



**Ulrich Keusen**  
Rechtsanwalt CAS  
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht  
Partner  
Telefon +41 58 258 16 00  
ulrich.keusen@bratschi.ch



**Kathrin Lanz Kneissler**  
lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin  
Counsel  
Telefon +41 58 258 16 00  
kathrin.lanz@bratschi.ch

## Gesetzeszweck und Zuschlagskriterien im neuen Beschaffungsrecht

In der Diskussion der neuen Normen wurde häufig von einem Paradigmenwechsel gesprochen. Als zentrales Anliegen der Beschaffungsrechtsreform wurde eine Abkehr vom reinen Preiswettbewerb hin zur stärkeren Fokussierung auf einen Qualitätswettbewerb postuliert. Woran soll nun dieser Wechsel erkennbar sein? Am deutlichsten wohl im Gesetzeszweck und in den Regeln zum Zuschlag.

### 1. Vorbemerkung zur Revision

In einem Gemeinschaftsprojekt von Bund und Kantonen wurde ein neues Beschaffungsrecht geschaffen, das weitgehend vereinheitlicht ist. Die Vereinheitlichung wurde erreicht, indem auf Bundesebene der gleiche Gesetzestext (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB) erlassen wurde, wie ihn die Konferenz der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren durch die Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) geschaffen hat. Obwohl nicht ein Beschaffungsrecht für die ganze Schweiz gilt, wird im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes und der neuen IVöB je ein praktisch gleicher Normtext angewendet, der dann Vergleiche und gemeinsame Entwicklungen zulässt.

Das BöB und die dazu gehörige Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) treten am 1. Januar 2021 in Kraft. Die IVöB geht im Moment in verschiedenen Kantonen in die Vernehmlassung und sie tritt in Kraft, sobald sie von zwei Kantonen angenommen wurde. Sie gilt in den Kantonen, welche sie in ihr eigenes Beschaffungsrecht aufgenommen haben.

### 2. Zweckbestimmung des Beschaffungsrechts

Während der bisherige Gesetzestext von vier eigentlichen Schlagworten geprägt war, wurden diese vier Aspekte nun sprachlich etwas erweitert, inhaltlich aber auch präzisiert. Das Gesetz bzw.

die Verordnung bezweckt nun gemäss Art. 2 rev. BöB/IVöB:

- a) den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel;
- b) die Transparenz des Vergabeverfahrens;
- c) die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter;
- d) die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbietern, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption.

Die Zwecknorm eines Gesetzes ist immer Richtschnur zu dessen Auslegung. Die aufgezählten Teilgehalte sind untereinander gleichwertig, wobei bei Zielkonflikten ein Auslegungsergebnis gesucht werden muss, bei dem alle Interessen abgewogen werden. Der Gesetzeszweck wird zudem in den Verfahrensgrundsätzen von Art. 11 rev. BöB/IVöB und den Schutzbestimmungen von Art. 12 rev. BöB/IVöB jedenfalls für den Auftraggeber weiter konkretisiert.

In der Lehre wird insbesondere der Grundsatz der Nachhaltigkeit hervorgehoben, der im gleichen Zug mit der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel genannt wird, wobei aus dieser gemeinsamen Nennung klar wird, dass die Wirtschaftlichkeit nicht gleichbedeutend ist mit dem tiefsten Preis. Die Qualität der Leistungen und weiterer Parameter müssen berücksichtigt werden. Umwelt- und Sozialkriterien werden ebenfalls im gleichen Atemzug genannt und dementsprechend dem reinen Preiswettbewerb gegenübergestellt.

Die Transparenz soll Fairness beim Marktzutritt sicherstellen. Die Transparenz gebietet bspw., dass der Auftraggeber die Gewichtung der Zuschlagskriterien zum Voraus präzisiert und bekannt gibt. Sie kommt erst dort an eine Grenze, wo vertrauliche Informationen der Anbieter tangiert werden.

Die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung ergibt sich aus dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsanspruch.

Die Förderung des wirksamen Wettbewerbs richtet sich gegen wettbewerbsbehindernde Verhaltensweisen. Der wirksame Wettbewerb kann aber auch in Fällen gefährdet sein, in denen eine öffentliche Auftraggeberin eine marktbeherrschende Stellung missbraucht, da sie eine grosse Nachfragemacht haben kann. Auf Beschaffungsk Kooperationen ist hier besonderes Augenmerk zu richten.

### **3. Rechtsanspruch auf Zuschlag**

Art. 41 rev. BöB/IVöB dürfte der kürzeste Artikel sein, der umgekehrt aber einer der bedeutendsten ist. Er lautet wie folgt:

«Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag.»

Das ist einer der Kernsätze des Beschaffungsrechts, damit erhält nämlich jener Anbieter einen Rechtsanspruch auf den Zuschlag, der das vorteilhafteste Angebot eingereicht hat. Der Rechtsanspruch auf diesen Zuschlag wird mit den Rechtsmitteln von Art. 51 ff. rev. BöB/IVöB geschützt und kann damit durchgesetzt werden.

