

**Erläuternder Bericht des EFD**

**Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen**

**vom 1. April 2015**

## Übersicht

*Das öffentliche Beschaffungsrecht regelt ein wichtiges Segment der Schweizer Volkswirtschaft. Seine Grundlage ist das WTO-Beschaffungsübereinkommen (GPA), das auf Ebene Bund durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und die zugehörige Verordnung (VöB) sowie von den Kantonen durch ein Konkordat (IVöB) umgesetzt wird. Aufgrund der 2012 abgeschlossenen Revision des GPA sind Anpassungen im nationalen Recht erforderlich. Gleichzeitig sollen die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen inhaltlich so weit wie möglich einander angeglichen werden.*

## **Ausgangslage**

*Das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen wurde am 30. März 2012 formell verabschiedet (GPA 2012). Es trat am 6. April 2014 in Kraft, nachdem das erforderliche Quorum der unterzeichnenden Mitgliedstaaten erreicht worden war. Zentral bei der Revision des Übereinkommens von 1994 (GPA 1994), dem die Schweiz mit Wirkung ab 1. Januar 1996 beigetreten ist, waren insbesondere das Vereinfachen und Modernisieren der Texte, das Anpassen an die technische Entwicklung sowie der erweiterte Geltungsbereich. Sämtliche Vertragsstaaten sind verpflichtet, die Änderung des GPA im nationalen Recht umzusetzen. Die Schweiz wird das GPA 2012 erst ratifizieren, nachdem die Anpassungen des innerstaatlichen Rechts vollzogen worden sind. Am 2. Juli 2014 erteilte der Bundesrat dem Eidgenössischen Finanzdepartement den Auftrag, gemeinsam mit dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung das Beschaffungsrecht des Bundes zu revidieren und dabei die Beschaffungsregimes der Kantone und des Bundes anzugleichen.*

*Für die Schweiz liegt die Bedeutung der Revision unter anderem in der Stärkung des Wettbewerbs, der Klärung von Unterstellungsfragen, der Flexibilisierung des Beschaffungsvorgangs und in der Anpassung an die künftigen Herausforderungen, z. B. bei der elektronischen Vergabe. Zudem wird der Marktzugang von Schweizer Unternehmen in den GPA-Mitgliedstaaten verbessert.*

*Die Revision des GPA erfordert Anpassungen im Bundesrecht wie im kantonalen Recht. Bund und Kantone wollen die internationalen Vorgaben parallel umsetzen. Dabei sollen die Beschaffungsordnungen des Bundes und in den Kantonen im Interesse der Gesetzesadressaten so weit als möglich harmonisiert werden. Die Gesetzgebungsverfahren des Bundes und der Kantone erfolgen je separat, basieren jedoch auf den Regelungsvorschlägen einer paritätisch aus Vertretern des Bundes und der Kantone zusammengesetzten Arbeitsgruppe. Nach Abschluss der GPA-Verhandlungen hat diese Arbeitsgruppe unter der Federführung der Beschaffungskonferenz des Bundes und Leitung einer juristischen Fachperson während eines Jahres verschiedene Themen analysiert und den vorliegenden Gesetzesentwurf verabschiedet.*

## **Ziele und Inhalt der Vorlage**

*Auf Ebene Bund sind das BöB sowie die VöB von der Revision des GPA 1994 betroffen. Beide Erlasse haben seit ihrem Inkrafttreten verschiedene Teilrevisionen erfahren, wobei Regelungsgehalte nicht immer streng stufengerecht abgebildet wurden. Im Resultat sind sie relativ unübersichtlich und nicht immer einfach lesbar geworden.*

*Die Vorlage hat zum Ziel, das GPA 2012 auf Stufe Bund umzusetzen und gleichzeitig einen Beitrag zur Angleichung des Beschaffungsrechts in der Schweiz zu leisten. Zu*

*diesem Zweck wird das BöB sprachlich überarbeitet und modern strukturiert. Dabei sollen neue Begriffsdefinitionen eingeführt und diverse bisher auf Verordnungsstufe geregelte Bestimmungen, wie diejenigen betreffend «übrige Beschaffungen», ins Gesetz integriert werden. Die materiellen Änderungen betreffen im Wesentlichen Unterstellungsfragen, neue Beschaffungsinstrumente und Folgebeschaffungen, aber auch die Themen Verhandlungen und Rechtsschutz. Letzterer soll ausgebaut werden, was jedoch keine Auswirkungen auf die für die öffentlichen Ausschreibungen massgeblichen Schwellenwerte hat. Diese werden beibehalten.*

*In Anlehnung an die kantonale Regelung unterscheidet das Gesetz neu zwischen dem sogenannten Staatsvertragsbereich, d. h. öffentlichen Aufträgen, die internationalen Vereinbarungen unterstehen, und dem Nicht-Staatsvertragsbereich, d. h. öffentlichen Aufträgen, die das internationale Recht nicht erfasst (sogenannter Binnenmarkt).*

### ***Volkswirtschaftliche Bedeutung der vorliegenden Revision***

*Die Gesamtsumme von Zahlungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen in der Schweiz beträgt zurzeit schätzungsweise 40 Milliarden Franken jährlich. Allein die zentrale Bundesverwaltung beschaffte im Jahr 2013 Güter und Dienstleistungen im Wert von 5.3 Milliarden Franken.*

*Gemäss Schätzungen der WTO hat die Revision des GPA insgesamt einen erweiterten Marktzugang im Wert von 80 Milliarden US-Dollar pro Jahr zur Folge. Auch in der Schweiz führt die Anwendung der GPA-Regeln zu mehr Wettbewerb unter den Anbieterinnen. Öffentliche Auftraggeberinnen haben eine noch grössere Auswahl an Angeboten und können sich für dasjenige mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis entscheiden. Dies kann die Kosten bei der öffentlichen Hand reduzieren. Die verbesserte Orientierungssicherheit lässt auch bei den Anbieterinnen ein gewisses Sparpotenzial entstehen. Gleichzeitig wird ihnen infolge der Erweiterung des Geltungsbereichs des GPA und dessen Umsetzung im nationalen Recht der Marktzugang in den Mitgliedstaaten erleichtert.*

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>Erläuternder Bericht des EFD</b>	<b>1</b>
<b>Änderung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen .... 2015</b>	<b>1</b>
<b>1 Grundzüge der Vorlage</b>	<b>5</b>
1.1 Ausgangslage	5
1.1.1 Revision des WTO-Beschaffungsübereinkommens	5
1.1.2 Anpassungsbedarf im nationalen Recht	6
1.1.3 Grundlagen des schweizerischen Beschaffungsrechts	9
1.1.4 Entwicklung	10
1.1.5 Unterschiede zwischen dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht	11
1.1.6 Gründe für die Revision	12
1.2 Die beantragte Neuregelung	12
1.2.1 Vorarbeiten	12
1.2.2 Zielsetzung des Entwurfs für ein neues Beschaffungsgesetz	14
1.2.3 Wichtigste Neuerungen	15
1.3 Erledigung parlamentarischer Vorstösse	16
<b>2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln</b>	<b>18</b>
<b>3 Auswirkungen</b>	<b>92</b>
3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen auf den Bund	92
3.1.1 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	92
3.1.2 Auswirkungen auf die Umwelt	93
<b>4 Verhältnis zur Legislaturplanung</b>	<b>93</b>
<b>5 Rechtliche Aspekte</b>	<b>93</b>
5.1 Verfassungsmässigkeit	93
5.2 Rechtsvergleich	94
5.3 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	95
5.4 Erlassform	95
<b>6 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen</b>	<b>95</b>
<b>7 Umsetzung</b>	<b>95</b>
<b>Anhang I: Übersicht über weitere direkt oder indirekt beschaffungsrelevante Bundeserlasse</b>	<b>97</b>

# Erläuternder Bericht

## 1 Grundzüge der Vorlage

### 1.1 Ausgangslage

#### 1.1.1 Revision des WTO-Beschaffungsübereinkommens

Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (nachfolgend GPA 1994)<sup>1</sup> trat am 1. Januar 1996 in Kraft. Bis heute sind 43 Mitglieder diesem plurilateralen Übereinkommen beigetreten, wobei diese Zahl die EU mit ihren heute 28 Mitgliedstaaten beinhaltet. Das Übereinkommen wird gemäss WTO-Terminologie als plurilateral bezeichnet, weil es nicht für sämtliche WTO-Mitgliedstaaten verbindlich ist, sondern nur für diejenigen, die ihm beigetreten sind. Die Schweiz gehört zu den Erstunterzeichnerstaaten.

Das GPA bildet die rechtliche Grundlage für die beschaffungsrelevanten Freihandelsabkommen der zweiten Generation (nebst Chile und Mexiko auch Kolumbien, Peru, Golfstaaten, Ukraine, Panama, Costa Rica etc.), des bilateralen Beschaffungsabkommens EU-Schweiz (nachfolgend BilatAbk)<sup>2</sup> sowie der EFTA-Konvention<sup>3</sup> und gilt als wichtiger Meilenstein zur Liberalisierung des internationalen Handels. Es regelt den Zugang zu öffentlichen Aufträgen und statuiert folgende Grundsätze der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens:

- Förderung des Wettbewerbs
- Transparenz
- Nichtdiskriminierung
- wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel.

Weiter enthält es Bestimmungen zum Beschaffungsverfahren (Vergabeverfahren, Qualifikation der Anbieterinnen, Ausschreibung, Fristen für Angebote, Verhandlungen, Zuschlag, Streitbeilegung usw.) und zu den Schwellenwerten.

Gestützt auf Art. XXIV:7 Bst. a, b und c GPA 1994 leiteten die Mitgliedstaaten im Jahr 1997 Revisionsverhandlungen ein, welche bis Dezember 2011 andauerten und am 30. März 2012 formell abgeschlossen wurden:<sup>4</sup> Kernstück der Revision ist die Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Wettbewerb. Dieses Ziel soll vor allem durch erhöhte Transparenz (Unterstützung der elektronischen Vergabe usw.) und den konsequenten Kampf gegen die Korruption – welche den Wettbewerb massiv verfälscht – erreicht werden. Zentral bei der Revision sind zudem das Vereinfachen und Klären des Textes, die Anpassung an die technischen Entwicklungen, namentlich im Bereich der elektronischen Instrumente, sowie die Erweiterung des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs. Das GPA 2012 deckt neu z. B. ausdrücklich elektronische Auktionen ab, anerkennt das Erreichen von Umweltzielen als Angebotskriterium und verbessert durch geänderte Beschwerdemöglichkeiten den Rechtsschutz der Anbieterinnen. Ausserdem schafft es Klarheit hinsichtlich der Aufnahmeregeln für neue

<sup>1</sup> Agreement on Government Procurement, SR **0.632.231.422**.

<sup>2</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, SR **0.172.052.68**.

<sup>3</sup> Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation, SR **0.632.31**.

<sup>4</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates zur GPA-Revision, (....).

Mitglieder, was Ländern wie China, Russland und allenfalls Indien in Zukunft den Beitritt erleichtern dürfte.

Gemäss Schätzungen der WTO führt die Revision insgesamt zu einem erweiterten Marktzugang im Wert von rund 80 Milliarden US-Dollar pro Jahr. Den Schweizer Anbieterinnen öffnet das revidierte Übereinkommen folglich den Zugang zu neuen Beschaffungsmärkten, unter anderem in den kanadischen Provinzen, in gewissen Ballungsgebieten Japans, aber auch im öffentlichen Personennahverkehr in Israel und Korea. Die Schweiz unterstellt dem Abkommen in Zukunft insbesondere die Beschaffungen der Bundesgerichte. Zudem hat sie angesichts der Marktzugangsbegehren anderer Mitgliedstaaten auf Basis der Reziprozität einer Erweiterung der Ausschreibungspflicht auf gewisse Dienstleistungsaufträge zugestimmt, z. B. im Bereich der Satellitentelekommunikation. Gleichzeitig hat die Schweiz Vorbehalte beim Marktzugang gegen jene GPA-Mitgliedstaaten aufgehoben, die ihr eine Gleichbehandlung gewähren. Dadurch wird beispielsweise kanadischen Anbieterinnen der Zugang zu den Ausschreibungen der Kantone ermöglicht, nachdem sich Kanada bereit erklärt hat, der Schweiz den Zugang zu den Ausschreibungen der kanadischen Provinzen zu gewähren. Zudem öffnen die Schweiz und Kanada gegenseitig ihre Beschaffungsmärkte für Maschinen spezialisierter Industriezweige (wie Produktion und Verteilung von Gas) sowie für Informatikprodukte und Software.

### **1.1.2 Anpassungsbedarf im nationalen Recht**

Jeder Mitgliedstaat hat seine Gesetzgebung dem GPA 2012 anzupassen (Art. XXII:4 GPA 2012). Nachdem zwei Drittel der Mitgliedstaaten des GPA 2012 ihre Ratifikationsinstrumente bei der WTO in Genf hinterlegt hatten, traten die Änderungen für die Parteien, die bereits ratifiziert hatten, am 6. April 2014 in Kraft. Danach tritt das Protokoll für jede Partei des GPA 1994 innert 30 Tagen nach der Hinterlegung ihrer jeweiligen Ratifikationsinstrumente in Kraft. Es liegt im Interesse der Schweizer Wirtschaft, dass die Schweiz das revidierte WTO-Beschaffungsübereinkommen möglichst rasch umsetzt und das erweiterte Marktzugangspotenzial erschliesst. Solange die Schweiz nicht ratifiziert hat, gilt für sie weiterhin das GPA 1994 und Schweizer Anbieterinnen haben keinen Rechtsanspruch auf einen Zugang zu den neu erschlossenen Märkten.

Grundsätzlich erlangen völkerrechtliche Verträge in der Schweiz mit ihrer völkerrechtlichen Verbindlichkeit auch landesrechtliche Geltung, ohne dass sie in das innerstaatliche Recht überführt werden müssen. Für Rechtsansprüche von Einzelpersonen gilt dies unter dem Vorbehalt, dass die entsprechenden Vertragsbestimmungen unmittelbar anwendbar («self-executing») sind. Gemäss Bundesgericht ist eine völkerrechtliche Norm dann self-executing, wenn sie einen Bezug zu Rechten und Pflichten von Privatpersonen hat und justiziabel ist, d. h. genügend bestimmt und klar formuliert ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheids zu bilden. Wenn sie sich zusätzlich an die rechtsanwendenden Behörden richtet, können diese die Norm direkt anwenden. So haben sowohl das Bundesgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht ihre Entscheide wiederholt direkt auf Bestimmungen des GPA 1994 gestützt.<sup>5</sup> Ist eine völkerrechtliche Norm hingegen programmatischer Natur («non self-executing»), muss sie

<sup>5</sup> Z. B. im Urteil 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000.

zuerst innerstaatlich konkretisiert werden, um schliesslich von Gerichten und Behörden direkt angewendet werden zu können.

Wie das GPA 1994 besteht auch das GPA 2012 aus sowohl unmittelbar anwendbaren Bestimmungen als auch konkretisierungsbedürftigen Grundsätzen. Es enthält eine Reihe von Verpflichtungen, die zwingend in nationales Recht umzusetzen sind. Diese sind unter anderem daran zu erkennen, dass sie in der englischen Fassung oftmals den Ausdruck «shall» enthalten. Andere Regelungen des GPA 2012 gestehen den Mitgliedstaaten wiederum die Möglichkeit zu, ihre Gesetzgebung den eigenen Bedürfnissen entsprechend anzupassen. Das sind die Bestimmungen beispielhafter Natur (mit Ausdrücken wie «may» und «such as» in englischer Originalsprache). Einige Themen des GPA – wie der Beitritt neuer Mitgliedstaaten und Lösung von Konflikten zwischen Mitgliedstaaten – betreffen die nationale Gesetzgebung hingegen nicht direkt.

Die folgende Tabelle gibt eine Übersicht der massgebenden Bestimmungen des GPA 2012:

<b>Artikel</b>	<b>Themen</b>	<b>Adressaten</b>
Art. I	Begriffsbestimmungen.	Vertragsparteien und Vergabestellen
Art. II	Geltungsbereich (Vergabestellen: siehe insbesondere § 4 bis 8).	Vertragsparteien und Vergabestellen
Art. III	Sicherheit und allgemeine Ausnahmen (siehe insbesondere § 2).	Vertragsparteien
Art. IV	Allgemeine Grundsätze (§ 1 bis 7). Art. IV:4 enthält auch ein nicht zwingendes Flexibilisierungselement, das in Verbindung mit Art. XII erlaubt, Ausschreibungen nach anderen Beschaffungsmethoden als dem offenen, selektiven oder freihändigen Vergabeverfahren durchzuführen.	Vertragsparteien und Vergabestellen
Art. V	Entwicklungsländer (betrifft die Beitrittsbedingungen für neue Vertragsparteien).	Vertragsparteien, Vergabestellen und Ausschuss
Art. VI	Information über das Beschaffungswesen (siehe insbesondere § 1 bis 3).	Vertragsparteien und Ausschuss (VI:3)
Art. VI, VII	Neue Transparenzanforderungen bei Übermittlung in elektronischer Form. An zentrale Vergabestellen auf zentraler Regierungsebene werden höhere Anforderungen gestellt als an solche auf subzentraler Regierungsebene.	Vergabestellen
Art. VII	Bekanntmachungen (siehe insbesondere § 1 bis 3).	Vergabestellen
Art. VIII	Teilnahmebedingungen (siehe insbesondere § 1 bis 3).	Vergabestellen und Vertragsparteien

Art. IX	Qualifikation der Anbieterinnen (siehe insbesondere § 2 bis 6 und § 8, 10, 11, 14 und 15).	Vergabestellen und Vertragsparteien
Art. X	Technische Spezifikationen und Vergabeunterlagen (siehe insbesondere § 1, 2, 4, 5, 7, 8, 10 und 11).	Vergabestellen
Art. XI	Fristen (siehe insbesondere § 1 bis 3, 6 und 8). Die Vergabestellen dürfen die Fristen dem Aufwand für die elektronische Bearbeitung der öffentlichen Ausschreibungen entsprechend kürzen.	Vergabestellen
Art. XII	Verhandlungen (siehe insbesondere § 2). Lockerung der Verhandlungsanforderungen (in Verbindung mit Art. IV:4 zu beurteilen).	Vertragsparteien und Vergabestellen
Art. XIII	Freihändige Vergabe (siehe insbesondere die Voraussetzungen für die Anwendung des freihändigen Verfahrens nach § 1 und die Transparenzvorschrift nach § 2).	Vergabestellen
Art. XIV	Elektronische Auktionen (entscheidet sich eine Vergabestelle für die elektronische Ausschreibungsmethode, kommen zwingend die Bestimmungen von Art. XIV zur Anwendung). Neue internationale Rechtsgrundlage zur Regelung der elektronischen Auktionen.	Vergabestellen
Art. XV	Behandlung der Angebote und Zuschlagserteilung (siehe insbesondere § 1 bis 5 sowie § 7).	Vergabestellen
Art. XVI	Transparenz von Beschaffungsinformationen (siehe insbesondere § 1 bis 4). Neue Auflagen betreffend Aufbewahrung, Zugänglichkeit und Rückverfolgbarkeit der elektronischen Publikationen; bei den Statistiken wird den Kantonen (Annex 2) und den öffentlichen Betrieben (Annex 3) eine gewisse Flexibilität eingeräumt.	Vergabestellen und Vertragsparteien / Ausschuss (Statistiken XVI:4, 5 und 6)
Art. XVII	Weitergabe von Informationen (siehe insbesondere § 1 bis 3).	Vertragsparteien und Vergabestellen
Art. XVIII	Interne Überprüfungsverfahren (siehe insbesondere § 1 bis 7).	Vertragsparteien und Vergabestellen
Art. XIX	Änderungen und Berichtigungen des Geltungsbereichs (siehe insbesondere § 1 bis 8).	Vertragsparteien und Ausschuss
Art. XX	Konsultationen und Streitbeilegung (siehe insbesondere § 1 und 3).	Vertragsparteien
Art. XXI	Institutionen (siehe insbesondere § 1 und 3 betreffend Überprüfung der Umsetzung des GPA 2012 sowie § 4 (Beobachter)).	Ausschuss

Art. XXII	Schlussbestimmungen (siehe insbesondere § 1 und 2 sowie § 4 bis 18).	Vertragsparteien und Ausschuss
-----------	--	--------------------------------

### 1.1.3 Grundlagen des schweizerischen Beschaffungsrechts

Das GPA 1994 stellt die Grundlage des schweizerischen Beschaffungsrechts dar. Im Rahmen seiner Umsetzung wurden primär das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)<sup>6</sup> und die zugehörige Verordnung (VöB)<sup>7</sup> erlassen. Die VöB ist vor allem ein Ausführungserlass zum BöB, jedoch auch Grunderlass, da im 3. Kapitel alle Beschaffungen, die nicht dem BöB unterstehen, und im 4. Kapitel den Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb geregelt werden.

BöB, VöB, die Verordnung über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht<sup>8</sup> und die Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB)<sup>9</sup> regeln die Vorgaben für die Vergabestellen des Bundes. Die gemäss den internationalen Beschaffungsabkommen massgeblichen Schwellenwerte werden vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) alle zwei Jahre auf Verordnungsstufe geregelt. Dabei werden die Schwellenwerte aufgrund der entsprechenden Entscheidungen des WTO-Ausschusses über das öffentliche Beschaffungswesen von Sonderziehungsrechten (SZR) und Euros in Schweizer Franken umgerechnet.

Die Kantone setzten das GPA autonom mit der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)<sup>10</sup>, den Vergaberichtlinien zur IVöB (VRöB) sowie kantonalen Ausführungserlassen um, indem sie die VRöB integral oder teilweise in ihren Kompetenzbereich überführten.

BöB und VöB traten gemeinsam mit dem GPA 1994 am 1. Januar 1996 in Kraft und erfuhren seither diverse Änderungen. Insbesondere das BilatAbk, in Kraft seit 1. Juni 2002, brachte Teilrevisionen des Bundesrechts, namentlich der VöB, aber auch der IVöB, mit sich. Das BilatAbk erweiterte einerseits den Anwendungsbereich des GPA innerhalb der Schweiz auf Bezirks- und Gemeindeebene. Andererseits wurden Beschaffungen in den Sektoren Schienenverkehr, Telekommunikation, Gas- und Wasserversorgung sowie die Beschaffungen durch private Unternehmen in den Sektoren der Wasser-, Elektrizitäts- und Verkehrsversorgung dem GPA unterstellt. Dass die internationalen Verpflichtungen aus dem GPA auf Gesetzesstufe (BöB) und diejenigen des BilatAbk auf Verordnungsebene (VöB) umgesetzt wurden, führte zu einer weiteren Zersplitterung des Beschaffungsrechts.

Mit der ebenfalls von der Schweiz ratifizierten EFTA-Konvention bzw. mit deren revidierter Version vom 21. Juni 2001 wurde die mit dem BilatAbk angestrebte Öffnung der Beschaffungsmärkte zwischen der Schweiz und der EU auf die übrigen EFTA-

<sup>6</sup> Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR **172.056.1**.

<sup>7</sup> Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR **172.056.11**.

<sup>8</sup> Verordnung vom 18. Juli 2002 des UVEK über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht, SR **172.056.111**.

<sup>9</sup> Verordnung vom 24. Oktober 2012 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung, SR **172.056.15**.

<sup>10</sup> SR **172.056.5**

Staaten ausgedehnt. Bis heute hat die Schweiz zudem eine beachtliche Zahl bilateraler Freihandelsabkommen abgeschlossen, z. B. mit Chile oder Peru. Da gewisse markt-zugangsrelevante Beschaffungsabkommen mit Drittstaaten bereits auf der Grundlage der Regeln des GPA 2012 ausgehandelt wurden, werden mit dem revidierten Beschaffungsrecht auch die Verpflichtungen dieser Freihandelsabkommen umgesetzt (Kolumbien, Peru, Golfstaaten, Ukraine, Panama, Costa Rica etc.).

Ergänzt wird das Beschaffungsrecht unter anderem durch das Binnenmarktgesetz (BGBM)<sup>11</sup> sowie das Kartellgesetz (KG)<sup>12</sup>. Das für Kantone und Gemeinden geltende BGBM erweitert das Diskriminierungsverbot von Anbieterinnen aus GPA bzw. EU/EFTA-Staaten gegenüber schweizerischen Anbieterinnen um das Diskriminierungsverbot zwischen inländischen, ortsansässigen und ortsfremden Anbieterinnen. Das KG ist beispielsweise im Zusammenhang mit Submissionskartellen und anderen Absprachen von Anbieterinnen von Bedeutung.

#### 1.1.4 Entwicklung

Das Schweizer Beschaffungsrecht ist föderal geregelt: Bund und Kantone setzen die internationalen Vorgaben autonom um, weshalb bis Ende des 20. Jahrhunderts unterschiedliche Beschaffungsordnungen entstanden. Die damit einhergehenden Probleme für Vergabestellen und Anbieterinnen lieferten dem Parlament schon bald Grund für zahlreiche Vorstösse. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang insbesondere die mittlerweile abgeschriebene Motion Jenny<sup>13</sup>. Der Bundesrat anerkannte in seiner Stellungnahme vom 21. November 2001 erstmals Handlungsbedarf in Bezug auf eine Revision des Beschaffungsrechts. Auch der Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zum öffentlichen Beschaffungswesen der Schweiz vom 14. März 2002<sup>14</sup> kam zum Schluss, dass die Normen des Beschaffungswesens der Schweiz nicht mehr den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten entsprechen und zu einer volkswirtschaftlich und aussenwirtschaftspolitisch schädlichen Rechtsunsicherheit führen würden. Gestützt darauf wurden in der Folge die Ziele für eine Revision des BöB festgelegt.

Im Mai 2008 eröffnete der Bundesrat schliesslich die Vernehmlassung über einen Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend VE-BöB 2008). Der darin enthaltene Vorschlag, das schweizerische Beschaffungsrecht teilweise zu vereinheitlichen, fand mehrheitlich Zustimmung bei den Wirtschaftsverbänden, wurde jedoch von allen Kantonen verworfen. Nach Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen<sup>15</sup> und wegen Verzögerungen bei der Revision des GPA entschied sich der Bundesrat am 17. Juni 2009 für ein etappiertes Vorgehen:

<sup>11</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt, SR **943.02**.

<sup>12</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, SR **251**.

<sup>13</sup> Motion 01.3515, Missbräuche und Willkür bei der Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen (S, 3. Oktober 2001, Jenny).

<sup>14</sup> Parlamentarische Verwaltungskontrolle: Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht, Bern 2002.

<sup>15</sup> Vgl. Bericht des EFD über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens betreffend den Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen. Abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1606/Bericht.pdf> (Stand: 31.03.2015).

- Die Arbeiten an der Totalrevision des BöB wurden sistiert, bis Klarheit über das revidierte GPA bestehen würde.
- Konjunkturpolitisch dringliche Elemente des VE-BöB 2008, die auf Verordnungsstufe eingeführt werden konnten, wurden zeitlich vorgezogen: Mit der auf 1. Januar 2010 in Kraft gesetzten Revision der VöB wurden effiziente beschaffungsrechtliche Rahmenbedingungen für die laufenden Konjunkturprogramme geschaffen. Die Vergabeverfahren wurden modernisiert und flexibilisiert, namentlich mittels einer Regelung betreffend neue Informationstechnologien, einer elektronischen Publikationsplattform sowie mit der sogenannten «funktionalen Ausschreibung» und dem Dialog. Dies brachte Kosteneinsparungen, Zeitgewinn und klarere rechtliche Rahmenbedingungen für die Anbieterinnen und die öffentliche Hand mit sich. Ferner enthielt die Revision Bestimmungen, die sich nur indirekt konjunkturfördernd auswirkten, jedoch zur Klärung gewisser Sachverhalte beitrugen und in der Vernehmlassung zum VE-BöB 2008 weitgehend unbestritten geblieben waren (z. B. Möglichkeiten der Fristverkürzung und die Regelung der Vorbefassung).
- Mit der Botschaft vom 19. Mai 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (aufschiebende Wirkung von Beschwerden)<sup>16</sup> wurde dem Parlament eine Teilrevision des BöB unterbreitet, die sich auf Massnahmen zur Beschleunigung des Beschaffungsverfahrens beschränkte. Ziel der beantragten Regelung war es, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern und dabei weiterhin einen genügenden Rechtsschutz zu gewährleisten. Weder der Nationalrat noch der Ständerat traten auf die Vorlage ein.

### **1.1.5 Unterschiede zwischen dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht**

Die geltenden Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen weisen Unterschiede auf. Differenzen finden sich insbesondere in folgenden Bereichen:<sup>17</sup> Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich, Schwellenwerte, Anforderungen an die Ausschreibung, Auswahlkriterien (Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien und deren Gewichtung), Preisverhandlungen (sind beim Bund zulässig, nicht aber bei den Kantonen; Wichtigkeit des Kriteriums Preis), Ausschluss von laufenden und künftigen Verfahren, Berücksichtigung vergabefremder wie sozialpolitisch motivierter Kriterien bei einer Beschaffung sowie generell die Begründung der Zuschläge.

Zurzeit liegt der Schwellenwert für Güter und Dienstleistungen, ab welchem eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen ist, bei den Kantonen bei 350 000 Franken, beim Bund bei 230 000 Franken. Während im kantonalen Recht unterschwellige Vergaben angefochten werden können (vgl. Art. 9 Abs. 2 BGBM), gibt es bei den «übrigen Beschaffungen» im Bund keinen Rechtsschutz. Im Gegensatz zum Bund unterscheiden die Kantone zudem zwischen Bauhaupt- und Baunebengewerbe und kennen die Tradition der öffentlichen Offertöffnung, nicht aber den Dialog.

<sup>16</sup> BBI 2010 4051

<sup>17</sup> Vgl. Zufferey Jean-Baptiste, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons, Fribourg 2003.

Derartige Differenzen erhöhen die Komplexität des Beschaffungswesens und führen damit zu Unsicherheiten bei den Verfahrensbeteiligten. Nicht nur kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) weisen anlässlich der vom Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) organisierten Informationsveranstaltungen für Anbieterinnen seit Jahren wiederholt darauf hin, dass die heutige Rechtslage auf Stufe Bund und Kantone nicht nur höchst komplex, sondern auch administrativ sehr aufwendig und kostspielig sei. Eine weitere Folge dieser unterschiedlichen Regelungen ist das Fehlen einer einheitlichen Spruchpraxis der zuständigen Gerichte. Immerhin steht seit dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)<sup>18</sup> der Weg ans Bundesgericht als gemeinsame letzte Gerichtsinstanz offen.

## **1.1.6 Gründe für die Revision**

Anstösse für die jetzt vorgeschlagene Revision des BöB kommen aus dem internationalen wie aus dem nationalen Bereich:

Der Bundesrat verabschiedete am 21. März 2012 das GPA 2012 unter Vorbehalt der Genehmigung durch das Parlament. Die Hinterlegung der Ratifizierungsurkunde der Schweiz bei der WTO kann erst nach der Anpassung des einschlägigen Bundes- und Kantonsrechts erfolgen (vgl. 1.1.1).

In den letzten Jahren hat sich die Ansicht etabliert, die gesetzlichen Grundlagen von Bund und Kantonen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens seien im Interesse der Schweizer Wirtschaft, wo möglich und sinnvoll, einander anzugleichen. Vom Parlament wurde schon verschiedentlich angeregt, das Beschaffungsrecht zu revidieren (vgl. 1.1.4). Ein aktuelles Beispiel ist die Motion Bourgeois<sup>19</sup>, mit welcher der Bundesrat beauftragt wurde, in Zusammenarbeit mit den Kantonen dafür zu sorgen, dass die Gesetze von Bund und Kantonen im Bereich des Beschaffungswesens bei der nächsten Revision so weit wie möglich harmonisiert werden.

Des Weiteren erfuhren BöB und VöB bereits verschiedene Teilrevisionen, wobei Regelungsgehalte nicht immer streng stufengerecht abgebildet wurden. Im Resultat sind die Erlasse relativ unübersichtlich und nicht immer einfach lesbar. Die Angleichung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen soll es Anbieterinnen, insbesondere auch solchen aus dem KMU-Bereich, künftig erleichtern, sich im Gesetz zurecht zu finden.

Am 2. Juli 2014 beauftragte der Bundesrat das EFD, gemeinsam mit dem WBF auf der Grundlage der mit den Kantonen erarbeiteten Revisionstexte (vgl. 1.2.1) mit dem Gesetzgebungsverfahren zur Revision des BöB zu beginnen.

## **1.2 Die beantragte Neuregelung**

### **1.2.1 Vorarbeiten**

Die Federführung für die Revision des BöB und der VöB liegt bei der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB). Zuständig für Anpassungen der IVöB und der zugehörigen Vergaberichtlinien (Empfehlungen; VRöB) ist die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK).

<sup>18</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, SR **173.110**.

<sup>19</sup> Motion 12.3577, Programme zur Steigerung der Energieeffizienz. Berücksichtigung des schweizerischen Arbeitsmarkts (N, 14. Juni 2012, Bourgeois).

Im Juni 2012 erteilten BKB und BPUK einer paritätisch zusammengesetzten Arbeitsgruppe mit dem Namen AURORA den Auftrag, Vorschläge für die Revision der einschlägigen Erlasse von Bund und Kantonen zu unterbreiten. Nebst einer inhaltlich und formal konsistenten Umsetzung des revidierten GPA beim Bund und bei den Kantonen sollten auch die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzaufteilung so weit als möglich einander angeglichen werden. Von Oktober 2012 bis September 2013 wurden auf Basis des GPA 2012 unter der Leitung von Professor Hans Rudolf Trüb Entwürfe für die Anpassung der Bundesgesetzgebung sowie der IVöB erarbeitet. Anlässlich von Hearings erhielten verschiedene Interessengruppen und Fachleute die Gelegenheit, ihre Anliegen einzubringen. Diese wurden nach Möglichkeit berücksichtigt.

Auch die Vor- und Nachteile eines Rechtsschutzes unterhalb der staatsvertraglichen Schwellenwerte einerseits sowie die Möglichkeit von Verhandlungen andererseits wurden in der Arbeitsgruppe und mit weiteren Fachleuten diskutiert. Am 20. Dezember 2013 verabschiedete die Arbeitsgruppe AURORA einen ersten Erlasstext sowie einen Bericht, der im Rahmen eines gemeinsamen Redaktionsausschusses punktuell ergänzt wurde.

Diese Vorarbeiten bilden die Basis des vorliegenden Vorentwurfs (VE). Die Gesetzgebungsverfahren von Bund und Kantonen erfolgen separat: Die Vernehmlassung zum Entwurf der revidierten IVöB wurde im 4. Quartal 2014 durchgeführt. Da den Bestrebungen zur parallelen Harmonisierung der nationalen Beschaffungsordnungen grosse Priorität eingeräumt wird und um die Ergebnisse der jeweiligen Vernehmlassung möglichst gut und vergleichbar auswerten zu können, sind der Vorentwurf BöB und der Entwurf der revidierten IVöB bezüglich der harmonisierten Bereiche inhaltlich weitgehend identisch. Abweichungen gibt es bei Themen, die für den Bund und die Kantone schon im GPA 2012 unterschiedlich geregelt sind (wie der subjektive Geltungsbereich) oder bei Bestimmungen, die nur für den Bund relevant sind (z. B. die Ausnahmeregelung betreffend Entwicklungshilfe in Art. 12 Abs. 1 Bst. h VE-BöB). Eine Abweichung besteht auch beim auf das BGBM gestützten Behördenbeschwerderecht der Wettbewerbskommission (WEKO), welches der Bundesrat beibehalten will. Schliesslich sind im Rahmen der vor Eröffnung der Vernehmlassung durchgeführten bundesverwaltungsinternen Konsultation unterschiedliche Anliegen der Verwaltungseinheiten verblieben, welche nicht in den Vorentwurf aufgenommen wurden, um möglichst vergleichbare Ergebnisse aus den Vernehmlassungen auf Bundes- und kantonaler Ebene zu erlauben. Sobald die Auswertung sowohl der Vernehmlassung zur IVöB als auch zum Vorentwurf BöB vorliegen, werden die Ergebnisse aus den beiden Vernehmlassungen sowie die verbleibenden Differenzen aus der bundesverwaltungsinternen Konsultation in einer weiteren Verhandlungsrunde zwischen Bund und Kantonen gemeinsam bewertet. Gestützt darauf werden die harmonisierten Erlasstexte sowohl materiell wie auch redaktionell überarbeitet und angepasste Lösungen für die Vorlage an das eidgenössische Parlament ausgearbeitet werden. Bei diesen Arbeiten wird der inhaltlichen Angleichung der Beschaffungsregeln grösste Beachtung zuteil werden. In Planung ist zudem, auch eine neue Ausnahmeklausel betreffend Sicherheitsaspekte in die Verhandlungen einzubringen; konkret wird es darum gehen, den heutigen Art. 3 Abs. 1 Bst. e BöB um das Thema zivile Sicherheit zu ergänzen.

## 1.2.2

# Zielsetzung des Entwurfs für ein neues Beschaffungsgesetz

### Umsetzen des GPA 2012

Mit der vorgeschlagenen Revision soll das GPA 2012 auf Stufe Bund und Kantone möglichst zeitnah in nationales Recht umgesetzt werden. Die bisherigen Ziele des Beschaffungswesens – wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen, Förderung des Wettbewerbs sowie Transparenz der Verfahren – werden beibehalten. Ein besonderes Augenmerk der Vorlage gilt den Massnahmen gegen Kollusion und Korruption. Zudem wird der Rechtsschutz in Vergabesachen massiv ausgebaut.

### Klären und strukturieren

Die Erfahrungen und Entwicklungen seit Inkrafttreten des BöB im Jahr 1996 wurden bei der Revision mitberücksichtigt und gaben wertvolle Impulse für die Optimierung der gesetzlichen Grundlagen. So zeigte sich bei der praktischen Anwendung, dass gewisse Sachverhalte und Begriffe der Klarstellung bedürfen.

In Anlehnung an das GPA 2012 wurde das BöB mit Begriffsdefinitionen ergänzt und terminologisch angepasst. Der Entwurf enthält einen ausführlichen Katalog von Begriffsdefinitionen (Art. 2 Bst. a bis o VE-BöB), der sich an Art. I GPA 2012 orientiert. Insbesondere die Neuregelung des subjektiven Geltungsbereichs (Art. 4 f. VE-BöB) bzw. die Definition des «öffentlichen Auftrags» (Art. 8 VE-BöB) dienen dazu, gewisse Unterstellungsfragen (z. B. in Bezug auf Konzessionen und Abgeltungen) zu klären.

Im Verhältnis zum GPA 1994 sieht das GPA 2012 eine andere Struktur vor: Definition, Geltungsbereich, Ausnahmen, Grundsätze, Verfahren, Zuschlag, Rechtsschutz etc. Der Aufbau des Vorentwurfs orientiert sich an der neuen Struktur des GPA 2012 sowie am Ablauf eines Beschaffungsverfahrens. Der Entwurf besteht aus 65 Artikeln, verteilt auf neun Kapitel. Der grössere Umfang im Vergleich zum geltenden BöB (rund 30 zusätzliche Artikel) ist darauf zurückzuführen, dass wesentliche Inhalte, die bislang auf Verordnungsstufe geregelt wurden, neu stufengerecht im Gesetz enthalten sind – z. B. die bisher im 3. Kapitel der VöB geregelten «übrigen Beschaffungen» sowie das Einsichtsrecht gemäss Art. 5 VöB. Wo nötig, wird das revidierte Gesetz jedoch auch in Zukunft durch eine ausführende Verordnung präzisiert.

