



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 90 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
--	--	--	---	---	--	---



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 90 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
--	--	--	---	---	--	---

**Livio Bundi**

Dr. iur., Rechtsanwalt, CAS MedLaw

Telefon +41 58 258 10 00

livio.bundi@bratschi.ch

Die Abgebotsrunde und der Dialog

Im geltenden Beschaffungsrecht des Bundes werden sogenannte Abgebotsrunden, also Verhandlungen mit dem alleinigen Zweck der Senkung des Angebotspreises, ohne Einschränkung zugelassen. Mit Inkrafttreten des revidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungsrecht (rev-BöB) ändert dies. Neu gilt bei der Vergabe öffentlicher Aufträge der Verfahrensgrundsatz, dass auf Abgebotsrunden zu verzichten ist. Preisanpassungen werden indes auch unter dem rev-BöB bzw. unter der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) nicht schlechthin ausgeschlossen sein. So räumt das flexible Beschaffungsinstrument des Dialogs im offenen oder selektiven Verfahren bei gewissen Beschaffungsgegenständen der Auftraggeberin die Möglichkeit ein, Lösungswege oder Vorgehensweisen zu erarbeiten. Als Folge der Konkretisierung des Leistungsgegenstands ist die Anpassung des Preises denkbar.

1. Verzicht auf reine Abgebotsrunden

Abgebotsrunden sind Verhandlungen mit dem einzigen Zweck, den Angebotspreis zu senken. Bisher wurde bereits im interkantonalen Recht (Art. 11 lit. c IVöB) und in kantonalen Submissionsordnungen, etwa im Kanton Zürich, ein grundsätzliches Verbot von Abgebotsrunden vorgesehen (vgl. § 31 Abs. 1 SubmV ZH). Die Befürchtung, dass Anbieterinnen im Hinblick auf Preisverhandlungen Margen in ihre Angebote einbauen, nur um sie später wieder preiszugeben, hat den Ausschlag dafür gegeben, dass nun auch auf Bundesebene auf Abgebotsrunden verzichtet wird (Art. 11 lit. d rev-BöB). Die Änderung geht auch zurück auf eine von fünf Empfehlungen im Untersuchungsbericht zur Vergabe des Bauloses Erstfeld (vgl. BBI 2007 3635 ff.). Im genannten Bericht wird unter anderem festgehalten, dass bei einer regelmässigen Anwendung von Abgebotsrunden der eigentlich gewünschte Effekt, dass die Offerenten unter Konkurrenzdruck mit einem Preisnachlass um den Auftrag kämpfen, verfehlt werde. Dem ist zuzustimmen: Vor allem bei komplexen Vorhaben macht das grundsätzliche Verbot von Abgebotsrunden Sinn, erweist sich die Abgebotsrunde aufgrund der Umgehungsmöglichkeit doch als ein wenig taugliches Instrument im Beschaffungsrecht. Dazu kommt, dass reine Preisverhandlungen das Risiko unerwünschter Beziehungskorruption zwischen Auftraggeberinnen und Anbieterinnen erhöhen können und zu einem ruinösen Preiswettbewerb unter den Anbietenden, vor allem für KMU, führen kann.

Die Reichweite des Verbots von Abgebotsrunden sollte jedoch im Interesse der Flexibilität eng sein und eigentliche technische Verhandlungen nicht umfassen.

2. Der Dialog als flexibles Beschaffungsinstrument

Preisanpassungen sind bei Vergabeverfahren nach Bundesrecht trotz Verbot von Abgebotsrunden auch künftig nicht ausgeschlossen. Sie können etwa bei den Verhandlungen einer Offerte im freihändigen Verfahren erfolgen. Da im freihändigen Verfahren von vornherein kein Wettbewerb besteht, gibt es keinen Grund, bei der Freihandvergabe auf Preisverhandlungen zu verzichten.

Ebenfalls zu Preisanpassungen (als Konkretisierung des Leistungsgegenstandes) kann es im speziellen Verfahren des Dialogs kommen. Dieses kommt bei komplexen Aufträgen, bei intellektuellen Dienstleistungen oder bei der Beschaffung innovativer Leistungen im Rahmen des offenen oder selektiven Verfahrens zum Zug. Bei solch komplexen Vorhaben ist die Vergabestelle kaum im Stande, ohne Mitwirkung der Anbieterinnen den Beschaffungsgegenstand entsprechend ihren Bedürfnissen zu bestimmen oder zu beurteilen, welche Lösungen der Markt anbietet.

Ziel des Dialogs ist es, den Leistungsgegenstand zu konkretisieren sowie die Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln und festzulegen (Art. 24 Abs. 1 rev-BöB). Vergabestelle und Anbieterin können sich austauschen und sich so schrittweise den gesuchten Handlungsoptionen bzw. Lösungsmöglichkeiten annähern, die in der Folge geprüft und bewertet werden. Damit steht der Vergabestelle ein Instrument zur Verfügung, mit welchem sie in einem konkreten Beschaffungsmarkt auf das spezifische Fachwissen der Anbieterinnen zurückgreifen und Innovationen fördern kann. Für die Anbieterinnen wiederum besteht der Vorteil des Dialogs darin, dass sie ihre Angebote zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht bis ins letzte Detail, sondern in einem fortlaufenden Prozess konkretisieren können. Der Dialog, auf den in der Leistungsausschreibung hinzuweisen ist, darf nicht zum Zweck geführt werden, die Offertpreise zu verhandeln (Art. 24 Abs. 2 rev-BöB) und er ist unter Einhaltung des Transparenzgebots zu führen. Denkbar und zulässig ist wie erwähnt jedoch, dass diese Preise im Verlauf des Dialogs als Folge der Konkretisierung des Leistungsgegenstands angepasst werden. Die Durchführung des Dialogs liegt weitgehend im Ermessen der Vergabestelle, wobei die Anzahl der Anbieterinnen aus wettbewerblichen Gründen mindestens bei drei liegen sollte und der Ablauf des Dialogs in einer Dialogvereinbarung festzulegen ist (vgl. Art. 6 rev-VöB).

Der Dialog wurde auf Bundesebene bereits im Jahr 2010 im Rahmen der Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) eingeführt. Im Recht der Kantone ist dieses Instrument bislang nicht vorzufinden, es wird jedoch auch Eingang finden in die parallel zum rev-BöB neu erarbeitete IVöB.

3. Fazit

Es ist zu begrüßen, dass das flexible Beschaffungsinstrument des Dialogs künftig auf Gesetzesstufe im rev-BöB geregelt wird. Sowohl für Auftraggeberinnen als auch für Anbieterinnen bietet der Dialog zahlreiche Vorteile. So kann etwa bei komplexen Vorhaben der Beschaffungsgegenstand

optimal bestimmt werden und die Anbieterinnen können ihr Angebot in einem fortlaufenden Prozess konkretisieren. Der Dialog hat überdies das Potential, Innovationen zu fördern. Demgegenüber sind reine Preisverhandlungen problematisch. Abgebotsrunden können erstens umgangen werden und sind damit von vornherein ungeeignet, zu einem höheren Mass an Wettbewerb zwischen den Anbieterinnen beizutragen. Im revidierten Beschaffungsrecht wird damit zu Recht auf Abgebotsrunden verzichtet.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 90 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 Gubelstrasse 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
--	--	--	---	---	--	---

**Kathrin Lanz Kneissler**

lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Counsel

Telefon +41 58 258 16 00

kathrin.lanz@bratschi.ch

Ausstands- und Vorbefassungsregeln im neuen Beschaffungsrecht

Das neue Beschaffungsrecht sieht ausdrückliche Regeln zum Ausstand und zur Vorbefassung vor, womit frühere Regeln und die dazu entwickelte Praxis normativ umgesetzt werden. Was bedeuten diese Regeln nun in Abgrenzung zu den ähnlichen Regeln der Verfahrensrechte und den politischen Rechten?

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 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 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. Ausstand und Ablehnung – Worum geht es?

In der gesamten Rechtsordnung gibt es eine ganze Anzahl von Regeln zum Ausstand und zur Ablehnung von Personen, die in einem konkreten Fall einen Entscheid zu fällen haben. Es geht immer darum, eine möglichst objektive und unvoreingenommene Entscheidung sicherzustellen, an denen jene Person, die entscheidet, kein eigenes Interesse haben darf.

In den meisten Verfahrens- bzw. Prozessrechten ist ein Ausstandsgrund in der Regel gegeben, wenn ein «Anschein von Befangenheit» vorliegt. Die Schweizerische Zivilprozessordnung regelt dies bspw. in Art. 47 ZPO mit einer weitgehenden Aufzählung, die über einen Auffangtatbestand noch geöffnet werden kann. Bspw. darf die Person kein persönliches Interesse in der Sache haben,

keine andere Rolle im Prozess eingenommen haben, nicht in einer Beziehung mit einer Partei, ihrer Vertreterin oder einer Person der Vorinstanz sein oder gewesen sein, nur bis zu einem bestimmten Grad verwandt oder verschwägert sein oder eben aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freund- oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein. Jeder Anschein der Befangenheit soll ausgeschlossen werden können.

