

## **Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen: Vernehmlassungsverfahren**

### **Stellungnahme des Vereins PPP Schweiz zum Vorentwurf vom 30. Mai 2008**

#### **1. Grundlagen**

Der Verein für ein Kompetenznetzwerk Public Private Partnership in der Schweiz (Verein PPP Schweiz; in der Folge als Verein bezeichnet) leistet einen Beitrag zur Förderung und Umsetzung von PPP in der Schweiz und kann dazu auch Impulse für Gesetzgebung und Stellungnahmen in Vernehmlassungen abgeben (Art. 1 und 2 Vereinsstatuten; [www.pppschiweiz.ch](http://www.pppschiweiz.ch)).

Das öffentliche Beschaffungswesen stellt ein Thema dar, mit welchem sich Experten und Fachgruppen des Vereins PPP Schweiz intensiv befassen. Die beschaffungsrechtlichen Grundlagen im Rahmen der Eignungsprüfung eines PPP-Projekts stellen einen entscheidenden Erfolgsfaktor für PPP dar. Das Interesse des Vereins an beschaffungsrechtlichen Themen ist unmittelbar mit den Zielsetzungen des Vereins verknüpft.

Obschon der Verein PPP Schweiz nicht ausdrücklich zur Vernehmlassung eingeladen wurde, besteht gestützt auf Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Vernehmlassungsverfahren vom 18. März 2005 die Möglichkeit, dass eine Stellungnahme im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens abgegeben werden kann. Das Verfahren dauert bis zum 15. November 2008. Die vorliegende Eingabe erfolgt innert Frist.

Die Stellungnahme ist von den dazu bevollmächtigten Personen unterzeichnet. Die ordentliche Verabschiedung dieses Geschäfts in den zuständigen Organen des Vereins ist erfolgt. Die formellen Voraussetzungen, die vorliegende Stellungnahme zu unterbreiten, sind erfüllt.

## 2. Zielsetzungen des Vereins mit Blick auf das Beschaffungsrecht

Grundsätzlich besteht ein Anliegen des Vereins darin, in der Schweiz PPP-Projekten zum Durchbruch zu verhelfen. Für den Entscheid eines Engagements eines privaten Investors an einem PPP-Vorhaben spielen die beschaffungsrechtlichen und namentlich die verfahrensrechtlichen Bestimmungen oftmals eine entscheidende Rolle, ob ein PPP-Projekt überhaupt positiv beurteilt wird. Das Beschaffungsrecht soll eine erfolgreiche Lancierung und Abwicklung eines PPP-Projekts nicht in Frage stellen oder gefährden.

Es wird an dieser Stelle auch auf die Studie des Vereins zum gesetzgeberischen Handlungsbedarf, namentlich im Beschaffungsrecht, verwiesen ([www.ppp-schweiz.ch/contents?tag=Gesetzgebung](http://www.ppp-schweiz.ch/contents?tag=Gesetzgebung)).

Daher unterstützt der Verein sämtliche Bestrebungen im Revisionsverfahren des Beschaffungsrechts, welche namentlich beitragen zur

- Gewährleistung von Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz im Verfahren,
- Durchführung eines wirkungsvollen Wettbewerbs, wobei die öffentlichen Interessen nicht a priori Vorrang gegenüber den privaten haben,
- Modernisierung der Verfahren unter Einbezug des Dialogs und von Verhandlungen,
- Vereinfachung der Komplexität und Straffung der Verfahren ohne Beeinträchtigung der Rechtssicherheit und
- Harmonisierung der kantonalen Bestimmungen im Beschaffungsrecht.

Die Vernehmlassungsstellungnahme des Vereins wird auf die zentrale Frage fokussiert, welche Bestimmungen des total revidierten Beschaffungsrechts PPP unterstützen und fördern beziehungsweise welche Bestimmungen diese Zielsetzungen in Frage stellen oder gefährden können.

In diesem Sinne werden auch die Eingaben von Kantonen, Verbände und weiteren Organisationen unterstützt, welche in ihren Stellungnahmen die Stossrichtungen des Vereins vertreten.

Die Ausführungsbestimmungen (Verordnung BöB) bildet nicht Gegenstand der Vernehmlassungsvorlage. Der Verein beantragt, dass diese Verordnung ebenfalls so rasch als möglich in die Vernehmlassung geschickt wird. Insbesondere werden in der Verordnung gemäss Ankündigung im erläuternden Bericht zentrale inhaltliche Themen und wesentliche Verfahrens-

fragen behandelt, welche für PPP-Projekte auf jeden Fall von erheblicher Bedeutung sein können.