### Flexibilisieren und modernisieren

Das Gesetz will den öffentlichen Auftraggeberinnen und den Anbieterinnen – unter Vorbehalt der beschaffungsrechtlichen Grundsätze – möglichst grossen Handlungsspielraum gewähren und gleichzeitig den Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen fördern. Materiell betreffen die vorgeschlagenen Änderungen des BöB insbesondere die Einführung flexibler Beschaffungsinstrumente, die wiederum die Schaffung innovativer Lösungen ermöglichen. So werden seit 2010 in der VöB vorgesehene Instrumente wie elektronische Auktionen, Folgebeschaffungen, aber auch der Dialog zwischen Auftraggeberin und Anbieterinnen sowie die Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenverträgen (mit Abrufverfahren) formell-gesetzlich normiert. Bei wirksamem Wettbewerb soll künftig sämtlichen – und nicht nur wie bis anhin den gemäss BilatAbk unterstellten – Sektorenauftraggeberinnen die Möglichkeit offen stehen, sich und ihre Tätigkeiten vom Beschaffungsrecht «ausklinken» zu lassen. Zur Flexibilisierung des öffentlichen Beschaffungswesens trägt auch bei, dass neu mehrere an einer Beschaffung beteiligte Auftraggeberinnen,

welche einerseits BöB und andererseits IVöB unterstellt sind, eine Rechtswahl treffen können. Analog und zur optimalen Ressourcennutzung kann bei der Beschaffung nationaler Infrastrukturen das anwendbare Beschaffungsrecht definiert werden. Die vorgeschlagenen Normen fördern auch ein modernes Beschaffungsmanagement der öffentlichen Hand (z. B. durch schlanke innerbetriebliche Abläufe und optimale Volumenbündelung).

### **Angleichen des nationalen Beschaffungsrechts**

Im Rahmen der Revision sollen entsprechend den parlamentarischen und bundesrätlichen Vorgaben die nationalen Beschaffungsregeln soweit möglich und sinnvoll einander angeglichen werden. Folglich wird die Umsetzung des GPA 2012 ins nationale Recht zu einer Harmonisierung der Beschaffungsregimes beim Bund und bei den Kantonen beitragen, was einem im Rahmen der 2008 durchgeführten Vernehmlassung ausgedrückten Bedürfnis der Wirtschaft entspricht (vgl. 1.1.4).

Verschiedene Regelungen, die sich bisher für den Bund, die Kantone oder beide bewährt haben, wurden im vorliegenden Gesetzesentwurf übernommen. Ein Beitrag zur Angleichung der nationalen Beschaffungsrechtsquellen ist die Einführung des bis anhin vor allem auf kantonaler Ebene gebräuchlichen Begriffs des «Staatsvertragsbereichs» ins Bundesgesetz (Art. 2 Bst. 1 VE-BöB).

Des Weiteren werden diverse Neuerungen in Bezug auf den Rechtsschutz vorgeschlagen (Art. 53 ff. VE-BöB): Mit einheitlichen Regeln zur Begründung und Eröffnung von Verfügungen, einheitlichen Beschwerdegründen und -objekten, einer einheitlichen Beschwerdefrist von 20 Tagen sowie einer einheitlichen Regelung zur aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde soll der Rechtsschutz im Beschaffungswesen kanalisiert werden. Zudem sollen die für den Rechtsschutz relevanten Schwellenwerte angeglichen werden, was für den Bund zur Folge hat, dass die «Streitwertgrenze» in Vergabeverfahren gesenkt und künftig bereits ab einem Auftragswert von 150 000 Franken Rechtsschutz gewährt werden soll. Die Kantone wollen im Gegenzug dazu weitergehende Möglichkeiten zur Verhandlungsführung in der IVöB statuieren. Anzumerken bleibt, dass der Ausbau des Rechtsschutzes im Bundesrecht keine Auswirkungen auf die für die öffentlichen Ausschreibungen massgeblichen Schwellenwerte zeitigt. Diese werden beibehalten.

Der Erfolg der angestrebten Angleichung der Beschaffungsordnungen wird massgeblich davon abhängen, wie weit die gemeinsam erarbeiteten Vorschläge auf Ebene Bund einerseits und auf kantonaler Ebene andererseits umgesetzt werden können.

### **1.2.3 Wichtigste Neuerungen**

Der Gesetzesentwurf überführt insbesondere die verpflichtenden Bestimmungen des GPA 2012 und somit auch der beschaffungsrelevanten Abkommen mit Drittstaaten ins schweizerische Recht. Es werden zudem gesamtschweizerisch einheitliche beschaffungsrechtliche Grundsätze und Regelungen für einen funktionierenden Binnenmarkt vorgeschlagen.

Als wichtige Neuerungen sind nebst den Begriffsdefinitionen unter anderem die Klärung von Unterstellungsfragen (subjektiver Geltungsbereich) sowie der Folgebeschaffungen zu erwähnen, aber auch die strengere Regelung beim Vertragsabschluss sowie der Katalog mit Sanktionen etwa bei schwerwiegender Verletzung der Bestimmungen zur Bekämpfung der Korruption. Flexible Instrumente (wie Dialog, Rahmenverträge, elektronische Vergabe, elektronische Auktionen sowie verkürzte Fristen) werden auf

Gesetzesstufe eingeführt und Teile der geltenden VöB werden ins Gesetz integriert. Bei einem Abbruch des Vergabeverfahrens wird neu eine Publikationspflicht statuiert; zudem wird die Regelung betreffend Befangenheit aufgrund der Besonderheiten des Beschaffungsverfahrens im Vergleich zum Verfügungsverfahren des allgemeinen Verwaltungsrechts angepasst.

Um die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen einander anzugleichen, will der Bund den Rechtsschutz ausbauen und künftig bereits bei einem Auftragswert ab 150 000 Franken gewähren. Sofern es sich um Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs handelt – sei es, weil die massgeblichen Schwellenwerte nicht erreicht werden oder weil es sich beispielsweise um Dienstleistungen handelt, die nicht in Anhang 2 dieses Vorentwurfs aufgeführt sind – wird ein einfaches und rasches Verfahren vorgeschlagen.

Die vorgeschlagene Revision trägt zur Klärung, Flexibilisierung und Modernisierung des Beschaffungsrechts bei und erhöht damit auch die Benutzerfreundlichkeit. Wertvoll ist neben alledem, dass die bewährte Praxis und Rechtsprechung von Bund und Kantonen in den neuen Entwurf eingeflossen sind. All dies soll letztlich Anbieterinnen den Marktzutritt erleichtern und damit den Wettbewerb sowie die Wirtschaftlichkeit stärken. Im Übrigen ist die Revision vom Ziel geleitet, an Bewährtem festzuhalten.

### **1.3 Erledigung parlamentarischer Vorstösse**

Folgende Vorstösse aus dem Parlament sind zurzeit noch hängig und können mit vorliegender Gesetzesvorlage als erledigt betrachtet werden:

2014 P	14.3208	Bekämpfung der Korruption im öffentlichen Beschaffungswesen. (S, 20.03.2014, Engler)
2014 M	14.3045	Publikation Basisinformationen aller Beschaffungen des Bundes ab 50 000 Schweizer Franken. (N, 05.03.14, Graf)
2013 M	13.4278	Bei öffentlichen Ausschreibungen umwelt- und sozialverträgliche elektronische Geräte beschaffen. (N, 13.12.2013, Rytz)
2012 M	12.3577	Programme zur Steigerung der Energieeffizienz. Berücksichtigung des schweizerischen Arbeitsmarkts (Bst. a). (N, 14.06.12, Bourgeois)
2012 M	12.3914	Ausschreibungsverfahren in den drei Amtssprachen des Bundes. (N, 28.09.2012, de Buman)
2012 P	12.3910	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen. Stopp dem Missstand. (N, 28.09.12, Darbellay)
2012 M	12.3739	Öffentliche Beschaffungen des Bundes. Gleiche Rechte für die Sprachregionen. (N, 19.09.2012, Hodgers)

2004 M 04.3061 Lehrlingsausbildung als Vergabekriterium für öffentliche Aufträge.  
(N, 10.03.04, Galladé)

Die Motionen 14.3045, 12.3914, 12.3739 sowie das Postulat 12.3910 werden auf Verordnungsstufe umgesetzt.

**1. Kapitel                    Zweck und Begriffe****Art. 1                        Zweck**

Dieser Zweckartikel bringt eine systematische Ordnung sowohl der Gesetzeszwecke als auch der allgemeinen Grundsätze, die bei öffentlichen Beschaffungen zu beachten sind. Diese Grundsätze sind: Wirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit; Bst. a), Transparenz (Bst. b), Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen (Bst. c) sowie Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen (Bst. d). Der wirksame Wettbewerb wird in erster Linie durch die Art und Weise der Ausschreibung gesteuert. Daher gilt es bei den Ausschreibungen, Massnahmen insbesondere gegen Wettbewerbsabreden und Korruption vorzusehen. Letztere wird – neben Submissionskartellen – als wesentliches Element der Wettbewerbsverfälschung und Wettbewerbsverhinderung im öffentlichen Beschaffungswesen betrachtet. Bst. d ändert die entsprechenden Spezialgesetze nicht, es handelt sich vielmehr um eine spezifische beschaffungsrechtliche Ergänzung. Die Abgrenzungen ergeben sich in der Praxis. Das GPA 2012 sieht namentlich in der Präambel und in Art. IV:4 eine griffigere internationale Rechtsgrundlage für die Korruptionsbekämpfung vor.

Die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit beim wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel steht im Einklang mit der Bundesverfassung<sup>20</sup> (Art. 2 Abs. 2 BV) sowie den parlamentarischen und bundesrätlichen Vorgaben. Auch das GPA 2012 erwähnt explizit in Art. X:6 (und in engem Zusammenhang mit dem Nichtdiskriminierungsgebot in Art. X:1) die Realisierung umweltpolitischer Zielsetzungen. Es nennt nebst der wirtschaftlichen lediglich die ökologische Dimension der Nachhaltigkeit, weil unter den GPA-Mitgliedstaaten im Zuge der Revision kein Konsens über den Anwendungsbereich der sozialen Dimension der Nachhaltigkeit erzielt werden konnte. Angesichts des mangelnden Konsenses haben sich die GPA-Mitgliedstaaten geeinigt, gemäss Mandat in Art. XXII:8 GPA 2012 ein Arbeitsprogramm über die beschaffungsrelevanten Aspekte des Begriffs der Nachhaltigkeit einzuleiten. Im Rahmen dieses Arbeitsprogramms sollen die GPA-Mitgliedstaaten aus der Warte der Nichtdiskriminierungsverpflichtungen von Art. IV GPA 2012 prüfen, inwiefern die Nachhaltigkeit – in allen drei Dimensionen, d. h. Wirtschaftlichkeit, ökologische und soziale Aspekte – bei der Vergabe von öffentlichen Beschaffungen berücksichtigt werden kann oder nicht berücksichtigt werden darf.

Das GPA 2012 beschränkt sich somit auf die wirtschaftliche und ökologische Dimension der Nachhaltigkeit. Die Nachhaltigkeit im Sinne des Gesetzesentwurfs ist jedoch weiter zu verstehen, sie gewinnt Konturen in der Strategie Nachhaltige Entwicklung 2012 - 2015 des Bundesrates. Dieser hat sich letztmals im Jahr 2012 dafür ausgesprochen, dass der Bund bei seinem Konsumverhalten eine Vorbildfunktion einnehme, «indem er im Rahmen seiner Beschaffungstätigkeit Produkte nachfragt und Bauwerke realisiert, die wirtschaftlich, umweltschonend und gesundheitsverträglich sind und die sozial verantwortungsvoll produziert werden».<sup>21</sup> Schon heute finden Umweltkriterien regelmässig Eingang in die Ausschreibungen der öffentlichen Hand. Der «sozialen Nachhaltigkeit» wird unter anderem dadurch Rechnung getragen, dass bei Leistungen,

<sup>20</sup> SR 101

<sup>21</sup> Strategie Nachhaltige Entwicklung 2012-2015, S. 32.

die im Ausland beschafft werden, mindestens die acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) eingehalten werden müssen. Damit Umwelt- und Sozialkriterien bei der Ausschreibung angewendet werden können, braucht es stets einen konkreten Bezug zur jeweiligen Beschaffung. Zudem darf die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit nicht zu einer Diskriminierung von Anbieterinnen führen.

Wirtschaftlichkeit ist nicht gleichbedeutend mit dem tiefsten Preis. Die Qualität der Leistungen und weitere Parameter, deren Wahl im Ermessen der Auftraggeberin liegt, sind ebenso zu berücksichtigen. Die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel gibt einer Anbieterin keinen Rechtsanspruch darauf, die Beschaffung des «richtigen» Produkts zu erstreiten.<sup>22</sup> Allemal wird der Preis indessen als Zuschlagskriterium in die Bewertung miteinzubeziehen sein.

Der Grundsatz der Transparenz gebietet unter anderem, dass eine Auftraggeberin die Gewichtung der Zuschlagskriterien zum Voraus präzisieren und bekannt geben muss.<sup>23</sup> Der Vorentwurf enthält verschiedene Transparenzbestimmungen (z. B. Art. 13 Bst. d, Art. 25 Abs. 5 VE-BöB). Diese betreffen praktisch ausschliesslich die Aktivinformation, d. h. die Informationstätigkeit der Behörde von sich aus bzw. von Amtes wegen und haben in der Regel keinen Einfluss auf die Passivinformation (Information auf Gesuch hin). Sofern durch den Vorentwurf oder im Rahmen der Erläuterungen nicht ausdrücklich ausgeschlossen, gilt parallel zu den verschiedenen Bestimmungen der behördlichen Information das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten des Beschaffungswesens gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ)<sup>24</sup>.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung bedeutet, dass einer Anbieterin einerseits keine Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere nicht gelten, und dass ihr andererseits keine Vorteile gewährt werden dürfen, die anderen Anbieterinnen verwehrt sind. So ist es z. B. nicht zulässig, eine Anbieterin im Rahmen der Eignungsprüfung nach einem strengeren Massstab als ihre Wettbewerberinnen zu beurteilen.

Zweckbestimmungen dienen der Auslegung der nachfolgenden materiellen Bestimmungen. Die Reihenfolge der Aufzählung in Art. 1 bedeutet nicht, dass der erste Grundsatz Priorität vor den nachstehend genannten hätte. Alle Grundsätze verlangen gleichermaßen Beachtung. Zielkonflikte sind durch eine Abwägung aller Interessen und eine pareto-optimale Gewichtung zu lösen. Als pareto-optimal gilt eine Gewichtung, wenn jede Änderung der Gewichtung zu einem insgesamt geringeren Gesamtnutzen führen würde. Diese Ziele werden durch weitere Bestimmungen des Vorentwurfs (z. B. zu den Anforderungen an eine Ausschreibung, zur Publikation oder zum Rechtsschutz) ausgeführt.

## **Art. 2                    Begriffe**

Der im Vergleich zum geltenden Recht grosse Katalog von Legaldefinitionen dient dazu, das Beschaffungsrecht zu vereinfachen und dessen Anwendung in der Praxis zu vereinheitlichen. Im Einklang mit den Begriffsbestimmungen des GPA 2012 strebt der Entwurf eine konzise Verwendung der zentralen beschaffungsrechtlichen Begriffe an. Die Definitionen wurden weitgehend aus Art. I GPA 2012 übernommen und, soweit erforderlich, präzisiert.

<sup>22</sup> Vgl. BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010, E. 4.2.

<sup>23</sup> Vgl. BKB 2003-032 vom 15. Juni 2004, E. 3a; Entscheid der BKB vom 01. September 2000, veröffentlicht in VPB 65.11. E. 2a.

<sup>24</sup> Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, SR 152.3.

Auf eine Definition des öffentlichen Auftrags (vgl. dazu Art. II GPA 2012) wurde an dieser Stelle verzichtet; der objektive Geltungsbereich des Gesetzes wird direkt von Art. 8 ff. VE-BöB normiert.

*Bst. e:* «Ausschreibungsunterlagen» ist ein Oberbegriff. Er deckt nicht nur die Unterlagen bei öffentlichen Ausschreibungen (d. h. Beschaffungen im offenen oder selektiven Verfahren), sondern auch die Offertunterlagen bei Einladungsverfahren ab.

*Bst. f:* Während Art. I Bst. f GPA 2012 die elektronische Auktion als iterativen Vorgang bzw. als Prozess umschreibt, bei dem sich die Anbieterinnen gegenseitig über- oder unterbieten können, wird sie hier als Instrument bezeichnet. Mit *Iteration* ist die wiederholte Anwendung derselben Funktion gemeint. Gegenstand der Angebote können neben dem Preis auch andere Kriterien sein. Denkbar wäre beispielsweise, dass Anbieterinnen unter dem Kriterium der Realisierungsdauer zusätzliche Punkte in der Bewertung ihrer Angebote erhalten, sofern sie die Verpflichtung eingehen, eine Leistung schneller zu erbringen (z. B. kürzere Lieferfrist von Gütern). Die elektronische Auktion kann die Bewertung von Angeboten (etwa für Standardgüter) erleichtern. Die Modalitäten, insbesondere wann welche Mindestangaben bekannt zu geben sind und wie eine Auktion beginnt und endet, sind in Art. 25 VE-BöB geregelt. Ausführungen zur Authentifizierung finden sich in der Verordnung.

*Bst. g:* Die Definition der «gewerblichen Waren oder Dienstleistungen» entspricht jener von Art. I Bst. a GPA 2012 und lässt Raum für eine Beurteilung im Einzelfall. In der Regel soll mit gewerblichen Waren oder Dienstleistungen ein (Erwerbs-)Einkommen erzielt respektive ein Umsatz generiert werden. Wenn beispielsweise MeteoSchweiz IT-Systeme für ihr kommerzielles Datengeschäft beschafft, das sie in Konkurrenz zu Drittanbietern betreibt, ist diese Stelle gewerblich tätig. Für ihre Beschaffungen im Rahmen des Leistungsauftrags des Bundes untersteht sie demgegenüber dem Beschaffungsrecht.

*Bst. h:* Öffentliche Unternehmen sind z. B. die Schweizerische Post AG, die Schweizerischen Bundesbahnen AG (SBB) und die Alp Transit Gotthard AG<sup>25</sup>.

*Bst. k:* Zu den staatlichen Behörden zählen im Sinne dieses Gesetzes auch die «Einrichtungen des öffentlichen Rechts». Dieser Begriff ist im Bundesrecht für die Unterstellung der Sektorenauftraggeberinnen massgeblich. Er umfasst laut der Legaldefinition in Annex 3 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 Einrichtungen, (i) die zum besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die keinen industriellen oder kommerziellen Charakter haben, (ii) die Rechtspersönlichkeit besitzen und (iii) deren Tätigkeit überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder deren Leitung einer Kontrolle durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt wurden.

*Bst. j:* Die Definition des Rahmenvertrags gibt die aktuelle Praxis und Lehre zu einem bisher nicht im Gesetz geregelten Thema wieder und soll zu mehr Rechtssicherheit führen. Die Konditionen (Preise und gegebenenfalls Mengen) sollen Gegenstand des Rahmenvertrags sein. Erteilt eine Auftraggeberin mehreren Rahmenvertragspartnerinnen einen Zuschlag, handelt es sich vertragsrechtlich jeweils um bilaterale Vertragsverhältnisse.

<sup>25</sup> Vgl. BVGer B-4902/2013 vom 14. März 2014, E. 1.1.

*Bst. o:* Der Begriff «wiederkehrende Leistungen» erstreckt sich auf alle Auftragsarten, d. h. auf Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge. Der Klarheit halber ist darauf hinzuweisen, dass die hier verwendeten Begriffe des Auftrags und der Auftraggeberin nicht identisch sind mit denen in Art. 394 ff. Obligationenrecht (OR)<sup>26</sup>. Insbesondere kommen als Vertragstypen nicht nur Aufträge nach Art. 394 OR in Frage, sondern ebenso Kauf-, Werk-, Innominatverträge usw.

## **2. Kapitel                    Geltungsbereich**

### **1. Abschnitt                Subjektiver Geltungsbereich**

Der subjektive Geltungsbereich des Gesetzes bestimmt sich nach Massgabe der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen. Im Vordergrund stehen die Annexe 1 bis 7 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012, die beschaffungsrelevanten Kapitel und Anhänge der Freihandelsabkommen mit Drittstaaten sowie die Art. 2 und 3 BilatAbk. Die Übereinkommen unterscheiden zwischen der Unterstellung zentraler und subzentraler Verwaltungseinheiten auf der einen und sogenannten Sektorenauftraggeberinnen auf der anderen Seite.

Das BilatAbk weitete den subjektiven Geltungsbereich des GPA 1994 nach zwei Seiten hin aus: Zum einen führte es zur Unterstellung der Verwaltungseinheiten auf Stufe Bezirke und Gemeinden, zum anderen dehnte es den Marktzutritt für Anbieterinnen auf Aufträge von Auftraggeberinnen aus den Sektoren Schienenverkehr, Gas- und Fernwärmeversorgung sowie Förderung fossiler Brennstoffe und auf private Sektorenunternehmen aus. Das Verhältnis zwischen der Sektorenunterstellung nach dem GPA und dem BilatAbk ist komplex und nicht in allen Punkten transparent.

### **Art. 3                        Grundsatz**

Der Geltungsbereich des Gesetzes reicht über die staatsvertraglichen Verpflichtungen des GPA 2012, der Freihandelsverträge mit Drittstaaten und des BilatAbk (Staatsvertragsbereich gemäss Art. 2 Bst. 1 VE-BöB) hinaus. Sowohl der subjektive als auch der objektive Geltungsbereich werden erweitert. So sind auch Empfängerinnen von Finanzhilfen des Bundes dem Gesetz unterstellt, wenn die von ihnen beschafften Leistungen zu mehr als 50 Prozent durch öffentliche Gelder finanziert werden. Zudem werden Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs erfasst: Dem Gesetz unterstellt sind damit beispielsweise auch Dienstleistungen und Bauleistungen, die nicht in den Anhängen 2 und 3 des Vorentwurfs aufgeführt sind, sowie sämtliche Beschaffungen (Waren, Dienstleistungen, Bauleistungen) mit einem Auftragswert unterhalb der international festgelegten Schwellenwerte. Für diese Aufträge gilt eine Reihe von Besonderheiten: Zum einen steht mit dem Einladungsverfahren eine zusätzliche Verfahrensart zur Verfügung, zum anderen sind die Anforderungen bezüglich Sprachen und Fristen flexibler. Zudem sind ausländische Anbieterinnen zu Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nur dann zugelassen, wenn ihr Sitzstaat Gegenrecht gewährt. Und schliesslich wird, trotz der Einführung eines Beschwerderechts für Beschaffungen im «Nicht-Staatsvertragsbereich», kein umfassender Rechtsschutz gegen Verfügungen der Auftraggeberinnen gewährt.

Der Einbezug weiterer Beschaffungsvorhaben in das binnenrechtliche Vergaberegime ist aus Gründen des Verfassungsrechts geboten. Insbesondere die Wirtschaftsfreiheit

und das Gebot der Wettbewerbsneutralität (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) verlangen ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Entsprechend sind bereits unter geltendem Recht Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs einer eingehenden vergaberechtlichen Ordnung unterstellt (3. Kapitel der VöB). Daran wird festgehalten, wobei diese Unterstellung nun stufengerecht im Gesetz erfolgt.

#### **Art. 4 Auftraggeberin**

Die subjektive Unterstellung erfolgt anhand der Legaldefinition der «Auftraggeberin». Im GPA 2012 ist die allgemeine Unterstellung für den Bund und die Kantone je unterschiedlich geregelt. Die kantonalen Beschaffungsbehörden sowie die Behörden auf Bezirks- und Gemeindeebene werden generell-abstrakt unterstellt.

##### *Abs. 1*

Massgebend für die Unterstellung der zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten des Bundes ist die *indikative Liste* in Annex 1 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012, die sich an den Anhängen I und II der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV)<sup>27</sup> orientiert. Während die Aufzählung der dem GPA 1994 unterstellten Verwaltungseinheiten abschliessend war<sup>28</sup>, lässt die exemplarische Liste im GPA 2012 Raum für Entwicklungen und Anpassungen. Unterstellt sind beispielsweise das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE), das Schweizerische Heilmittelinstitut (swissmedic), die Pensionskasse des Bundes (PUBLICA), die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), die Eidgenössische Alkoholverwaltung (EAV), aber auch die Eidgenössischen Technischen Hochschulen in Lausanne (EPFL) und Zürich (ETHZ), das Paul Scherrer Institut (PSI), Schweiz Tourismus (ST), die Schweizerische Exportrisikoversicherung (SERV) und der Swiss Investment Fund for Emerging Markets (SIFEM AG). Binnenverweise, d. h. Verweise von einem landesrechtlichen Erlass auf einen anderen – wie vorliegend auf das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG)<sup>29</sup> – sind immer gleitend. Da folglich für die Unterstellung jeweils die zum Zeitpunkt der Ausschreibung geltende Fassung der RVOV zu beachten ist (Bst. a), werden auch Behörden und Verwaltungseinheiten erfasst, die bis oder erst nach Inkrafttreten des Gesetzes entstehen und deshalb vorher noch nicht im Anhang zur RVOV aufgeführt sind.

Das Gesetz gilt – vorbehältlich spezialgesetzlicher Regelungen – nicht nur für die zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten, sondern auch für die rechtsetzenden oder –anwendenden Behörden (Bst. b bis d). Die Ausnahme für Militärgerichte (Bst. b) ergibt sich aus dem Umstand, dass diese Gerichte als militärische Formationen der Armee angehören und im Vergleich zu zivilen Gerichten nicht über feste Standorte und eine Verwaltung mit eigenem Einkauf verfügen, sondern ihre Leistungen über verschiedene Verwaltungseinheiten des Bundes beziehen. Dementsprechend sind andere, bereits unterstellte Vergabebehörden für die Beschaffungsbedürfnisse der Militärgerichte zuständig (z. B. die zentralen Beschaffungsstellen).

Obwohl keine entsprechende staatsvertragliche Pflicht besteht, sollen neu auch Empfänger und Empfängerinnen von Finanzhilfen des Bundes dem Bundesbeschaffungsrecht unterstellt werden (Bst. e). Diese werden jedoch nur zu öffentlichen Auftraggeberinnen gemäss VE-BöB, wenn sie Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen

<sup>27</sup> SR 172.010.1

<sup>28</sup> Vgl. BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008, E. 3.

<sup>29</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010.

beschaffen, die zu mehr als der Hälfte mit öffentlichen Geldern finanziert werden. Die IVöB kennt eine ähnliche Regelung, weshalb für Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 Prozent mit öffentlichen Geldern subventioniert sind, das kantonale Beschaffungsrecht anwendbar ist (Art. 4 Abs. 3 Bst. b E-IVöB). Um die Anwendung und insbesondere die Abgrenzung dieser Bestimmungen zu erleichtern, kommt die Unterstellung gemäss VE-BöB subsidiär, d.h. nur dann zum Zug, wenn die IVöB nicht anwendbar ist.

#### *Abs. 2*

Die Sektorenunterstellung im GPA und im BilatAbk erfolgt für den Bund und für die Kantone einheitlich. Während der öffentliche Verkehr in der Luft und auf Flüssen *per se* nicht unterstellt ist, findet das Gesetz auf sogenannte Verkehrsendeinrichtungen Anwendung (Bst. c und d). Dabei handelt es sich um Häfen, Flughäfen, Umschlagplätze, Terminals und ähnliche Einrichtungen, welche die Schnittstelle am Ende der jeweiligen Verkehrsverbindungen bilden.

Eine besondere Stellung nehmen die Postdienste ein. Dieser Bereich betrifft einzig die Bundesebene (GPA); das BilatAbk findet auf Unternehmen, die Postdienste erbringen, keine Anwendung. Im GPA 1994 waren die Postdienste bzw. war die Post noch im Annex 1 aufgelistet. Entsprechend wurden die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post (ursprünglich noch der PTT-Betriebe) dem Beschaffungsrecht unterstellt, soweit sie nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben (Art. 2 Abs. 1 Bst. d BöB). Diese Regelung war in der Praxis insbesondere mit Blick auf Beschaffungen für den Gesamtkonzern teilweise mit schwierigen Abgrenzungsfragen verbunden. So stellten sich gerade mit zunehmender Liberalisierung des Postmarktes (z. B. Paketpost) regelmässig Fragen zur Konkurrenzsituation. Im GPA 2012 sind nun die Unternehmen, die Postdienste erbringen, neu und beschränkt auf ihre Tätigkeiten aufgrund eines ausschliesslichen Rechts (reservierter Dienst) im Annex 3 (Sektorenunterstellung) aufgeführt. Folgerichtig und entsprechend der Systematik erfolgt ihre Unterstellung hier im Gesetz nun ebenfalls im Bereich der Sektorenauftraggeberinnen (Bst. e). Demnach sind Unternehmen, die Postdienste anbieten, nur dann und soweit dem Gesetz unterstellt, als sie einen reservierten Dienst gemäss Art. 18 Postgesetz (PG)<sup>30</sup> anbieten und für diese Tätigkeit Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauaufträge vergeben. Somit bleibt die Post bei Beschaffungen für den Monopolbereich (Beförderung von Briefen bis 50 g) wie bis anhin ausschreibungspflichtig. Zu denken ist etwa an den Kauf von Sortiermaschinen für leichte Briefe und Behältnisse für den Transport solcher Briefe. Will die Post jedoch z. B. Leistungen für die Paketpost einkaufen oder für den Konzern IT-Produkte oder IT-Dienstleistungen beschaffen, die nicht unmittelbar der Erbringung des reservierten Dienstes dienen, ist sie nicht Auftraggeberin im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Bst. e VE-BöB. Sollen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsaufträge unmittelbar der Erbringung von Postdiensten sowohl innerhalb wie ausserhalb des reservierten Dienstes dienen, so ist darauf abzustellen, für welche Postdienste die Beschaffung überwiegend eingesetzt wird.

Bst. f betrifft den Schienenverkehr: In diesem Sektor sind insbesondere die SBB, Unternehmen im überwiegenden Eigentum der SBB (wie die Alp Transit Gotthard AG) sowie andere Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter einem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen (z. B. Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG) dem Gesetz unterstellt. Faktischer Anknüpfungspunkt ist der Bau und der Betrieb von Schienen.

<sup>30</sup> Postgesetz vom 17. Dezember 2010, SR 783.0.

Nicht unmittelbar damit zusammenhängende Tätigkeiten der unterstellten Unternehmen sind ausgenommen. Für jede Beschaffung ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein unmittelbarer oder mittelbarer Zusammenhang zum Schienenverkehr besteht. Auch Anbieterinnen von Dienstleistungen des Schienenverkehrs unterstehen dem Beschaffungsrecht, sofern die in Frage stehenden Tätigkeiten unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben.<sup>31</sup> Ein unmittelbarer Bezug zum Bereich Verkehr ist namentlich beim Bau und Betrieb der Bahninfrastruktur, bei der Beschaffung und beim Unterhalt von Schienen und Rollmaterial, bei den klassischen Bahnhofsbereichen (Bahnhofshalle, Wartesaal, Schalterhalle, Ticketautomaten etc.) gegeben. Der unmittelbare Bezug fehlt aber z. B. im Bereich der kommerziellen Drittnutzung von Bahnteilen oder wenn die SBB Güter und Dienstleistungen für ihr Reisebüro RailAway einkauft.

Die Unterstellung des städtischen Nahschienenverkehrs gemäss GPA 2012 sowie die entsprechenden Schwellenwerte werden in der revidierten IVöB geregelt.

Die Sektorenunterstellung erfolgt unter dem Vorbehalt, dass in einem Tätigkeitsbereich kein Wettbewerb herrscht. Während das GPA 2012 den Begriff des «uneingeschränkten Wettbewerbs» verwendet und das BilatAbk darauf abstellt, ob andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Tätigkeiten «in demselben geografischen Gebiet zu den im Wesentlichen gleichen Bedingungen» anzubieten, wird hier in Übereinstimmung mit dem kartellrechtlichen Vokabular auf den «wirksamen Wettbewerb» abgestellt. Sind Sektorenauftraggeberinnen bei ihren Tätigkeiten dem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt, unterstehen sie nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht. Bei wirksamem Wettbewerb kann der Bundesrat Beschaffungen in diesem Markt ganz oder teilweise von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht befreien (Ausklinkverfahren gemäss Art. 7 VE-BöB).

Ob wirksamer Wettbewerb vorliegt oder nicht, ist anhand der indikativen Kriterien zu entscheiden, die der Ausschuss für das öffentliche Beschaffungswesen in Anwendung von Art. XIX:8 Bst. b GPA 2012 dereinst festlegen wird. Nicht förderlich für die Rechtssicherheit wäre, wenn künftig jede Auftraggeberin selbst entscheiden könnte, ob in ihrem jeweiligen Tätigkeitsbereich wirksamer Wettbewerb herrscht. Bei der Beurteilung der wettbewerbsrelevanten Aspekte nehmen die WEKO und das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr und Kommunikation (UVEK) eine zentrale Rolle ein: So konnte die Ausklinkung des Telekommunikationssektors im Jahr 2002 und des Güterschienenverkehrs auf der Normalspur im Jahr 2007 nur im Lichte eines vorgängigen Prüfberichts der WEKO beurteilt werden. Selbstverständlich werden der WEKO im Sinne einer Richtschnur die zukünftigen – zurzeit unter dem Vorsitz der EU in Verhandlung stehenden – indikativen Kriterien zur Verfügung gestellt. Am Erfordernis eines formellen Ausklinkverfahrens wird daher festgehalten. Sektorenauftraggeberinnen und Tätigkeiten, die schon nach bisherigem Recht von der Unterstellung befreit sind, bleiben dies weiterhin. Ein neues Ausklinkverfahren ist nicht nötig. *Abs. 3* entspricht Art. 2d VöB und dient der Klarstellung. Die beschaffungsrechtlichen Vorgaben gelten auch für Dritte, die stellvertretend oder im Auftrag einer Auftraggeberin beschaffen. Durch die Vorschaltung einer (zentralen) Beschaffungsstelle oder die Auslagerung dieser Arbeiten an Dritte kann das Gesetz nicht unterlaufen werden.

## **Art. 5                      Anwendbares Recht**

<sup>31</sup> Vgl. BKB 2003-021 vom 5. November 2003, E. 1 f.

Im Zusammenhang mit dem anwendbaren Recht stellt sich unter anderem die Frage von Ausschreibungen betreffend die Suche und Wahl von privaten Investoren, z. B. bei «Public Private Partnership» (PPP). PPP bezeichnet in der Regel die partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und privaten Wirtschaftsakteuren mit dem Ziel, öffentliche Aufgaben zu erfüllen.<sup>32</sup> Die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts auf PPP-Projekte ergibt sich nicht etwa aus Verfahren zur Finanzierung von Beschaffungen, sondern ist – insbesondere anhand der abzuschliessenden Verträge – fallweise zu beurteilen.<sup>33</sup> Da PPP-Projekte sehr vielfältige Formen annehmen können und der vorhandene Spielraum nicht unnötig eingegrenzt werden soll, wird auf eine gesetzliche Regelung verzichtet.

#### *Abs. 1 und 2*

Bereits das geltende Recht enthält in Art. 2c VöB und auf kantonaler Ebene in Art. 8 Abs. 3 und 4 IVöB Kollisionsregeln für gemeinsame Beschaffungen von Auftraggeberinnen gleicher oder verschiedener Stufen. Diese Regeln werden hier ergänzt und systematisch neu geordnet. In der Regel kommt das Recht am Sitz der Hauptauftraggeberin zur Anwendung. Wer Hauptauftraggeberin ist, bestimmt sich nach monetären Kriterien. Wird z. B. eine gemeinsame Beschaffung von Bund und Kantonen mehrheitlich mit kantonalen Geldern finanziert, ist kantonales Recht anwendbar.

#### *Abs. 3 und 4*

Die in Abs. 3 und 4 vorgesehene Rechtswahl der beteiligten Auftraggeberinnen dient der optimalen Ressourcennutzung. Beispiele für wahlberechtigte Unternehmen nach Abs. 3 sind: Flughafen Zürich AG, BLS AG oder Kernkraftwerk Leibstadt AG. Zwecks Rechtssicherheit sollte die Rechtswahl nicht von Fall zu Fall, sondern über eine gewisse Zeitspanne Bestand haben. Die Rechtswahl führt in keinem Fall dazu, dass eine Auftraggeberin oder deren Beschaffungen von der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht befreit werden. Die Verordnung regelt die Einzelheiten, z. B. die Bekanntmachung der Rechtswahl.

#### *Abs. 5*

Verschiedene Sektorenerlasse des Bundes enthalten spezifische Vorschriften zum anwendbaren Vergaberecht, so z. B. Art. 8 Bundesgesetz über die zukünftige Entwicklung der Bahninfrastruktur (ZEBG)<sup>34</sup>, Art. 38 f. Nationalstrassenverordnung (NSV)<sup>35</sup>, Art. 15 Abs. 2 Strukturverbesserungsverordnung (SVV)<sup>36</sup> oder Art. 3a Stromversorgungsgesetz (StromVG)<sup>37</sup> für die Konzessionsvergabe für Übertragungs- und Verteilnetze. Diese spezialgesetzlichen Kollisionsregeln gehen den allgemeinen Bestimmungen von Art. 5 VE-BöB vor.

## **Art. 6 Anbieterinnen**

### *Abs. 1*

Im Rahmen der völkerrechtlichen Verpflichtungen, namentlich der im GPA 2012, im BilatAbk und in beschaffungsrelevanten Abkommen mit Drittstaaten bewirkten

<sup>32</sup> Vgl. Verein PPP Schweiz, Allgemeine Fragen zum PPP-Modell. Abrufbar unter: [www.ppp-schweiz.ch/faq/](http://www.ppp-schweiz.ch/faq/) (Stand: 15. Januar 2015).

<sup>33</sup> Vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich, 2013. Rz. 270 ff.

<sup>34</sup> SR 742.140.2

<sup>35</sup> SR 725.111

<sup>36</sup> SR 913.1

<sup>37</sup> SR 734.7

Marktöffnung, wird ausländischen Anbieterinnen der rechtsgleiche Marktzutritt ermöglicht.

#### *Abs. 2*

Der Gegenrechtsvorbehalt in Abs. 2 entspricht der heutigen Regelung in Art. 4 BÖB. Der Marktzutritt reicht jeweils nur soweit, als gegenseitige Verpflichtungen eingegangen wurden. Die Gegen Ausnahme des Alpentransit-Gesetzes (AtraG)<sup>38</sup> bleibt wie unter geltendem Recht vorbehalten.

#### *Abs. 3*

Gegenrecht bedeutet vergleichbaren und effektiven Marktzutritt schweizerischer Anbieterinnen zu ausländischen Beschaffungsmärkten. Zur besseren Orientierung ist dem Bund (SECO) aufgetragen, eine indikative Liste der Staaten zu führen, die Gegenrecht gewähren. Diese Liste wird regelmässig aktualisiert und veröffentlicht. Sie führt insbesondere Länder auf, mit denen die Schweiz beschaffungsrechtliche Abkommen abgeschlossen hat. Diese Informationen werden sodann mit einem elektronischen Link zu den jeweiligen Abkommen und Anhängen verknüpft. Die Verordnung regelt die Einzelheiten.

### **Art. 7                    Befreiung der Sektorauftraggeberinnen**

#### *Abs. 1*

Das sogenannte Ausklinkverfahren bei wirksamem Wettbewerb zwischen den Auftraggeberinnen ist bereits unter dem geltenden Recht bekannt (Art. 2b VöB sowie Verordnung des UVEK über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungswesen). Es stand bisher nur für Auftraggeberinnen nach Art. 2a VöB bzw. Art. 4 Abs. 2 Bst. c<sup>bis</sup> IVöB, d. h. für nach dem BilatAbk unterstellte Auftraggeberinnen zur Verfügung. Mit Rücksicht auf die Anmerkung 2 zum Annex 3 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 soll das Ausklinkverfahren neu auf alle Sektorenmärkte erstreckt werden, soweit in diesen wirksamer Wettbewerb besteht. Dem Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) stehen Antrags- und Konsultationsrechte zu. Schon nach geltendem Recht von der Unterstellung befreite Sektorenmärkte und darin tätige Auftraggeberinnen bleiben dies, ohne dass es eines neuen Ausklinkverfahrens bedarf.

Die Anforderungen an die Ausklinkung sind für staatliche Behörden und öffentliche Sektorenunternehmen gemäss Annex 3 zum Anhang I zum GPA 2012 auf der einen und für Auftraggeberinnen nach Art. 3 BilatAbk auf der anderen Seite je gleich auszugestalten. Wird auf Antrag einer Auftraggeberin ein Tätigkeitsbereich von der Unterstellung befreit, so soll diese Befreiung auch für die anderen im entsprechenden Bereich tätigen Auftraggeberinnen gelten, selbst wenn sich diese nicht am Verfahren beteiligt haben (*erga omnes* Wirkung).

