

USIC

Union Suisse des Sociétés d'Ingénieurs-Conseils
Schweizerische Vereinigung Beratender Ingenieurunternehmungen
Unione Svizzera degli Studi Consulenti d'Ingegneria
Swiss Association of Consulting Engineers
Member of FIDIC and EFCA

Neue Entwicklungen im Vergabewesen

*Bericht zu den Themen «Quality Based Selection»,
Zwei-Couvert-Methode und Dialog nach Art. 26a VöB*

USIC
Februar 2012

*Geschäftsstelle
Effingerstrasse 1, Postfach 6916,
3001 Bern
Telefon 031 970 08 88
Fax 031 970 08 82
E-Mail: usic@usic.ch, www.usic.ch*

publication

No. 8

Projektgruppe «Dialog»:

Dr. Peter Schuster, Arbeitsgruppe Vergabe, Ernst Basler + Partner AG, Leitung

Irene Bernhard, Ernst Basler + Partner AG

Marco Fetz, Bundesamt für Bauten und Logistik

Dr. Christoph Jäger, Kellerhals Anwälte

Roland Keller, Vorstand usic, pkag Paul Keller Ingenieure AG

Alexia Kouzounis, Ernst Basler + Partner AG

Dr. Mario Marti, Kellerhals Anwälte, Geschäftsführer usic

Erich Ramer, Ernst Basler + Partner AG

Eduard Tüscher, Delegierter KBOB

Sachbearbeitung:

Ernst Basler + Partner AG

Mühlebachstrasse 11

8032 Zürich

Telefon +41 44 395 16 16

info@ebp.ch

www.ebp.ch

publication No. 8

Neue Entwicklungen im Vergabewesen

*Bericht zu den Themen «Quality Based Selection»,
Zwei-Couvert-Methode und Dialog nach Art. 26a VöB*

USIC
Februar 2012

Einleitung

Die usic setzt sich aktiv für gute Rahmenbedingungen für die Ingenieurunternehmungen bei der öffentlichen Beschaffung von Ingenieurdienstleistungen ein. Dabei gilt ihr spezielles Augenmerk den Besonderheiten, welche bei der Beschaffung von intellektuellen Dienstleistungen – im Gegensatz zu standardisierten Gütern und Dienstleistungen – zu beachten sind.

Die usic setzt sich in erster Linie für einen fairen Qualitätswettbewerb ein. Die Beschaffung einer intellektuellen Dienstleistung ist mit Blick auf die erfolgreiche Umsetzung des Gesamtprojekts nicht zielführend, wenn sie sich überwiegend auf das Preisangebot abstützt.

Die vorliegende Publikation stellt neuere Vorgehensweisen und Instrumente im Vergabeverfahren vor, welche in besonderem Mass für die Beschaffung von Planerleistungen geeignet sind. Konkret werden die Methode der Quality Based Selection gemäss internationalem Vorbild, die so genannte Zwei-Couvert-Methode sowie der mit Art. 26a der (Bundes-)Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) neu eingeführte Dialog vorgestellt und diskutiert.

Die Publikation vereint einen Bericht und zwei Anhänge. In einem ersten Anhang finden sich weiterführende Informationen zu den Grundlagen und Definitionen der einzelnen Methoden. Der zweite Anhang umfasst einen Leitfaden für öffentliche Beschaffungen mit Dialog. Dieser Leitfaden soll den Beschaffungsstellen als Checkliste und Hilfsmittel bei der Planung und Durchführung eines Dialoges dienen. Der Leitfaden wird gleichzeitig als eigenständige Empfehlung der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) publiziert.

Als weitere Dienstleistung für Beschaffungsstellen wurde für den Dialog eine Musterausschreibung basierend auf dem KBOB-Planervertrag erarbeitet. Die entsprechenden Dokumente sind auf der Website der usic abrufbar (www.usic.ch/Dokumentationen).

Die usic erhofft sich von den neuen Vergabemethoden neue Impulse für die Beschaffung von Planerleistungen. Sie ermutigt Beschaffungsstellen, insbesondere das neue Instrument des Dialogs – welches unter gewissen Vorzeichen auch auf kantonaler oder kommunaler Ebene eingesetzt werden kann – zu nutzen.

INHALTSVERZEICHNIS

1	Bericht zu den Themen «Quality Based Selection», Zwei-Couvert-Methode und Dialog nach Art. 26a VöB	
1.	Zusammenfassung	4
1.1	Inhaltsübersicht	4
1.2	Kurzabriss	4
2.	Ausgangslage und Vorgehen	5
3.	Grundlagen und Definitionen der Methoden	6
3.1	Quality Based Selection	6
3.1.1	Anwendungsbeispiel: USA	6
3.1.2	Anwendungsbeispiel: Weltbank	7
3.1.3	Anwendungsbeispiel: FIDIC	7
3.1.4	Anwendungsbeispiel: Kanada	8
3.2	Die Zwei-Couvert-Methode	9
3.2.1	Anwendungsbeispiel: Weltbank	9
3.2.2	Anwendungsbeispiel: FIDIC	10
3.3	Der Dialog	11
3.3.1	Wortlaut gemäss Art. 26a VöB	11
3.3.2	Der Anwendungsbereich	11
3.3.3	Der Hinweis auf den Dialog in der Ausschreibung	12
3.3.4	Art. 26a VöB ist eine «Kann-Vorschrift»	13
3.3.5	Information zur Vergütung und Nutzung der Anbieterleistungen	13
3.3.6	Auswahl und Orientierung der am Dialog beteiligten Anbieterinnen	13
3.3.7	Protokollierung und Dokumentation des Dialogs	13
3.3.8	Zulässigkeit des Dialogs auf kantonaler Ebene	13
3.3.9	Der Dialog in der EU	14
4.	Mögliche Ausgestaltung der Methoden, Beurteilung aus Sicht der Schweizer Randbedingungen und Empfehlungen der Projektgruppe	15
4.1	Quality Based Selection	15
4.2	Die Zwei-Couvert-Methode	16
4.3	Der Dialog	17
5.	Fazit und Vorschläge zur Umsetzung	20
5.1	Fazit	20
5.2	Vorschläge zur Umsetzung	21
5.2.1	Quality Based Selection	21
5.2.2	Die Zwei-Couvert-Methode	21
5.2.3	Der Dialog	21
A1	Grundlagen und Definitionen: Ergänzungen	22
1.	Quality Based Selection	22
2.	Die Zwei-Couvert-Methode	28
3.	Der Dialog	30
A2	Leitfaden für öffentliche Beschaffungen mit Dialog	31

1. Zusammenfassung

1.1 Inhaltsübersicht

Die geltenden Beschaffungsformen für Planerleistungen gewichten die Kosten im Verhältnis zur Qualität überproportional; trotz oft tiefer Gewichtung des Preises wird der Preis aufgrund der gewählten Bewertungsmethode zum ausschlaggebenden Kriterium. Dies ist meist nicht zielführend, da es zu einer Verteuerung des Gesamtprojektes führen kann.

Dieser Bericht untersucht daher, welche Instrumente im Beschaffungsrecht vorhanden sind, die diesem Problem Abhilfe schaffen können.

Er erläutert in diesem Sinne die «Quality Based Selection» und die sogenannte «Zwei-Couvert-Methode» sowie den Dialog nach Art. 26a VöB und führt Anwendungsbeispiele dieser Instrumente auf.

Sodann analysiert der Bericht vorhandene Ausgestaltungen dieser Instrumente, untersucht, inwiefern diese Ausgestaltungsmöglichkeiten mit den Schweizer Randbedingungen kompatibel sind, und gibt Empfehlungen zur Umsetzung der Instrumente in der Schweizer Beschaffungspraxis.

1.2 Kurzabriss

Quality Based Selection bedeutet, dass die Anbieter aufgrund der Qualität ihrer Angebote ausgewählt werden; der Preis wird gar nicht, bzw. nur am Rande in die Beurteilung miteinbezogen. Die Quality Based Selection stellt die Qualität eines Angebotes in den Vordergrund, was gerade bei Beschaffungen von komplexen Leistungsgegenständen von Vorteil sein kann. Schwierig ist aber die rechtliche Zulässigkeit der Quality Based Selection in der Schweiz zu beurteilen, da das Bundesgericht bisher von einer Minimalgewichtung des Preises von 20 % ausgeht.

Bei der Zwei-Couvert-Methode gibt es verschiedene Ausprägungen. Allen gemeinsam ist, dass die Angebote in zwei Couverts einzureichen sind; ein Couvert enthält Ausführungen zum Inhalt des Angebotes («Qualität»), das andere Couvert enthält den Preis des Angebotes. Wie mit dem Preisouvert nach Bewertung der Qualitätscouverts verfahren wird, ist je nach Ausprägung anders: Entweder wird nur das Preisouvert des aufgrund der Qualitätsbewertung bestplatzierten Anbieters geöffnet (Fall A), es werden die Preiscouverts der 3 bestplatzierten Anbieter geöffnet und unter diesen dreien eine Nutzwertanalyse durchgeführt (Fall B) oder es werden alle Preiscouverts geöffnet und unter allen Anbietern wird eine Nutzwertanalyse durchgeführt (Fall C). Die Zwei-Couvert-Methode hat somit den Vorteil, dass die Qualitätsaspekte eines Angebotes vollkommen unabhängig vom Preis des Angebotes beurteilt werden, da dieser erst in einem zweiten Schritt in die Beurteilung einfließt – wenn überhaupt. In der Schweiz ist aufgrund der vom Bundesgericht verlangten Minimalgewichtung des Preises momentan wohl nur Fall C zulässig.

Der Dialog als Zusammenarbeit zwischen Beschaffungsstelle und Anbietenden zur genauen Definition des Beschaffungsgegenstandes während der Angebotsphase stellt das dritte Instrument dar, welches im Bericht erläutert und analysiert wird. Der Dialog hat den grossen Vorteil, dass Beschaffungsstelle und Anbieter zusammenarbeiten, um den Beschaffungsgegenstand zu definieren, womit die Beschaffungsstellen genau den Leistungsgegenstand erhalten, den sie benötigen.

Der Dialog ist seit dem 1. Januar 2010 im Bundesbeschaffungsrecht vorgesehen. Die Kantone kennen ein Verbot von Abgebotsrunden bzw. ein Verbot, über das Preis-Leistungsverhältnis zu verhandeln sowie das Gebot der Unveränderlichkeit der Angebote. Diese hindern die Zulässigkeit des Dialogs auf kantonaler Ebene jedoch nicht, da erst das definitive Angebot nach dem Dialog diese Verbote auslöst.

Auch in der EU ist eine Form des Dialogs bekannt: Der «wettbewerbliche Dialog» weist zahlreiche Ähnlichkeiten mit dem Schweizer Dialog auf.

2. Ausgangslage und Vorgehen

Ausgangslage

Im usic-Analysepapier «Marktsituation und Marktverhalten bei der Vergabe von Planerleistungen bei grossen Infrastrukturvorhaben in der Schweiz» (publication No. 7) vom März 2009 wurde eine Verbesserung der geltenden Beschaffungsverfahren gefordert.

Dabei wurde insbesondere die Zwei-Couvert-Methode aufgeführt, welche eine von den Preisangeboten getrennte Beurteilung der Qualität der Angebote ermögliche. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass derartige Methoden im Ausland erfolgreich angewendet würden (bekannt unter der Bezeichnung Quality Based Selection) und hilfreich seien, um einen echten Qualitäts- statt einen reinen Preiswettbewerb herbeizuführen.

Als eine von mehreren Massnahmen resultierte deshalb die Forderung nach einer Anwendung von neuen Methoden im Vergabewesen, welche eine getrennte Qualitätsbeurteilung zulassen.¹⁾

Vor diesem Hintergrund wurde die usic-Projektgruppe «Dialog» gebildet. Ihr Auftrag besteht im Wesentlichen darin, die folgenden Methoden zu überprüfen:

- Quality Based Selection und Zwei-Couvert-Methode nach internationalem Vorbild,
- Dialog gemäss Art. 26a VöB (neu).

Vorgehen und Zielsetzung

Im vorliegenden Bericht werden in einem ersten Schritt die betreffenden Methoden in der Übersicht dargestellt und in einem zweiten Schritt hinsichtlich ihrer Vor- und Nachteile aus der Perspektive der usic beurteilt. Abschliessend wird geprüft, ob und wie die usic mithelfen kann, zur Umsetzung der einen oder anderen Methode in der Praxis beizutragen.

Der Bericht dient der Meinungsbildung zu den besprochenen Vergabeinstrumenten für den usic-Vorstand. Zudem dient er als Vorschlag der usic an die Beschaffungsstellen zur Umsetzung dieser Instrumente in die Praxis. Nicht zuletzt soll mit dem Leitfaden im Anhang eine Grundlage zur Anwendung des Dialogs in der Praxis geschaffen werden. Bei der Erarbeitung des Berichts haben auch Vertreter der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) wie auch des Bundesamts für Bauten und Logistik mitgewirkt, den Inhalt aber nicht in allen Teilen mitgetragen. So haben sie beispielsweise das gänzliche Ausblenden des Kriteriums «Preis» (vgl. 3.1) klar abgelehnt, da im öffentlichen Beschaffungswesen der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen ist und jeder Auftrag für sich betrachtet werden muss. Zudem erachten sie eine gütliche Einigung über den Preis erst nach der Auswahl des Partners (vgl. 3.1.1) als impraktikabel bzw. unvorteilhaft für den haushälterischen Einsatz des Steuerfrankens. Die so genannte Zwei-Couvert-Methode (vgl. 3.2) wird hingegen explizit begrüsst, sofern sämtliche Offerten auch in Bezug auf den Preis bewertet werden (Fall C). Vorgehen ist zudem, dass die KBOB den Leitfaden (Anhang 2) übernimmt.

Abgrenzung

Die betrachteten Methoden sind grundsätzlich offen für die Beschaffung aller Auftrags- und Vertragsarten (Aufträge wie auch Werkverträge). In diesem Bericht werden die Methoden aber primär aus der Sicht der Beschaffung von Planerleistungen betrachtet. Die Überlegungen sind auch anwendbar auf die in Totalunternehmerausschreibungen enthaltenen Planerleistungen.

Nicht behandelt werden Architektur- und Ingenieurwettbewerbe (SIA 142), Architektur- und Ingenieurstudienaufträge (SIA 143) sowie Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbe (VöB Art. 40 ff.). Diese haben durchaus Ähnlichkeiten mit den hier besprochenen Methoden im Hinblick auf das Endresultat, aber auch grundlegende Unterschiede (vgl. für Details Leitfaden, Kapitel 1, Anhang 2, Seite 32).

1) usic, Marktsituation und Marktverhalten bei der Vergabe von Planerleistungen bei grossen Infrastrukturvorhaben in der Schweiz – ein Analysepapier mit Massnahmenvorschlägen, publication No. 7, Bern 2009, S. 10 und S. 19.

3. Grundlagen und Definitionen der Methoden

Dieses Kapitel gibt einen möglichst konzentrierten Überblick über die Grundlagen der Quality Based Selection, der Zwei-Couvert-Methode und des Dialogs. Ergänzende Erläuterungen und einzelne im Wortlaut zitierte Passagen aus verschiedenen Dokumenten sind im Anhang A1 zu finden.

3.1 Quality Based Selection

Überblick

Der Begriff «Quality Based Selection»²⁾, kurz «QBS», steht für eine auf qualitativen Kriterien basierende Vergabe, in welcher der Preis in der Regel vorerst ausgeklammert wird. Anbieter werden aufgrund der Qualität ihrer technischen Angebote ausgewählt, allfällig einzureichende Preisangebote dienen jeweils nur als Basis für Verhandlungen und den Vertrag.