### **3. Allgemeine Bemerkungen zur Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision BöB**

#### **3.1. Vorbemerkungen**

Die nachfolgenden Bemerkungen beziehen sich auf die Ausführungen im erläuternden Bericht und folgen dessen Struktur.

- Unterstützung der Zielvorgaben der Vorlage

Der Verein begrüsst die Zielvorgaben, die mit Modernisieren, Klären, Flexibilisieren und Harmonisieren in grundsätzlicher Weise umschrieben werden.

Insbesondere stehen in Zukunft Instrumente und Möglichkeiten im Verfahren offen, die zur Förderung und Umsetzung von PPP einen wesentlichen Beitrag leisten können.

Es kann grundsätzlich festgehalten werden, dass die Vorlage gegenüber dem geltenden Recht in verschiedenen Punkten eine deutlich PPP-freundlichere Regelung vorsieht.

Dieser Ansatz ist im Gesetzgebungsprozess weiterhin konsequent zu verfolgen. Insbesondere sollten diese Vorgaben im Vorentwurf nicht preisgegeben werden, selbst wenn in der Vernehmlassung gegenteilige Anträge gestellt werden.

Der Verein widersetzt sich daher sämtlichen Vernehmlassungsanträgen, welche diesen Zielsetzungen vollständig oder teilweise widersprechen.

#### **3.2. Hinweise zu den einzelnen Abschnitten des erläuternden Berichts**

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf den ersten Teil der Erläuterungen und zeigen die vom Verein angestrebten Stossrichtungen auf, die in der Auswertung der Vernehmlassungsergebnisse zu berücksichtigen sind.

- **PPP als Variante im Beschaffungsverfahren einbeziehen**

Zu Ziffer 2.1., Seite 15, ist im Bericht der generelle Hinweis anzuführen, dass im Rahmen der Modernisierung und mit Blick auf Wettbewerb und die wirtschaftliche Verwendung der Mittel PPP als Variante von den Beschaffungsstellen im Verfahren zu prüfen und der herkömmlichen Beschaffung und Finanzierung gegenüberzustellen ist. Es zeigt sich in der Praxis, dass die öffentliche Hand einen gewissen Druck des Gesetzgebers braucht, damit PPP im Beschaffungsprozess überhaupt den herkömmlichen Beschaffungsmöglichkeiten gegenübergestellt wird. Verlangt wird im konkreten Verfahren eine Prüfung der Beschaffungsstellen, ob mit der Anwendung von PPP ein mögliches Verbesserungs- und/oder Einsparpotenzial besteht, ohne dass von den Beschaffungszielen abgewichen wird. Mit dieser Prüfung wird jedoch der PPP-Weg nicht präjudiziert. Allerdings soll in der Begründung des Beschaffungsentscheides grundsätzlich auf die Prüfungsergebnisse hingewiesen werden. Insbesondere ist dazulegen, weshalb und mit welchen Auswirkungen allenfalls im konkreten Fall auf PPP verzichtet werden soll.

*Antrag:*

*Ergänzung des Textes:*

*Bei Eignung ist PPP als Variante von den Beschaffungsstellen im Verfahren zu prüfen. Sie muss der herkömmlichen Beschaffung und Finanzierung gegenübergestellt und bewertet werden.*

- **Zurückhaltung bei der Anwendung von leistungsfremden Kriterien**

Zu Ziffer 2.2., Seite 15 f. wird im Zusammenhang mit der Festlegung der Bedeutung der so genannten leistungsfremden Kriterien der Antrag des Vereins unterbreitet, dass diejenigen Kriterien, die ohne direkten Bezug zur Leistung beschaffungsrechtlich jedoch als relevant bezeichnet werden, keine grosse Bedeutung im Beschaffungsverfahren einnehmen sollten.

Vor allem im Bereich PPP könnten Kriterien, die allenfalls gesellschaftlich, politisch und insbesondere sozialpolitisch als wichtig dargestellt werden, im Rahmen einer PPP-Beschaffung einen zu hohen Stellenwert einnehmen.