Die Befreiung von der Unterstellung tritt erst mit Abschluss des Verfahrens gemäss Art. XIX GPA 2012 ein. Dieses Verfahren sieht eine Notifikation der Vertragspartner sowie daran anschliessend ein Einwendungs- und Konsultationsverfahren vor. Können Differenzen nicht einvernehmlich ausgeräumt werden, kann jede Vertragspartei des GPA ein spezielles Schiedsgericht anrufen.

#### *Abs. 2 und 3*

<sup>38</sup> SR 742.104

Was unter «wirksamem Wettbewerb» zu verstehen ist, richtet sich nach der Praxis der WEKO. Der Bundesrat hat daher im Rahmen der Ausklinkung nebst den Kantonen und den betroffenen Wirtschaftskreisen die WEKO zu konsultieren. Dabei sind die indikativen Kriterien, die gestützt auf Art. XIX:8 Bst. b GPA 2012 im Beschaffungsausschuss der WTO in Erarbeitung sind, zu berücksichtigen.

Bei der Regelung des Verfahrens zur Befreiung von der Unterstellung hat der Bundesrat das InöB zu konsultieren.

## **2. Abschnitt            Objektiver Geltungsbereich**

Der Begriff des «öffentlichen Auftrags» definiert den objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts. Während das GPA 1994 den Begriff nicht umschrieb, sondern voraussetzte, findet sich in Art. II:2 GPA 2012 der Versuch einer Begriffsbestimmung. Danach ist das Übereinkommen anwendbar auf öffentliche Beschaffungen (i) von Waren, Dienstleistungen oder einer Kombination von beidem; (ii) die nicht im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf erworben werden; (iii) durch vertragliche Mittel (d. h. nicht auf dem Weg der Verstaatlichung oder Enteignung); (iv) soweit diese Leistungen nicht nach den jeweiligen Länderanhängen vom Geltungsbereich ausgeschlossen sind und (v) ihr Wert den Schwellenwert nach den Länderanhängen übersteigt.

Im Binnenrecht (BöB, VöB und IVöB/VRöB) wurde bisher auf eine Definition des öffentlichen Auftrags verzichtet. Die Rechtsprechung hat fallweise Kriterien für die objektive Unterstellung formuliert. Dies führte zu einer Rechtsunsicherheit, die beseitigt werden soll.

In Art. 2 Abs. 1 Ziff. 5 der Richtlinie 2014/24/EU<sup>39</sup> findet sich folgende Definition: «Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck «öffentliche Aufträge» zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einer oder mehreren öffentlichen Auftraggeberinnen schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen». Diese Definition vermischt die verschiedenen Auftragsarten mit der Grundfrage, wann überhaupt eine öffentliche Beschaffung vorliegt. Aus systematischen Gründen sind diese beiden Themen auseinander zu halten.

### **Art. 8                    Öffentlicher Auftrag**

#### *Abs. 1*

Eine öffentliche Beschaffung ist ein Geschäft, mit welchem sich die öffentliche Hand gegen Bezahlung die Sachmittel und Leistungen beschafft, die sie für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Die beschaffte Leistung muss es der öffentlichen Auftraggeberin ermöglichen oder erleichtern, eine ihr zugewiesene öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Öffentliche Auftraggeberinnen im Sinne dieses Gesetzes sind Verwaltungseinheiten, Behörden sowie Unternehmen, die eine Leistung beschaffen, eine öffentliche Aufgabe übertragen oder eine Konzession verleihen (vgl. Art. 4 VE-BöB). Im Rahmen der Erläuterungen werden bisweilen die Vergabe- und die Beschaffungsstelle als Synonym verwendet.

<sup>39</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. der EU L 094 vom 28. März 2014, S. 65.

Anstelle des Begriffs der «öffentlichen Beschaffung» oder des «Beschaffungsgeschäfts» wird im Einklang mit dem europäischen Recht meist vom «öffentlichen Auftrag» gesprochen. Dieser ist jedoch nicht deckungsgleich mit dem Auftrag im Obligationenrecht.

Erstes Begriffselement ist die *Erfüllung einer staatlichen Aufgabe*. Staatliche Aufgaben sind all jene Aufgaben, die der Staat aufgrund eines Rechtssatzes zu erfüllen hat. Sie reichen von polizeilichen Aufgaben bis zur Daseinsvorsorge und dem Umweltschutz. Demgegenüber fallen Aufgaben, die rein privaten Interessen dienen, nicht in den Geltungsbereich des Beschaffungsrechts.<sup>40</sup> Eine Besonderheit und in manchen Fällen verwandt mit der Public Private Partnership bilden Sponsoringverträge. Ob und gegebenenfalls wie Sponsoringverträge als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren sind, ist wie bei der Public Private Partnership anhand des konkreten Vertragsinhalts zu beurteilen. Dabei ist neben dem Merkmal, dass eine öffentliche Aufgabe verfolgt wird, auch zu prüfen, ob durch die beabsichtigte Transaktion in den Anbieterwettbewerb eingegriffen wird und welche anderen (spezialgesetzlichen) Bestimmungen das Auswahlermessen der Behörde eingrenzen.

Nur *entgeltliche Verträge* unterstehen dem Gesetz. Dies ist nach zwei Seiten hin zu präzisieren: Zum einen ist es nicht erforderlich, dass die Gegenleistung regelmässig in Form von Geld erfolgt. Auch geldwerte Vorteile (wie die Möglichkeit, ein ausschliessliches Recht zu nutzen) fallen unter die Legaldefinition. Zum anderen muss die (geldwerte) Gegenleistung nicht notwendigerweise von der Auftraggeberin erbracht werden. Auch das seitens Dritter erhaltene Entgelt, das in direktem Zusammenhang zum öffentlichen Auftrag steht, erfüllt die Anforderung der Entgeltlichkeit.

Immer muss indessen ein *Austauschverhältnis* (Synallagma) vorliegen, in welchem die öffentliche Auftraggeberin als Abnehmerin der Leistung auftritt. Einseitige Verträge wie Schenkungen oder unvollkommen zweiseitige Verträge wie eine Gebrauchsleihe stellen keine öffentlichen Aufträge dar.

Schliesslich kann nur dann von einem öffentlichen Auftrag gesprochen werden, wenn die Auftraggeberin die *charakteristische Leistung beschafft*, nicht aber, wenn sie diese zur Verfügung stellt. Charakteristisch ist immer diejenige Leistung, die (mit Geld oder geldwerten Vorteilen) entgolten wird. Nicht erforderlich ist, dass die öffentliche Auftraggeberin die so beschaffte charakteristische Leistung auch selber nutzt. Die Nutzung durch Dritte (Begünstigte der staatlichen Aufgabe) ändert nichts an der Qualifikation als öffentlicher Auftrag. Vereinfacht gesagt handelt es sich bei öffentlichen Beschaffungen um «Einkäufe des Staates».

Während das Unionsrecht die Schriftform des Beschaffungsvertrags vorschreibt, wird im Rahmen der Definition auf dieses Kriterium verzichtet. Aus Beweisgründen sind öffentliche Aufträge jedoch regelmässig schriftlich abzuschliessen (so auch Art. 29 Abs. 1 VöB).

*Abs. 2*

Die Frage, ob auch Vergaben von Konzessionen dem Beschaffungsrecht zu unterstellen sind, ist komplex und wird kontrovers diskutiert. Im Gegensatz zu «Baukonzessionen» – welche namentlich in der EU und den EFTA-Staaten (ausser der Schweiz und Korea) unterstellt sind – werden sogenannte «Dienstleistungskonzessionen» weder vom GPA 1994 noch vom GPA 2012 erfasst. Es besteht somit im Lichte der völker-

<sup>40</sup> Statt vieler: Urteil des BGer 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012.

rechtlichen Verpflichtungen der Schweiz keine Verpflichtung, die Vergabe von Konzessionen zu unterstellen. Falls die Schweiz eines Tages Baukonzessionen einführen sollte, müsste die Vergabe gegenüber den genannten Staaten Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung sein (gemäss Anhang 6 der jeweiligen GPA-Verpflichtung verfügt die Schweiz bereits explizit über ein Gegenrecht).

Konzessionen sind vielgestaltig – *die* Konzession gibt es nicht. Die Unterstellung unter das Beschaffungsrecht erfolgt immer dann, wenn eine staatliche Aufgabe infrage steht. Dabei spielt es keine Rolle, ob gesetzliche Monopole oder ganz einfach Aufgaben übertragen und z. B. durch Abgeltungen (nicht jedoch Finanzhilfen gemäss Subventionsgesetz<sup>41</sup>) oder auf andere Weise entschädigt werden, die dem Staat vorbehalten sind. Damit sind nicht irgendwelche diffuse öffentliche Interessen angesprochen, sondern Bereiche, in denen den Staat eine Erfüllungsverantwortung trifft. Als Beispiele mögen Politikbereiche wie die Polizei, d. h. der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, die Gesundheits- oder die Sozialpolitik dienen. Ist der Staat etwa von Gesetzes wegen gehalten, Arbeitslosen die Wiedereingliederung in das Erwerbsleben zu erleichtern (durch sog. arbeitsmarktrechtliche Massnahmen) und lässt er diese Aufgabe durch Dritte erbringen und aus den Mitteln der Arbeitslosenversicherung finanzieren, dann ist die Übertragung dieser staatlichen Aufgabe öffentlich nach den Regeln des Beschaffungsrechts auszuschreiben. Dies erlaubt einen Wettbewerb unter den Anbieterinnen solcher Leistungen und sichert einen wirtschaftlichen Umgang mit den Geldern der Arbeitslosenversicherung.

Konzessionen, die nicht im Zusammenhang mit staatlichen Aufgaben stehen (z. B. Sondernutzungskonzessionen) werden nicht erfasst. Für Kantone und Gemeinden gilt in diesem Zusammenhang weiterhin die Ausschreibepflicht nach Art. 2 Abs. 7 BGBM. Auch bei Monopolkonzessionen und Konzessionen öffentlicher Dienste bietet das Beschaffungsrecht mit seinem Fokus auf Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit nicht in allen Fällen den passenden Rahmen für die Konzessionsvergabe. Spezialgesetzliche Regeln gehen daher vor und werden vorbehalten (vgl. z. B. Art. 3a StromVG<sup>42</sup> und Art. 38 ff. WRG<sup>43</sup>). So kennt zum Beispiel Art. 6 des Eisenbahngesetzes<sup>44</sup> für die Infrastrukturkonzessionen keine Ausschreibungspflicht. Auch das Personenbeförderungsgesetz<sup>45</sup> kennt keine allgemeine Ausschreibungspflicht. Auszuschreiben sind Angebote auf der Strasse (Art. 32 Abs. 1 PBG); solche auf der Schiene *können* ausgeschrieben werden (Art. 32 Abs. 3 PBG). Wo eine Ausschreibung erfolgt, werden schon heute die Ausschreibungsverfahren mit dem Verfahren zur Erteilung oder Erneuerung der Konzession koordiniert. Der Vergabeentscheid aus dem Ausschreibungsverfahren sowie die Erteilung oder Erneuerung der Konzession sind Teil derselben Verfügung (Art. 32b PBG). Weitere Bereiche, die vom Beschaffungsrecht ausgenommen bleiben, finden sich im Fernmelderecht. Dies betrifft einerseits die Erteilung einer Funkkonzession gemäss Art. 24 FMG<sup>46</sup> und andererseits die Übertragung der Verwaltung und Zuteilung bestimmter Adressierungselemente auf Dritte gemäss Art. 28 Abs. 2 FMG. Mit der vorliegenden Revision des Beschaffungsrechts sind, soweit notwendig, auch die spezialgesetzlichen Ausnahmen explizit zu regeln (vgl. Art. 63 VE-BöB).

41 Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen, SR **616.1**.

42 Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung, SR **734.7**.

43 Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, SR **721.80**.

44 Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, SR **742.101**.

45 Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung, SR **745.1**.

46 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, SR **784.10**.

## **Art. 9 Auftragsarten**

### *Abs. 1*

Öffentliche Aufträge gemäss diesem Gesetz sind Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge sowie gemischte Aufträge. Diese Gliederung wird bereits im BÖB sowie in der IVöB und in den VRöB verwendet. Im geltenden BÖB wird die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge schon im Zweckartikel erwähnt. Welche konkreten Leistungen Gegenstand von Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen im Staatsvertragsbereich sein können, ergibt sich aus den Anhängen 1, 2 und 3 des Gesetzes (Abs. 3). Werden in einem Auftrag Bau- und Dienstleistungen kombiniert, wie dies bei Total- oder Generalunternehmerverträgen der Fall ist, ist der gesamte öffentliche Auftrag als Bauleistung zu qualifizieren.

### *Abs. 2*

Unter gemischten Leistungen sind öffentliche Aufträge zu verstehen, welche sich aus verschiedenen Auftragsarten gemäss Art. 9 VE-BöB zusammensetzen. Dies ist bei IT-Projektverträgen regelmässig der Fall. Die Zuordnung gemischter Leistungen ist für die Bestimmung des Schwellenwerts (vgl. Art. 10 VE-BöB) relevant. Entsprechend der von der Rechtsprechung entwickelten Schwergewichtstheorie soll sich auch hier bei einer gemischten Leistung die vergaberechtliche Natur des Gesamtgeschäfts nach der in finanzieller Hinsicht überwiegenden Teilleistung richten.<sup>47</sup> Als Pendant zum Zerstückelungsverbot in Art. 17 Abs. 2 VE-BöB wird hier ein Misch- und Bündelungsverbot statuiert. So ist es beispielsweise nicht zulässig, im Schatten der nach Art. 12 VE-BöB vom Beschaffungsrecht ausgenommenen Tatbestände weitere – unterstellte – Dienstleistungen und Güter zu beschaffen, wenn dadurch das Gesetz umgangen wird. Eine rechtswidrige Absicht der Auftraggeberin wird nicht vorausgesetzt.

### *Abs. 3*

Im Staatsvertragsbereich unterstehen diesem Gesetz die Aufträge nach Massgabe der Anhänge 1 bis 3, wobei Anhang 1 die Positivliste für das Material für Verteidigung und Sicherheit enthält. Anhang 1 Bst. a erfasst nicht nur militärische, sondern auch andere mit der Sicherheit beauftragte Auftraggeberinnen (z. B. Grenzwaache, Zollbehörden) und unterstellt sämtliche Güter, die nicht von solchen Auftraggeberinnen beschafft werden, dem Gesetz. Anhang 2 enthält die Positivliste für Dienstleistungen und Anhang 3 die Positivliste für Bauleistungen. Diese Anhänge entsprechen den Anhängen 4, 5 und 6 des Anhangs I (Schweiz) zum GPA 2012.

In den Staatsvertragsbereich fallen ausschliesslich die in der Positivliste abschliessend genannten Dienstleistungskategorien. Während beispielsweise Informatikdienstleistungen (CPC Klassifikation 84) unterstellt sind, trifft dies auf den Personalverleih (CPC Klassifikation 872) nicht zu – selbst wenn er im Informatikbereich erfolgt.<sup>48</sup> Die nicht aufgeführten Dienstleistungen sind daher nach Massgabe der Vorschriften für Vergaben ausserhalb des Staatsvertragsbereichs auszuschreiben. Während der Rechtsmittelweg für diese Beschaffungen nach geltendem Recht nicht offen steht<sup>49</sup>, soll künftig auch bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Rechtsschutz

<sup>47</sup> Vgl. BRK 1997-015 (VPB 63.15), E. 1d; BRK 2001-007 (VPB 66.5), E. 2a; BRK 2003-025 vom 16. Dezember 2003, E. 1; BRK 2005-004 vom 11. August 2005, E. 2a/bb; BVGer B-5084/2007 vom 28. Oktober 2008, E. 1.2; BVGer B-1773/2008 vom 25. September 2008, E. 4.3; BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010, E. 1.3.

<sup>48</sup> Vgl. BVGer B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, E. 5.2 ff.

<sup>49</sup> Vgl. BVGer B-3060/2010 vom 27. August 2010, E. 3.7.

gewährt werden. Voraussetzung für diesen Rechtsschutz in Form eines einfachen und raschen Verfahrens ist ein Auftragswert ab 150 000 Franken.

## **Art. 10                    Schwellenwerte**

### *Abs. 1*

Die Schwellenwerte des Staatsvertragsbereichs sind in Annex 1, 2 und 3 (Sektoren) zum Anhang I der Schweiz zum GPA 2012, in Art. 3 Abs. 4 BilatAbk sowie in den Anhängen der marktzugangsrelevanten Abkommen mit Drittstaaten enthalten. Die Schwellenwerte werden künftig in einer neuen Verordnung über die Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (Schwellenwertverordnung, SWV) publiziert. Diese wird die bisherige Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen<sup>50</sup> ersetzen und gibt – analog zum Anhang der IVöB – einen Überblick über die für die Wahl des jeweiligen Beschaffungsverfahrens einschlägigen Schwellenwerte.

Während es den Vertragsstaaten erlaubt ist, tiefere Schwellenwerte vorzusehen, dürfen sie ihre Schwellenwerte nicht über die staatsvertraglichen Vorgaben hinaus erhöhen. Das Gesetz findet – mit den in den jeweiligen Bestimmungen enthaltenen Einschränkungen – auch auf unterschwellige Beschaffungen Anwendung, wobei dort zusätzliche Verfahren (Art. 22 VE-BöB: Einladungsverfahren) zur Verfügung stehen und nicht umfassend Rechtsschutz gewährt wird.

### *Abs. 2*

Da die Schwellenwerte des GPA sowie die Freihandelsabkommen mit Drittstaaten in Sonderziehungsrechten (SZR) und die Schwellenwerte des BilatAbk in Euro ausgedrückt sind, unterliegen die Werte in Schweizer Franken einer periodischen Anpassung. Massgebend für die Umrechnung ist die entsprechende Entscheidung des WTO-Ausschusses über das öffentliche Beschaffungswesen. Die Schwellenwerte werden daher nicht auf Gesetzesstufe wiedergegeben. Das WBF passt sie periodisch, d. h. alle zwei Jahre, den veränderten Wechselkursen an. Die Anpassung der Schwellenwerte erfolgt nach vorgängiger Konsultation der Kantone sowie mit dem Einverständnis des EFD.

### *Abs. 3 und 4*

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich dem geltenden Art. 14 VöB. Im Staatsvertragsbereich ist für die Ermittlung des Auftragswerts bei einem Bauwerk jeweils der Gesamtwert aller Bauleistungen (Hoch- und Tiefbau) massgebend. Bei Lieferungen und Dienstleistungen im Staatsvertragsbereich sowie bei sämtlichen Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist hingegen der jeweilige Wert des einzelnen Auftrags entscheidend. Die sogenannte Bagatellklausel, eine spezielle Bauwerkregel im Staatsvertragsbereich, hat sich in der Praxis etabliert. Sie bedeutet eine Erleichterung für die Vergabe von Bauaufträgen, die je einzeln den Wert von zwei Millionen Franken nicht erreichen und zusammengerechnet 20 Prozent des Werts des gesamten Bauwerks nicht überschreiten.

## **Art. 11                    Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs**

<sup>50</sup> SR 172.056.12

Art. 6 Abs. 3 BilatAbk dehnt die Grundsätze der Inländerbehandlung und Nicht-Diskriminierung mittelbar auf den Bereich unterhalb der massgeblichen staatsvertraglichen Schwellenwerte aus. Im Gegensatz zu den Beschaffungen der subzentralen Auftraggeberinnen (Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben) bleibt die subjektive Unterstellung auf der Stufe Bund im Staatsvertragsbereich und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (mit Ausnahme der Empfängerinnen von Bundessubventionen, Art. 4 Abs. 1 Bst. e VE-BöB) dieselbe. Demgegenüber erweitert das Gesetz den Begriff der unterstellten Aufträge (sogenannte objektive Unterstellung) nach drei Seiten hin:

*Bst. a:* Erstens werden Aufträge auch unterhalb der staatsvertraglichen Schwellenwerte auf Gesetzesstufe erfasst (bisher im 3. Kapitel der VöB). Bereits ab einem Auftragswert von 150 000 Franken sollen öffentliche Aufträge in einem Einladungsverfahren vergeben werden. Art. 11 Bst. a VE-BöB führt nicht zur Öffnung oder Erweiterung des subjektiven Geltungsbereichs nach Art. 4 VE-BöB. Zweitens erfolgt eine Erweiterung hinsichtlich der erfassten Auftragsarten: Während das Staatsvertragsrecht bei den militärischen Gütern sowie den Dienst- und Bauleistungen mit Positivlisten operiert, erfasst das Binnenrecht alle Arten öffentlicher Aufträge, unabhängig von deren Klassifikation.

*Bst. b und c:* Drittens sollen auch Beschaffungen in den Bereichen Landesverteidigung und Sicherheit (Bst. b), die vom Geltungsbereich des GPA 2012 ausgenommen sind, einer vergaberechtlichen Ordnung unterstellt werden. Der in Bst. b definierte umfassende Rüstungsbegriff ist in direktem Zusammenhang mit Anhang 1 des Gesetzes zu sehen. Für die Definition des Begriffs Kriegsmaterial kann auf das Kriegsmaterialgesetz (vgl. Art. 5 KMG)<sup>51</sup> zurückgegriffen werden.<sup>52</sup>

Ebenfalls unterstellt werden Aufträge für die internationale Entwicklungs- und Ostzusammenarbeit, Förderung des Friedens und der menschlichen Sicherheit (Bst. c), soweit diese Leistungen nicht nach Art. 12 vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind.

*Bst. d:* Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs liegt auch die Beschaffung von Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen durch Empfängerinnen von Finanzhilfen des Bundes, sofern diese Beschaffungen überwiegend mit öffentlichen Geldern getätigt werden.

## **Art. 12                      Ausnahmen**

Diese Bestimmung sieht einen Katalog von Leistungen vor, die vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind (wobei zumindest bei einigen Leistungen eine freiwillige Unterstellung denkbar ist). Es handelt sich dabei um eine abschliessende Aufzählung. Alle Ausnahmen sind bereits im Staatsvertragsrecht enthalten oder ergeben sich aus einem Vorbehalt der Schweiz anlässlich ihres Beitritts zum Staatsvertrag. Die folgende Aufzählung lehnt sich an den Katalog der Ausnahmen in Art. II:3 GPA 2012 an, wobei die Formulierungen der bisher geltenden Art. 3 BöB und Art. 10 IVöB nach Möglichkeit beibehalten werden.

*Abs. 1 Bst. a bis h*

Diese Liste führt die Ausnahmen von Art. II:2 GPA 2012 und die Aufzählung in Art. II:3 GPA 2012 ins nationale Recht ein.

<sup>51</sup> SR 514.51

<sup>52</sup> BRK 2003-004 vom 27. März 2003, E. 3 f.

Der Ausnahmetatbestand von Bst. c bezieht sich primär auf die Erteilung von Finanzhilfen (vgl. Art. 3 Abs. 1 Subventionsgesetz). Diese geldwerten Vorteile dienen einzig der Förderung oder dem Erhalt einer vom Empfänger gewählten Aufgabe<sup>53</sup> und sind vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen.

*Bst. f:* Stellt eine öffentliche Auftraggeberin Personal ein, handelt es sich nicht um einen öffentlichen Auftrag. Dies gilt auch für Arbeitsverhältnisse, welche sich nach dem OR richten. Wird zum Erbringen der Leistungen Personal im Sinne des Personalverleihs beigezogen, ist dies dem revidierten Gesetz grundsätzlich unterstellt. Da der Personalverleih nicht durch die in Anhang 2 aufgeführten Dienstleistungskategorien erfasst wird, fällt er nicht in den Staatsvertragsbereich und ist nach den Bestimmungen über die Vergabe von Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs zu behandeln. Rechtsschutz besteht ab einem Auftragswert von 150 000 Franken (Art. 54 VE-BöB).

*Bst. g:* Wird ein Staat vor einem nationalen oder internationalen Schieds- oder sonstigem Gericht oder einer Schlichtungsbehörde eingeklagt, bedarf er zu seiner Verteidigung in der Regel externer Ressourcen. Zu denken ist beispielsweise an Investitionsschutzstreitigkeiten, Klagen vor dem Internationalen Gerichtshof in Den Haag, Streitschlichtungsverfahren im Rahmen der WTO und analoge Verfahren unter den Freihandelsabkommen. Bei manchen Verfahren, insbesondere solchen nach Investitionsschutzabkommen, läuft vorab eine sogenannte «cooling off»-Periode von in der Regel 12 Monaten. Die Nicht-Anwendung eines Vergabeverfahrens wegen Dringlichkeit fällt in solchen Konstellationen ausser Betracht und ein Vertretungsmandat müsste ausgeschrieben werden, wenn das Gesetz keine Ausnahmeklausel enthält. Gegen eine Ausschreibung bzw. für eine Ausnahme sprechen Gründe wie die Prozesstaktik, die Fristenwahrung und das besondere Vertrauensverhältnis, das durch den Beizug einer Anwältin oder eines Anwalts gegründet wird. Noch bevor eine Ausschreibung stattfinden kann, müsste in den genannten Verfahren anwaltlicher Rat beigezogen werden, schon nur, um dann das Mandat korrekt auszuschreiben. Die hierfür beigezogene Kanzlei könnte sich dann aber wegen Vorbefassung nicht mehr für das Hauptmandat bewerben. Die Vorbefassung durch Vorab-Information aller potenziellen Anbieterinnen zu neutralisieren, würde wiederum der Prozesstaktik zuwiderlaufen. Im Ergebnis müsste genau jene Person bzw. Kanzlei für das Vertretungsmandat ausscheiden, zu der bereits ein besonderes Vertrauensverhältnis aufgebaut wurde. Dies wäre nicht im Interesse der beklagten Partei.

Auch Art. 10 Bst. d) i) und ii) der Richtlinie 2014/24/EU sieht eine analoge Ausnahmeklausel vor. Diese Klausel steht mit der Positivliste nach Annex 5 zum GPA («Beratungsdienstleistungen auf dem Gebiet des Rechts des Herkunftslandes und des Völkerrechts, Teil von CPC 861») in Einklang. Mit dem Vertretungsmandat «zusammenhängende Dienstleistungen» sind insbesondere Dokumentations- und Übersetzungsdienstleistungen sowie Expertenmandate.

*Bst. h:* Beschaffungen für Massnahmen der internationalen humanitären Nothilfe und im Bereich Agrar- und Ernährungshilfe sind nicht dem Gesetz unterstellt, wenn das Element der Kurzfristigkeit vorliegt (erster Tatbestand). Ausgenommen wäre beispielsweise die Beschaffung von Nothilfematerial sowie Nahrungs- und Arzneimitteln für die überlebenden Opfer nach einem Erdbeben oder einer Überschwemmung. Im Rahmen der Vorsorge und Planung bleibt das Beschaffungsrecht hingegen anwendbar (z. B. Rahmenverträge, aufgrund derer die Leistung im Notfall abgerufen

<sup>53</sup> Vgl. BRK 1999-010 vom 26. Februar 2000, E. 1b.

werden kann). Im Bereich der internationalen Zusammenarbeit schliesst die Schweiz mit den Empfängerstaaten wenn möglich internationale Abkommen über die gemeinsam durchzuführenden Projekte. Die Vertragsparteien einigen sich in diesen Abkommen auch darüber, wie respektive nach welchen Grundsätzen Beschaffungen im Hinblick auf die Umsetzung der Projekte durchgeführt werden sollen (zweiter Tatbestand). Dasselbe gilt für die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen respektive wenn die Schweiz Aufträge vergibt im Rahmen von international koordinierten Aktionen (dritter Tatbestand). Die Massnahmen der internationalen Zusammenarbeit bezwecken unter anderem die Förderung der lokalen Kapazitäten inklusive des Privatsektors (vgl. z. B. Art. 5 und 6 Bundesgesetz vom 19. März 1976 über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe<sup>54</sup>). Um dieses Ziel zu erreichen, können die zuständigen Bundesämter lokale Ausschreibungen mit auf lokale Anbieterinnen beschränktem Anbieterkreis im Empfängerstaat durchführen. Dies soll auch möglich sein, wenn beispielsweise aus politischen Gründen kein internationales Abkommen mit dem Empfängerstaat abgeschlossen werden kann (vgl. zweiter Tatbestand). Als äquivalent im Sinne des vierten Tatbestands gilt ein Verfahren, wenn dadurch ein wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Gelder gewährleistet wird und die Grundsätze des Beschaffungsrechts beachtet werden. Aufgrund des Transparenzgebots ist bei Beschaffungen, welche nach Bst. h vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind, ein interner Bericht zu verfassen. «Intern» ist so zu verstehen, dass der Bericht nicht aktiv veröffentlicht werden muss; eine allfällige Publikation liegt im Ermessen der Auftraggeberin.

#### *Abs. 2*

Diese Regelung entspricht dem geltenden Recht (Art. 3 Abs. 2 BöB, Art. 10 Abs. 2 IVöB). Der Wettbewerbsgedanke soll vor übergeordneten Zielen wie dem Schutz des Lebens oder der öffentlichen Sicherheit zurücktreten. Neben den polizeilichen Schutzinteressen werden auch private Rechtspositionen erwähnt, die dem Vergaberecht vorgehen. Im Gegensatz zu Abs. 1 steht die Ausschreibung dieser Beschaffungsvorhaben im pflichtgemässen Ermessen der Auftraggeberin.

#### *Abs. 3*

In dieser Bestimmung werden vier Fälle nicht unterstellter Beschaffungen behandelt: Monopole, Instate-, Inhouse- und Quasi-Inhouse-Beschaffungen. Für die Sektorenunternehmen sind diese Ausnahmen vom Geltungsbereich (die zur Nichtanwendung des Beschaffungsrechts insgesamt führen) im Lichte der Notes relatives zum Annex 4 zum Anhang I (Schweiz) zum GPA 1994 sowie in Übereinstimmung mit Anhang VIII zum BilatAbk auszulegen und anzuwenden.

*Bst. a:* Nach Ziffer 1 B.2 des Annex 7 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 ist die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen ausgenommen, wenn diese nur von einer einzigen Anbieterin, die über ein ausschliessliches Recht (Monopol) verfügt, erbracht werden können. Als Beispiel mag die Beschaffung von Trinkwasser dienen. In solchen Fällen dürfte regelmässig auch eine freihändige Vergabe nach Massgabe von Art. XIII:1 Bst. b GPA 2012 zulässig sein.

*Bst. b:* Die «Instate»-Ausnahme bedeutet, dass eine Beschaffung zwischen (unterstellten) Auftraggeberinnen nicht öffentlich ausgeschrieben werden muss. Es besteht eine Nähe zum Postulat der «einmaligen Ausschreibung». Diese Ausnahme ist bereits in

<sup>54</sup> SR 974.0

Ziff. I B.1 des Annex 7 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 vorgesehen. Das EU-Recht ist in diesem Punkt strenger.<sup>55</sup>

Keine Rolle spielt, ob die rechtlich selbstständige Auftraggeberin, welche die in Frage stehende Leistung erbringen soll, dem Beschaffungsrecht am Ort ihres Sitzes oder dem Bundesrecht unterstellt ist. Voraussetzung für den Wegfall der Ausschreibungspflicht ist, dass der Wettbewerb nicht verfälscht wird. Entsprechend gibt es beispielsweise keinen Freipass für Auftraggeberinnen, generell und ohne Ausschreibung einer Institution des ETH-Bereichs oder kantonalen Universitäten Aufträge für Gutachten oder Produktprüfungen zu erteilen, soweit diese Leistungen im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen erbracht werden. Die Beurteilung, ob eine Leistung im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen erbracht wird, ist im Einzelfall vorzunehmen.

*Bst. c:* Eine «Beschaffung» erfolgt dann «inhouse», wenn die Leistung durch eigene Ressourcen der Auftraggeberin erbracht wird, diese somit auf den Beizug Dritter verzichtet («Make»-Entscheid). Derartige Aufträge müssen nicht ausgeschrieben werden.

*Bst. d:* Schwieriger waren in der Vergangenheit Leistungen zu beurteilen, die von ausgelagerten, unter öffentlichem Einfluss stehenden Anbieterinnen erbracht wurden. Als Beispiele mögen die RUAG AG oder auch die kantonal kontrollierten IT-Anbieterinnen Abraxas AG und Bedag AG dienen. Für solche Konstellationen hat die Lehre eine Übernahme der vom EuGH entwickelten Kriterien empfohlen. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung ist der «Teckal»-Entscheid.<sup>56</sup> Bst. d kodifiziert die wesentlichen Entscheidungsgründe dieser Praxis. Allerdings erfolgt eine autonome, GPA-konforme und nicht notwendigerweise dynamische Kodifikation der Teckal-Praxis.

Hinsichtlich der Kontrollanforderungen wird sich die Praxis an der indikativen Kriterienliste orientieren, die der Beschaffungsausschuss der WTO in Anwendung von Art. XIX:8 Bst. b GPA 2012 verabschieden wird. In Übereinstimmung mit der Note 2 relative zum Annex 4 zum GPA 1994 ist eine Anbieterin im Wesentlichen für eine (Sektoren-)Auftraggeberin tätig, wenn sie 80 Prozent oder mehr der Leistungen in einem bestimmten Markt für diese Auftraggeberin erbringt (ebenso die Note 2 zum Anhang VI zum BilatAbk).

### **3. Kapitel                    Allgemeine Grundsätze**

#### **Art. 13                        Verfahrensgrundsätze**

Art. IV GPA 2012 enthält einen Abschnitt über die Grundsätze, die bei öffentlichen Auftragsvergaben einzuhalten sind. Zu diesen Grundsätzen gehören die Nichtdiskriminierung bzw. die Inländerbehandlung, 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 staatsvertraglichen Vorgaben finden sich in verschiedenen Bestimmungen des Binnenrechts wieder, unter anderem in Art. 8 BöB, Art. 6 und 7 VöB sowie Art. 11 IVöB. Mit der Revisionsvorlage sollen diese Grundsätze in einer Bestimmung zusammengeführt werden. Das in Art. IV:6 GPA 2012 verankerte Verbot von Kompensationsgeschäften ist auf Leistungen im Staatsvertragsbereich direkt anwendbar.

Jede Beschaffung kann unterschiedliche Anforderungen an das Beschaffungsverfahren stellen. Das Gesetz lässt (im Rahmen des *numerus clausus* der Verfahrensarten)

<sup>55</sup> Vgl. Urteil des EuGH C-159/11 vom 19. Dezember 2012.

<sup>56</sup> Vgl. Urteil des EuGH C-107/98 vom 18. November 1999.

hinreichend Spielraum, um die Gestaltung des Verfahrens an die jeweilige Beschaffung anzupassen. Diese Gestaltungsfreiheit wird von den Verfahrensgrundsätzen eingegrenzt. Auch bei diesen besteht Gleichwertigkeit. Die Reihenfolge der Aufzählung bedeutet keine Prioritätsordnung, die Grundsätze sind allesamt zu beachten.

*Bst. a:* Von den allgemeinen Zielen im Zweckartikel sind die Grundsätze des Verfahrens zu unterscheiden. Während Art. 1 VE-BöB die Ziele und den Zweck des Beschaffungsrechts generell festhält, befasst sich Art. 13 mit den Anforderungen an das Vergabeverfahren. Diese Grundsätze – Transparenz, Objektivität und Unparteilichkeit – stehen im Dienst der übergeordneten Ziele.

*Bst. b:* Korrupte Praktiken stehen nicht nur im Widerspruch zu den Grundprinzipien des Vergaberechts, sie verursachen auch erhebliche volkswirtschaftliche Kosten. Gemäss einer Pressemitteilung<sup>57</sup> der Europäischen Kommission vom 6. Juni 2011 werden allein in den Ländern der EU die durch Korruption entstandenen Kosten auf rund 120 Milliarden Euro pro Jahr veranschlagt. Die Vermeidung von Korruption und Interessenskonflikten stellt eines der Kernanliegen der GPA-Revision dar. Es wird bereits in der Präambel des GPA 2012 thematisiert und findet in Art. IV:4 eine eingehende Regelung. Im EU-Recht sind parallele Bestrebungen im Gange, die Korruptionsbekämpfung zu verstärken und einen zusätzlichen Schutz gegen Korruptionsrisiken zu bieten.

Grundlage der internationalen Bemühungen zur Korruptionsbekämpfung bildet das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption<sup>58</sup>, das am 24. Oktober 2009 für die Schweiz in Kraft trat. Art. 9 des Übereinkommens betrifft das öffentliche Beschaffungswesen. Demgemäss soll jeder Vertragsstaat die erforderlichen Massnahmen treffen, um geeignete Systeme für das Beschaffungswesen einzurichten, die auf Transparenz, Wettbewerb und objektiven Entscheidungskriterien beruhen und unter anderem bei der Verhütung von Korruption wirksam sind.

Bereits seit dem 30. Juli 2000 für die Schweiz in Kraft steht die OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung<sup>59</sup>, welche dazu verpflichtet, die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr unter Strafe zu stellen. Zudem hat die OECD im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eine Empfehlung zur Antikorruptionsprävention ausgearbeitet, wonach einem Unternehmen der Zugang zu öffentlichen Beschaffungsverfahren in der Schweiz verwehrt bleiben soll, wenn es der Korruption im In- oder Ausland überführt wurde. Gestützt darauf wird namentlich vorgeschlagen, dass eine Auftraggeberin eine der Korruption überführte Anbieterin aus einem Beschaffungsverfahren ausschliessen bzw. den Zuschlag an diese widerrufen kann (vgl. Art. 46 Bst. h VE-BöB).

*Bst. c:* Das Gebot der Gleichbehandlung von in- und ausländischen Anbieterinnen gilt (unter dem Vorbehalt von Art. 6 Abs. 3 BilatAbk) nur im Staatsvertragsbereich. Zum einen sind ausländische Anbieterinnen gleich zu behandeln wie inländische (und umgekehrt), zum andern muss auch die Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Anbieterinnen jeweils unter sich gewährleistet sein. Der Grundsatz der Inländerbehandlung schliesst eine Vergabe aufgrund protektionistischer Motive aus. So ist es z. B. nicht zulässig, die Herkunft eines gewissen Produkts oder die Tatsache, dass

<sup>57</sup> Abrufbar unter: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-678\\_de.htm?locale=en#footnote-1](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-678_de.htm?locale=en#footnote-1) (Stand: 23. Januar 2014).

<sup>58</sup> Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31. Oktober 2003, SR **0.311.56**.

<sup>59</sup> Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17. Dezember 1997, SR **0.311.21**.

der Sitz einer Anbieterin in der Nähe liegt oder eine Anbieterin eine gewisse wirtschaftliche und fiskalische Bedeutung für eine Region hat, bei Beschaffungen des Bundes zu berücksichtigen.<sup>60</sup> Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist auch dann verletzt, wenn eine Auftraggeberin einzig *einer* Anbieterin die Gelegenheit bietet, ihr Angebot anzupassen.<sup>61</sup> Grundsätzlich ist festzuhalten, dass das Gleichbehandlungsgebot über die Gleichstellung inländischer und ausländischer Anbieterinnen sowie die Vermeidung von Protektionismus hinausgeht. So ist z. B. auch zu vermeiden, dass eine Anbieterin einen Informationsvorsprung erlangt; lässt sich dies nicht vermeiden, ist der Informationsvorsprung möglichst auszugleichen.

*Bst. d:* Anbieterinnen haben Anspruch auf Schutz ihrer Daten und Geschäftsgeheimnisse. Werden diese Daten nicht konsequent geschützt, kann sich kein funktionierender Anbieterwettbewerb einstellen. Mangelnde Transparenz kann zu Korruption und Misswirtschaft führen, hingegen kann zu grosse Transparenz abgestimmte Verhaltensweisen begünstigen und sich antikompetitiv auswirken.