QBS-Methoden sind weltweit üblich, werden jedoch in sehr unterschiedlicher Weise angewendet, insbesondere was ihre Berücksichtigung in öffentlichen Vergabeverfahren anbelangt. Es würde vorliegend zu weit führen, Recht und Praxis in den verschiedenen Ländern und internationalen Organisationen in einer für die zu untersuchenden Fragen nutzvollen Art zu untersuchen. Vielmehr geht es darum, anhand bestehender Konzepte aufzuzeigen, was unter QBS zu verstehen ist. Es wird nachfolgend auf die in den USA, bei der Weltbank, der FIDIC und in Kanada bekannten QBS-Methoden eingegangen.

3.1.1 Anwendungsbeispiel: USA

Grundlagen

Gesetzliche Grundlage für die QBS-Methode des Bundes ist der sogenannte «Brooks Act» aus dem Jahr 1972. Dieser legt fest, dass Architektur- und Ingenieurleistungen vom Bund in einem rein qualitätsbasierten Prozess ohne integrierte Berücksichtigung des Preises zu beschaffen sind.³⁾

Nebst dem Bund verfügt die Mehrheit der US-amerikanischen Bundesstaaten über QBS-Methoden.⁴⁾

Methode

Die Methode kann in folgenden Schritten zusammengefasst werden:

1. Öffentliche Ausschreibung;
2. Bewerbung der interessierten Anbieter
(Angaben zur Beurteilung der Qualifikation, wie zum Beispiel Erfahrung des Anbieters, Grösse, Fähigkeiten, Personal etc.);
3. Beurteilung der Bewerbungen;
4. Erstellung einer «Short List» mit mindestens drei Anbietern
(Vorauswahl grundsätzlich qualifizierter Anbieter, maximale Anzahl unbeschränkt; Einladung zum Interview);
5. Interviews mit den Anbietern der «Short List»
(Gespräche zu konzeptionellen Fragen mit den ausgewählten Anbietern; Preis ist kein Thema);
6. Erstellung eines «Rankings» mit mindestens drei Anbietern
(Rangliste der am besten qualifizierten Anbieter aufgrund der geführten Interviews);

2) USA und Kanada: «Qualifications Based Selection».

3) www.acec.org; Anhang A1.

4) AMERICAN PUBLIC WORKS ASSOCIATION, APWA Red Book on Qualifications-Based Selection - Guidelines for Public Agencies, Kansas City 2006, S. 19.

7. Verhandlung mit dem bestplatzierten Anbieter
(Verhandlung auf Basis eines vom Anbieter eingereichten Vergütungs-Vorschlages; im Fall keiner Einigung innert nützlicher Frist, Verhandlung mit dem zweitplatzierten Anbieter usw.);
8. Zuschlag.

Ergänzende Erläuterungen zu den Schritten 4 – 7 sind im Anhang A1 aufgeführt.

3.1.2 Anwendungsbeispiel: Weltbank

Grundlagen

Die Weltbank verfügt über eine eigene qualitätsbasierte Vergabemethode. Die Einzelheiten finden sich im entsprechenden Leitfaden:

THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT/THE WORLD BANK, Guidelines: Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers, Washington 2004/2011.

Methode

Der Ablauf der qualitätsbasierten Vergabemethode der Weltbank ist der in den USA praktizierten QBS-Methode sehr ähnlich, wobei die Weltbank jedoch in erster Linie das Vorgehen für eine «Quality- and Cost-Based Selection», kurz «QCBS», festgelegt hat (diese Methode wird ausführlicher im Kapitel 3.2.1 behandelt).⁵⁾

QBS vs. QCBS

Der Unterschied zwischen den beiden Methoden QBS und QCBS besteht darin, dass bei QBS der Preis nicht als Zuschlagskriterium berücksichtigt wird. Entweder wird alleine ein technisches Angebot gefordert, oder aber das technische und das finanzielle Angebot müssen in separaten Couverts eingereicht werden. In jedem Fall darf aber nur das finanzielle Angebot des bestplatzierten Anbieters im Zuge der Verhandlungen bekannt werden.⁶⁾

Anwendungsbereich

Die Weltbank wendet die QCBS-Methode an bei

- komplexen, im Voraus schwer oder nur mit Hilfe der Anbieter definierbaren und hochgradig spezifischen Aufträgen,
- Aufträgen, deren Erfüllung sich in weitreichender Weise auf das Projekt als Ganzes auswirkt, und
- Aufträgen, die auf grundlegend verschiedene Arten erfüllt werden können, so dass die Angebote nicht vergleichbar sind.⁷⁾

3.1.3 Anwendungsbeispiel: FIDIC

Grundlagen

Auch die Internationale Vereinigung Beratender Ingenieure FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) hat einen Leitfaden für eine QBS-Methode erstellt und diesen erst kürzlich ergänzt. Die Einzelheiten dazu finden sich in folgender Publikation:

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Guidelines for the Selection of Consultants, Genf 2003.

5) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, Guidelines: Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers, Washington 2004/2011, Ziffern 3.4 und 2.1 ff.; dies ist beim Leitfaden der FIDIC gerade umgekehrt, vgl. FIDIC, Guidelines, Ziffer 5.1 (Referenz in Kapitel 3.1.3).

6) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., Ziffern 3.3 und 3.4; Anhang A1.

7) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., Ziffer 3.2; Anhang A1.

Und ergänzend dazu:

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Quality Based Consultant Selection Guide, Genf 2011.

Methode

Die Methode läuft im Wesentlichen gleich ab wie in den USA oder bei der Weltbank:

1. Ausschreibung und Präqualifikation («Long-Listing»)
(Ausschreibung mit Aufforderung zur Anmeldung des Interessens qualifizierter Anbieter («expressions of interest»), welche auf die «Long-List» gesetzt werden);
2. Erstellung einer «Short List» mit drei bis sechs Anbietern
(Vorauswahl aufgrund verschiedener qualitativer Faktoren, wie zum Beispiel Erfahrung des Anbieters, vorhandene Ressourcen, Schlüsselpersonen, frühere Arbeitsleistung etc.);
3. Einladung zum Angebot («Request for Proposals»)
(beinhaltet «Letter of Invitation», «Terms of Reference», «Information to Consultants», und Vertragsentwurf);
4. Ausarbeitung und Eingabe der Angebote;
5. Eingang und Öffnung der Angebote;
6. Beurteilung der Angebote
(Evaluation der technischen Angebote aufgrund der in den «Requests for Proposal» vorgängig definierten Kriterien und Gewichtungen);
7. Verhandlungen mit dem bestplatzierten Anbieter
(Verhandlungen mit dem aus rein technisch-qualitativer Hinsicht bestplatzierten Anbieter; Verhandlung auf Basis eines vom Anbieter eingereichten Vergütungs-Vorschlages; im Fall keiner Einigung, Verhandlung mit dem zweitplatzierten Anbieter usw.);
8. Zuschlag und Vertragsabschluss.

Zu den Schritten 2, 3, 6 und 7 sind im Anhang A1 ergänzende Erläuterungen angebracht.

3.1.4 Anwendungsbeispiel: Kanada

Grundlagen

Das Schlüsseldokument zur Anwendung der QBS-Methode in Kanada ist folgende Publikation:

FEDERATION OF CANADIAN MUNICIPALITIES AND NATIONAL RESEARCH COUNCIL, National Guide to Sustainable Municipal Infrastructure: Decision Making and Investment Planning – Selecting a Professional Consultant, Ottawa, Ontario, 2006.

Verschiedene Fachverbände, unter anderem die Association of Consulting Engineering Companies – Canada, befürworten QBS. Die Provinz Quebec hat QBS zur Beschaffung von Architektur- und Ingenieurleistungen 2008 offiziell übernommen und gesetzlich verankert. Ebenso wenden verschiedene Gemeinden QBS an.⁸⁾

8) www.acec.ca, www.csa.ca, www.dcnonl.com, www.engineerscanada.ca.

Methoden

Der Ablauf kann in folgenden Schritten zusammengefasst werden und entspricht damit im Wesentlichen den bereits vorgestellten QBS-Methoden:

1. Ausschreibung und Präqualifikation («Request for Qualifications») (Ausschreibung mit Aufforderung zur Anmeldung des Interesses qualifizierter Anbieter («Request for Qualifications» bzw. «Expression of Interest»); Erstellung einer «Short List» mit drei Anbietern aufgrund verschiedener qualitativer Faktoren, wie zum Beispiel Erfahrung des Anbieters, vorhandene Ressourcen, Schlüsselpersonen, frühere Arbeitsleistung etc.);
2. Einladung zum Angebot («Request for Proposals») (beinhaltet die «Terms of Reference» mit einer allgemein gehaltenen Beschreibung des Leistungsumfanges; richtet sich an die Anbieter in der «Short List»);
3. Beurteilung der Angebote (Evaluation der technischen Angebote und Erstellung einer Rangliste);
4. Wahl des bestplatzierten Anbieters;
5. Definition des Leistungsumfanges (Beschaffungsstelle und ausgewählter Anbieter entwickeln gemeinsam den definitiven Leistungsumfang);
6. Verhandlungen zum Honorar (basierend auf dem gemeinsam definierten Leistungsumfang);
7. Vergabe des Auftrags.

Ergänzende Erläuterungen zu den Schritten 1, 2, 5 und 6 können dem Anhang A1 entnommen werden.

3.2 Die Zwei-Couvert-Methode

Überblick

Bei der Zwei-Couvert-Methode wird das Angebot in zwei separaten Umschlägen abgegeben. Im einen Couvert ist das technische Angebot enthalten, also alles ausser dem Preis, während im zweiten Couvert nichts anderes als der Preis enthalten ist. Die beiden Couverts werden gestaffelt geöffnet und beurteilt. Damit wird eine klare und belegbare Trennung der Qualitäts- und der Preisbewertung ermöglicht.

Die Zwei-Couvert-Methode wird oft im Zusammenhang mit der «Quality Based Selection» (QBS) oder der «Quality- and Cost-Based Selection» (QCBS) erwähnt und lässt sich nicht eindeutig davon abgrenzen. Im Folgenden wird auf die bei der Weltbank und bei der FIDIC bekannten Methoden eingegangen.

3.2.1 Anwendungsbeispiel: Weltbank

Grundlagen

Im Leitfaden der Weltbank (vgl. Ziff. 3.1.2) wird zur «Quality- and Cost-Based Selection» (basierend auf dem Zwei-Couvert-Prinzip) zusammenfassend festgehalten, dass es sich um einen Prozess handelt, in welchem für die Wahl des Anbieters sowohl die Qualität des Angebotes als auch der zugehörige Preis berücksichtigt werden. Die Gewichtung der beiden Komponenten ist variabel, wobei jedoch explizit auf eine «vernünftige» Verwendung des Preises als Zuschlagskriterium hingewiesen wird.⁹⁾

9) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., Ziffer 2.1; Anhang A1.

Methode

Im Einzelnen sind die folgenden Schritte vorgesehen:

1. Definieren des Auftrages («Terms of Reference») und Vorbereiten von Kostenschätzung, Budget und «Short-Listing»-Kriterien durch die Beschaffungsstelle;
2. Ausschreibung
(mit Aufforderung zur Eingabe von «Expressions of Interest»);
3. Erstellung einer «Short List» mit i.d.R. sechs Anbietern
(Vorauswahl von Anbietern mit den relevanten Qualifikationen);
4. Einladung zum Angebot («Request for Proposals»)
(beinhaltet «Letter of Invitation», «Instructions to Consultants», «Terms of Reference» und Vertragsentwurf);
5. Eingang der Angebote
(Einreichen der technischen und der finanziellen Angebote jeweils in einem separaten Couvert);
6. Öffnung und Beurteilung der technischen Angebote (Qualität)
(Bewertung der Qualität aufgrund verschiedener Faktoren, wie zum Beispiel Erfahrung des Anbieters, vorgeschlagenes Vorgehen, Schlüsselpersonen etc.);
7. Öffnung und Beurteilung der finanziellen Angebote (Kosten)
(Öffnung der Preis-Angebote derjenigen Anbieter, welche die minimalen Qualitätsanforderungen erreicht haben, Bewertung);
8. Kombinierte Beurteilung von Qualität und Kosten
(Gewichtete Bewertungen von Qualität und Kosten auf Grund einer Nutzwertanalyse; Rangliste der besten Anbieter);
9. Verhandlungen mit dem bestplatzierten Anbieter, Vertragsabschluss.

Zum Schritt 8 sind im Anhang A1 Ergänzungen festgehalten.

3.2.2 Anwendungsbeispiel: FIDIC

Grundlagen

Die FIDIC wendet die Zwei-Couvert-Methode in unterschiedlicher Art sowohl im Zusammenhang mit QBS als auch mit QCBS an (vgl. dazu auch Kapitel 3.1.3).

QBS-Methode

Bei der QBS-Methode wird zuerst das erste Couvert der Anbieter geöffnet, die technischen Angebote werden bewertet und es wird eine Rangliste erstellt. Im Rahmen der Verhandlungen mit dem bestplatzierten Anbieter wird dann dessen zweites Couvert geöffnet. Der damit bekannt gewordene Preis dient als Basis für die Vertragsverhandlungen. Wenn eine Einigung zustande kommt, werden die übrigen Preis-Couverts ungeöffnet an die entsprechenden Anbieter retourniert. Kommt keine Einigung zustande, wird das Verfahren mit dem technisch zweitbesten Angebot durchgeführt etc.

QCBS-Methode

Die QCBS-Methode der FIDIC läuft sehr ähnlich ab wie diejenige der Weltbank. Die in zwei Couverts eingereichten technischen und finanziellen Angebote werden separat beurteilt und anschließend gewichtet in der Schlussbewertung zusammengeführt. Die Methode entspricht damit im Wesentlichen einer Nutzwertanalyse.

Im Anhang A1 sind erläuternde Ergänzungen zu den beiden Arten der Zwei-Couvert-Methode aufgeführt.

3.3 Der Dialog

Grundlagen

Der Dialog ist im Bundesbeschaffungsrecht seit dem 1.1.2010 verankert (Art. 26a VöB). Er ist keine eigenständige Verfahrensart¹⁰⁾, sondern ein Verfahrensinstrument, das bei offenen oder selektiven Verfahren angewendet werden kann.¹¹⁾ Dessen Anwendung für Einladungs- oder freihändige Verfahren gestützt auf Art. 13 VöB ist zulässig, aber ohne praktische Bedeutung.

Überblick

Der Dialog basiert auf der bereits bekannten Verhandlung nach Art. 20 BöB und Art. 26 VöB. Die Besonderheit des Dialogs besteht darin, dass die zu beschaffende Leistung erst in einem kooperativen Prozess, «im Dialog» zwischen Beschaffungsstelle und Anbieterin, sukzessive entwickelt wird, mithin der Beschaffungsgegenstand erst während des Dialogs bestimmt wird. Der Beschaffungsgegenstand wird dabei gemeinsam von Beschaffungsstelle und Anbietenden definiert. Im Zentrum steht die Kreativität der Anbieter in Bezug auf Vorgehensweise und Leistungsinhalte. Das Angebot wird damit erst gestützt auf den so gemeinsam erarbeiteten Leistungsumfang abgegeben. Anders als bei den Verhandlungen nach Art. 26 VöB wird über das abgegebene Angebot nach Abschluss des Dialogs in der Regel nicht mehr verhandelt; in den Kantonen darf nach Abschluss des Dialogs nicht mehr verhandelt werden.

3.3.1 Wortlaut gemäss Art. 26a VöB

Der genaue Wortlaut von Art. 26a VöB befindet sich im Anhang A1.

3.3.2 Der Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Dialogs erstreckt sich über «komplexe Beschaffungen» einerseits und Beschaffungen «intellektueller Dienstleistungen» andererseits.¹²⁾ Was diese Begriffe im Einzelnen umfassen, wird nachfolgend erläutert.

