



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD  
Bundesamt für Bauten und Logistik BBL  
Beschaffungskommission des Bundes

1. Januar 2010

---

## **Erläuternder Bericht**

zur Änderung der Verordnung über das  
öffentliche Beschaffungswesen (VöB)

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen</b>	<b>5</b>
Art. 2c	Gemeinsame Beschaffungen	5
Art. 2d	Beschaffung durch eine Drittperson	6
Art. 3	Lieferungen, Dienstleistungen und Bauleistungen	6
Art. 5	Einsichtsrecht	6
Art. 7	Arbeitsbedingungen	7
Art. 8	Publikationsorgan	7
Art. 10	Prüfungssystem	8
Art. 13	Freihändiges Verfahren	8
Art. 14	Bagatellklausel	9
Art. 14a	Bestimmung des Auftragswertes	9
Art. 15	Auftragswert von Verträgen mit Laufzeit	9
Art. 15a	Vertragsdauer bei wiederkehrenden Leistungen	9
Art. 16	Ausschreibung	10
Art. 16a	Leistungsbeschreibung	10
Art. 19a	Fristverkürzungen	11
Art. 20	Ausnahmen von den Formvorschriften	12
Art. 21a	Vorbefassung	13
Art. 22	Gesamtangebote, Lose und Teilangebote	14
Art. 22a	Varianten	14
Art. 23	Vergütungsanspruch der Anbieter und Anbieterinnen	15
Art. 23a	Vorbestehende Immaterialgüterrechte	15
Art. 25	Bereinigung und Bewertung der Angebote	16
Art. 26a	Dialog	17
Art. 27	Bewertungssystem	18
Art. 28	Bekanntmachung des Zuschlags	20

Art. 29	Vertragsschluss	21
Art. 29a	Zahlungsfristen	21
Art. 32	Geltungsbereich	21
Art. 34	Verfahrensarten und Wahl des Verfahrens	22
Art. 35	Einladungsverfahren	22
Art. 36	Freihändiges Verfahren	22
Art. 39	Vergabeentscheide	23
Art. 50	Preisgericht	23
Art. 51	Aufgaben des Preisgerichts	23
Art. 69	Überwachung	23
Art. 72b	Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 18. November 2009	23
	Änderungen bisherigen Rechts	23
<b>3</b>	<b>Erläuterungen zu den Anhängen</b>	<b>24</b>
	Anhang 1 Güter	24
	Anhang 1a Dienstleistungen	24
	Anhang 2 Hoch- und Tiefbauarbeiten (Bauleistungen)	25
	Anhang 2a Kernübereinkommen der ILO	25
	Anhang 4 Mindestangaben für die öffentliche Ausschreibung eines Auftrages im offenen oder selektiven Verfahren	25
	Anhang 5 Mindestangaben für die in einem offenen oder selektiven Verfahren abgegebenen Ausschreibungsunterlagen	26
	Anhang 5a Mindestangaben in einer zu einer Fristverkürzung führenden Vorankündigung einer öffentlichen Ausschreibung eines Auftrages im offenen oder selektiven Verfahren	26
	Anhang 6 Mindestangaben in einer Ausschreibung eines Wettbewerbs	27

## 1 Einleitung

Der Bundesrat eröffnete am 30. Mai 2008 die Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB). Die Vernehmlassung dauerte bis zum 15. November 2008. Der Bundesrat hat am 17. Juni 2009 die wichtigsten Vernehmlassungsergebnisse zur Kenntnis genommen (vgl. dazu den Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum VE BöB [Vernehmlassungsbericht]). Die Wirtschaftslage hat sich seit der Vernehmlassung verschlechtert. Der Abschluss der Revision des dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1) zugrunde liegenden WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422) hat sich zudem verzögert und steht noch aus. Der Bundesrat hat deshalb beschlossen, verschiedene Neuerungen im VE BöB, die sich günstig auf die Konjunktur auswirken können, rasch auf Verordnungsebene umzusetzen und eine Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11) vorzuziehen. Er hat das EFD beauftragt, einen entsprechenden Vorschlag für eine Revision der VoeB vorzulegen. Die laufende Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen soll anschliessend fortgesetzt werden, wobei auf die im VE BöB vorgeschlagene schweizweite Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts verzichtet werden soll. Der Bundesrat will den eidgenössischen Räten zudem die folgenden Massnahmen zur Beschleunigung des Vergabeverfahrens vorschlagen: Bei dringlichen öffentlichen Werken von nationaler Bedeutung soll Beschwerden keine aufschiebende Wirkung zukommen. Zudem sollen Entscheide auf dem Gebiet des Beschaffungswesens nicht ans Bundesgericht weiter gezogen werden können. Der Bundesrat hat das UVEK beauftragt, eine entsprechende Botschaft für eine vorgezogene Teilrevision des BöB auszuarbeiten. Diese Massnahmen zur Beschleunigung des Vergabeverfahrens sind nicht Bestandteil der vorliegenden Revision der VoeB.

Mit der Revision der VoeB werden effektive und effiziente beschaffungsrechtliche Rahmenbedingungen geschaffen, damit die laufenden Konjunkturprogramme möglichst rasch wirken. Die Revision beinhaltet Bestimmungen, welche die Vergabeverfahren modernisieren und flexibilisieren. Dazu gehört namentlich die Regelung der neuen Informationstechnologien und einer elektronischen Publikationsplattform (Modernisierung) sowie der so genannten „funktionalen“ Ausschreibung und des Dialogs (Flexibilisierung). Dies wird zu Kosteneinsparungen, Zeitgewinn und klareren rechtlichen Rahmenbedingungen für die Anbieter und Anbieterinnen (nachfolgend Anbieterinnen) und die öffentliche Hand führen. Ferner enthält die Revision Bestimmungen, die sich nur indirekt konjunkturfördernd auswirken, die aber zur Klärung gewisser Sachverhalte beitragen und in der Vernehmlassung zum VE BöB weitgehend unbestritten geblieben sind. Diese Bestimmungen stützen sich auf das heutige GPA bzw. das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und sollen aufgrund ihrer Bedeutung für die Beschaffungspraxis mit der Revision der VoeB vorgezogen werden. Dazu gehören namentlich gewisse Möglichkeiten der Fristverkürzung und die Regelung der so genannten Vorbefassung. Die Verordnungsänderung soll auf den 1. Januar 2010 in Kraft treten.

Bei der Änderung der VoeB handelt es sich nicht um eine Totalrevision; eine solche wird erst im Zusammenhang mit der Totalrevision des Bundesgesetzes geprüft.

Die VoeB wird ab dem 1. Januar 2010 neu mit „VöB“ abgekürzt und für das Gesetz die Abkürzung „BöB“ eingeführt.

## 2 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

### Art. 2c Gemeinsame Beschaffungen

#### Abs. 1

Beteiligen sich mehrere, entweder dem Bundes- oder dem kantonalen Recht unterstellte Auftraggeberinnen an einer gemeinsamen Beschaffung (Beschaffungskoope-ration), stellt sich die Frage, ob auf diese Beschaffung Bundes- oder kantonales Recht anwendbar ist. Nach Art. 2c VöB findet das Beschaffungsrecht jener staatlichen Ebene (Bund oder Kanton) Anwendung, welche die Beschaffung gemessen am Gesamtwert anteilmässig am höchsten finanziert. Diese Regelung hielt einer bundesgerichtlichen Überprüfung stand (BGE 130 I 156 vom 21. April 2004). Sie wird inhaltlich beibehalten, einzig die Formulierung wird vereinfacht: Der bisher verwendete Begriff der „Hauptauftraggeberin“ entfällt und das ausschlaggebende Kriterium des Finanzierungsanteils wird direkt auf Verordnungsstufe genannt.

Zudem wird – basierend auf den Eingaben im Vernehmlassungsverfahren (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 7 VE BöB) – eine weitere Unklarheit präzisiert: Nur die Abgrenzung zwischen Bundes- und kantonalem Recht wird geregelt, nicht hingegen diejenige zwischen den einzelnen kantonalen Rechtsgrundlagen. Gelangt das Bundesrecht nicht zur Anwendung, weil der höchste Finanzierungsanteil von einer einzelnen, dem kantonalen Recht unterstellten Beschaffungsstelle stammt, können die Kantone das anwendbare kantonale Recht bestimmen.

Der Bund hat die Kompetenz, das anwendbare Recht für diejenigen Beschaffungen festzulegen, an denen er teilnimmt. Eine derartige Konfliktregelung sollte jedoch in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein (vgl. BGE 130 I 156 vom 21. April 2004, Erw. 2). Diese Verordnungsbestimmung wird im Sinne einer Zwischenlösung bis zur Revision des BöB in ihrer leicht abgeänderten Formulierung zu Gunsten der Rechtssicherheit beibehalten.

#### Abs. 2

Für Auftraggeberinnen, die dem Bundesrecht unterstellt sind, gelten teilweise unterschiedliche Schwellenwerte. So gilt derzeit beispielsweise für den Schienensektor der Schwellenwert von 8 Millionen Franken für Baubeschaffungen (Art. 2a Abs. 3 Bst. d VöB), während für alle anderen Baubeschaffungen der Schwellenwert von CHF 9'575'000.-- gilt (Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009 vom 27. November 2008<sup>1</sup> [nachfolgend Schwellenwertverordnung]). Für einzelne Sektoren gelten sodann für Dienstleistungsbeschaffungen höhere Schwellenwerte als derjenige von CHF 248'500.-- (Art. 6 Abs. 1 Bst. d BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. d Schwellenwertverordnung sowie Art. 2a Abs. 3 Bst. a-c VöB). Die Unklarheit bei Beschaffungskoope-rationen, auf deren Mitglieder unterschiedliche Schwellenwerte anwendbar sind, wird behoben, indem der tiefere Schwellenwert für diese Kooperation als relevant bezeichnet wird. Im VE BöB wurde bereits vorgeschlagen, den jeweils tieferen Wert als ausschlaggebend zu betrachten. Dieser Lösungsansatz dient der Rechtssicherheit und blieb in der Vernehmlassung unbestritten (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 15 Abs. 4 VE BöB), weshalb er bereits auf Verordnungsstufe eingeführt wird. Dies erfolgt im Wissen, dass es sich ebenfalls um eine Übergangslösung bis zum Erlass einer entsprechenden Norm in einem Gesetz im formellen Sinn handelt.

1 172.056.12

## **Art. 2d Beschaffung durch eine Drittperson**

Eine Organisation, die derart eng mit einer dem Gesetz unterstellten Auftraggeberin verbunden ist, dass beide rechtlich als Einheit betrachtet werden oder für einander handeln können, ist bereits nach übergeordnetem internationalem Beschaffungsrecht vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst (Panel-Entscheid Korea – Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163R, angenommen mit WT/DSB/M/84 am 15. Juni 2000, 7.72). Deshalb gilt das Gesetz auch für eine Drittperson, die stellvertretend für eine dem Gesetz unterstellte Auftraggeberin eine Beschaffung durchführt. Nicht ausschlaggebend ist, ob sie diese Aufgabe nur einmal oder dauerhaft wahrnimmt und in wessen Namen sie nach aussen hin auftritt. Erfasst werden auch Dritte, an welche die Auftraggeberin eine Staatsaufgabe ausgelagert hat (vgl. den Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 3. September 1999, BRK 1999-006, E. 1), sofern nicht bereits die Auslagerung als solche nach Beschaffungsrecht vergeben wurde (so genanntes „Prinzip der einmaligen Ausschreibung“). Die Drittperson wird der von ihr vertretenen Auftraggeberin gleichgestellt, insbesondere was die im Einzelfall anwendbaren Schwellenwerte betrifft.