## **Art. 14 Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen**

### *Abs. 1 und 2*

Während Sozialstandards auf der einen und die Grundsätze der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung auf der anderen Seite in einem Spannungsverhältnis stehen, hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die Einhaltung minimaler Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung zwischen Frau und Mann für einen funktionierenden Wettbewerb unverzichtbar sind. Im Inland sind insbesondere die Bestimmungen des Obligationenrechts, des Arbeitsgesetzes (ArG)<sup>62</sup> und seiner Ausführungsverordnungen beachtlich. Darüber hinaus sind auch die Bestimmungen von Gesamt- und Normalarbeitsverträgen sowie, wo solche Instrumente fehlen, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten. Das missbräuchliche Unterbieten der Arbeitsbedingungen, die Verletzung der Arbeitsschutzbestimmungen und die ungleiche Behandlung zwischen Frau und Mann dürfen nicht durch die Vergabe öffentlicher Aufträge belohnt werden.

Im Sinne der Harmonisierung zwischen Bundes- und kantonalem Recht wird vorgeschlagen, vom bisher in Art. 8 Abs. 1 Bst. b BöB für Bundesbeschaffungen statuierten Leistungsortsprinzip teilweise abzuweichen und das Recht an die für die Kantone geltenden Grundsätze aus dem BGBM anzugleichen: Während ausländische Anbieterinnen, welche eine Leistung in der Schweiz erbringen, den am Leistungsort geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen weiterhin genügen müssen, werden die Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz neu mindestens diejenigen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten, die an ihrem Sitz- oder Niederlassungsort Geltung haben. Daraus dürfte gesamthaft keine Diskriminierung von ausländischen gegenüber inländischen Anbieterinnen entstehen. Denn je nach lokal geltenden Mindestbedingungen (z. B. Mindestlöhne in nicht allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen) wird die ausländische Anbieterin gegenüber der inländischen Anbieterin einmal eher einen Vorteil geniessen (wenn z. B. die inländische Anbieterin von einem Ort mit höheren Mindestlöhnen

<sup>60</sup> BRK 11/97 vom 4. Dezember 1997, E. 2.

<sup>61</sup> BRK 2005-002 vom 30. Mai 2005, E. 4c.

<sup>62</sup> Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11.

stammt, als sie am Leistungsort gelten) und einmal eher benachteiligt sein (im umgekehrten Fall).

Die Einhaltung minimaler Arbeits- und Sozialstandards hat aufgrund von Missständen in Produktionsbetrieben in den vergangenen Jahren Beachtung gefunden. Während sich das GPA 2012 nicht explizit mit dieser Frage befasst, gehört die Berücksichtigung minimaler Arbeitsstandards schon lange zum Acquis sowohl der Schweiz als auch der EU. Bereits heute entspricht es der Praxis des Bundes und der Kantone, bei innerschweizerischen Vergaben die Einhaltung der inländischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen und bei internationalen Vergaben mindestens die Einhaltung der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zu verlangen. Kernübereinkommen der ILO sind:

- Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit<sup>63</sup>
- Übereinkommen Nr. 87 vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes<sup>64</sup>
- Übereinkommen Nr. 98 vom 1. Juli 1949 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen<sup>65</sup>
- Übereinkommen Nr. 100 vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit<sup>66</sup>
- Übereinkommen Nr. 105 vom 25. Juni 1957 über die Abschaffung der Zwangsarbeit<sup>67</sup>
- Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf<sup>68</sup>
- Übereinkommen Nr. 138 vom 26. Juni 1973 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung<sup>69</sup>
- Übereinkommen Nr. 182 vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit<sup>70</sup>

Die acht Kernübereinkommen sind in Anhang 4 VE-BöB aufgelistet. Eine grosse Mehrheit der 185 ILO-Vertragsstaaten, inklusive Schweiz, hat sämtliche ILO-Kernübereinkommen ratifiziert. Weiter sind gemäss der ILO-Erklärung von 1998 über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit alle Mitgliedstaaten verpflichtet, allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der ILO die grundlegenden Rechte, die Gegenstand der acht Kernübereinkommen sind, in gutem Glauben und gemäss der Verfassung einzuhalten, zu fördern und zu verwirklichen.

63 SR 0.822.713.9

64 SR 0.822.719.7

65 SR 0.822.719.9

66 SR 0.822.720.0

67 SR 0.822.720.5

68 SR 0.822.721.1

69 SR 0.822.723.8

70 SR 0.822.728.2

In Bezug auf die Anbieterinnen aus EU-/EFTA-Staaten gilt das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA)<sup>71</sup>, das in Art. 22 Abs. 2 Anhang I auf die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen<sup>72</sup> Bezug nimmt. Darin garantieren die Mitgliedstaaten allen entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbare Recht die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gemäss Art. 3 der Richtlinie. Gemäss Art. 16 Abs. 1 und 2 FZA trifft die Schweiz alle erforderlichen Massnahmen, damit gleichwertige Rechte und Pflichten wie in der Richtlinie Anwendung finden. Soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird auch die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens berücksichtigt (Art. 16 Abs. 2 FZA).

#### *Abs. 3*

Auf Verlangen haben Anbieterinnen nachzuweisen, dass sie die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frau und Mann einhalten. Die Auftraggeberin kann die Einhaltung der Minimalstandards entweder selber überwachen oder durch Dritte überwachen lassen. Durch geeignete Abreden in den Beschaffungsverträgen, insbesondere durch Konventionalstrafen, soll abweichendes Verhalten sanktioniert werden. Absatz 3 umfasst auch die Einhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten gemäss dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA)<sup>73</sup>, insbesondere im Bereich des Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellensteuerrechts. Dies ist notwendig, weil die Schwarzarbeit neu einen Tatbestand für den Ausschluss oder Widerruf (Art. 46 Bst. i VE-BöB) darstellt. Folglich muss die Auftraggeberin die Einhaltung dieser Pflichten kontrollieren lassen können.

#### *Abs. 4*

Der Informationsaustausch zwischen der Auftraggeberin und den diversen Kontrollorganen des Arbeitsmarkts sowie den spezialgesetzlichen Behörden wird in Absatz 4 geregelt. Damit die Auftraggeberin die in Art. 47 VE-BöB vorgesehenen Sanktionen anwenden kann, müssen sie und die zuständigen Organe und Behörden die notwendigen Informationen austauschen können, z. B. über das Vorliegen eines Verstosses gegen die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen. Kontrollorgane sind insbesondere:

- Kontrollorgane gemäss Art. 4 BGSA
- Behörden nach Art. 11 BGSA, insbesondere in den Bereichen Sozialversicherungs-, Quellensteuer- und Ausländerrecht
- Paritätische Vollzugsorgane im Sinn von Art. 3 Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen<sup>74</sup>

<sup>71</sup> **SR 0.142.112.681**

<sup>72</sup> Richtlinie 96/71/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996, ABl. Nr. L 18, 1997, S. 1 in der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens geltenden Fassung.

<sup>73</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, **SR 822.41**.

<sup>74</sup> Bundesgesetz vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen, **SR 221.215.311**.

- Tripartite Kommissionen im Sinne von Art. 360b OR
- Kantonale Vollzugsbehörden im Sinne von Art. 41 ArG
- Durchführungsorgane im Sinne von Art. 85 Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG)<sup>75</sup> sowie
- Gleichstellungsbüros.

## **Art. 15                      Ausstand**

### *Abs. 1*

Anbieterinnen haben Anspruch auf die Beurteilung ihrer Angebote durch eine unabhängige Behörde. Die *Ausstandsregeln des allgemeinen Verfahrensrechts* gelten grundsätzlich auch für die öffentlichen Auftraggeberinnen. Sie greifen nach bisheriger Praxis bereits dann, wenn der blosser Anschein einer Befangenheit oder die blosser Gefahr einer Interessenkollision besteht (Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG<sup>76</sup>). Das Zusammentreffen verschiedener Umstände, die für sich allein genommen keinen genügenden Intensitätsgrad für eine Ausstandspflicht aufweisen, kann ebenfalls zur begründeten Besorgnis der Befangenheit führen. Zudem können insbesondere wirtschaftliche Interessen, in Form wirtschaftlicher Beziehungsnähe (z. B. eines Arbeitsverhältnisses, von Beteiligungen) oder im Rahmen eines Konkurrenzverhältnisses, den Anschein von Befangenheit wecken, wobei objektive Gründe auf eine gewisse Intensität hindeuten müssen. Ausstands begründende Umstände liegen umso eher vor, je intensiver und aktueller die Beziehungsnähe ist.<sup>77</sup> Kontakte der Auftraggeberin zu Lieferanten im Rahmen bestehender Vertragsbeziehungen erreichen diese Intensität in aller Regel nicht.

Es gilt jedoch zu verhindern, dass die Anforderungen betreffend Ausstand überspannt werden, etwa gerade mit Blick auf die relativ kleinen Anbietermärkte im hoch spezialisierten IT-Bereich. Deshalb kann die oben erläuterte Praxis zur Unabhängigkeit des verfassungsmässigen Richters nicht ohne Weiteres auf den Beschaffungsvorgang übertragen werden. So lassen sich beispielsweise personelle Wechsel zwischen Anbieterinnen und öffentlichen Auftraggeberinnen nicht ausschliessen. Die Bundesverwaltung beschäftigt z. B. im IT-Bereich Mitarbeitende, bei denen es wahrscheinlich ist, dass sie bei einer potenziellen Anbieterin tätig gewesen sind. Und Kontakte in Fachgremien sind je nach Umständen positiv zu bewerten, da sie die Fach- und Branchenkompetenz der Auftraggeberin schärfen. Die Unabhängigkeit ist daher nicht abstrakt, sondern immer vor dem Hintergrund der Aufgaben und Funktionen des Beschaffungsrechts zu beurteilen. In anderen Worten ist im Unterschied zu Art. 10 VwVG ein blosser Anschein der Befangenheit nicht ausreichend, sondern die Befangenheit muss sich konkret auswirken.

Bst. e ist ein Auffangtatbestand. Aus Praktikabilitätsüberlegungen und um Doppelspurigkeiten zu vermeiden bleibt der Nachweis vorbehalten, dass die Umstände, welche die Unabhängigkeit in Frage stellen (z. B. Nachbarschaft zwischen Personen auf Seiten der Auftraggeberin und auf Seiten der Anbieterin), für den Ausgang des Verfahrens nicht relevant wurden.

### *Abs. 2 und 3*

<sup>75</sup> Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung, SR **832.20**.

<sup>76</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, SR **172.021**.

<sup>77</sup> Vgl. BVGer B-4852/2012 vom 15. November 2012, E. 4 ff.

Mit einer Befangenheitsrüge kann nicht bis zum Zuschlag zugewartet werden. Vielmehr muss eine Anbieterin dieses Begehren vorbringen, sobald sie Kenntnis von Tatsachen erlangt, die eine Befangenheit als wahrscheinlich erscheinen lassen. Die Auftraggeberin entscheidet über das Begehren durch einen Zwischenentscheid, wobei die als befangen gerügte Person bei diesem Entscheid nicht mitwirkt. Der Grundsatz, wonach eine Anbieterin angebliche Unregelmässigkeiten unmittelbar nach verlässlicher Kenntnisnahme rügen muss, gilt für das gesamte Vergabeverfahren. Eine Anbieterin kann daher auch bei anderen Rechtsverstössen nicht mit einer Rüge zuwarten, bis der Zuschlag an eine Wettbewerberin geht. Vielmehr trifft sie eine unmittelbare Rügeobliegenheit, deren Missachtung zum Verlust des Beschwerderechts führen kann.

## **Art. 16**                      **Vorbefassung**

### *Abs. 1*

Diese Bestimmung entspricht dem bisher geltenden Art. 21a Abs. 1 VöB. Die Regelung der Vorbefassung findet ihre Grundlage im Gleichbehandlungsgebot<sup>78</sup> sowie im Gebot der Wettbewerbsförderung und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel. Nach der Praxis des Bundesgerichts liegt eine Vorbefassung vor, wenn eine Anbieterin bei der Vorbereitung eines Beschaffungsverfahrens mitgewirkt hat, beispielsweise durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Auftraggeberin über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes.<sup>79</sup> Nur eine sogenannte *qualifizierte Vorbefassung* kann zum Verbot der Teilnahme am Beschaffungsverfahren führen. Diese Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbieterinnen nur geringfügig ist oder wenn die Mitwirkung der vorbefassten Anbieterin bei der Vorbereitung des Beschaffungsverfahrens nur untergeordneter Natur ist, zudem auch, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbieterinnen erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung der vorbefassten Anbieterin sowie deren Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbieterinnen zwecks Herstellung von Transparenz offen gelegt wird.<sup>80</sup>

Der Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtet die Auftraggeberin, keiner Anbieterin Vorteile einzuräumen, die deren Konkurrentinnen nicht erhalten. Wird der durch die Vorbefassung entstandene Wettbewerbsvorteil ausgeglichen, darf die Auftraggeberin auf den Ausschluss der vorbefassten Anbieterin verzichten (diese hat jedoch keinen Anspruch auf Ausgleich des Wettbewerbsvorteils). Es liegt im Ermessen der Auftraggeberin zu entscheiden, ob sie im konkreten Einzelfall hinreichend Zeit und die notwendigen Mittel hat, den durch die Vorbefassung entstandenen Wettbewerbsvorteil auszugleichen. Gleicht die Auftraggeberin den Wettbewerbsvorteil einer vorbefassten Anbieterin nicht aus, muss diese vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden. Nur ausnahmsweise, d. h. wenn der Ausschluss dazu führen würde, dass kein wirksamer Wettbewerb mehr bestände (z. B. wenn für die geplante Beschaffung nur noch eine potenzielle Anbieterin übrig bliebe), darf die Auftraggeberin die vorbefasste Anbieterin trotz des Wettbewerbsvorteils weiterhin im Verfahren belassen.

### *Abs. 2*

<sup>78</sup> Vgl. BRK 2006-004 vom 26. Juni 2006, E. 2.

<sup>79</sup> Vgl. Urteil des BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005, E. 3.1.

<sup>80</sup> Vgl. BRK B-4621/2008 vom 6. Oktober 2006, E. 5.2 f.

Eine Vorbefassung einzelner Anbieterinnen lässt sich nicht immer vermeiden. Massgebend ist in diesem Zusammenhang, dass die Auftraggeberin die speziellen Kenntnisse der vorbefassten Anbieterin auch den anderen Bewerbern zugänglich macht, um so die Chancengleichheit zu wahren. Was regelmässig vorkommt, jedoch nicht eine Vorbefassung im beschaffungsrechtlichen Sinn darstellt, sind beispielsweise Daueraufträge, die periodisch neu ausgeschrieben werden. Dort bringt es die Natur der Sache mit sich, dass eine bereits mit den Leistungen befasste Anbieterin über einen Informationsvorsprung verfügt. Es widerspräche dem Gleichbehandlungsprinzip, die bisherigen Leistungserbringer generell von periodisch neu auszuschreibenden Leistungen auszuschliessen.<sup>81</sup> Es empfiehlt sich jedoch, hier nach Möglichkeit den Informationsvorsprung ebenfalls auszugleichen.

Dem Ausgleich der Informationsasymmetrien kommt somit ebenso grosses Gewicht zu wie deren Vermeidung. Abs. 2 entspricht weitgehend dem bisherigen Art. 21a Abs. 2 VöB und zählt exemplarisch Möglichkeiten auf, wie die Auftraggeberin den Wettbewerbsvorteil einer vorbefassten Anbieterin ausgleichen kann: Das Transparenzgebot verlangt nicht nur eine Anzeige von Informationsasymmetrien, sondern auch eine Offenlegung aller relevanten Informationen mit dem Ziel, dass sämtliche Anbieterinnen über gleich lange Spiesse verfügen (Bst. a). Die Ausgleichsmassnahme «Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten» (Bst. b) stellt gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts für sich allein noch kein Mittel zum Ausgleich eines Wettbewerbsvorteils dar.<sup>82</sup> Hingegen ist die Verlängerung der Mindestfristen (Bst. c) ein grundsätzlich geeignetes Mittel, um den Informationsrückstand wettzumachen und damit den Wettbewerbsvorteil auszugleichen.<sup>83</sup>

#### *Abs. 3*

Eine öffentliche Ausschreibung dient der Beschaffung von Leistungen, nicht der Marktabklärung. Die Auftraggeberin ist gehalten, sich *vor* der Ausschreibung ein Bild über die auf dem Markt angebotenen Lösungen zu verschaffen. Zu diesem Zweck kann es erforderlich sein, eine Marktabklärung durch einen unabhängigen Dritten durchführen zu lassen. Solange die Resultate dieser Erkundungen in den Ausschreibungsunterlagen reflektiert werden, führen solche Marktabklärungen nicht zur Vorbefassung der im Vorfeld der Ausschreibung allenfalls kontaktierten Anbieterinnen.

### **Art. 17 Bestimmung des Auftragswerts**

Die Bestimmung entspricht weitgehend der bisherigen Regelung in Art. 14a, 15 und 15a VöB. Für die verschiedenen Auftragsarten gelten je verschiedene Schwellenwerte. Diese sind in den Verpflichtungslisten der internationalen Beschaffungsabkommen verankert. Die Umrechnungskurse zu den Sonderziehungsrechten des GPA<sup>84</sup> und der Freihandelsabkommen mit Drittstaaten sowie zu den Euro-Beträgen der Schwellenwerte des BilatAbk können der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen entnommen werden.

#### *Abs. 1*

<sup>81</sup> Vgl. BRK B-4621/2008 vom 6. Oktober 2006, E. 5.5.

<sup>82</sup> Vgl. BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2011, E. 5.

<sup>83</sup> Vgl. BVGer B-1358/2013 vom 23. Juli 2013.

<sup>84</sup> Abrufbar unter: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/thresh\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/thresh_e.htm) (Stand: 8. Mai 2014).

Der erste Absatz befasst sich mit der Bestimmung des Auftragswerts. Ob der massgebende Schwellenwert erreicht wird oder nicht, beurteilt sich nach einer pflichtgemässen Schätzung der Auftraggeberin, die auf eigenen Kenntnissen und spezifischen Marktabklärungen basiert. Es empfiehlt sich grosszügig zu kalkulieren. Stellt sich nach Eingang der Angebote heraus, dass ein höherstufiges Verfahren hätte angewendet werden müssen (z. B. offenes anstatt Einladungs- oder freihändiges Verfahren), ist das Verfahren abzubrechen.

#### *Abs. 2*

Bei mehreren gleichartigen Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen und insbesondere bei Aufteilungen in Lose bestimmt sich der Auftragswert nach dem kumulierten Gesamtwert,<sup>85</sup> da ein öffentlicher Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt werden darf, die Anwendbarkeit dieses Gesetzes zu umgehen. Das sogenannte Zerstückelungsverbot ist bereits im geltenden Recht verankert (Art. 7 Abs. 1 BöB); es bildet ein Kernstück des Vergaberechts (Art. II:6 GPA 2012). Eine unzulässige Aufteilung setzt nicht eine rechtswidrige Absicht der öffentlichen Auftraggeberin voraus; die objektive Folge, dass im Ergebnis die Schwellenwerte unterlaufen werden, ist ausreichend.

#### *Abs. 3 und 4*

Massgebend ist jeweils die Gesamtheit der ausgeschriebenen Leistungen und Vergütungen, sofern zwischen diesen ein enger rechtlicher oder sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher liegt z. B. vor, wenn die Leistungen vernünftigerweise im Geschäftsverkehr nicht unabhängig voneinander beschafft werden, insbesondere, wenn sie demselben Zweck dienen, von derselben Person erbracht werden sollen oder wenn die Aufteilung der Verantwortlichkeiten unerwünscht ist.<sup>86</sup> Nebst Verlängerungsoptionen sind auch mengenmässige Optionen in die Bestimmung des Auftragswerts einzubeziehen.

#### *Abs. 5*

Bei Dauerverträgen ist vorab zu unterscheiden, ob eine bestimmte oder unbestimmte Laufzeit vereinbart ist. Der Auftragswert von Verträgen mit fester Laufzeit entspricht der kumulierten Vergütung während der vereinbarten Vertragsdauer, auch wenn eine vorzeitige Kündigung unter Umständen vertraglich vorbehalten wird. Die Auftraggeberin soll nur in Ausnahmefällen eine Vertragsdauer von mehr als vier Jahren vereinbaren und hat die Ausnahme zu begründen. Es handelt sich hierbei um eine rein verwaltungsinterne Anweisung, die nicht justiziabel ist. Verträge über längere Zeiträume sind insbesondere dann verhältnismässig, wenn betriebswirtschaftliche Gründe, wie das Bedürfnis nach Investitionsschutz oder die Berücksichtigung von Produktlebenszyklen eine längere Dauer und damit eine massvolle Beschränkung des Marktzugangs rechtfertigen. So erfordern zum Beispiel die Wartung und der Betrieb von IT-Systemen, die aus Gründen der Wirtschaftlichkeit oft über eine lange Zeit abgeschlossen werden, längerfristige Dauerverträge. Ob eine Vertragsdauer von mehr als vier Jahren und die damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkung während dieser Zeit gerechtfertigt erscheinen, gilt es im Einzelfall zu prüfen. Für die Verlängerung bereits bestehender Verträge gelten grundsätzlich dieselben Bedingungen, wobei die Verlängerung eines bereits bestehenden Vertrags strenger zu beurteilen wäre als das Eingehen eines neuen Vertrags.

<sup>85</sup> Vgl. BRK 2003-021 vom 5. November 2003, E. 1.

<sup>86</sup> Vgl. Erläuternder Bericht des EFD vom 1. Januar 2010, S. 9, abrufbar unter: [www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17793.pdf](http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17793.pdf) (Stand: 2. April 2014).

*Abs. 6*

Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit ist die geschätzte monatliche Vergütung mit 48 zu multiplizieren. Grundsätzlich sind Verträge mit unbestimmter Laufzeit nicht so auszugestalten, dass andere Anbieterinnen unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden.

## **Art. 18                      Einsichtsrecht**

*Abs. 1*

Diese Bestimmung übernimmt die Regelung von Art. 5 Abs. 1 VöB, wonach die Anbieterin bei fehlendem Wettbewerb (namentlich bei freihändigen Vergaben) ein Einsichtsrecht in ihre Preiskalkulation zu gewähren hat. Neu ist keine separate Vereinbarung zwischen der Auftraggeberin und der Anbieterin mehr erforderlich; das Einsichtsrecht gilt direkt gestützt auf das Gesetz. Es soll sicherstellen, dass Leistungen abseits vom Wettbewerbsdruck zu wirtschaftlichen Bedingungen eingekauft werden können. Stellt sich im Rahmen der Überprüfung heraus, dass der vereinbarte Preis unangemessen ist, wird die Pflicht zur Rückerstattung oder künftigen Preisreduktion mittels einer selbstständig anfechtbaren Verfügung (Art. 55 Abs. 1 Bst. h VE-BöB) durchgesetzt. Nicht möglich ist es hingegen, aufgrund des Resultats der Überprüfung den Preis zu erhöhen. Die Einzelheiten sind in der entsprechenden Richtlinie des EFD<sup>87</sup> geregelt. Verletzt eine Anbieterin ihre Pflichten im Zusammenhang mit der behördlichen Einsicht, droht ihr ein bis zu fünfjähriger Ausschluss von künftigen Beschaffungsverfahren (Art. 47 Abs. 1 VE-BöB).

*Abs. 2* entspricht der heutigen Praxis. Es handelt sich um einen Akt der Amtshilfe.

*Abs. 3* ermächtigt den Bundesrat, Ausnahmen zum Einsichtsrecht gemäss Abs. 1 sowie weitere Einzelheiten wie die Preisprüfung zu regeln (Art. 17 und 18 VE-VöB).

## **4. Kapitel                      Vergabeverfahren**

### **Art. 19                      Verfahrensarten**

*Abs. 1 und 2*

Wie bis anhin besteht auch künftig eine feste Anzahl zulässiger Verfahren: Offenes und selektives Verfahren (Abs. 1) sowie Einladungs- und freihändiges Verfahren (Abs. 2). Neubildungen oder Mischformen sind nicht erlaubt. Dies bedeutet indessen nicht, dass die idealtypischen Verfahrensarten nicht mit ausschreibungsspezifischen Elementen ergänzt werden dürfen. Grenze und Bedingung bildet der Grundsatz, dass jederzeit erkennbar bleiben muss, welches gesetzlich vorgesehene Verfahren zur Anwendung gelangt. Die typenbestimmenden Elemente des Verfahrens müssen jederzeit kenntlich bleiben. Ebenso müssen sich die Spezifika an den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Gleichbehandlung und Transparenz messen lassen.

Soweit sie nicht vom Gesetz vorgegeben ist, steht die Wahl des Verfahrens der Auftraggeberin zu. Sie darf stets ein höherrangiges Verfahren wählen (d. h. offenes oder selektives Verfahren statt Einladungsverfahren; Einladungsverfahren statt Freihandverfahren), auch wenn das Gesetz nur eine einfachere Verfahrensform verlangt.

<sup>87</sup> Richtlinie des EFD vom 28. Dezember 2009 über die Vereinbarung des Einsichtsrechts bei Beschaffungen des Bundes.

Ebenso entscheidet sie zwischen offenem und selektivem Verfahren nach praktischen Gesichtspunkten, insbesondere mit Rücksicht auf die Komplexität der zu beschaffenden Leistungen und die Anzahl der zu erwartenden Angebote. Das Freihandverfahren, bei dem ein Zuschlag direkt und ohne vorgehende Ausschreibung erfolgt, steht nur in bestimmten Ausnahmesituationen sowie bei Beschaffungen bis 150 000 Franken zur Verfügung.

## **Art. 20                    Offenes Verfahren**

### *Abs. 1 und 2*

Das offene Verfahren ist die «Mutter aller Vergabeverfahren». Beim offenen Verfahren werden Leistungen direkt ausgeschrieben. Eine Vorselektion der Anbieterinnen erfolgt nicht. Sämtliche interessierten Anbieterinnen reichen ihre Angebote direkt ein. Ungeeignete Anbieterinnen können von der Auftraggeberin entweder mit einem selbstständig anfechtbaren Entscheid vom Verfahren ausgeschlossen (Art. 55 Abs. 1 Bst. f VE-BöB) oder beim Zuschlagsentscheid nicht berücksichtigt werden.

Sowohl das offene als auch das nachstehend beschriebene selektive Verfahren gewährleisten den vollen Marktzugang. Die Auftraggeberin kann frei zwischen den beiden Verfahrensarten wählen. Bei beiden Verfahren ist es möglich, die Angebotsfrist (nicht aber die Teilnahmefrist) zu verkürzen (Art. 49 VE-BöB).

## **Art. 21                    Selektives Verfahren**

### *Abs. 1 und 2*

Das selektive Verfahren beginnt ebenfalls mit einer öffentlichen Ausschreibung. Interessierte Anbieterinnen müssen zuerst ihre Teilnahme am Verfahren beantragen.

### *Abs. 3 und 4*

Die Auftraggeberin prüft die Eignung der Anbieterinnen, die einen Antrag auf Teilnahme am Verfahren gestellt haben. Während die Wahl der zugelassenen Anbieterinnen beim Einladungsverfahren im (pflichtgemässen) Ermessen der Auftraggeberin liegt, wird beim selektiven Verfahren die Zahl der Bewerberinnen in einer strukturierten Eignungsprüfung reduziert. Der Eignungsentscheid (Präqualifikation) ist selbstständig anfechtbar (Art. 55 Abs. 1 Bst. b VE-BöB). Nur präqualifizierte Anbieterinnen werden eingeladen, eine Offerte einzureichen.

Sofern der wirksame Wettbewerb gewährleistet bleibt, besteht im selektiven Verfahren zusätzlich zur vorgezogenen Eignungsprüfung die Möglichkeit, die Anzahl derjenigen, die eine Offerte einreichen dürfen, aus Effizienzgründen zu beschränken. Dabei unterliegt die Auftraggeberin gemäss Rechtsprechung einer doppelten Pflicht: Einerseits muss die Notwendigkeit der Begrenzung der Anbieterzahl sachlich begründet sein. Andererseits sind bereits bei der Ausschreibung die Absicht, die Anzahl der Anbieterinnen zu begrenzen, sowie die maximal zugelassene Anbieterzahl bekannt zu geben.<sup>88</sup>

## **Art. 22                    Einladungsverfahren**

### *Abs. 1 und 2*

<sup>88</sup> Vgl. BRK 003/98 vom 8. Oktober 1998 (VPB 65.41), E. 4 f.

Das Einladungsverfahren ist im Völkerrecht nicht vorgesehen; es findet ausserhalb des Staatsvertragsbereichs unter Beachtung der dort geltenden Schwellenwerte Anwendung: Gemäss aktuellem Recht ist das Einladungsverfahren bei der Beschaffung von Waren bei einem Auftragswert ab 50 000 Franken vorgeschrieben. In der neuen Schwellenwertverordnung wird dieser Schwellenwert demjenigen für Dienstleistungen und Bauleistungen angeglichen, womit das Freihandverfahren bis zu einem Auftragswert von 150 000 Franken zulässig ist. Das Einladungsverfahren ist damit anwendbar für die Beschaffung sämtlicher Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen ab 150 000 Franken bis zur Höhe der international festgelegten Schwellenwerte. Abs. 2 entspricht dem geltenden Recht (Art. 35 Abs. 3 Bst. g und h VöB).

*Abs. 3*

Da Beschaffungen von Waffen, Munition und Kriegsmaterial nach Art. 11 VE-BöB vom Staatsvertragsbereich ausgenommen sind, können sie ohne summenmässige Begrenzung im Einladungsverfahren erfolgen.

*Abs. 4 und 5*

Die Wahl bzw. Beschränkung der zugelassenen Anbieterinnen beim Einladungsverfahren liegt im Ermessen der Auftraggeberin. Diese Regelung entspricht dem geltenden Art. 35 Abs. 1 VöB. Um einen minimalen Wettbewerb zu garantieren, sollten mindestens drei Angebote eingeholt werden. Diese Voraussetzung ist in der Praxis erfüllt, wenn wenigstens drei Anbieterinnen angefragt werden, es müssen nicht auch so viele Angebote eingehen. Die Verordnung regelt die Einzelheiten.

Minimalfristen im Einladungsverfahren werden angesichts der Bemühungen um die Beschleunigung von Beschaffungsverfahren nicht vorgesehen. Ausserdem wird in der Praxis bei Standardprodukten (z. B. Schreibutensilien), bei denen Anbieterinnen auf ihre (allenfalls rabattierten) Preislisten zurückgreifen können, oft lediglich eine Angebotsfrist von wenigen Tagen eingeräumt. Diese Möglichkeit soll nicht unnötig eingeschränkt werden. Der weitere Verfahrensgang entspricht demjenigen beim offenen und selektiven Verfahren.

## **Art. 23                      Freihändiges Verfahren**

Die freihändige Vergabe war bereits in Art. XV GPA 1994 vorgesehen, sie ist es ebenso im Unionsrecht (Art. 32 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 50 der Richtlinie 2014/25/EU) sowie in Art. 16 BöB. Wie das GPA 1994 enthält auch der Ingress zu Art. XIII GPA 2012 (Freihändige Vergabe) den Vorbehalt, dass die Auftraggeberinnen solche Verfahren nicht mit der Absicht anwenden dürfen, den Wettbewerb unter den Anbieterinnen zu verhindern oder Anbieterinnen eines anderen Vertragsstaats zu diskriminieren.

*Abs. 1*

Beim freihändigen Verfahren (auch Freihandvergabe oder Freihandverfahren genannt) vergibt die Auftraggeberin den Beschaffungsauftrag direkt und ohne Ausschreibung einer Anbieterin. Die Auftraggeberin tritt also direkt mit einer Anbieterin in Verhandlungen, ohne vorab eine Ausschreibung durchzuführen. Entsprechend handelt es sich bei der freihändigen Vergabe nicht um ein mit dem offenen oder selektiven Verfahren gleichwertiges Instrument, da nicht begriffsnotwendig ein Wettbewerb zwischen den Anbieterinnen stattfindet. Die Grundsätze des Vergaberechts – Wirtschaftlichkeit, Transparenz, Wettbewerb – kommen nur in abgeschwächter Form zum Tragen.

## *Abs. 2*

Abs. 2 überführt die Liste der Ausnahmetatbestände von Art. XIII:1 Bst. a bis h GPA 2012, die eine freihändige Vergabe erlauben, ins nationale Recht. Die Liste entspricht – mit wenigen Modifikationen – dem geltenden Recht (Art. 13 Abs. 1 VöB). Nach ständiger Praxis der Gerichte sind diese Tatbestände aufgrund ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen.<sup>89</sup> Es handelt sich durchwegs um Fälle, in welchen das offene und das selektive Verfahren nicht durchführbar oder nicht zweckmässig wären, z. B. weil ein Wettbewerb aus Gründen des Schutzes von Immaterialgüterrechten nicht möglich wäre. Gleiches gilt für Folgebeschaffungen oder aus unvorhersehbaren Gründen dringliche Beschaffungen.

*Bst. b:* Das Bestehen einer Wettbewerbsabrede wird eine Auftraggeberin in der Regel nicht in Eigenregie feststellen können. Bestehen jedoch Anhaltspunkte für eine Abrede, kann die WEKO kontaktiert und eine erste Einschätzung eingeholt werden. Liegen hinreichende Gründe für die Annahme einer Wettbewerbsabrede vor, soll der Auftraggeberin die Möglichkeit des freihändigen Verfahrens offen stehen, sofern ausserhalb des Submissionskartells kein Restwettbewerb mehr möglich ist.

*Bst. c:* Dieser Tatbestand entspricht der bisherigen bewährten Regelung. Er ist dann erfüllt, wenn ein Auftrag aufgrund seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums nur an eine bestimmte Anbieterin erteilt werden kann. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn diese Anbieterin mangels angemessener Alternativen als einzige in der Lage ist, ein entsprechendes Produkt zu liefern bzw. eine entsprechende Bau- oder Dienstleistung zu erbringen. Zur Rechtfertigung des freihändigen Verfahrens ist die Auftraggeberin nicht nur zur Darlegung technischer Gründe verpflichtet, sondern sie muss auch glaubwürdig erläutern und (wenn möglich) belegen, dass diese technischen Gründe die freihändige Vergabe unbedingt erfordern.<sup>90</sup> Vertragliche Abmachungen, die den Wettbewerb in einer öffentlichen Beschaffung einschränken (z. B. eine Architektenklausel) stellen weder eine technische noch eine künstlerische Besonderheit dar und sind somit keine zulässigen Gründe, um sich auf die Ausnahme gemäss Bst. c zu berufen. Wird gegen eine freihändige Vergabe der Rechtsweg beschritten, trägt die beschwerdeführende Anbieterin die Beweislast, dass sie willens und in der Lage ist, substituierbare Leistungen zu erbringen.<sup>91</sup>

*Bst. d:* Die Anwendung der Dringlichkeitsklausel gemäss Bst. d erfordert kumulativ folgende Voraussetzungen: Das Auftreten eines unvorhersehbaren Ereignisses, welches Ursprung einer dringlichen Situation ist. Diese darf weder von der Auftraggeberin verschuldet (z. B. durch Unsorgfalt) noch Resultat ihrer Planung sein. Die Dringlichkeit muss derart sein, dass die Auftraggeberin ihren Pflichten nicht nachkommen könnte, falls sie ein offenes oder selektives Verfahren oder ein Einladungsverfahren durchführen würde.

*Bst. e* betrifft Folgebeschaffungen. Die Bestimmung sieht freihändige Vergaben neu vor, wenn Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen der ursprünglichen Anbieterin vergeben werden müssen, weil ein Anbieterwechsel aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, erhebliche Schwierigkeiten bereitet oder substanzielle Mehrkosten nach sich ziehen würde. Solche Gründe können etwa darin liegen, dass

<sup>89</sup> Vgl. BRK 2000-007 vom 3. November 2000, E. 4a.

<sup>90</sup> Vgl. BRK 2000-007 vom 3. November 2000, E. 4b.

<sup>91</sup> Vgl. BVGer 3402/2009 vom 6. Juli 2010, E 3.2.7 und 4.3.

Materialien, Dienstleistungen, Anlagen und Leistungen (wie Computerprogramme, Software) nicht beliebig austauschbar sind. Gerade wenn die Kompatibilität mit bestehenden Komponenten gesichert sein muss, wäre eine offene oder selektive Ausschreibung nicht zielführend. Die Auftraggeberin hat in der schriftlichen Begründung nachvollziehbar darzulegen, weshalb sie davon ausgeht, dass es an der Austauschbarkeit von oder Kompatibilität mit Material, Software, Dienstleistungen oder Anlagen aus einer ursprünglichen Beschaffung fehlt bzw. weshalb ein Anbieterwechsel zu erheblichen Schwierigkeiten oder substanziellen Mehrkosten führen würde. Hinsichtlich der erwarteten Mehrkosten liegt die Schwelle hoch: Nicht jede Erhöhung der erwarteten Kosten berechtigt zum Ausschluss des Wettbewerbs. Vielmehr muss feststehen, dass die Mehrkosten unverhältnismässig sind, d. h. in keinem vernünftigen Verhältnis zum Angebotspreis stehen. Zu den erwarteten Kosten werden auch Überführungs- und Einrichtungskosten sowie solche für die Einarbeitung, also für das Aneignen des Spezialwissens sowie der Kenntnisse der Gegebenheiten vor Ort, gerechnet.

In Art. XV GPA 1994 waren noch drei verschiedene Tatbestände der Folgebeschaffung vorgesehen (Bst. d «zusätzliche Lieferungen», Bst. f «zusätzliche Baudienstleistungen», Bst. g «neue Baudienstleistungen»). Diese drei Tatbestände wurden in Art. XIII:1 Bst. c GPA 2012 auf Betreiben einzelner Mitgliedstaaten in einer einzigen Bestimmung zusammengeführt.

Die heutige Regelung in Art. 13 Abs. 1 Bst. h VöB (neue gleichartige Bauaufträge) entfällt. Bst. e wird künftig auch für diese Beschaffungen einschlägig sein.

*Bst. i:* Zusätzlich zu den im GPA 2012 aufgezählten Tatbeständen (vgl. insbesondere Art. XIII:1 Bst. h GPA 2012) erlaubt Bst. i die freihändige Vergabe auch dann, wenn die Auftraggeberin in einem «vorausgehenden Verfahren», d. h. in einem Planungs- oder Gesamleistungswettbewerb, die Lösung einer planerischen Aufgabe erarbeiten liess und im Anschluss daran dem Gewinner oder der Gewinnerin gewisse Folgeleistungen, die eng mit der planerischen Aufgabe zusammenhängen, freihändig vergeben möchte. Hierzu gehören weitere Planerleistungen (z. B. vertiefte Planung) oder auch die Koordination der Umsetzung dieser Planung (wie Bauleitung), nicht hingegen die Realisierung der Planung (z. B. Bauarbeiten). Nebst Wettbewerben kann auch ein entsprechend ausgestalteter Studienauftrag den Anforderungen genügen.

*Abs. 3*

Wie bereits Art. XIII:2 GPA 2012 und Art. 13 Abs. 2 VöB vorsehen, erstattet die Auftraggeberin über jeden freihändig vergebenen Auftrag einen Bericht. Eine Veröffentlichung des Berichts erübrigt sich, da Zuschläge summarisch zu begründen sind (Art. 53 Abs. 3 VE-BöB).

Werden Aufträge im freihändigen Verfahren oder aufgrund einer Ausnahmebestimmung vergeben, ist ihre Kostenäquivalenz mangels Anbieterwettbewerb ungewiss. Als *quid pro quo* bzw. «Ausgleich» für den Verzicht auf ein Wettbewerbsverfahren sieht Art. 5 VöB in solchen Fällen bereits heute die Möglichkeit vor, mit Anbieterinnen ein Einsichtsrecht in die Kalkulationsgrundlagen zu vereinbaren. Diese Regelung hat sich im Grundsatz bewährt. Neu ergibt sich der Anspruch auf Einsicht und Überprüfung der Kalkulation direkt aus dem Gesetz (Art. 18 VE-BöB).

## **Art. 24                      Planungs- und Gesamleistungswettbewerb**

*Abs. 1*

Planungs- und Gesamleistungswettbewerbe spielen bei öffentlichen Beschaffungen eine wichtige Rolle. *Planungswettbewerbe* können zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen als Ideenwettbewerb zu allgemein umschriebenen und abgegrenzten Aufgaben oder als Projektwettbewerb zu konkret umschriebenen Aufgaben und zur Vergabe der teilweisen oder umfassenden Realisierung der Lösung lanciert werden. *Gesamleistungswettbewerbe* werden zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu konkret umschriebenen Aufgaben und zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung durchgeführt.