Daher bestünde sogar die Gefahr, dass gestützt auf solche leistungsfremde Kriterien für die PPP-Projekte zusätzliche Hindernisse auftreten, die dazu führen könnten, dass PPP als Be-

schaffungsvariante unattraktiv erscheint. Einer solchen Entwicklung ist entschieden entgegenzutreten.

*Antrag:*

*Ergänzung des Textes S. 16:*

*Leistungsfremde Kriterien sind im Beschaffungsrecht mit grosser Zurückhaltung anzuwenden.*

#### - **Entzug der aufschiebenden Wirkung gestützt auf Interessenabwägung**

Der Verein unterstützt das Vorhaben, die verfahrensrechtlichen Instrumente, welche zu Verzögerungen im Ablauf von Beschaffungen und zu Mehrkosten führen, einzugrenzen. Dazu zählt insbesondere die Regelung betreffend Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde.

Praxisbeispiele aus der jüngsten Zeit zeigen die Problematik dieses Themas auf. Daher werden die Ausführungen im Bericht zu diesem Themenbereich (S. 21 ff.) grundsätzlich begrüsst. Hingegen wird der Fokus gemäss Vorlage auf überwiegende öffentliche Interessen, welche den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen, als zu eng betrachtet.

Vielmehr wird vorgeschlagen, dass gestützt auf eine umfassende Interessenabwägung über den Entzug der aufschiebenden Wirkung befunden wird. Es sind öffentliche wie private Interessen (private Unternehmen und Investoren) gegeneinander abzuwägen. Die öffentlichen Interessen sollen dabei nicht a priori eine Vorrangstellung einnehmen.

*Antrag:*

*Textergänzung S. 17 oben:*

*Der Entzug der aufschiebenden Wirkung muss gestützt auf eine umfassende Interessenabwägung erfolgen; dabei sind öffentliche wie private Interessen gleichermassen zu berücksichtigen.*

#### - **Harmonisierung**

Die geplante Stossrichtung der Harmonisierung (Bericht S. 18 f.) wird unterstützt, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die Vernehmlassungsvorlage erst ein Zwischenziel

darstellen kann. Weitere Schritte im Harmonisierungsprozess mit den Kantonen sind unerlässlich. Das kantonale Beschaffungsrecht spielt auch für PPP-Projekte eine überragende Rolle.

Insbesondere private Investoren bringen erfahrungsgemäss für die zum Teil stark von einander abweichenden kantonalen Bestimmungen im Beschaffungsrecht wenig Verständnis auf. Der Vorbehalt der hohen Komplexität gegenüber PPP bezieht sich oftmals auch auf dieses beschaffungsrechtliche Thema. Es sollte für die Abwicklung eines PPP-Vorhabens grundsätzlich unbeachtlich sein, nach welchen kantonalen Bestimmungen die Beschaffung erfolgt. Diese Zielsetzung ist weiter konsequent zu verfolgen.

#### **4. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen des VE BöB**

##### **Art. 2 VE BöB Zweck**

*Antrag:*

*Ergänzung Bst. e:*

*PPP als Variante im Rahmen des Beschaffungsprozesses andern Beschaffungsmethoden gegenüberzustellen und zu bewerten ist.*

Als Begründung wird auf die Ausführungen unter Ziffer 3.2., Seite 4, verwiesen. Ergänzend erfolgt zudem der Hinweis, dass für die Überprüfung einer möglichen Aufgabenerfüllung durch Private die Variante PPP ausdrücklich festzuhalten ist. Im Rahmen des Prüfverfahrens, welche Beschaffung konkret anzuwenden ist, muss PPP mit Blick auf die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit mitberücksichtigt werden. Ausserdem ist im Rahmen dieses Prüfprozesses aufzuzeigen, ob entweder die öffentliche Hand allein oder zusammen mit Privaten für die Erfüllung der staatlichen Aufgabe in Frage kommt.

Es ist in den Erläuterungen ebenfalls darauf hinzuweisen, dass die Bewertung und Prüfung der Beschaffungsmethoden einschliesslich der Anwendung von PPP nach Kriterien erfolgt, die transparent und nachvollziehbar sind sowie gestützt auf ihre Auswahl und Bewertung keine Methode von vornherein in eine ungünstigere Position versetzen. In der Gegenüberstellung zwischen den herkömmlichen Beschaffungsmethoden und PPP ist demnach zu vermeiden, dass Äpfel mit Birnen verglichen werden und somit verzerrte Bewertungsergebnisse auftreten.