Bei den politischen Rechten, bspw. für die Fassung von Beschlüssen eines Gemeinderats, sind diese Ausstandsgründe etwas weniger weit gefasst. Dort geht es primär um den Fall, dass jemand an einem Geschäft unmittelbar persönliche Interessen hat oder in einer bestimmten Weise verwandt oder verschwägert ist oder Personen vertritt, die entsprechend verwandt oder verschwägert sind. Ausstandspflichtige müssen in diesen Fällen die Interessenbindungen offenlegen und sie sind in der Regel berechtigt, ihre Meinung zur Sache zu äussern, dürfen an der Beschlussfassung dann aber nicht teilnehmen. Bei politischen Beschlüssen an der Urne oder häufig auch in Parlamenten oder Gemeindeversammlungen gelten diese Ausstandsregeln nicht. Hier geht man davon aus, dass solche Interessen erkannt und allenfalls demokratisch eingeordnet werden, wenn sich eine Mehrheit für oder gegen diese Position entscheidet.

Sowohl bei den Verfahrensgesetzen wie auch den politischen Rechten gibt es jeweils Mittel, diese Ausstandsgründe von dritter Seite her durchzusetzen, hier spricht man häufig von Ablehnung oder Ablehnungsbegehren, die von dritter Seite her gestellt werden.

3. Der Anwendungsfall im Beschaffungsverfahren

Art. 13 rev. BöB/IVöB sind für die Bundesebene sowie die kantonale Ebene gleichlautend. Der Ausstand betrifft das Vergabeverfahren, d.h. jenen Teil des formalisierten Verfahrens, der unter dem öffentlichen Beschaffungsrecht steht. Im Zentrum steht natürlich die Teilnahme einer Person an einem Entscheid des Beschaffungsrechts, bspw. der Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen, der Teilnahme an Fragerunden, der Offertöffnung, der Auswertung der Angebote, der Begründung des Zuschlags, kurz gesagt, all jenen Aspekten des Verfahrens, welche mit Verfügung abgeschlossen werden. Die per Gesetz definierten Verfügungen werden in Art. 53 rev. BöB/IVöB aufgezählt. Es handelt sich dabei nicht um Verfügungen im Rechtssinn, sondern um Verfügungen kraft Legaldefinition, man spricht auch von Verfügungsfiktion.

In jedem Fall werden dabei aber Entscheidungen gefällt, bei denen von einer Unparteilichkeit ausgegangen werden soll.

4. Ausstand

Wie bereits oben erwähnt, kann die Praxis zur Unabhängigkeit eines Gerichts nicht ohne weiteres auf den Beschaffungsvorgang übertragen werden. Es kommt bspw. immer wieder vor, dass die Beschaffungsstellen mit Leuten arbeiten, die in bestimmten Verfahren auch Anbieter sein können, wechselweise Anbieter und Beschaffungsstellen beraten oder mit Stellenwechseln die Seite gewechselt haben. Deswegen geht auch die neue Regelung davon aus, dass die Unabhängigkeit

nicht abstrakt, sondern vor dem Hintergrund der Aufgaben und Funktionen des Beschaffungsrechts beurteilt werden muss. Aus diesem Grund wird nicht eine allgemeine Regel aufgestellt, wonach jeder Grad der Vorbefassung zum Ausstand führt, sondern Art. 13 rev. BöB/IVöB zählt fünf Tatbestände auf, bei denen ein Ausstand gegeben ist. Die Aufzählung ist abschliessend und sie bezieht sich immer auf das konkrete aktuelle Beschaffungsverfahren und nicht auf frühere oder später denkbare Beschaffungen. Neben dem persönlichen Interesse an einem Auftrag werden bestimmte Beziehungs- und Verwandtschaftsverhältnisse angeführt, gleich wie auch die Vertretung eines Anbieters mit Vollmacht. Der fünfte Tatbestand ist ein bisschen offener gefasst, in dem dort auf Umstände bezogen wird, welche die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen.

Ein Ausstandbegehren muss unmittelbar nach Kenntnis des Ausstandsgrundes vorgebracht werden und die Beschaffungsstelle entscheidet über den Ausschluss der betreffenden Person. Für die kantonale Ebene ist zusätzlich vorgesehen, dass die Beschaffungsstelle in den Ausschreibungsunterlagen Personen auch aufgrund eines Verhältnisses zu einem Jurymitglied bei einem Wettbewerb oder Studienauftrag ausschliessen kann.

5. Vorbefassung

Art. 14 rev. BöB/IVöB bestimmt, dass Anbieter, die an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt waren, nicht für das Angebot zugelassen werden, wenn der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann und wenn der Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern gefährdet. Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, werden aufgezählt in Art. 14 Abs. 2 rev. BöB/IVöB. Es geht um den Ausgleich des Wissensvorsprungs einerseits und andererseits um genügend lange Mindestfristen. Bei der Vorbefassung gehen die Normgeber also nicht grundsätzlich von einem Ausschluss aus, sondern davon, dass ein solcher Ausschluss nur dann zwingend ist, wenn der wirksame Wettbewerb unter den Anbietern gefährdet wird. Während also die Ausschlussgründe absolut formuliert werden, werden die Vorbefassungstatbestände relativ zu deren Auswirkung im konkreten Verfahren gesehen.

Bemerkenswert ist die Ausnahme von Art. 14 Abs. 3 rev. BöB/IVöB, wonach eine der öffentlichen Ausschreibung vorgelagerte Abklärung durch den Auftraggeber nicht zur Vorbefassung des angefragten Anbieters führt. Der Auftraggeber muss die Ergebnisse der Marktabklärung in den Ausschreibungsunterlagen aber bekannt geben.

6. Marktabklärung

Der Ausnahmetatbestand von Art 14 Abs. 3 rev. BöB/IVöB der Marktabklärung ist ein neues Element, das bisher auch in der Praxis so selten sichtbar war. Mit ihm soll die Beschaffungsstelle innovative Lösungen am Markt abfragen können. Statt der Ausschreibung eines standardisierten Produkts oder einer standardisierten Dienstleistung kann mit der Marktabklärung abgefragt werden, ob für das Problem innovative und neue Lösungen bekannt sind. Nach Auswertung kann die gewünschte, vielleicht innovative Lösung mittels einer klassischen Ausschreibung nachgefragt

werden. Werden bspw. Trinkwasserleitungen klassischerweise in Metallrohren in einem offenen Graben verlegt, kann vielleicht das Einziehen eines Kunststoffschlauches mit einem Pflug bei den entsprechenden Böden eine innovative Lösung sein. Wenn die Beschaffungsstelle diese Lösung nicht kennt und nicht an diese Lösung denkt, schreibt sie lediglich die deutlich teurere klassische Variante mit Metallrohren aus. Für solche Fälle ist die Marktansprache gedacht.

7. Fazit – Funktion vor Form

Der Begriff des Ausstandes und der Vorbefassung im Beschaffungsrecht unterscheidet sich also deutlich von den sonst gebräuchlichen Tatbeständen in der Juristerei und der Politik, weil die Funktion des Begriffs im Beschaffungsrecht im Zentrum steht. Einer der Grundsätze des Beschaffungsrechts ist das Schaffen eines wirksamen Wettbewerbs zur Beschaffung einer bestimmten Leistung, und dieser wirksame Wettbewerb soll durch Ausstandsgründe oder Vorbefassungstatbestände nicht behindert werden. Umgekehrt sollen die gleichen Gründe das Beschaffungsverfahren aber nicht beeinflussen, wenn ein wirksamer Wettbewerb möglich ist. Wenn Ausstandsbegehren zudem gemäss Art. 13 Abs. 2 rev. BöB/IVöB unmittelbar nach Kenntnis des Ausstandsgrunds vorgebracht werden müssen, entsteht im Verlauf des Verfahrens auch recht schnell Klarheit darüber, ob der Ausstand überhaupt eine Rolle spielen kann. Wer also den Eindruck hat, sein Wettbewerb werde über einen Mitbewerber verschlechtert, der über eine vorteilhafte Ausgangslage verfügt, muss sofort handeln und die entsprechenden Rügen rasch vorbringen. Gemäss Art. 53 rev. BöB/IVöB ist der Entscheid über Ausstandsbegehren ein Anfechtungsobjekt, so dass auch der Nichtentscheid über ein Ausstandsbegehren das gleiche Anfechtungsobjekt darstellt und innerhalb kurzer Fristen zur Diskussion gestellt werden muss.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 90 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
Gubelstrasse 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

**Isabelle Häner**

Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Partnerin
Head Practice Group Staats- und Verwaltungsrecht
Telefon +41 58 258 10 00
isabelle.haener@bratschi.ch

Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben und Verleihung von Konzessionen: Ausschreibungspflichtig oder nicht?

Wird die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe Privaten übertragen, z.B. die Führung eines Pflegeheimes oder die Erbringung von Spitexleistungen, stellte sich bis anhin immer wieder die Frage, ob die Übertragung einer solchen Aufgabe ausschreibungspflichtig ist oder nicht. Ebenso bekannt sind die Vergaben von Plakataushangstellen auf dem öffentlichen Grund, die in der Form einer Sondernutzungskonzession vergeben werden. Zuweilen verbunden worden sind solche Sondernutzungskonzessionen z.B. mit der Aufgabe, einen Veloverleih zu betreiben. Art. 9 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) bzw. Art. 9 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), die per 1. Januar 2021 in Kraft treten (nachfolgend zusammengefasst «Art. 9»), stellen nunmehr klar, dass in der Schweiz die Vergabe auch solcher Aufträge oder Konzessionen ausschreibungspflichtig sind – zumindest unter gewissen Voraussetzungen.

1. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausschreibungspflicht

Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben und von Konzessionen wird deshalb in einer Bestimmung genannt, weil der in der Richtlinie 2014/23/EU genannte Begriff der «Dienstleistungskonzession» dem schweizerischen Recht nicht bekannt ist. Die Richtlinie gilt gemäss den bilateralen Verträgen jedoch ebenso für die Schweiz. Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben und die Verleihung bestimmter Konzessionen beinhalten jedoch dasselbe, was mit der Dienstleistungskonzession angesprochen wird, nämlich dass privaten Akteuren eine öffentliche Aufgabe, die gemäss den gesetzlichen Vorgaben der Staat erfüllen muss, zur Erfüllung übertragen wird (z.B. der Betrieb des Pflegeheimes in der Gemeinde X). Zuweilen wird in der Schweiz hierfür auch der Begriff der «Konzession des öffentlichen Dienstes» verwendet. Aber auch Monopolkonzessionen können von der Vergabepflicht betroffen sein, wenn damit das Exklusivrecht zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe übertragen wird, z.B. wenn die in einem Kanton monopolisierte Gebäudeversicherung einer privaten Versicherungsgesellschaft übertragen wird. Gerade dieses Beispiel zeigt, wie wichtig ein diskriminierungsfreies und wettbewerbsneutrales Verfahren auch bei der Übertragung einer Monopolkonzession ist, zumal die Versicherungsgesellschaft, die mit einer solchen Konzession ausgestattet ist, einen erheblichen Markvorteil erlangt. Für die Kantone gilt die Ausschreibungspflicht

von Monopolkonzessionen bereits heute, nämlich gestützt auf Art. 2 Abs. 7 Binnenmarktgesetz (BGBM), wobei die Kantone einigen Spielraum bei der Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens besitzen.

Allerdings verlangt Art. 9 nicht, dass sämtliche Konzessionen auszuschreiben sind, sondern nur diejenigen, welche eine Tätigkeit erlauben, für welche die Konzessionärin direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung erhält. Gleiches gilt in Bezug auf die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Auch hier muss bei der Erfüllung derselben ein Entgelt erzielt werden können oder vom Staat eine Abgeltung bezahlt werden. Bei den öffentlichen Aufgaben dürfte dies regelmässig der Fall sein, ansonsten sich kaum eine Unternehmung für eine solche Aufgabe bewerben würde. Bei den Konzessionen hingegen ist dies nicht immer der Fall, z.B. bei Sondernutzungskonzessionen für die Benützung des öffentlichen Grundes. Es wird sich in der Praxis allerdings zeigen müssen, wie die Voraussetzung des «indirekten Entgelts» ausgelegt werden wird, zumal Inhaber von Sondernutzungskonzessionen nicht selten wirtschaftliche Interessen verfolgen, z.B. mit dem Plakataushang. Hingegen dürfte es regelmässig nicht um die Erzielung eines Entgelts gehen, wenn ein Bootshaus für private Zwecke errichtet wird oder feste Bootsplätze vergeben werden.

Insgesamt ist die Klarstellung in Art. 9 zu begrüßen, zumal sich insbesondere Kantone und Gemeinden bislang eher schwer damit taten, die Übertragung öffentlicher Aufgaben auszuschreiben. Auch in Bezug auf die Sondernutzungskonzessionen bestand eine grosse Unsicherheit.

Anzufügen ist, dass auch bei der Übertragung der öffentlichen Aufgaben die Schwellenwerte gelten.

2. Der Gesetzgeber kann Sonderregelungen treffen

Art. 9 lässt es zu, dass der Gesetzgeber Spezialbestimmungen schaffen kann. Damit ist es möglich, ein eigentliches Sektorenrecht zu schaffen und gewisse Bereiche von der Ausschreibung auszunehmen, z.B. im Bereich der Sicherheit, oder passendere Verfahrensregeln einzuführen. Im Bundesrecht sind solche Sonderbestimmungen häufig anzutreffen. Zu erwähnen ist z.B. Art. 3a Stromversorgungsgesetz (StromVG), wonach die Sondernutzungskonzessionen für die Stromleitungen nicht ausgeschrieben werden müssen. Allerdings schreibt Art. 3a StromVG gleichzeitig ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren vor. Gleiches gilt sodann für die Wasserrechtskonzessionen gemäss Wasserrechtsgesetz (Art. 60 Abs. 3^{bis} WRG). Es gibt auf Bundesebene zahlreiche weitere Sonderbestimmungen, z.B. im Bereich von Radio- und Fernsehen (Art. 43 ff. Radio- und Fernsehen Gesetz; RTVG) oder im Bereich des Fernmeldewesens (Art. 25 und Art. 28 Fernmeldegesetz; «FMG»). Im öffentlichen Verkehr sodann besteht keine Ausschreibungspflicht (Infrastruktur- und Personenbeförderungskonzessionen) oder die Ausschreibung ist freiwillig, wie dies für die Verkehrsangebote auf der Schiene oder auf den Strassen zutrifft (Art. 32 Personenbeförderungsgesetz; PBG).

3. Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag

Die Abgrenzung, ob nun ein (gewöhnlicher) öffentlicher Auftrag vorliegt, bei welchem die Bestimmungen des BöB bzw. der IVöB strikt gelten und Abweichungen von der Ausschreibungspflicht nur im Rahmen dieser beiden gesetzlichen Grundlagen überhaupt möglich sind und durch Freistellung zu erfolgen haben (vgl. Art. 7), fällt nicht immer leicht.

Ob es um die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe geht, ist durch Auslegung der entsprechenden Sachgesetzen zu ermitteln. Wie erwähnt geht es jeweils um öffentliche Aufgaben, für welche dem Staat die Erfüllungsverantwortung zukommt. Zudem bedarf die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe, bereits gestützt auf das allgemein geltende Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 Bundesverfassung; BV), stets einer gesetzlichen Grundlage. Hierfür gibt es zahlreiche Beispiele. Berühmt ist sicher die Übertragung der Erhebung der Empfangsabgabe für Radio und Fernsehen an die Serafe AG (Art. 69d Abs. 1 RTVG), wobei dort ausdrücklich darauf verwiesen wird, dass das Beschaffungsrecht anwendbar ist. Allgemein sind im Bundesrecht Bestimmungen, wonach ein gewisser, spezieller Teil des Gesetzesvollzugs an Private übertragen werden kann, nicht selten, namentlich auch, wenn es um die Branchenkenntnis geht, welche der Verwaltung unter Umständen nicht in ausreichendem Umfang zukommt. Im Energierecht gibt es einige spezifische Übertragungsmöglichkeiten, die vor allem die Abwicklung von Rückerstattungsansprüchen betreffen. Das neue Energiegesetz (EnG) enthält eine entsprechende Liste von an Private übertragbaren Vollzungsaufgaben (Art. 67 EnG). Sind die Voraussetzungen von Art. 9 erfüllt, sind sie ebenfalls auszuschreiben.

4. Subventionen

Subventionen werden vom Gesetzgeber meistens als Oberbegriff verwendet, so jedenfalls im Subventionsgesetz des Bundes (SuG). Als Unterkategorie unterscheidet das SuG Abgeltungen, welche für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ausgerechnet werden kann, sowie die Finanzhilfen, welche eigentliche Fördersubventionen darstellen. Bereits aus Art. 9 ergibt sich, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe, für welche der Staat eine Abgeltung bezahlt, auszuschreiben ist. Im Bund wird das SuG in Art. 10 und 15b SuG eigens angepasst und ausdrücklich darauf verwiesen, dass das BöB anwendbar ist, wenn mehrere Bewerber für einen Leistungsauftrag vorhanden sind.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass bei den Fördersubventionen, bei welchen es nicht um die Übertragung einer staatlichen Aufgabe geht, sondern um die Förderung einer privaten Tätigkeit, die ebenso im öffentlichen Interesse liegt, zunehmend ebenfalls Ausschreibungen stattfinden und sich die Interessierten einem Auswahlverfahren stellen müssen. Ein Beispiel hierfür sind die Finanzhilfen (Fördersubventionen) im Energiebereich für Energieeffizienzmassnahmen, welche der Bund fördern will (Art. 32 EnG).