Diese Norm sollte an sich in einem Gesetz im formellen Sinn stehen. Sie wird jedoch provisorisch auf Verordnungsebene eingeführt und im Rahmen der Totalrevision des BöB in das Gesetz aufzunehmen sein. Der entsprechende Normvorschlag im VE BöB (Art. 4 Abs. 3) blieb in der Vernehmlassung unangefochten.

## **Art. 3 Lieferungen, Dienstleistungen und Bauleistungen**

### *Abs. 1*

Alle beweglichen Güter sind dem BöB unterstellt (Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB). Eine Sonderregelung gilt für Beschaffungen von Gütern, die sowohl für den zivilen als auch den militärischen Gebrauch verwendet werden können. Diese sogenannten «dual-use»-Güter müssen von Rüstungsbetrieben nur dann gemäss BöB beschafft werden, wenn sie auf einer spezifischen Liste (so genannte „Positivliste“) explizit genannt werden. Diese „Positivliste“, die bis anhin nur im Anhang 1 des GPA aufgeführt ist, wird neu in einem Anhang 1 als Liste des zivilen Materials für Verteidigung und Zivilschutz in die VöB aufgenommen.

### *Abs. 2*

Im VE BöB wurde vorgeschlagen, neu alle Arten von Dienstleistungen dem Beschaffungsrecht zu unterstellen, wie dies gemäss revidiertem Konkordat (revIVöB) bereits heute bei den Kantonen gilt (vgl. Art. 6 Abs. 2 revIVöB). Dieser Vorschlag fand in der Vernehmlassung sowohl Befürworter als auch Gegner (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 3 Abs. 1 VE BöB). Die Gegner wiesen darauf hin, dass keine Veranlassung bestehe (gegenüber anderen Staaten einseitig) über den Anwendungsbereich des GPA hinauszugehen. Dieser Kritik wird insoweit Rechnung getragen, als nur der Anwendungsbereich der Verordnung (so genannte „übrige Beschaffungen“ gemäss 3. Kapitel) ausgeweitet wird. Das BöB und dessen gesetzlicher Rechtsschutz gelten weiterhin nur für die Dienstleistungen, die dem GPA unterstellt sind (vgl. Anhang 1a).

## **Art. 5 Einsichtsrecht**

### *Abs. 2*

Die neue Formulierung in Abs. 2 präzisiert gegenüber der bisherigen Regelung, dass die für die Beschaffung zuständige Direktion darüber entscheidet, ob ausnahmsweise trotz Vorliegens der Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 1 kein Einsichtsrecht vereinbart werden muss.

## **Art. 7 Arbeitsbedingungen**

### *Abs. 2*

Die Verankerung des Prinzips, dass ausländische Anbieterinnen bei der Erbringung von Leistungen im Ausland mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) einhalten müssen, fand in der Vernehmlassung zum VE BöB einhellige Zustimmung. Dies nicht zuletzt deshalb, weil dadurch „gleich lange Spiesse“ zwischen in- und ausländischen Anbieterinnen geschaffen würden. Zudem soll eine Anbieterin, die ihren Preisvorteil auf einer Verletzung der ILO-Kernübereinkommen aufbaut, gegenüber einer Konkurrentin, welche diese Übereinkommen respektiert, nicht bevorteilt werden (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 25 Abs. 3 VE BöB). Diese Neuerung wird deshalb bereits auf Verordnungsstufe eingeführt. Es wäre wünschbar, diese Bestimmung im Rahmen der geplanten Revision BöB auf Gesetzesstufe anzuheben.

Die acht Übereinkommen, die in dieser Verordnung als Kernübereinkommen der ILO bezeichnet werden, sind in einem neuen Anhang 2a aufgelistet. Gemäss der Erklärung der Internationalen Arbeitsorganisation über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit, angenommen von der Internationalen Arbeitskonferenz an ihrer 86. Tagung am 18. Juni 1998 in Genf, sind alle 182 Mitglieder allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der Organisation dazu verpflichtet, die Grundsätze dieser Kernübereinkommen einzuhalten, zu fördern und zu verwirklichen. Dies gilt selbst dann, wenn sie die betreffenden Übereinkommen nicht ratifiziert haben. Hält eine Anbieterin die Anforderungen der Kernübereinkommen nicht ein, so kann die Auftraggeberin sie ausschliessen oder den Zuschlag widerrufen (Art. 11 BöB).

## **Art. 8 Publikationsorgan**

### *Abs. 1*

Der Bundesrat bezeichnet das offizielle Publikationsorgan (Art. 24 Abs. 1 BöB). Das bisherige Publikationsorgan SHAB (in seiner Papierform) wird nun durch die Internetplattform [www.simap.ch](http://www.simap.ch) abgelöst. Träger und Verantwortlicher für diese Internetplattform ist der Verein für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (Verein [simap.ch](http://simap.ch)). Die Schweizerische Eidgenossenschaft ist Vereinsmitglied und bezahlt Beiträge, die im Wesentlichen der Benutzung des Systems durch den Bund entsprechen dürften. Soweit die Kostenbeteiligung des Bundes eine Rechtsgrundlage auf Gesetzesstufe benötigt, wird der Gesetzgeber diese anlässlich der nächsten Revision BöB schaffen.

Der Wechsel des offiziellen Publikationsorgans wird bis Ende Jahr allen Partnerländern, die mit der Schweiz ein Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen abgeschlossen haben, mitgeteilt und gilt somit auch gegenüber ausländischen Anbieterinnen.

Die Bestimmung erlaubt den Einsatz moderner Informationstechnologien, womit die Transparenz und Wirksamkeit des öffentlichen Beschaffungswesens verbessert werden soll. Nahezu alle Kantone und zahlreiche Städte der Schweiz verwenden dieselbe Internetplattform als Publikationsorgan. Durch die Wahl dieser Internetplattform anstelle des SHAB wird der Wunsch vieler Vernehmlassungsteilnehmender erfüllt (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 55 Abs. 1 und 2 VE BöB).

### *Abs. 2*

Mit dem Wechsel zu [www.simap.ch](http://www.simap.ch) wird eine Neuerung vorweggenommen, die auf internationaler Ebene bereits geplant ist: Gemäss dem Entwurf vom 8. Dezember 2006 für ein revidiertes GPA (GPA/W/297; nachfolgend rev. GPA) hat die Publikation auf einem weit verbreiteten und zumindest für die angekündigte Dauer der Publikation leicht zugänglichen Publikationsorgan zu erfolgen. Bei Bundesbeschaffungen hat zudem das zentrale elektronische Publikationsorgan unentgeltlich zugänglich zu sein (Art. VII:1 Bst. a rev. GPA). Auf-

traggeberinnen, die eine Publikation (z.B. Zuschlag) auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) veröffentlichen wollen, haben hingegen kein Anrecht, dass diese Publikationen unentgeltlich erfolgen. Sie brauchen ihrerseits den Anbieterinnen die Ausschreibungsunterlagen nicht gratis zur Verfügung zu stellen oder zu senden.

## **Art. 10 Prüfungssystem**

### *Abs. 1*

Mit dem Verweis auf Art. 8 wird präzisiert, dass die Prüfungssysteme ebenfalls auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) zu veröffentlichen sind.

## **Art. 13 Freihändiges Verfahren**

Erreicht eine Beschaffung die Schwellenwerte des offenen oder selektiven Ausschreibungsverfahrens, darf die Auftraggeberin nur in den im GPA (Art. XV) abschliessend umschriebenen Fällen auf eine Ausschreibung verzichten.

### *Abs. 1 Bst. I*

Der Klärung halber wird eine im GPA zwar genannte (Art. XV Bst. j), aber vom Bundesrat bis anhin nur indirekt im 4. Kapitel der VöB umschriebene Möglichkeit neu in den Katalog von Art. 13 aufgenommen: Hat die Auftraggeberin in einem Verfahren die Lösung einer planerischen Aufgabe erarbeiten lassen, darf sie dem Gewinner oder der Gewinnerin im Anschluss daran gewisse Folgeleistungen, die eng mit der planerischen Aufgabe zusammenhängen, freihändig vergeben. Hierzu gehören weitere Planerleistungen (z.B. vertiefte Planung) oder auch die Koordination der Umsetzung dieser Planung (z.B. Bauleitung), nicht hingegen die Realisierung der Planung (z.B. Bauarbeiten). Alle drei genannten Voraussetzungen müssen erfüllt werden. Nicht verlangt wird hingegen, dass die Lösungen anonym eingereicht wurden. Deshalb kann nicht nur ein Wettbewerb, sondern beispielsweise auch ein entsprechend ausgestalteter Studienauftrag diesen Anforderungen genügen. Einzelne Vernehmlassungsteilnehmende wünschten sich zwar die Lockerung der bestehenden Voraussetzungen oder die Ergänzung des bestehenden Kataloges um weitere Möglichkeiten (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 66 VE BÖB). Diesem Anliegen kann auf Verordnungsstufe nicht gefolgt werden. Denn obwohl der Bundesrat kompetent ist, die Voraussetzungen für die freihändige Vergabe zu bestimmen, bleibt er im Anwendungsbereich des Gesetzes an die Voraussetzungen des GPA gebunden (Art. 13 Abs. 2 BÖB).

Die Auftraggeberin darf freiwillig ein Einladungs- oder Ausschreibungsverfahren durchführen, obwohl die Voraussetzungen für das freihändige Verfahren erfüllt sind. Die freiwillige Wahl einer anderen Verfahrensart begründet keinen Rechtsschutz, wo ein solcher nicht von Gesetzes wegen bereits besteht (vgl. Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 26. Januar 2001, BRK 2000-018, E. 3).

## **Art. 14 Bagatellklausel**

Die Bagatellklausel kommt nur zur Anwendung, wenn der Wert des Gesamtwerkes den für Bauwerke massgeblichen Schwellenwert erreicht, ab dem das Gesetz anwendbar ist (vgl. Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. November 2003, BRK 2003-023, E. 1a).

Beispiel: Ein Gesamtbauwerk, das auf CHF 12 Mio geschätzt wird, wird in Leistungen von CHF 6, 2, 1.6, 1.4 und 1 Mio aufgeteilt: Die Lose über 6, 2 und 1.6 Mio unterstehen dem Gesetz.