### **Art. 3 VE BöB Öffentliche Beschaffungen**

- **Präzisierung der Kommentierung betreffend öffentliche Aufgaben / Staatsaufgaben** (Festhalten an den Ausführungen in den Erläuterungen)

Der Verein begrüsst insbesondere die Klarstellung im Bericht (S. 27, Bemerkungen zum Absatz 1), wonach eine Beschaffung vorliegen kann, wenn eine Staatsaufgabe an Dritte übertragen wird (im Text wird auch von Auslagerung gesprochen). Dieses Vorgehen entspricht der Praxis.

Von Bedeutung für PPP ist der Hinweis, dass dasselbe – mithin das Vorliegen eines Beschaffungstatbestandes – sinngemäss auch für die Suche eines strategischen Partners (Investorenschaft) gilt. Gefestigte Praxis stellt in diesem Zusammenhang das Prinzip der einmaligen Ausschreibung dar. An diesen Grundsätzen ist auch im weiteren Gesetzgebungsprozess auf jeden Fall festzuhalten, selbst wenn anderslautende Anträge gestellt werden sollten.

*Antrag:*

*Art. 3 Abs. 1 VE BöB*

*Ergänzungsantrag zu den Erläuterungen betreffend die Tatbestände, die nicht dem Beschaffungsrecht unterliegen:*

*In Verfahren, die nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterliegen, wie dies beispielsweise im Falle einer Konzessionserteilung oder der Gewährung von Subventionsleistungen (Abgeltungen) zutrifft, sind dennoch das Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs-, Transparenz- und Nichtdiskriminierungsgebot anzuwenden. Zusätzlich ist zu prüfen, ob in Analogie im konkreten Einzelfall die beschaffungsrechtlichen Vorschriften des BöB sinngemäss anzuwenden sind. Dies betrifft insbesondere die Verfahrensarten und Verfahrensgrundsätze.*

Dieser Antrag ist selbstredend. Hervorzuheben ist insbesondere der Umstand, dass der wirtschaftliche und sparsame Umgang mit öffentlichen Mitteln nicht ausschliesslich auf das Beschaffungsverfahren begrenzt wird. Vielmehr hat generell der Umgang mit öffentlichen Mitteln diesen Prinzipien zu folgen.

Die Frage, ob die Konzessions- und Subventionstatbestände dem Beschaffungsrecht unterstehen, ist verschiedentlich gerichtlich beurteilt worden. Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist bekannt; sie ist in den Erläuterungen zu dieser Bestimmung eingeflossen. Dennoch

kann in den einzelnen Entscheiden wiederholt und zum Teil als obiter dictum festgestellt werden, dass die angeführten grundlegenden Prinzipien der Beschaffung auch in den Verfahren anzuwenden sind, die formell nicht gemäss den beschaffungsrechtlichen Bestimmungen abgewickelt werden.

## **Art. 4VE BöB Beschaffungsstellen**

### Vorbemerkungen

Der Verein stellt fest, dass mit Blick auf die internationale Praxis von der ursprünglichen Idee abgewichen wurde, Kriterien der Mehrheitsbeteiligung bei der Umschreibung der Organisationen heranzuziehen, die dem Beschaffungsrecht unterliegen. Stattdessen wird bei der Umschreibung einer Organisation als Beschaffungsstelle von einem direkt oder indirekt beherrschenden Einfluss einer Behörde oder Verwaltungseinheit des Bundes, der Kantone oder Gemeinden gesprochen.

In Art. 4 Abs. 2 werden Tatbestände angeführt, bei denen ein beherrschender Einfluss vermutet wird.

Obschon der Verein der vorliegenden Version mit Blick auf die internationale Praxis ein gewisses Verständnis entgegenbringt, wird indessen eine einfach anwendbare, transparente und für Behörden wie private Investoren berechenbare Handhabung postuliert.

*Der Verein beantragt folgende Anpassung von Art. 4 VE BöB:*

### *Absatz 1*

Als Beschaffungsstellen gelten:

- a. sämtliche Behörden und Verwaltungseinheiten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden; (belassen)
- b. *Organisationen, deren Beschaffung mehrheitlich von Beschaffungsstellen nach Buchstabe a finanziert werden; (neu)*
- c. Jede Organisation, die direkt oder indirekt unter dem beherrschenden Einfluss einer Beschaffungsstelle nach Buchstabe steht. (bisher Bst. b)



#### Absatz 2

Die Buchstaben a und b sind zu streichen, die Buchstaben c und d sind zu belassen; sie werden neu im Absatz 2 zu den Buchstaben a und b.