5. Fazit

Dass nunmehr ausdrücklich vorgesehen ist, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auszusprechen ist, bringt einiges an Rechtsklarheit mit sich. Bisher erwies es sich vor allem dann, wenn die öffentliche Hand die Vergabe der Erfüllung von Aufträgen nicht ausschrieb, für Dritte als sehr schwierig, die Ausschreibung auf dem Rechtsweg zu erzwingen. Bereits schwierig war es jeweils, überhaupt die relevante Information zu erhalten und dann in der Folge die treffenden Anträge zu stellen und bei der Behörde eine anfechtbare Verfügung zu erwirken, zumal gerade in den Kantonen die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben häufig übergangen wurde. Die Spitex ist hierfür ein prominentes Beispiel, worüber das Bundesgericht erst kürzlich entschieden hat und die Ausschreibungspflicht bejahte (BGer, Urteil 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018). Die sich stellenden Rechtsfragen, die nach wie vor im Raum stehen, werden künftig fokussierter gestellt, z.B. die Frage, ob es überhaupt um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe geht. Und bekanntlich läuft nicht jede Ausschreibung reibungslos ab.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 90 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



Marius Reinhardt
MLaw, Rechtsanwalt
Telefon +41 58 258 10 00
marius.reinhardt@bratschi.ch

Vergabe von Rahmenverträgen

Rahmenverträge erfreuen sich in der Praxis zunehmender Beliebtheit. Die Vorteile, durch flexibleres Handhaben der Vergabeprozesse schneller und kostengünstiger ans Ziel zu gelangen, scheinen zu überwiegen. Doch widersprechen Rahmenverträge nicht per se dem verfolgten Wettbewerbsgedanken unter den Anbietern?

1. Flexibilisierung des Beschaffungsprozesses durch Rahmenverträge

Dem Submissionsrecht liegt der Grundsatz der Förderung des Wettbewerbs durch Gleichbehandlung der an der Vergabe interessierten Anbieter zugrunde. Demgegenüber steht jedoch das Streben der Vergabestelle und der beteiligten Anbieter nach einem möglichst einfachen und flexiblen Prozedere. Dieser Widerspruch lässt sich nicht restlos auflösen, dennoch gelingt es der Praxis, mit sogenannten Rahmenverträgen eine gewisse Flexibilisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zu erreichen, ohne jedoch dessen Kerngehalt auszuhebeln. Ein Blick in die Praxis zeigt, dass Rahmenverträge – obwohl bis heute nicht ausdrücklich gesetzlich normiert – für Vergabestellen attraktiv sind und in den letzten Jahren stetig an Bedeutung gewonnen haben. Besonders relevant sind Rahmenverträge im IT-Bereich, wo über den Erwerb von Lizenzen und einzeln abrufbare Beratungsleistungen ein optimaler Einsatz von Ressourcen angestrebt wird, indem der vereinbarte Rahmenvertrag lediglich die Grundzüge der Leistungen, nicht aber den Zeitpunkt und Umfang der konkreten Auftragserteilung regelt.

2. Rahmenvertrag: Versuch einer Begriffsdefinition

Gemeinhin werden Rahmenverträge als Aufträge bezeichnet, die noch keine direkt umzusetzenden Leistungspflichten enthalten, sondern lediglich die Konditionen (Preise und allenfalls Mengen) für künftige Leistungsbezüge vorbestimmen, die in einem bestimmten Zeitraum erfolgen können. Mit anderen Worten werden die Rahmenbedingungen der Leistung bereits im Rahmenvertrag festgehalten, während der eigentliche Leistungsabruf erst stattfindet, wenn auf Seiten der Vergabestelle ein konkreter Bedarf entsteht. Nicht erforderlich ist, dass im Rahmenvertrag eine Bezugspflicht der Vergabestelle vereinbart wird. Sind sie einmal vereinbart, vereinfachen Rahmenverträge

das Vorgehen bei der späteren Beschaffung erheblich, denn die einzelnen Leistungsbezüge müssen nicht mehr in einem vollständigen Vergabeverfahren ausgeschrieben werden, sondern können unter dem Dach des Rahmenvertrags zusammengefasst werden. Der gewünschte kurzfristige Leistungsabruf kann somit erreicht werden. Die Herausforderung besteht jedoch darin, die Vergabe von Rahmenverträgen so auszugestalten, dass der Grundsatz der Wettbewerbsförderung durch Gleichbehandlung der Anbieter nicht beeinträchtigt wird.

3. Vergabe von Rahmenverträgen

3.1 Massgeblichkeit des Gesamtvolumens

Die Vergabe von Rahmenverträgen folgt dem allgemeinen Grundsatz des Beschaffungsrechts, wobei der Rahmenvertrag gestützt auf die gesetzlichen Vorgaben (Schwellenwerte, Verfahrensart etc.) nach den festgelegten Kriterien an einen oder mehrere Anbieter zu vergeben ist. Die Ausschreibung hat im Gegensatz zu anderen Beschaffungsformen jedoch nur die Modalitäten der Leistung für einen definierten Zeitraum (max. fünf Jahre) festzulegen, da die Menge und der Zeitpunkt des Bezugs erst später bei Bedarf konkretisiert werden können. Dies hat zur Folge, dass die Ausschreibung eines Rahmenvertrags nach denjenigen Regeln zu erfolgen hat, wie sie bei einer gewöhnlichen Beschaffung durchzuführen wäre, wobei alle im Rahmenvertrag bestellbaren Leistungen zusammengefasst werden. In der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung muss somit ein Gesamtvolumen definiert werden, welches über die gesamte Laufzeit der Vereinbarung durch den Auftraggeber abgerufen werden könnte. Das besagte Gesamtvolumen bildet sodann Anknüpfungspunkt für die Festlegung des Schwellenwerts und der Verfahrensart. Nur so lässt sich eine Umgehung der Schutzvorschriften des Beschaffungsrechts wirksam verhindern. Bei Beratungsdienstleistungen wird die Definition des Beschaffungsvolumens regelmässig anhand der maximal zu erbringenden Arbeitsstunden vorgenommen, die in Multiplikation mit dem ausgeschriebenem Stundenansatz das zulässige Gesamtvolumen ergeben.

3.2 Berücksichtigung verschiedener Anbieter

Von den Gerichten und der Praxis als zulässig erachtet werden sowohl der Abschluss eines Rahmenvertrags mit nur einem Anbieter wie auch die Vereinbarung von mehreren parallelen Verträgen mit unterschiedlichen Anbietern. Während der Leistungsabruf bei Vorliegen von nur einem Rahmenvertrag beim vorselektionierten Vertragspartner erfolgt, findet bei parallel nebeneinander geltenden Rahmenverträgen im Leistungsbezugsfall eine nochmalige Selektion statt. Vergaberechtlich sind die beiden Modelle daher unterschiedlich ausgestaltet. Während die Einzelverträge nach einem vergaberechtskonformen Abschluss des Rahmenvertrags mit dem ausgewählten Zuschlagsempfänger vergaberechtsfrei abgeschlossen werden können, ist dies nicht der Fall bei einer Auswahl von mehreren Zuschlagsempfängern für dieselbe Leistung. Denn das Vergabeverfahren ist definitionsgemäss erst abgeschlossen, wenn ein einziger Zuschlagsempfänger aus dem Anbieterkreis erkoren ist (s. nachfolgend Ziff. 3.3). Eine Auswahl an möglichen Vertragspartnern der Vergabestelle beendet das Vergabeverfahren hingegen noch nicht und stellt keine genügende Grundlage für einen Vertragsschluss dar.

3.3 Durchführung des sog. «Mini-Tenders»

Nicht eindeutig geklärt ist die Frage, ob die konkrete Vergabe an einen Anbieter (von mehreren möglichen Vertragspartnern) ohne weiteres (d.h. freihändig) oder aber in einem (weiteren) formellen Vergabeverfahren zu erfolgen hat. Im letzteren Fall spricht man von einem sog. «Mini-Tender». Die herrschende Lehre geht davon aus, dass ein freihändiger Zuschlag auf jeden Fall nur dann möglich ist, wenn die im Vorfeld vorgenommene Ausschreibung des Rahmenvertrags und der Rahmenvertrag selbst in hinreichender Weise eine Zuschlagskaskade definieren. Bei fehlender Konkretisierung der Rahmenvereinbarung kann der Zuschlag nicht freihändig erfolgen, vielmehr ist ein formelles «Mini-Tender»-Verfahren mit den verschiedenen Rahmenvertragspartnern durchzuführen. Über die Frage, ob der Zuschlag im «Mini-Tender» eine anfechtbare Verfügung darstellt, ist sich die Lehre und Rechtsprechung wiederum uneins. Im Katalog der anfechtbaren Akte der Submissionsgesetzgebung ist er allerdings nicht zu finden.

4. Rahmenverträge unter dem revidierten Vergaberecht

Die Gesetzesnovelle im Bereich des Submissionsrechts (in Kraft ab 1. Januar 2021) bringt in Bezug auf die Thematik der Rahmenverträge in vielen Bereichen die gewünschte Rechtsicherheit mit sich und erklärt Rahmenverträge auf Bundesebene für zulässig (Art. 25 revidiertes Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (revBöB). Eine entsprechende Regelung soll auch die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) erfassen. Der Grundsatz der Wettbewerbsförderung durch Gleichbehandlung soll dabei nicht tangiert werden. So hält der Gesetzestext explizit fest, dass Rahmenverträge nicht mit der Absicht oder der Wirkung verwendet werden dürfen, den Wettbewerb zu behindern oder zu beseitigen (Art. 25 Abs. 2 revBöB). Schützenhilfe erhält dieses Bestreben insbesondere durch die zeitliche Befristung von Rahmenverträgen auf höchstens fünf Jahre (Art. 25 Abs. 3 revBöB).

