



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

Neues Beschaffungsrecht ab 2021 – Die wichtigsten Neuerungen im Überblick

Neuer Wein in alten Schläuchen oder alter Wein in neuen Schläuchen? – Wohl eher eine spannende Assemblage, die reifen muss. Das Zusammenwirken von Bund und Kantonen bei der Weiterentwicklung des Beschaffungsrechts hat eine grosse Zahl von Neuerungen gebracht, ohne dass die grossen Linien verwischt wurden. Die Revision auf Bundesebene tritt am 1. Januar 2021 in Kraft, die Kantone werden schrittweise nachziehen. Wir möchten hier einen groben Überblick über die wichtigsten Neuerungen geben.

1. Hintergrund der Revision

Im Auftrag der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) und der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) hat sich eine paritätische Arbeitsgruppe (Aurora) mit der Revision befasst. Hintergrund der Revision ist das im März 2012 durch den Bundesrat unterzeichnete sogenannte General Procurement Agreement (GPA 2012), das internationale Beschaffungsübereinkommen der WTO. Mit dieser paritätischen Arbeitsgruppe wurde – einzigartig bisher – ein Gesetzgebungsprojekt verwirklicht, in welchem der Bund und die Kantone mit dem revidierten Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (rev. BöB) und der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (rev. IVöB) einen praktisch gleichlautenden Normtext erarbeitet haben. National- und Ständerat haben die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (rev. BöB) am 21. Juni 2019 verabschiedet und dazu auch das WTO-Übereinkommen angekommen. Der Bundesrat hat schliesslich am 12. Februar 2020 die revidierte Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (rev. VöB) verabschiedet und für das Gesetz und die Verordnung ein Inkrafttreten am 1. Januar 2021 festgesetzt.

Die BPUK hat in der Zwischenzeit eine Musterbotschaft für die Totalrevision der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (rev. IVöB) am 16. Januar 2020 veröffentlicht und schliesslich am 7. Mai 2020 die rev. IVöB beschlossen und gleichzeitig ein Vergleichsdokument zur Revision des Beschaffungsrechts herausgegeben, aus dem beide Normtexte auf einen Blick ersichtlich sind. Die Kantone sind nun berufen, der rev. IVöB beizutreten und ggfs. noch

eigene Einführungsvorschriften dazu zu erlassen, insbesondere die zuständigen Behörden zu bezeichnen.

Mit dem Vergleichsdokument haben wir nun ein gesamthaft revidiertes Beschaffungsrecht in Händen, das in weitesten Teilen sowohl für den Bund wie für die Kantone gleichlautend ist. Das bedeutet allerdings immer noch, dass ein Bundesbeschaffungsrecht existiert und jeder Kanton ein eigenes Beschaffungsrecht hat und auch haben wird. Selbst wenn die Texte gleich sind, ist die Hoheit über diese Texte verschieden. Selbst wenn die Kantone ihre Praxis möglicherweise parallel entwickeln werden, bleiben die verschiedenen Praxen der kantonalen Verwaltungsgerichte zur Gesetzesanwendung voneinander unabhängig. Erst die Praxis wird dann weisen, ob die verschiedenen kantonalen Kulturen des Beschaffungsrechts sich mit der Zeit annähern werden oder ob die Zeit dazu führt, dass sich wiederum verschiedene Ausgestaltungen der kantonalen Beschaffungsrechte entwickeln.

2. Wichtigste Neuerungen im Überblick

Während die Grundzüge des Vergaberechts sowohl auf Bundes- wie auf kantonaler Ebene gleichgeblieben sind, gibt es neue Normtexte, die von den bestehenden ganz verschieden sind. Vieles, was bisher verstreut geregelt war, findet sich jetzt in der rev. BöB/IVöB. Mit der Verarbeitung von langjähriger Gerichtspraxis sind auch solche Entwicklungen jetzt enthalten. Die Texte, welche vorab die Beschaffungsstellen, d.h. im Prinzip die Verwaltung, binden, haben mehr noch als früher den Charakter eines Leitfadens, der durch das Beschaffungsrecht führt. Die wesentlichen Entwicklungen im Überblick:

- Nach Gegenstand und Zweck des Gesetzes wird heute eine ganze Zahl von Begriffen definiert oder erklärt. Die **Begriffsdefinitionen** werden damit zu sog. Legaldefinitionen, d.h. zwingenden Definitionen, von denen nur mit einer Gesetzesänderung wieder abgewichen werden könnte.
- Im **subjektiven Geltungsbereich** (Art. 4 ff. rev. BöB/IVöB) werden mehr Differenzierungen als bisher gemacht, so dass viele Fragen wie mit einem Handbuch geprüft werden können. Die Abgrenzungsfragen werden aber weiterhin schwierig bleiben. Es wird unterschieden, welche Einheiten im Staatsvertragsbereich und welche ausserhalb des Staatsvertragsbereichs dem Beschaffungsrecht unterstehen. Hier wird die bisherige Praxis im Wesentlichen geklärt.
- Beim **objektiven Geltungsbereich** (Art. 8 ff. rev. BöB/IVöB) wird erstmals der öffentliche Auftrag definiert und es werden etwa die Verleihung von Konzessionen und die Übertragung öffentlicher Aufgaben explizit aufgenommen. Das System der Schwellenwerte bleibt in bekannter Manier.
- Die **Inhouse**-Vergaben werden umrissen und vom objektiven Geltungsbereich ausgenommen, ebenso die Monopolleistungen (Art. 10 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 rev. BöB/IVöB).
- Die **Verfahrensgrundsätze** sind in Art. 11 rev. BöB/IVöB nun gedrängt dargestellt und auf allen Ebenen gleich. Sie binden die Auftraggeber konkret und weitgehend und bilden die wegweisenden Rahmenbedingungen, wenn sie zusammen mit den Regeln zum Rechtsschutz

(Art. 51 ff. rev. BöB/IVöB) gelesen werden. Bei der rechtlichen Analyse eines Verfahrens werden diese Regeln der Dreh- und Angelpunkt sein. Hier fällt auf, dass das Verbot von sogenannten Abgebotsrunden nun auch auf Bundesebene gilt. Umgekehrt wird aber die Angebotsbereinigung geschärft (Art. 39 rev. BöB/IVöB), die u.U. auch Preisänderungen zur Folge haben kann. Neu trifft der Auftraggeber explizit Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption.

- Die Regeln über **Ausstand und Vorbefassung** sind nun den Besonderheiten des Vergaberechts angepasst, indem ein funktionaler Begriff gewählt wurde und Ausstandsbegehren unmittelbar nach Kenntnis des Ausstandsgrundes vorgebracht werden müssen. Damit kann eine Ausstandssituation also mit Fristablauf «geheilt» werden. Bei den Vorbefassungstatbeständen kann der entstandene Wettbewerbsvorteil ausgeglichen werden mittels beispielhaft aufgezählter Massnahmen (Art. 14 rev. BöB/IVöB).
- Die bisher bekannten **Verfahren** (offenes Verfahren, selektives Verfahren, Einladungsverfahren und Freihandverfahren) werden ergänzt (Art. 17 ff. rev. BöB/IVöB). Neu aufgenommen sind die sogenannten Vergabeinstrumente der Wettbewerbe und Studienaufträge (bisher schon bekannt), der elektronischen Auktionen, des Dialogs und der Rahmenverträge. Die Marktabklärung als ebenso neues Instrument wird bei den Vorbefassungsregeln (Art. 14 Abs. 3 rev. BöB/IVöB) etwas versteckt. Die Vergabeinstrumente sollen mit den bekannten Verfahren kombiniert werden können, etwa bei einem Dialogverfahren auf Einladung.
 - Die **Wettbewerbe und Studienaufträge** sind in bestimmten Branchen (bspw. Architektur, Raumplanung) schon recht verbreitet, wobei die Verknüpfung mit dem Beschaffungsrecht neu weniger schwierig sein soll.
 - Beim **Dialogverfahren** soll für komplexe Aufträge und bei der Beschaffung innovativer Leistungen ein Dialog mit den Anbietern durchgeführt werden können, um den Leistungsgegenstand zu konkretisieren sowie die Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln, bevor eine eigentliche Preisofferte gemacht wird. Der Leistungsgegenstand und die Qualitätserfordernisse werden vorerst unabhängig von einem Preis entwickelt, mittels eines Dialogs zwischen Anbietern und Auftraggeber.
 - Bei der Ausschreibung von **Rahmenverträgen**, können Vertragspartner für mehrere Rahmenverträge im Beschaffungsverfahren evaluiert werden. Sobald dann eine konkrete Leistung abgerufen werden soll, kann mit sogenannten Mini-Tenders ein konkretes Angebot unter den Vertragspartnern der Rahmenverträge abgerufen werden.
 - Die **Marktabklärung** geschieht vor dem eigentlichen Beschaffungsverfahren und soll dem Auftraggeber die Möglichkeit geben, den Markt anzusprechen, namentlich auf innovative, neue, seltene oder ungewöhnliche Lösungen. Statt im laufenden Verfahren vor unerwarteten Unternehmervarianten zu stehen, können Lösungsvarianten vor der Publikation von Ausschreibungsunterlagen gesucht werden. Bringt ein Anbieter einen solchen Lösungsvorschlag, soll sichergestellt sein, dass er nicht aufgrund einer Vorbefassung aus dem Verfahren ausgeschlossen werden muss.