#### Absatz 3

Belassen.

#### Begründung:

Artikel 4 umschreibt die Beschaffungsstellen. Diese Bestimmung muss für die Behörden wie die weiteren Marktteilnehmer (Investoren, Unternehmer usw.) transparent, berechenbar und möglichst präzise anwendbar sein. Heikle Auslegungs- und Abgrenzungsfragen sind zu vermeiden.

Die in der Regel klar feststellbaren finanziellen Beteiligungsverhältnisse sollen als unumstössliches Kriterium für die Bestimmung einer Beschaffungsstelle festgeschrieben werden. Damit werden Transparenz und Berechenbarkeit erhöht. Insbesondere wird dieses Kriterium, das im vorliegenden Entwurf als Vermutung für einen beherrschenden Einfluss dargestellt wird, nicht mehr anfechtbar, wenn die Vermutungsbasis zerstört werden sollte.

Das Kriterium der Ausübung der Kontrolle über die Geschäftstätigkeit einer Organisation bietet zu kontroversen Diskussionen Anlass und fördert Transparenz, Berechenbarkeit staatlichen Handelns und Vereinfachung im Verfahren nicht.

Diese Bestimmung ist daher zu streichen.

Beispielsweise könnte eine Organisation, die nicht mehrheitlich finanziert wird, durch eine Beschaffungsstelle gleichwohl als unter einem beherrschenden Einfluss stehend betrachtet werden, wenn stattdessen die Ausübung einer Kontrolle über die Geschäftstätigkeit der Organisation bejaht wird. Für PPP-Konstruktionen sind solche unscharfen und oftmals auch kaum berechenbaren Verhältnisse wenig förderlich und sollten daher weggelassen werden.

Das Kriterium der Mehrheit der Mitglieder der Führungs- und Kontrollorgane kann belassen werden, weil in der Regel davon auszugehen ist, dass einer Mehrheit in der Führung auch eine Mehrheit der finanziellen Beteiligung gegenübersteht. Sollte ein beherrschender Einfluss bei einer Organisation mit einer finanziellen Minderheitsbeteiligung erwirkt werden, so dürften besondere Verhältnisse vorliegen, die eine solche Konstellation rechtfertigen.

## **Art. 7 VE BöB Beschaffungskooperationen**

*Antrag:*

*Art. 7 Abs. 5 mit dem Wortlaut „Die Beteiligung Dritter an einer Beschaffung schliesst die Anwendung dieses Gesetzes auf den Anteil der beteiligten Beschaffungsstelle nicht aus“ ist samt den dazugehörenden Erläuterungen ersatzlos zu streichen.*

Die entsprechenden Erläuterungen (S. 32 f.) dürfen auch an anderer Stelle weder im selben Wortlaut noch in einer sinngemässen Wiedergabe nicht mehr angeführt werden.

Grundsätzlich ist unbestritten, dass mit PPP-Konstruktionen die geltenden Gesetze strikte eingehalten werden müssen und keine Umgehungsgeschäfte geplant oder abgewickelt werden dürfen. Dies wird in der Rechtssprechung auch bestätigt.

Dagegen schießt eine Gesetzesvorschrift, welche den Fokus ausschliesslich auf diesen Tatbestand einer möglichen Umgehung richtet, über das Ziel hinaus. Diese Angst vor möglichen Umgehungsgeschäften liegt jedoch dieser Bestimmung zugrunde, wie aus den Erläuterungen zu dieser Bestimmung eindeutig hervorgeht.

Insbesondere muss als PPP hindernd (gleichsam ein PPP-Killerkriterium) die nachstehende Argumentation in den Erläuterungen zu Art. 7 Abs. 5 VE BöB betrachtet werden. Der entsprechende Passus in den Erläuterungen (S. 32 f.) ist ersatzlos zu streichen.

Wenn sich demnach Private oder öffentliche Organisationen an einer Kooperation mit einer unterstellten Beschaffungsstelle beteiligen, so müssen für den Anteil der Beschaffungsstelle die beschaffungsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Dieser Punkt ist noch nachvollziehbar.