Das Staatsvertragsrecht enthält keine Regeln für die Durchführung von Wettbewerben. Immerhin findet sich in Art. XIII:1 Bst. h GPA 2012 der Hinweis, dass eine freihändige Vergabe an den Gewinner oder die Gewinnerin eines Wettbewerbs nur dann zulässig ist, wenn die Organisation des Wettbewerbs – insbesondere in Bezug auf die Publizität – den Grundsätzen dieses Übereinkommens entspricht, die Teilnehmenden bzw. deren Projekte von einer unabhängigen Jury beurteilt werden und dem Gewinner oder der Gewinnerin ein Vertrag in Aussicht gestellt wird. Das Staatsvertragsrecht setzt mithin erst auf einer zweiten Stufe, nach Abschluss des Wettbewerbs ein. Es wirkt indessen auf die Gestaltung des Wettbewerbs zurück. Wird der Auftrag nicht an den Gewinner oder die Gewinnerin des Wettbewerbs vergeben oder entspricht das Wettbewerbsverfahren nicht den Grundsätzen des GPA 2012, muss ein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden. Der Planungs- und Gesamleistungswettbewerb ist daher kein eigener submissionsrechtlicher Verfahrenstyp.<sup>92</sup> Vielmehr ist der Wettbewerb, wenn er in eine freihändige Vergabe an den Gewinner oder die Gewinnerin münden soll, in einem GPA-konformen (in der Regel offenen oder selektiven) Verfahren durchzuführen.

Die SIA Ordnungen 142/2009 (Wettbewerbe) und 143/2009 (Studienaufträge) haben eine grosse praktische Bedeutung. Dabei gilt es zu beachten, dass es sich bei den SIA-Normen um private Regelwerke handelt. Zum einen finden diese Regelwerke nur dann Anwendung, wenn in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen wird. Zum anderen können sie die (zwingenden) Bestimmungen des anwendbaren Beschaffungsrechts nicht derogieren. Sie können aber im Rahmen der Auslegung und Lückenfüllung Beachtung finden.<sup>93</sup>

*Abs. 2*

Die diesbezüglichen Bestimmungen stipulieren eine Reihe besonderer Regeln für die Beschaffung von Planungs- und Bauleistungen. Wie bisher (Art. 40 bis 57 VöB) werden die Einzelheiten dieser Wettbewerbe auf Verordnungsstufe geordnet.

## **Art. 25                      Elektronische Auktionen**

Beschaffungsvorhaben werden zunehmend auf elektronischem Weg abgewickelt. Das senkt nicht nur die Transaktionskosten, sondern erhöht die Transparenz und fördert den Marktzutritt ortsfremder Anbieterinnen. Das Gemeinschaftsrecht enthielt bereits in den Richtlinien 2004/17/EG bzw. 2004/18/EG eine Grundlage für elektronische Auktionen. Art. 35 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Art. 53 der Richtlinie 2014/25/EU sehen ebenfalls entsprechende Instrumente vor.

<sup>92</sup> Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 990.

<sup>93</sup> Vgl. BRK 1999-011 vom 9. Dezember 1999, E. 4d/bb, veröffentlicht in VPB/2000 Nr. 63.

Die Einführung elektronischer Auktionen stellt hinsichtlich Vereinfachung und Modernisierung der Beschaffungsverfahren eine wesentliche Neuerung dar: Während elektronische Auktionen im GPA 1994 noch nicht erwähnt waren, werden sie im GPA 2012 eingehend geregelt. Um eine einfache sowie sichere Benützung durch die Anbieterinnen sicherzustellen, verwenden die Auftraggeberinnen bei der elektronischen Abwicklung eines Beschaffungsvorhabens allgemein verfügbare und kompatible Systeme und Software und stellen Sicherungsmechanismen auf, um die eingereichten Angebote vor unbefugten Zugriffen zu schützen (Art. IV:3 GPA 2012). Aus Transparenzgründen muss jede Bekanntmachung einer Beschaffung über die eingesetzte Beschaffungsmethode Auskunft geben sowie einen Hinweis enthalten, ob Verhandlungen oder eine elektronische Auktion stattfinden (Art. VII:2 Bst. f GPA 2012). Das GPA 2012 versteht die elektronische Auktion nicht als besondere Form der Verhandlungen, sondern als ein Instrument *sui generis*.

Abgesehen vom Betrieb elektronischer Plattformen und der Einreichung der Angebote auf elektronischem Wege, fehlte im Schweizer Recht bisher eine gesetzliche Regelung. Diese Regelungslücke soll mit Art. 25 VE-BöB geschlossen werden.

#### *Abs. 1 und 2*

Die elektronische Auktion ist kein eigenständiges Vergabeverfahren, sondern ein Instrument, das im offenen oder selektiven Verfahren, im Einladungsverfahren oder im Rahmen eines Abrufverfahrens nach dem Zuschlag von Rahmenverträgen eingesetzt werden kann. Die Besonderheit der elektronischen Auktion besteht darin, dass die Offerten anhand eines iterativen, automatisierten Verfahrens bewertet werden.

Die elektronische Auktion erstreckt sich auf die Preise, wenn der Zuschlag für den niedrigsten Preis erteilt wird, oder auf die Preise und/oder die Werte für quantifizierbare Komponenten, wenn der Zuschlag für das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt wird. Zurzeit bleibt dieses Instrument auf die Beschaffung standardisierter Leistungen beschränkt.

Die Ausschreibungsunterlagen weisen auf die Anforderungen an Authentifizierung und Verschlüsselung hin, welche die Anbieterinnen bei der Einreichung ihrer Angebote zu erfüllen haben. Der Sicherheit dieser Verfahren (insbesondere der Nicht-Abstreitbarkeit der Angebote) gebührt grosse Beachtung. Zudem ist sicherzustellen, dass die Eingaben der Teilnehmenden in pseudonymisierter Form erfolgen. Für die Bearbeitung von pseudonymisierten Daten (diese können unter Beizug einer Referenztabelle auf eine bestimmte Person zurückgeführt werden) ist das Datenschutzgesetz (DSG)<sup>94</sup> anwendbar.

#### *Abs. 3 bis 5*

Die elektronische Auktion kommt erst in einem zweiten Verfahrensschritt zur Anwendung, wobei mehrere Bewertungsrunden stattfinden können. In einer ersten Phase prüft die Auftraggeberin die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen und nimmt (manuell) eine erste Bewertung der Angebote vor.

Kommt eine elektronische Auktion zur Anwendung, ist die vollständige und periodische Information der Anbieterinnen durch die Auftraggeberin ein wichtiges Element zur Herstellung von Transparenz und der Gleichbehandlung der Anbieterinnen. Vor Beginn jeder Auktion stellt die Auftraggeberin jeder Anbieterin die Informationen über die automatische Bewertungsmethode, einschliesslich der mathematischen For-

<sup>94</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz, SR 235.1.

mel, das Ergebnis ihrer ersten Angebotsbewertung und alle weiteren relevanten Informationen zur Abwicklung der Auktion zur Verfügung. Bei mehreren nacheinander durchgeführten Auktionsrunden informiert die Auftraggeberin alle Anbieterinnen in jeder Phase über ihren jeweiligen Rang.

Alle im Anschluss an die erste Evaluation zugelassenen Anbieterinnen werden gleichzeitig und auf elektronischem Wege aufgefordert, neue, bereinigte Angebote einzureichen. Sofern dies vorab bekanntgegeben wurde, kann die Anbieterzahl begrenzt werden – dies insbesondere aus Gründen der Effizienz und Administrierbarkeit der elektronischen Auktion.

## **Art. 26 Verhandlungen**

Anders als die Instrumente des Dialogs und der elektronischen Auktion bildeten Verhandlungen in Vergabeverfahren bereits Gegenstand des GPA 1994 und sind auch im GPA 2012 – wenn auch sprachlich in gestraffter Form – wieder vorgesehen. Massgebend ist zum einen der Grundsatz der Transparenz, zum anderen die Gleichbehandlung unter den Anbieterinnen.

Auf Bundesebene sind Verhandlungen, auch reine Preisverhandlungen, seit Inkrafttreten des BöB zulässig (Art. 20 BöB, Art. 26 VöB). Sie dürfen jedoch nicht mit der Absicht oder der Wirkung durchgeführt werden, einzelne Anbieterinnen zu bevorteilen oder andere zu benachteiligen, indem z. B. einer willkürlich ausgewählten Anbieterin eine Nachbesserung ihrer Offerte zugestanden wird. Zwar können gemäss Rechtsprechung Leistungsänderungen oder -reduktionen Gegenstand von Verhandlungen bilden, diese dürfen aber nicht dazu dienen, die Konformität von Angeboten, welche die ursprünglich gestellten Anforderungen nicht erfüllt haben, nachträglich herbeizuführen. Angebote, die unvollständig sind oder anderweitig nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen, sind vom Verfahren auszuschliessen. So ist es nicht gestattet, ein Angebot, das als zwingend bezeichnete technische Spezifikationen nicht erfüllt, im Rahmen von Verhandlungen derart zu bereinigen und zu ergänzen, dass die Ausschreibungskonformität nachträglich hergestellt wäre.<sup>95</sup>

Für die Zulässigkeit von Preisverhandlungen sprechen viele Gründe. Zum einen ist die Abgrenzung zwischen Preisverhandlungen und anderen Verhandlungen in der Praxis oft schwierig, da sich diese Vorgänge praktisch immer auf das Preis-Leistungsverhältnis auswirken. Zum andern sind in Verfahren, in denen lediglich das Ziel der Beschaffung vorgegeben wird, Verhandlungen über sämtliche Leistungselemente inklusive Preis unabdinglich. Preisverhandlungen können schliesslich ein adäquates Mittel sein, um allfällige Preisabsprachen zu verhindern oder aufzubrechen. Ohne die Möglichkeit der Preisverhandlung müsste die Auftraggeberin in diesen Fällen das Verfahren allenfalls abbrechen und wiederholen. Bis zu einem rechtskräftigen Entscheid über das Vorliegen einer Preisabsprache kann aber viel Zeit vergehen. Die Rechtmässigkeit eines Verfahrensabbruchs bliebe dementsprechend lange unklar.

Gerade bei komplexen Beschaffungen ist die Verhandlungsmöglichkeit ein unverzichtbares Element. Durch Verhandlungen lassen sich z. B. Einsparungen im Einkauf erzielen, was dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit von Beschaffungen entspricht. Zudem ermöglichen Verhandlungen einer Auftraggeberin im Sinne einer Flexibilisierung, während einer laufenden Ausschreibung klüger zu werden und den Leistungsgegenstand (innerhalb vorgegebener Schranken) zu optimieren.

<sup>95</sup> Vgl. BRK 2006-016 vom 05.12.2006, E. 3.

Im kantonalen Recht sind Verhandlungen bzw. reine Abgebotsrunden bisher ausser im freihändigen Verfahren nicht erlaubt (Art. 11 IVöB, Art. 30 VRöB). Im Vordergrund steht dabei einerseits die Befürchtung, dass Anbieterinnen in ihren Offerten Verhandlungsmargen einbauen, die durch das Führen von vorgängig anzukündigenden Verhandlungen wieder eliminiert werden müssten. Andererseits wird argumentiert, dass Verhandlungen aufwendig seien, hohe Anforderungen an die Kompetenzen der Beteiligten setzen würden und das Risiko unerwünschter «Beziehungskorruption» zwischen Auftraggeberinnen und Anbieterinnen erhöhen könnten. Anbieterinnen verweisen zudem auf die Gefahren fehlender Transparenz und des Missbrauchs der Nachfragemacht durch die Auftraggeberinnen. Der allenfalls erhöhte Korruptionsgefahr kann – anstatt mit einem allgemeinen Verhandlungsverbot – mit innerbetrieblichen Massnahmen, wie z.B. klaren Kompetenzregelungen, Vier-Augen-Prinzip, Rotationen, «Reporting» und Kontrollsystemen begegnet werden. Dem Argument, dass Preisverhandlungen die Gefahr eines Missbrauchs der Nachfragemacht erhöhen, kann schliesslich entgegnet werden, dass das Kartellgesetz einen hinreichenden Schutz bietet. Klare Vorgaben für das Führen von Verhandlungen sind jedoch unentbehrlich.

Um diesen grundlegenden Unterschied zwischen den Rechtsordnungen des Bundes und der Kantone zu beseitigen, soll die Möglichkeit der Verhandlungsführung neu auch im kantonalen Recht verankert werden. Der vorliegende Entwurf schöpft den Handlungsspielraum des GPA 2012 zumindest teilweise aus und gestattet Verhandlungen aus begründetem Anlass und innerhalb formaler Schranken. Damit ermöglicht er weiterhin einen Kompromiss zwischen den Anliegen der Auftraggeberinnen und den schützenswerten Interessen der Anbieterinnen.

#### *Abs. 1*

Verhandlungen können die Leistungen (d. h. das Volumen), die Modalitäten ihrer Erbringung (d. h. die Qualität) und den Preis betreffen. Die Änderung eines Parameters wird eine Änderung des oder der anderen Parameter nach sich ziehen. Verhandlungen sind aber nur unter der alternativen Voraussetzung von Art. XII:1 GPA 2012 zulässig: Entweder erfolgte in der Ausschreibung ein ausdrücklicher Vorbehalt oder die Bewertung ergibt, dass keines der Angebote nach den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien eindeutig das wirtschaftlich günstigste ist. Weiter dürfen gemäss Art. XII:2 GPA Anbieterinnen, die an Verhandlungen teilnehmen, nur im Einklang mit den Kriterien gemäss Ausschreibung oder Ausschreibungsunterlagen abgelehnt werden. Zudem muss allen Anbieterinnen nach Abschluss der Verhandlungen die gleiche Frist gewährt werden, um neue oder überarbeitete Angebote einzureichen. «Spontane» Verhandlungsrunden werden dadurch ausgeschlossen.

#### *Abs. 2*

Neben einem Vorbehalt in der Ausschreibung setzen Verhandlungen regelmässig einen begründeten Anlass voraus. Die in Abs. 2 enthaltene Aufzählung von Gründen für eine Verhandlung ist nicht abschliessend zu verstehen. Gründe für eine Verhandlung können sein:

*Bst. a:* Aufgrund der eingegangenen Angebote erweisen sich Leistungsänderungen als erforderlich. Z. B. ist es denkbar, dass eine Anbieterin eine Unternehmervariante einbringt, die in der Folge allen Anbieterinnen zur Nachtragsofferte unterbreitet wird. Statt eines Abbruchs und einer Neuauflage erweist sich die Verhandlung als überlegene Variante. Sie findet dort ihre Grenze, wo der Leistungsgegenstand so stark verändert wird, dass sich ein neuer Anbieterkreis ergibt. Dann führt kein Weg an einer Neuausschreibung vorbei.

*Bst. b:* Wenn nur eine Anbieterin offeriert, kann ihr der Auftrag freihändig zugeschlagen werden. Da im freihändigen Verfahren Verhandlungen stets zulässig waren (sowohl nach kantonalem als auch nach Bundesrecht) und dies auch künftig sein sollen, erweist sich dieser Tatbestand als blosser Verdeutlichung der aktuellen Praxis.

*Bst. c:* Bei komplexen Leistungen gelingt es in der ersten Iteration regelmässig nicht, die Erwartungen der Auftraggeberinnen umfassend zu verstehen und zu adressieren. Falls kein Dialog stattfindet, soll daher auch in solchen Fällen eine zusätzliche Runde stattfinden können, um letztlich das Beschaffungsbedürfnis zu befriedigen.

#### *Abs. 3*

Weder besteht eine Verpflichtung, überhaupt Verhandlungen zu führen, noch ist die Auftraggeberin verpflichtet, mit sämtlichen Anbieterinnen in Verhandlungen zu treten. Zu Verhandlungen werden (im Sinne der Verfahrenseffizienz) nur jene Anbieterinnen eingeladen, die für den Zuschlag vernünftigerweise in Frage kommen. In der Regel sollen nicht weniger als drei Anbieterinnen aufgeboden werden.

*Abs. 4* statuiert generelle Anforderungen an die Transparenz und Fairness der Verhandlungen im Allgemeinen sowie der Verhandlungsführung im Besonderen. *Bst. b* konkretisiert das vergaberechtliche Vertraulichkeitsprinzip (Art. 13 *Bst. d* VE-BöB). Die Auftraggeberinnen müssen alle vorgenommenen Schritte hinreichend dokumentieren.

### **Art. 27 Bekantgabe und Protokollierung**

Diese Bestimmung hält die formalen Anforderungen an die Verhandlungsführung fest. Sie entspricht dem geltenden Art. 26 Abs. 2 und 3 VöB (wobei die Vorgabe einer Mindestanzahl zur Verhandlung einzuladender Anbieterinnen neu in Art. 26 Abs. 3 VE-BöB geregelt ist).

Verhandlungen finden nicht im rechtsfreien Raum statt. Sie unterstehen den gesetzlichen Anforderungen sowie den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und Fairness. Mit den vorgehenden Hinweisen (Art. 26 VE-BöB) und der Protokollierung der Voten soll sichergestellt werden, dass die rechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Die Protokolle sind jeweils von beiden Seiten zu unterzeichnen.

### **Art. 28 Dialog**

Das Instrument des Dialogs – der Begriff ist an die Terminologie der EU-Richtlinien angelehnt – ist weder im GPA 1994 noch im GPA 2012 vorgesehen. Die Formulierung «Methoden wie» («such as») in Art. IV:4 *Bst. a* GPA 2012 weicht den *numerus clausus* von möglichen Verfahren in Art. VII:3 GPA 1994 auf. Im Gegensatz zu Art. XIV:2 GPA 1994 enthält Art. XII GPA 2012 nicht mehr die Einschränkung, dass der Gegenstand der (weiterhin vorbehaltenen) Verhandlungen vorab die Feststellung von Stärken und Schwächen der Angebote sein muss. Dadurch entsteht ein Spielraum für Verfahren wie den Dialog (vgl. auch Art. VII:2 *Bst. f* GPA 2012 gegenüber Art. IX:6 *Bst. b* GPA 1994). Art. VII:2 *Bst. f* GPA 2012 enthält die Bedingungen, die in der Ausschreibung erfüllt sein müssen.

In der EU wurde der sogenannte wettbewerbliche Dialog als Instrument zur Erhöhung der Flexibilität bei besonders komplexen Vorhaben bereits mit Art. 29 der Richtlinie 2004/18/EG eingeführt und stiess von Anfang an auf grosses Interesse. Art. 48 der neuen Richtlinie 2014/24/EU dient dazu, das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs zu optimieren und zu vereinfachen.

Eine *helvetische Variante* des wettbewerblichen Dialogs wurde auf Bundesebene mit der Revision der VöB im Jahr 2010 eingeführt. Anders als in der EU wird der Dialog in der VöB nicht als eigenständiges Verfahren ausgestaltet, sondern als Instrument, das im offenen oder selektiven Verfahren eingesetzt werden kann. Dieser Ansatz lässt sich besser in das Bundesvergaberecht eingliedern.<sup>96</sup> Im Recht der Kantone ist dieses Instrument bisher nicht vorgesehen.

#### *Abs. 1*

Bei besonders komplexen Vorhaben, bei intellektuellen Dienstleistungen oder bei innovativen Vorhaben ist die Auftraggeberin oft nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand im Stande, ohne Mitwirkung der Anbieterinnen den Beschaffungsgegenstand so zu bestimmen, dass er ihren Bedürfnissen gerecht wird, oder zu beurteilen, welche Lösungen der Markt anbietet. Wird eine Lösung von der Auftraggeberin einseitig favorisiert, kann dies zur Folge haben, dass die Ressourcen und das Innovationspotenzial des Markts nicht voll erschlossen werden.

Die Komplexität kann in technischen oder rechtlichen Eigenarten gründen oder Folge der gewählten Finanzierungslösung sein (insbesondere bei Public Private Partnerships).<sup>97</sup> In solchen Fällen ist die Suche nach Lösungswegen oder Vorgehensweisen idealerweise Teil der Beschaffung (und nicht der vorgelagerten Marktabklärung), da es sich mangels spezifischer Kenntnisse der Auftraggeberin aufdrängt, die möglichen Lösungswege und Vorgehensweisen mit den Anbieterinnen in einem strukturierten Verfahren zu besprechen und gemeinsam weiterzuentwickeln.

In der Ausschreibung ist in geeigneter Form darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin beabsichtigt, einen Dialog durchzuführen. Anbieterinnen sollen bereits zu diesem frühen Zeitpunkt wissen, worauf sie sich einlassen. Die Durchführung des Dialogs liegt in der Folge weitgehend im Ermessen der Auftraggeberin.

#### *Abs. 2*

Das Transparenzgebot ist auch beim Dialog zu beachten. Die Auftraggeberin gibt in den Ausschreibungsunterlagen ihre Wünsche und Anforderungen bekannt und weist darauf hin, aufgrund welcher (Eignungs-)Kriterien sie die Dialogpartnerinnen auswählt. Den ausgewählten Anbieterinnen gibt sie bestimmte Mindestangaben zum Ablauf des Dialogs ausreichend früh (in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen) bekannt, so dass sie sich angemessen vorbereiten können. Der Dialog wird in erster Linie bilateral mit den einzelnen Anbieterinnen geführt und soll sich auf deren Lösungen und Vorschläge stützen.<sup>98</sup> Gemeinsame, d. h. multilaterale Dialoge, bei denen einzelne Lösungen und Vorschläge miteinander kombiniert und Anbieterinnenübergreifend diskutiert und entwickelt werden können, sind theoretisch denkbar, aber in der Praxis nur schwierig realisierbar.

Je nach Umfang des zu beschaffenden Gegenstands bzw. der Komplexität der sich stellenden Fragen kann die Auftraggeberin den Dialog in verschiedene aufeinander folgende Phasen aufteilen, bei denen der Beschaffungsgegenstand laufend eingegrenzt werden kann. Es bleibt auf Verordnungsstufe zu regeln, wie der Vergütungsmechanismus genau ausgestaltet werden soll und ob allenfalls auch nur denjenigen

<sup>96</sup> Erläuternder Bericht des EFD vom 1. Januar 2010, S. 17 f.

<sup>97</sup> Vgl. Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der klassischen Richtlinie (2004/18/EG), S. 1-4.

<sup>98</sup> Vgl. Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der klassischen Richtlinie (2004/18/EG), S. 7 f.

Anbieterinnen eine Entschädigung gezahlt werden soll, die der Verwendung von Geschäftsgeheimnissen zugestimmt, den Zuschlag jedoch nicht erhalten haben.

#### *Abs. 3*

Ziel des Dialogs ist es, die seitens der Auftraggeberin formulierten funktionalen Anforderungen bzw. die Lösungswege oder Vorgehensweisen anhand des Know-hows und der Erfahrungen der Anbieterinnen zu konkretisieren. Dazu kann es erforderlich sein, das Verfahren in Phasen zu gliedern. Zeigt sich während des Verfahrens, dass eine der Dialogpartnerinnen vernünftigerweise nicht für den Zuschlag in Frage kommt, braucht die Auftraggeberin den Dialog mit dieser Anbieterin nicht fortzuführen. Eine Mitteilung an diese Anbieterin in Form einer anfechtbaren Verfügung kann sogleich oder erst zum Zeitpunkt des Zuschlags erfolgen.

#### *Abs. 4*

In diesem Absatz werden das Gleichbehandlungs-, das Vertraulichkeits- und das Transparenzprinzip wiederholt. Die Weitergabe vertraulicher Informationen erfordert grundsätzlich die Zustimmung der betroffenen Anbieterinnen. Insbesondere muss gewährleistet sein, dass das Urheberrecht und das Lauterkeitsrecht gewahrt bleiben.<sup>99</sup>

#### *Abs. 5*

Aus Gründen der Nachvollziehbarkeit und gerichtlichen Überprüfung sind alle Stationen des Dialogs zu dokumentieren. Falls eine Entschädigung an die Dialogpartnerinnen erfolgt, sollte auch deren Aufwand angemessen festgehalten werden.

#### *Abs. 6*

Die im Dialog verbliebenen Anbieterinnen werden über den Abschluss des Dialogs und die relevanten Inhalte orientiert und aufgefordert, innert Frist ihr endgültiges vollständiges Angebot einzureichen.<sup>100</sup> Die Auftraggeberin beurteilt die eingereichten Angebote anhand der in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien und wählt das wirtschaftlich günstigste Angebot aus. Die Verordnung regelt die Einzelheiten.

### **Art. 29                      Rahmenverträge**

Das Institut der Rahmenverträge ist weder im GPA 1994 noch im GPA 2012 vorgesehen. Art. XV:7 GPA 2012 erwähnt lediglich, dass «Optionen» nicht dafür eingesetzt werden dürften, «die Verpflichtungen nach diesem Übereinkommen zu umgehen». Rahmenverträge und Optionen weisen Gemeinsamkeiten auf: Beide Male wird nicht ein abschliessend bestimmtes Leistungsvolumen ausgeschrieben, sondern das Recht der Auftraggeberin, gewisse Leistungen über einen bestimmten Zeitraum zu beziehen.

In den Mitgliedstaaten der EU haben sich schon länger zentrale Vergabestellen etabliert mit der Aufgabe, Leistungen für eine Mehrzahl von Vergabestellen einzukaufen. Dazu ist die Rahmenvereinbarung das Instrument der Wahl. Für die Beschaffung grosser Mengen trugen (und tragen) diese Verfahren zur Verbesserung des Wettbewerbs und zur Rationalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens bei. Insbesondere aus dem Bereich der Arzneimittelbeschaffung ist die Rahmenvereinbarung heute nicht mehr weg zu denken.

<sup>99</sup> Vgl. Urteil des Zürcher Obergerichts vom 24.05.2012, Geschäfts-Nr. LK020010, durch das Bundesgericht bestätigt mit Entscheid 4A\_397/2012 vom 11. Januar 2013.

<sup>100</sup> Vgl. Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der klassischen Richtlinie (2004/18EG), S. 9 f.

Der Begriff der Rahmenvereinbarung wurde im Gemeinschaftsrecht in den Richtlinien 2004/17/EG (Art. 14 und 29) und 2004/18/EG (Art. 32) eingeführt. Das breit angewandte und europaweit als effiziente Beschaffungsmethode angesehene Instrument ist auch in den neuen Richtlinien 2014/24/EU (Art. 33) und 2014/25/EU (Art. 51) vorgesehen.

#### *Abs. 1*

Beim Abschluss eines Rahmenvertrags mit einem oder mehreren Anbieterinnen soll nicht ein besonderes Verfahren zur Anwendung gelangen. Vielmehr beanspruchen die allgemeinen Verfahren auch für die Ausschreibung und den Abschluss eines Rahmenvertrags Geltung. Gleiches gilt für die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens (vgl. Art. 13 VE-BöB), die sowohl für den Abschluss des Rahmenvertrags als auch (mit Ausnahme der Bestimmungen über den Rechtsschutz) für den individuellen Abruf der Leistungen beachtlich sind.

Inhalt und Umfang des Einzelauftrags sowie das Verfahren zu dessen Vergabe hängen direkt vom Rahmenvertrag und dessen Regelungsdichte ab. Wurden sämtliche Bedingungen bereits im Rahmenvertrag festgelegt, gelten dieselben Bedingungen auch für den darauf basierenden Einzelauftrag. Die Leistungen sind im Einzelauftrag detailliert zu beschreiben. In der Regel wird dieser nur noch Liefermengen und Termine sowie allenfalls besondere kommerzielle Bedingungen (Rabatte) enthalten.

Der Hinweis auf die Wettbewerbswirkungen der Rahmenverträge nimmt auf Art. XV:7 GPA 2012 Bezug. So wäre es unzulässig, einen Rahmenvertrag «für den IT-Bedarf der Bundesverwaltung in den Jahren 2013 bis 2017» auszuschreiben. Damit würde eine beträchtliche Anzahl sachlich getrennter Märkte für Jahre dem Wettbewerb entzogen. Rahmenverträge müssen stets auf einen spezifischen Markt beschränkt bleiben. Die Leistungen sind hinreichend zu beschreiben. Ein Rahmenvertrag bildet keinen Ersatz für eine mangelhafte Leistungsbeschreibung.

Sind bei einer Ausschreibung Einheitspreise verlangt, sieht die Auftraggeberin ein optionales Mengengerüst vor, aus dem sich (multipliziert mit den Einheitspreisen) ein geschätzter Gesamtpreis errechnet. Alternativ kann sie einen Gesamtpreis für alle Leistungen unter einem Rahmenvertrag vorsehen.

Der Gesamtpreis bildet Grundlage des Zuschlags und ist nach Art. 50 VE-BöB zu publizieren. Mangels anderer Abreden begründen weder der Gesamtpreis noch ein Mengengerüst eine Pflicht der Auftraggeberin, die unter einem Rahmenvertrag angebotenen Leistungen zu beziehen. Ist die vorgesehene Laufzeit erreicht (inklusive Option) – bzw. rechtzeitig vor diesem Zeitpunkt –, sind die Leistungen neu auszuschreiben.

#### *Abs. 2*

In Art. 15a Abs. 1 VöB wird die Vertragsdauer bei wiederkehrenden Leistungen auf fünf Jahre befristet, nachdem die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen darauf hingewiesen hat<sup>101</sup>, dass sich der Bundesgesetzgeber der speziellen Problematik von Verträgen mit einer (über)langen Dauer offenbar nicht bewusst gewesen sei und daher im BöB keine entsprechende Regelung vorgesehen habe.<sup>102</sup> Eine Begrenzung ist auch für Rahmenverträge, die typischerweise auf Dauer angelegt sind, beachtlich.

<sup>101</sup> BRK 2000-007 vom 3. November 2000, E. 3 Bst. c/ii.

<sup>102</sup> Vgl. Erläuternder Bericht des EFD vom 1. Januar 2010, S. 9 f.

Ein Rahmenvertrag für eine Dienstleistung, die ein dauerndes oder langwährendes Bedürfnis der Vergabebehörde befriedigen soll, soll daher nur für eine begrenzte Dauer vergeben werden. Die Leistungen sollen in periodischen Zeitabständen wieder neu ausgeschrieben werden. Entsprechend der Berechnungsformel in Art. 17 Abs. 6 VE-BöB und in Anlehnung an die Regelung in der EU soll die Laufzeit eines Rahmenvertrags höchstens vier Jahre betragen. Eine automatische Verlängerung ist nicht zulässig. Ein Rahmenvertrag mit unbestimmter Dauer, der während Jahren nicht gekündigt werden kann, räumt der Zuschlagsempfängerin einen Wettbewerbsvorteil ein und kann den Marktzutritt der Konkurrenz und damit den Wettbewerb beeinträchtigen. Eine längere Vertragsdauer kann daher nur in Ausnahmefällen vorgesehen werden.

Eine Ausnahme von der vierjährigen Maximaldauer ist z. B. dann gerechtfertigt, wenn wegen der Komplexität des Leistungsgegenstands, wegen erheblicher Anfangsinvestitionen oder wegen der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten, die sich eine Anbieterin erst aneignen muss und die bei einem Wechsel verloren gehen, eine längere Vertragsdauer zu Effizienzgewinnen führt. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Beschaffung von Waren, deren Unterhalt und Instandhaltung durch die Herstellerin oder eine speziell beauftragte Firma sicherzustellen ist. Oder bei Rahmenverträgen mit einer Revisionsstelle oder mit Expertinnen und Experten für die berufliche Vorsorge, die jedenfalls bei einer grösseren Vorsorgeeinrichtung bis zu einem Jahr Einarbeitungszeit benötigen. Eine längere Vertragsdauer lässt sich auch dann rechtfertigen, wenn mehrere Rahmenverträge zugeschlagen werden und zwischen den Anbieterinnen über ein Abrufverfahren weiterhin ein Restwettbewerb besteht.

Im Weiteren verlängert sich der Rahmenvertrag um die Dauer von Einzelverträgen, die während der Geltung des Rahmenvertrags geschlossen wurden. Allerdings ist beim Abschluss solcher Einzelverträge darauf zu achten, dass die vierjährige Maximaldauer nicht bzw. nur in Ausnahmefällen überschritten wird.

#### *Abs. 3*

Wird ein Rahmenvertrag mit nur einer Anbieterin geschlossen, kommen bei der Vergabe stets die Bedingungen des Rahmenvertrags zur Anwendung. Im Hinblick auf die Vergabe des Einzelauftrags kann die Auftraggeberin, falls die Bedingungen im Rahmenvertrag nicht im Voraus abschliessend festgelegt wurden, die beteiligte Anbieterin schriftlich zur Vervollständigung des Angebots auffordern. Ohne erneute Ausschreibung dürfen die Leistungen indessen durch den Einzelvertrag nicht wesentlich geändert oder erweitert werden.

#### *Abs. 4*

Schliesst eine Auftraggeberin (z. B. aus Gründen des Ressourcenbedarfs, der Versorgungssicherheit, der Vermeidung einer Abhängigkeit von einer einzelnen Lieferantin, zur Senkung der Transaktionskosten oder aus anderen zureichenden Gründen) Rahmenverträge mit mehreren Anbieterinnen ab, kann sie im Hinblick auf die Vergabe des Einzelauftrags den Wettbewerb gemäss dem in Abs. 4 vorgesehenen Abrufverfahren neu eröffnen. In diesem Abrufverfahren werden konkretisierte Bedingungen gestellt, z. B. bei werkvertraglichen Leistungen (Bst. a). Die Einhaltung der allgemeinen Grundsätze, insbesondere das Prinzip der wirtschaftlichen Beschaffung, ist durchgehend zu gewährleisten.

Alternativ können Leistungen auch ohne Konsultation der Vertragspartnerinnen direkt anhand der Kriterien abgerufen werden, die im Rahmenvertrag festgelegt wurden. Dies kann sich zum Beispiel bei kleinen Beschaffungsvolumen mit Rücksicht auf die

Transaktionskosten rechtfertigen. Auch bei solchen direkten Abrufen sind die allgemeinen Grundsätze (Gleichbehandlung, Transparenz, Wirtschaftlichkeit, Wettbewerb unter den Anbieterinnen) zu berücksichtigen. Die Abrufkriterien sind allemal transparent bekannt zu machen und rechtsgleich anzuwenden.

Auch beim Abschluss von mehreren Rahmenverträgen kann dem Grundsatz des wirtschaftlich günstigsten Angebots (Art. 43 VE-BöB) entsprochen werden, sofern anhand der Gesamtheit der Umstände beurteilt wird, was «wirtschaftlich am günstigsten» ist: Rahmenverträge, richtig eingesetzt, führen zur Senkung von Transaktionskosten und zu Zeiteinsparungen. Damit wird die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung gefördert. Mit dem Abrufverfahren wiederum kann zusätzlich sichergestellt werden, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Einzelauftrag erhält.

Sind Rahmenvertragspartnerinnen mit Entscheiden beim Abrufverfahren nicht einverstanden, können sie sich dagegen vor dem Zivilgericht wehren. Nicht offen steht ihnen der Beschwerdeweg gemäss Art. 54 f. VE-BöB.

## **5. Kapitel            Vergabeanforderungen**

Sowohl das GPA 1994 als auch das GPA 2012 verwenden eine Reihe teils überlappender Begriffe für die Anforderungen, die bei einer öffentlichen Ausschreibung in persönlicher, formeller und sachlicher Hinsicht zu erfüllen sind («Teilnahmebedingungen», «Eignungskriterien», «Auswahl- und Vergabekriterien», «technische Spezifikationen», «Formerfordernisse», «Qualifikation der Anbieterin», «Selektionskriterien», «Bewertungskriterien» und «Zuschlagskriterien»). Der vorliegende Entwurf strafft und klärt die Begriffe, wobei die aus dem geltenden Recht bekannte Trias «Eignungskriterien, technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien» als Leitfaden dient. Überdies hat sich in der Praxis bewährt, formalisierte Teilnahmebedingungen aufzustellen. Die Anforderungen an die Form und die Verzeichnisse geeigneter Anbieterinnen werden in einer besonderen Bestimmung geregelt.

Teilnahmebedingungen, Eignungskriterien, Verzeichnisse, Registrierungssysteme, technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien dürfen nicht mit der Absicht oder der Wirkung gewählt werden, den Marktzutritt zu erschweren und unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen.

Während sich die Eignungskriterien auf die Fähigkeiten und Eigenschaften der Anbieterin beziehen, sind die technischen Spezifikationen und die Zuschlagskriterien stets angebotsbezogen. Erfüllt eine Anbieterin die Eignungskriterien und entspricht ihr Angebot den technischen Spezifikationen, prüft die Auftraggeberin, ob und inwiefern das Angebot die leistungsbezogenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Schon im Jahr 2010 bekannte sich der Bundesrat zu einer nachhaltigen Beschaffung<sup>103</sup>; entsprechend fand der Gedanke der Nachhaltigkeit Eingang in Art. 27 Abs. 2 VöB. In analoger Weise haben auch die Kantone die «Nachhaltigkeit» in den Katalog der relevanten Zuschlagskriterien aufgenommen (Art. 32 Abs. 1 VRöB). Auf europäischer Ebene zeigt sich eine ähnliche Entwicklung. Die EU-Kommission hielt bereits im Grünbuch vom 27. Januar 2011 über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens fest: «Ein weiteres zusätzliches Ziel besteht darin, den Auftraggeberinnen eine bessere Nutzung der öffentlichen Auftragsvergabe im Sinne gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu ermöglichen. Dazu

<sup>103</sup> Vgl. Erläuternder Bericht des EFD vom 1. Januar 2010, S. 21.

zählen der Umweltschutz, eine höhere Ressourcen- und Energieeffizienz und die Bekämpfung des Klimawandels sowie die Förderung von Innovationen und sozialer Eingliederung und auch die Gewährleistung der bestmöglichen Bedingungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen von hoher Qualität».<sup>104</sup>

In Art. IX:1 bis 3 GPA 2012 ist eine Grundlage für die Führung von Registrierungssystemen vorgesehen. Solche Systeme sollen die Transaktionskosten senken, gleichzeitig aber den Marktzutritt nicht behindern. Die Bestimmung betreffend Verzeichnisse über geeignete Anbieterinnen wurde nun in Anlehnung an Art. 22 VRöB über ständige Listen sowie an Art. 52 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. Art. 64 der Richtlinie 2014/24/EU über amtliche Verzeichnisse zugelassener Wirtschaftsteilnehmerinnen ausgearbeitet. Neben dem Bund sehen gegenwärtig lediglich zwei Kantone, Wallis und Thurgau, eine entsprechende Regelung in ihren Erlassen vor. Die anderen Kantone haben davon aus Gründen des freien Marktzutritts abgesehen.

### **Art. 30** **Teilnahmebedingungen**

#### *Abs. 1 und 2*

Teilnahmebedingungen sind von den Anbieterinnen unabhängig vom Leistungsgegenstand unterschiedslos zu erfüllen und nachzuweisen. In der Praxis hat sich die Selbstdeklaration anhand formalisierter Nachweise bewährt. Falschdeklarationen können straf- und vergaberechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Die Bezahlung fälliger Steuern und Sozialversicherungsbeiträge umfasst neben den Bundesteuern und -abgaben (inkl. MWSt., AHV-, IV-, EO-, ALV-, BVG- und UVG-Beiträge) auch kantonale und kommunale Steuern.

Die Gleichbehandlung von Frau und Mann bzw. die Einhaltung der Lohngleichheit kann entweder selbst oder durch Dritte ermittelt werden, z. B. mit dem Instrument LOGIB. Es ist der Auftraggeberin freigestellt, welche Erklärungen bzw. Nachweise betreffend Verpflichtung zur Einhaltung der Lohngleichheit, der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen sie verlangen will (vgl. Anhang I Ziffer 6 VE-VöB).

### **Art. 31** **Eignungskriterien**

*Abs. 1* definiert die Eignungskriterien als die für die Auftrags Erfüllung wesentlichen objektiven und überprüfbaren Kriterien. Obwohl diese Kriterien stets auf die Person der Anbieterin bezogen sind, sind sie mit Rücksicht auf den Leistungsgegenstand zu definieren. Die gewählten Kriterien sollen den Anbieterkreis nicht weiter einschränken, als dies durch den Beschaffungsgegenstand gerechtfertigt ist (Art. VIII:1 GPA 2012).