Um diese Formulierung wurde in der parlamentarischen Debatte heftig gestritten. Beim vorteilhaftesten Angebot geht es nun um jenes Angebot, das die Erfüllung der Zuschlagskriterien optimal gewährleistet, also die Gesamtqualität eines Angebots meint. Das Angebot wird ermittelt, indem neben Qualität und Preis einer Leistung unter Umständen auch weitere Kriterien, die Gegenstand der Ausschreibung gewesen waren, zur Beurteilung gelangen. Es geht um eine breite Berücksichtigung von Zuschlagskriterien.

#### **4. Katalog von Zuschlagskriterien**

Art. 29 rev. BöB/IVöB bringt nun eine breite Aufzählung von Zuschlagskriterien, mit welchen der Paradigmenwechsel vom Preiswettbewerb zum Qualitätswettbewerb umgesetzt werden soll. Der reine Preiswettbewerb soll die Ausnahme sein und die Beschaffungsbehörden und Auftraggeber sollen bei der Konzeption von Beschaffungen dazu angeregt werden, aus dem Katalog der Zuschlagskriterien von Art. 29 rev. BöB/IVöB auszuwählen. Die Auswahl der Zuschlagskriterien soll auf den Beschaffungsgegenstand so abgestimmt sein, dass das beste Preis-/Leistungsverhältnis unter Berücksichtigung einer hohen Qualität ausgewählt werden kann. Die Zuschlagskriterien sind keine Musskriterien und auch keine Vorgabe einer Rangordnung. Die Auftraggeber können bei der Konzeption ihrer Ausschreibungsunterlagen von diesem Katalog Gebrauch machen, die Kriterien in eine Reihenfolge bringen, sie gewichten, damit nach ihrem eigenen Gutdünken das vorteilhafteste Angebot evaluiert werden kann. Nach unserer Auffassung ist das eigene Gutdünken dann aber beschränkt durch ein pflichtgemässes Ermessen bei der Ausgestaltung der Ausschreibung.

Auf der kantonalen Ebene wird mit Art. 29 Abs. 2 BöB/IVöB die Lehrlingsausbildung der beruflichen Grundausbildung wieder als Zuschlagskriterium aufgenommen, nachdem es jahrelang in der Gerichtspraxis als vergabefremd bezeichnet wurde. Zur Anwendung kommt es aber nur ausserhalb des Staatsvertragsbereiches.

Bemerkenswert ist Abs. 4 von Art. 29 rev. BöB/IVöB, der zwar vorsieht, dass bei standardisierten Leistungen ein Zuschlag ausschliesslich nach den Kriterien des Preises erfolgen kann, allerdings nur, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Dabei geht es um hohe Anforderungen an Nachhaltigkeit in sozialer, ökologischer und wirtschaftlicher Hinsicht. Diese Einschränkung beim Berücksichtigen des Preises gilt allerdings nur auf Bundesebene (im BöB) und wurde von den Kantonen (in der IVöB) nicht übernommen. Dort kann ein standardisiertes Produkt ohne weitere Bedingungen aufgrund einer Preisbewertung ausgewählt werden.

## 5. Fazit

Mit den Leitplanken im Gesetzestext, den Verfahrensgrundsätzen, dem Katalog der Zuschlagskriterien und der Fokussierung auf das vorteilhafteste Angebot wurde in der Tat ein Normtext geschaffen, der konsequent und zielgerichtet auf den Qualitätswettbewerb zielt und den Preiswettbewerb in den Hintergrund rückt. Wie weit sich dies in der Praxis dann bewähren wird, wird sich zeigen, da der Preis als klar messbare Grösse bei der Unterscheidung von Bewertungen umgekehrt eine hohe Akzeptanz hat und auch eine grosse Nachvollziehbarkeit gewährleistet, während qualitative Kriterien zum Teil sehr stark von Ermessenbeurteilungen abhängig sind.

---

**Bratschi AG** ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

<b>Basel</b> Lange Gasse 15 Postfach CH-4052 Basel T +41 58 258 19 00 F +41 58 258 19 99 basel@bratschi.ch	<b>Bern</b> Bollwerk 15 Postfach CH-3001 Bern T +41 58 258 16 00 F +41 58 258 16 99 bern@bratschi.ch	<b>Genf</b> Rue du Général-Dufour 20 1204 Genf T +41 58 258 13 00 F +41 58 258 17 99 bern@bratschi.ch	<b>Lausanne</b> Avenue Mon-Repos 14 Postfach 5507 CH-1002 Lausanne T +41 58 258 17 00 T +41 58 258 17 99 lausanne@bratschi.ch	<b>St. Gallen</b> Vadianstrasse 44 Postfach 262 CH-9001 St. Gallen T +41 58 258 14 00 F +41 58 258 14 99 stgallen@bratschi.ch	<b>Zug</b> Gübelstrasse 11 Postfach 7106 CH-6302 Zug T +41 58 258 18 00 F +41 58 258 18 99 zug@bratschi.ch	<b>Zürich</b> Bahnhofstrasse 70 Postfach CH-8021 Zürich T +41 58 258 10 00 F +41 58 258 10 99 zuerich@bratschi.ch
--	--	--	---	---	--	---