Völlig über das Ziel hinaus schießend und somit schlechthin unverhältnismässig ist die Absicht, dass diese Bestimmung selbst dann gelten soll, wenn die nicht dem Beschaffungsrecht unterstellten Organisationen den höchsten Finanzierungsanteil tragen (Erläuterungen S. 32 f.).

Diese Bestimmung könnte nun dazu führen, dass private Investoren, welche die Hauptfinanzierung leisten, sich von einer solchen Kooperation (allenfalls im Rahmen PPP) abwenden,

weil unter solchen Umständen PPP als (verständlicherweise) absolut unattraktiv und nicht unternehmensfreundlich beurteilt wird.

Ein solches Vorhaben führt zu weit und ist mit den Zielsetzungen des Beschaffungsrechts nicht mehr vereinbar.

An dieser Tatsache ändert auch der Umstand des Prinzips der einmaligen Ausschreibung nichts, das grundsätzlich anerkannt und in der Praxis auch angewendet wird.

### **Art. 9 bis 67 VE BöB      Beschaffungsverfahren**

Der Verein unterstützt die Bestrebungen zur Vereinfachung und Straffung der Verfahren verbunden mit den vorgesehenen Anpassungen und Neuerungen gegenüber dem geltenden Beschaffungsrecht.

Der Verein stellt vorsorglich den Antrag, dass diese Bestimmungen im Entwurf belassen werden, selbst für den Fall, dass in der Vernehmlassung anders lautende Begehren gestellt werden.

Im Besonderen wird auf folgende Bestimmungen hingewiesen:

#### **- Art. 14 VE BöB**

*Anträge:*

*Anpassung des Titels dieser Bestimmung:*

*neu: Vertragsdauer;*

*alt: wiederkehrende Leistungen; Antrag: ersatzlos streichen*

*Ergänzung der Bestimmung:*

*Bei einmaligen Leistungen kann eine längere Vertragsdauer als vier Jahre festgelegt werden.*

Als Begründung weist der Verein darauf hin, dass sich im Rahmen PPP wiederholt die Frage stellt, ob das Beschaffungsrecht die Ausrichtung von Leistungen auf langfristige Bindungswirkungen überhaupt zulässt. Dies ist mit Blick auf langjährige Rechtsverhältnisse, wie sie in der Praxis PPP in der Regel anzutreffen sind, eine zentrale Frage.

In der Vorlage werden wiederkehrende Leistungen (Art. 14 VE BöB) behandelt. In diesen Fällen ist eine Befristung von vier Jahren vorgesehen. Im zweiten Satz dieser Bestimmung wird allerdings festgeschrieben, dass in begründeten Fällen eine längere Vertragsdauer vereinbart werden kann.

Von dieser Norm nicht erfasst sind gemäss den Erläuterungen (S. 36) Leistungen, die einmalig erbracht werden, aber deren Erbringung als solche bereits mehr als vier Jahre dauert (Erstellung eines Bauwerks). Eine lange Vertragsdauer für einmalige Leistungen ist von der Vorlage nicht ausgeschlossen. In den Erwägungen wird auf diese gewollte Lücke hingewiesen. Der Ergänzungsantrag dient der Präzisierung und stellt keine Ausweitung der mit dieser Norm angestrebten Rechtswirkungen dar.

### **Art. 28 VE BöB Ausschluss wegen Vorbefassung**

*Antrag:*

*Anpassung Art. 28 Abs. 2 VE BöB:*

*Alt: „Sie kann auf den Ausschluss verzichten, wenn..“*

*Neu: „Sie verzichtet auf den Ausschluss, wenn...“ (Streichung der Kann-Bestimmung)*

Die Kann-Vorschrift ist zu streichen. Für PPP ist entscheidend, dass mit Blick auf die Transparenz und Berechenbarkeit staatlichen Handelns Firmen, die im Verlaufe der Vorbereitung von möglichen PPP-Projekten allenfalls den Tatbestand der Vorbefassung erfüllen könnten, vom weiteren Verfahren nicht ausgeschlossen werden, wenn für die Mitkonkurrenten die entsprechenden Unterlagen usw. transparent dargelegt werden.