Komplexe Beschaffungen

Beim Begriff «komplexe Beschaffungen» handelt es sich um einen gesetzlich nicht definierten Begriff. Die Bedeutung des Begriffs muss daher durch Auslegung nach der Natur und dem Zweck des Art. 26a VöB ermittelt werden: Komplex ist eine Beschaffung, wenn es objektiv unmöglich, unzumutbar oder unzweckmässig wäre, die benötigten Leistungen ohne einen Dialog mit den Bietern zu bestimmen, in welchem die Leistungsumschreibung gemeinsam entwickelt wird.¹³⁾ Die Komplexität der Beschaffung kann einerseits eine rein inhaltliche sein, etwa indem sich die Erarbeitung eines Projektes in bautechnischer Hinsicht als besonders herausfordernd erweist; sie kann sich andererseits auch daraus ergeben, dass die Leistung in der Koordination zahlreicher Dritter besteht, so beispielsweise einer Mehrzahl von Nebenunternehmern, die der Planer als Vertreter und Projektsteuerer des Bauherrn koordinieren soll.¹⁴⁾ Sodann ist Komplexität dann gegeben, wenn vom Anbieter erst eine Vorgehensmethodik entwickelt

10) Anders als der in der EU bekannte wettbewerbliche Dialog nach Art. 29 der Richtlinie 2004/18/EG, welche von den Mitgliedstaaten in ihren eigenen Rechtsordnungen umgesetzt wurde.

11) Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 18. November 2009 (zit. Bericht EFD zur Änderung der VöB), Art. 26a Abs. 1, S. 18 sowie Art. 34 Abs. 2 VöB, wonach der Dialog auch bei übrigen Beschaffungen, die im offenen oder selektiven Verfahren durchgeführt werden, angewandt werden kann.

12) Art. 26a Abs. 1 VöB.

13) Gleicher Meinung: BEYELER MARTIN, Die revidierte VöB – ein Kurzkommentar, in: BR/DC 2/2010, S. 106-113, S. 110, mit weiteren Hinweisen, unter anderem auf RECHSTEINER PETER, Die Beschaffung komplexer Dienstleistungen, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich Basel Genf 2010, S. 203 ff., Rz. 8). Vgl. im Weiteren LEUTHOLD ALEXIS, Verhandlungen und der neue «Dialog», Spielräume bei Bund und Kantonen, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich Basel Genf 2010, S. 277 ff., Rz. 27 ff., der von einer «komplexen Beschaffung» ausgeht bei Fehlen einer technischen Lösung, bei vielen technischen Lösungen, bei fehlender Marktübersicht und bei rechtlicher oder finanzieller Komplexität.

14) Vgl. dazu Art. 34 Abs. 3 SIA-Norm 118.

werden muss. Entscheidend ist auf jeden Fall, dass es erst durch den Austausch mit Anbietern möglich wird, die Leistungen in der für eine sachgerechte Ausarbeitung der Angebote erforderlichen Art zu umschreiben.

Eine Beschaffung ist andererseits dann nicht komplex, wenn die Leistungsbeschreibung nur der zu wenig fachkundigen Beschaffungsstelle Schwierigkeiten bereitet, diese sich aber mit externer fachlicher Unterstützung für die Ausarbeitung der Ausschreibung behelfen könnte und die Fachkenntnisse der externen Unterstützung ausreichen, um den Beschaffungsgegenstand zu definieren.

Mögliche Beispiele für komplexe Beschaffungen im Zusammenhang mit Planerleistungen

Im Zusammenhang mit Planerleistungen ist in erster Linie an Aufgaben der Beratung, Planung, Projektierung, Bewirtschaftung, Gesamtleitung und/oder der Koordination zu denken.

Intellektuelle Dienstleistungen

Auch der Begriff der «intellektuellen Dienstleistungen» ist gesetzlich nicht definiert. Intellektuelle Dienstleistungen sind Aufträge, bei denen die geistigen Leistungen wichtiger sind als das physische Ergebnis¹⁵⁾ oder wenn die Auftraggeberin neue, innovative Lösungsansätze für nicht alltägliche Beschaffungen benötigt.¹⁶⁾

Mögliche Beispiele für intellektuelle Dienstleistungen im Zusammenhang mit Planerleistungen

Für Architektur- und Ingenieurleistungen dürfte massgebend sein, ob für die betreffende Leistung ein hohes Mass an Kreativität oder lediglich Routinetätigkeiten erforderlich sind. Die allein im Erstellen von Ausführungsplänen nach Vorgaben bestehende Leistung dürfte eher nicht als intellektuelle Dienstleistung verstanden werden, die Erbringung von Planungen in den frühen Phasen (strategische Planung, Vorstudie, Vorprojekt, Bauprojekt) wohl hingegen schon. Handelt es sich um ein sich über sämtliche SIA-Phasen erstreckendes Leistungspaket,¹⁷⁾ dürfte ebenfalls eine intellektuelle Dienstleistung anzunehmen sein. Nicht relevant ist die Qualifikation als Auftrags- oder Werkvertragsverhältnis. Ebenfalls nicht relevant ist die Tatsache, dass jede intellektuelle Dienstleistung neben den kreativen auch routinemässige Tätigkeiten, wie Zeichner- und Sekretariatsarbeiten enthält.

Alternative Voraussetzungen

Nach dem Wortlaut von Art. 26a Abs. 1 VöB muss entweder das eine oder das andere Tatbestandsmerkmal (komplexe Beschaffung oder intellektuelle Dienstleistung) erfüllt sein, damit ein Dialog zulässig ist.

Beispiel für Umsetzung des Dialogs

Unseres Wissens hat bisher von den öffentlichen Beschaffungsstellen erst das Bundesamt für Strassen (ASTRA) den Dialog in seine internen Richtlinien aufgenommen. So ist gemäss dem Handbuch Beschaffungswesen ASTRA der Dialog «nur in enger Zusammenarbeit mit dem Rechtsdienst und innerhalb der Abteilung Infrastruktur zusätzlich mit dem Bereich ‚Entwicklung/Stab‘ gestattet».¹⁸⁾

3.3.3 Der Hinweis auf den Dialog in der Ausschreibung

In formeller Hinsicht ist vorausgesetzt, dass die Beschaffungsstelle in der Ausschreibung (Bekanntmachung, Publikation, und nicht erst in den Ausschreibungsunterlagen) auf den Dialog hingewiesen hat.¹⁹⁾

Aus praktischer Sicht ist ein blosser Vorbehalt des Dialogs nicht begrüssenswert, sondern der Dialog sollte bewusst gewählt und es sollte verbindlich kommuniziert werden, dass ein Dialog durchgeführt wird.

15) Gleicher Meinung: BEYELER, op. cit., S. 110.

16) Bericht EFD zur Änderung der VöB, S. 19.

17) Vgl. Art. 3.2 und Art. 4 SIA-Ordnung 103, 102 und 108.

18) ASTRA, Handbuch Beschaffungswesen Nationalstrassen, 5. Aufl., Bern 2011, S. 72, 84.

19) Art. 26a Abs. 1 letzter Teilsatz VöB.

3.3.4 Art. 26a VöB ist eine «Kann-Vorschrift»

Die Beschaffungsstelle «darf» unter den hiervor genannten Voraussetzungen einen Dialog durchführen.²⁰⁾ Das bedeutet, dass selbst dann, wenn die Voraussetzungen an sich erfüllt sind, auf die Durchführung eines Dialoges verzichtet werden darf.

3.3.5 Information zur Vergütung und Nutzung der Anbieterleistungen

Die Beschaffungsstelle hat in den Ausschreibungsunterlagen die Vergütung für die Teilnahme am Dialog sowie für die Nutzung der Leistungen der Anbieter festzulegen.²¹⁾ Diese Bestimmung ist für den Entscheid der Anbieter, ob sie am Dialog überhaupt teilnehmen wollen oder nicht, von Bedeutung. Die Frage, wie eine solche Information über die Vergütung von Teilnahme und Nutzung der Leistungen auszugestalten und wie die Vergütung zu bemessen ist, kann nur vor dem Hintergrund des Einzelfalls beantwortet werden. Hier können sich Fragen im Zusammenhang mit der Abgeltung für Urheberrechte ergeben bzw. mit der missbräuchlichen Verwertung von Know-how der Anbieter.²²⁾

3.3.6 Auswahl und Orientierung der am Dialog beteiligten Anbieterinnen

Die Beschaffungsstelle wählt diejenigen Anbieter aus, mit denen sie einen Dialog führen will. Die Dialoge mit den einzelnen Anbietern können dabei entweder auf Basis ihrer jeweiligen eigenen Lösungswege und Vorgehensweisen geführt werden, oder aber es wird ein ausgewählter Lösungsweg (allenfalls auch mehrere) den verschiedenen Dialogen zugrunde gelegt.²³⁾

Dabei stellen sich wiederum Fragen im Zusammenhang mit den Urheberrechten an den entwickelten Lösungswegen.²⁴⁾

3.3.7 Protokollierung und Dokumentation des Dialogs

Ablauf und Inhalt des Dialogs sowie der zeitliche Aufwand für die Anbieter müssen von der Beschaffungsstelle und vom Anbieter nachvollziehbar dokumentiert werden.²⁵⁾

3.3.8 Zulässigkeit des Dialogs auf kantonaler Ebene

Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, welche in allen²⁶⁾ Kantonen mittels «Beitrittsgesetzen» Geltung erlangt hat, sieht in ihrem Artikel 11 lit. c vor, dass die Kantone bei der Vergabe von Aufträgen «auf Abgebotsrunden verzichten».

Fraglich ist daher, ob es den Kantonen auch erlaubt wäre, ein ähnliches Instrument wie den Dialog in ihren kantonalen Rechtsordnungen bzw. in der IVöB zu integrieren.

Zur Beantwortung dieser Frage ist wichtig darauf hinzuweisen, dass es sich beim Dialog nicht um eine Verhandlung NACH der Offertabgabe handelt, sondern dass der Beschaffungsgegenstand gemeinsam definiert werden soll und erst wenn der Beschaffungsgegenstand feststeht, ein konkretes Angebot eingereicht wird. Über dieses nach Abschluss des Dialogs eingereichte Angebot führen die Parteien keine Verhandlungen mehr und dieses Angebot wird auch nicht mehr verändert (vgl. § 23 Abs. 4 VRöB, von den meisten Kantonen übernommen).

20) Art. 26a Abs. 1 Satz 1 VöB.

21) Art. 26a Abs. 2 VöB.

22) Vgl. den Vertraulichkeitsgrundatz in Art. 8 Abs. 1 lit. d BöB sowie LEUTHOLD, op. cit., Rz. 50 mit weiterem Hinweis.

23) Art. 26a Abs. 3 VöB.

24) Vgl. den Vertraulichkeitsgrundatz in Art. 8 Abs. 1 lit. d BöB sowie LEUTHOLD, op. cit., Rz. 50 mit weiterem Hinweis.

25) Art. 26a Abs. 4 VöB.

26) Der Kanton Glarus ist als letzter Kanton, welcher der revidierten IVöB lange nicht beigetreten war, der IVöB per 1. Juni 2009 beigetreten (vgl. GS II G/1/1).

Der Grundsatz von Art. 11 lit. c IVöB, konkretisiert durch § 30 der nicht rechtsverbindlichen VRöB, wurde von den Kantonen in ihren kantonalen Submissionserlassen unterschiedlich umgesetzt.²⁷⁾

Die Beschaffungsstelle und die (potentiellen) Anbieter sprechen im Dialog VOR dem Einreichen des definitiven Angebotes miteinander und definieren den Leistungsinhalt gemeinsam. Diese Gespräche thematisieren den Preis für den Leistungsgegenstand nicht; vielmehr stellen die im vorläufigen Angebot abzugebenden Preisberechnungsgrundlagen für die Beschaffungsstelle bereits wichtige Auswahlkriterien dar und Anbietende, deren Preisberechnungsvorschläge nicht mit den Vorstellungen der Beschaffungsstelle übereinstimmen, werden eher nicht für die Teilnahme am Dialog ausgewählt werden. Entsprechend handelt es sich beim Dialog nicht um eine «Abgebotsrunde» oder um eine «Preisverhandlung», weshalb der Dialog nach Ansicht der Projektgruppe auch auf kantonaler Ebene zulässig sein muss.

Durch die Auswahl der Anbieter aufgrund der von ihnen eingereichten Preisberechnungsregeln, wird auch die Wirtschaftlichkeit der Angebote sichergestellt.

Eine separate Rechtsgrundlage für den Dialog ist u.E. nicht zwingend notwendig, da es sich beim Dialog nicht um eine eigene bzw. neue Verfahrensart, sondern um ein neues Instrument handelt, welches in ein offenes oder selektives Verfahren eingebettet wird. Die Definition des zu beschaffenden Leistungsgegenstandes fällt in den Ermessensspielraum der Vergabebehörde. Solange die in den kantonalen Submissionserlassen vorgesehenen Rahmenbedingungen eingehalten werden, ist der Dialog zur gemeinsamen Definition des Leistungsgegenstandes ins freie Ermessen der Vergabebehörde gestellt.

Aus Sicht der Projektgruppe ist jedoch zu empfehlen, bei der nächsten Revision der IVöB eine Angleichung an die VöB anzustreben, um den rechtlichen Unsicherheiten zu begegnen.

3.3.9 Der Dialog in der EU

Die EU kennt ein dem schweizerischen Dialog ähnliches Vergabeverfahren, welches bei «besonders komplexen Aufträgen» zur Anwendung gelangt.

Der «Wettbewerbliche Dialog» der EU findet seine Rechtsgrundlage in Art. 29 der Richtlinie 2004/18/EG. Die Mitgliedstaaten haben die Bestimmungen der Richtlinie in ihren eigenen Rechtsordnungen umgesetzt.

Im Unterschied zur Schweiz ist der wettbewerbliche Dialog in der EU ein eigenes Verfahren, welches dann angewandt wird, wenn «die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Wege eines offenen oder nicht-offenen Verfahrens nicht möglich ist».²⁸⁾

Die Auswahl der Dialogpartner geschieht sodann aufgrund der Eignungskriterien.²⁹⁾

Ansonsten weist der wettbewerbliche Dialog sehr starke Ähnlichkeiten zum Schweizer Dialog nach Art. 26a VöB auf.

27) Vgl. als Beispiel: § 31 Abs. 1 SubV ZH (LS 720.11): «Verhandlungen zwischen der Vergabestelle und den Anbietenden über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts in diesem Zusammenhang sind unzulässig», wobei die Submissionsverordnung des Kantons Zürich aber noch darauf hinweist, dass nur Änderungen des Leistungsinhalts im Zusammenhang mit Preisverhandlungen unzulässig seien. Im Kanton St. Gallen wurde demgegenüber explizit festgehalten, dass Verhandlungen geführt werden können, «soweit in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde und sie nicht durch internationale oder interkantonale Vereinbarungen ausgeschlossen sind» sowie wenn sie «unter Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nach klaren Regeln geführt werden» (...). Abgebote werden ausdrücklich als nicht zulässig bezeichnet, «ausser im freihändigen Verfahren» (vgl. Art. 33 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons St. Gallen, sGS 841.11).

28) Art. 29 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG.

29) Art. 29 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG, welcher auf die Artikel 44 – 52 der Richtlinie verweist.