*Abs. 2* sieht für die Aufstellung der Eignungskriterien eine Kann-Vorschrift vor. Es folgt eine nicht abschliessende Aufzählung der Themen, die durch die Eignungskriterien abzudecken sind. Es handelt sich dabei ausschliesslich um anbieterbezogene Anforderungen, so die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit und Erfahrung der Anbieterinnen.

#### *Abs. 3*

<sup>104</sup> Grünbuch der Europäischen Kommission vom 27. Januar 2011 über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge, S. 5.

Es liegt im Ermessen der Auftraggeberin, die erforderlichen Nachweise für die einzelnen Eignungskriterien zu definieren und einzuverlangen. Eine Pflicht der Auftraggeberin, die Nachweise durch aktive Rückfragen zu validieren, wird damit nicht statuiert. Bei offensichtlichen Zweifeln an der Verlässlichkeit eines Nachweises wird sich freilich eine Validierung aufdrängen.

#### *Abs. 4*

In Abs. 4 wird die Regelung von Art. VIII:2 GPA 2012 umgesetzt, wonach die Auftraggeberin bei der Festlegung der Teilnahmebedingungen für die Teilnahme an der Beschaffung nicht verlangen darf, dass die Anbieterin bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge erhalten hat. Dies dient der Sicherung der Transparenz und der Nichtdiskriminierung und soll den Marktzutritt nicht gefährden. Damit sollen langjährige «Seilschaften» zwischen Auftraggeberinnen und Anbieterinnen verhindert werden. Die Einholung von Referenzen anderer Auftraggeberinnen bleibt weiterhin zulässig (vgl. Art. VIII:2 Bst. b GPA 2012). Allemaal müssen jedoch vergleichbare Aufträge öffentlicher oder privater Auftraggeberinnen als Referenz zugelassen werden.

Das Bundesgericht erachtet es als grundsätzlich zulässig, die Referenzen einerseits als Eignungskriterium, andererseits auch als Zuschlagskriterium zu verwenden (z. B. bei den Eignungskriterien zwei Referenzen zu verlangen und für zusätzliche Referenzen bei den Zuschlagskriterien Punkte zu vergeben). Im Weiteren ist es nicht unzulässig, auch Referenzen einzuholen, welche die Anbieterin *nicht* angegeben hat. Wird jedoch aufgrund einer solchen Referenz zum Nachteil der betroffenen Anbietern abgestellt, muss sich diese dazu äussern können (rechtliches Gehör).<sup>105</sup>

### **Art. 32 Verzeichnisse**

Das GPA sieht in Art. IX:7 bis 13 GPA 2012 eine «multi-use list» vor. Verzeichnisse dienen der effizienten Abwicklung einer Ausschreibung, indem die Eignung einer Anbieterin nicht jedes Mal wieder von neuem geprüft werden muss. Gleichzeitig bergen Verzeichnisse die Gefahr einer Bevorzugung der verzeichneten Anbieterinnen. Diese beiden Gesichtspunkte sind abzuwägen. Ähnliche Effizienzgewinne lassen sich auch mit der Einführung von Anbieterprofilen auf der elektronischen Plattform simap.ch realisieren. Auch dort muss indessen sichergestellt werden, dass die hinterlegten Angaben jederzeit aktuell sind und Anbieterinnen ohne Profil nicht benachteiligt werden.

#### *Abs. 1 und 2*

Abs. 1 präzisiert Art. 19 VE-BöB und räumt den Auftraggeberinnen die Möglichkeit ein, ein Verzeichnis über geeignete Anbieterinnen zu führen. Das Transparenzgebot gilt auch für die Führung solcher Verzeichnisse. Die Angaben, die zu den Verzeichnissen zu publizieren sind, werden in Abs. 2 abschliessend aufgeführt. Die Aufnahme neuer Anbieterinnen, die sich über die gestellten Anforderungen ausweisen, muss in-nerst angemessener Frist erfolgen (Art. IX:10 GPA 2012). Die Veröffentlichung erfolgt periodisch auf der elektronischen Plattform von Bund und Kantonen sowie – nach Wahl der Auftraggeberin – in weiteren Publikationsorganen. Die Angaben sind laufend nachzuführen. Die Zugänglichkeit der in einem Verzeichnis aufgenommenen Inhalte richtet sich nach dem Öffentlichkeitsgesetz.

#### *Abs. 3*

<sup>105</sup> Vgl. BGE 139 II 489, E. 3.2 f.



rinnen und unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Die Anzahl Ausbildungsplätze ist in Relation zur Gesamtzahl an Arbeitsstellen der betreffenden Anbieterinnen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz zu setzen. Es ist mithin das relative Verhältnis, nicht die absolute Zahl massgeblich.<sup>108</sup>

*Abs. 3*

Die Zuschlagskriterien und ihre (relative) Gewichtung sind im Sinne der Transparenz in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen (inklusive Offertunterlagen bei Einladungsverfahren) bekannt zu geben. Bei funktionalen Ausschreibungen, insbesondere auf dem Weg des Dialogs, kann ausnahmsweise auf eine Vorausmitteilung der Gewichtung verzichtet werden: Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand einer Beschaffung, wäre es unpraktikabel, 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 bewusst nicht vorgeben will. Die Ungewissheit der möglichen Angebotsinhalte verunmöglicht eine pflichtgemässe Gewichtung der Kriterien im Voraus. Die Auftraggeberin hat aber immerhin die Rangfolge der Kriterien im Voraus festzulegen und die Bewertung nachvollziehbar festzuhalten.

## **Art. 34 Technische Spezifikationen**

*Abs. 1*

Das GPA 2012 sieht vor, dass die Auftraggeberinnen weder technische Spezifikationen ausarbeiten, annehmen oder anwenden, noch Verfahren für die Konformitätsbescheinigung vorschreiben dürfen, in der Absicht oder mit der Folge, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen (Art. X:1 GPA 2012). Zudem enthält es eine nicht abschliessende Aufzählung der Anforderungen, die unter die technischen Spezifikationen fallen (Art. I Bst. u GPA 2012).

*Abs. 2*

In Übereinstimmung sowohl mit Art. VI:2 GPA 1994 als auch mit Art. X:2 GPA 2012 definiert die Auftraggeberin die technischen Spezifikationen bezüglich Leistung und Funktionsanforderungen und bezieht sich dabei auf internationale Normen oder andere Standardisierungsdokumente, auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder weitere Standardisierungsdokumente sowie Branchenempfehlungen. Andere Standardisierungsdokumente als technische Normen sind beispielsweise europäische Bewertungsdokumente für Bauprodukte gemäss dem Bauproduktgesetz (BauPG)<sup>109</sup>. Als vorhanden sind internationale Normen oder Standardisierungsdokumente im Sinne dieser Vorschrift insbesondere dann anzusehen, wenn sie gemäss den technischen Vorschriften in der Schweiz bezeichnet worden sind.

*Abs. 3* enthält die in Art. VI:3 GPA 1994 und Art. X:4 GPA 2012 wie auch in Art. 16a Abs. 4 VöB sowie in § 15 VRöB vorgesehene *Leitproduktklausel*. Grundsätzlich ist es vergaberechtswidrig, bestimmte Handelsmarken oder -namen, Patente, Urheberrechte, Muster oder Typen sowie Anforderungen mit Bezug auf einen bestimmten Ursprung, eine Anbieterin oder eine Produzentin in der Leistungsbeschreibung zu

<sup>108</sup> Vgl. BGer-Urteil 2P.242/2006 vom 16. März 2007, E. 4.2.1 ff.

<sup>109</sup> Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über Bauprodukte, SR 933.0.

nennen. Eine Ausnahme wird gemacht, wenn die Leistung nicht auf eine andere hinreichend präzise oder verständliche Art und Weise beschrieben werden kann. Dies kommt in der Praxis vor, weshalb ein striktes Verbot nicht praktikabel ist. Die Auftraggeberin darf auf ein Datenblatt eines bestimmten Produkts 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 den Zusatz «oder gleichwertig» oder eine entsprechende Bezeichnung verwendet.<sup>110</sup>

#### *Abs. 4*

Entsprechend Art. X:6 GPA 2012 werden in Abs. 4 die technischen Spezifikationen zur Förderung oder Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder des Umweltschutzes gesondert vorgesehen. Diese Regelung steht unter dem Vorbehalt der Schranken gemäss Art. 13 (vgl. Art. X:1 bis 5 GPA 2012) und darf insbesondere nicht zu Protektionismus oder anderen handelshemmenden Auswirkungen führen. Nebst dem Diskriminierungsverbot (Art. IV GPA 2012) sind die Bestimmungen von Art. XXII:6 bis 8 GPA 2012 zu beachten (keine neuen bzw. Abbau von bestehenden diskriminierenden Massnahmen [stand still], Inhalt zukünftiger Verhandlungen sowie Umsetzung des Arbeitsprogramms über die nachhaltige Entwicklung des GPA 2012). Zudem darf die Formulierung technischer Spezifikationen nicht zu einer verdeckten Verzerrung des Wettbewerbs führen.

### **Art. 35 Bietergemeinschaften und Subunternehmerinnen**

#### *Abs. 1*

Bietergemeinschaften sind wie schon nach geltendem Recht (Art. 21 VöB) grundsätzlich zulässig. Sie sind, ebenso wie Subunternehmerinnen, die wesentliche Leistungen erbringen, immer offen zu legen. Ein (justiziabler) Anspruch der Anbieterinnen auf Bildung einer Bietergemeinschaft besteht indessen nicht; die Auftraggeberin verfügt diesbezüglich über ein weites Ermessen. Häufig können die zu beschaffenden Leistungen ohne Weiteres aus einer Hand angeboten werden.

#### *Abs. 2*

Das Vergaberecht soll wirtschaftliche und wettbewerbsneutrale Beschaffungen ermöglichen; es dient nicht der Förderung gewisser Wirtschaftszweige oder Organisationsformen. Bietergemeinschaften können aus begründetem Anlass beschränkt oder sogar ausgeschlossen werden. Ein solcher Ausschluss ist insbesondere dann gerechtfertigt, wenn ein übermässiger Koordinationsaufwand den Beschaffungszweck gefährdet oder unnötige Transaktionskosten generiert werden.

Ähnliche Überlegungen leiten die Zulassung oder den Ausschluss von Subunternehmerinnen. Bereits die Prüfung der Eignungskriterien kann die Auftraggeberin bei einer Vielzahl von Subunternehmerinnen vor Schwierigkeiten stellen (wobei Subunternehmerinnen unter Umständen nicht alle Eignungskriterien erfüllen müssen).

<sup>110</sup> Vgl. Erläuternder Bericht des EFD vom 1. Januar 2010 zu Art. 16a Abs. 4 VöB, S. 11.

Werden sowohl Bietergemeinschaften als auch Subunternehmerinnen ausgeschlossen, dürfte eine qualifizierte Begründung erforderlich sein. Umgekehrt wird eine Zulassung von Subunternehmerinnen den Ausschluss von Bietergemeinschaften aufwiegen.

*Abs. 3*

Mehrfachbewerbungen von Subunternehmerinnen sind wettbewerbsrechtlich unerwünscht. Zum einen können sie die Kollusion zwischen den Anbieterinnen erleichtern, zum anderen wird ein – unter Umständen massgeblicher – Teil der Angebote vergaberechtlich (da identisch) neutralisiert. Der Anbieterwettbewerb wird dadurch geschwächt. Daher bedarf es eines zureichenden Grundes (z. B. besondere Kenntnisse und Erfahrungen, Immaterialgüterrechte oder Total- oder Generalunternehmerverträge), um Mehrfachbewerbungen zuzulassen.

*Abs. 4*

Diese Bestimmung will Angebote «virtueller» Anbieterinnen, die selber keine oder nur periphere Aufgaben übernehmen, verhindern. Die Zwischenschaltung solcher Anbieterinnen, die primär ihren Namen zur Verfügung stellen, resultiert zwangsläufig in Zusatzkosten. Auftraggeberinnen sollen die Leistungen direkt von den Leistungserbringerinnen beschaffen. In begründeten Fällen kann von diesem Grundsatz abgewichen werden. Der charakteristische Leistungsinhalt bestimmt sich nach Massgabe der Ausschreibung.

## **Art. 36                      Lose und Teilleistungen**

*Abs. 1*

Lose und Teilleistungen dürfen nicht für die Zersplitterung eines Auftrags oder als Instrument zur Flucht vor der Anwendung der Schwellenwerte eingesetzt werden (Art. II:6 GPA 2012). Als Grundsatz wird festgehalten, dass eine Anbieterin die ausgeschriebenen Leistungen insgesamt anbieten muss. Teilangebote für einzelne Leistungsteile werden nicht berücksichtigt.

*Abs. 2*

Eine Leistung kann nach Ermessen der Auftraggeberin gesamthaft oder in Teilen (Losen) ausgeschrieben werden. Einerseits kann die Volumenbündelung Preisvorteile bringen. Andererseits fördert die Aufteilung einer Beschaffung in einzelne Lose den Wettbewerb und erhöht insbesondere die Chancen der KMU, an umfangreichen Beschaffungen teilnehmen zu können.

Anbieterinnen steht kein Recht zur Entbündelung zu. Eine Entbündelung kann sich indessen infolge Terminvorgaben oder der Vermeidung von Abhängigkeiten empfehlen. Lose können insbesondere nach geografischen (z. B. Ost- und Westschweiz), sachlichen (wie Maler-, Gipserarbeiten), quantitativen oder zeitlichen Gesichtspunkten gebildet werden. Evaluation und Zuschlag erfolgen für jedes Los je separat. Allemal gilt der Grundsatz, dass durch die Aufgliederung der Gesamtleistung in Lose die massgebende Verfahrensart nicht umgangen wird.

Der Zuschlag erfolgt für jedes Los jeweils gesondert. Die Anbieterinnen können Angebote für einzelne Lose oder für alle Lose unterbreiten. In den Ausschreibungsunterlagen kann indessen die Anzahl Lose pro Anbieterin beschränkt werden.

*Abs. 3*

Den Anbieterinnen steht es grundsätzlich frei, Angebote für ein Los oder für mehrere Lose einzureichen. Diese Wahlfreiheit kann beschränkt werden. So kann eine Auftraggeberin (z. B. zur Vermeidung von Abhängigkeiten) festlegen, dass jedes Los einer anderen Anbieterin zugeschlagen wird oder dass eine Anbieterin nur eine bestimmte Zahl von Losen erhalten kann. Diese Einschränkung der Wahlfreiheit darf jedoch nicht dazu benutzt werden, bestimmte Anbieterinnen oder Anbietergruppen zu bevorzugen.

#### *Abs. 4 und 5*

Durch eine Entbündelung der Leistungen entsteht Abstimmungsbedarf an den Schnittstellen. Will die Auftraggeberin die verschiedenen Zuschlagsempfängerinnen verpflichten, bei der Leistungserbringung zusammenzuarbeiten, teilt sie das in der Ausschreibung mit (Abs. 4). Das Gleiche gilt, wenn sich die Auftraggeberin den Zuschlag von Teilleistungen vorbehalten will, auch wenn ein Gesamtangebot eingereicht wird (Abs. 5).

### **Art. 37 Varianten**

#### *Abs. 1*

Die Bestimmung entspricht dem heutigen Art. 22a Abs. 1 VöB. Sogenannte Unternehmensvarianten weisen Vor- und Nachteile auf. Zum einen ermöglichen sie bessere Lösungen als die in der Ausschreibung definierten. Zum anderen erschweren sie den Vergleich der verschiedenen Angebote und erhöhen den Transaktionsaufwand einer Ausschreibung. Daher kann die Auftraggeberin Unternehmensvarianten beschränken (z. B. auf einen einzelnen Bereich) oder ganz ausschliessen. Eine Begründung ist nicht erforderlich. Erfolgt keine Beschränkung oder kein Ausschluss, sind Variantenvorschläge zulässig. Auf jeden Fall muss aber ein Angebot zur «Amtsvariante» unterbreitet werden.

#### *Abs. 2*

Varianten zielen nicht darauf, eine andere Leistung als die ausgeschriebene zu beschaffen. Vielmehr kann durch Varianten ein anderer Lösungsansatz oder ein anderer Lösungsweg beschrieben werden. Varianten müssen somit immer eine leistungsbezogene, inhaltliche Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen enthalten, jedoch mit dem Beschaffungsgegenstand funktional gleichwertig sein. Bewegen sie sich ausserhalb des ausgeschriebenen Leistungsgegenstands, sind sie unbeachtlich. Abs. 2 übernimmt die Regelung von Art. 22a Abs. 2 VöB. Bei unterschiedlichen Preisarten wird der Vergleich der Angebote sehr schwierig. Wählt eine Anbieterin lediglich eine andere Preisart (z. B. Globalpreis anstelle von Einheitspreis), liegt keine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot vor. Immerhin steht es den Auftraggeberinnen frei, im Einzelfall den «Amtsvorschlag» hinsichtlich der Preisart derart offen zu umschreiben, dass auch unterschiedliche Preisarten zulässig sind.<sup>111</sup> Erforderlich ist allemal, dass die verschiedenen Offerten vergleichbar und bewertbar sind.

### **Art. 38 Formerfordernisse**

Die Angebote müssen stets schriftlich eingereicht werden (Art. XV:4 GPA 2012). Das Gesetz lässt Raum für die elektronische Abgabe von Angeboten unter Verwendung

<sup>111</sup> Vgl. Erläuternder Bericht des EFD vom 1. Januar 2010 zu Art. 22a Abs. 2 VöB, S. 15.

einer unbestreitbaren Identifikation der Anbieterinnen. Die Formerfordernisse, insbesondere für die Einhaltung der Angebotsfrist und die Vollständigkeit der Unterlagen, sind in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen zu definieren.

Eine Missachtung der Formvorschriften kann zum Ausschluss einer Offerte führen oder die Ungültigkeit des Vergabeverfahrens nach sich ziehen. Allerdings vermag nicht jede Unregelmässigkeit eine solche Sanktion zu rechtfertigen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit darf und muss vom Ausschluss einer Offerte oder von der Ungültigerklärung des Verfahrens abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (Verbot des überspitzten Formalismus).<sup>112</sup>

## **6. Kapitel                    Ablauf des Vergabeverfahrens**

### **Art. 39                        Inhalt der Ausschreibungen**

In diesem Artikel werden die Anforderungen von Art. VII:2 und 3 GPA 2012 hinsichtlich des Mindestinhalts der öffentlichen Ausschreibung umgesetzt. Soweit ein Hinweis publikationspflichtig ist, gilt dies auch für dessen Berichtigung. Die Bestimmung entspricht dem bisherigen Anhang 4 zur VöB (Mindestangaben für die öffentliche Ausschreibung eines Auftrags im offenen oder im selektiven Verfahren).

*Bst. m:* Anliegen zu den Amtssprachen im öffentlichen Beschaffungswesen bildeten wiederholt Gegenstand von parlamentarischen Vorstössen.<sup>113</sup> Um dieser Thematik vertieft nachzugehen, veranlasste der Bundesrat eine gesamtheitliche Studie. Den Empfehlungen dieser Untersuchung folgend, beschloss er am 30. April 2014, dass in Ausschreibungsverfahren des Bundes die Eingaben der Verfahrensteilnehmenden künftig in allen Amtssprachen zuzulassen seien. Im Einladungsverfahren solle nach Möglichkeit mindestens ein Angebot von einer Anbieterin aus einer anderen Sprachregion eingeholt werden. Dieser Beschluss wird auf Verordnungsstufe umgesetzt. Zudem hat die Beschaffungskonferenz des Bundes Empfehlungen zur Förderung der Mehrsprachigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen abgegeben. Die Bundesverwaltung ist bestrebt, eine faire und zweckdienliche Lösung zu schaffen und der Mehrsprachigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen mehr Rechnung zu tragen. Da dies mit mehr Aufwand für die Verwaltung und damit höheren Kosten einhergeht, wurde in den Vorentwürfen ein Mittelweg zwischen Förderung der Sprachenvielfalt und effizienter Verwaltungstätigkeit gewählt. Diese Gewichtung (höhere Kosten für die Steuerzahlenden vs. Mehrsprachigkeit) wird zum politischen Diskurs vorgelegt.

Es soll der Auftraggeberin jedoch weiterhin freistehen, die Projektsprache zu definieren und – beispielsweise bei Bauwerken – an die geografischen Gegebenheiten anzupassen.

<sup>112</sup> Vgl. BGer-Urteil 2D\_50/2009 vom 25. Februar 2010, E. 2.4.

<sup>113</sup> Z. B. 12.3739 Motion, Öffentliche Beschaffungen des Bundes. Gleiche Rechte für die Sprachregionen (N, 19. September 2012, Hodgers); 12.3914 Motion, Ausschreibungsverfahren in den drei Amtssprachen des Bundes (N, 28. September 2012, de Buman); 12.3910 Postulat, Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen. Stopp dem Missstand (N, 28. September 2012, Darbellay); 13.4042 Motion, Beschaffungswesen. Möglichkeit, das Angebot in der Amtssprache eigener Wahl einzureichen (N, 2. Dezember 2012, Bourgeois); 14.3885 Interpellation, Öffentliches Beschaffungswesen. Gesamtes Vergabeverfahren in der Amtssprache des Standortes der Bauten (N, 25. September 2014, Cassis).

*Bst. p:* Die Gewichtung der Zuschlagskriterien muss nicht bei jedem Beschaffungsvorhaben angegeben werden. Bei funktionalen Ausschreibungen kann darauf verzichtet werden (Art. 33 Abs. 3 VE-BöB).

#### **Art. 40** **Inhalt der Ausschreibungsunterlagen**

Die Auftraggeberinnen stellen den Anbieterinnen Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung, die alle erforderlichen Angaben enthalten, um Angebote oder Teilnahmeanträge einzureichen. Die Ausschreibungsunterlagen werden in der Regel zeitgleich mit der Ausschreibung und ebenfalls in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.

*Bst. c:* Eignungskriterien sind Mindestanforderungen an die Eignung der Anbieterinnen und werden daher in der Regel nicht gewichtet. Eine Ausnahme bildet die Präqualifikation im selektiven Verfahren. Da im selektiven Verfahren lediglich eine bestimmte Anzahl geeigneter Anbieterinnen zur Einreichung der Offerte zugelassen wird, muss in der Präqualifikation eine Rangliste resultieren. Dies kann nur über die Bewertung einzelner Eignungskriterien erreicht werden.

*Bst. d:* Die Gewichtung der Zuschlagskriterien muss nur angegeben werden, wenn keine Ausnahme nach Art. 33 Abs. 3 VE-BöB vorliegt. Sollen Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen beschafft werden, ist eine vorgängige Gewichtung der Zuschlagskriterien wenig praktikabel.

*Bst. g:* Bei Beschaffungen des Bundes ist die Offertöffnung in der Regel nicht öffentlich. Es gibt aber durchaus Fälle, in denen die Offerten öffentlich geöffnet werden. Dieser Handlungsspielraum der Vergabestellen soll nicht eingeschränkt werden.

#### **Art. 41** **Angebotsöffnung**

##### *Abs. 1*

Angebote werden nach dem Eingang in einem formalisierten Verfahren geöffnet und auf ihre formelle Vollständigkeit geprüft. Damit werden unerlaubte Nachbesserungen der Offerten im Interesse der Gleichbehandlung der Anbieterinnen verhindert. Die kantonalrechtliche Tradition der öffentlichen Offertöffnung hat sich beim Bund nicht durchgesetzt. Dies hat zwei Gründe: Zum einen bestand beim Bund schon in der Vergangenheit die Möglichkeit der Offertverhandlung. Wenn die Anbieterinnen die Offerten ihrer Konkurrenten kennen, kann nicht effizient verhandelt werden. Zum anderen birgt die öffentliche Offertöffnung die Gefahr des Preisaustausches zwischen den Anbieterinnen. Ein solcher Preisaustausch ist wettbewerbsrechtlich unerwünscht, da er abgestimmte Verhaltensweisen bei künftigen Ausschreibungen begünstigt.

##### *Abs. 2*

Die eingegangenen Angebote werden nach deren Öffnung in einem Protokoll festgehalten. Dabei erfolgt lediglich eine formelle Prüfung und Verwahrung der Angaben. Inhaltliche Bemerkungen zu den Angeboten gehören nicht in das Offertöffnungsprotokoll. Das Protokoll wird zu den Vergabeakten genommen. Es ist nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich, wobei allfällige Geschäftsgeheimnisse und vertrauliche Angaben der Anbieterinnen gebührend zu schützen wären. Die Herausgabe des Offertöffnungsprotokolls kann erst nach rechtskräftigem Zuschlagsentscheid erfolgen.

#### **Art. 42** **Prüfung und Bewertung der Angebote**

### *Abs. 1*

Abs. 1 und 2 entsprechen weitgehend geltendem Recht und führen die Grundsätze von Art. 25 VöB und § 28 VRöB zusammen.

Zunächst sind die eingereichten Angebote auf die Einhaltung der Formvorschriften zu überprüfen (rechtzeitige Eingabe, Vollständigkeit, Unterschriften etc.). Danach sind die Angebote technisch und rechnerisch zu bereinigen und anhand der Eignungs- und Zuschlagskriterien zu prüfen. Anschliessend ist eine bereinigte Vergleichstabelle über die Angebote zu erstellen, welche die Grundlage für den Zuschlagsentscheid bilden soll.

Offensichtliche Rechenfehler sind von Amtes wegen zu korrigieren (Abs. 1). Dies bedeutet, dass solche Fehler einer Berücksichtigung des Angebots nicht entgegenstehen. Das korrigierte Angebot ist vielmehr in die Evaluation einzubeziehen. Der hier verwendete Begriff des «Rechenfehlers» entspricht dem zivilrechtlichen Begriff von Art. 24 Abs. 3 OR. Es handelt sich demnach um eine fehlerhaft durchgeführte arithmetische Operation mit im Angebot richtig aufgeführten Grössen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn beispielsweise für eine Materiallieferung von 1 000 m<sup>3</sup> bei einem Preisangebot von 2 Franken/m<sup>3</sup> schliesslich der Gesamtpreis mit 200 Franken anstatt 2 000 Franken berechnet wird. Ein solcher Fehler ist zu korrigieren und hindert die Verbindlichkeit des Angebotes nicht. Klar von offensichtlichen Rechenfehlern zu unterscheiden sind hingegen absichtliche oder versehentliche Kalkulationsfehler (z. B. Liefern und Einbringen einer bestimmten Betonqualität à 150 statt 250 Franken, weil die Transportkosten vergessen wurden) oder Fehler in der Preiserklärung der Anbieterin (z. B. Kantholz ab Sägewerk à 35 Franken pro m<sup>3</sup> anstatt 350 Franken pro m<sup>3</sup>). In diesen Fällen ist eine Berichtigung unzulässig.

Die Prüfung und Bewertung der Angebote werden in der Praxis dokumentiert. Dies gebietet das Transparenzgebot und zeigt beispielsweise im Fall einer späteren Überprüfung auf, aus welchen Gründen es zum konkreten Zuschlag kam. Einzelheiten sind in der Verordnung geregelt.

### *Abs. 2*

Die Offertbereinigung hat zum Ziel, die Vergleichbarkeit von Offerten insbesondere mit Blick auf diejenigen Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis beziehen, sicherzustellen. Sie ist grundsätzlich auf die Korrektur von unbeabsichtigten Fehlern begrenzt und darf nicht zur Änderung der Angebote oder Nachbesserung von Mängeln (mit Ausnahme von Rechenfehlern) führen.<sup>114</sup>

Es liegt im pflichtgemässen Ermessen der Auftraggeberin, ob und – vorbehältlich der Gleichbehandlung der Anbieterinnen – wie die Angebote bereinigt werden sollen. Falls es zwecks objektiver Vergleichbarkeit zu einer Angebotsbereinigung kommt, ist sowohl deren Ablauf als auch dessen Inhalt nachvollziehbar zu dokumentieren.

### *Abs. 3*

Diese Bestimmung findet in Art. XV:6 GPA 2012 eine Grundlage und ist bereits unter dem geltenden Recht bekannt (Art. 25 Abs. 4 VöB). Sie ermächtigt die Auftraggeberin, im Falle ungewöhnlich niedriger Angebote bei der Anbieterin nachzufragen, ob die Teilnahmebedingungen und die Modalitäten der Auftragserfüllung richtig verstanden wurden. Kann die Anbieterin die Einhaltung dieser Bedingungen nicht oder nicht überzeugend garantieren und allfällige Zweifel an einer korrekten Auftragserfüllung

<sup>114</sup> Vgl. BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012, E. 4.

nicht ausräumen, kann das Angebot ausgeschlossen werden (vgl. Art. 46 Bst. a VE-BöB).

Ungewöhnlich tiefe Angebote stellen *per se* kein vergaberechtliches Problem dar. Unzulässig sind hingegen sogenannte unlautere Angebote im Sinne des UWG. Unlauter ist ein Angebot, wenn ein Unternehmen die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- und Abgabehinterziehungen resultieren. Der Ausschluss eines ungewöhnlich tiefen Angebots kann zudem im Einzelfall geboten sein, wenn infolge Preisumlagerungen von Einheits- in Pauschalpreispositionen der öffentlichen Hand ein erhebliches Vergaberisiko entsteht. Ein Ausschluss einer Anbieterin ist auch dann gerechtfertigt, wenn vertiefte Abklärungen zum Ergebnis führen, dass sie effektiv nicht in der Lage ist, die verlangten Leistungen zum angebotenen Preis zu erbringen bzw. die Auftragsmodalitäten zu erfüllen. Hingegen wäre es sachwidrig und damit unzulässig, derartigen Bedenken in qualitativer Hinsicht bei der Preisbewertung Rechnung zu tragen, um auf diese Weise einen unerwünschten Zuschlag zu verhindern.<sup>115</sup>

#### *Abs. 4*

Die Bewertung der Angebote darf nur nach Massgabe der in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilten Zuschlagskriterien erfolgen. Zur besseren Vergleichbarkeit der Angebote sind die Resultate der Prüfung in einer Bewertungsmatrix festzuhalten. In der Praxis verfügt die Vergabebehörde sowohl beim Erstellen der Beurteilungsmatrix als auch beim Bewerten der Kriterien über ein erhebliches Ermessen.<sup>116</sup>

#### *Abs. 5*

Bei komplexen Beschaffungsvorhaben mit einer Vielzahl technischer Spezifikationen und Zuschlagskriterien bedeutet die Prüfung der Offerten einen erheblichen Aufwand. Z. B. kann es erforderlich sein, im Rahmen der Angebotsbewertung einen Labor- oder Feldtest durchzuführen, um bestimmte Eigenschaften der Leistung beurteilen zu können. Gestützt auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit muss es der Auftraggeberin erlaubt sein, nach einer ersten Prüfung die Anzahl der Angebote zu reduzieren und nur die so verbleibenden Angebote in einem zweiten Schritt einer weiteren Prüfung und Bewertung zu unterziehen. Im Sinne des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebots empfiehlt es sich, die Anwendung dieser Norm und die Anzahl der Anbieterinnen, welche nach der ersten Prüfung zu Ende evaluiert werden, bereits in der Ausschreibung bekannt zu geben. In allen Fällen ist sicherzustellen, dass trotz Reduktion der Angebote ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

## **Art. 43                      Zuschlag**

### *Abs. 1*

Ein kardinaler Grundsatz des GPA verlangt, dass der Zuschlag an das *wirtschaftlich günstigste Angebot* erfolgt (Art. XV:5 Bst. a GPA 2012: «most advantageous tender»). Daher besteht im Beschaffungsrecht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung des Auftrags an diejenige Anbieterin, die das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat.<sup>117</sup> Dieses wird ermittelt, indem Qualität und Preis einer Leistung sowie je

<sup>115</sup> Vgl. BRK 2003-032 vom 15. Juni 2004, E. 2 ff.

<sup>116</sup> Vgl. BGer-Urteil 2D\_49/2011 vom 25. September 2012, E. 7.4.

<sup>117</sup> Vgl. BGer-Urteil 2D\_49/2011 vom 25. September 2012, E. 1.3.1.

nach Leistungsgegenstand weitere Kriterien berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung sogenannter Sekundärziele (wie Ressourcen- und Energieeffizienz, Förderung von Innovationen, soziale Eingliederung) darf jedoch nicht in einer versteckten Diskriminierung oder einer ungerechtfertigten Verweigerung des Marktzutritts resultieren. Während Anliegen des Umweltschutzes sowie Sozialziele zunehmende Bedeutung in der Vergabepaxis einnehmen, ist ihr diskriminierendes Potenzial nicht zu unterschätzen.

#### *Abs. 2*

Für die Beschaffung weitgehend standardisierter Güter kann (in Anlehnung an Art. 21 Abs. 3 BöB) ausschliesslich auf deren Preis abgestellt werden. Bereits Art. X:7 Bst. c und Art. XV:5 Bst. b GPA 2012 lassen es zu, dass Angebote allein nach ihrem Preis bewertet werden. Die Auftraggeberin hat diesbezüglich ein Ermessen. Werden keine Zuschlagskriterien bekannt gegeben, ist der Auftrag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises zu vergeben.

Eine generelle vorrangige Bedeutung des Preises lässt sich jedoch selbst für standardisierte Güter nicht *per se* ableiten. Sofern es für eine möglichst nachhaltige Beschaffungspraxis erforderlich ist, kann das Preiskriterium auch bei einfacheren Beschaffungen (im Vergleich zu den übrigen anwendbar erklärten Zuschlagskriterien) durchaus untergeordnet gewichtet werden. Voraussetzung ist dabei, dass der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel gemäss Art. 1 Bst. a VE-BöB im Einzelfall gewahrt bleibt. Die Bedeutung des Preises hängt immer auch vom angewendeten Bewertungssystem ab.

### **Art. 44 Vertragsschluss**

#### *Abs. 1*

Der Zuschlag eines Auftrags ist eine Verfügung nach öffentlichem Recht, der im Anschluss daran geschlossene Vertrag ist privatrechtlicher Natur. Auch wenn die Anbieterin mit dem wirtschaftlichsten Angebot Anspruch auf den Zuschlag hat, besteht kein Anspruch auf einen Vertragsschluss. Der Vertragsschluss liegt im Ermessen der Auftraggeberin.

Die Bestimmung entspricht weitgehend der Regelung in Art. 22 Abs. 1 BöB, wobei neu ausdrücklich festgehalten wird, dass auch der Ablauf der Beschwerdefrist für Rechtsmittel gegen den Zuschlag abzuwarten ist: Obwohl einer allfälligen Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt, darf der Beschaffungsvertrag erst nach Ablauf der Beschwerdefrist bzw. nach der Abweisung eines Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung geschlossen werden.<sup>118</sup> Infolge der Übermittlungsfristen solcher Gesuche sowie der Benachrichtigung durch das zuständige Gericht besteht in der Praxis eine Stillstandsperiode von insgesamt 25 Tagen. Diese kann etwas länger dauern, wenn ausländische Anbieterinnen offeriert haben.

Ein vorzeitig abgeschlossener Beschaffungsvertrag ist nicht schlechthin nach Art. 20 OR nichtig. Das Vergaberecht, das primär der wirtschaftlichen Beschaffungstätigkeit verpflichtet ist, gebietet keine derart weitgehende Sanktion. Der inhaltliche Mangel besteht nicht im verfrühten Vertragsschluss, sondern in einem allfälligen, im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zu klärenden Verstoss gegen die Regeln und Grundsätze

<sup>118</sup> Vgl. BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, E. 7.1.

des Vergaberechts. Bei erfolgreichem Ausgang des Verfahrens ist eine Anweisung des Gerichts an die Auftraggeberin denkbar, die Leistungen (bei weiterem Bedarf) neu auszuschreiben und den verfrüht geschlossenen Vertrag nach Massgabe dessen Kündigungsregeln auf einen Termin nach Abschluss der erneuten Ausschreibung zu kündigen.

Die freihändige Vergabe mit einem Beschaffungswert ab 150 000 Franken unterliegt gleich wie eine Zuschlagsverfügung im offenen und im selektiven Verfahren bzw. im Einladungsverfahren der Beschwerde. Folglich ist auch im freihändigen Verfahren mit dem Vertragsschluss zuzuwarten, bis die Beschwerdefrist abgelaufen ist. Ein Zuschlag kann allenfalls sogar nach Vertragsschluss wieder aufgehoben werden, ohne dass dadurch freilich die privatrechtliche Gültigkeit des Vertrags infrage gestellt wäre.<sup>119</sup>

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Privatrechts ist im Beschaffungsrecht zwischen der internen Willensbildung der Auftraggeberin einerseits und dem Vertragsschluss zwischen Auftraggeberin und Anbieterin andererseits zu unterscheiden. Aus dem Umstand, dass am Ende des Vergabeverfahrens mit der berücksichtigten Anbieterin ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen wird, lässt sich keine allgemeine privatrechtliche Haftung des Gemeinwesens gegenüber nicht berücksichtigten Anbieterinnen, geschweige denn gegenüber nur mittelbar beteiligten Dritten, ableiten.<sup>120</sup>

#### *Abs. 2*

Wurde das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt, darf der Beschaffungsvertrag mit der Zuschlagsempfängerin ohne Weiteres geschlossen werden. Einem allfälligen Weiterzug des Massnahmenentscheids ans Bundesgericht (der im Übrigen nur bei Verletzung verfassungsmässiger Rechte und Fragen von grundsätzlicher vergaberechtlicher Bedeutung möglich ist<sup>121</sup>) kommt mangels gesetzlicher Anordnung keine aufschiebende Wirkung zu. Immerhin ist der Vertragsschluss dem befassten Gericht anzuzeigen. Damit ist die Beschwerdeführerin auf den sogenannten Sekundärrechtsschutz verwiesen.

### **Art. 45                      Abbruch**

#### *Abs. 1*

Ein Beschaffungsverfahren wird entweder durch eine Zuschlags- oder durch eine Abbruchverfügung abgeschlossen. Ein Abbruch ist aus zureichenden Gründen in jedem Verfahrensstand möglich (Art. XV:5 GPA 2012, Art. 30 BöB). Über das Beschaffungsbedürfnis entscheidet allein die Auftraggeberin; die Aufzählung möglicher Abbruchgründe in Abs. 1 ist exemplarisch. Massgebend ist einzig, dass sich die Auftraggeberin auf hinreichend sachliche Gründe stützt und mit dem Abbruch weder eine gezielte Diskriminierung einer Anbieterin noch die Behinderung des Wettbewerbs beabsichtigt oder bewirkt.<sup>122</sup>

In der Praxis kann es vorkommen, dass «überspezifiziert» wird. Ein Abbruch ist daher zusätzlich zu den in Bst. b genannten Gründen auch zulässig, wenn kein Angebot die technischen Spezifikationen *oder* weiteren Anforderungen erfüllt. Auch veränderte

<sup>119</sup> Vgl. BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, E. 7.2.

<sup>120</sup> Vgl. BGer-Urteil 4A\_397/2012 vom 11. Januar 2013, E. 2.2.

<sup>121</sup> Vgl. Art. 83 lit. f Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 98 BGG.

<sup>122</sup> Vgl. BGE 134 II 192, E. 2.3 f.

Rahmenbedingungen (Bst. c) und die daraus resultierende Möglichkeit eines günstigeren Angebots rechtfertigen einen Abbruch des Verfahrens – beispielsweise, wenn die Auftraggeberin im Laufe des Verfahrens neue Erkenntnisse erlangt (z. B. von neuen Techniken). Ein Abbruch ist jedoch auch aufgrund einer wesentlichen Bedarfsänderung (Bst. f) möglich oder wenn die eingereichten Angebote die geschätzten Kosten deutlich übersteigen (Bst. d).

Bei einer Abbruchverfügung sind die Anforderungen an die Begründungsdichte etwas höher als bei einer Zuschlagsverfügung: Aus einer Abbruchverfügung muss direkt hervorgehen, aus welchen sachlichen Gründen die Auftraggeberin das Verfahren abbricht und ob der Abbruch definitiv ist oder eine Wiederholung des Verfahrens in Betracht gezogen wird.<sup>123</sup>

Eine Publikationspflicht in Bezug auf den Abbruch war bislang weder im BÖB noch in der VöB vorgesehen, hingegen war die Publikation des Abbruchs auch nicht gesetzlich ausgeschlossen.<sup>124</sup> Diese Rechtsunsicherheit wird beseitigt, indem der Abbruch künftig zu publizieren ist (Art. 50 Abs. 1 VE-BÖB). Auf eine individuelle Eröffnung kann verzichtet werden.