Somit besteht für die betroffenen Anbieter die Rechtssicherheit, weiterhin im Verfahren verbleiben zu können und nicht damit rechnen zu müssen (trotz entsprechender Bemühungen, einen allfälligen Wettbewerbsvorteil auszugleichen), wegen Vorbefassung ausgeschlossen zu werden. Die allenfalls vorbefassten Anbieter sollen somit einen Anspruch auf Verbleib im Verfahren erhalten, wenn ein möglicher Wettbewerbsvorteil ausgeglichen wird. Die Anwendung der „Kann“- Formulierung setzt eine behördliche Ermessensbetätigung voraus, welche der Transparenz und Berechenbarkeit staatlichen Handelns nicht im selben Masse entspricht, wie dies mit dem Änderungsvorschlag des Vereins der Fall ist.

Der Verein spricht sich gegen eine Verschärfung der Regelung der Vorbefassungsthematik aus. Insbesondere sind die Erläuterungen zu Art. 28 Absatz 2 letzter Abschnitt in jedem Fall

unverändert zu belassen. Diese Ausführungen entsprechen der Gerichtspraxis und relativieren den bisher als absoluten Verfahrenskiller zu betrachtenden Vorbefassungstatbestand.

#### **Art. 45 bis 47 VE BöB**

Der Verein unterstützt die besonderen Elemente des Ausschreibungsverfahrens, namentlich die Bestimmungen zu den Wettbewerben (Art. 45), zu den Dialogen (Art. 46) und zu den Verhandlungen (Art. 47). Mit der Aufnahme dieser Bestimmungen wird einem wesentlichen Anliegen von PPP im Beschaffungsverfahren entsprochen. Die vorliegenden Bestimmungen sind auf jeden Fall im VE BöB zu belassen.

Im Zusammenhang mit den Verhandlungen beantragt der Verein jedoch, dass nicht nur die Preisverhandlungen im Fokus stehen, wie dies aus den Erläuterungen zu Artikel 47 VE BöB (S. 63 f.) hervorgeht. Insbesondere muss mit Blick auf ein PPP sichergestellt sein, dass über sämtliche Punkte verhandelt werden kann, die für ein PPP-Vorhaben relevant sein können. Damit wird der Verhandlungsrahmen über die Preisverhandlungen hinaus erweitert. Die grundlegenden Prinzipien wie unter anderem Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz bzw. Förderung des Wettbewerbs werden von dieser Forderung nach Öffnung des Verhandlungsrahmens nicht betroffen und sind von den Ausschreibungsbehörden zu respektieren, wie dies auch im Falle von Preisverhandlungen ohnehin zutrifft. Mit dieser Erweiterung der Verhandlungsmöglichkeiten können PPP-Vorhaben in einem frühen Stadium des Verfahrens allenfalls aus einer zusätzlichen Optik bewertet und somit in geeigneter Weise unterstützt werden, wenn aus den Verhandlungsergebnissen Stossrichtungen für das weitere Vorgehen für die Parteien abgeleitet werden können.

*Ergänzungsantrag zu den Erläuterungen zu Art. 47 VE BöB:*

*Die Verhandlungen sind auf sämtliche Themen auszuweiten, die insbesondere für ein PPP-Vorhaben relevant sein können, und dürfen nicht auf Preisverhandlungen begrenzt werden.*

Der Verein beantragt daher, dass Begehren um Streichung dieser Bestimmungen, welche in den Vernehmlassungsstellungen allenfalls unterbreitet werden, abgewiesen werden.

## **Art. 76 VE Aufschiebende Wirkung**

*Antrag:*

*Ergänzung der Erläuterungen S. 80 im Zusammenhang mit der Interessensabwägung:*

*Der Entzug der aufschiebenden Wirkung muss gestützt auf eine umfassende Interessensabwägung erfolgen; dabei sind öffentliche wie private Interessen gleichermassen zu berücksichtigen.*

Der Verein begründet den Antrag, dass insbesondere darzulegen ist, dass im Rahmen einer Interessenabwägung auch überwiegende private Interessen den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen können (vgl. dazu die Ausführungen vorne S. 5 zu den allgemeinen Bemerkungen der Erläuterungen).

### **- Weitere Bestimmungen**

Die weiteren Bestimmungen des Verfahrens, der Aufsicht und Koordination werden ausdrücklich begrüsst.

### **- Anhänge**

Als sehr nützlich sind die in den Anhängen 1 bis 4 dargestellten Vollzugshilfen und Checklisten zu betrachten. Sie tragen wesentlich zu einer benutzerfreundlichen Anwendung des Beschaffungsrechts bei. Diese Übersichten sind auf jeden Fall unverändert zu belassen oder höchstens in einzelnen Punkten allenfalls zu ergänzen.