- Es können neu **Verzeichnisse** darüber geführt werden, wer (generell) geeignet ist zur Übernahme öffentlicher Aufträge (weisse Liste), womit der Nachweis der generellen Eignung vereinfacht wird, weil nicht immer wieder die gleichen Nachweise (Registerauszüge, Bestätigungen, Selbstdeklarationen usw.) zusammengetragen werden müssen. Eine Teilnahme eines nicht in einer solchen Liste eingetragenen Anbieters an einem konkreten Verfahren bleibt aber mit den Einzelnachweisen möglich.
- In Art. 29 rev. BöB/IVöB wird ein ganzer Strauss von möglichen **Zuschlagskriterien** genannt, welcher die Auftraggeber dazu motivieren soll, einen Qualitätswettbewerb vor einen eigentlichen Preiswettbewerb zu stellen. Die Kriterien können ausgewählt und in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen werden. Sie sind weder zwingend noch ist deren Gewichtung vorgegeben. Insbesondere der Begriff der Nachhaltigkeit gewinnt aber deutlich an Konturen in diesem Bereich.
- Bei den **Sanktionen** (Art. 45 rev. BöB/IVöB) fällt die Einführung einer zentralen, nicht öffentlichen Liste mit Anbieterinnen und Subunternehmern auf, die von künftigen Beschaffungsvorhaben ausgeschlossen sind (schwarze Liste).
- Es gibt einen moderaten Ausbau des **Rechtsschutzes** (Art. 51 ff. rev. BöB/IVöB) im Einklang mit der Rechtsweggarantie der Bundesverfassung und die Möglichkeit, bei unerschwerlichen Vergaben nur die Rechtswidrigkeit einer Verfügung (vorab der Zuschlagsverfügung) feststellen zu lassen. Die adhäsionsweise Erledigung von Schadenersatzbegehren durch die Beschwerdeinstanz erscheint als beiläufige Bestimmung, die aber lange schon gefordert wurde.

3. Künftige Entwicklungen des Beschaffungsrechts

Wie sich diese zwar gleich aussehenden, materiell aber unterschiedlichen Beschaffungsrechte bei den Kantonen und auch beim Bund über längere Zeit auswirken werden, ist offen. Wie bereits oben gesagt, ist eine stärkere Vereinheitlichungstendenz ebenso möglich wie ein Auffächern der Praxis durch eigenständige Leitlinien der Verwaltungsgerichte. Während das Bundesbeschaffungsrecht jeweils der Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen und das Bundesgericht in Lausanne unterliegt, ist in den Kantonen ein Beschwerderecht an das kantonale Verwaltungsgericht als einzige Instanz vorgesehen, dessen Entscheide mit den grossen Hürden des Bundesgerichtsgesetzes nur in ausserordentlichen Ausnahmefällen noch durch das Bundesgericht überprüft werden können. Selbst wenn die Praxis beflissen sein wird, die Grundsätze des Bundesrechts auch in der kantonalen Anwendung zu prüfen, erschweren die Zugangsbeschränkungen zum Bundesgericht die langfristige Vereinheitlichung auch der kantonalen Beschaffungsrechte. Es wird an den Verwaltungsgerichten liegen, die Praxis anderer Kantone ebenso zu beachten wie die eigene.

4. Fazit

Das neue Recht ist klarer strukturiert, eingängiger und übersichtlicher als das bisherige Recht und es ermöglicht Diskussionen über die sich stellenden Rechtsfragen quer durch alle Kantone und auch unter Einbezug des Bundes. Hier hat die Revision ein grosses Potential zur Vereinfachung der Beschaffungen sowohl für die Vergabestellen wie auch für die Anbieter. Den Vergabestellen stehen mit den neuen Instrumenten mehr Möglichkeiten zur Verfügung, die Bestimmungen eines Verfahrens auf die nachgefragte Leistung auszurichten und damit den Markt so anzusprechen, so dass innovative und wirtschaftlich spannende Angebote miteinander verglichen und auch ausgewählt werden können.

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.

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