5. Fazit

Rahmenverträge stellen ein allseitig anerkanntes, praktisches Instrument zur Vereinfachung des Beschaffungsprozesses dar. Zentral dabei ist jedoch, dass die Vergabe von Rahmenverträgen nicht zu einer Umgehung des Grundsatzes der Wettbewerbsförderung verkommt, sondern die

Ausschreibung auf der Zeitachse lediglich nach vorne verschiebt, damit im Bedarfsfall möglichst kurzfristig und unkompliziert der Zuschlag erteilt werden kann.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 90 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 Gubelstrasse 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
--	--	--	---	---	--	---



Markus Aeschbacher

lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Partner, Co-Head Industry Group Bau,
Immobilien und Hotels
Telefon +41 58 258 10 00
markus.aeschbacher@bratschi.ch



Ulrich Keusen

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

Weisse Liste – Schwarze Liste Wie man rein und wie man wieder raus kommt

Mit dem Verzeichnis der Anbieter wird endlich eine Liste eingeführt, die den Anbietern abnimmt, immer die gleichen Unterlagen und Erklärungen zusammenzutragen für den praktisch immer gleichen Nachweis der generellen Eignung. Bei den Sanktionen kommt aber neu auch eine Liste ins Spiel, die bis zu einer fünfjährigen Sperre von öffentlichen Aufträgen führt und die unter den Auftraggebern bzw. Beschaffungsstellen ausgetauscht werden kann. Wie kommt man auf diese Listen und wie kommt man wieder heraus?

6. 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 erlassen wurde (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB), 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 zur Verfügung gestellt, 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.

7. Weisse Liste – Worum geht es?

Art. 28 rev. BöB/IVöB sieht ein Verzeichnis vor, mit welchem die generelle Eignung für Beschaffungen nachgewiesen werden kann. Die Liste trägt den Titel «Verzeichnisse» und nicht «Weisse Liste». Wir verwenden den Begriff «Weisse Liste» nur als eingängiges Schlagwort. Der Auftraggeber oder eine nach kantonal gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde kann demnach

ein Verzeichnis der Anbieter führen, die aufgrund ihrer Eignung die Voraussetzungen zur Übernahme öffentlicher Aufträge erfüllen. Mit dem Verzeichnis sind Angaben auf einer Internetplattform von Bund und Kantonen zu veröffentlichen, die bestimmte Informationen offenlegen. Die Verordnungsgeber werden sicherstellen müssen, dass mit einem transparenten Verfahren der Eintrag, die Prüfung oder Nachprüfung sowie auch die Streichung aus dem Verzeichnis jederzeit möglich ist.

In der Sache geht es darum, dass Anbieter immer wieder die gleichen oder analoge Unterlagen zusammentragen müssen, welche sie mit einer Offerte einreichen. Es geht dabei immer um dieselben Aspekte der grundsätzlichen Eignung, wie beispielsweise den Nachweis, dass keine Beteiligungen offen sind, dass die Steuern bezahlt werden, dass Sozialversicherungen abgerechnet sind, dass Frau und Mann gleich behandelt werden, dass Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen eingehalten werden sowie allenfalls auch der Nachweis von Strafregistereinträgen von Schlüsselpersonen. All diese Unterlagen müssen jedes Mal zusammengetragen und präsentiert werden. Bei Offerten in Arbeitsgemeinschaften oder mit Subunternehmern bedeutet das immer wieder eine grosse Fleissübung und der Ruf nach einem zentralen Verzeichnis wurde immer wieder laut.

Nun kommt es: Auf Bundesebene sind es die Auftraggeber, die solche Listen führen können, auf kantonaler Ebene kann dies auch eine nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde sein. Soweit heute ersichtlich, wird es wohl auch Ausschreibungen geben, bei denen die Ausschreibungsunterlagen auf die Möglichkeit hinweisen, sich auf eine solche Liste eines Auftraggebers oder der Behörde zu berufen. Eine Praxis dazu ist natürlich noch nicht abzusehen. Die Liste ist neu und soll eine Erleichterung für die Anbieter sein.

8. Wie kommt man rein und wie kommt man wieder raus?

Sobald solche Verzeichnisse stehen, werden die Anbieter sich in einfachen Gesuchsverfahren in diese Listen eintragen lassen können. Sie werden die entsprechenden Nachweise und Selbstdeklarationen mit der geforderten Aktualität einreichen müssen. Der Auftraggeber oder die Behörde wird die entsprechenden Eintragungsvoraussetzungen prüfen und den Eintrag vornehmen, so dass die Eignung generell mit diesem Eintrag nachgewiesen werden kann.

Abs. 3 von Art. 28 rev. BöB/IVöB sieht neben dem Eintrags- und Prüfungsverfahren auch die Möglichkeit der Nachprüfung und natürlich der Streichung aus dem Verzeichnis vor. Nachprüfung und Streichung müssen jederzeit möglich sein. Das bedeutet, dass der Auftraggeber oder die zuständige Behörde jederzeit eine Nachprüfung machen können, wobei der zeitliche Ablauf von entsprechenden Nachweisdokumenten im Vordergrund steht. Denkbar ist aber auch eine Prüfung aufgrund von Erkenntnissen und Beobachtungen der Auftraggeber oder der zuständigen Behörde (von Amtes wegen). Bei einer solchen Tätigkeit ist selbstredend auch die Prüfung auf Anzeige hin denkbar, nämlich, wenn ein Mitbewerber beim Auftraggeber oder bei der zuständigen Behörde mittels Anzeige Zweifel darüber sät, dass die Eintragung noch rechtmässig sei. Im Rechtsmittelverfahren bspw. über den Zuschlag oder über eine Projektqualifikation wird die Rechtmässigkeit

eines solchen Eintrages auch überprüfbar sein. Das hängt von entsprechenden Beweisanträgen oder Untersuchungshandlungen der Rechtsmittelbehörde ab. Gemäss Art. 53 rev. BöB/IVöB ist der Entscheid über die Aufnahme eines Anbieters in ein Verzeichnis oder über die Streichung aus einem Verzeichnis mittels Beschwerde anfechtbar.

Wichtig ist, dass die Auftraggeber die Teilnahme an einem Verfahren nicht auf solche Anbieter beschränken dürfen, welche in einem bestimmten Verzeichnis eingetragen sind. Gemäss Art. 28, Abs. 4 rev. BöB/IVöB kann in einem konkreten Beschaffungsverfahren auch ein Anbieter zugelassen werden, der nicht in einem Verzeichnis aufgeführt wird, sofern er den Eignungsnachweis erbringt.

Wenn ein Verzeichnis als Ganzes aufgehoben wird, so werden die darin aufgeführten Anbieter informiert, so dass sie ab diesem Zeitpunkt wissen, dass sie wieder konkrete Nachweise der Eignung erbringen müssen.

Die Zukunft wird weisen, ob sich diese Verzeichnisse in der Praxis bewähren und ob die Auftraggeber einerseits aber auch die Anbieter andererseits genügendes Vertrauen in solche Verzeichnisse entwickeln werden, um sich darauf zu verlassen. Wer immer wieder bei der gleichen Auftraggeberin bspw. Strassenbauofferten macht, wird das eher tun, als eine Unternehmung, die auf kommunaler, kantonaler und auf Bundesebene verschiedenartige Aufträge ausführt und auch im privaten Markt tätig ist. Es wird also einerseits eine Frage der Praktikabilität solcher Listen sein und andererseits der Organisation der Anbieter, ob sich solche Verzeichnisse durchsetzen werden.

9. Die schwarze Liste

Art. 45 rev. BöB/IVöB sieht Sanktionen und eine neue Liste vor, spricht aber nicht von schwarzer Liste. Die Auswirkungen und die Zusammenhänge dieser neuen Liste rechtfertigen es aber, diese eingängig als schwarze Liste zu bezeichnen und herauszustreichen.

Der Auftraggeber oder die nach gesetzlichen Anordnung zuständige Behörde kann nämlich einen Anbieter oder Subunternehmer bei schwerwiegenden Verstössen gegen bestimmte Tatbestände von künftigen öffentlichen Aufträgen ausschliessen. Die Dauer des Ausschlusses kann bis zu 5 Jahre umfassen und auf kantonaler Ebene kann dem Anbieter eine Busse von bis zu 10% der bereinigten Angebotssumme auferlegt werden. Auf Bundesebene wirkt beim Tatbestand der Korruption (Art. 44 Abs. 1e rev. BöB/IVöB) der Ausschluss für alle Auftraggeber des Bundes, bei den anderen Tatbeständen nur für die betroffenen Auftraggeber. Die aufgezählten Tatbestände, die zu

einer solchen Sanktion führen können, sind die folgenden:

- Es liegt eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers vor oder natürlich wegen eines Verbrechens;
- Der Anbieter hat Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption verletzt;
- Der Anbieter ist verwickelt in unzulässige Wettbewerbsabreden;
- Der Anbieter missachtet die Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit, die Bestimmungen über die Vertraulichkeit und die Bestimmung des schweizerischen Umweltrechts oder die vom Bundesrat bezeichneten Übereinkommen zum Schutz der Umwelt;
- Der Anbieter hat Melde- oder Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit verletzt.