## **Art. 14a Bestimmung des Auftragswertes**

### *Abs. 1*

Die Auftraggeberin hat den Auftragswert nach Treu und Glauben sorgfältig zu schätzen. Stellt sich nach Eingang der Angebote heraus, dass ein höherstufiges Verfahren hätte angewendet werden müssen (z.B. offenes Verfahren anstatt Einladungsverfahren oder freihändiges Verfahren), darf die Auftraggeberin das gewählte Verfahren weiterführen, sofern sie dokumentieren kann, dass die Schätzung, die zur Wahl des Verfahrens geführt hat, plausibel und nachvollziehbar ist.

### *Abs. 2*

Ein enger sachlicher oder rechtlicher Zusammenhang zwischen mehreren Leistungen besteht, wenn diese vernünftigerweise im Geschäftsverkehr nicht ohne einander beschafft werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Leistungen demselben Zweck dienen, von derselben Person erbracht werden sollen oder wenn die Aufteilung der Verantwortlichkeiten unerwünscht ist.

### *Abs. 3*

Das GPA gibt vor, welche Wertbestandteile bei der Berechnung des Auftragswertes zu berücksichtigen sind (vgl. Art. II:2). Deshalb können davon abweichende Vorschläge, die im Rahmen der Vernehmlassung zum VE BÖB gemacht wurden, nicht berücksichtigt werden (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 16 VE BÖB). Bei der Bestimmung des Auftragswertes sind auch Optionen (Art. 7 Abs. 4 BÖB), nicht aber die Mehrwertsteuer (Art. 6 Abs. 1 BÖB) zu berücksichtigen.

## **Art. 15 Auftragswert von Verträgen mit Laufzeit**

### *Abs. 1 Bst. a*

Bei gewissen Verträgen mit Laufzeit wie beispielsweise Leasingverträgen ist allenfalls auch der geschätzte Restwert im Gesamtwert mit einzurechnen (vgl. Art. II:5 Bst. a GPA).

### *Abs. 2*

Ist zweifelhaft, ob eine Beschaffung eine bestimmte oder unbestimmte Laufzeit haben wird, wendet die Auftraggeberin die Bewertungsmethode der unbestimmten Laufzeit an (Art. II:5 letzter Satz GPA).

## **Art. 15a Vertragsdauer bei wiederkehrenden Leistungen**

### *Abs. 1*

Die Rechtsprechung hat darauf hingewiesen, dass sich der Bundesgesetzgeber der speziellen Problematik von Verträgen mit einer (über)langen Dauer offenbar nicht bewusst gewesen sei, so dass er keine Bestimmung ins BÖB aufgenommen habe, welche die Dauer solcher Verträge begrenze (Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 3. November 2000, BRK 2000-007, E. 3 Bst. c/ii). Werden Leistungen bestellt, die über einen längeren Zeitraum immer wieder benötigt werden (z.B. Kopierpapier), hat die Auftraggeberin neu die Vertragsdauer grundsätzlich zu befristen. Im VE BÖB wurde noch vorgeschlagen, die Dauer auf vier Jahre zu beschränken, nicht zuletzt um dieselbe Dauer festzulegen, die auch für die Berechnung des Auftragswertes bei Verträgen mit Laufzeit gilt (vgl. Art. 15 Bst. b VoeB). In verschiedenen Vernehmlassungseingaben wurde verlangt, diese Richtdauer um ein Jahr auf fünf Jahre zu erhöhen.

Nicht von dieser Norm erfasst wird eine Leistung, die einmalig erbracht wird, deren Erbringung aber mehr als fünf Jahre dauert (z.B. Erstellung eines Bauwerkes).

#### *Abs. 2*

Die Auftraggeberin soll nur in Ausnahmefällen eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren vereinbaren. Es handelt sich hierbei um eine rein verwaltungsinterne Anweisung, die nicht justiziabel ist. Die Auftraggeberin hat die Ausnahme zu begründen. Ein längerer Zeitraum ist insbesondere verhältnismässig, wenn betriebswirtschaftliche Gründe (z.B. Amortisation der Verfahrenskosten oder von Investitionen) eine längere Dauer und damit eine massvolle Beschränkung des Marktzuganges rechtfertigen. Dasselbe gilt für die Verlängerung eines bereits bestehenden Vertrages. Auf die Regelung einer maximal möglichen Vertragsdauer wird, trotz einzelner entsprechender Eingaben in der Vernehmlassung, verzichtet; zu gross ist die Vielfältigkeit der möglichen Einzelfälle.

### **Art. 16 Ausschreibung**

#### *Abs. 7*

Zu Gunsten der Transparenz wird neu verlangt, dass die Auftraggeberin auch dann einen Hinweis in der Ausschreibung anbringen muss, wenn ein Verfahren nicht unter das GPA fällt. Dadurch können alle Anbieterinnen ohne grossen Aufwand erkennen, ob ein Rechtsschutz gemäss Gesetz gegeben ist oder ob es sich um eine freiwillige Ausschreibung beziehungsweise eine Ausschreibung gemäss 3. Kapitel (vgl. Art. 34 Abs. 2) handelt.

### **Art. 16a Leistungsbeschreibung**

#### *Abs. 1*

Die Auftraggeberin entscheidet im Rahmen ihrer Aufgabe frei, was sie in welcher Qualität zu welchem Zweck beschaffen will. Sind die Angaben zur Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen ungenügend oder gar fehlerhaft, erschwert sich eine nachvollziehbare und korrekte Abwicklung der nachfolgenden Verfahrensschritte. Für die Voranalyse sollte die Auftraggeberin deshalb genügend Zeit einrechnen. Es liegt in ihrem Interesse, für eine qualitativ gute Ausschreibung zu sorgen, da diese die Transparenz und die Qualität des ganzen Verfahrens beeinflusst. Die Klarheit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung trägt insbesondere auch zur Vergleichbarkeit der Angebote bei. Die Auftraggeberin kann dabei auch auf bewährte Standards von Fachorganisationen zurückgreifen, soweit solche Bestimmungen nicht denjenigen dieser Verordnung widersprechen.

#### *Abs. 2*

Die Auftraggeberin kann auf die konkrete Umschreibung der zu beschaffenden Leistung verzichten und stattdessen nur die Ziele vorgeben, die sie mit der Beschaffung erreichen will (vgl. Art. VI:2 Bst. a GPA). Diese „finale“ bzw. „funktionale“ Beschreibung wird verwendet, um beispielsweise bereits bei der Präzisierung und Konkretisierung des Beschaffungsgegenstandes bestmöglich auf das Sachwissen und die Kreativität der potentiellen Anbieterinnen abstützen zu können. Diese Art der Ausschreibung kann insbesondere zur Suche nach neuen Lösungen, Lösungswegen oder Vorgehensweisen oder bei anderen komplexen Beschaffungsvorhaben eingesetzt werden. Eine blosser Umschreibung des Ziels fördert die Innovationskraft der Anbieterinnen. Weil die Anbieterinnen allenfalls für ihren Aufwand Anspruch auf eine Vergütung haben (vgl. Art. 23 Abs. 1) und das Vergleichen der Angebote anspruchsvoll ist, dürfte die Auftraggeberin zurückhaltend von der „finalen“ bzw. „funktionalen“ Umschreibung Gebrauch machen (vgl. Abs. 3 sowie den Vernehmlassungsbericht zu Art. 21 Abs. 2 VE BÖB).

### *Abs. 3*

Die Auftraggeberin umschreibt den Beschaffungsgegenstand derart präzise, dass eingehende Angebote vergleichbar sind oder diese zumindest in einer anschließenden technischen Bereinigung oder im Rahmen von Verhandlungen vergleichbar gemacht werden können.

Abs. 3 ist sowohl für eine Leistungsbeschreibung gemäss Abs. 1 als auch für die „finale“ bzw. „funktionale“ Umschreibung des Beschaffungsgegenstands anwendbar, da die Auftraggeberin in beiden Fällen im Vorhinein bestimmen muss, welche technischen Mindestanforderungen sie an die Angebote stellen will. Dennoch bleibt die Vergleichbarkeit der Angebote bei der „finalen“ bzw. „funktionalen“ Umschreibung des Beschaffungsgegenstands anspruchsvoll. Welche Angaben in der Ausschreibung mindestens enthalten sein müssen, hängt deshalb vom Einzelfall ab. In der Regel wird die Auftraggeberin zumindest die wichtigsten Eckwerte der Leistung angeben.

### *Abs. 4*

Es ist vergaberechtswidrig, bestimmte Handelsmarken oder -namen, Patente, Urheberrechte, Muster oder Fabrikate, sowie Anforderungen mit Bezug auf einen bestimmten Ursprung, eine Anbieterin oder eine Produzentin in der Leistungsbeschreibung zu nennen, es sei denn, die Leistung kann nicht auf eine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise beschrieben werden (Art. VI:3 GPA). Diese Ausnahme kommt in der Praxis vor, weshalb ein striktes Verbot nicht praktikabel wäre (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 22 Abs. 2 VE BöB). Die Auftraggeberin darf auf ein Datenblatt eines bestimmten Produktes jedoch nur dann zurückgreifen, wenn die technischen Anforderungen so offen formuliert werden, dass ein anderes Produkt sie noch erfüllen kann. Verlangt die Auftraggeberin ausnahmsweise technische Spezifikationen, die sich an Produkten oder Dienstleistungen von bestimmten Anbieterinnen orientieren, hat sie Konkurrenzprodukte oder Dienstleistungen ebenfalls zuzulassen, sofern diese nachweislich die gewünschten Anforderungen erfüllen. Sie hat in den Ausschreibungsunterlagen auf diese Möglichkeit hinzuweisen, indem sie beispielsweise den Zusatz „oder gleichwertig“ verwendet.

## **Art. 19 Fristen**

### *Abs. 4*

Das GPA sieht Gründe für die Verkürzung der Minimalfristen vor (Art. XI:3 GPA). Der Bundesrat hat sich bis anhin damit begnügt, auf diese internationale Norm zu verweisen. Um den Rückgriff auf internationale Abkommen zu vermeiden, werden die Voraussetzungen für Fristverkürzungen neu explizit in der Verordnung aufgeführt (Art. 19a), weshalb dieser Absatz gestrichen werden kann.

## **Art. 19a Fristverkürzungen**

Die im internationalen Recht für Fristverkürzungen zur Verfügung gestellten Möglichkeiten werden grundsätzlich ausgeschöpft, mit folgender Ausnahme: Es soll zu Gunsten der Rechtssicherheit nicht zulässig sein, die Minimalfristen vertraglich mit den Anbieterinnen zu verkürzen. Diese Möglichkeit würde selbst nach GPA nur bestimmten Auftraggeberinnen offen stehen (vgl. Art. XI:3 Bst. d GPA).

### *Abs. 1*

Führt die Auftraggeberin eine Beschaffung durch und plant sie bereits in diesem Zeitpunkt, die wiederkehrenden Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt erneut zu beschaffen, kann sie die Angebotsfrist in den späteren Beschaffungen bis auf 24 Tage verkürzen. Voraussetzung ist, dass sie in der vorangehenden Ausschreibung darauf hingewiesen hat, dass sie

die Fristen verkürzen wird. Diese Fristverkürzung rechtfertigt sich unter anderem, weil den Anbieterinnen Vereinfachungen bei der Erstellung ihrer Angebote entstehen.