4. Mögliche Ausgestaltung der Methoden, Beurteilung aus Sicht der Schweizer Randbedingungen und Empfehlungen der Projektgruppe

4.1 Quality Based Selection

Überblick

Bei der QBS-Methode geht es im Kern darum, dass einzig aufgrund der Eignung und Qualität der Zuschlagsempfänger ausgewählt wird. Vorhandene Referenzen, aber auch frühere Erfahrungen der Beschaffungsstelle mit dem Anbieter werden zur Prüfung der Angebote herangezogen. Der Qualitätsnachweis steht im Zentrum, der Preis spielt bei der Rangierung der Angebote noch keine Rolle.

Vor- und Nachteile

Der Vorteil eines solchen Vorgehens besteht darin, dass die Qualität im Vordergrund steht und der Preis – falls überhaupt – erst am Schluss des Verfahrens Einfluss auf die Vergabe hat. Ausserdem können die Zuschlagskriterien auch eines einzelnen Planerauftrags derart festgelegt werden, dass nicht die Kosten des Planermandats, sondern jene des Gesamtprojektes massgebend werden. Damit kann vermieden werden, dass dem Kostenaspekt der Planerleistung allein ungerechtfertigt hohes Gewicht zukommt.

Als Hauptproblem der QBS-Methode in der Schweiz erweist sich die rechtliche Unsicherheit bei einer Erteilung des Zuschlages an einen gewissen Anbieter ohne Berücksichtigung des zum Angebot gehörenden Preises. Dies steht gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Widerspruch zu den Grundsätzen des BöB, laut welchem das «wirtschaftlich günstigste Angebot» den Zuschlag erhält.³⁰⁾ Gemäss Bundesgericht muss der Preis zur Erfüllung dieses Kriteriums mindestens mit einem Gewicht von 20 % berücksichtigt werden.³¹⁾

Hierzu ist jedoch anzufügen, dass im zitierten Bundesgerichtsentscheid 129 I 313 vor allem das Verhältnis des Preiskriteriums zu einem leistungsunabhängigen Kriterium (Anzahl Lehrlinge) beanstandet wurde. In diesem Sinne kann statuiert werden, dass Lehrlinge auf die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes keinen Einfluss haben, Effizienz und Qualität der Leistung hingegen sehr. Entsprechend wäre es unseres Erachtens durchaus denkbar, dass dem Preiskriterium noch weniger Gewicht zufallen könnte, wenn die Wirtschaftlichkeit des Gesamtprojektes durch eine erhöhte Qualität und Effizienz des Unterauftrages (meistens Planerleistungen) gesteigert werden könnte. Für dieses Szenario müssen aber unter der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Projektierung und die Realisierung in der Ausschreibung zusammengefasst werden (Totalunternehmer), damit die Wirtschaftlichkeit des Gesamtprojektes betrachtet werden kann.

Beurteilung aus CH-Sicht

Ein den bestehenden QBS-Methoden ähnliches Konzept lässt sich mit den Ausprägungen des Schweizer Beschaffungsrechts und insbesondere der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an sich nicht in Einklang bringen. Allerdings ist an dieser Stelle auch zu erwähnen, dass QBS international möglich ist. Insbesondere die USA, welche – wie die Schweiz – ebenfalls dem GATT/WTO-Abkommen (GPA)³²⁾ unterstehen, wenden QBS bereits seit Jahren erfolgreich an.

Weiter ist festzuhalten, dass die Idee einer qualitätsbasierten Vergabemethode aus der Perspektive der usic durchaus richtig ist. Allerdings sollte die stärkere Gewichtung qualitativer Aspekte erst im Rahmen der Angebotsbewertung und damit in Hinblick auf den Zuschlag erfolgen. Eine vollständige Ausklammerung des Preises als Zuschlagskriterium kann nur in Sonderfällen ein gerechtfertigter Ansatz sein, insbesondere wenn der Preis eine Vorgabe ist und im Beschaffungsverfahren die bestmögliche dafür erhältliche Leistung ermittelt werden soll.³³⁾

30) Vgl. dazu Art. 21 Abs. 1 BöB.

31) BGE 129 I 313, E. 9.2; zitiert in BGE 130 I 241, E. 6.3.

32) Government Procurement Agreement, Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632.231.422

33) usic, Bewertung von Angeboten für Planerleistungen, und KBOB, Leitfaden zur Beschaffung von Leistungen im Planerbereich.

QBS unter US-Recht

In den USA wird im «Brooks Act» für das QBS gefordert, dass die Vergabe entweder an das billigste oder an das im Lichte der ausgeschriebenen Kriterien «most advantageous» Angebot gehen soll. Für die Auslegung des Begriffs «most advantageous» gibt es keine konkreten Regeln. So ist es zum Beispiel durchaus möglich, den Einfluss einer Planerarbeit auf Qualität und Kosten eines Gesamtbauwerks zu berücksichtigen und damit die Wirtschaftlichkeit des Gesamtprojektes zu werten; die preisliche Bewertung der Planerleistung wird damit weniger zentral.

Der Preis ist im US-QBS nicht einfach bedeutungslos, er kommt jedoch erst in einer zweiten Phase ins Spiel, wenn mit dem qualitativ bestbewerteten Anbieter über den Preis verhandelt wird. Der Preis muss dabei nach Ansicht der Beschaffungsstelle fair und vernünftig sein und die Beschaffungsstelle hat das Recht, die Verhandlungen bei unbefriedigendem Ergebnis abzubrechen und mit dem qualitativ nächstplatzierten Anbieter zu verhandeln. Damit entsteht durchaus ein Konkurrenzdruck und nach Ansicht der USA ein voller und offener Wettbewerb.

Die USA haben im Ratifizierungsprozess ausdrücklich und unwidersprochen erklärt, dass ihre Regeln mit dem GATT/WTO-Abkommen konform seien.

Empfehlung Projektgruppe

Unter der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Schweizer Beschaffungsrecht ist die Einführung einer reinen QBS-Methode nicht möglich, da das Bundesgericht in Auslegung des Begriffs «wirtschaftlich günstigstes Angebot» (Art. 21 BöB) eine starre Minimalgewichtung des Preiskriteriums für den jeweils ausgeschriebenen Einzelauftrag vorgegeben hat.

Einzig im Rahmen von Totalunternehmerausschreibungen können die Kosten der Planerleistungen einbezogen auf die Wirtschaftlichkeit des Gesamtprojekts – angemessen geringes Gewicht erhalten. Entsprechend müsste der im GATT/WTO-Abkommen vorhandene Spielraum in Bezug auf die Auslegung des Begriffs «most advantageous» genutzt und auf eine Änderung der Rechtsprechung hingewirkt werden, im Sinne dass auch bei einzeln zu vergebenden Aufträgen die Wirtschaftlichkeit des Gesamtprojektes betrachtet werden kann.

Ohne Umsetzung auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe ist es jedoch schwierig, eine Änderung der Rechtsprechung herbeizuführen, weshalb gemäss Meinung der Projektgruppe Handlungsbedarf auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe besteht, um QBS wie in den USA zu ermöglichen. Die konkrete Umsetzung des Anliegens durch eine Anpassung des BöB und der VöB ist daher Aufgabe der Politik.

4.2 Die Zwei-Couvert-Methode

Überblick

Die Zwei-Couvert-Methode ist ein Mittel zur sauberen, dokumentierten Trennung der Qualitäts- und Preisbewertung. Das technische Angebot und das Preisangebot werden in separaten Couverts eingereicht und gestaffelt geöffnet. Für das genaue Vorgehen und die Berücksichtigung des Preisangebotes können drei verschiedene Fälle unterschieden werden.

Vorgehensvarianten

In einem ersten Schritt werden die technischen Angebote geöffnet und beurteilt. Anschliessend kann wie folgt verfahren werden:

- (A) Nur ein Preisouvert öffnen (des qualitativ Bestplatzierten); der Preis spielt für die Bewertung damit keine Rolle mehr.
- (B) 30 % der Preisouverts (oder absolut drei) der qualitativ besten Anbieter öffnen; unter diesen wird zusätzlich eine kombinierte Bewertung von Qualität und Preis durchgeführt, z.B. eine Nutzwertanalyse.
- (C) Alle Couverts öffnen; es folgt eine kombinierte Bewertung von Qualität und Preis (entspricht einer reinen Nutzwertanalyse).

Vor- und Nachteile

Der Vorteil der Zwei-Couvert-Methode liegt darin, dass das technische Angebot in Unkenntnis des zugehörigen Preises wahrgenommen und beurteilt wird. Davon verspricht man sich nach verbreiteter Meinung eine objektivere Beurteilung der Qualität.

Allerdings stellt sich für die Fälle A und B das bereits im Kapitel 4.1 erwähnte Problem der momentanen Unzulässigkeit einer Erteilung des Zuschlages an einen Anbieter ohne Berücksichtigung des zum Angebot gehörenden Preises. Sie stehen im Widerspruch zu den Grundsätzen des BöB³⁴⁾, wonach gemäss Bundesgericht der Preis mindestens mit einem Gewicht von 20 % berücksichtigt werden muss.³⁵⁾ Auch ist es Anbietern, die in der Qualitätsbeurteilung wenig Punkte machten, nicht mehr möglich, diesen Rückstand dank einem sehr guten Preis wieder aufzuholen.

Beurteilung aus CH-Sicht

Die Zwei-Couvert-Methode ist geeignet, um in der Angebotsbewertung den Fokus auf die Qualität zu lenken. Die Fälle A und B sind jedoch unter der aktuellen Bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Mindestgewichtung des Preises nicht zulässig. Es gibt zu den Fällen A und B, mithin der Nicht-Beachtung des Preises, zwar keinen einschlägigen Entscheid des Bundesgerichts. Die BRK hält allerdings im Vorentscheid zum Fall AlpTransit/Marti³⁶⁾ die Rüge gegen das, wie sie es nennt, Guillotinen-Prinzip³⁷⁾ nicht zum vornherein für offensichtlich unbegründet; d.h. sie ist der Meinung, dass das Guillotinen-Prinzip eher nicht zulässig ist. Im Entscheid über die Hauptsache³⁸⁾ tritt sie jedoch wegen verspäteter Rüge darauf nicht mehr ein. Fall C entspricht grundsätzlich bereits heute gängiger Praxis, mit dem geringen Unterschied, dass der Preis erst in einem zweiten Schritt sichtbar wird. Konkret wird Fall C bereits heute in zwei Ausprägungen angewendet, einerseits indem Mindestanforderungen an die Qualität gelten (ein Nichteinhalten führt zum Ausscheiden) und andererseits indem eine vollständige Nutzwertanalyse durchgeführt und das Preisgewicht mit 20 % relativ tief gehalten wird.

Empfehlung Projektgruppe

Eine separate und gestaffelte Bewertung von Qualität und Preis sämtlicher Angebote (Fall C) ist in der Schweiz zulässig und bewirkt nach verbreiteter Meinung eine unvoreingenommene, vom Preis unbeeinflusste Qualitätsbeurteilung. Um die erwünschte unabhängige Bewertung sicherstellen zu können, ist auf die Belegbarkeit der sauberen Trennung beider Stufen zu achten. Die vorläufig abgeschlossene Bewertung der Qualität ist vor Öffnung der Preiscouverts festzuhalten; alternativ kann eine Aufteilung von Qualitäts- und Preisbewertung auf verschiedene Stellen in Erwägung gezogen werden.

Die Öffnung und Bewertung nur einzelner Preiscouverts (Fälle A und B – nur die besten Angebote) ist unter der aktuellen Rechtsprechung zum Schweizer Beschaffungsrecht kaum zulässig.

4.3 Der Dialog*Überblick*

Beim Dialog geht es darum, ein anfänglich eingereichtes, vorläufiges Angebot im Rahmen eines Dialogs zwischen Beschaffungsstelle und Anbieter weiterzuentwickeln. Im Zentrum stehen die Kreativität, weniger die Referenzen aus der Vergangenheit. Für das genaue Vorgehen sind verschiedene Fälle denkbar.

34) Vgl. dazu Art. 21 Abs. 1 BöB.

35) BGE 129 I 313.

36) BRK 2005-016, 21.11.2005.

37) Das Guillotinen-Prinzip besagt, dass die Angebote, die in der Qualitätsbeurteilung eine bestimmte Mindestpunktzahl nicht erreichen, nicht mehr weiterverfolgt werden sollen, unabhängig vom angebotenen Preis.

38) BRK 2005-016, 13.02.2006.

Fallunterscheidung

In einem ersten Schritt nach der Einforderung der vorläufigen Angebote und Lösungswege mit einer Preisberechnungsregel findet eine Auswahl derjenigen Anbieter statt, mit welchen ein Dialog geführt werden soll. Diese Auswahl basiert auf der Bewertung der vorläufigen Angebote anhand der Zuschlagskriterien. Dialog geführt wird mit den bestklassierten Anbietenden.

Als Zuschlagskriterien, welche auch für die Auswahl herangezogen werden, können beispielsweise folgende Kriterien dienen:

- Attraktivität des Lösungswegs im Sinne von zu erwartenden Arbeitsergebnissen (Zwischen- und Endergebnisse, Einflussmöglichkeiten des Auftraggebers);
- Voraussichtliche Effizienz in der Erreichung der Projektziele (Zeit- und Kostenaufwand).

Für den Inhalt des Dialogs sind zwei Fälle möglich:

- (A) Dialog über einen Lösungsweg
(mit allen ausgewählten Anbietern über einen ausgewählten Lösungsweg);
- (B) Dialog über verschiedene Lösungswege
(mit allen ausgewählten Anbietern über ihren jeweiligen vorgeschlagenen Lösungsweg).

Dabei bleibt anzumerken, dass sowohl die Lösungsidee an sich, als auch deren Umsetzung Gegenstand des Dialogs sein können.

Nach Beendigung der Dialoge sind wiederum zwei Varianten für das Einholen des definitiven Angebotes möglich:

- (1) Ein endgültiges Angebot von einem ausgewählten Anbieter;
- (2) Mehrere endgültige Angebote.

Variante 1 ist vergleichbar mit Aufträgen nach Architektur- und Ingenieurwettbewerben (SIA 142). Die Fälle A und B lassen sich beliebig mit den Varianten 1 und 2 kombinieren.

Vor- und Nachteile

Bisherige Erfahrungen mit verschiedenen Vergabeverfahren für Planerleistungen haben gezeigt, dass bei Ausschreibungen in der Praxis unter anderem folgende zwei Probleme immer wieder auftreten: Einerseits haben unzweckmässige, allzu pauschale oder auch zu detaillierte Leistungsbeschreibungen oft grosse Differenzen zwischen den eingereichten Angeboten zur Folge, die dadurch schwer vergleichbar sind; andererseits erweist sich der zeitliche und finanzielle Aufwand für die Beteiligten oft als zu gross, insbesondere wenn bereits im Rahmen dieser Verfahren umfangreiche Planervorleistungen von den Anbietern verlangt, aber nicht vergütet werden.³⁹⁾

Vor dem Hintergrund dieser Betrachtungen zeigt sich ein grosser Vorteil des Dialoges in der Möglichkeit, die Leistungsbeschreibung zu Beginn weniger detailliert und präskriptiv ausgestalten zu müssen. Nach der anfänglichen Formulierung einer Zielrichtung kann in einem gemeinsamen Prozess die zu erbringende Leistung konkretisiert werden, so dass am Schluss eher beurteilbare Angebote ähnlichen Umfangs vorliegen.

Weiter schreibt Art. 26a Abs. 2 VöB vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben ist, wie die Erarbeitung und Nutzung der vorgeschlagenen und weiterentwickelten Lösungswege und Vorgehensweisen sowie die Teilnahme am Dialog vergütet werden.

39) usic, Die Vergabe von Planerleistungen im öffentlichen Beschaffungswesen, publication No. 2, 5. Auflage, Bern 2004.