*Abs. 2*

Der Entscheid, von einem Zuschlag abzusehen und das Verfahren abzubrechen, ist nicht justiziabel. Bei einem Abbruch haben Anbieterinnen keinen Anspruch auf Entschädigung ihrer Auslagen für die Einreichung des Angebots.

#### **Art. 46                      Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags**

Die Möglichkeit, Anbieterinnen wegen Fehlverhaltens oder anderer Gründe auszuschliessen, sah bereits Art. VIII Bst. h GPA 1994 (Teilnahmebedingungen) vor. Allerdings war die Formulierung wenig griffig und nur die Tatbestände des Konkurses und der unwahren Erklärungen wurden beispielhaft aufgezählt. Im revidierten GPA wurden die Tatbestände, die einen Ausschluss vom Verfahren begründen, erweitert. Art. VIII:4 GPA 2012 führt exemplarisch folgende Ausschlussgründe auf:

- a) Konkurs,
- b) unwahre Aussagen,
- c) erhebliche oder anhaltende Mängel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung oder Verpflichtung früherer Aufträge,
- d) rechtskräftiges Urteil betreffend ein schweres Verbrechen oder sonstige schwere Delikte,
- e) berufliches Fehlverhalten, Handlungen oder Unterlassungen, die die kommerzielle Integrität der Anbieterin beeinträchtigen oder
- f) Nichtbezahlung von Steuern.

Gefordert wird allemal eine «supporting evidence». Dass die Auftraggeberin negative Erfahrungen aus früheren Aufträgen ebenso wie die Resultate aus einer Abklärung durch die WEKO (Submissionsabreden, Kollusion) berücksichtigen kann, stellt eine zentrale Neuerung von Art. VIII:4 GPA 2012 dar. Nach dem Wortlaut im GPA 2012 berechtigt eine frühere Vertragsverletzung in einem untergeordneten Punkt allerdings

<sup>123</sup> Vgl. BVGer 2449/2012 vom 6. September 2012, E. 4.2 ff.

<sup>124</sup> Vgl. BVGer B-2449/2012 vom 6. September 2012, E. 3.4.1.

auch dann nicht zum Ausschluss der betreffenden Anbieterin, wenn diese Vertragsverletzung wiederholt erfolgt ist.<sup>125</sup>

Sanktionen im Rahmen von öffentlichen Vergaben erschöpfen sich nicht in der Möglichkeit, Anbieterinnen von einem Verfahren auszuschliessen. Darüber hinaus muss ein wirksames Instrumentarium auch die Möglichkeit enthalten, eine Anbieterin aus einem amtlichen Verzeichnis zu streichen und einen bereits erteilten Zuschlag zu widerrufen. Die Auftraggeberinnen haben diesbezüglich ein grosses Ermessen. Ebenso kann es sich von Fall zu Fall empfehlen, die betroffene Ausschreibung abubrechen.

Art. 46 VE-BöB enthält eine *nicht abschliessende* Liste von Tatbeständen, die einen Ausschluss, einen Widerruf des Zuschlags oder die Streichung aus einem Verzeichnis rechtfertigen. Mit der Kann-Formulierung ist angedeutet, dass nicht jede Verfehlung einer Anbieterin zwingend solche Folgen haben muss. Beispielsweise, wenn die Verletzung einer Vorschrift als Bagatelle betrachtet und sofort korrigiert werden kann, wäre ein Ausschluss nicht gerechtfertigt. Bei Lohngleichheitskontrollen im Beschaffungswesen des Bundes besteht z. B. eine Toleranzschwelle von 5 Prozent, weil nicht auszuschliessen ist, dass in der standardisierten Überprüfung gewisse in einem Unternehmen lohnrelevante Faktoren nicht berücksichtigt werden. Dies soll verhindern, dass ein Unternehmen zu Unrecht sanktioniert wird. Liegt jedoch ein rechtskräftiges Urteil wegen schwerer Delikte vor, dürfte ein Ausschluss regelmässig geboten sein (so auch Art. 57:1 der Richtlinie 24/2014/EU).

*Bst. d:* Der «Unrechtsgehalt» ist unterschiedlich. Erfasst wird einerseits die rechtskräftige Verurteilung der Anbieterin oder ihrer Organe wegen eines Verbrechens (gegen beliebige Dritte) sowie andererseits ein Verbrechen oder Vergehen «zum Nachteil der jeweiligen Auftraggeberin», d. h. Fälle, in denen noch kein rechtskräftiges Urteil vorliegt, die Auftraggeberin jedoch geschädigte Person im Sinne von Art. 115 Strafprozessordnung (StPO)<sup>126</sup> ist.

*Bst. h:* Ein Teil der «Bestimmungen zur Bekämpfung der Korruption» findet sich im Strafgesetzbuch (Art. 322<sup>ter</sup> ff. StGB). *Bst. h* betrifft jedoch auch Normen des internationalen Rechts sowie Bestimmungen zivilrechtlicher Natur, welche die Bekämpfung der Korruption zum Inhalt haben – beispielsweise als eigenständige Vertragsklausel oder Bestandteil von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die beschaffungsrechtlichen Konsequenzen der Verletzung dieser Bestimmungen wird gestützt auf eine Empfehlung der OECD<sup>127</sup> in einem eigenem Tatbestand geregelt.

*Bst. m:* Erfasst wird zudem die mangelhafte Ausführung früherer Aufträge (Teilsatz 1) oder der Fall, dass die Anbieterin in anderer Weise erkennen liess, keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin zu sein (Teilsatz 2). Letzteres ist ein Auffangtatbestand; seine Anwendung bedarf einer sorgfältigen Interessenabwägung.

Auch bei den anderen Tatbeständen sind der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Verbot des überspitzten Formalismus zu beachten.<sup>128</sup> Dies ist auch deshalb angezeigt, weil die Auftraggeberin in den meisten Fällen allein gestützt auf Verdachtsgründe eine Anbieterin aus dem laufenden Verfahren ausschliessen, sie aus einem Verzeichnis streichen oder einen Zuschlag widerrufen könnte. Hat die Auftraggeberin Sachverhalte in einem Rechtsgebiet zu beurteilen, in welchem sie keine besonderen

<sup>125</sup> Vgl. Stöckli/Beyeler, Neues GPA, neue Urteile, neue Tendenzen, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich, 2012, S. 36.

<sup>126</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

<sup>127</sup> Organisation for Economic Co-Operation and Development.

<sup>128</sup> Vgl. BGer-Urteil 2C\_782/2012 vom 10. Januar 2013, E. 2.3.

Fachkenntnisse aufweist (z. B. Verstoss gegen anerkannte Berufsregeln, Verletzung der Bestimmungen über die Schwarzarbeit oder bei Wettbewerbsabreden), kann sie bei Bedarf die entsprechenden Fachbehörden konsultieren.

Der Ausschluss einer Anbieterin vom Vergabeverfahren kann durch individuell eröffnete Verfügung oder implizit durch Zuschlagserteilung an eine andere Anbieterin erfolgen. Auf eine individuell eröffnete Verfügung besteht bereits unter dem aktuellen Recht kein Anspruch.<sup>129</sup> Diese Praxis soll auch unter dem neuen Recht beibehalten werden.

#### **Art. 47 Sanktionen**

Werden die Bestimmungen des Beschaffungsrechts durch die Auftraggeberinnen in krasser Weise verletzt, hat dies Administrativuntersuchungen und für die verantwortlichen Personen Disziplinar massnahmen zur Folge. Die Auftraggeberin wiederum hat die Möglichkeit, eine Anbieterin zu sanktionieren, wenn diese sich rechtswidrig verhält.

Sanktionen müssen gemäss Legalitätsprinzip in einem Gesetz im formellen Sinn geregelt sein. Verwarnungen haben schriftlich zu erfolgen und bilden in der Regel eine Reaktion auf erstmalige Widerhandlungen, die nach keiner weitergehenden Sanktion rufen.

Im Weiteren setzt die Verhängung einer Sanktion ein Verschulden der fehlbaren Person voraus, wobei die fahrlässige Verletzung in den häufigsten Fällen ausreichend sein dürfte (z. B. bei Verletzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften). Der Anbieterin bleiben gegen die Sanktionierung die im Gesetz genannten Rechtsmittelmöglichkeiten (vgl. Art. 55 Abs. 1 Bst. g VE-BöB). Bei der Verhängung einer Massnahme hat die Auftraggeberin dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Schwere der Verfehlung Rechnung zu tragen.

##### *Abs. 1*

Bei schwerwiegenden Widerhandlungen kann die Auftraggeberin fehlbare Anbieterinnen verwarnen oder sie von künftigen Vergaben ausschliessen, wobei diese Massnahmen einzeln oder – wo angezeigt – kumulativ zur Verfügung stehen sollen. Diese Sanktionen sind möglich, wenn eine Anbieterin oder ihre Organe rechtskräftig wegen eines Verbrechens im Zusammenhang mit einem öffentlichen Auftrag verurteilt worden sind oder ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil der jeweiligen Auftraggeberin begangen haben. Eine Verwarnung oder ein Ausschluss von weiteren öffentlichen Aufträgen der jeweiligen Auftraggeberin ist zudem möglich, wenn eine Anbieterin Bestimmungen zur Bekämpfung der Korruption verletzt hat. Schliesslich können auch ein Verstoss gegen anerkannte Berufsregeln (z. B. SIA-Normen) oder Handlungen, die die berufliche Ehre oder Integrität beeinträchtigen, sowie die Missachtung von Pflichten in Bezug auf das behördliche Einsichtsrecht (Art. 18 VE-BöB) zu einer Verwarnung oder gar zu einem Ausschluss führen.

Es steht im pflichtgemässen Ermessen der jeweiligen Auftraggeberin, ob sie eine Sanktion ausspricht oder nicht. Ein Ausschluss von künftigen Vergaben einer Auftraggeberin stellt eine schwere Sanktion dar, die bei einmaligen Verstössen in der Regel nicht gerechtfertigt wäre. Bei wiederholten und schweren Widerhandlungen kann diese Sanktion, nach erfolgter Verwarnung, angemessen sein (im Kanton Zürich gab

<sup>129</sup> Vgl. BRK 2002-016 vom 4. Februar 2003, E. 1.

es z. B. in den letzten elf Jahren lediglich zwei Ausschlüsse, in einem Fall für ein Jahr, im anderen für fünf Jahre). Der je nach Schwere des Verstosses mehr oder weniger lange Ausschluss von künftigen Aufträgen beschränkt sich immer auf die Rechtspersönlichkeit der jeweiligen Auftraggeberin. Die Vergabestellen des Bundes sollen z. B. der SBB und der Post nicht vorschreiben, welche Anbieterinnen künftig nicht mehr berücksichtigt werden dürfen (und umgekehrt).

Eine Anbieterin, die in schwerwiegender und wiederholter Weise gewisse Bestimmungen über die Schwarzarbeit missachtet hat und deswegen rechtskräftig verurteilt worden ist, wird gemäss Art. 13 BGSA sanktioniert. Sie wird entweder von der zuständigen kantonalen Behörde während maximal fünf Jahren von künftigen Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens auf kommunaler, kantonaler *und* eidgenössischer Ebene ausgeschlossen, oder es können ihr während einer bestimmten Dauer Finanzhilfen gekürzt werden. Ein zusätzlicher Sanktionstatbestand infolge Verletzung des BGSA im Gesetz erübrigt sich daher.

#### *Abs. 2*

Die Sanktionsmöglichkeiten Verwarnung und Ausschluss bestehen unbeschadet weiterer rechtlicher Schritte gegen die fehlbare Anbieterin. In diesem Zusammenhang ist an Untersuchungen und Sanktionen der Wettbewerbsbehörden, der Strafverfolgungsbehörden oder paritätischer Kommissionen zu denken, soweit diese nicht die Voraussetzung der Sanktionierung nach dieser Bestimmung bilden.

Eine Anbieterin kann nach diesem Absatz nur sanktioniert werden für Verstösse gegen die genannten Sachverhalte, welche sie oder ihre Organe selbst begangen haben. Bei Verstössen von Subunternehmerinnen und beigezogenen Dritten und deren Organe sind diese gestützt auf Abs. 3 zu sanktionieren.

Einem Vorschlag der WEKO folgend wird zudem eine Anzeigepflicht bei hinreichenden Anhaltspunkten einer Kollusion zwischen den Anbieterinnen in das Gesetz aufgenommen. Eine Notifikation der WEKO kann auch unabhängig von der Sanktionierung der betroffenen Anbieterin erfolgen. Bereits Art. 33 Org-VöB sieht eine solche Notifikationspflicht für die Vergabestellen des Bundes vor. Diese Bestimmung kann nach Inkrafttreten des Gesetzes gestrichen werden.

#### *Abs. 3*

Sofern die Tatbestände von Abs. 1 und 2 durch Dritte wie Konsortialpartnerinnen, Subunternehmerinnen, Unterlieferantinnen oder deren Organe erfüllt werden, treffen sie die gleichen Sanktionen wie die Anbieterin.

#### *Abs. 4*

Mit dieser Bestimmung wird die gesetzliche Grundlage für eine zentrale Liste der sanktionierten Anbieterinnen geschaffen. Die Kantone sehen in der IVöB eine entsprechende Liste vor. Bund und Kantone werden die so erhobenen Daten in geeigneter Weise austauschen. Damit wird es möglich, Vergaberechtsverstösse schweizweit zu ahnden. Die Bestimmung ist als Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ zu verstehen: Die Liste ist nicht öffentlich, d. h. sie wird weder aktiv publiziert noch ist der Zugang nach Massgabe der Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes (Passivinformation) vorbehalten. Anfragen seitens der Auftraggeberinnen können nur mit Bezug auf eine spezifische Anbieterin erfolgen, die an einer konkreten Ausschreibung teilnimmt. Nach Ablauf der Sanktion wird die Anbieterin aus der Liste gestrichen. Über abgelaufene Sanktionen wird keine Auskunft erteilt.

#### *Abs. 5*

Eine weitere Sanktionsmöglichkeit statuiert Abs. 5, der den ganzen oder teilweisen Entzug bzw. die ganze oder teilweise Rückforderung von finanziellen Beiträgen vorsieht, falls die Auftraggeberin die beschaffungsrechtlichen Vorgaben nicht beachtet hat.

## **7. Kapitel                      Fristen und Veröffentlichungen, Statistik**

Art. IX:1 GPA 1994 verwies für die Bekanntmachung der Ausschreibung auf das Publikationsorgan nach Anhang II, d. h. für Beschaffungen der zentralen Auftraggeberinnen die Onlineplattform simap.ch und für die Kantone und Gemeinden auf das jeweilige amtliche Publikationsorgan. Art. XVIII GPA 1994 sah überdies vor, dass die Auftraggeberinnen spätestens 72 Tage nach jedem Zuschlag eine einschlägige Bekanntmachung veröffentlichen.

Das Gemeinschaftsrecht statuierte sowohl in der Richtlinie 2004/17/EG als auch in der Richtlinie 2004/18/EG umfangreiche Pflichten betreffend Veröffentlichung und Transparenz. Auch die neuen Richtlinien 2014/24/EU sowie 2014/25/EU enthalten diverse Bestimmungen zu diesem Thema.

Zur Verbesserung der Transparenz führt das GPA 2012 einen separaten Art. VI betreffend «Information über das Beschaffungswesen» ein. Darin wird vorgesehen, dass die Vertragsstaaten im Publikationsorgan gemäss Anhang III (in elektronischer oder Papierform) die Bekanntmachungen betreffend Beschaffungen, die Anzeigen zur Aufnahme auf die mehrfach verwendbare Anbieterliste und die Bekanntmachungen betreffend Zuschlagserteilung und damit zusammenhängende Informationen veröffentlichen. Art. VII:1 GPA 2012 stipuliert zudem, dass die Publikation in einem weit verbreiteten und zumindest für die angekündigte Dauer der Publikation leicht zugänglichen Publikationsorgan erfolgen soll. Art. XVI:3 über die «Transparenz von Beschaffungsinformationen» enthält Bestimmungen zur Aufbewahrung der Unterlagen, Berichte und Daten zur Rückverfolgbarkeit der elektronischen Abwicklung.

Im geltenden Recht fehlt eine übersichtliche Darstellung, welche Entscheide und Mitteilungen zu veröffentlichen sind. Die Art. 39, 40 und 50 VE-BöB sollen diesbezüglich Abhilfe schaffen und die Transparenzerfordernisse des GPA 2012 umsetzen. Gleichzeitig werden in Art. 49 VE-BöB die Vorgaben von Art. XI GPA 2012 zur Verkürzung der Minimalfristen umgesetzt.

### **Art. 48                      Fristen**

#### *Abs. 1*

Unterstellte Beschaffungen können sich hinsichtlich Volumen und Komplexität erheblich unterscheiden. Das Gesetz sieht daher nur Mindestfristen vor. Bei umfangreichen Beschaffungen sollten diese Fristen wie unter geltendem Recht (Art. 19 Abs. 2 VöB) angemessen verlängert werden. Diese Bestimmung geht als *Lex specialis* Art. 19 VwVG vor.

Die Frist für eine schriftliche Eingabe ist – vorbehältlich abweichender Instruktionen der Auftraggeberin – gewahrt, wenn diese am letzten Tag der Frist (spätestens um Mitternacht) der Vergabebehörde eingereicht oder zu deren Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird. Beim Einreichen eines Angebots auf dem Postweg ist für die



## **Art. 50**

## **Veröffentlichungen**

### *Abs. 1*

Der Einsatz moderner Informationstechnologien verbessert die Transparenz des öffentlichen Beschaffungswesens und erleichtert den Marktzutritt. Sowohl im offenen als auch im selektiven Verfahren werden die Ausschreibung, der Zuschlag sowie der Abbruch auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen publiziert. Zudem besteht auch in Bezug auf freihändig erteilte Zuschlüsse im Staatsvertragsbereich eine Publikationspflicht.

Aufgrund der raschen Entwicklung im Bereich der Domainnamen und des E-Governments wird darauf verzichtet, die Publikationsplattform im Gesetz zu benennen. Heute ist das die Plattform «simap.ch» - sie steht in Deutsch, Französisch, Italienisch und weitgehend auch in Englisch zur Verfügung. Träger und Verantwortlicher von «simap.ch» ist der Verein für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz: Verein simap.ch. Der Bund sowie sämtliche Kantone sind Vereinsmitglieder und leisten Beiträge. Ausser dem Bund und allen Kantonen verwenden auch zahlreiche Städte und Gemeinden der Schweiz diese Internetplattform als Publikationsorgan. Die Vorgaben von Art. VII:1 GPA 2012 werden damit eingehalten.

Die Ausschreibungsunterlagen werden in der Regel zeitgleich mit der Ausschreibung und ebenfalls elektronisch zur Verfügung gestellt. Werden die Ausschreibungsunterlagen bei der Veröffentlichung der Ausschreibung gemäss Abs. 1 nicht auf der Internetplattform öffentlich zugänglich gemacht, hat die Auftraggeberin die Unterlagen interessierten Anbieterinnen auf anderem Weg zur Verfügung zu stellen (z. B. als CD-Rom oder Hardcopy via Postweg).

Der Zugang zu den Publikationen über Ausschreibungen und Zuschlüsse ist unentgeltlich. Zusatzleistungen (z. B. Hinterlegung gewisser Eignungsnachweise, elektronische Ablage der Angebote, Abonnementsdienste und Support- oder andere Serviceleistungen) können kostenpflichtig sein.

### *Abs. 2*

Die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen sind regelmässig in der bzw. in einer Amtssprache verfasst, die am Sitz der Auftraggeberin gilt. Das gebieten die Praktikabilität und der Grundsatz der haushälterischen Mittelverwendung. Bei Bauaufträgen ist auf die sprachlichen Verhältnisse am Ort der Baute Rücksicht zu nehmen – dies allerdings nur für Ausschreibung und Zuschlag, nicht notwendigerweise auch für die Ausschreibungsunterlagen. Die Verordnung sieht weitergehende Regelungen vor.

### *Abs. 3*

Ausschreibungen in anderen Sprachen müssen von einer Zusammenfassung in einer der WTO-Amtssprachen begleitet werden. Amtssprachen der WTO sind Englisch, Französisch und Spanisch. Im Staatsvertragsbereich ist mindestens eine Zusammenfassung der Ausschreibung in französischer Sprache beizufügen, wenn die Ausschreibung nicht bereits in dieser Sprache erfolgt.

Diese Bestimmung geht Artikel 33a VwVG vor.

### *Abs. 4*

Die Publikation des Zuschlags hat auch unter der Geltung des GPA 2012 innert 72 Tagen nach dem Erlass der Zuschlagsverfügung zu erfolgen. Art. XVI:2 GPA 2012 will eine minimale Transparenz über erfolgte Zuschlüsse garantieren und steht nicht

im Dienste des Rechtsschutzes. Demgegenüber hat sich in der Schweiz die Praxis eingebürgert, Zuschläge zeitgleich zu publizieren und individuell zu eröffnen.

## **Art. 51                      Aufbewahrung der Unterlagen**

### *Abs. 1 und 2*

Bereits in Art. XX:4 GPA 1994 war eine Aufbewahrungsfrist von drei Jahren für «die Unterlagen zu sämtlichen Aspekten des Beschaffungsverfahrens» vorgesehen. Art. XVI:3 GPA 2012 weist in die gleiche Richtung. Von der Aufbewahrungspflicht erfasst werden alle Dokumente, welche den Ablauf des Verfahrens und die Rechtmässigkeit des Zuschlags nachvollziehbar dokumentieren. Die dreijährige Frist beginnt ab rechtskräftigem Abschluss des Vergabeverfahrens zu laufen, d. h. ab Rechtskraft des Zuschlagsentscheids oder der das Verfahren abschliessenden Verfügung.

In Bezug auf Angebote, denen der Zuschlag nicht erteilt wurde, ist die Auftraggeberin nicht zur Aufbewahrung verpflichtet. Es steht ihr vielmehr frei, die entsprechenden Unterlagen aufzubewahren, zurückzuschicken oder zu vernichten. Auch dies gilt nur, soweit es mit weitergehenden Bestimmungen betreffend die Aufbewahrungspflicht, die sich namentlich im Archivierungsgesetz<sup>131</sup>, im Obligationenrecht bzw. im Ausführungsrecht dazu finden, vereinbar ist.

## **Art. 52                      Statistik**

Schon Art. XIX:5 GPA 1994 sah vor, dass die Vertragsstaaten eine Statistik ihrer Beschaffungen führen. Solche Statistiken haben keinen Selbstzweck. Sie erlauben (auf aggregierter und anonymisierter Basis) eine Überprüfung der eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen.

Im Gemeinschaftsrecht war sowohl in Art. 67 der Richtlinie 2004/17/EG wie auch in Art. 75 der Richtlinie 2004/18/EG vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten der Kommission jährlich einen statistischen Bericht über die in Anwendung dieser Richtlinien vergebenen Aufträge erstatten. Nun sind Art. 85 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Art. 101 der Richtlinie 2014/25/EU massgebend, wonach die statistische Berichterstattung nach einer Initialphase bis April 2017 nur noch alle drei Jahre erfolgen muss.

Die staatsvertraglichen Anforderungen an statistische Erhebungen der zentralen und subzentralen Vergabestellen sind je unterschiedlich. Art. XVI:4 GPA 2012 normiert den Mindestinhalt. Die Berichte erstrecken sich jeweils auf ein Jahr und müssen innerhalb von zwei Jahren nach dem Ablauf des Berichtszeitraums eingereicht werden. Sie enthalten für die Auftraggeberinnen des Bundes

- Angaben zu Anzahl und Gesamtwert *aller* einschlägigen Aufträge für sämtliche betroffenen Vergabestellen,
- Angaben zu Anzahl und Gesamtwert *aller* einschlägigen, von jeder Vergabestelle vergebenen Aufträge nach Waren- und Dienstleistungskategorie auf der Grundlage eines einheitlichen, international anerkannten Klassifikationssystems sowie
- Angaben zu Anzahl und Gesamtwert *aller* einschlägigen, von jeder Vergabestelle freihändig vergebenen Aufträge.

### *Abs. 1*

<sup>131</sup> Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 über die Archivierung, SR 152.1.

Der Entwurf sieht vor, dass der Bund – auch für die Sektorenauftraggeberinnen – innerhalb von zwölf Monaten nach Ablauf eines Kalenderjahrs zuhänden des SECO eine Statistik über die Beschaffungen des Vorjahrs erstellt. Dabei ist zu beachten, dass gemäss GPA eine Statistik betreffend Aufträge sowohl ober- als auch unterhalb der staatsvertraglichen Schwellenwerte zu erstellen ist. Diese Statistik wird elektronisch geführt und periodisch dem Ausschuss für das öffentliche Beschaffungswesen (Art. XXI GPA 2012) übermittelt. Abs. 1 ist so zu verstehen, dass die jeweiligen Auftraggeberinnen für ihren Bereich die entsprechenden Daten sammeln, eine Statistik vorbereiten und dem SECO zukommen lassen.

#### *Abs. 2*

ProvCPC ist die offizielle Nomenklatur der UNO, auf die die WTO referenziert. Die CPV-Klassifikation wird von der EU verwendet und hat sich auch in der Schweiz etabliert. Die Statistik der Beschaffungen durch Auftraggeberinnen des Bundes enthält neben den Angaben zur Anzahl und zum Gesamtwert der Aufträge eine Gliederung in die verschiedenen CPV-Klassierungen (Bst. a). Zudem werden auch Anzahl und Gesamtwert der öffentlichen Aufträge erfasst, die im freihändigen Verfahren vergeben werden (Bst. b).

#### *Abs. 3*

Üblicherweise wird im Beschaffungsrecht (sowohl bei der Bestimmung des Auftragswerts als auch bei der Bewertung der Angebotspreise) der Auftragswert exklusiv der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrwertsteuer betrachtet. In Abweichung zu dieser Praxis enthält die Statistik jeweils den Gesamtwert *inklusive* Mehrwertsteuer. Dadurch werden die Gesamtkosten von Beschaffungen ersichtlich.

#### *Abs. 4*

Das SECO veröffentlicht die Gesamtstatistik unter Vorbehalt des Datenschutzes und der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen. Die Gesamtstatistik (vgl. Art. 31 VöB) gibt Auskunft über die Beschaffungen des Bundes, der Sektorenauftraggeberinnen und der Kantone (ohne Gemeinden). Sie kann ausser den Mindestangaben gemäss Abs. 2 weitere Informationen enthalten, beispielsweise die Verteilung der Zuschläge auf die Sprachregionen und die Zuschlagsempfängerinnen.

## **8. Kapitel                    Rechtsschutz**

Wie bereits das GPA 1994 sieht auch das GPA 2012 in Art. XVIII vor, dass die Vertragsstaaten «zügige, wirksame, transparente und nichtdiskriminierende Überprüfungsverfahren auf Verwaltungs- oder Gerichtsebene» festlegen, damit die Anbieterinnen Beschwerde gegen behauptete Rechtsverletzungen erheben können. Art. XX GPA 1994 regelte das Überprüfungsverfahren nur rudimentär und überliess das Feld weitgehend dem innerstaatlichen Recht; das GPA 2012 ist diesbezüglich nur wenig ausführlicher. Art. XX:7 GPA 1994 wie Art. XVIII:7 GPA 2012 stellen es beispielsweise ins Ermessen der Vertragsstaaten zu bestimmen, ob einer Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid aufschiebende Wirkung zukommt oder nicht.

Nach geltendem Recht sind Verfügungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nicht mit Beschwerde anfechtbar (Art. 39 VöB). Mit Blick auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) stellt sich die Frage, ob nicht alle Verfügungen anfechtbar sein sollten und damit bereits ab einem Auftragswert von 1 Franken Rechtsschutz gewährt werden sollte. Dagegen sprechen Kosten- und Effizienzgründe, die in einem Spannungsfeld

zum Rechtsschutzbedürfnis der Anbieterinnen stehen. Ein Rechtsschutz bei sämtlichen öffentlichen Aufträgen würde zu deutlich höheren administrativen Aufwendungen und zu Verzögerungen des Beschaffungsprozesses, jedoch kaum zu mehr Wettbewerb führen. Dies stünde im Widerspruch zum Grundsatz des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel und zum Ziel, das Beschaffungsverfahren zu vereinfachen. Der Gesetzesentwurf eröffnet daher den Zugang zum Gericht für Beschaffungsvorhaben mit einem Auftragswert ab 150 000 Franken und sieht für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ein rasches und einfaches Verfahren vor. Damit wird der Rechtsschutz im Vergleich zum geltenden Recht erheblich erweitert. Hingegen wird in Bezug auf dem Gesetz unterstellte Beschaffungen im Rahmen der internationalen Entwicklungshilfe eine Ausnahme statuiert (Art. 54 Abs. 5 VE-BöB).

## **Art. 53 Eröffnung von Verfügungen**

### *Abs. 1*

An offenen und selektiven Vergabeverfahren kann sich eine Vielzahl von Parteien beteiligen. Die Eröffnung der Ausschreibung, des Zuschlags (auch in freihändigen Verfahren, Art. 23 VE-BöB, sowie in Einladungsverfahren, Art. 16 Abs. 3 VE-VöB) und des Abbruchs (Art. 45 VE-BöB) erfolgt immer (auch) durch Publikation. Alle anderen Verfügungen werden nach Wahl der Auftraggeberin individuell oder durch Publikation auf der elektronischen Plattform eröffnet. Infolge des speziellen Charakters des Verfahrens und des Schutzes der Geschäftsgeheimnisse der Anbieterinnen besteht im Verfügungsverfahren kein Anspruch auf rechtliches Gehör.

### *Abs. 2*

Das Staatsvertragsrecht schreibt die summarische Begründung des Zuschlags lediglich auf Ersuchen einer Anbieterin vor (Art. XVI:1 GPA 2012). Die mindestens zehntägige Beschwerdefrist nach Art. XVIII:3 GPA 2012 beginnt erst mit der summarischen Begründung zu laufen. Der blosser Hinweis, wonach der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, genügt nicht. Allerdings kann eine mangelhafte Begründung im Beschwerdeverfahren unter Umständen geheilt werden.<sup>132</sup>

Neu werden alle Verfügungen summarisch begründet, ohne dass es eines konkreten Ersuchens bedarf. Als Teil der Begründung des Zuschlags sind z. B. die Gründe kurz darzulegen, weshalb das Angebot der Zuschlagsempfängerin mit Rücksicht auf die Zuschlagskriterien den anderen Angeboten überlegen ist. Diese Begründung soll die unterlegenen Anbieterinnen in die Lage versetzen, den Zuschlagsentscheid in den Grundzügen nachvollziehen zu können.

Falls die Publikation einer Verfügung auf [simap.ch](http://simap.ch) keine summarische Begründung enthält, wird die Beschwerdefrist nach Art. 58 VE-BöB nicht ausgelöst. Die Frist beginnt dann ab der individuellen Eröffnung des begründeten Entscheids zu laufen.

Als Ergänzung zur summarischen Begründung sehen Auftraggeberinnen regelmässig ein sogenanntes Debriefing mit den Anbieterinnen vor. Der Anstoss zu einem Debriefing kann von der Anbieterin oder von der Auftraggeberin kommen. Das Debriefing soll es den unterlegenen Anbieterinnen ermöglichen, die Gründe für ihre Nichtberücksichtigung besser zu verstehen, sodass unnötige Beschwerden nach Möglichkeit vermieden werden können.

<sup>132</sup> Vgl. BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012, E. 3.

### *Abs. 3*

Der Mindestinhalt der Zuschlagsbegründung wird von Art. XVI:1 GPA 2012 vorgegeben. Jede Anbieterin hat Anspruch auf Kenntnis der «Gründe, aus denen ihr Angebot nicht berücksichtigt wurde» und der «relativen Vorteile des Angebots der erfolgreichen Anbieterin». Dies sind zwei Seiten derselben Medaille. Im Rahmen der (regelmässig zu publizierenden) Zuschlagsverfügung wird man sich auf die ausschlaggebenden Merkmale und die Vorteile des berücksichtigten Angebots (Bst. c) beschränken, wobei dessen Gesamtpreis (Bst. b) wenn möglich inklusive all seiner Optionen anzugeben ist. Im individuellen Debriefing können auch die relativen Schwächen der Angebote der unterlegenen Anbieterinnen zur Sprache kommen.

### *Abs. 4*

Angebote auf öffentliche Ausschreibungen enthalten regelmässig Geschäftsgeheimnisse der Anbieterinnen. Daher ist die Einsicht in die Konkurrenzofferten untersagt. In gleicher Weise sind Geschäftsgeheimnisse im Rahmen der summarischen Begründung und des Debriefings zu schützen. Diese und weitere Verweigerungsgründe sind bereits in Art. XVII:3 GPA 2012 angelegt.

## **Art. 54                      Beschwerde**

### *Abs. 1 und 2*

Der Zugang zum Gericht steht bei sämtlichen Beschaffungsvorhaben mit einem Auftragswert ab 150 000 Franken offen. Er besteht nicht nur unabhängig davon, ob es sich um eine Auftraggeberin nach Art. 4 Abs. 1 VE-BöB oder eine Sektorenauftraggeberin handelt, sondern auch unbekümmert darum, ob ein Bau-, Dienstleistungs- oder Lieferungsantrag vorliegt. Dies ist möglich, weil künftig alle Zuschläge ab diesem Wert zu publizieren sind. Zuständig für Beschwerden gegen Verfügungen der Auftraggeberinnen ist auf Bundesebene (d. h. bei Beschaffungsvorhaben, die nach Massgabe des BöB ausgeschrieben werden) das Bundesverwaltungsgericht. Der Rechtsschutz bei einem Auftragswert ab 150 000 Franken wird aufgrund eines Kompromisses mit den Kantonen vorgeschlagen (diese wollen im Gegenzug unter bestimmten Bedingungen Verhandlungen zulassen). Die für die öffentlichen Ausschreibungen massgeblichen Schwellenwerte werden beibehalten und durch die Erweiterung des Rechtsschutzes nicht tangiert.

Unabhängig vom Auftragswert steht Anbieterinnen der Rechtsweg immer dann offen, wenn sie aus einem Verzeichnis gestrichen oder in ein solches aufgenommen werden oder wenn sie nach Art. 47 VE-BöB sanktioniert werden, z. B. durch eine Sperre von künftigen Aufträgen.

Unter bestimmten Voraussetzungen (Erreichen der staatsvertraglichen Schwellenwerte und Beurteilung einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung) können Urteile des Bundesverwaltungsgerichts innert 30 Tagen mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht weiter gezogen werden (Art. 83 Bst. f, 85 und 100 Abs. 1 BGG). Der Beschwerde an das Bundesgericht kommt – wie derjenigen ans Bundesverwaltungsgericht – grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 103 BGG). Die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat ist ausgeschlossen (Art. 74 VwVG).

### *Abs. 3*

Für Beschaffungen des Bundesstrafgerichts, des Bundespatentgerichts und der Bundesanwaltschaft ist das Bundesverwaltungsgericht die zuständige Beschwerdeinstanz

(Abs. 1). Gegen Verfügungen im Zusammenhang mit Beschaffungen des Bundesverwaltungsgerichts kann direkt beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden. Betrifft eine Beschwerde eine Beschaffung des Bundesgerichts selbst, ist aufgrund der potenziellen Interessenkonflikte Art. 37 Abs. 3 BGG zu beachten. Soweit das Bundesgericht sich nicht zur selbstständigen Beurteilung der Beschwerde in der Lage sieht, sind ausserordentliche Richterinnen und Richter einzusetzen. Dabei würde das Urteilstgremium zufällig durch Los aus der Zahl der kantonalen Obergerichtspräsidenten bzw. –präsidentinnen bestimmt.

#### *Abs. 4*

Für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs steht ein einfaches und rasches Verfahren zur Verfügung. Damit wird ein Doppeltes erreicht: Zum einen eröffnet sich damit Anbieterinnen auch bei Beschaffungen unterhalb der staatsvertraglichen Schwellenwerte und ausserhalb der eingegangenen Verpflichtungen der Zugang zum Gericht. Im Hinblick auf die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV ist ein solcher Ausbau des Rechtsschutzes angebracht. Zum anderen übersteigen die Transaktionskosten eines Beschwerdeverfahrens bei kleineren Beschaffungen rasch den Auftragswert. Es gilt daher eine Abwägung zu treffen zwischen dem Anspruch auf Individualrechtsschutz und dem wirtschaftlichen Umgang mit den Mitteln der Verwaltung sowie den Ressourcen der Gerichte.

Das einfache und rasche Verfahren ermöglicht diese Balance. Es sieht keine aufschiebende Wirkung von Beschwerden vor, erschöpft sich in einem Schriftenwechsel und mündet innert 60 Tagen in eine Instruktionsverhandlung vor dem zuständigen Einzelrichter bzw. der zuständigen Einzelrichterin. Dieser bzw. diese nimmt die Beweise ab und entscheidet vor Ort über die Beschwerde, falls keine Einigung zwischen den Verfahrensparteien gefunden werden kann. Der Entscheid wird auf Antrag der unterlegenen Partei summarisch begründet. Er ist endgültig und kann daher nicht mit einem Rechtsmittel angefochten werden. Die Verordnung regelt die Einzelheiten.

Dieses einfache und rasche Verfahren findet keine Anwendung bei Beschwerden gegen Sanktionen oder gegen die infolge des behördlichen Einsichtsrechts verfügte Rückerstattung von Vergütungen oder Preisreduktionen (Art. 55 Abs. 1 Bst. g und h VE-BöB). In diesen Fällen ist regelmässig das ordentliche Verfahren nach dem VwVG durchzuführen.

#### *Abs. 5*

Kein Rechtsschutz besteht bei Beschaffungen im Bereich der internationalen Entwicklungs- und Ostzusammenarbeit, der humanitären Hilfe sowie der Förderung des Friedens und der menschlichen Sicherheit. Diese Ausnahme rechtfertigt sich, weil auf internationaler Ebene die Tendenz besteht, die internationale Zusammenarbeit ganz vom Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts auszunehmen. Aufträge z. B. in der Entwicklungszusammenarbeit und humanitären Hilfe sind immer von der politischen Situation im Empfängerland abhängig. Der Ruf der Schweiz als zuverlässige Partnerin in den Empfängerländern ist in diesem sensiblen Bereich zentral, und der Erfolg der Projekte hängt oft nicht zuletzt vom Vertrauensverhältnis zwischen den Partnern sowie von diversen weichen Faktoren ab. Ein Beschwerderecht würde zu einem erheblichen Mehraufwand für Programmverantwortliche und Vergabestellen führen, der im Bereich der internationalen Zusammenarbeit nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Mehrwert der gerichtlichen Überprüfung steht.

Auch aus wirtschafts- und verwaltungsökonomischen Gesichtspunkten wäre die Gewährleistung des Rechtsschutzes in diesem spezifischen Bereich für die Erfüllung der Ziele der Entwicklungs- und Ostzusammenarbeit nicht zielführend.

## **Art. 55**                      **Beschwerdeobjekt**

### *Abs. 1*

Die Beschwerdeobjekte werden in Abs. 1 abschliessend aufgezählt. Weitere Zwischenverfügungen können nicht angefochten werden, auch wenn sie (aus Sicht der Beschwerdeführenden) einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bedeuten. Insbesondere sogenannte Parkierungsschreiben, nach denen die Offerte einer Anbieterin bis zum Zuschlagsentscheid nicht weiter geprüft wird, sind nicht anfechtbar.

Die Ausschreibung (Bst. a) umfasst auch deren Berichtigung. Während der Entscheid über die Auswahl der Anbieterinnen im selektiven Verfahren angefochten werden kann (Bst. b), gilt dies nicht in Bezug auf die im Rahmen eines Einladungsverfahrens (Art. 22 Abs. 4 VE-BöB) eingeladenen Anbieterinnen. Bei dieser Auswahl ist die Auftraggeberin frei. Ein Zuschlag (Bst. d) kann unabhängig davon angefochten werden, ob er im offenen, selektiven oder freihändigen Verfahren<sup>133</sup> ergeht. Der Ausschluss aus dem Verfahren (Bst. f) umfasst auch die Reduktion der Anbieterinnen («Downselection») im Rahmen eines Dialogs oder einer elektronischen Auktion, sofern ein solcher Ausschluss durch separat eröffnete Zwischenverfügung erfolgt. Ebenfalls wehren können sich Anbieterinnen, die nach behördlicher Einsichtnahme (Art. 18 VE-BöB) dazu verpflichtet wurden, Vergütungen zurückzuerstatten oder Preise zu reduzieren (Bst. h).