#### *Abs. 2*

Eine Fristverkürzung kann auch gerechtfertigt sein, wenn die Auftraggeberin die Beschaffung im Voraus angekündigt hat. Die Vorankündigung muss zwar nicht alle, aber doch die wichtigsten Mindestangaben einer Ausschreibung enthalten. Sie darf nicht zu kurzfristig (mindestens ein Monat), aber auch nicht früher als ein Jahr vor der Ausschreibung erfolgen. Das ermöglicht den Anbieterinnen, ihre Angebote vorzubereiten sowie Zeit und Personalkapazitäten langfristig einzuplanen. Dies kommt insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen entgegen. Die Verkürzung bis auf 24 Tage schränkt den Marktzugang deshalb kaum ein, ermöglicht es aber der Auftraggeberin, nach der definitiven Kreditzusage eine Beschaffung wesentlich zu beschleunigen.

Nur in Ausnahmefällen darf die Minimalfrist für die Einreichung der Angebote von 40 bis auf 10 Tage verkürzt werden, wobei der Zeitraum im Einzelfall immer noch lange genug sein muss, um die Einreichung von Angeboten zu ermöglichen. Es handelt sich hierbei um eine rein verwaltungsinterne Anweisung, die nicht justiziabel ist. Die Auftraggeberin hat die Ausnahme zu begründen.

#### *Abs. 3*

Eine Verkürzung der Minimalfristen nach Art. 19 ohne entsprechende Vorabinformation könnte den Marktzugang für einzelne Anbieterinnen erschweren oder gänzlich verunmöglichen, weshalb sie nur in dringenden Fällen rechtskonform ist. Diese Dringlichkeit muss hinreichend begründet sein und zudem die Verkürzung rechtfertigen (z.B. mittelfristig drohender Felssturz). Nicht ausschlaggebend ist hingegen, ob die Dringlichkeit dem Verhalten der Auftraggeberin zuzuschreiben ist oder sich aus äusseren Umständen ergibt.

### **Art. 20 Ausnahmen von den Formvorschriften**

Angebote sind grundsätzlich schriftlich einzureichen, wobei der Bundesrat Ausnahmen vorsehen kann (Art. 19 Abs. 1 und 2 BöB). Dies war bis anhin nur für die Beschaffung von Gütern an Warenbörsen der Fall.

#### *Abs. 1*

Neu kann die Auftraggeberin bei allen Arten von Beschaffungen auf die Einreichung von schriftlichen Angeboten verzichten. Dadurch können die Kosten der Anbieterinnen gesenkt und die Beschaffung beschleunigt werden. Der Einsatz moderner Informationstechnologien fördert zudem die Offenheit bzw. Transparenz des Beschaffungsverfahrens sowie die Gleichbehandlung der Anbieterinnen. Je nach Geschäftsverkehr kann es sein, dass elektronische Eingaben (mit oder ohne qualifizierte elektronische Signatur) üblich sind. Die Auftraggeberin muss allerdings im Voraus, d.h. spätestens in den Ausschreibungsunterlagen, bekannt geben, dass sie auf das Schriftefordernis ausnahmsweise verzichtet. Die Anbieterinnen haben in diesen Fällen die Wahl: Sie können von dieser Formerleichterung profitieren und ihr Angebot elektronisch übermitteln. Sie können die Eingaben aber auch weiterhin in schriftlicher Form einreichen. Eine darüber hinausgehende Lockerung, wie sie etwa im VE BöB vorgesehen war, würde dem Ausnahmecharakter dieser Verordnungsbestimmung nicht mehr gerecht werden.

#### *Abs. 2*

Sobald die Eingaben bei der Auftraggeberin eingegangen sind, muss sie gewährleisten, dass die Daten unversehrt bleiben. Hierzu gehört, dass beim elektronischen Datenaustausch Ungleichbehandlungen verhindert und notwendige und angemessene Sicherheitsvorkehrungen eingehalten werden, um die Daten gegen Manipulationen zu schützen. Die

Auftraggeberin bietet Gewähr, dass das zum Einsatz kommende Informatiksystem und die Software (inklusive diejenige für die Verschlüsselung und Authentifizierung) allgemein verfügbar oder zumindest kompatibel sind mit anderen allgemein verfügbaren Systemen und anderer Software. Die Auftraggeberin hat zudem Mechanismen einzurichten, welche die Unversehrtheit der Eingaben der Anbieterinnen vor der Öffnung der Angebote (Art. 24) gewährleisten und unter anderem die Eingangszeit der Daten feststellen und unbefugte Zugriffe verhindern. Die Auftraggeberin kann dies jedoch erst gewährleisten, nachdem die Daten bei ihr eingegangen sind. Die Anbieterinnen sind ihrerseits verantwortlich für die Unversehrtheit ihrer Daten bis zum Eintritt in den Herrschaftsbereich der Auftraggeberin sowie den fristgerechten Zugang der verschlüsselten Daten sowie des Entschlüsselungscodes bei der Auftraggeberin.

### **Art. 21a Vorbefassung**

Der Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtet die Auftraggeberin, keiner Anbieterin Vorteile einzuräumen, die deren Konkurrentinnen nicht erhalten. Die Auftraggeberin schliesst eine Anbieterin von einem Beschaffungsverfahren aus, wenn objektiv erkennbar ist, dass diese vor der betreffenden Beschaffung Informationen erhielt, die ihr einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Konkurrentinnen verschafft haben. Dies trifft in der Regel zu, wenn eine Anbieterin beispielsweise die Ausschreibungsunterlagen vorbereitet hat (vgl. Art. VI:4 GPA). Die Regelung der Vorbefassung findet somit ihre gesetzliche Grundlage im Gleichbehandlungsgebot (vgl. Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 26. Juni 2006, BRK 2006-004, E. 2), aber auch im Gebot der Wettbewerbsförderung und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel (Art. 1 BöB).

#### *Abs. 1 Bst. a*

Beschaffungen werden teilweise in aufeinander folgenden Phasen durchgeführt (z.B. Planung mit anschliessender Realisierung). Nur eine flexible Lösung bei der Vorbefassung kann verhindern, dass sich der Markt in einzelne Spezialistensegmente aufteilt (z.B. Planung, Realisierung). Kann die Auftraggeberin den durch die Vorbefassung erlangten Wettbewerbsvorteil einer Anbieterin ausgleichen, darf sie deshalb auf deren Ausschluss verzichten. Die vorbefasste Anbieterin hat keinen Anspruch darauf, dass der Wettbewerbsvorteil ausgeglichen wird. Es liegt im Ermessen der Auftraggeberin zu entscheiden, ob sie im konkreten Einzelfall hinreichend Zeit und die notwendigen Mittel hat, den Wettbewerbsvorteil auszugleichen.

#### *Abs. 1 Bst. b*

Gleicht die Auftraggeberin den Wettbewerbsvorteil einer vorbefassten Anbieterin nicht aus, muss sie diese vom weiteren Verfahren ausschliessen. Nur in einem Ausnahmefall kann sie auf einen Ausschluss verzichten: Die Auftraggeberin darf die vorbefasste Anbieterin trotz des Wettbewerbsvorteils weiterhin im Verfahren belassen, wenn der Ausschluss dazu führen würde, dass kein wirksamer Wettbewerb mehr besteht. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn für die zu beschaffende Leistung nur noch eine potenzielle Anbieterin übrig bleiben würde. Mit dieser Ausnahme wird dem, im Rahmen der Vernehmlassung geäusserten Anliegen der Anbieterseite Rechnung getragen (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 28 VE BöB). Sie betont die Ziele der Wettbewerbsförderung und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Gelder.

#### *Abs. 2*

Es werden beispielhaft Möglichkeiten aufgezählt, wie die Auftraggeberin den Wettbewerbsvorteil der vorbefassten Anbieterin ausgleichen kann. Damit wird dem Wunsch zahlreicher Vernehmlassungsteilnehmenden entsprochen (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 28 VE BöB).

## **Art. 22 Gesamtangebote, Lose und Teilangebote**

Die Thematik der Teilung des Auftrages bzw. der Teilangebote wurde bis anhin in zwei Artikeln geregelt (Art. 22 und 27). Neu werden diese Inhalte klärend in einem Artikel (Art. 22) zusammengezogen, weshalb Art. 27 aufgehoben werden kann.

### *Abs. 1 und 2*

Die Auftraggeberin kann die Leistung ungeteilt als Ganzes oder in einzelnen Teilen (Losen) beschaffen. Beide Vorgehensweisen haben ihre Vorteile: Die Volumenbündelung kann Preisvorteile bringen. Die Aufteilung einer Beschaffung in einzelne Lose wiederum fördert den Wettbewerb und erhöht insbesondere die Chancen der KMU, auch an umfangreichen Beschaffungen teilnehmen zu können. Die Losaufteilung kann auch der Risikoverteilung dienen, weil die Abhängigkeit von einzelnen Anbieterinnen verkleinert wird.

Die Auftraggeberin kann die Gesamtleistung in unterschiedliche Leistungsarten (z.B. Maler, Gipser), in räumlich abgegrenzte Gebiete (z.B. Ost- und Westschweiz) oder in quantitativer Hinsicht (z.B. Lieferung von 10'000 und 20'000 Bürotischen) unterteilen. Sie darf mit der Aufteilung jedoch nicht die vorgeschriebene Verfahrensart umgehen oder einzelne Anbieterinnen bevorzugen (vgl. Art. 7 Abs. 1 BöB). Aufgrund des Transparenzgebots hat sie die einzelnen Lose zudem bereits in der Ausschreibung zu umschreiben (Anhang 4 Ziffer 3 Bst. c).

Teilt die Auftraggeberin die Leistung in mehrere Lose auf, kann sie diese einzeln ausschreiben oder sie gemeinsam in einer einzigen Ausschreibung publizieren (z.B. so genannte Einzelleistungsträger bei einem Bauwerk). Die Aufteilung in Lose zwingt die Auftraggeberin nicht, die einzelnen Teile unterschiedlichen Anbieterinnen zu vergeben. Sie kann den ganzen Auftrag einer einzigen Anbieterin zuschlagen, sofern diese das gemäss den Zuschlagskriterien wirtschaftlich günstigste Angebot für alle Lose eingereicht hat.

### *Abs. 3-5*

Hat die Auftraggeberin eine Leistung in Lose aufgeteilt, können die Anbieterinnen frei wählen, ob sie ein Gesamtangebot oder nur ein Angebot für ein oder mehrere Lose einreichen wollen. Unvollständig ist ein Angebot hingegen, wenn es nicht einmal die Leistungen für ein Los enthält.

Will die Auftraggeberin verhindern, dass sie gleichzeitig Teilangebote und Gesamtangebote bewerten muss, kann sie in der Ausschreibung die Möglichkeit der Einreichung von Gesamtangeboten ausschliessen. Sie kann der Anbieterin eines Gesamtangebotes den Zuschlag auch nur auf ein Los erteilen oder den Zuschlag von der Zusammenarbeit mit Dritten abhängig machen. Auch hierfür ist allerdings eine Ankündigung in der Ausschreibung notwendig (vgl. Anhang 4 Ziffer 17-18).