Die Weiterentwicklung und die genauere Ausformulierung des anfänglichen Angebotes werden entschädigt. Zusammen mit dem für den Anbieter kleineren Risiko eines unverhältnismässig hohen Aufwandes ohne Nutzen ergibt sich für die Beschaffungsstelle andererseits die Chance auf ein qualitativ besseres Angebot, da dieses unter kleinerem finanziellem Druck erarbeitet wurde.

Hauptvorteil ist jedoch die gemeinsame Definition des zu beschaffenden Gegenstandes, womit die Beschaffungsstelle genau die Leistung erhält, welche sie benötigt.

Schwierigkeiten können sich hingegen bei der Wahl der im Dialog weiterzuentwickelnden Lösungswege ergeben. Ein Dialog mit sämtlichen Anbietern auf Grundlage der ausgewählten Lösung eines einzigen Anbieters würde den Verzicht der Anbieter auf die Wahrung der Vertraulichkeit und des Urheberrechts und ein Zustimmung zur Weiterverwertung ihrer Angebote bedingen. Es ist zumindest fraglich, ob von Seiten der Anbieter die Bereitschaft dafür vorhanden wäre.

Beurteilung aus CH-Sicht

Der Dialog eignet sich gut für die Beschaffung von im Voraus schwer zu definierenden Leistungen und bildet daher aus Sicht der usic ein wichtiges ergänzendes Instrument für die Vergabe von Planerleistungen.

Positive Anwendungsbeispiele für den Dialog

Im Speziellen dürfte der Dialog bei Dienstleistungen folgender Phasen zur Anwendung kommen:

- Strategische Planung: Bedürfnisformulierung, Lösungsstrategien. Aufgaben der strategischen Planung zeichnen sich durch einen breiten Fächer an Varianten und möglichen Lösungsansätzen aus; die genaue Zielsetzung ist oftmals unklar, die angestrebte Lösung unbekannt. Insbesondere handelt es sich dabei um strategische Fragen im Bereich Bahn und Strasse, um Aufgaben in der Verkehrsplanung.
- Vorstudien: Projektdefinition, Machbarkeitsstudie
Auch im Rahmen von Vorstudien geht es um ein breitgefächertes Abklären von technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten sowie um verschiedene Lösungsansätze und Projektideen.
- Gesamtleistungen über alle Phasen.

Negative Anwendungsbeispiele

In den Realisierungsphasen sollte der Beschaffungsgegenstand jeweils klar umschrieben werden können, da gewählte Ideen und Lösungen nur noch konkretisiert und umgesetzt werden. Ein Dialog erscheint damit in diesen Phasen nicht mehr sinnvoll. Ebenso ist der Dialog für Aufgaben im Bereich von Bauherrenunterstützungen, Bauherrenvertretungen und Bauleitungen in Ermangelung verhandelbarer Inhalte eher ungeeignet.

Empfehlung Projektgruppe

Der Dialog ist eine sinnvolle Ergänzung für das Schweizer Vergabewesen. Allerdings handelt es sich um ein aufwändiges Vorgehen. Es gewährleistet jedoch eine grosse Flexibilität in Bezug auf die Ausgestaltung des Beschaffungsgegenstandes. Das Instrument des Dialogs ist nur für einen kleinen Teil der Beschaffungsverfahren denkbar und sinnvoll.

In der Ausschreibung ist festzulegen, dass ein Dialog durchgeführt wird; ein vager Hinweis auf eine allfällige Dialogmöglichkeit (Vorbehalt) ist nicht zu empfehlen.

Die Frage ob und wie entschädigt wird, ist in der Ausschreibung (spätestens in den Ausschreibungsunterlagen) klar zu regeln. Dabei ist zu beachten, dass sowohl die Erarbeitung des Lösungsweges mit dem vorläufigen Angebot als auch die Teilnahme am Dialog zu entschädigen sind. Es empfehlen sich eine Stundenvorgabe und die Festlegung von Stundenansätzen für die Teilnahme am Dialog und eine Pauschale für die Vergütung der Lösungswegearbeitung.

Mit jedem Anbieter sollte dann basierend auf seinem eigenen Lösungsweg ein Dialog geführt werden. Dialoge mit einem Anbieter über Lösungswege anderer Anbieter provozieren schwierige urheberrechtliche Fragen und können ausserdem zum Desinteresse an der Teilnahme am Verfahren führen. Die Abgeltung von allfälligen Urheberrechten ist jedenfalls in der Ausschreibung zu regeln.

Der jeweils gewählte Lösungsweg kann sich im Verlauf des Dialogs stark entwickeln und verändern. Einer allenfalls befürchteten preislichen Willkür des abschliessend ausgewählten Anbieters kann mit einem der folgenden Mittel begegnet werden:

- Vorgabe eines Kostenrahmens durch die Beschaffungsstelle
- Verhandlung der Kosten
- Einfordern einer Kostenberechnung, basierend auf KBOB-Ansätzen und einem zu plausibilisierenden Stundenaufwand

Da die verschiedenen Anbieter verschiedene Lösungswege anbieten, können die verschiedenen Angebote nicht direkt miteinander verglichen werden, weshalb ein eigentlicher Preiswettbewerb nicht möglich ist. Im Rahmen einer Nutzwertanalyse können die Angebote mit den verschiedenen Lösungswegen gleichwohl miteinander verglichen werden. Dem Wirtschaftlichkeitsgebot wird zudem durch die Effizienzbeurteilung im Rahmen der Auswahl der Dialogpartner Rechnung getragen.

Um den Dialog auch in den Kantonen zu ermöglichen, ist dafür zu sorgen, dass es sich beim vorläufig einzureichenden Angebot noch nicht um ein konkretes Angebot handelt, sondern dass dort nur eine Preisberechnungsregel zusammen mit dem Lösungsvorschlag eingereicht wird. Falls mit dem Erstplatzierten keine Einigung über die Auftragssumme gefunden werden kann, kann und soll auf den Zweit- bzw. Drittplatzierten Rückgriff genommen werden.

5. Fazit und Vorschläge zur Umsetzung

Dieses Papier ist eine Empfehlung an die Beschaffungsstellen. Sie sollen ermuntert werden, die Anwendung besonders des Dialogs zu fördern und damit Erfahrungen zu sammeln. Bei alledem soll das Vergabewesen in der Schweiz einfach und übersichtlich bleiben.

5.1 Fazit

Gestützt auf das internationale Abkommen (GATT/WTO-Abkommen - GPA) muss der Preis – insbesondere bei der Vergabe von Planerleistungen – nicht das Gewicht haben, das ihm zurzeit von der Schweizerischen Gerichtspraxis zugemessen wird.

Bei der Quality Based Selection QBS werden die Anbieter auf Grund einer reinen Qualitätsbewertung rangiert. Der Preis wird aber nicht bedeutungslos, sondern kommt in einem zweiten Schritt des Verfahrens ins Spiel. Es kann damit insbesondere berücksichtigt werden, dass der Preis von Planerleistungen wenig bis nichts mit der Wirtschaftlichkeit eines Gesamtwerks zu tun hat. Eine Gesamtoptimierung kann an die Stelle der heutigen sektoriellen Optimierung treten. Die QBS wird u.a. in den USA erfolgreich und unwidersprochen angewendet und sollte auch in der Schweiz ermöglicht werden, indem sie im Beschaffungsrecht verankert wird.

Damit könnte die heute starre Vorgabe der Minimalgewichtung des Preiskriteriums überwunden werden und ein reiner Qualitätswettbewerb würde zulässig.

5.2 Vorschläge zur Umsetzung

5.2.1 Quality Based Selection

Die Quality Based Selection (QBS) ist unter der aktuellen Rechtsprechung zum Schweizer Beschaffungsrecht kaum möglich. QBS ist aber ein zentrales Anliegen der usic. Um die rechtlichen Unsicherheiten in Bezug auf QBS zu eliminieren, ist eine Anpassung des Beschaffungsrechts auf Verordnungs- oder Gesetzesstufe wünschenswert, damit die Gerichte eine möglichst klare Vorgabe erhalten. Eine solche Anpassung des BöB und/oder der VöB ist Aufgabe der Politik.

5.2.2 Die Zwei-Couvert-Methode

Ob sich die Verwendung von getrennten Preis-Couverts stark von der gängigen Nutzwertmethode unterscheidet ist fraglich. Mithin ist unklar, ob die getrennte Öffnung aller Preis-Couverts tatsächlich zu einer objektiveren Beurteilung führt, da davon auszugehen ist, dass die Beschaffungsstellen die Beurteilung der Qualität der Angebote bereits heute objektiv vornehmen. Da dem Preis unter der aktuellen Rechtsprechung aber noch immer ein sehr grosses Gewicht zukommt, spielt die (getrennte) Qualitätsbeurteilung im Resultat eine untergeordnete Rolle.

Wenn hingegen nur die Preis-Couverts der aufgrund der Qualitätsbeurteilung bestplatzierten Angebote geöffnet würden, käme dem Preis nur noch eine untergeordnete Rolle zu, womit die gleichen Effekte wie bei der QBS-Methode erreicht werden könnten. Dies ist jedoch gemäss der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Minimalgewichtung des Preises kaum zulässig.

5.2.3 Der Dialog

Mit dem Instrument des Dialogs, das seit 1. Januar 2010 zur Verfügung steht, ist es möglich, den Beschaffungsgegenstand in einem gemeinsamen Prozess zwischen Beschaffungsstelle und Anbietern zu entwickeln. Das Instrument gibt grosse Flexibilität und führt dazu, dass den Beschaffungsstellen zum Schluss der Beschaffung die bestmögliche Lösung zur Verfügung steht.

Die Anwendung dieses Instrumentes ist aus Sicht der usic daher besonders und rasch zu fördern, weshalb im Anhang A2 ein Leitfaden für dessen praktische Anwendung beigefügt wird. Dieser Leitfaden soll die Anwendung erleichtern und praktische Tipps geben. Es ist vorgesehen, dass die KBOB den Leitfaden übernimmt.

A1 Grundlagen und Definitionen: Ergänzungen

Dieser Anhang stellt eine Ergänzung zum Kapitel 3 dar. Er versammelt im Wortlaut zitierte Passagen aus verschiedenen Dokumenten (grau markiert). Die Unterteilung entspricht dem Aufbau von Kapitel 3, wobei gewisse Wiederholungen der Lesbarkeit halber notwendig sind.

1. Quality Based Selection

USA

Grundlagen

Gesetzliche Grundlage für die QBS-Methode des Bundes ist der sogenannte «Brooks Act» aus dem Jahr 1972:

«The Brooks Act (Public Law 92-582), also known as Qualifications Based Selection (QBS), which was enacted on October 18, 1972, establishes the procurement process by which architects and engineers (A/Es) are selected for design contracts with federal design and construction agencies. The Brooks Act establishes a qualifications-based selection process, in which contracts for A/Es are negotiated on the basis of demonstrated competence and qualification for the type of professional services required at a fair and reasonable price. Under QBS procurement procedures, price quotations are not a consideration in the selection process.»⁴⁰⁾

Methode

Die Methode kann in folgenden Schritten zusammengefasst werden:

1. Öffentliche Ausschreibung
2. Bewerbung der interessierten Anbieter
3. Beurteilung der Bewerbungen
4. Erstellung einer «Short List» mit mindestens drei Anbietern
5. Interviews mit den Anbietern der «Short List»
6. Erstellung eines «Rankings» mit mindestens drei Anbietern
7. Verhandlung mit dem bestplatzierten Anbieter
8. Zuschlag

Zu den Schritten 4 – 7 ist ergänzend Folgendes festzuhalten:

Schritt 4 – Short List

«Following the evaluation of the statements of qualifications, the boards prepare reports that recommend the firms to be on the short-list. The reports rank at least three of the firms for the purpose of discussing the project with them. The boards are not limited in the number of firms that they can select for these interviews; [...]»⁴¹⁾

40) www.acec.org.

41) www.acec.org.

Schritt 5 – Interviews

«The interviews usually involve discussions on project concepts and the relative utility of alternative methods of furnishing the required services. Before the interview, some agencies send detailed selection criteria and other information about the project to the firms recommended for further consideration. Under the system established by QBS, the architect-engineer designer does not produce any design product in competing for the project. Usually these interviews are held at the agency's office. Occasionally, and in special circumstances, phone interviews are conducted. The interviews are brief, usually lasting only 30 to 60 minutes.»⁴²⁾

Schritt 6 – Ranking

«Following the interviews, the boards' reports are presented to the agency head or a person who is designated to act in the head of the agency's behalf. The reports list, in order of preference, at least three firms that are considered to be the most highly qualified to perform the services. This is considered to be the final selection of the competing firms.»⁴³⁾

Schritt 7 – Verhandlungen

«When the final selection is made by the agency head, the contracting officer is authorized to begin negotiations with the top-ranked firm. The negotiations are conducted pursuant to the procedures set forth in the FAR⁴⁴⁾. Usually, the firm is requested to submit a fee proposal listing direct and indirect costs as the basis for contract negotiations. Contract negotiations are conducted following an evaluation of the fee proposal and an audit when the proposed design fee is more than \$100,000. If a fee is not agreed upon within a reasonable time, the contracting officer will conclude negotiations with the top-ranked firm and initiate negotiations with the second-ranked firm. If a satisfactory contract is not worked out with this firm, then this procedure will be continued until a mutually satisfactory contract is negotiated. If negotiations fail with all selected firms, the contracting firms, which are ranked by competence and qualifications, are identified. The negotiation process will then continue until an agreement is reached and a contract awarded. [...]»⁴⁵⁾

Weltbank

Grundlagen

THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT/THE WORLD BANK, Guidelines: Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers, Washington 2004/2011.

Methode

Der Ablauf ist ähnlich wie in den USA, wobei die Weltbank jedoch in erster Linie das Vorgehen für die «Quality- and Cost-Based Selection», kurz «QCBS», festgelegt hat. Es wird allerdings weitgehend auch auf die eigentliche QBS-Methode angewendet.⁴⁶⁾

Zu den Unterschieden zwischen QBS und QCBS sowie zum Anwendungsbereich von QCBS sind folgende Ergänzungen festzuhalten:

QBS vs. QCBS

«In QBS, the RFP⁴⁷⁾ may request submission of a technical proposal only (without the financial proposal), or request submission of both technical and financial proposals at the same time, but in separate envelopes (two-envelope system). The RFP shall provide either the estimated budget or the estimated time of key experts, specifying that this information is given as an indication only and that consultants shall be free to propose their own estimates.

42) www.acec.org.

43) www.acec.org.

44) Federal Acquisition Regulation (FAR).

45) www.acec.org.

46) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, Guidelines: Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers, Washington 2004/2011, Ziffern 3.4 und 2.1 ff.; dies ist beim Leitfaden der FIDIC gerade umgekehrt, vgl. FIDIC, Guidelines, Ziffer 5.1.

47) Request for Proposals (RFP).

If technical proposals alone were invited, after evaluating the technical proposals using the same methodology as in QCBS, the Borrower shall ask the consultant with the highest ranked technical proposal to submit a detailed financial proposal. The Borrower and the consultant shall then negotiate the financial proposal and the contract. All other aspects of the selection process shall be identical to those of QCBS, including the publication of the award of contract [...], except that only the price of the winning firm is published. If consultants were requested to provide financial proposals initially together with the technical proposals, safeguards shall be built in as in QCBS to ensure that the price proposal of only the selected firm is opened and the rest returned unopened, after the negotiations are successfully concluded.»⁴⁸⁾

Anwendungsbereich

«(a) complex or highly specialized assignments for which it is difficult to define precise TOR⁴⁹⁾ and the required input from the consultants, and for which the client expects the consultants to demonstrate innovation in their proposals (for example, country economic or sector studies, multisectoral feasibility studies, design of a hazardous waste remediation plant or of an urban master plan, financial sector reforms);

(b) assignments that have a high downstream impact and in which the objective is to have the best experts (for example, feasibility and structural engineering design of such major infrastructure as large dams, policy studies of national significance, management studies of large government agencies); and

(c) assignments that can be carried out in substantially different ways, such that proposals will not be comparable (for example, management advice, and sector and policy studies in which the value of the services depends on the quality of the analysis).»⁵⁰⁾

FIDIC

Grundlagen

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Guidelines for the Selection of Consultants, Genf 2003.

