



Jürg Bereuter

lic. iur., Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
juerg.bereuter@bratschi.ch

Verfahrensgrundsätze im neuen Beschaffungsrecht – Kleine aber feine Veränderungen?

Mit der Angleichung der Verfahrensgrundsätze im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und in der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, sehen diese nun gleich aus, vereinigen aber Grundsätze aus bisher unterschiedlichen Kulturen, ohne grundsätzlich Neues zu bringen.

1. Vorbemerkung zur Revision des Beschaffungsrechts

In einem Gemeinschaftsprojekt von Bund und Kantonen liegt ein neues Beschaffungsrecht vor, das weitgehend vereinheitlicht ist. Die Vereinheitlichung wurde erreicht, indem auf Bundesebene der gleiche Gesetzestext, Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungsrecht (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 Gültigkeit haben, der dann Vergleiche und gemeinsame Entwicklungen zulässt.

Das BöB und die dazu gehörige Verordnung 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. Verfahrensgrundsätze allgemein

Die Verfahrensgrundsätze von Art. 11 rev. BöB/IVöB leiten sich aus den staatsvertraglichen Grundsätzen des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) ab. Dazu gehören die Nichtdiskriminierung bzw. die Inländerbehandlung (ein Ausländer wird wie ein Inländer behandelt), das Bekenntnis zu einem transparenten und unparteiischen Verfahren, die Bekämpfung der Korruption sowie der Verzicht auf Kompensationsgeschäfte. Ähnliche Grundsätze finden sich in den Vergaberichtlinien der EU.

Die Verfahrensgrundsätze werden zwar in einer bestimmten Reihenfolge aufgezählt, sie sind untereinander aber gleichwertig. Die Reihenfolge lässt keine Prioritätsordnung zu. Alle Grundsätze sind insgesamt zu beachten und allfällige Konflikte müssen mit einer Interessenabwägung gelöst werden.

Insgesamt gesehen geben die Grundsätze jene Regeln aus dem aktuellen Beschaffungsrecht wieder, die in verschiedenen Erlassen verteilt waren. Sie kommen nun geordnet und konzentriert vor. Im Einzelnen sind es die folgend beschriebenen Grundsätze.

3. Transparenz, Objektivität und Unparteilichkeit

Diese drei Verfahrensgrundsätze sind dem allgemeinen Zweckartikel der rev. BöB/IVöB sehr nahe, sie richten sich aber im Wortlaut von Art. 11 rev. BöB/IVöB ausdrücklich an die Auftraggeber, während der Gesetzeszweck genereller Natur ist. Selbst wenn mit den Grundsätzen nur die Auftraggeber angesprochen werden, können die Anbieter für sich doch Rechte ableiten, nämlich dann, wenn diese Grundsätze in einem Verfahren verletzt werden. Unter Anrufung solcher Verletzungen können die Rechtsmittel im Rahmen von Art. 51 ff. rev. BöB/IVöB insbesondere begründet werden.

Transparenz, Objektivität und Unparteilichkeit wurden bisher vor allem unter dem Begriff der Transparenz geführt, wobei die beiden anderen Grundsätze schon seit jeher als Elemente der Transparenz verstanden wurden. Es geht hier mehr um Teilgehalte als um selbstständige Verfahrensgrundsätze. Die Begriffe überschneiden sich bei der Durchführung eines Verfahrens. Jegliche Verfahrensschritte sollen transparent, d.h. offen und verständlich durchgeführt werden. Informationen sollen objektiv und nicht subjektiv auf bestimmte Parteien gerichtet sein. Die Verfahrensschritte und Vorkehrungen sollen ungesehen der Parteien vorgenommen werden.

4. Treffen von Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption

Die Vermeidung von Korruption und Interessenkonflikten stellt schon eines der Kernanliegen der internationalen Grundlagen, sowohl auf der Ebene von GATT-WTO als auch auf derjenigen der OECD dar. Mit dem Verfahrensgrundsatz werden auch entsprechende staatsvertragliche Vereinbarungen umgesetzt. In der Schweiz soll demnach einem Unternehmen der Zugang zu öffentlichen Beschaffungsverfahren verwehrt sein, wenn es der Korruption im In- oder Ausland überführt wurde. Gestützt darauf kann eine Auftraggeberin eine dementsprechende Anbieterin aus einem Beschaffungsverfahren ausschliessen bzw. den Zuschlag widerrufen. Bei schwerwiegenden Fällen stehen sogar die Sanktionsmöglichkeiten nach Art. 45 Abs. 1 rev. BöB/IVöB zur Verfügung (u.U. Ausschluss von künftigen Aufträgen für bis zu 5 Jahren). Auf der gleichen Stufe wie die Korruption nennen rev. BöB/IVöB die Massnahmen gegen Interessenkonflikte sowie unzulässige Wettbewerbsabreden, was eine gesetzgeberische Ableitung der Bedeutung dieser beiden Tatbestände natürlich vermuten lässt. Auch hier müssen die Grundsätze zusammen mit den Sanktionsmöglichkeiten gelesen werden.