## **Art. 22a Varianten**

Die Varianten wurden bis anhin im Art. 22 geregelt. Neu erhalten sie einen eigenen Artikel.

### *Abs. 1*

Varianten fördern den Wettbewerb, sind zwecks Innovation erwünscht und beschaffungsrechtlich erlaubt. Sie stellen eine wichtige Möglichkeit dar, zukunftsweisende Lösungsansätze zu erkennen und zu evaluieren. Die Anbieterin muss zusätzlich zu ihrer Variante immer auch ein Angebot einreichen, das den Vorgaben der Auftraggeberin genau entspricht (so genannter „Amtsvorschlag“). Dies dient der objektiven Beurteilung der Konkurrenzfähigkeit, weil sich die Anbieterinnen fundiert mit allen Fragen auseinandergesetzt haben, die mit dem ausgeschriebenen Auftrag verbunden sind. An dieser Regelung wird festgehalten.

Der Vorschlag im VE BÖB, der die Anbieterinnen von der Pflicht zur Einreichung des „Amtsvorschlages“ bei der Einreichung einer Variante befreien wollte, wurde in der Vernehmlassung kontrovers beurteilt (Vernehmlassungsbericht zu Art. 24 Abs. 2 VE BÖB).

Um den Wettbewerb und Innovationen stärker zu fördern, sollen Varianten neu nur noch ausnahmsweise eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Es handelt sich hierbei um eine rein verwaltungsinterne Anweisung, die nicht justiziabel ist. Die Auftraggeberin wird lediglich aufgefordert, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Nutzen der Varianten allfällige Schwierigkeiten bei der Auswertung der Angebote nicht aufwiegen könnte. Die Auftraggeberin hat die Ausnahme zu begründen.

#### *Abs. 2*

Eine Variante muss immer auch eine leistungsbezogene, inhaltliche Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen enthalten. Wählt die Anbieterin lediglich eine andere Preisart (z.B. Globalpreis anstelle von Einheitspreis), liegt gemäss dem vorliegenden Verständnis keine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot vor. Aufgrund des verschiedentlich geäusserten Wunsches in der Vernehmlassung (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 24 Abs. 1 VE BÖB) wird dieses umgangssprachliche Begriffsverständnis anderen Definitionen wie beispielsweise derjenigen der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK 2005-016 vom 13. Februar 2006, E. 4) vorgezogen. Immerhin bleibt es den Auftraggeberinnen unbenommen, im Einzelfall den „Amtsvorschlag“ hinsichtlich der Preisart derart offen zu umschreiben, dass auch unterschiedliche Preisarten zulässig sind.

### **Art. 23 Vergütungsanspruch der Anbieter und Anbieterinnen**

#### *Abs. 1*

Leistungen, die üblicherweise im Laufe eines Beschaffungsverfahrens erbracht werden, werden grundsätzlich nicht vergütet. Dies gilt nicht nur für die Kosten für die Erstellung der Angebote, sondern auch für andere Verfahrenskosten (z.B. Kosten für die Erstellung der Anträge auf Teilnahme, Verhandlungskosten). Ein Vergütungsanspruch kann hingegen für planerische Vorleistungen entstehen, wenn dies in der Ausschreibung angekündigt wurde (Art. 23 Abs. 2). Eine entsprechende Ankündigung empfiehlt sich vor allem, wenn Varianten weder beschränkt noch ausgeschlossen werden (vgl. Art. 22 Abs. 3) oder wenn planerische Vorleistungen von beim Zuschlag nicht berücksichtigten Anbieterinnen weiterverwendet werden sollen.

#### *Abs. 3*

Die Anbieterinnen haben einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung von Vorleistungen, deren Entgeltlichkeit üblicherweise nach Treu und Glauben angenommen werden kann. Dies ist beispielsweise denkbar bei Projektstudien zur Kostenermittlung, die über herkömmliche Angebotsgrundlagen hinausgehen (vgl. BGE 119 II 40) oder bei der Erarbeitung von aussergewöhnlich aufwändigen Lösungsvorschlägen im Rahmen eines Dialoges (Art. 26a). Die Auftraggeberin gibt die Höhe und Modalitäten der Vergütung in den Ausschreibungsunterlagen bekannt oder gibt an, dass im konkreten Fall keine Vergütung geleistet wird. Bei Wettbewerben hat die Auftraggeberin im Programm (Art. 56) und bei Dialogen in den Ausschreibungsunterlagen (Art. 26a Abs. 2) auf die Abgeltungsmodalitäten hinzuweisen.

## **Art. 23a Vorbestehende Immaterialgüterrechte**

### *Abs. 1*

Immaterialgüterrechte, die schon vor der Teilnahme an einem Beschaffungsverfahren bestehen, verbleiben beim bisherigen Inhaber bzw. der bisherigen Inhaberin. Entstehen die Immaterialgüterrechte erst nach der Verfahrenseröffnung, sind die entsprechenden Spezialgesetze (z.B. Urheberrechtsgesetz, SR 231.1) massgebend. Eine explizite vergaberrechtliche Regelung besteht einzig für die Wettbewerbe (vgl. Art. 54).

### *Abs. 2*

Kommt aufgrund des Schutzes des geistigen Eigentums nur eine Anbieterin für den Zuschlag in Frage und gibt es auch keine angemessene Alternative, kann die Auftraggeberin den Auftrag freihändig vergeben (Art. 13 Abs. 1 Bst. c). Die Auftraggeberin kann sich aber die Immaterialgüterrechte übertragen lassen und damit den Wettbewerb zumindest für allfällige Folgevergaben wieder öffnen. Sie hat ihr Vorhaben bereits zu Verfahrensbeginn bzw. in den Ausschreibungsunterlagen anzukündigen, damit die Anbieterinnen diese Information vor Eingabe ihrer Angebote erhalten.

## **Art. 25 Bereinigung und Bewertung der Angebote**

### *Abs. 1*

Die Angebotsbereinigung bezweckt, die Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen. Die Auftraggeberin bereitet die Angebote in technischer und rechnerischer Hinsicht derart auf, dass sie einander gegenübergestellt werden können.

Der Bereinigungsbedarf kann zwar von Angebot zu Angebot variieren. Die Auftraggeberin achtet aber dennoch darauf, dass die Gleichbehandlung gewährleistet bleibt.

### *Abs. 2*

Bei der Bereinigung handelt es sich um einen Vorgang, der (im Unterschied zu den Verhandlungen, vgl. Art. 26 sowie Art. XIV:4 GPA) nicht zu einer Änderung der Angebote führen darf. Teilweise kann die Auftraggeberin die Bereinigung nicht vornehmen, ohne Verständnisfragen an die Anbieterinnen zu richten. Die Auftraggeberin ist grundsätzlich nicht verpflichtet, durch Rückfragen fehlende Erklärungen der Anbieterinnen einzuholen oder diese durch eigene zu ersetzen. In Einzelfällen kann jedoch eine Auftraggeberin verpflichtet sein, auf Formmängel hinzuweisen, damit ein Ausschluss nicht überspitzt formalistisch ist (vgl. Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. Dezember 2005, BRK 2005-017).

Die Auftraggeberin kann den Anbieterinnen zwischen der Angebotsöffnung und der Zuschlagserteilung immerhin die Gelegenheit geben, unbeabsichtigte Formfehler zu berichtigen, sofern sie diese Möglichkeit allen Verfahrensbeteiligten zugesteht (Art. XV:3 rev. GPA). Lassen sich die eingegangenen Angebote mit diesen Massnahmen nicht bereinigen, können – sofern in der konkreten Beschaffung zulässig – allenfalls nur Verhandlungen Abhilfe schaffen.

Die Kontaktaufnahme mit einer Anbieterin ist aus Sicht der Gleichbehandlung und Transparenz heikel, weshalb die Auftraggeberin festhalten muss, mit wem sie Kontakt aufgenommen hat. Sämtliche Fragen der Auftraggeberin sowie die Antworten der Anbieterin sind derart festzuhalten, dass sie für Dritte nachvollziehbar sind.

### Abs. 3

Erst wenn die Angebote bereinigt sind, werden sie bewertet. Um diese Zweistufigkeit besser aufzuzeigen, wurde der bisherige Absatz aufgeteilt und der Titel des Artikels angepasst.

### Abs. 4

In der Praxis kommt es vor, dass Angebote mit aussergewöhnlich niedrigem Preis eingereicht werden (so genannte «Unter-» oder «Dumpingangebote»). Das hindert die Auftraggeberin nicht daran, einem solchen Unterangebot den Zuschlag zu erteilen. Sie kann bei der betreffenden Anbieterin Erkundigungen einholen, um sich zu versichern, dass gegen diese kein Ausschlussgrund vorliegt und dass sie die Modalitäten der Leistungserfüllung einhalten kann (vgl. Art. XIII:4 Bst. a GPA). Ein Unterangebot kann ferner im Licht des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) beurteilt werden. Es ist aber nicht Sache der Auftraggeberin, nach Unlauterkeitstatbeständen zu fahnden; vielmehr haben die Konkurrentinnen solche Unlauterkeitstatbestände gestützt auf das UWG oder das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) geltend zu machen.

## Art. 26a Dialog

### Abs. 1

Ist die Suche nach Lösungswegen oder Vorgehensweisen Gegenstand der Beschaffung, kann das Bedürfnis der Beteiligten bestehen, bereits in einer früheren Phase des Verfahrens miteinander die Vorschläge zu besprechen und gemeinsam weiterzuentwickeln. Es handelt sich um einen Lernprozess, der in mehreren Runden ablaufen kann und immer wieder zu Verbesserungen führt. Ein durch die Anonymität geprägter Wettbewerb wird diesem Bedürfnis nicht gerecht. Wird stattdessen ein Dialog gewählt, kann das Bedürfnis erfüllt werden, und es können Verfahrensabbrüche mit anschliessender zeit- und kostenintensiver Wiederholung des Verfahrens vermieden werden. Für die Anbieterinnen hat der Dialog den Vorteil, dass sie ihre Angebote zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht bis in die letzten Details erarbeiten müssen, sondern diese in einem fortlaufenden Prozess immer weiter vertiefen können.

Dieses neue Verfahrenselement, das bereits im VE BöB enthalten war, wurde von den meisten Vernehmlassungsteilnehmenden begrüsst (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 46a VE BöB). Anders als in der europäischen Gemeinschaft wird der Dialog nicht als eigenständiges Verfahren ausgestaltet, sondern als ein Instrument verstanden, das in allen Verfahrensarten eingesetzt werden kann. Dieser Ansatz ist besser an das Bundesvergabe-recht angepasst. Zudem ermöglicht er eine Regelung auf Verordnungsstufe, die auf der Delegationsnorm an den Bundesrat zur Ausgestaltung von Verhandlungen in Art. 20 Abs. 2 des Gesetzes basiert. Er ist zudem flexibler sowie praktikabler. Die Auftraggeberin kann sich bei der Gestaltung des Dialoges ganz oder teilweise an einschlägigen Bestimmungen von Fachverbänden orientieren, soweit solche Bestimmungen nicht denjenigen dieser Verordnung widersprechen. Für den Ablauf des Dialoges gelten Formvorschriften, mit denen die Transparenz und die Gleichbehandlung der Anbieterinnen gewährleistet werden.