Diese Tatbestände sind nicht nur erfüllt, wenn sie der Anbieter begeht, sondern auch wenn seine Organe, ein beigezogener Dritter oder dessen Organe sie erfüllen. Bei den zwei ersten Tatbeständen muss rechtskräftig festgestellt sein, dass der Sachverhalt zutrifft, während bei den drei letzteren hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen müssen.

10. Wie kommt man rein und wie kommt man wieder raus?

Die Eintragung in die schwarze Liste erfolgt in einem Verfahren, das durch den Auftraggeber oder eine nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde geführt wird. Art. 45 Abs. 3 rev. BöB/IVöB macht ein paar Angaben zu den verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen, ansonsten gilt der Verweis auf das 8. Kapitel, nämlich den Rechtsschutz, insbesondere Art. 53 Abs. 1 lit. i und auch Abs. 3 rev. BöB/IVöB, wo die entsprechenden Hinweise zu finden sind.

Die schwarze Liste ist eine nicht-öffentliche Liste der sanktionierten Anbieter und Subunternehmer. Allerdings sorgt der Auftraggeber oder die dafür bezeichnete Stelle dafür, dass jeder Auftraggeber in Bezug auf einen bestimmten Anbieter oder Subunternehmer die entsprechenden Informationen erhalten kann. Dazu soll ein Abrufverfahren eingerichtet werden. Bund und Kantone stellen einander alle diesbezüglichen Informationen zur Verfügung. Nach Ablauf der Sanktion wird der Eintrag aus der Liste gelöscht.

Während bestimmte Sanktionsmöglichkeiten schon im bestehenden Recht an verschiedenen Stellen vorgesehen waren, sind die neuen Regeln nun konzentriert dargestellt und haben insbesondere mit der Liste auch weitreichende und einschneidende Bedeutung.

11. Fazit

Das neue Recht droht mit einer viel griffigeren Sanktionierungsregel insbesondere zu einem Mittel gegen Korruption, Schwarzarbeit, Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen, Lohnungleichheit

und Wettbewerbsabreden zu werden. Es ist zu hoffen, dass die präventive Wirkung dieser Sanktionen dazu führt, dass die schwarze Liste nicht zu einem Kernpunkt der Beschaffungsrechtsrevision wird.

Wünschenswert ist, dass die weisse Liste dazu führt, dass insgesamt und allseitig mit weniger Aufwand effizienter zum Ziel gelangt werden kann und nicht bloss zusätzlicher Aufwand für die Bewirtschaftung des Sanktionswesens entsteht.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 90 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
--	--	--	---	---	--	---



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 90 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
--	--	--	---	---	--	---



Corina Fuhrer
Dr. iur., Substitutin
Telefon +41 58 258 10 00
corina.fuhrer@bratschi.ch



Ramona Keist
MLaw, Substitutin
Telefon +41 58 258 10 00
ramona.keist@bratschi.ch

Reformatorische Entscheide durch die kantonale Beschwerdeinstanz

Korrigiert die kantonale Beschwerdeinstanz eine fehlerhafte Anwendung der Zuschlagskriterien durch die Vergabebehörde und gelangt sie zur Erkenntnis, dass eine entsprechende Neubewertung der Angebote vorzunehmen ist, darf die Neubewertung nicht nur auf die Angebote der vormaligen Zuschlagsempfängerin und der anfechtenden Anbieterin beschränkt werden. Vielmehr müssen bei der Bewertung anhand des korrigierten Prüfungsmaßstabs die Angebote sämtlicher Anbieterinnen in gleicher Weise berücksichtigt werden.

Auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde ans Bundesgericht unter anderem nur dann zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, deren Entscheidung für die Praxis wegleitend sein kann.¹ Mit Urteil vom 22. Januar 2020 äusserte sich das oberste Gericht in diesem Sinne zur bislang ungeklärten Frage, ob die kantonale Beschwerdeinstanz im Rahmen eines reformatorischen Urteils das Angebot der zweitplatzierten Anbieterin unberücksichtigt lassen darf, weil diese kein Rechtsmittel ergriffen hat, und den Zuschlag direkt der drittplatzierten, beschwerdeführenden Partei erteilen könne (BGer 2C_979/2018).

In einem früheren Entscheid (BGE 141 II 14) hatte das Bundesgericht zwar bereits geklärt, dass die Aufhebung eines Zuschlags in einem Beschwerdeverfahren ungeteilte Wirkung für sämtliche am Vergabeverfahren beteiligte Anbieterinnen entfalte. Indes noch offen blieb, was dies hinsichtlich der Kompetenz der kantonalen Beschwerdeinstanz bedeutet, wenn jene einen Zuschlag nicht nur aufhebt, sondern in der Sache eigens einen neuen Entscheid (ein sog. reformatorisches Urteil) fällt.

Im konkret zu beurteilenden Fall beanstandete die erstplatzierte Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz die Zuschlagsverfügung aufgrund fehlerhafter Anwendung der Zuschlagskriterien nicht nur aufgehoben, sondern den Zuschlag mit reformatorischem Urteil gestützt auf eigens korrigierte Bewertungskriterien auch direkt an die im Vergabeverfahren drittplatzierte Anbieterin erteilt hatte. Die weiteren Angebote der nicht am Rechtsmittelverfahren beteiligten Anbieterinnen hatte die Vorinstanz hingegen weitgehend unberücksichtigt gelassen.

¹ Vgl. auch die Publikation auf unserem Blog öffentliches Verfahrensrecht von Patrice Martin Zumsteg, [Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung](#).

Art. 18 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVÖB) räumt der Beschwerdeinstanz die Kompetenz ein, die Aufhebung der Zuschlagsverfügung zu beschliessen und in der Sache selbst zu entscheiden, falls der beschaffungsrechtliche Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin noch nicht abgeschlossen ist. Eines entsprechenden Antrags der Vergabebehörde auf die direkte Erteilung des Zuschlags bedarf es nicht. Angesichts des grossen Ermessensspielraums der Vergabebehörde ist diese Kompetenz durch die Beschwerdeinstanz allerdings nur mit Zurückhaltung wahrzunehmen und die Angelegenheit im Grundsatz an die Vergabebehörde zurückzuweisen. Nur in Konstellationen, welche hinreichend geklärt sind, kommt ein reformatorischer Entscheid in Frage. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn am Vergabeverfahren nur zwei Anbieterinnen teilnehmen oder aus sonstigen Gründen für den Zuschlag nur die nächstbesser platzierte Anbieterin in Frage kommt. Als Ausfluss des vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes hat die Beschwerdeinstanz zudem dem haushälterischen Umgang mit den öffentlichen Mitteln zu beachten und sicherzustellen, dass der Zuschlag der Anbieterin mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wird. Ist zweifelhaft, ob die Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat, ist die Angelegenheit zur Neubewertung der Angebote anhand des, von der kantonalen Beschwerdeinstanz korrigierten, Prüfungsmassstabs an die Vergabebehörde zurückzuweisen.

Im vorliegenden Verfahren, in welchem die Vorinstanz diverse Korrekturen bei der Anwendung verschiedener Zuschlagskriterien vornahm, war nicht hinreichend erstellt, welche Anbieterin das wirtschaftlich günstige Angebot offeriert hatte. Mangels der erforderlichen Klarheit bedurfte es daher der Rückweisung der Angelegenheit an die Vergabebehörde, welche im Rahmen ihrer Neubewertung, anhand des korrigierten Prüfungsmassstabs, die anderen Anbieterinnen wieder ins Vergabeverfahren einbeziehen muss. Mit Blick auf die zweitplatzierte Anbieterin, welche kein Rechtsmittel gegen den Vergabeentscheid der Vergabebehörde ergriffen hatte, hielt das Bundesgericht zudem fest, dass diese Anbieterin dadurch lediglich ihre Akzeptanz des Zuschlags unter dem von der Vergabebehörde angewendeten Prüfungsmassstab ausdrücke. Hingegen nicht zum Ausdruck bringe sie damit, dass sie auch mit einem Zuschlag an eine andere am Vergabeverfahren beteiligte, schlechter platzierte Anbieterin einverstanden sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn sich der Prüfungsmassstab veränderte, weshalb nun wieder sämtliche Anbieterinnen zu berücksichtigen seien, die für den Zuschlag in Frage kommen.

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
Gubelstrasse 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



Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Partnerin
Head Practice Group Staats- und
Verwaltungsrecht
Telefon +41 58 258 10 00
isabelle.haener@bratschi.ch



Patrice Martin Zumsteg
Dr. iur., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 258 10 00
patrice.zumsteg@bratschi.ch

Kontrolle der Gleichbehandlung von Frau und Mann nach dem revidierten Gleichstellungsgesetz

Neben der Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts im eigentlichen Sinn ist seit dem 1. Juli 2020 auch das teilrevidierte Gleichstellungsgesetz in Kraft. Weil mit dieser Revision die Lohngleichheit in den Blick genommen wurde, ist sie auch für das Beschaffungsrecht von Relevanz. Aus sämtlichen neuen Bestimmungen ergibt sich, dass Wahlfreiheit betreffend den Nachweis der Lohngleichheit besteht, solange die entsprechende Analyse nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchgeführt wird.