5. Gebot der Gleichbehandlung

Hier geht es einmal um das Gebot der Gleichbehandlung von in- und ausländischen Anbieterinnen, jedoch nur im Staatsvertragsbereich. Wenn in- und ausländische Anbieterinnen gleich behandelt werden müssen, gilt auch, dass in- und ausländische Anbieterinnen unter sich gleich behandelt werden. In diesem Zusammenhang wird häufig von der Inländerbehandlung gesprochen, was eine Vergabe aufgrund von protektionistischen Motiven ausschliessen soll. Die Schlechterstellung eines Produkts aufgrund der Herkunft oder die Besserstellung einer Leistung aufgrund des Sitzes einer Anbieterin, ist unzulässig, selbst wenn wirtschaftliche oder fiskalische Überlegungen für eine solche Bevorzugung sprechen würden.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist auch verletzt, wenn innerhalb eines Verfahrens eine Anbieterin anders behandelt wird, als eine andere, insbesondere bei einer Anpassung des Angebots oder beim Vorliegen eines Informationsvorsprungs.

6. Verbot von Abgebotsrunden

Während Abgebotsrunden bisher auf kantonaler Ebene verboten waren, waren sie auf Bundesebene zulässig. Bei Abgebotsrunden ging es einzig darum, mit reinen Preisverhandlungen den Angebotspreis zu senken.

Diese Abgebotsrunden waren stets in der Kritik, vermutete man doch, dass Anbieterinnen im Hinblick auf Preisverhandlungen Margen in ihre Angebote einbauen, die sie später wieder preisgeben würden. Das neue Recht geht davon aus, dass der Verzicht auf Abgebotsrunden eine höhere Transparenz insbesondere bei der Preispolitik bewirken wird.

Das Verbot von Abgebotsrunden schliesst nicht aus, dass Angebote auch preislich bereinigt werden können (Art. 39 rev. BöB/IVöB) oder in speziellen Verfahren wie bspw. im Dialog (Art. 24 rev. BöB/IVöB) entwickelt werden. Ebenso sind Preisanpassungen im Rahmen einer elektronischen Auktion oder bei den Verhandlungen einer Offerte im freihändigen Verfahren nun auf allen Ebenen zulässig.

7. Schutz von Daten und Geschäftsgeheimnissen

Der Grundsatz der Transparenz hat dort ein Ende, wo es um das Offenlegen vertraulicher Informationen der Anbieter geht. Hier geht man davon aus, dass zu grosse Transparenz abgestimmte Verhaltensweisen begünstigen könnte und damit den Wettbewerb negativ beeinflussen würde. Zudem hemmt eine zu grosse Transparenz die Bereitschaft der Anbieter, Offerten einzureichen, wenn befürchtet werden muss, dass diese an Konkurrenzunternehmen oder Medienschaffende weitergegeben werden. Aus diesen Gründen hat die Auftraggeberin den vertraulichen Charakter der Angaben der Anbieter zu wahren. Deren Daten und Geschäftsgeheimnisse dürfen nicht an Dritte herausgegeben werden. Vorbehalten bleiben natürlich die zahlreichen Publikationspflichten und Statistiken zur Rechenschaftsablage. Die diesbezüglichen Informationen bleiben offen.

8. Fazit

Insgesamt wird wenig Neues durch die Beschaffungsrevision umgesetzt. Die Grundsätze sind nun aber in der ganzen Rechtsordnung gleich. Sie sind auch klar geordnet und stehen einerseits in einem Zusammenhang mit den Rechtsmitteln, andererseits mit den Sanktionen. Mit diesen Verfahrensgrundsätzen kann weiterhin die Rechtmässigkeit eines Beschaffungsverfahrens beurteilt werden.

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