Wie von mehreren Vernehmlassungsteilnehmenden beantragt, wird der Anwendungsbereich des Dialoges auf komplexe Beschaffungen oder Beschaffungen intellektueller Dienstleistungen eingeschränkt. Zulässig ist ein Dialog sicherlich dann, wenn eine Auftraggeberin objektiv nicht in der Lage ist, selber die beste Lösung oder die beste Vorgehensweise festzulegen, um ihre Ziele zu erreichen. Ein Dialog kann beispielsweise auch geführt werden, wenn die Auftraggeberin sich neue, innovative Lösungsansätze für eine nicht alltägliche Beschaffung erhofft (z.B. geistig-schöpferische Dienstleistungen). Aufgrund der hohen Kosten, die ein Dialog regelmässig mit sich bringen dürfte (vgl. Abs. 2), werden die Auftragge-

berinnen voraussichtlich nur zurückhaltend von diesem neuen Verfahrenselement Gebrauch machen.

#### *Abs. 2*

Die Auftraggeberin hat auch beim Dialog den vertraulichen Charakter sämtlicher von den Anbieterinnen gemachter Angaben zu wahren (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB). Um sich nicht später dem allfälligen Vorwurf auszusetzen, einzelne Lösungsansätze oder Ideen für Vorgehensweisen in späteren Vergaben unentgeltlich verwendet oder die im Dialog gewonnen Erkenntnisse kostenlos ausgenutzt zu haben, werden die Spielregeln in Bezug auf die Vergütung im Voraus bekannt gegeben (Anhang 5 Ziffer 14). Ohne die Zusicherung einer angemessenen Vergütung zu Beginn des Dialoges dürften die Anbieterinnen ohnehin kaum bereit sein, innovative Lösungsvorschläge oder Ideen preiszugeben bzw. weiterzuentwickeln.

#### *Abs. 3*

Die Auftraggeberin wird in der Regel nur mit wenigen Anbieterinnen einen Dialog führen. Die Auftraggeberin gibt spätestens in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, aufgrund welcher Kriterien sie die Dialogpartner auswählt. Den ausgewählten Anbieterinnen hat sie bestimmte Mindestangaben zum Ablauf des Dialoges hinreichend früh bekannt zu geben, so dass eine angemessene Vorbereitung und auch Planung für die Anbieterinnen möglich bleibt. Diese Informationen müssen jedenfalls spätestens in der Mitteilung enthalten sein, mit der die Eröffnung des Dialoges angekündigt wird.

Beispiel: Die Auftraggeberin will eine Autobahn über einen Fluss bauen. Sie ist sich nicht sicher, ob sie eine einzelne oder zwei nebeneinander liegende Brücken oder allenfalls sogar einen Tunnel bauen soll. In der Regel wird sie ein selektives Verfahren mit „funktionaler“ Ausschreibung (Art. 16a Abs. 2) wählen, da sie dadurch bereits in der Präqualifikation eine erste Vorauswahl aufgrund der Eignung vornehmen kann (vgl. Art. 15 Abs. 4 BöB). Nachdem die Eingeladenen ihre Angebote eingereicht haben, kann sie die Anbieterzahl zusätzlich verkleinern, indem sie - wie bei den Verhandlungen (Art. 26 Abs. 1) - anhand der Zuschlagskriterien eine antizipierte Würdigung der eingereichten Angebote vornimmt und nur diejenige Anbieterin für einen Dialog auswählt, deren Lösungsvorschläge oder Vorgehensweisen für den Zuschlag noch in Frage kommen.

#### *Abs. 4*

Die wichtigsten Inhalte eines Dialoges sind festzuhalten, um Transparenz zu schaffen und die Gleichbehandlung der einzelnen Anbieterinnen zu gewährleisten. Der zeitliche Aufwand kann für die Vergütung zentral sein, weshalb er zu dokumentieren ist.

### **Art. 27 Bewertungssystem**

#### *Abs. 1*

Gemäss Rechtsprechung muss die Auftraggeberin – um dem Transparenzprinzip (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB) zu genügen – die Zuschlagskriterien nicht nur in der Reihenfolge ihrer Bedeutung, sondern auch mit deren Gewichtung klar zum Ausdruck bringen (vgl. den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. Oktober 2008, B-4621/2008, E. 3.1).

In der Wahl der Bewertungsmethode hat die Auftraggeberin ein grosses Ermessen. Sie darf insbesondere die so genannte „2-Couvert-Methode“ verwenden. Dabei werden zuerst die qualitativen Aspekte eines Angebotes und erst danach die in einem getrennten Umschlag bezifferten Kosten bewertet. Diese zeitlich gestaffelte Bewertung verhindert, dass die Kosten bzw. der Preis eines Angebotes die Bewertung der nicht monetären Elemente eines Angebotes faktisch beeinflusst. Die Gewichtung der einzelnen Kriterien kann auch anhand

eines Quotienten erfolgen, indem zuerst die Punkte bei den qualitativen Kriterien berechnet und anschliessend dem Angebotspreis gegenüber gestellt werden.

Die Beschaffung von Lösungen, Lösungswegen und Vorgehensweisen unterscheidet sich von anderen Beschaffungen dadurch, dass zu Verfahrensbeginn oftmals keine detaillierte Leistungsbeschreibung vorgegeben wird bzw. vorgegeben werden kann. Es wäre deshalb nicht praktikabel, von der Auftraggeberin bereits im Voraus die Gewichtung der Zuschlagskriterien zu verlangen. Charakteristisch für derartige Beschaffungen ist gerade, dass die Auftraggeberin nur das Ziel vorgibt, den Weg dorthin aber allenfalls nicht kennt oder nicht vorgeben will. Die Ungewissheit der möglichen Angebotsinhalte verunmöglicht eine nützliche Gewichtung der Kriterien im Voraus. Aus Gründen der Transparenz hat die Auftraggeberin aber auch bei solchen Beschaffungen zumindest die Reihenfolge der Kriterien in der Ausschreibung festzulegen.

## Abs. 2

Art. 21 Abs. 1 BöB listet bereits einzelne mögliche Zuschlagskriterien beispielhaft auf. Die Verordnung fügt dieser Liste noch weitere Beispiele hinzu.

Die Zuschlagskriterien müssen in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Beschaffungsgegenstand stehen. Dieser Leistungsbezug fehlt, wenn Kriterien verwendet bzw. Merkmale berücksichtigt werden, welche für die zu erbringende Leistung bedeutungslos sind. Haben leistungsbezogene Beurteilungskriterien gleichzeitig positive wirtschafts-, sozial- oder umweltpolitische Nebeneffekte (z.B. Schaffung von Arbeitsplätzen, Erhöhung des Steuersubstrates), so sind diese willkommen. Sie sind aber nur zu verwenden, soweit sie für die konkrete Beschaffung relevant sind und nicht die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung oder die Gleichbehandlung der Anbieterinnen beeinträchtigen. Regional- oder strukturpolitisch sowie fiskalpolitisch und volkswirtschaftlich motivierte Kriterien (z.B. Unternehmens- oder Steuersitz) sind hingegen nicht zulässig. Sie diskriminieren insbesondere ausländische Anbieterinnen, weil diese solche national oder regional geprägten Kriterien zum Vorneherein nicht erfüllen können. Die Berücksichtigung der Anfahrtswege bzw. der Transportwege ist als Kriterium nur zulässig, wenn dies nicht der Bevorzugung von Ortsansässigen dient (vgl. BGE 2P.241/1999 vom 31. Mai 2000, E. 4a). Auf den geografischen Standort oder auf die Herkunft der Anbieterinnen darf die Auftraggeberin nur abstellen, sofern im Einzelfall zwingende Gründe vorliegen (Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Oktober 1998, BRK 1998-003, E. 6c). Das Kriterium der Ortskenntnisse kann beispielsweise nur berücksichtigt werden, wenn hierfür sachliche Gründe (z.B. topografische oder geografische Schwierigkeiten) vorliegen und dieses Kriterium nicht bloss zum Schutz ansässiger Anbieterinnen vorgeschoben wird (BGE 2P.46/2005 und 2P.47/2005 vom 16. September 2005, Erw. 5.1; Ortskenntnisse für eine Gesamtmelioration). Gleiches gilt, wenn beispielsweise im Zusammenhang mit dem Kriterium der Umweltverträglichkeit die Energieeffizienz bewertet werden soll.

Die Auftraggeberin legt die Kriterien klar und verständlich fest. Sie hat die Kriterien zu umschreiben oder mit Subkriterien zu konkretisieren, sofern diese für deren Überprüfbarkeit notwendig sind. Die Auftraggeberin passt die Wahl der Kriterien der einzelnen Beschaffung an. So sollen ungerechtfertigte administrative Belastungen seitens der Anbieterinnen vermieden werden. Zudem wird dadurch die Beschaffung nicht unnötig verteuert.

Der Bundesrat fördert eine nachhaltige Beschaffungspraxis. Der Bund will Güter, Dienstleistungen und Bauleistungen beschaffen, die über ihren gesamten Lebensweg betrachtet hohen wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Anforderungen genügen (vgl. Strategie Nachhaltige Entwicklung, Leitlinien und Aktionsplan 2008-2011 vom 16. April 2008, Massnahmen "Integrierte Produktpolitik IPP" und "Nachhaltiges Bauen" Ziffern 4.1 f., S. 22 f.). Unter das Zuschlagskriterium "Nachhaltigkeit" fallen Aspekte, die es der Auftraggeberin ermöglichen, nach hohen wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Anforderungen zu

beschaffen. Das Zuschlagskriterium der Nachhaltigkeit muss dabei - wie alle anderen Zuschlagskriterien auch - in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Beschaffungsgegenstand stehen, hinreichend klar umschrieben werden und es darf nicht diskriminierend sein. Bei vielen Güter- und Bauleistungsbeschaffungen sind beispielsweise nicht die Beschaffungskosten („Preis“) allein wirtschaftlich entscheidend, sondern die Gesamtkosten (Lebensdauerkosten), die beim Betrieb, dem Unterhalt, der allfälligen Weiterentwicklung und der Entsorgung entstehen. Die Betriebs- und Unterhaltskosten können ein Mehrfaches der reinen Anschaffungskosten betragen.

### Abs. 3

Sind zwei Angebote von schweizerischen Anbieterinnen, d.h. von Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz, gleichwertig, ist der Zuschlag derjenigen Anbieterin zu erteilen, die mehr Ausbildungsplätze anbietet und damit gesamtwirtschaftliche Verantwortung trägt. Als gleichwertig gelten Angebote mit gleicher Punktzahl. Bei den Ausbildungsplätzen können (je nach Branche) neben Lehrlingen etwa auch Praktikanten- und Doktorandenplätze berücksichtigt werden. Die Auftraggeberin stellt zur Bewertung des Ausbildungsangebotes in der Regel auf die Zahl der Ausbildungsplätze im Verhältnis zum gesamten Personalbestand ab, um eine Benachteiligung von kleinen gegenüber grossen Betrieben zu verhindern.