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Quality Based Consultant Selection Guide, Genf 2011.

Methode

Der Ablauf ist ähnlich wie in den USA oder bei der Weltbank:

1. Ausschreibung und Präqualifikation («Long-Listing»)
2. Erstellung einer «Short List» mit drei bis sechs Anbietern
3. Einladung zum Angebot («Request for detailed Proposals»)
4. Ausarbeitung und Eingabe der Angebote
5. Eingang und Öffnung der Angebote
6. Beurteilung der Angebote
7. Verhandlungen mit dem Bestplatzierten zur Feinabstimmung des Projektes, der Vorgehensweise, des Teams und zum Preis
8. Zuschlag und Vertragsabschluss

48) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., Ziffern 3.3 und 3.4.

49) Terms of Reference (TOR).

50) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., Ziffer 3.2.

Zu den Schritten 2, 3, 6 und 7 ist ergänzend Folgendes festzuhalten:

Schritt 2 – Short List

«The client (or a consultant adviser) shall examine the expressions of interest submitted by eligible consultants, and prepare a short list. [...] Short lists should comprise three to six firms; normally three or four for complex projects, and four or five for straightforward projects. [...] The client should bear in mind the following factors during short-listing [...]:

- general and relevant experience – technical competency;
- capacity to complete the work – resources within the firm;
- access to support resources and established associations;
- availability of key personnel;
- managerial capability to perform;
- financial capability to perform (if applicable);
- past performance on client contracts (e.g., delivered on time and to budget);
- location of the firm's office in relation to the work;
- meaningful partnerships/associations with National Consulting Firms;
- Quality Management System established in the firm;
- details of staff, but limited to all relevant staff who will be available;
- Business Integrity Management System;
- political, social, cultural and environmental sensitivity (without contradicting conflicting with integrity principles);
- security level required.»⁵¹⁾

Schritt 3 – Einladung zum Angebot

«The client formally writes to each of the firms on the short list and invites proposals [...]. The RFP⁵²⁾ should contain the following:

- Letter of Invitation
- Terms of Reference (TOR)
- Information to Consultants (ITC)
- The proposed agreement.»⁵³⁾

51) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Guidelines for the Selection of Consultants, Genf 2003, Ziffer 4.2; FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Quality Based Consultant Selection Guide, Genf 2011, Kapitel 2.3, lit. c.

52) Request for Proposals (RFP).

53) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., Ziffer 4.3.

Schritt 6 – Beurteilung der Angebote

«The client shall systematically evaluate and rank each proposal against the basis for selection outlined in the RFP⁵⁴⁾ [...], taking into account several criteria [...]:

- the consulting firm’s relevant experience for the assignment;
- the quality of the methodology proposed;
- the qualifications of the key staff proposed;
- training or transfer of know-how provisions (if applicable);
- the extent and quality of participation by National Consulting Firms in the assignment (in internationally financed projects);
- the support facilities (if applicable) of the Consultant; and
- overall quality of the presentation.

Each criterion shall be marked on a scale of 1 to 100. Then the marks shall be weighted to become scores. Indicative weights are given in Appendix 2 and should be adjusted for different circumstances. The proposed weights shall be disclosed in the RFP.»⁵⁵⁾

Schritt 7 – Verhandlungen

«The top ranked firm (the firm with the highest overall technical score) is invited to negotiate an appropriate fee after mutually agreeing upon changes in the details of the TOR⁵⁶⁾ as they would be retained in the contract. If price details have been requested together with the technical proposals, they will serve as the basis for the negotiations. The fee will reflect the scope of services to be provided, taking into consideration contractual and legal requirements, time schedules, payment terms and appropriate risk allocation between the parties.

If agreement cannot be reached with the top ranked firm, the negotiations are terminated and begun with the second ranked firm, and so on down the list until agreement is reached. [...]»⁵⁷⁾

Kanada

Grundlagen

FEDERATION OF CANADIAN MUNICIPALITIES AND NATIONAL RESEARCH COUNCIL, National Guide to Sustainable Municipal Infrastructure: Decision Making and Investment Planning – Selecting a Professional Consultant, Ottawa, Ontario, 2006.

Methode

Der Ablauf entspricht im Wesentlichen demjenigen der obengenannten QBS-Methoden:

1. Ausschreibung und Präqualifikation («Request for Qualifications»)
2. Einladung zum Angebot («Request for Proposals»)
3. Beurteilung der Angebote

54) Request for Proposal (RFP).

55) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., Ziffer 4.6 ; FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Quality Based Consultant Selection Guide, Genf 2011, Kapitel 2.3, lit. e.

56) Terms of Reference (TOR).

57) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., Ziffer 4.7 ; FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Quality Based Consultant Selection Guide, Genf 2011, Kapitel 2.3, lit. f und g.

4. Wahl des bestplatzierten Anbieters
5. Definition des Leistungsumfangs
6. Verhandlungen zum Honorar
7. Vergabe des Auftrags

Zu den Schritten 1, 2, 5 und 6 ist Folgendes ergänzend festzuhalten:

Schritte 1 und 2 – Request for Qualifications, Request for Proposals

«Since many consultants will have the qualifications necessary to undertake most assignments, the owner is faced with the challenge of deciding who is most or best qualified for the assignment. If the assignment is advertised for all interested parties to respond, evaluating request for proposals can entail a considerable (and inefficient) use of time and effort for the owner.

To prevent this waste, clients often use a request for qualifications (RFQ) or a request for expression of interest (RFEI) to develop a «short list» of three consultants who will be invited to respond to a detailed proposal call. [...] The RFQ typically requests proponents to provide information about the firm, the type of business entity, address, contact information, main areas of expertise, and recent project experience relative to the project at hand. It will also request information on key personnel who will be assigned to the project, if successful, their roles, qualifications, experience, and references for comparable projects. It should not require proponents to provide details on their approach to project design. [...]

The three top-ranking firms are sent a detailed RFP for a specific project.»⁵⁸⁾

Schritte 5 und 6 – Leistungsumfang, Verhandlungen zum Honorar

«The primary differences between the recommended best practice and other methods for selecting a professional consultant are how the scope of service is determined and how fees are treated. [...]

Projects that are complex and for which the scope is not readily definable at the outset will respond well to a process that affords the client the opportunity to use the expertise of the consultant in its development. Once the scope of service is agreed upon, the consultant is requested to submit a fee proposal reflecting the agreed scope. A fee proposal that responds to a jointly developed scope will be a much more realistic representation of the work to be undertaken and will be an appropriate level of funding to ensure the client's best interests are met. [...]

Sole Source and qualifications-based methods are based typically on jointly developed scope of service. [...] Where the scope of services is easily defined, clients may independently develop the scope of services.»⁵⁹⁾

Zur Verhandlung und zur Einigung bezüglich des Honorars wird zusätzlich Folgendes erwähnt:

«Qualifications-based process requires final scope of services to be developed jointly by consultant and client. When mutual agreement on scope is reached, a fee proposal is requested. Fee proposal and scope are revised until mutual agreement is reached. If achieved, award contract. If not achieved, repeat with next-ranked consultant.»⁶⁰⁾

58) FEDERATION OF CANADIAN MUNICIPALITIES AND NATIONAL RESEARCH COUNCIL, op. cit., Ziffer 3.3.

59) FEDERATION OF CANADIAN MUNICIPALITIES AND NATIONAL RESEARCH COUNCIL, op. cit., Ziffer 4.2.

60) FEDERATION OF CANADIAN MUNICIPALITIES AND NATIONAL RESEARCH COUNCIL, op. cit., Tab. 3-2.

2. Die Zwei-Couvert-Methode

Weltbank

Grundlagen

Im Leitfaden der Weltbank zur «Quality- and Cost-Based Selection» (basierend auf dem Zwei-Couvert-Prinzip) wird Folgendes festgehalten:

«QCBS uses a competitive process among short-listed firms that takes into account the quality of the proposal and the cost of the services in the selection of the successful firm. Cost as a factor of selection shall be used judiciously. The relative weight to be given to the quality and cost shall be determined for each case depending on the nature of the assignment.»⁶¹⁾

Methode

Im Einzelnen sind die folgenden Schritte vorgesehen:

1. Definieren des Auftrages («Terms of Reference») und Vorbereiten von Kostenschätzung, Budget und «Short-Listing»-Kriterien
2. Ausschreibung
3. Erstellung einer «Short List» mit i.d.R. sechs Anbietern
4. Einladung zum Angebot («Request for Proposals»)
5. Eingang der Angebote
6. Öffnung und Beurteilung der technischen Angebote (Qualität)
7. Öffnung und Beurteilung der finanziellen Angebote (Kosten)
8. Kombinierte Beurteilung von Qualität und Kosten
9. Verhandlungen mit dem bestplatzierten Anbieter, Vertragsabschluss

Zum Schritt 8 ist ergänzend festzuhalten:

Schritt 8 – Kombinierte Beurteilung

«The total score shall be obtained by weighting the quality and cost scores and adding them. The weight for the «cost» shall be chosen, taking into account the complexity of the assignment and the relative importance of quality. [...] The firm obtaining the highest total score shall be invited for negotiations.»⁶²⁾

FIDIC

Grundlagen

Die FIDIC wendet die Zwei-Couvert-Methode in unterschiedlicher Art sowohl im Zusammenhang mit QBS als auch mit QCBS an.

Methode

Die Schritte sind bei beiden Anwendungsarten analog und entsprechen dem unter QBS erläuterten Vorgehen:

61) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., Ziffer 2.1.

62) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., Ziffer 2.26.

1. Ausschreibung und Präqualifikation («Long-Listing»)
2. Erstellung einer «Short List» mit drei bis sechs Anbietern
3. Einladung zum Angebot («Request for Proposals»)
4. Ausarbeitung und Eingabe der Angebote
5. Eingang und Öffnung der Angebote
6. Beurteilung der Angebote
7. Zuschlag an eine Anbieterin, Verhandlungen und Vertragsabschluss

Ergänzend ist Folgendes festzuhalten:

Schritt 4 – Eingabe der Angebote

“Even if only «technical» aspects will be used for evaluation under QBS, it is advantageous if the consultants also provide a financial proposal which may serve as a basis for later negotiations, should the proposal be retained. Whenever both technical and financial proposals are so requested, they shall be submitted in separate [...] envelopes [...]” ⁶³⁾ (QBS)

“Both technical and financial proposals shall be submitted in separate [...] envelopes [...]” ⁶⁴⁾ (QCBS)

Schritt 6 – Beurteilung der Angebote

“[...] The client shall evaluate each technical proposal [...]. If financial proposals have been requested, only the one corresponding to the best placed technical proposal shall now be opened and examined as the basis for fee negotiations. The other financial proposals must be returned unopened once a contract has been concluded.” ⁶⁵⁾ (QBS)

“The evaluation of the proposals shall be carried out in three stages:

a) Evaluation of the technical proposals (quality); b) Evaluation of the financial proposals (cost); c) Combined technical and financial evaluation [...] The total score shall be obtained by weighting the technical and financial scores and adding them. [...]” ⁶⁶⁾ (QCBS)

Schritt 7 – Verhandlungen

“The top ranked firm (the firm with the highest overall technical score) is invited to negotiate an appropriate fee after mutually agreeing upon changes in the details of the TOR ⁶⁷⁾ as they would be retained in the contract. If price details have been requested together with the technical proposals, they will serve as the basis for the negotiation. [...]” ⁶⁸⁾ (QBS)

“The consulting firm which obtains the highest total score (weighted technical plus weighted financial score) shall be invited for negotiations. [...]” ⁶⁹⁾ (QCBS)

63) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., Ziffer 4.4.

64) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., Ziffer 5.1.4.

65) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., Ziffer 4.6.

66) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., Ziffer 5.1.6.

67) Terms of Reference (TOR).

68) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., Ziffer 4.7.

69) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., Ziffer 5.1.7.

3. Der Dialog

Der Dialog ist im Bundesbeschaffungsrecht seit dem 1.1.2010 verankert.

Art. 26a VöB

Art. 26a VöB hat folgenden Wortlaut:

Art. 26a VöB

- ¹ Die Auftraggeberin darf bei komplexen Beschaffungen oder bei der Beschaffung intellektueller Dienstleistungen die von den Anbietern und Anbieterinnen vorgeschlagenen Lösungswege oder Vorgehensweisen im Dialog weiterentwickeln, vorausgesetzt sie hat in der Ausschreibung darauf hingewiesen.
- ² Sie gibt in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, wie die Teilnahme am Dialog und die Nutzung der vorgeschlagenen oder weiterentwickelten Lösungswege und Vorgehensweisen vergütet werden.
- ³ Sie wählt unter den Anbietern und Anbieterinnen diejenigen aus, mit denen sie den Dialog führen will, und gibt ihnen Folgendes vorgängig bekannt:
 - a. den Lösungsweg oder die Vorgehensweise, die ausgewählt wurden;
 - b. die möglichen Inhalte des Dialogs;
 - c. die Fristen und Modalitäten zur Einreichung des endgültigen Angebots des im Rahmen des Dialogs entwickelten Lösungsweges oder der entwickelten Vorgehensweise.
- ⁴ Sie hält den Ablauf und den Inhalt des Dialogs nachvollziehbar fest und dokumentiert insbesondere den zeitlichen Aufwand, der mit der Führung des Dialogs für den Anbieter oder die Anbieterin verbunden ist.

A2 Leitfaden für öffentliche Beschaffungen mit Dialog

1. Einleitung

Neues Instrument im Beschaffungsrecht

Seit dem 1. Januar 2010 haben die Beschaffungsstellen des Bundes die Möglichkeit, im Verlaufe des Vergabeverfahrens mit den Anbietern einen sogenannten «Dialog» durchzuführen. Diese Möglichkeit wurde eingeführt, um den besonderen Anforderungen bei «komplexen Beschaffungen» und bei «Beschaffungen intellektueller Dienstleistungen» Rechnung zu tragen.

Zweck des Leitfadens

Dieser Leitfaden soll den Beschaffungsstellen als Checkliste dienen, wenn sie in Betracht ziehen, eine Beschaffung mit Dialog durchzuführen und soll zur Anwendung dieses Instruments ermuntern. Er ersetzt nicht bestehende Leitfäden zu Beschaffungen in den verschiedenen Verfahren und soll in Kombination mit bestehenden Leitfäden angewandt werden.

Grund für das neue Instrument / Vorteile für Beschaffungsstellen

Bei komplexen Beschaffungen und/oder bei der Beschaffung von intellektuellen Dienstleistungen ist es oft nicht möglich, schon vor der Ausschreibung den Inhalt der Beschaffung in einem Leistungsbeschreibung genügend präzise zu umschreiben und abzugrenzen. Der Dialog soll es den Beschaffungsstellen erlauben, diesen Inhalt gemeinsam mit den Anbietenden zu entwickeln. Die Anbieter liefern dabei mit ihren vorläufigen Angeboten Lösungsvorschläge für ein von den Beschaffungsstellen definiertes Problem. Im Dialog werden diese Lösungsvorschläge sodann gemeinsam weiterentwickelt. Damit können Angebote, welche den Bedürfnissen der Beschaffungsstelle nicht entsprechen, sowie Verfahrensabbrüche und Neuausschreibungen vermieden werden.