1. Verfassungsrechtliche Einordnung

Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV verlangt die tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter in der sozialen Wirklichkeit, wozu selbstredend auch die Arbeitswelt gehört. Das in Satz 3 besonders verankerte Lohngleichheitsgebot begründet ein unmittelbar anwendbares, justiziables Individualrecht, das auch gegenüber den privaten Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern gilt. Schon aus dem Verfassungstext geht hervor, dass die Realisierung dieses juristischen Gebots in der Wirklichkeit auf Schwierigkeiten stösst. Der Gleichbehandlungsanspruch richtet sich nämlich auf «gleichwertige» Arbeit. Diese Wendung wurde gewählt, um dem Problem der «typischen Frauenberufe» zu begegnen, in welchen es zu indirekten Diskriminierungen kommen kann. Eine tatsächliche Gleichstellung hat auch Phänomene wie Teilzeitarbeit, unterschiedliche Ausbildungswege und nebenberufliche Erfahrungen etc. zu berücksichtigen, weshalb die Lohngleichheitsanalyse heute wissenschaftlich recht komplex ist.

Gestützt unter anderem auf diesen Verfassungsartikel hat der Gesetzgeber das Gleichstellungsgesetz (GIG) erlassen. Dieses wiederum etabliert in Art. 16 Abs. 1 GIG das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG). Das EBG hat insbesondere den Auftrag die Öffentlichkeit zu informieren, Untersuchungen durchzuführen und Behörden wie Privaten geeignete Massnahmen zu empfehlen (vgl. Art. 16 Abs. 2 GIG). Eine Form, mit welcher das EBG sein Wissen zur Verfügung stellt, ist das Standard-Analyse-Tool des Bundes für Lohngleichheitsanalysen (Logib). Seit dem 1. Juli 2020 steht Logib als Webtool zur Verfügung und ist für die Nutzerinnen und Nutzer kostenlos.

2. Zusammenhang mit dem Beschaffungsrecht

Wie erwähnt, richtet sich das Lohnleichheitsgebot auch an private Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber. Die staatliche Beschaffung von Waren und Dienstleistungen eröffnet eine Möglichkeit, wie der Staat darauf hinwirken kann, dass die Ziele von Art. 8 Abs. 3 BV und des GIG auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen tatsächlich verwirklicht werden. Schon unter dem geltenden Beschaffungsrecht sieht Art. 8 Abs. 1 lit. C BÖB entsprechend vor, dass die öffentliche Hand nur Anbieterinnen oder Anbieter berücksichtigt, welche für ihre Mitarbeitenden, die Leistungen in der Schweiz erbringen, die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohnleichheit gewährleisten. Art. 6 Abs. 4 VÖB sieht vor, dass dies durch die Auftraggeberin kontrolliert werden oder sie diese Aufgabe insbesondere dem EGB übertragen kann.

Im neuen Beschaffungsrecht erfahren die Schutzbestimmungen zu Gunsten der Arbeitnehmenden eine Aufwertung. Ein ganzer Artikel – Art. 12 nBÖB – widmet sich diesen. Art. 12 Abs. 1 nBÖB bestätigt den Grundsatz, wonach eine Vergabe nur an Unternehmen möglich ist, die sich an das Lohnleichheitsgebot halten. Diese Verpflichtung gilt auch für Subunternehmerinnen (Art. 12 Abs. 4 nBÖB). Neu ist die Möglichkeit die Einhaltung der Schutzbestimmungen zu kontrollieren respektive die Möglichkeit der Übertragung der Kontrollaufgabe an Dritte bereits im Gesetz vorgesehen (Art. 12 Abs. 5 nBÖB). Die Verordnung präzisiert nur noch, dass mit den entsprechenden Kontrollen insbesondere das EGB beauftragt werden kann (Art. 4 Abs. 1 nVÖB). Gleich wie unter dem bisherigen Recht handelt es sich durchwegs um Kann-Bestimmungen. Dies ist mit Blick auf das GIG richtig, denn dort wird dem EGB nirgends als einziger Stelle die Zuständigkeit für Lohnleichheitsanalysen übertragen. Dies ist auch nach der Teil-Revision des GIG zu Recht nicht der Fall, würde dies doch zu einer Monopolisierung führen.

Anzumerken bleibt, dass die Aufwertung des Schutzes der Arbeitnehmenden vom neuen und umfassenderen Gesetzeszweck gedeckt ist. Das Beschaffungsrecht will die öffentlichen Mittel ja auch sozial nachhaltig einsetzen (vgl. Art. 2 lit. A nBÖB).

3. Das revidierte Gleichstellungsgesetz

Eingefügt wurde mit der seit Kurzem in Kraft stehenden Teilrevision der Abschnitt 4a. mit dem Titel «Lohnleichheitsanalyse und Überprüfung». Die hauptsächliche Folge der Revision ist, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber ab 100 Mitarbeitenden neu dazu verpflichtet sind, eine Lohnleichheitsanalyse durchzuführen (vgl. Art. 13a GIG). Ebenfalls seit 1. Juli 2020 in Kraft ist die Verordnung über die Überprüfung der Lohnleichheitsanalyse (im Folgenden: Verordnung Lohnleichheitsanalyse). Diese wiederum wird mit einem zusätzlichen erläuternden Bericht erschlossen.

3.1 Methode der Lohnleichheitsanalyse

In erfreulich kurzer Form hält Art. 13c GIG fest, dass die Lohnleichheitsanalyse «nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchzuführen» ist (Abs. 1). «Der Bund stellt allen

Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern ein kostenloses Standard-Analyse-Tool zur Verfügung» (Abs. 2). Wissenschaftlich und rechtskonform meint, dass die Analysemethode durch das Bundesgericht anerkannt ist oder ein anderweitiger Nachweis vorliegt sowie dass sie Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 GIG wahrt. So setzt Logib die statistische Regressionsanalyse ein, welche durch das Bundesgericht mit BGE 130 III 145 zugelassen wurde.

Daneben bestehen aber auch andere wissenschaftliche und rechtskonforme Analysemethoden. So hat das Bundesgericht bereits mit BGE 125 II 385 die Arbeitsbewertungsmethode zugelassen. In einem jüngeren Urteil hat das Bundesgericht erneut auf die analytische Bewertung von Arbeitstätigkeiten nach Katz und Baitsch (ABAKABA) abgestellt (BGE 143 II 366), welche in der Praxis häufig zur Anwendung kommt.

3.2 Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse

Dass die Lohngleichheitsanalyse den genannten Anforderungen tatsächlich entspricht, müssen die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber überprüfen lassen. Sie können dafür gestützt auf Art. 13d Abs. 1 GIG wählen zwischen einem Revisionsunternehmen, einer Organisation nach Art. 7 GIG oder der Arbeitnehmervertretung im Sinne des Mitwirkungsgesetzes. In seinem Wortlaut umfasst Art. 7 GIG seit mindestens zwei Jahren bestehende Frauenorganisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern, und Gewerkschaften, welche die Interessen der Arbeitnehmenden wahren. Allerdings steht dies im Zusammenhang mit der Legitimation von Organisationen zu Beschwerden nach dem GIG. Für die Lohngleichheitsanalyse besteht darüber hinaus konkretisierendes Recht.

Art. 7 Abs. 3 Verordnung Lohngleichheitsanalyse schreibt vor, was der Nachweis über die Wissenschaftlichkeit und Rechtskonformität alles enthalten muss: eine vollständige und transparente Dokumentation der Methode sowie eine Validierung ihrer wissenschaftlichen Qualität und Rechtskonformität (Konformitätserklärung). Die beauftragte Organisation muss zudem unabhängig sein. Aus Letzterem ist abzuleiten, dass neben den in Art. 7 GIG explizit genannten auch weitere unabhängige Stellen die Konformität der Lohngleichheitsanalyse feststellen können. Dies gilt etwa für Hochschulen, Forschungseinrichtungen und – betreffend die Rechtskonformität – auch für unabhängige Anwaltskanzleien. Wurde Logib als Methode verwendet, «stellt das EBG eine Konformitätserklärung zur Verfügung» (Art. 7 Abs. 3 Satz 2 Verordnung Lohngleichheitsanalyse). Die Konformitätserklärung gehört zu den Unterlagen, welche die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber dem mit der Überprüfung beauftragten Revisionsunternehmen übergeben müssen. Diese wiederum haben mit einer begrenzten Urteilssicherheit zu bestätigen («negative assurance»), dass keine Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen wäre, dass die Lohngleichheitsanalyse nicht den Anforderungen entspricht bzw. diese in formeller Hinsicht nicht korrekt durchgeführt worden wäre (vgl. Art. 7 Abs. 1 und 2 Verordnung Lohngleichheitsanalyse). Revisionsunternehmen haben überdies die Art. 2 ff. Verordnung Lohngleichheitsanalyse zu beachten.