Die Berücksichtigung der Anzahl der zur Verfügung gestellten Ausbildungsplätze eignet sich hingegen weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium, da ansonsten leistungsbezogene und leistungsfremde Kriterien vermischt würden. Eine solche Vermischung würde den Wettbewerb einschränken und sich verzerrend auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes auswirken. Die Bestimmung ist nur auf in der Schweiz niedergelassene Anbieterinnen anwendbar. Andernfalls besteht die Gefahr, dass ausländische Anbieterinnen aus einem GPA-Mitgliedsstaat oder aus anderen Staaten, mit denen die Schweiz ein internationales Abkommen abgeschlossen hat, diskriminiert würden. Die meisten dieser Staaten kennen keine mit dem schweizerischen Ausbildungswesen vergleichbare Berufsausbildung (vgl. Antwort des Bundesrates auf die Motion Galladé; Ziffer 7).

## **Art. 28 Bekanntmachung des Zuschlags**

Das GPA verlangt, dass die Auftraggeberin den Zuschlag eines Auftrages publiziert, und zwar unabhängig vom Verfahren, in dem der Auftrag vergeben wurde (Art. XVIII:1 GPA). Im Anwendungsbereich des Gesetzes muss deshalb auch in einem freihändigen Verfahren der Zuschlag publiziert werden. Ebenso ist ein Zuschlag zu publizieren, der in einem offenen oder selektiven Verfahren gemäss drittem Kapitel der Verordnung erteilt wurde (vgl. Art. 34 Abs. 2), jedoch ohne Rechtsmittelbelehrung. Einzig wenn es sich um eine Ausnahme vom Anwendungsbereich (Art. 3 BöB) oder um ein Einladungs- bzw. um ein freihändiges Verfahren nach drittem Kapitel (Art. 35 f.) handelt, besteht keine Publikationspflicht.

Die vom GPA vorgesehene Höchstfrist der Publikation wird auf 30 Tage nach Zuschlagserteilung verkürzt, denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Auftraggeberin mehr Zeit für die Publikation in Anspruch nehmen sollte. Damit kann das Verfahren beschleunigt werden.

Was die Mindestangaben anbelangt, wird neu verlangt, dass die Auftraggeberin in der Regel den Preis des berücksichtigten Angebots bekannt zu geben hat. Nur in Ausnahmefällen darf sie lediglich den tiefsten und höchsten Preis der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote (so genannte Preisspanne) bekannt geben. Dies ist namentlich dann zulässig, wenn der Preis das einzige Kriterium ist und die Preisangabe das Geschäftsgeheimnis der berücksichtigten Anbieterin verletzen würde oder wenn die Angabe eines Gesamtpreises gar nicht möglich ist, weil nur Stundenansätze offeriert wurden. Es handelt sich hierbei

um eine rein verwaltungsinterne Anweisung, die nicht justiziabel ist. Die Auftraggeberin hat die Ausnahme zu begründen.

## **Art. 29 Vertragsschluss**

### *Abs. 2*

Hat die Auftraggeberin bereits bei der Angebotseingabe der Anbieterin eine (einfachere) im Geschäftsverkehr übliche Form zugelassen (vgl. Art. 20), so soll dies auch beim Vertragsabschluss zulässig sein. Die Vereinfachungen durch die elektronischen Informationstechnologien sollen auch beim Vertrag genutzt werden können. Aus Beweisgründen kann es hingegen sinnvoll sein, beim Vertragsabschluss eine qualifizierte elektronische Signatur zu verlangen, die auf einem Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten im Sinne des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über die elektronische Signatur (SR 943.03) beruht und somit der eigenhändigen Unterschrift gemäss Art. 14 Abs. 2bis des Obligationsrechts (SR 220) gleichgestellt ist.

## **Art. 29a Zahlungsfristen**

Gerade in Zeiten wirtschaftlicher Anspannung und sinkender Liquidität in der Wirtschaft ist es wichtig, dass die öffentlichen Auftraggeberinnen ihre Rechnungen zeitgerecht bezahlen. Die Zahlungsfrist von in der Regel 30 Tagen soll sich günstig auf die Konjunktur auswirken: Indem das Entgelt für erbrachte Leistungen den Anbieterinnen möglichst rasch zufließt, trägt dies zu deren Liquidität bei. Die Dauer von 30 Tagen entspricht dem Vorschlag der Wirtschaftsverbände in der Vernehmlassung (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 19 VE BöB). Das EFD kann Weisungen zur Regelung der Zahlungsfristen erlassen und darin namentlich konkretisieren, in welchen Fällen von der 30-tägigen Zahlungsfrist abgewichen werden darf. Die Zahlungsfrist läuft ab dem Zeitpunkt, an dem die korrekt gestellte Rechnung bei der von der Auftraggeberin bezeichneten Stelle eingeht.

## **Art. 32 Geltungsbereich**

### *Abs. 1*

Der Bundesrat kann das Gesetz oder einzelne Bestimmungen auf weitere öffentliche Aufträge des Bundes anwendbar erklären. Die Ausdehnung des Rechtsmittelverfahrens (5. Abschnitt BöB) auf solche weitere Aufträge ist hingegen ausgeschlossen (vgl. Art. 2 Abs. 3 BöB).

Im Rahmen dieser Kompetenz wird der Anwendungsbereich des 3. Kapitels auf alle Behörden des Bundes, insbesondere auch auf rechtsetzende oder – anwendende Behörden (z.B. Parlamentsdienste, Gerichte) ausgeweitet. Dem 3. Kapitel unterstellt sind zudem sämtliche zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten des Bundes. Diese werden in den massgebenden Organisationserlassen bestimmt. Gemäss Art. 6 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1) besteht die Bundesverwaltung aus folgenden Verwaltungseinheiten: den Departementen und der Bundeskanzlei, den Generalsekretariaten, den Gruppen, den Ämtern sowie deren weiteren Untergliederungen, den Behördenkommissionen und anderen administrativ zugewiesenen Einheiten sowie den selbstständigen Anstalten und Betrieben.

Diesen Einheiten gleichgestellt sind Einheiten mit anderen Bezeichnungen, aber gleichen Funktionen. Im Anhang zur RVOV werden diese Verwaltungseinheiten aufgelistet (vgl. den Bericht des Bundesrates vom 12. Dezember 2008 zu diesem Anhang, VPB 2/2009 vom 10. Juni 2009, S. 57 ff.).

## **Art. 34 Verfahrensarten und Wahl des Verfahrens**

### *Abs. 2*

Die Auftraggeberin wird aus Transparenzgründen neu verpflichtet, in Ausschreibungen gemäss 3. Kapitel den Hinweis anzubringen, dass diese dem GPA nicht unterstehen (vgl. Art. 16 Abs. 7). Dadurch wird für Anbieterinnen erkennbar, dass kein Rechtsschutz gemäss BöB besteht.

## **Art. 35 Einladungsverfahren**

Die Auftraggeberin kann grundsätzlich frei wählen, welche Anbieterinnen sie einladen will. Die Anweisung, mindestens ein Angebot von einer ortsfremden Anbieterin einzuholen, will der Gefahr von Absprachen und Korruption entgegen wirken.

Als ortsfremd gilt eine Anbieterin, wenn sie ihren Sitz bzw. ihre Niederlassung in einem anderen Wirtschaftsraum hat als die übrigen eingeladenen Anbieterinnen. Dies wird bei einer Anbieterin, die ihren Sitz oder ihre Niederlassung in einem anderen Kanton hat, vermutet. Der Begriff Ort ist somit nicht mit Gemeinde, Stadtgebiet oder Bezirk gleichzusetzen. Der Umstand, dass die eingeladenen Anbieterinnen wissen, dass jeweils noch mindestens eine Anbieterin aus einem anderen Wirtschaftsraum eingeladen worden ist, trägt somit letztlich zur Verhinderung von Absprachen bei.

"Ortsfremd" bedeutet indes nicht, dass eine ausländische Anbieterin eingeladen werden muss. Im Bereich der elektronischen Kriegsführung oder der militärischen Verschlüsselung dürfen bei geheimen Projekten oder Projektteilen (z.B. Verschlüsselungscode) nur inländische Anbieterinnen eingeladen werden, soweit nur diese die entsprechenden Sicherheitsbestimmungen und -auflagen der Schweiz erfüllen können.

## **Art. 36 Freihändiges Verfahren**

### *Abs. 2 Bst. b*

Der Schwellenwert zur Abgrenzung von Einladungs- und freihändigem Verfahren wird bei Dienstleistungsbeschaffungen von CHF 50'000.-- und bei Bauleistungen von CHF 100'000.- auf CHF 150'000.-- angehoben. Die Erhöhung der Schwellenwerte namentlich für Dienstleistungsbeschaffungen wurde in der Vernehmlassung gefordert und ist volkswirtschaftlich sinnvoll. Der Aufwand der Anbieterinnen für die Erarbeitung der Dienstleistungsangebote und der Aufwand der Auftraggeberinnen für deren Vergleich sind regelmässig so hoch, dass der Nutzen des Wettbewerbs bei niedrigen Schwellenwerten in Frage gestellt ist. Die Schwellenwerte für das offene bzw. selektive Verfahren werden von den internationalen Staatsverträgen vorgegeben, weshalb diese nicht auf Verordnungsstufe geändert werden können.

### *Abs. 2 Bst. d und e*

Im GPA bestehen Ausnahmebestimmungen für das freihändige Verfahren, die nur bei der Beschaffung von Bauleistungen angerufen werden dürfen (Art. XV:1 Bst. f und g). Diese Unterscheidung wird im Rahmen der laufenden Revision des GPA fallen gelassen und die beiden Ausnahmen werden in einer Norm zusammengeführt (vgl. Art. XIII:1 Bst. c rev. GPA). Diese geplante Neuregelung wird für das freihändige Verfahren nach dem 3. Kapitel vorweggenommen, da diese nicht in den Anwendungsbereich des geltenden internationalen Rechts fallen.

### *Abs. 3*

Werden Lieferungen gemeinsam mit Dienstleistungen beschafft, so gilt für die Bestimmung, ob ein Einladungsverfahren oder ein freihändiges Verfahren durchgeführt werden muss, der Schwellenwert von CHF 50'000.-- für Güter und nicht der neu auf CHF 150'000.-- erhöhte Schwellenwert für die Dienstleistungen (vgl. Abs. 2 Bst. b). Diese Regelung zu Gunsten eines minimalen Wettbewerbes rechtfertigt sich, weil ansonsten die Gefahr besteht, dass Güterbeschaffungen nur mit Dienstleistungen kombiniert werden, um ein Einladungsverfahren zu umgehen.

## **Art. 39 Vergabeentscheide**

Um bisherige Unklarheiten der drei Sprachversionen aufzuheben, wird der deutsche Wortlaut dem bisherigen französischen und italienischen Wortlaut angeglichen.