Vorteile für Anbieter

Für die Anbietenden hat der Dialog den Vorteil, dass die Angebote zu Beginn des Verfahrens nicht bis ins Detail ausgearbeitet sein müssen und dass die Erarbeitung der Lösungsvorschläge mindestens teilweise vergütet wird.

Rechtsgrundlage

Der Dialog basiert auf der Verhandlung, welche in Art. 20 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) festgehalten ist. Der Dialog selbst ist in Art. 26a der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11) wie folgt geregelt:

Wortlaut des Art. 26a VöB

- ¹ *Die Auftraggeberin darf bei komplexen Beschaffungen oder bei der Beschaffung intellektueller Dienstleistungen die von den Anbietern und Anbieterinnen vorgeschlagenen Lösungswege oder Vorgehensweisen im Dialog weiterentwickeln, vorausgesetzt sie hat in der Ausschreibung darauf hingewiesen.*
- ² *Sie gibt in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, wie die Teilnahme am Dialog und die Nutzung der vorgeschlagenen oder weiterentwickelten Lösungswege und Vorgehensweisen vergütet werden.*
- ³ *Sie wählt unter den Anbietern und Anbieterinnen diejenigen aus, mit denen sie den Dialog führen will, und gibt ihnen Folgendes vorgängig bekannt:*
 - a. *den Lösungsweg oder die Vorgehensweise, die ausgewählt wurden;*
 - b. *die möglichen Inhalte des Dialogs;*
 - c. *die Fristen und Modalitäten zur Einreichung des endgültigen Angebots des im Rahmen des Dialogs entwickelten Lösungsweges oder der entwickelten Vorgehensweise.*

- ⁴ Sie hält den Ablauf und den Inhalt des Dialogs nachvollziehbar fest und dokumentiert insbesondere den zeitlichen Aufwand, der mit der Führung des Dialogs für den Anbieter oder die Anbieterin verbunden ist.

Unterschied zu anderen Beschaffungs-Methoden

Der Dialog ist zu unterscheiden von den weiteren möglichen Methoden im Rahmen einer Beschaffung:

- a. Verhandlungen gemäss Art. 26 VöB;
- b. Planungs- und Gesamleistungswettbewerbe gemäss Art. 40 ff. VöB sowie SIA Ordnung 142; und
- c. Studienaufträgen gemäss SIA Ordnung 143.

Diese Methoden enthalten zwar teils gleiche oder ähnliche Elemente wie der Dialog, weisen aber auch typische Unterschiede auf:

- a. Bei Verhandlungen nach Art. 20 BöB / Art. 26 VöB wird über die Angebote verhandelt, welche auf Grund eines klaren, abschliessenden Leistungsbeschreibs erstellt wurden. Die Gespräche finden mithin NACH Abgabe der definitiven Angebote statt.
- b. Bei Projekt- und Gesamleistungswettbewerben nach Art. 40 ff. VöB und SIA 142 werden – in erster Linie für Bauaufgaben – von den Teams unterschiedliche Lösungen in konzeptioneller, gestalterischer, ökologischer, wirtschaftlicher oder technischer Hinsicht evaluiert. Diese Lösungen werden anonym eingereicht und durch eine Jury beurteilt.
- c. Bei Ideenstudienaufträgen nach SIA 143 und Ideenwettbewerben nach SIA 142 werden Projekte auf Grund von Zielvorgaben durch mehrere Teams für ein und dieselbe Aufgabe erarbeitet. Ideenstudienaufträge und Ideenwettbewerbe sind jedoch bereits Aufträge, die an verschiedene Teams parallel vergeben wurden. Diese Aufträge werden je nach Schwellenwert nach den Regeln des Beschaffungsrechtes ausgeschrieben und vergeben.
- d. Projektstudien und Gesamleistungsstudien nach SIA 143 werden v.a. für Architekturleistungen vergeben und beziehen sich in den meisten Fällen auf die Ausarbeitung eines konkreten Projektes.

Kooperative Erarbeitung von Lösungswegen

Im Unterschied zu diesen Methoden werden im Dialog nach Art. 26a VöB vor der Abgabe eines endgültigen Angebotes Lösungswege bzw. Vorgehensweisen zur Lösung einer Aufgabe entwickelt. Die Lösungswege werden kooperativ, also nicht anonym, erarbeitet und können für jede Art von Aufgabenstellungen erarbeitet werden. Der Zuschlag ergeht nach Abschluss des Dialogs für den im Dialog konkretisierten Leistungsinhalt.

Anwendung des Dialogs innerhalb des offenen und des selektiven Verfahrens

Der Dialog kann sinnvollerweise innerhalb des offenen und des selektiven Verfahrens gewählt werden. Er ist mithin ein Instrument bzw. eine Methode innerhalb dieser Verfahrensarten und kein eigenes Verfahren.

Auswahl der Dialogpartner kein anfechtbarer Verfahrensschritt

Im Unterschied zum Präqualifikationsentscheid im selektiven Verfahren stellt jedoch die Auswahl der Dialogpartner keinen separat anfechtbaren Verfahrensschritt dar; sie ist mithin nur eine Unterstufe bzw. eben ein Instrument im bestehenden Verfahren (in der zweiten Stufe des selektiven und in der ersten bzw. einzigen Stufe des offenen Verfahrens).

2. Hinweise zum Vorgehen

2.1 Ablauf einer Beschaffung mit Dialog

Eine Beschaffung mit Dialog läuft in den folgenden Schritten ab:

1. Entscheid über Durchführung des Dialogs (vgl. 2.2 f.);
2. Entscheid über Verfahrensart (vgl. 2.4);
3. Vorbereitung der Ausschreibung (vgl. 2.5);
4. Evtl. Präqualifikation (selektives Verfahren) (vgl. 2.6);
5. Einreichen der (vorläufigen) Angebote (vgl. 2.7);
6. Wahl der Dialogpartner (vgl. 2.8);
7. Eröffnung des Dialogs (vgl. 2.9);
8. Durchführung des Dialogs (vgl. 2.10);
9. Einreichen der (endgültigen) Angebote (vgl. 2.11);
10. Zuschlag/Vertragsabschluss (vgl. 2.12).

2.2 Entscheid über Durchführung des Dialogs

Vorgehen zur Entscheidungsfindung

Beim Entscheid über die Durchführung eines Dialogs sind die folgenden Aspekte massgebend:

1. Prüfung, ob der Dialog überhaupt zulässig ist (Einzelheiten siehe unter 2.3); es genügt, wenn eine dieser zwei Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt ist:
 - a. Komplexe Beschaffung (vgl. 2.3.1), und/oder
 - b. Intellektuelle Dienstleistung (vgl. 2.3.2);
2. Nutzen des Dialogs für das Beschaffungsvorhaben prüfen, insbesondere Innovationspotential;
3. Berücksichtigung der Kosten des Dialogs.

2.3 Zulässigkeitsvoraussetzungen

Anwendung im offenen und selektiven Verfahren

Der Dialog ist kein eigenständiges Verfahren, sondern kann von den Beschaffungsstellen des Bundes sowohl im offenen als auch im selektiven Verfahren durchgeführt werden.¹⁾ Für Einladungs- und freihändiges Verfahren bestehen keine praktisch sinnvollen Anwendungsmöglichkeiten.

In den Kantonen kann der Dialog durchgeführt werden, obwohl dort keine explizite Rechtsgrundlage vergleichbar mit Art. 26a VöB besteht. Da es sich beim Dialog nicht um eine neue Verfahrensart handelt, sondern um ein Instrument in den bestehenden Vergabeverfahren, welches die Art der Leistungsum-

1) Art. 26a VöB ist systematisch den Verfahren „im Anwendungsbereich des Gesetzes“ (Erreichen der Schwellenwerte) zugeteilt. Gemäss Art. 34 Abs. 2 VöB gelten die Bestimmungen des 2. Kapitels, d.h. zum Anwendungsbereich des Gesetzes aber grossmehrheitlich auch für das offene und selektive Verfahren bei übrigen Beschaffungen. In der Konsequenz kann der Dialog bei jeder Art von offenem oder selektivem Verfahren angewandt werden.

schreibung für die definitive Angebotsabgabe konkretisiert und der Dialog vor der Abgabe der definitiven Angebote erfolgt, liegt es im Ermessen der Vergabebehörden, wie sie das Verfahren zur Leistungsumschreibung (intern oder extern) ausgestalten wollen. Der Dialog ist nach dieser Sichtweise damit auch in den Kantonen zulässig und stellt keine Verletzung des Verbots von sog. Abgebotsrunden dar.²⁾

2.3.1 Begriffsdefinition komplexe Beschaffung

Definition

Der Begriff «komplexe Beschaffung» nach Art. 26a Abs. 1 VöB ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, d.h. er ist in den Gesetzen und Verordnungen nicht definiert.

Der erläuternde Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD zur Änderung der VöB³⁾ hält fest, dass ein Dialog sicher dann zulässig sei, «wenn eine Beschaffungsstelle objektiv nicht in der Lage ist, selber die beste Lösung oder die beste Vorgehensweise festzulegen, um ihre Ziele zu erreichen», was als Umschreibung des Begriffs komplexe Beschaffung zu betrachten ist.⁴⁾

Inhaltliche/koordinative Komplexität

Komplex ist eine Beschaffung, wenn es objektiv unmöglich, unzumutbar oder unzweckmässig wäre, die benötigten Leistungen ohne einen Dialog mit den Bietern zu bestimmen, in welchem die Leistungsumschreibung gemeinsam entwickelt wird.⁵⁾

Dabei kann die Komplexität der Beschaffung inhaltlich sein oder in erhöhtem Koordinationsbedarf mit Leistungen Dritter liegen. Auch bei notwendiger Erarbeitung einer Vorgehensmethodik durch die Anbieter ist die Beschaffung komplex.⁶⁾

Keine Komplexität bei mangelnder Sachkenntnis

«Objektiv unmöglich» bedeutet, dass die Unmöglichkeit der Leistungsbeschreibung in der Sache, im Beschaffungsgegenstand, liegt und nicht in den beteiligten Personen. Eine Beschaffung ist demnach dann nicht komplex, wenn die Leistungsumschreibung nur der zu wenig fachkundigen Beschaffungsstelle Schwierigkeiten bereitet, diese sich aber die notwendige Sachkunde mit externer fachlicher Unterstützung beschaffen könnte.

Beispiele für komplexe Beschaffungen

Als Beispiele für komplexe Beschaffungen können genannt werden:

- Beratung zu Vorgehen/Prozess in Bereichen ohne standardisierte Prozesse;
- Interdisziplinäres Projekt, das ausserhalb der gängigen Planerpraxis liegt;
- Viele verschiedene involvierte Parteien, welche einen grossen Koordinationsaufwand mit sich bringen;
- Technisch schwierige Rahmenbedingungen;
- EDV-Applikation mit Integration einer Vielzahl von verknüpften Einzellösungen;

2) vgl. zum Ganzen ausführlicher: usic Projektgruppe Vergabe, Neue Entwicklungen im Vergabewesen, Bericht zu den Themen «Quality Based Selection», Zwei-Couvert-Methode und Dialog nach Art. 26a VöB, Kapitel 3.3.8, S. 14f.

3) Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 18. November 2009 (zit. Bericht EFD zur Änderung der VöB).

4) Bericht EFD zur Änderung der VöB, S. 19.

5) Gleicher Meinung: BEYELER MARTIN, Die revidierte VöB – ein Kurzkommentar, in: BR/DC 2/2010, S. 106-113, S. 110, mit weiteren Hinweisen, unter anderem auf RECHSTEINER PETER, Die Beschaffung komplexer Dienstleistungen, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich Basel Genf 2010, S. 203 ff., Rz. 8). Vgl. im Weiteren LEUTHOLD ALEXIS, Verhandlungen und der neue «Dialog», Spielräume bei Bund und Kantonen, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich Basel Genf 2010, S. 277 ff., Rz. 27 ff., der von einer «komplexen Beschaffung» ausgeht bei Fehlen einer technischen Lösung, bei vielen technischen Lösungen, bei fehlender Marktübersicht und bei rechtlicher oder finanzieller Komplexität.

6) Zum Ganzen: usic, Neue Entwicklungen im Vergabewesen, VöB, S. 13.

- Gesamtleistungen;
- Strategische Planung;
- Komplexe Vorstudien.

2.3.2 Begriffsdefinition intellektuelle Dienstleistung

Definition

Auch für den Begriff «intellektuelle Dienstleistung» sieht das Gesetz keine Definition vor.

Nach dem erläuternden Bericht des EFD handelt es sich um eine intellektuelle Dienstleistung, wenn «sich die Auftraggeberin neue, innovative Lösungsansätze für eine nicht alltägliche Beschaffung erhofft».⁷⁾

Intellektuelle Dienstleistungen sind auch Aufträge, bei denen die geistigen Leistungen wichtiger sind als das physische Ergebnis⁸⁾ und diese geistigen Leistungen keine Standardleistungen darstellen.

Unterscheidung Routinetätigkeiten von notwendiger Kreativität

Es ist zu unterscheiden, ob ein hohes Mass an Kreativität oder lediglich Routinetätigkeiten erforderlich sind. Nicht relevant ist die Qualifikation als Auftrags- oder Werkvertragsverhältnis. Ebenfalls nicht relevant ist, ob bei der intellektuellen Dienstleistung neben den kreativen auch routinemässige Tätigkeiten, wie Zeichner- und Sekretariatsarbeiten anfallen.⁹⁾

Beispiele für intellektuelle Dienstleistungen

Als Beispiele für intellektuelle Dienstleistungen können genannt werden:

- Entwicklung eines neuen methodischen Ansatzes;
- Durchführung eines Expertenpanels zu spezifischen Fragestellungen;
- Strategieentwicklungen;
- Gesamtlösung für Ablösung vieler kleiner, historisch gewachsener Einzellösungen;
- Erarbeitung eines Gesamtkonzepts zur Integration vieler verschiedener Unterprojekte;
- Entwicklung einer EDV-Applikation;
- Konzeption und Gestaltung des Schweizer Auftritts an der Weltausstellung.

2.3.3 Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen

Ermessen Beschaffungsstelle

Es liegt im Ermessen der Beschaffungsstelle zu beurteilen, ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen in der jeweiligen Ausschreibung erfüllt sind.

Anfechtung der Ausschreibung

Vertritt ein Marktteilnehmer die Ansicht, dass die Voraussetzungen für einen Dialog nicht erfüllt sind, hat er bereits die Ausschreibung anzufechten.

7) Bericht EFD zur Änderung der VöB, S. 19.

8) Gleicher Meinung: BEYELER, op. cit., S. 110.

9) Zum Ganzen: usic, Neue Entwicklungen im Vergabewesen, VöB, S. 13.

2.4 Entscheid über Verfahrensart

Der Dialog steht in erster Linie für das offene und das selektive Verfahren zur Verfügung. Im Einladungs- und freihändigen Verfahren gestützt auf Art. 13 VöB ist der Dialog zwar ebenfalls zulässig, aber ohne praktische Bedeutung.

Aufgrund der Kosten des Verfahrens dürfte in der Mehrzahl der Fälle das selektive Verfahren im Vordergrund stehen (vgl. Kap. 2.5.4).

2.5 Vorbereitung der Ausschreibung

2.5.1 Rahmenbedingungen für das Verfahren

Bekanntgabe Durchführung Dialog

In der Ausschreibung (d.h. in der Publikation, nicht erst in den Ausschreibungsunterlagen) ist eindeutig festzuhalten, dass ein Dialog durchgeführt wird; gemäss Verordnung reicht zwar ein vager Hinweis auf eine allfällige Dialogmöglichkeit, was aber nicht zu empfehlen ist. Dies vor dem Hintergrund, dass sich eine Beschaffungsstelle vor der Ausschreibung im Klaren sein muss, ob sie mit den Anbietern über Lösungsansätze kommunizieren will oder nicht. Falls Ja ist ein Dialog, falls Nein ist kein Dialog durchzuführen und entsprechend kann diese Information problemlos bereits in der Ausschreibung mitgeteilt werden.