### *Abs. 2*

Es entspricht dem Gebot der Fairness, dass Einwendungen gegen Anordnungen in der Ausschreibung sofort gerügt werden müssen. Mit anderen Worten darf eine Anbieterin mit der Beschwerde gegen den Zuschlag keine Rügen mehr vorbringen, die sie bereits mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte vorbringen können. Diesbezüglich hat sie (bei Verzicht auf eine Anfechtung) ihr Beschwerderecht verwirkt.

Etwas schwieriger gestaltet sich die Rechtslage bei Anordnungen, die nicht in der Ausschreibung selbst, sondern in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind. Diese können nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als «integrierender Bestandteil der Ausschreibung» betrachtet werden<sup>134</sup> (anders noch die Praxis der ehemaligen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen<sup>135</sup> sowie die aktuelle Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Die Praxis der kantonalen Gerichte ist diesbezüglich uneinheitlich.

Zum einen entspricht es einem Bedürfnis der öffentlichen Auftraggeberin, die Anbieterinnen auf Anordnungen zu behaften, wenn sie diese nicht sofort in Frage stellen. Dazu dient u. a. die Rügeobliegenheit der am Verfahren teilnehmenden Anbieterinnen (als Ausfluss des Verhaltens nach Treu und Glauben). Zum andern sollen die Anbieterinnen aus der öffentlichen Ausschreibung erkennen können, ob ein publizierter Auftrag für sie interessant ist. Nach aktueller Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfolgen Rügen daher verspätet, soweit Bedeutung und Tragweite der

<sup>133</sup> Vgl. BGE 137 II 313, E. 2.3.

<sup>134</sup> Vgl. BGE 129 I 313; BGer-Urteil 2C\_225/2009 vom 16. Oktober 2009, E. 4.2.

<sup>135</sup> Vgl. BRK 2001-011 vom 16. November 2001, E. 3b.

fraglichen Anordnung der Auftraggeberin bereits zu einem früheren Zeitpunkt ohne Weiteres erkennbar waren. Immerhin gilt diese Praxis nur dann, wenn nicht ungewöhnliche «Spielregeln» ohne ausdrücklichen Verweis in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen werden. Einer Anbieterin kann nicht zugemutet werden, diese Unterlagen bereits zu einem frühen Zeitpunkt einer umfassenden Rechtsprüfung zu unterziehen.<sup>136</sup> Sind Anordnungen und ihre Tragweite indessen bei pflichtgemässer Sorgfalt erkennbar, so sind diesbezügliche Rügen gegen den Zuschlagsentscheid auch dann verwirkt, wenn die Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen und nicht in der Ausschreibung enthalten waren.

#### *Abs. 3*

Vergaberechtliche Sanktionen wie der Ausschluss oder die Sperre haben verwaltungsstrafrechtlichen Charakter. Daher können die an Beschleunigung und Rechtssicherheit orientierten Spezialvorschriften des Vergaberechts nicht unbesehen übertragen werden. Der Rechtsschutz des Sanktionierten ist höher zu gewichten.

Folglich finden bei Beschwerden gegen die Verhängung einer Sanktion nach Art. 47 VE-BöB die Bestimmungen dieses Gesetzes zum rechtlichen Gehör im Verfügungsverfahren (Art. 53 Abs. 1 VE-BöB), zur aufschiebenden Wirkung (Art. 56 VE-BöB) und zur Beschränkung der Beschwerdegründe (Art. 55 Abs. 1 VE-BöB) keine Anwendung. Stattdessen gelten das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht sowie die verfahrensrechtlichen Regeln des Verwaltungsstrafrechts. Für Beschwerden gegen Sanktionen nach Art. 47 VE-BöB ist auf Bundesebene im Weiteren Art. 21 Abs. 2 VStrR<sup>137</sup> zu beachten, wonach die Anbieterin berechtigt ist, eine gerichtliche Beurteilung der Strafverfügung zu verlangen.

#### *Abs. 4*

In Beschaffungsverfahren mit einem Auftragswert von weniger als 150 000 Franken besteht kein Rechtsschutz. Die (direkten und indirekten) Kosten gerichtlicher Überprüfungsverfahren von Vergaben im Betrag von weniger als 150 000 Franken (Lieferungen und Dienstleistungen) übersteigen deren Nutzen regelmässig. Daher besteht kein Bedarf an einem weiter gehenden Rechtsschutz.

### **Art. 56 Aufschiebende Wirkung**

Gemäss Art. 55 VwVG hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung. Die Nichtgewährung des Suspensiveffekts als Abweichung vom VwVG muss daher auf Gesetzesstufe geregelt werden.

#### *Abs. 1*

Art. XVIII:7 GPA 2012 überlässt es dem Ermessen der Vertragsstaaten zu bestimmen, ob dem Überprüfungsverfahren ein automatischer Suspensiveffekt zukommt oder nicht. Dagegen sprechen primär Praktikabilitätsüberlegungen. Würde eine Beschwerde automatisch die Vollstreckbarkeit des Zuschlagsentscheids aufschieben und den Vertragsschluss bis zum Entscheid der Beschwerdeinstanz verhindern, so bestünde die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten bei der Beschaffung.<sup>138</sup> Ebenso unvorteilhaft würde sich die Situation für die berücksichtigte Anbieterin auswirken. Bereits das geltende Recht sieht daher von diesem Automatismus ab (Art. 28 Abs. 1 BöB).

<sup>136</sup> Vgl. BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012, E. 3.1 und 4.4.

<sup>137</sup> Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht, SR 313.0.

<sup>138</sup> Vgl. BVGer B-4904/2013 vom 29. Oktober 2013, E. 3.

## *Abs. 2*

Unter der Geltung des BöB und der IVöB hat sich die Praxis herausgebildet, während der Dauer der Beschwerdefrist auf den Abschluss des Beschaffungsvertrags zu verzichten. Diese Sperrperiode dauert bis zu dem Zeitpunkt, an dem eine Auftraggeberin vernünftigerweise davon ausgehen darf, dass keine Beschwerde erhoben und kein Gesuch um aufschiebende Wirkung gestellt wurde. Im Zweifelsfall empfiehlt sich eine Rückfrage beim zuständigen Gericht.

## *Abs. 3*

Einem Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird von den Gerichten regelmässig superprovisorisch bis zur Stellungnahme der Auftraggeberin stattgegeben. Während des Superprovisoriums darf kein Vertrag geschlossen und keine den Zuschlagsentscheid präjudizierende Handlung vorgenommen werden. Nach Eingang der Stellungnahme wird über die Aufrechterhaltung des Massnahmenentscheids verfügt.

Wird die aufschiebende Wirkung beantragt, werden in der Praxis im Sinne einer prima-facie-Würdigung anhand der Akten als Erstes die Erfolgchancen der Beschwerde geprüft. Bei offensichtlich unbegründeten Beschwerden wird die aufschiebende Wirkung verweigert. In allen anderen Fällen, d.h. wenn die Beschwerde nicht aussichtslos ist oder Zweifel darüber bestehen, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen: Kriterien für den Entscheid, ob die aufschiebende Wirkung gewährt wird, sind einerseits die Interessen der beschwerdeführenden Partei an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten. Andererseits sind die öffentlichen Interessen, welche die Auftraggeberin wahrnimmt, zu berücksichtigen, wobei dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids ein erhebliches Gewicht zukommt. In die Abwägung miteinzubeziehen sind auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten. Zugleich besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes sowie an der Verhinderung von Vorkehrungen, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen.<sup>139</sup>

## *Abs. 4*

Wird einer Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt, kann sich das Beschaffungsvorhaben um Monate oder Jahre verzögern. Dadurch können sowohl der Auftraggeberin als auch der Zuschlagsempfängerin, die gewisse Ressourcen vorhalten muss, Schaden erwachsen. Dieser Schaden kann nach Massgabe des Bundeszivilrechts geltend gemacht werden. Absatz 4 enthält zu diesem Zweck eine Schutznorm, die rechtsmissbräuchliche oder treuwidrige, z. B. rein dilatorische Beschwerden untersagt.

## **Art. 57                      Anwendbares Recht**

Das Verfügungs- und Beschwerdeverfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des VwVG, soweit die Bestimmungen im vorliegenden Gesetz nichts Abweichendes anordnen. Mit Rücksicht auf die Einheit des Verwaltungsverfahrens werden Abweichungen von den allgemeinen Regeln nur dort vorgesehen, wo sie im Hinblick auf das Vergabeverfahren unbedingt erforderlich sind.

## **Art. 58                      Beschwerdefrist und Beschwerdegründe**

<sup>139</sup> Vgl. BVGer B-4904/2013 vom 29. Oktober 2013, E. 3.

### *Abs. 1*

Art. XVIII:3 GPA 2012 verlangt eine ausreichende Frist für die Vorbereitung und Einreichung einer Beschwerde. Die Frist muss mindestens zehn Tage ab dem Zeitpunkt betragen, zu dem der Anlass der Beschwerde bekannt ist oder vernünftigerweise bekannt sein sollte. Der «Anlass für die Beschwerde» erschöpft sich nicht in der Tatsache, dass eine Anbieterin nicht für den Zuschlag berücksichtigt wurde. Vielmehr wird Kenntnis der wesentlichen Entscheidungsgründe vorausgesetzt.

Die Länge der Frist wird einerseits begrenzt durch das Beschleunigungsgebot und das Bestreben, den Beschaffungsvorgang zeitnah abzuschliessen. Andererseits besteht bei zu kurzer Frist das Risiko unbegründeter «Spontanbeschwerden». Diese lassen sich durch ein professionelles Debriefing (dessen Organisation und Durchführung ebenfalls ein paar Tage Zeit benötigt) verhindern. In Abwägung aller Umstände scheint eine Frist von 20 Tagen als angemessen, womit die heutige Regelung (Art. 30 BöB) übernommen wird.

### *Abs. 2*

Sowohl für das Verfügungs- wie auch für das Beschwerdeverfahren gelten in Vergabesachen keine Gerichtsferien. Damit laufen die Fristen unbeschleunigt ab. Dieser Grundsatz hatte bisher nur im Bereich der vorsorglichen Massnahmen (aufschiebende Wirkung der Beschwerde) allgemeine Geltung. Neu soll er – im Einklang mit zahlreichen kantonalen Regelungen – für das gesamte Verfahren gelten.

### *Abs. 3 und 4*

Im Beschwerdeverfahren sind die Rügen auf Rechtsverletzungen und Ermessensfehler (Über- und Unterschreitung sowie Missbrauch des Ermessens der Auftraggeberin) beschränkt. Die Unangemessenheit des Zuschlags kann im Beschwerdeverfahren nicht geltend gemacht werden – womit die Regelung im geltenden Art. 31 BöB beibehalten wird. Ein Zuschlag ist z. B. dann rechtswidrig, wenn eine Anbieterin aus Gründen ihrer Herkunft nicht berücksichtigt wird. Weiter kann eine dem Gesetz widersprechende Ausschreibung gerügt werden, sei es, dass formale Voraussetzungen nicht erfüllt sind, sei es, dass eine falsche Gewichtung der Kriterien erfolgt. Die Überprüfung der Angemessenheit des Zuschlags, insbesondere des Bewertungsvorgangs, ist hingegen (mangels Justiziabilität technischer und wirtschaftlicher Kriterien) nicht möglich.

### *Abs. 5*

Die einzige Rüge, die im freihändigen Verfahren nach Art. 23 VE-BöB vorgebracht werden kann, betrifft die Wahl des falschen Verfahrens.

## **Art. 59 Akteneinsicht**

Bei der Frage nach dem Einsichtsrecht in Unterlagen geraten zwei Grundsätze des Beschaffungsrechts miteinander in Konflikt: Einerseits gefährdet eine zu weit gehende Akteneinsicht den lautereren Wettbewerb und damit die Gleichbehandlung der Anbieterinnen, andererseits ist eine gewisse Transparenz für einen effektiven Rechtsschutz unabdingbar. Dieser Konflikt wird gelöst, indem je nach Verfahrensstand das Akteneinsichtsrecht unterschiedlich weit gewährt wird.

### *Abs. 1*

Für das Vergabeverfahren (Verfügungsverfahren) wird das Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 26 bis 28 VwVG wie bisher explizit ausgeschlossen. Dies rechtfertigt sich

im Hinblick auf die Geschäftsgeheimnisse und den Schutz des wirksamen Anbieterwettbewerbs. Spätestens nach dem Zuschlag kann den Anbieterinnen auf Verlangen Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll gewährt werden.

*Abs. 2*

Das Akteneinsichtsrecht kommt erst im Beschwerdeverfahren zum Tragen. Es setzt ein Gesuch der Beschwerdeführerin voraus und beschränkt sich auf die Einsichtnahme in die Bewertung ihres Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten. Die besondere Interessenlage, die bereits im Verfügungsverfahren bestand, gilt es auch hier zu beachten. Insbesondere sind Rechte Dritter angemessen und wirksam zu schützen, etwa durch Schwärzung.

Die Einsicht darf auch dann verweigert werden, wenn ein Gesuch sogenannte «verwaltungsinterne Akten» betrifft. Verwaltungsinterne Akten sind Dokumente, denen in einem Verfahren *kein* Beweischarakter zukommt, weil sie ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen und nur für den behördeninternen Gebrauch vorgesehen sind (z. B. Entwürfe, Notizen, Hilfsbelege usw.). Das Bundesverwaltungsgericht hat die Parteimemoranden des Rechtsberaters einer Auftraggeberin als verwaltungsinterne Akten qualifiziert, wobei es festgehalten hat, dass den Geheimhaltungsinteressen der Auftraggeberin unter Umständen Genüge getan werden kann, wenn die Akteneinsicht wenigstens bis zur Erledigung des Beschwerdeverfahrens aufgeschoben wird. Gutachten und Berichte zu umstrittenen Sachverhaltsfragen zählen hingegen nicht zu den verwaltungsinternen Akten.<sup>140</sup> Die Praxis betreffend verwaltungsinterne Akten wird in der Lehre kritisiert, insbesondere seit Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes, welches keine Kategorie generell nicht zugänglicher interner Dokumente kennt. Aufgrund der Besonderheiten des Beschaffungsverfahrens soll dennoch an dieser Praxis festgehalten werden.

## **Art. 60**                      **Beschwerdeentscheid**

*Abs. 1*

Das Gericht kann in der Sache selbst entscheiden oder den Streitgegenstand mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz oder an den Auftraggeber zurückweisen. Es wird von Fall zu Fall entscheiden müssen, welches Vorgehen sich im betreffenden Verfahren als geeignet erweist. Leidet ein Entscheid an unheilbaren formellen Mängeln, wird eine Aufhebung und eine Wiederholung der Ausschreibung (von dem Zeitpunkt an, an dem der Fehler seinen Anfang nahm) kaum zu vermeiden sein. Eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin wird nur in liquiden Fällen möglich sein. Bedarf es zusätzlicher Abklärungen des Sachverhalts, bleibt wiederum nur die Rückweisung.

*Abs. 2*

Ist der Vertrag abgeschlossen und heisst das Gericht anschliessend die Beschwerde gut, kann es nur noch die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung feststellen (sogenannter Sekundärrechtsschutz). Die Aufhebung des Zuschlags, der bereits durch einen privatrechtlichen Vertrag konsumiert wurde, führt in diesem Fall nicht zum Ziel. Dem Verwaltungsrichter beziehungsweise der Verwaltungsrichterin ist ein Eingriff in den privatrechtlichen Vertrag bereits aus Gründen der Zuständigkeit verwehrt. In ei-

<sup>140</sup> Vgl. BVGer B-6177/2008 vom 4. Dezember 2008, E. 5.1.

nem solchen Fall bleibt der Beschwerdeführerin lediglich noch die Möglichkeit, Schadenersatz geltend zu machen. Wurde der Vertrag verfrüht geschlossen oder ging dem Vertragsschluss zu Unrecht keine Ausschreibung bzw. Einladungsverfahren voraus, kann das Gericht die Auftraggeberin anweisen, den Vertrag (nach Massgabe der darin enthaltenen Bestimmungen) auf den nächsten Zeitpunkt hin zu kündigen und den Beschaffungsgegenstand ordentlich dem Wettbewerb zu unterstellen.

#### *Abs. 3*

Bisher waren Schadenersatzbegehren im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes in einem separaten Verfahren nach Massgabe des eidgenössischen Verantwortlichkeitsgesetzes (VG)<sup>141</sup> zu verfolgen. Neu erlaubt Abs. 3 der Beschwerdeführerin eine «adhäsionsweise» Beurteilung des Ersatzbegehrens vor der gleichen Instanz. Dadurch werden Doppelspurigkeiten und unnötige Transaktionskosten vermieden. Voraussetzung dazu bildet, dass das Schadenersatzbegehren liquid ist.

#### *Abs. 4*

Die Beschränkung der Ersatzforderung wird beibehalten. Ersetzt werden lediglich die Offertkosten, d. h. die der Anbieterin im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung des Angebots erwachsenen Kosten. Dies umfasst nicht das gesamte negative Interesse. Weitere Schadenspositionen können von der Beschwerdeinstanz nicht zugesprochen werden. Jedoch verfügt eine Anbieterin allenfalls – bei gegebenen Voraussetzungen – über einen von den Zivilgerichten zu beurteilenden Anspruch aus *culpa in contrahendo*.

### **Art. 61 Revision**

Kommt es zu einem Revisionsgesuch, wurde der Vertrag in der Regel bereits geschlossen. Dem Gericht verbleibt somit analog zu Art. 60 Abs. 2 VE-BöB nur noch die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. Auch im Rahmen des Revisionsverfahrens kann daher nur Sekundärrechtsschutz beansprucht werden.

## **9. Kapitel Schlussbestimmungen**

### **Art. 62 Vollzug**

Die Vorlage enthält eine umfassende Ermächtigung des Bundesrates, unter Beachtung der massgebenden Staatsverträge (insbesondere GPA, BilatAbk, Freihandelsabkommen) Ausführungsvorschriften zu erlassen. Es steht ihm frei, diese Kompetenz generell dem EFD oder fallweise einem Bundesamt, beispielsweise dem Bundesamt für Bauten und Logistik, zu übertragen.

### **Art. 63 Aufhebung und Änderung anderer Erlasse**

#### *Abs. 1*

Die vorgeschlagene Totalrevision führt zu einer Aufhebung des geltenden BöB.

#### *Abs. 2*

#### *Behördenbeschwerderecht*

<sup>141</sup> Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten, SR 170.32.

Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt enthält in Art. 5 BGBM bestimmte Mindestanforderungen an die öffentliche Beschaffung der Kantone und Gemeinden. Gemäss dieser Bestimmung müssen umfangreiche öffentliche Aufträge öffentlich ausgeschrieben werden und es sind die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz einzuhalten. Mit dieser Bestimmung wird gewährleistet, dass ausserkantonale Anbieterinnen einen gleichberechtigten Zugang zu den kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkten haben. Zudem enthält das Binnenmarktgesetz in Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM eine Rechtsschutzgarantie und die WEKO ist generell zuständig für die Überwachung der Einhaltung des BGBM durch Bund, Kantone und Gemeinden. Die WEKO kann Beschwerde gegen binnenmarktrechtswidrige Verfügungen erheben, Gutachten erstatten und Empfehlungen abgeben und sie kann vor Bundesgericht angehört werden.

Die materiellen Mindeststandards von Art. 5 BGBM werden bereits durch die revidierte IVöB (IVöB 2015) gewährleistet. Aus diesem Grund können die binnenmarktrechtlichen Mindeststandards im Bereich der öffentlichen Beschaffung in Bezug auf diejenigen Kantone, die der IVöB 2015 beitreten, im BGBM aufgehoben werden. Für Kantone, die nicht Mitglied der IVöB 2015 sind, gelten die binnenmarktrechtlichen Mindeststandards im Bereich der öffentlichen Beschaffung weiter (Art. 5 BGBM).

Der Rechtsschutz im Bereich der öffentlichen Beschaffung besteht in Kantonen, die der IVöB 2015 beitreten, einheitlich ab einem Auftragswert von 150 000 Franken. Der binnenmarktrechtliche Rechtsschutz im Bereich der öffentlichen Beschaffung (Art. 9 Abs. 2 BGBM) wird deshalb für Konkordatskantone aufgehoben. Für die übrigen Kantone gilt der heutige binnenmarktrechtliche Rechtsschutz vorbehaltlich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weiterhin für alle öffentlichen Beschaffungen, unabhängig vom Auftragswert (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

Die binnenmarktrechtliche Aufsichtsfunktion der WEKO im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffung wird beibehalten. Zur Gewährleistung des funktionierenden Binnenmarkts soll die WEKO auch im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffung weiterhin Empfehlungen und Gutachten erstatten, vor Bundesgericht angehört werden sowie Beschwerde führen können. Nachdem die binnenmarktrechtlichen Mindeststandards im Bereich der öffentlichen Beschaffung im BGBM aufgehoben (Art. 5 BGBM) und ausschliesslich in der IVöB 2015 verankert werden, sind die genannten Aufsichtsinstrumente der WEKO für diejenigen Kantone, die der IVöB 2015 beitreten, auf die Überwachung der Einhaltung der IVöB 2015 zu übertragen. Zu diesem Zweck wird in Art. 8 Abs. 1 und 2, Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> und Art. 10 Abs. 1 BGBM neu auf die IVöB 2015 verwiesen.

#### *Vernehmlassung zum VE-BöB und Vernehmlassung zum Entwurf der revidierten IVöB (E-IVöB)*

Wie zwischen Bund und Kantonen vereinbart, wird die Vernehmlassung zum VE-BöB – aufgrund der Ergebnisse der erfolgreichen Harmonisierung der Beschaffungserlasse im Rahmen der Arbeitsgruppe AURORA – mit grundsätzlich der gleichen Vorlage durchgeführt, welche die Kantone in die Vernehmlassung geschickt haben. Mit Bezug auf das Behördenbeschwerderecht der WEKO enthält der vorliegende Vorentwurf des Bundes entsprechend dem Entscheid des Bundesrates indessen eine Abweichung gegenüber der Vernehmlassung der Kantone zum E-IVöB.

In der Vernehmlassung zum E-IVöB wurde eine Regelung des Behördenbeschwerderechts in der IVöB (und nicht im BGBM) unterbreitet, und zwar mit zwei Varianten:

Beschwerdeerhebung durch das InöB oder die WEKO.<sup>142</sup> Der vorliegende Vorentwurf des Bundes entspricht demgegenüber der heutigen Regelung, wonach das Behördenbeschwerderecht der WEKO im BGBM verankert bleibt. Für die Durchsetzung des Beschwerderechts ist zwingend notwendig, dass es durch eine unabhängige Behörde ausgeübt wird und im Bundesrecht verankert bleibt. Nur damit werden die freie Ausübung des Beschwerderechts gegenüber kantonalen und kommunalen Vergabestellen und eine Kontinuität der bestehenden Regelung gewährleistet. Die WEKO ist als ausserparlamentarische Kommission und von den Vergabestellen und Anbieterinnen unabhängige Behörde am besten geeignet, das Beschwerderecht auszuüben. Mit dieser Lösung ist zudem Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG Rechnung getragen, gemäss welchem eine Behörde nur dann zur Beschwerde vor Bundesgericht legitimiert ist, wenn das Beschwerderecht in einem Bundesgesetz vorgesehen ist. Das Beschwerderecht der WEKO soll weiterhin dazu dienen, beschaffungsrechtliche Fragen des Binnenmarkts wie den interkantonalen Marktzutritt und die Diskriminierung ortsfremder Anbieterinnen gerichtlich zu klären.

*Abs. 3*

Dieses Gesetz regelt die Kompetenz zur Beurteilung von Beschwerden gegen Beschaffungsentscheide von nationalen Gerichten. Dies führt zu einer Änderung von Art. 83 Bst. f BGG.

## **Art. 64 Übergangsrecht**

*Abs. 1*

Ein Beschaffungsverfahren dauert in der Regel längere Zeit. Aus Praktikabilitätsgründen soll bei Beschaffungen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes öffentlich ausgeschrieben oder vergeben wurden, das anwendbare Recht nicht ändern. Das neue Recht ist somit erst auf Beschaffungsverfahren anwendbar, in denen nach seinem Inkrafttreten eine öffentliche Ausschreibung erfolgt. In Fällen, in denen nicht öffentlich ausgeschrieben wird (z. B. in einem Einladungsverfahren oder freihändigen Verfahren) ist der Zeitpunkt der Auftragsvergabe der Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des anwendbaren Rechts. Massgebend ist der Zeitpunkt der Zuschlagspublikation oder individuellen Zustellung gemäss Art. 53 VE-BöB.

Das revidierte Gesetz ist somit anwendbar auf Zusatz- und Folgeaufträge, die nach seinem Inkrafttreten öffentlich ausgeschrieben oder vergeben werden. Dies gilt auch, wenn die Vergabe des ursprünglichen Auftrags nach altem Recht erfolgt ist.

Auch beim Abschluss von Rahmenverträgen ist der Moment der Ausschreibung – und falls diese fehlt, des publizierten Zuschlags – massgebend. Das Vergabeverfahren gilt mit dem Zuschlag für den Rahmenvertrag als abgeschlossen; der Bezug der einzelnen Leistungen erfolgt gemäss den Vorgaben des Obligationenrechts.

Sollte in einem Verfahren ohne Ausschreibung noch vor dem Zuschlag, aber erst nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes ein Entscheid auf Ausschluss oder Abbruch getroffen werden, müsste dieser Entscheid nach altem Recht angefochten werden.

## **Art. 65 Referendum und Inkrafttreten**

<sup>142</sup> Vgl. den E-IVöB und die Erläuterungen dazu. Abrufbar unter [www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/e-ivoeb](http://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/e-ivoeb) (Stand: 5. März 2015).

Gegen das Gesetz kann das fakultative Referendum ergriffen werden (Abs. 1). Die Revisionsverhandlungen zum GPA wurden im März 2012 abgeschlossen. In der Regel werden internationale Abkommen innert eines Jahres, spätestens jedoch innerhalb von 24 Monaten in Landesrecht umgesetzt. Allerdings nimmt die mit der Umsetzung des GPA 2012 angestrebte parallele Harmonisierung der nationalen Beschaffungserlasse ebenfalls Zeit in Anspruch. Der Bundesrat wird entscheiden, wann der Erlass in Kraft tritt (Abs. 2).

### **3                    Auswirkungen**

#### **3.1                Finanzielle und personelle Auswirkungen auf den Bund**

Der Umfang der finanziellen Auswirkungen der Vorlage auf die Bundesfinanzen und den Personalbedarf lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht genau abschätzen. Es ist zu vermuten, dass auf Seite des Bundes mit höheren Kosten und Mehraufwand gerechnet werden muss.

Vor allem nach Inkrafttreten des revidierten Gesetzes bzw. in dessen Initialphase ist mit einem erhöhten Aufwand sämtlicher betroffener Stellen zu rechnen (Beratung, Schulung, Umsetzung, Rechtsprechung etc.). Die Kürzung der generellen Maximalfrist für Rahmenverträge von fünf auf künftig vier Jahre (Art. 29 VE-BöB) wird bei den betroffenen Stellen zu einem Mehraufwand von rund 20 Prozent und damit zu höheren Kosten führen. Auch die Realisierung der auf Verordnungsstufe vorgeschlagenen Massnahmen zur Förderung sprachlicher Minderheiten sowie der Ausbau des Rechtsschutzes werden – über die Initialphase hinaus – zusätzlichen Aufwand sowie Mehrkosten in der Verwaltung und bei den zuständigen Gerichten mit sich bringen. Dem werden jedoch ein (durch den verstärkten Anbieterwettbewerb indizierter) erhöhter Nutzen sowie eine steigende Qualität der zu beschaffenden Produkte und Dienstleistungen gegenübergestellt.

Um die Auswirkungen der Revision auf Verwaltung und Wirtschaft eingehend abzuklären, wird gegenwärtig eine Studie zur Abschätzung der Regulierungsfolgen (Regulierungsfolgenabschätzung; RFA) durchgeführt.

##### **3.1.1            Auswirkungen auf die Volkswirtschaft**

Das öffentliche Beschaffungsrecht regelt ein beträchtliches Segment der schweizerischen Volkswirtschaft: Im Jahr 2004 wendeten Gemeinden, Kantone und der Bund rund 34 Milliarden Franken für die Beschaffung von Bauten, Gütern und Dienstleistungen auf, was etwa 25 Prozent der gesamten Staatsausgaben und 8 Prozent des Bruttoinlandsprodukts entspricht. Gegenwärtig wird die Gesamtsumme von Zahlungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen in der Schweiz auf etwa 41,7 Milliarden Franken pro Jahr geschätzt.<sup>143</sup>

Im Jahr 2013 beschaffte allein die zentrale Bundesverwaltung Güter und Dienstleistungen im Wert von 5.3 Milliarden Franken.<sup>144</sup> Aus diesen Zahlen lässt sich ableiten,

<sup>143</sup> Vgl. Stöckli/Beyeler, Das Vergaberecht der Schweiz, Zürich, 2012. S. 1.

<sup>144</sup> Vgl. Faktenblatt BBL betreffend «Beschaffungszahlungen 2013». Abrufbar unter: <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/statistik-beschaffungszahlungen.html> (Stand: 9. März 2015).

dass die Ausgestaltung des Beschaffungsrechts einen wichtigen Faktor für den Wirtschaftsstandort der Schweiz darstellt:

Die Angleichung des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen erhöht die Orientierungssicherheit bei den Anbieterinnen und kann bei den betroffenen Unternehmen zu einer Kostenreduktion führen, insbesondere bei der Informationsbeschaffung. Mit der unternehmensübergreifenden elektronischen Abwicklung des gesamten Beschaffungsablaufs – von der Bedarfsmeldung bis zur Fakturierung – sind ebenfalls betriebsinterne und volkswirtschaftliche Sparpotenziale verbunden.

Der rechtssichere Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen trägt indirekt zur Technologieförderung bei.

Zu den Zwecken des BöB gehört die Liberalisierung der öffentlichen Beschaffungsmärkte (Präambel GPA 2012). Mit der Vorlage wird somit ein Fundament der Wirtschaftsordnung bekräftigt und aufgrund der gleichzeitigen Stärkung der Transparenz der Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt erleichtert und so ganz generell der Wettbewerb gefördert.

### **3.1.2 Auswirkungen auf die Umwelt**

Die im GPA 2012 neu statuierte Berücksichtigung der Nachhaltigkeit, insbesondere in Bezug auf ihren ökologischen Aspekt, wurde in der Schweiz bereits im 2010 auf Verordnungsstufe eingeführt. Die konsequente und kontinuierliche Berücksichtigung von Umweltaspekten bei Beschaffungen kann langfristig einen Beitrag zum Schutz der Natur und der Umwelt leisten. Dies ist eine wichtige Voraussetzung, um den Wettbewerb auch künftig zu ermöglichen und spielen zu lassen, und kommt letztlich auch der Gesellschaft als Ganzes zugute.

## **4 Verhältnis zur Legislaturplanung**

Die Vorlage ist in der Botschaft zur Legislaturplanung 2011-2015<sup>145</sup> angekündigt sowie unter Ziel 2 der bundesrätlichen Ziele 2015 erwähnt.

## **5 Rechtliche Aspekte**

### **5.1 Verfassungsmässigkeit**

Die Rechtsetzungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens leitet sich aus verschiedenen Bestimmungen der Bundesverfassung ab: Formale Verfassungsgrundlage ist Art. 173 Abs. 2 BV. Die Kompetenz zum Erlass von die Bundesbehörden und öffentliche Unternehmungen bindenden Vorschriften ergibt sich aus der Organisationskompetenz (Art. 164 Abs. 1 Bst. g BV). In Einzelfragen existiert zudem eine explizit geregelte Bundeskompetenz (Art. 65 BV betreffend Führung einer gesamtschweizerischen Beschaffungstatistik sowie Art. 63 Abs. 1 BV betreffend Berufsbildung).

## 5.2 Rechtsvergleich

Im öffentlichen Beschaffungswesen existieren zahlreiche internationale Abkommen, allen voran das GPA und das Bilaterale Abkommen mit der EU. Daher gilt es grundsätzlich, den so genannten Staatsvertragsbereich vom weiteren Anwendungsbereich des innerstaatlichen Beschaffungsrechts zu unterscheiden. Im Staatsvertragsbereich – gemeint sind die internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen – gilt der Vorrang des Völkerrechts. Eine autonome Umsetzung oder Auslegung der völkerrechtlichen Vorgaben ist nur, aber immerhin soweit möglich, als der jeweilige Staatsvertrag dies erlaubt.

Das GPA gibt Grundsätze vor und konkretisiert diese zum Teil sehr detailliert. Die nationalen Beschaffungsgesetze der Mitgliedstaaten unterscheiden sich in der Regel nur in denjenigen Punkten, die das GPA bewusst offen gelassen oder deren Regelung es an die Mitgliedsstaaten delegiert hat. Der Vergleich mit den Rechtserlassen verschiedener Industriestaaten ergab vielfältige Impulse für den vorliegenden Gesetzesentwurf.

Das GPA 2012 und damit das schweizerische Beschaffungsrecht sind zudem stark von den Richtlinien der EU geprägt: Bereits die Richtlinien 2004/18/EG<sup>146</sup>, 93/38/EWG<sup>147</sup> und 2004/17/EG<sup>148</sup> hatten zumindest indirekt einen Einfluss auf das Vergaberecht in der Schweiz.<sup>149</sup> Im Dezember 2011 entschied die EU, dass angesichts der wirtschaftlichen, sozialen und politischen Entwicklung eine Revision ihrer Beschaffungsregeln angebracht sei. Ziel der Revision war einerseits eine vereinfachte und praxisgerechtere Regelung. Andererseits sollten damit Voraussetzungen für öffentliche Beschaffungen zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis und unter Achtung der Transparenz- und Wettbewerbsgrundsätze geschaffen und das revidierte GPA umgesetzt werden. Die Richtlinien 2014/23/EU<sup>150</sup>, 2014/24/EU<sup>151</sup> und 2014/25/EU<sup>152</sup> traten am 17. April 2014 in Kraft und müssen von den Mitgliedstaaten bis April 2016 in nationales Recht umgesetzt werden (mit Ausnahme der elektronischen Auftragsvergabe, die bis September 2018 einzuführen ist).

<sup>146</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 1991 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. der EU L 134 vom 30. April 2004, S. 114.

<sup>147</sup> Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. der EU L199 vom 9. August 1993, S. 84.

<sup>148</sup> Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. der EU L 134 vom 30. April 2004, S. 1.

<sup>149</sup> Vgl. BKB/Marco Fetz, Das EG-Vergaberecht: Einzelne Neuerungen. Darstellung und erste Analyse der Stärken und Schwächen. Bern, 2004.

<sup>150</sup> Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. der EU L 094 vom 28. März 2014, S. 1.

<sup>151</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. der EU L 094 vom 28. März 2014, S. 65.

<sup>152</sup> Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. der EU L 094 vom 28. März 2014, S. 243.

Die neue Richtlinie 2014/24/EU soll den Vergabestellen unter anderem ermöglichen, die öffentliche Auftragsvergabe verstärkt zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen und bei öffentlichen Vergabeverfahren ökologische und soziale Kriterien zu berücksichtigen.

### **5.3 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz**

Das BöB dient der Umsetzung der Verpflichtungen der Schweiz aus dem GPA, dem bilateralen Abkommen mit der EU, den EFTA-Übereinkommen und weiteren Freihandelsabkommen in nationales Recht. Ein gemeinsames Ziel dieser Staatsverträge ist eine international einheitliche Handhabung von Beschaffungsverfahren. Die Staatsverträge legen deshalb die Grundsätze wie Nicht-Diskriminierung, Transparenz, wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Gelder sowie den Ablauf und die Definitionen von Beschaffungsverfahren fest. Hauptsächlich geht es in der Revision darum, die staatsvertraglichen Vorgaben des GPA 2012 in nationales Recht umzusetzen. Wie gross der verbleibende Handlungsspielraum für autonomes nationales Recht im Einzelfall ist, ergibt sich aus den Erläuterungen zu den jeweiligen Gesetzesbestimmungen.

### **5.4 Erlassform**

Mit dieser Vorlage wird den eidgenössischen Räten die Änderung eines Bundesgesetzes vorgeschlagen. Bundesgesetze unterstehen gemäss Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV dem fakultativen Referendum.

## **6 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen**

Der Gesetzesentwurf sieht keine neuen Rechtsetzungsdelegationen an den Bundesrat vor. Bereits unter dem geltenden Recht bestehende Rechtsetzungsdelegationen sind neu in Art. 7 Abs. 3, Art. 10 Abs. 2, Art. 24 Abs. 2 VE-BöB enthalten. Bei Art. 10 Abs. 2 VE-BöB handelt es sich um eine Delegationsnorm, die eine zügige Anpassung der Schwellenwerte ermöglicht. Der Bundesrat wird somit auch nach der Revision des BöB befugt sein, die Schwellenwerte gemäss den völkerrechtlichen Vorgaben auf Verordnungsstufe festzulegen.

Art. 62 Abs. 1 VE-BöB ermächtigt den Bundesrat in genereller Weise zum Erlass von Ausführungsbestimmungen. Je nach Regelungsbereich wird diese Rechtssetzungskompetenz dem für das Beschaffungswesen zuständigen Bundesamt übertragen.

Diese Delegationen rechtfertigen sich im Interesse einer schlanken Gesetzesregelung und im Hinblick darauf, dass die konkrete Umsetzung flexibel auf die Erfahrungen beim Vollzug abgestimmt werden soll.

## **7 Umsetzung**

Soweit erforderlich, erfolgt die Umsetzung auf Bundesebene mittels Ausführungsbestimmungen in einer Verordnung, die für sämtliche dem Bundesrecht unterstellte Auftraggeberinnen gilt. Der Entwurf dieser Verordnung ist namentlich aufgrund der Integration diverser Bestimmungen ins Gesetz weniger umfangreich als die heute geltende VöB. Nebst Ausführungen zur Nachhaltigkeit, zum Vergabeverfahren sowie

zum mit dem Vorentwurf eingeführten «einfachen und raschen Verfahren», zur Statistik und zur Rechtswahl nach Art. 5 VE-BöB, beinhaltet er im Wesentlichen Bestimmungen betreffend die Befreiung von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht, Massnahmen zur Verhinderung von Korruption sowie Anordnungen zum Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb.

## **Anhang I: Übersicht über direkt oder indirekt beschaffungsrelevante Bundeserlasse**

Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1)

Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11)

Verordnung vom 14. Dezember 1998 über das Immobilienmanagement und die Logistik des Bundes (VILB; 172.010.21)

Verordnung vom 24. Oktober 2012 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens der Bundesverwaltung (Org-VöB; SR 172.056.15)

Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (SR 172.056.12)

Verordnung vom 9. Dezember 2014 über die Informatik und Telekommunikation in der Bundesverwaltung (Bundesinformatikverordnung, BinfV; SR 172.010.58)

Verordnung des UVEK vom 18. Juli 2002 über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.111)

Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41 Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit)

Bundesgesetz vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen (NSG; SR 725.11)

Verordnung vom 7. November 2007 über die Nationalstrassen (NSV; SR 725.111)

Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über den Bau der schweizerischen Eisenbahnpentransversale (ATB; SR 742.104)

Verordnung vom 28. Februar 2001 über den Bau der schweizerischen Eisenbahnpentransversale (AtraV; SR 742.104.1)

Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241)

Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021)

Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02)

Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51)

Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251)

Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (FHG; SR 611.0)

Finanzhaushaltverordnung vom 5. April 2006 (FHV; SR 611.01)

Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG; SR 742.101)

Verordnung vom 18. Dezember 1995 über Abgeltungen, Darlehen und Finanzhilfen nach Eisenbahngesetz (ADFV; SR 742.101.1)

Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010)

Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1)

Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110)

Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32)