## **Art. 50 Preisgericht**

### *Abs. 5*

Der Entscheid, an einem Wettbewerb mitzumachen, ist unter anderen davon abhängig, welche Personen Mitglieder des Preisgerichtes sind. Die Anbieterinnen sollen nicht dazu gezwungen werden, das Wettbewerbsprogramm bestellen zu müssen, damit sie die Zusammensetzung des Preisgerichts erfahren. Bereits heute sind diese Angaben schon in der Ausschreibung bekannt zu gegeben (Anhang 6 Ziffer 8 VoeB), was nun auch in dieser Bestimmung klargestellt wird.

## **Art. 51 Aufgaben des Preisgerichts**

### *Abs. 1*

Wettbewerbe zeichnen sich unter anderem dadurch aus, dass die gewählten Eignungs- und Zuschlagskriterien oft subjektiver Natur sind. Zudem kann die Auftraggeberin auf die Gewichtung der Zuschlagskriterien verzichten (Art. 27 Abs. 1), weil der Gegenstand von Wettbewerben immer Lösungen sind (Art. 40 Abs. 1). Dem Preisgericht kommt bei der Beurteilung der Wettbewerbsbeiträge ein entsprechend hohes Ermessen zu. Um die Wettbewerbe transparent zu gestalten, dokumentiert auch ein Preisgericht seine Beurteilung zumindest derart, dass diese überprüfbar wird.

## **Art. 69 Überwachung**

Die internen Kontrollorgane sämtlicher der Verordnung unterstellten Auftraggeberinnen (z.B. inklusive der Behörden) nehmen diese Überwachungsaufgabe wahr.

## **Art. 72b Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 18. November 2009**

Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung bereits eingeleitet worden sind, werden nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Ein offenes oder selektives Verfahren wird durch die öffentliche Ausschreibung, ein Einladungs- oder ein freihändiges Verfahren durch die erste Einladung zur Angebotsabgabe eingeleitet.

## **Änderung bisherigen Rechts**

3. Verordnung vom 15. Februar 2006<sup>2</sup> über das Schweizerische Handelsamtsblatt:

Aufgrund der Ablösung durch [www.simap.ch](http://www.simap.ch) ist das SHAB nicht mehr das offizielle Publikationsorgan und es ist nicht mehr gesetzlich vorgeschrieben, dass das SHAB Bekanntmachungen zum öffentlichen Beschaffungswesen publiziert. Entsprechend kann die Verordnung vom 15. Februar 2006 über das Schweizerische Handelsamtsblatt (Verordnung SHAB) insoweit geändert werden, dass nicht mehr zwingend eine Rubrik zum öffentlichen Beschaffungswesen geführt werden muss.

4. Verordnung vom 22. November 2006<sup>3</sup> über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes (Org-VöB):

Art. 26 Aufbewahrung der Unterlagen

Ein Vergabeverfahren endet mit einem Zuschlag oder Abbruch. Mit dessen Rechtskraft beginnt die dreijährige Aufbewahrungsfrist. Andere Rechtserlasse können längere Aufbewahrungsfristen vorsehen.

## **3. Erläuterungen zu den Anhängen**

### **Anhang 1 Güter**

Die Liste über ziviles Material für Verteidigung und Zivilschutz, die den Anwendungsbereich des BöB für Beschaffungen definiert, wird unverändert vom Annex 1 des GPA übernommen. Nicht nach BöB beschafft werden müssen demnach Warengruppen wie T-Shirts, Gepäcksets oder Schuhe, sofern sie der Verteidigung oder dem Zivilschutz (inklusive dem Grenz- und Zollschutz) dienen.

Das GPA legt in Annex 1 auch die Auftraggeberinnen fest, die sich auf diese Liste berufen dürfen („militärische Auftraggeberinnen“), unabhängig davon, ob sie die Beschaffung selbst durchführen oder nicht. Die Gruppe *armasuisse* ist für die Beschaffung dieser Güter zuständig (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. b sowie den Anhang Org-VöB).

Beschaffen militärische Auftraggeberinnen Güter, die auf dieser Liste nicht genannt oder als Ausnahmen aufgelistet werden (z.B. in Kapitel 40 der Positivliste: *Pneus*), ist das 3. Kapitel („übrige“ Beschaffungen) anwendbar (Art. 32 Bst. b VöB). Je nach Auftragswert sind diese Güter in einem Einladungs- oder einem offenen bzw. selektiven Verfahren nach dem 3. Kapitel zu beschaffen (vgl. Art. 34 Abs. 2 VöB).

### **Anhang 1a Dienstleistungen**

Der Anwendungsbereich wird für das 3. Kapitel insoweit ausgeweitet, als neu sämtliche Dienstleistungen erfasst werden. Die Liste der vom Gesetz erfassten Dienstleistungen entspricht unverändert Annex 4 des GPA.

<sup>2</sup> SR 221.415

<sup>3</sup> SR 172.056.15

### *Ziffer 15*

Die CPC-Referenz-Nr. 871 spricht lediglich von „Werbung“, weshalb die bisherige Formulierung angepasst wird (vgl. Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Oktober 2001, BRK 2001-009, E. 2c/bb).

## **Anhang 2 Hoch- und Tiefbauarbeiten (Bauleistungen)**

Die rechtsrelevante Klassifikationsliste für die Bestimmung der unterstellten Bauleistungen ist die sogenannte MTN.GNS/W/120, die ihrerseits auf die Common Product Classification (CPC) verweist. Dabei handelt es sich um die provisorische CPC-Liste (prov. CPC), da im Zeitpunkt des Abschlusses des GPA auf diese verwiesen wurde.

## **Anhang 2a Kernübereinkommen der ILO**

Die Schweiz hat diese acht Übereinkommen der ILO, auch als ILO-Kernübereinkommen bezeichnet, alle ratifiziert.

## **Anhang 4 Mindestangaben für die öffentliche Ausschreibung eines Auftrages im offenen oder selektiven Verfahren**

### *Ziffer 10*

Die Eignungskriterien legen die finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen fest (Art. 9 Abs. 1 BÖB).

### *Ziffer 14*

Art. 21 Abs. 2 des Gesetzes verlangt, dass die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen sind. Werden keine Ausschreibungsunterlagen abgegeben, muss die Auftraggeberin in der Ausschreibung selbst die Zuschlagskriterien in ihrer Reihenfolge und neu auch in ihrer Gewichtung (Art. 27 Abs. 1) veröffentlichen (vgl. die Erläuterungen zu Anhang 5 Ziffer 7).

### *Ziffer 15*

Der Vorbehalt in der Ausschreibung berechtigt die Auftraggeberin, einen Dialog zu führen. Sie ist aber nicht dazu verpflichtet.

### *Ziffer 16*

Bei der Beschaffung von planerischen Aufgaben muss der Hinweis auf eine freihändige Folgevergabe bereits in der Ausschreibung und nicht erst in den Ausschreibungsunterlagen oder dem Wettbewerbsprogramm enthalten sein. Eine freihändige Folgevergabe kann den Entscheid über die Verfahrensteilnahme und die Angebotsausgestaltung beeinflussen.

### *Ziffer 17-18*

In der Regel wird der Zuschlag für die gesamte Leistung an eine Anbieterin erteilt. Unterteilt die Auftraggeberin die Gesamtleistung, hat sie die einzelnen Lose bereits in der Ausschreibung zu beschreiben, weil sich dies auf die Angebote auswirken kann (vgl. Ziffer 3c). Die Anbieterinnen können frei wählen, ob sie ein Teilangebot oder ein Gesamtangebot einreichen wollen. Weicht die Auftraggeberin von diesem Grundsatz ab, indem sie Gesamtangebote ausschliesst oder diese zusätzlich zu Teilangeboten verlangt, hat sie dies bereits in der Ausschreibung bekannt zu geben.

Dasselbe gilt, wenn eine Anbieterin mit einem Zuschlag auf einen Teil ihres zulässigem Gesamtangebot rechnen muss oder sie ausgeschlossen werden soll, falls sie keine Zusammenarbeit mit Dritten eingeht.

## **Anhang 5 Mindestangaben für die in einem offenen oder selektiven Verfahren abgegebenen Ausschreibungsunterlagen**

### *Ziffer 6*

Eignungskriterien werden entweder erfüllt oder nicht erfüllt. Eine Besonderheit gilt für die Präqualifikation im selektiven Verfahren: Die Auftraggeberin kann die Anzahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann (Art. 15 Abs. 4 BoeB). Um eine Beschränkung vorzunehmen, muss sie mindestens ein wertendes Eignungskriterium verwenden, das Aufschluss über die „Mehr“-Eignung der einzelnen Anbieterinnen gibt (z.B. Erfahrung). Verwendet die Auftraggeberin mehrere solcher wertender Eignungskriterien, so hat sie diese der Transparenz halber zu rangieren und zu gewichten.

### *Ziffer 7*

Nicht nur die Reihenfolge, sondern auch die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien und insbesondere auch die für die Bestimmung des Preises massgebenden Formeln und Kurven sind bekannt zu geben. Sofern vorhanden, sind auch die Unterkriterien und die Bewertungsmatrix zu publizieren (vgl. den Entscheid der Rekurskommission über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. Juli 1999, BRK 1999-006, E. 2f.). Auf die Bekanntgabe der Gewichtung kann nur verzichtet werden, wenn Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand der Beschaffung sind (Art. 27 Abs. 1).

### *Ziffer 11*

Der Hinweis, dass die Anbieterinnen ihre Eingaben auch in einer anderen Form als der Schriftform einreichen dürfen, hat spätestens in den Ausschreibungsunterlagen zu erfolgen. Die Anbieterinnen erhalten dadurch hinreichend früh die Gelegenheit, die im Einzelfall notwendigen Vorkehrungen zu treffen (z.B. Sicherheitsmassnahmen für die elektronische Datenübermittlung).

### *Ziffer 12*

In der Praxis erbringen Anbieterinnen häufig planerische Vorleistungen nur, wenn für diese eine Vergütung geleistet wird.

### *Ziffer 13*

Der Übergang von bestehenden Immaterialgüterrechten kann auch im Vertragsentwurf geregelt werden. Dieser ist den Ausschreibungsunterlagen anzuhängen.

### *Ziffer 14*

Die Beteiligung an einem Dialog kann mit einer Pauschale oder mit einer anderen Preisart (z.B. nach Aufwand: Bekanntgabe des Stundensatzes) vergütet werden.

## **Anhang 5a Mindestangaben in einer zu einer Fristverkürzung führenden Vorankündigung einer öffentlichen Ausschreibung eines Auftrages im offenen oder selektiven Verfahren**

Die Vorankündigung braucht nicht sämtliche Angaben einer Ausschreibung zu enthalten. Will die Auftraggeberin anschliessend die Fristen für die Eingabe der Angebote verkürzen, sind jedoch gewisse Mindestangaben bereits in der Vorankündigung erforderlich.

## **Anhang 6 Mindestangaben in einer Ausschreibung eines Wettbewerbs**

### *Ziffer 5b*

Der Begriff „Auswahlkriterien“ wird durch den präziseren Begriff der „Eignungskriterien“ ersetzt.