Kriterien zur Auswahl der Dialogpartner

Falls nur eine Auswahl von Anbietern im Anschluss an die vorläufige Angebotsabgabe zum Dialog eingeladen werden soll, muss dies in den Ausschreibungsunterlagen erwähnt werden. In diesem Fall muss zudem erwähnt werden, aufgrund welcher Kriterien die Anbieter ausgewählt werden sollen. Als Auswahlkriterien sind die Zuschlagskriterien zu wählen, welche in diesem Sinne eine doppelte Verwendung haben, indem sie einerseits für die Auswahl der Dialogpartner dienen und andererseits auch für die Erteilung des Zuschlags. Dies ist bei der Wahl der Zuschlagskriterien zu beachten.

Leistungsbeschreibung

Im Dialog sind für die konkrete Leistungsbeschreibung das Sachwissen und die Kreativität der Anbieter Voraussetzungen, weshalb die konkrete Leistungsbeschreibung erst im Rahmen des Dialogs erarbeitet werden kann. Daher sind anstelle eines detaillierten Leistungsbeschriebs das Ziel der Beschaffung sowie eine grobe Umschreibung der Leistungen anzugeben. Mindestens einige zentrale Elemente des Leistungsbeschriebs müssen offen bleiben, damit ein Dialog sinnvoll ist.

Bekanntgabe zwingender Parameter

In Bezug auf den Leistungsgegenstand muss die Beschaffungsstelle jedoch bekannt geben, welche Parameter zwingend zu erfüllen sind und wo Spielraum für die Anbieter besteht (z.B. ist als zwingender Parameter die Kompatibilität mit bestehenden Instrumenten, Weisungen und Vorgaben sicherzustellen; die Anbieter sind jedoch frei in der Wahl der Lösung, welche die Kompatibilität sicherstellt).

Regelung der Weiterverwendung der Ergebnisse aus dem Dialogverfahren

Die Verwendung der vorgeschlagenen oder weiterentwickelten Lösungswege und Vorgehensweisen muss festgelegt werden. Dabei sind insbesondere die Fragen des Urheberrechts zu beachten: Falls vorgesehen wird, den Dialog über Lösungswege des einen Anbieters auch mit einem anderen Anbieter zu führen, kann das zu schwierigen Fragen betreffend der Abgeltung der Urheberrechte sowie zum Desinteresse gewisser Anbieter an der Teilnahme am Verfahren führen. Von einer solchen Vorgehensweise ist deshalb abzuraten.

2.5.2 Eignungskriterien

Wie in jeder öffentlichen Ausschreibung sind auch bei Anwendung des Dialogs die Eignungskriterien festzuhalten.

Die Eignungskriterien beziehen sich auf Eigenschaften der Anbieter, wie z.B. fachliche Kompetenzen, Erfahrungen mit ähnlichen Aufgaben, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit etc.

2.5.3 Zuschlagskriterien

Noch keine Bekanntgabe der Gewichtung

Auch bei Beschaffungen mit Dialog sind die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung oder zumindest in den Ausschreibungsunterlagen festzuhalten. Da im Dialog aber Lösungswege und Vorgehensweisen beschafft werden sollen, kann zu Verfahrensbeginn keine detaillierte Leistungsbeschreibung vorgegeben werden. Entsprechend ist es nicht praktikabel, die Zuschlagskriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen zu gewichten, schliesslich ist nur das Ziel vorgegeben; der Weg zum Ziel soll im Dialog erarbeitet werden. Somit ist im Voraus vollkommen ungewiss, welche Inhalte die Angebote aufweisen werden.

Bekanntgabe der Rangfolge

Aus Gründen der Transparenz muss aber die Rangfolge der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden.

Doppelte Funktion der Zuschlagskriterien

Zu beachten ist, dass die Zuschlagskriterien im Dialog eine doppelte Funktion übernehmen: Sie dienen einerseits zur Auswahl der Anbietenden, mit denen Dialog geführt werden soll, andererseits auch zur Bewertung der endgültigen Angebote und zur Zuschlagserteilung.

Mögliche Kriterien für Auswahl der Dialogpartner

Mögliche, bereits im Voraus bekannt zu gebende Zuschlagskriterien für die Auswahl der Anbieter für den Dialog:

- Attraktivität des Lösungswegs im Sinne von zu erwartenden Arbeitsergebnissen (Zwischen- und Endergebnisse, Einflussmöglichkeiten des Auftraggebers);
- Voraussichtliche Effizienz in der Erreichung der Projektziele (Zeit- und Kostenaufwand).

2.5.4 Vergütung

Zu vergütende Aufwendungen der Anbieter

Mit der Erarbeitung von Lösungswegen erbringen die Anbieter eine Leistung, welche eigentlich Sache der Beschaffungsstelle wäre. Wir empfehlen deshalb, ihnen diesen Aufwand zumindest teilweise zu entschädigen. Dabei sind die Phasen Ausarbeitung der (vorläufigen) Angebote und Teilnahme am Dialog zu unterscheiden. Einerseits fällt Aufwand für die Ausarbeitung der Lösungswege an. Andererseits ist der Aufwand für die Teilnahme am Dialog zu entschädigen. Spätestens in den Ausschreibungsunterlagen ist diese Vergütung¹⁰⁾ festzulegen.

Entschädigung für Vorgehensvorschläge/Lösungswege

Für die Ausarbeitung der Vorgehensvorschläge/Lösungswege im Rahmen der Erarbeitung der (vorläufigen) Angebote empfiehlt sich eine pauschale Vergütung. Diese Vergütung soll im Grundsatz den Aufwand für die Erarbeitung der Lösungswege, nicht jedoch jenen für die Ausarbeitung der Offerten, abdecken. Die Vergütung kann an die Bedingung geknüpft werden, dass der Anbieter die Eignungskriterien erfüllt.

10) Anhang 5 zur VöB, Ziff. 14.

Entschädigung für Teilnahme am Dialog

Die Entschädigung für die Teilnahme am Dialog kann entweder pauschal oder nach Aufwand («in Regie») ausgerichtet werden. In der Regel dürfte die Entschädigung nach Aufwand im Vordergrund stehen, da der tatsächliche Aufwand weder von der Beschaffungsstelle noch vom Anbieter verlässlich vorausgesehen werden kann. Als massgebender Tarif für die Entschädigung nach Aufwand können z.B. die KBOB-Ansätze festgehalten werden. Während der Durchführung des Dialogs können phasenweise verbindliche Kostendächer einvernehmlich festgelegt werden. Entsprechend empfiehlt es sich, bereits in den Ausschreibungsunterlagen die Vergütungsart und den Tarif für die Teilnahme am Dialog festzulegen sowie eine (erwartete) Stundenzahl vorzugeben.

Regelung Urheberrecht

Neben der Entschädigung für den Aufwand im Dialog können allenfalls auch die Urheberrechte erworben werden. Hier ist jedoch zu beachten, dass der Erwerb von Urheberrechten in der Praxis oft zu Schwierigkeiten führt, wenn die Urheber ihr Projekt nicht realisieren können. Der Umgang mit dem Urheberrecht an den entwickelten Lösungswegen ist daher in den Ausschreibungsunterlagen detailliert zu regeln, falls deren Übernahme gewünscht ist.

2.6 Präqualifikation (nur bei selektivem Verfahren)

Falls das selektive Verfahren gewählt wird, sind in einem ersten Schritt die Teilnahmeanträge einzureichen und die für die Angebotsphase eingeladenen Anbieter auf Grund der Eignungskriterien auszuwählen. Die Selektion ist zu verfügen.

2.7 Einreichen der (vorläufigen) Angebote

Angebotsabgabe unter Angabe des verlangten Preises

Die vorläufigen Angebote zeigen einen möglichen Lösungsweg oder einen Vorgehensvorschlag auf. Sie nennen auch den voraussichtlichen Preis für die Arbeit gemäss dem eigenen Vorschlag. Das Preisangebot muss derart transparent sein, dass eine plausible Anpassung an die Resultate des Dialogs möglich wird. Darum sind mit dem vorläufigen Angebot Preisberechnungsregeln einzureichen, welche der Vergabestelle einen Vergleich der zu erwartenden Kosten pro jeweiligem vorläufigem Angebot erlauben. Angebote nach Stundenaufwand sind daher in dieser Phase besser, Pauschalen weniger geeignet. Spätere Pauschalierungen im Zeitpunkt der definitiven Angebotsabgabe bleiben möglich, wobei diese Option von Beginn weg in der Ausschreibung festzuhalten ist.

Wahrung der Vertraulichkeit

Die Beschaffungsstelle muss auch im Dialog die Vertraulichkeit der von den Anbieterinnen gemachten Angaben gewährleisten (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BÖB).

2.8 Wahl der Dialogpartner

Eignung der Anbieter

Im offenen Verfahren prüft die Beschaffungsstelle nach Eingang der vorläufigen Angebote vorerst, ob die Anbieter die Eignungskriterien erfüllen. Im selektiven Verfahren wurde dieser Schritt bereits in der Präqualifikation erledigt (vgl. 2.6).

Auswahl der Anbieter

Aus den geeigneten vorläufigen Angeboten werden diejenigen Anbieter ausgewählt, mit welchen ein Dialog geführt werden soll (Art. 26a Abs. 3 VöB). Die Zuschlagskriterien dienen für diese Auswahl der Anbieter zum Dialog, wobei die bestplatzierten Anbieter zum Dialog einzuladen sind.

Weiterbearbeitung des jeweiligen Lösungswegs

Es ist zu empfehlen, dass mit jedem Anbieter nur über den von ihm entwickelten Lösungsweg Dialog geführt wird und dass also nicht der Lösungsweg eines Anbieters mit anderen Anbietern weiterentwickelt wird (vgl. dazu auch die Bemerkungen zum Urheberrecht unter 2.4).

2.9 Eröffnung des Dialogs

Bekanntgabe Eröffnung Dialog

Den Anbietenden ist mitzuteilen, dass der Dialog eröffnet wird und ob sie als Dialogpartner ausgewählt wurden oder nicht. Es ist zu empfehlen, diese Mitteilung für die nicht ausgewählten Anbieter als «Parkierungsschreiben» auszugestalten mit dem Hinweis, dass «das Angebot zurzeit nicht weiter bearbeitet wird», dass es sich jedoch «nicht um eine endgültige Entscheidung handelt» und dass die Anbieter «nach Beendigung des Verfahrens abschliessend informiert» werden. Es ist nicht zu empfehlen, den Entscheid als Verfügung zu erlassen, denn erstens wird damit bereits in diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zu Beschwerdeverfahren eröffnet und zweitens vergibt man sich damit die Möglichkeit, ein vorerst «parkiertes» Angebot später doch noch aufzugreifen, wenn dies aus dem Verlauf der Verhandlungen sinnvoll wird. Es ist jedoch zu beachten, dass die Anbieter mit dem Versand des Parkierungsschreibens vertragsrechtlich nicht mehr an ihre Offerte gebunden sind und ihr Angebot bestätigen müssten, wenn doch noch auf sie zugegriffen werden soll.

Erneut ist darauf hinzuweisen, dass die Auswahl der Dialogpartner nicht mit der Präqualifikation im selektiven Verfahren zu verwechseln ist, welche in jedem Fall eine anfechtbare Verfügung darstellt.¹¹⁾

Bekanntgabe weiterer Verfahrensablauf

Damit die Dialogpartner den Dialog planen und sich auf diesen angemessen vorbereiten können, muss der weitere Verfahrensablauf mit der Mitteilung, in welcher die Eröffnung des Dialoges angekündigt wird, bekannt gegeben werden. Ein allfälliges mehrstufiges Vorgehen ist wenn möglich anzukündigen.

Bekanntgabe weiterer Angaben

Ausserdem sind gemäss Art. 26a Abs. 3 VöB die folgenden Angaben mitzuteilen:

- Der ausgewählte Lösungsweg oder die ausgewählte Vorgehensweise;
- Mögliche Inhalte des Dialogs;
- Fristen und Modalitäten zur Einreichung des endgültigen Angebots.

2.10 Durchführung des Dialogs

Protokollierung

Ablauf und Inhalt des Dialogs müssen «nachvollziehbar festgehalten und dokumentiert» werden (Art. 26a Abs. 4 VöB). Jegliche Art von Entscheidung ist daher aufzuzeichnen, z.B. durch Videoaufzeichnungen oder die Führung von Protokollen, wobei es nicht eine wörtliche Wiedergabe sein muss, sondern eine sinngemässe ausreichend ist.

Stufen im Dialog

Da es sich um einen gemeinsamen Lernprozess handelt, kann der Dialog in mehreren Stufen durchgeführt werden.

2.11 Einreichen der (endgültigen) Angebote

Einholen definitive/s Angebot/e

Sobald der Lösungsweg im Dialog erarbeitet werden konnte, werden die definitiven Angebote eingeholt entweder von mehreren oder nur von einem Anbietenden.

11) Art. 29 Abs. 1 lit. c BöB.

Begegnung willkürlicher Preisfestlegung durch ausgewählten Anbieter

Einer allenfalls befürchteten Willkür des einen ausgewählten Anbieters bei der Preisfestlegung kann mit einem der folgenden Mittel begegnet werden:

- Vorgabe eines Kostenrahmens durch die Beschaffungsstelle, wobei für die Unterschreitung Zusatzpunkte erteilt werden können;
- Verhandlung eines Kostenrahmens;
- Einfordern einer Kostenberechnung, basierend auf KBOB-Ansätzen und einem zu plausibilisierenden Stundenaufwand.

Wir empfehlen, Angebote von mind. 2 Anbietern einzuholen.

Bei den Kantonen besteht nun ein Verhandlungsverbot über das Preis-/Leistungsverhältnis des definitiven Angebotes.

2.12 Zuschlag/Vertragsabschluss

Zuschlagserteilung/Vertragsabschluss

Sind mehrere definitive Angebote eingereicht, werden sie mithilfe der in den Ausschreibungsunterlagen kommunizierten Zuschlagskriterien bewertet. Der Zuschlag wird erteilt und verfügt, und sobald dieser rechtskräftig ist, wird der Vertrag abgeschlossen.

3. Beispiele

3.1 Fallbeispiel

Die Beschaffungsstelle will eine Autobahn über einen Fluss bauen. Sie ist sich nicht sicher, ob sie eine einzelne oder zwei nebeneinander liegende Brücken oder allenfalls sogar einen Tunnel bauen soll. In der Regel wird sie ein selektives Verfahren mit «funktionaler» Ausschreibung (Art. 16a Abs. 2 VöB) wählen, da sie dadurch bereits in der Präqualifikation eine erste Vorauswahl aufgrund der Eignung vornehmen kann (vgl. Art. 15 Abs. 4 BöB). Nachdem die Eingeladenen ihre Angebote eingereicht haben, kann sie die Anbieterzahl zusätzlich verkleinern, indem sie – wie bei den Verhandlungen (Art. 26 Abs. 1 VöB) – anhand der Zuschlagskriterien eine antizipierte Würdigung der eingereichten Angebote vornimmt und nur diejenige Anbieterin für einen Dialog auswählt, deren Lösungsvorschläge oder Vorgehensweisen für den Zuschlag noch in Frage kommen.¹²⁾

3.2 Musterausschreibungsunterlagen

Ein Muster von Ausschreibungsunterlagen für eine Ausschreibung mit Dialog unter Verwendung der KBOB-Formulare ist abrufbar unter www.usic.ch/Dokumentationen.

12) Beispiel aus dem Bericht EFD zur Änderung der VöB, S.19.