4. Fazit

Aus den anwendbaren Normen und den entsprechenden Materialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigte, Logib als ausschliesslich zulässige Methode zu etablieren. Vielmehr ist es Privaten überlassen, mit welcher Analysemethode sie die Lohngleichheit überprüfen wollen, solange diese wissenschaftlich und rechtskonform ist. Ebenso steht es ihnen frei, eine der in Art. 13d Abs. 1 GIG genannte Organisation mit der Überprüfung zu betrauen, ob die Wissenschaftlichkeit und Rechtmässigkeit der Lohngleichheitsanalyse gegeben ist. Diese Organisationen wiederum müssen unabhängig im Sinne der Verordnung Lohngleichheitsanalyse sein.

Nichts Anderes ergibt sich, wenn die Art. 12 nBöB und Art. 4 Abs. 1 nVöB herangezogen werden. Die Möglichkeit, zur beschaffungsrechtlichen Kontrolle des Lohngleichheitsgebots das EGB zu beauftragen, ist eine Kann-Vorschrift. Mit anderen Worten ist es für die Anbieterinnen und Anbieter auch möglich die Kontrolle durch eine andere Organisation und nicht mit dem Standard-Analysemodell des Bundes durchführen zu lassen. Dieser Schluss ist folgerichtig, wenn man bedenkt, wie komplex eine Lohngleichheitsanalyse ist.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 90 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



Andreas Brenner

Dr. iur. HSG
Rechtsanwalt und öffentlicher Notar
Telefon +41 58 258 14 00
Andreas.brenner@bratschi.ch

Die elektronische Auktion – ein Instrument des neuen Beschaffungswesens

Mit der Schaffung des Instruments der elektronischen Auktion wird im Beschaffungswesen ein kleiner Schritt in Richtung Digitalisierung gegangen. Dieses neue Instrument ermöglicht es zumindest für die Beschaffung von standardisierten Leistungen, den Prozess elektronisch abzuwickeln. Eine elektronische Abwicklung führt zur Erhöhung der Transparenz, zur Senkung von Transaktionskosten und zur Erhöhung von Markteintrittschancen für ortsfremde Anbieter, schränkt aber die Auswahl an Zuschlagskriterien auf ausschliesslich quantifizierbare Komponenten ein. Es bleibt zu hoffen, dass künftig dieses Instrument nicht nur für standardisierte Leistungen, sondern auch für komplexere Beschaffungsprozesse eingesetzt werden kann.

Am 6. April 2014 trat die Revision des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) in Kraft. Ziel der Welthandelsorganisation war es, mit dieser Revision das bisherige Übereinkommen aus dem Jahr 1994 (GPA 1994), welchem die Schweiz per 1. Januar 1996 beigetreten ist, zu modernisieren und an die neuesten technischen Entwicklungen anzupassen. Aufgrund der Revision der GPA muss die Schweiz die nationalen² und kantonalen³ Gesetze des öffentlichen Beschaffungsrechts insbesondere in den Bereichen Stärkung des Wettbewerbs, Flexibilisierung des Beschaffungsvorgangs und Anpassung an künftige Herausforderungen ändern. Dies erfolgt mit der Revision dieser Gesetze per 1. Januar 2021. Um der Flexibilisierung und der Modernisierung Rechnung zu tragen, konkret, um einen Schritt in Richtung Digitalisierung zu gehen, wurden für die zulässigen Verfahrensarten (offenes bzw. selektives Verfahren sowie Einladungs- und freihändiges Verfahren) neue Instrumente geschaffen. Diese neuen Instrumente können nach Belieben in den einzelnen Verfahren eingesetzt werden. Dabei handelt es sich um die Ausschreibung von Rahmenverträgen, elektronischen Beschaffungen, Dialogen sowie die elektronischen Auktionen. Das letztgenannte Instrument wird in der Folge näher beschrieben.

Mit der Einführung der elektronischen Auktion in Artikel XIV GPA 2012 und der Verpflichtung, dieses Instrument in die nationalen Gesetze zu übernehmen, wurde die Grundlage für die Einführung

² Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB).

³ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB).

der elektronischen Auktion im BöB und im IVöB gelegt. Die Einführung dieser neuen und flexiblen Beschaffungsinstrumente ermöglicht den Anbietern einen grossen Handlungsspielraum. Ziel ist es weiter, dem Wunsch, Beschaffungsvorhaben künftig auf dem elektronischen Weg abzuwickeln, gerecht zu werden. Der Einsatz dieses Instruments senkt nicht nur die Transaktionskosten, sondern erhöht auch die Marktzutrittschancen ortsfremder Unternehmen und die Transparenz.

Durch die elektronische Auktion, welche in Art. 23 BöB respektive Art. 23 IVöB geregelt wird, können die Offerten der Anbieter in einem sich wiederholenden, automatisierten Prozess bewertet werden. Die Auktion kann die Offerte mit dem besten Preis, wenn der Zuschlag für den niedrigsten Preis erteilt werden soll, und/oder die besten Werte für quantifizierbare Komponenten auswählen, wenn der Zuschlag an die Offerte mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll. Nicht zuschlagsrelevant sind aber Kriterien, welche nicht quantifizierbar sind, wie bspw. die Qualität der Produkte oder die Lieferfähigkeit des Anbieters, obwohl diese im Endeffekt für den Erfolg einer Beschaffung durchaus relevant sein können. Die elektronische Auktion ist ein Instrument, welches – zumindest vorerst – lediglich für die Beschaffung von standardisierten Leistungen vorgesehen ist. Wichtig ist, dass die elektronische Auktion kein eigenes Vergabeverfahren darstellt, sondern sie soll in sämtlichen möglichen Verfahrensarten eingesetzt werden können.

Grundvoraussetzung für die Verwendung dieses Instruments ist, dass die Auftraggeber beim elektronischen Prozess allgemein verfügbare und kompatible Systeme respektive Software verwenden. Sofern das Instrument der elektronischen Auktion im Beschaffungsprozess gewählt wird, ist das Verfahren in zwei Phasen unterteilt. In der ersten Phase, der sogenannten Präqualifikation, wird von der Auftraggeberin eine manuelle und somit nicht elektronische Bewertung der Angebote vorgenommen. Konkret werden die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen geprüft. Übersteht ein Anbieter die Präqualifikation, wird er gleichzeitig mit allen anderen Anbietern auf elektronischem Weg aufgefordert, neue, bereinigte Angebote einzureichen. Dieser Informationsfluss erhöht die Transparenz und stellt die Gleichbehandlung der Teilnehmer sicher. Vor der Auktion, der zweiten Phase, wird jeder Anbieter von der Auftraggeberin über die automatische Bewertungsmethode der Offerten informiert. Dies schliesst die mathematische Bewertungsformel, das eigene Resultat der Präqualifikation und andere Informationen zur Abwicklung der Auktion mit ein. Dieser Informationsfluss wird, sofern es mehrere Auktionsrunden gibt, pro Auktionsrunde wiederholt. Dieses Vorgehen stellt sicher, dass anhand transparenter Kriterien nachvollzogen werden kann, welche Offerte respektive welcher Anbieter schliesslich den Zuschlag erhält. In Bezug auf elektronische Auktionen gilt, dass die Ausgestaltung von Auktionsbedingungen ein äusserst komplexes Unterfangen ist, bei welchem neben Fachwissen über das zu beschaffende Produkt auch verhaltenspsychologisches, bspw. Kenntnis von der Spieltheorie, und technisches Fachwissen erforderlich ist.

Zudem gilt es festzuhalten, dass die Offerten der Anbieter in pseudonymisierter Form zu erfolgen haben, auf welche selbstredend auf nationaler Ebene die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes (DSG) und auf europäischer Ebene diejenigen der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) anwendbar sind.

Es bleibt zu hoffen, dass sich das Instrument der elektronischen Auktion etabliert und baldmöglichst auch für den Beschaffungsprozess von komplexeren Leistungen eingesetzt werden kann. Jedoch birgt die elektronische Auktion und dadurch die Beschränkung der Zuschlagskriterien auf quantifizierbare Komponenten die Gefahr, dass dies von den Anbietern dahingehend ausgenutzt wird, dass sie den Zuschlag erhalten, da ihre Produkte preisgünstig sind und den technischen Anforderungen entsprechen, bspw. aber qualitativ schlechter sind als Konkurrenzprodukte oder schliesslich nicht geliefert werden können. Es besteht somit die Gefahr von sog. Dumping-Offerten. Kritik gilt diesbezüglich nicht der elektronischen Auktion als solches, sondern der Beschränkung der Zuschlagskriterien auf quantifizierbare Komponenten. Als illustratives Beispiel kann hier die Beschaffung der «neuen, multifunktionalen Software für das öffentliche Beschaffungswesen» der offiziellen Veröffentlichungsplattform von öffentlichen Ausschreibungen von Bund, Kantonen und Gemeinden, simap.ch, genannt werden. Bei dieser Beschaffung wurde das dazumal preisgünstigste Produkt ausgewählt, bei welchem sich aber nachträglich herausgestellt hat, dass es bis zum vereinbarten Datum nicht lieferbar ist und die technischen Anforderungen nicht erfüllen kann. Dies hat bei einem Auftragsvolumen von ca. CHF 10.0 Mio. aufgrund der Verspätung nicht nur zu bisherigen Mehrkosten von ca. CHF 1.8 Mio. geführt, sondern auch über ein Jahr nach dem geplanten Start ist noch immer keine neue Software vorhanden.

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
Gubelstrasse 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