor, dass die Vergabebehörden Verhandlungen führen dürfen. Die usic begrüsst zwar die Möglichkeit von Verhandlungen im Hinblick auf die Realisierung von technisch besseren Lösungen. Reine Preisverhandlungen fördern jedoch den ruinösen Preiswettbewerb und sind klar abzulehnen. Bei Verhandlungen muss deshalb die Preiskomponente weggelassen werden.

■ Drittens wird bei den Zuschlagskriterien der Preis weiterhin bevorzugt gegenüber qualitativen Eigenschaften behandelt. Dies erschwert die Anwendung von alternativen Vergabemethoden wie zum Beispiel der «Quality-Based-Selection» (reiner Qualitätswettbewerb) und der Zwei-Kuvert-Methode, die sich besonders für die Auswahl von komplexen intellektuellen Dienstleistungen eignen. Wichtig ist, dass die Gewichtung des Preises bei den Zuschlagskriterien in Abhängigkeit zur Komplexität der ausgeschrieben Leistung gesetzt wird: Je komplexer die Aufgabe, desto tiefer die Preisgewichtung. Nur standardisierte Leistungen



Die frisch eingeweihte Bibliothek/Ludothek in Spiez: So schön kann das Resultat öffentlicher Beschaffung nach Bauabschluss aussehen.

Bild: © yves-andre.ch

(Waren) dürfen nach reinen Preisüberlegungen beschafft werden – umgekehrt muss es möglich sein, hoch komplexe Dienstleistungen ausschliesslich nach Qualitätsüberlegungen auszuwählen. Die usic fordert deshalb, dass bei komplexen Aufträgen und der Beschaffung innovativer und intellektueller Leistungen auf den Preis als Zuschlagskriterium gänzlich verzichtet werden kann.

■ Viertens muss die neue – und im Grundsatz sehr begrüssenswerte – Regel über den Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten verbessert werden. Die Neuerung, die einen wirksamen Kampf gegen die seit Jahren in der Planerbranche herrschende Tiefpreisproblematik sein könnte, kann nur dann ihre Wirkung entfalten, wenn die Referenz dessen, was als ungewöhnlich niedrig gelten soll, sich auf objektive Kriterien (vom Auftraggeber erwarteter Preis) stützt und nicht im Verhältnis zu den anderen Angeboten betrachtet wird. Auch sollte die Bestimmung zwingend angewendet werden.

Die usic wird sich im Rahmen der anstehenden parlamentarischen Beratung der BöB-Revision für diese Verbesserungen stark machen.

... und eine Unverschämtheit

Nur auf Bundesstufe wird ein neues Einsichtsrecht in die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter vorgeschlagen. Danach darf die Auftraggeberin bei Aufträgen ab 1 Million Franken Ein-

sicht in die Preiskalkulation des Anbieters nehmen, wenn die Vergabe «ohne Wettbewerb» erfolgte. Dies trifft für freihändige Vergaben sowie für Vergaben in offenen/selektiven Verfahren, sofern nur ein Angebot einging. Das Einsichtsrecht ist mit einer Preisprüfung und einem Rückforderungsrecht bei angeblich zu hohen Preisen verbunden, umgekehrt soll aber keine Pflicht zur Nachzahlung bei zu tiefen Preisen bestehen.

Bereits unter geltendem Recht wird teilweise das Einholen eines Einverständnisses der Anbieter zur Einsichtnahme durch die Behörde vertraglich vereinbart. Schon diese Praxis ist stossend. Mit der Normierung des Einsichtsrechts wird die bisher vertraglich vereinbarte Einsichtsmöglichkeit einseitig verbindlich vorgegeben, was unfair und Ausdruck eines Marktmissbrauchs ist. Der Gesetzesvorschlag ist rechtsdogmatisch unhaltbar: Im Rahmen einer freihändigen Vergabe ist die Behörde in der Lage, das Honorar mit dem Anbieter frei zu verhandeln. Wie in allen anderen privatrechtlichen Rechtsverhältnissen ist nicht einzusehen, wieso nun der einen Partei (hier dem Staat) ein nachträgliches, ausschliesslich zu ihren Gunsten bestehendes Abänderungsrecht in Bezug auf die Höhe der Vergütung zustehen und der sonst hochgehaltenen Grundsatz der Vertragseinhaltung nicht gelten sollte. Würde ein Privatrechtssubjekt derartige Vertragsklauseln fordern (zum Beispiel – was sinngemäss vergleichbar ist – in Allgemeinen Geschäftsbedingungen), würde man ihm zu Recht Unlauterkeit vorwerfen (ver-

gleiche Artikel 8 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG). Die dem BöB unterstehenden Behörden sind professionelle, «mündige» Vergabestellen, die in keiner Art und Weise schutzbedürftig sind. Es würde ihnen gut anstehen, auf derlei unfaire Instrumente zu verzichten. Die usic wird dieses neu vorgeschlagene Instrument vehement bekämpfen. ■

* Dr. Mario Marti ist Partner bei Kellerhals Anwälte, Bern.

Die Forderungen der usic

- Vollständige Harmonisierung des Schweizerischen Beschaffungswesens für mehr Effizienz und Rechtssicherheit.
- Anhebung und Angleichung der Schwellenwerte für Dienstleistungen im ausserstaatsvertraglichen Bereich.
- Die Vergütung darf nicht Gegenstand von Verhandlungen sein.
- Stärkung der Qualität gegenüber dem Preis bei den Zuschlagskriterien.
- Vertragssicherheit und Rechtsgleichheit zwischen Behörden und Anbietern.