8. Februar 2022 **B 102**



Revision Beschaffungsrecht

Entwürfe Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) und Dekret über die Genehmigung des Beitritts des Kantons Luzern zur IVöB 2019

Zusammenfassung

Der Regierungsrat beantragt dem Kantonsrat, dem Beitritt des Kantons Luzern zur totalrevidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019) sowie dem Entwurf eines Einführungsgesetzes zur dieser Vereinbarung zuzustimmen.

Mit der IVöB 2019 wird einerseits das 2012 totalrevidierte Übereinkommen der Welthandelsorganisation WTO über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) für die Kantone umgesetzt. Anderseits wird damit die bereits seit Langem geforderte weitgehende Harmonisierung mit dem Beschaffungsrecht des Bundes vollzogen. Die IVöB 2019 enthält gegenüber der geltenden Vereinbarung von 1994/2001 (IVöB 1994/2001) verschiedene Neuerungen. Im Zentrum steht ein eigentlicher Paradigmenwechsel im Submissionsverfahren, weg vom reinen Preiswettbewerb hin zu einem Qualitätswettbewerb. Zudem erlaubt die IVöB 2019 die verstärkte Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien, was angesichts der bestehenden Klima-Problematik mehr als zeitgemäss erscheint. Weiter werden neue Beschaffungsmethoden eingeführt, und es wird einfacher, Anbieterinnen, die unzuverlässig arbeiten oder sich nicht an Vorschriften halten, von Aufträgen auszuschliessen.

Der Beitritt zur IVöB 2019 erfolgt im Kanton Luzern mittels Erklärung des Regierungsrates, die anschliessend vom Kantonsrat genehmigt werden muss. Der Beitritt zur IVöB 2019 untersteht gemäss § 24 Absatz 1c der Kantonsverfassung dem fakultativen Referendum. Der IVöB 2019 kann nur integral beigetreten werden. Ein Beitritt unter Vorbehalt ist nicht möglich. Da es sich bei der IVöB 2019 im Gegensatz zur IVöB 1994/2001 um ein abschliessendes Gesetz und nicht um ein Rahmengesetz handelt, sind auf kantonaler Stufe nur noch wenige Ausführungsbestimmungen notwendig. Diese Ausführungsbestimmungen sind in den Entwürfen zu einem Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (EGIVöB) sowie zu einer Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (VIVöB) enthalten, über die vom 22. Juni bis 31. Oktober 2021 ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt worden ist. Die Vernehmlassungsteilnehmenden haben sich einstimmig für einen Beitritt zur IVöB 2019 ausgesprochen und die Entwürfe des EGIVöB sowie der VIVöB grossmehrheitlich gutgeheissen. Zusammen mit der IVöB 2019 ersetzen diese beiden Erlasse das Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBG) und die dazugehörende Verordnung (öBV) von 1998.

Inhaltsverzeichnis

1 Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen von 2019 (IVöB 2019) 4
1.1 Ausgangslage: die Revision der IVöB 4
1.2 Die wichtigsten Neuerungen 6
1.2.1 Zweck 6
1.2.2 Begriffsdefinitionen und Klärung des Anwendungsbereichs 7
1.2.3 Auf die Qualität ausgerichtete Beschaffungen 7
1.2.4 Nachhaltigkeit 8
1.2.5 Neue Zuschlagskriterien 8
1.2.6 Konzessionen und öffentliche Aufgaben 8
1.2.7 Dauerverträge 9
1.2.8 Gemeinsame Publikationsplattform 9
1.2.9 Verkürzte Fristen 10
1.2.10 Verbesserter Rechtsschutz 10
1.2.11 Massnahmen gegen wettbewerbswidriges Verhalten 11
1.2.12 Ausschluss, Widerruf und Sanktionen 11
1.2.13 Neue beschaffungsrechtliche Instrumente 11
1.2.13.1 Elektronische Auktion 12
1.2.13.2 Dialog 12
1.2.13.3 Rahmenverträge 13
1.3 Auswirkung auf Anbieterinnen und Auftraggeberinnen 13

2 Der Beitritt zur IVöB 2019 14
2.1 Beitrittsverfahren 14
2.2 Kantonale Ausführungsbestimmungen 14
2.3 Nachhaltigkeit 15
2.4 Aufhebung bisherigen Rechts 16

3 Ergebnis der Vernehmlassung 17
3.1 Allgemein 17
3.1.1 Unterstellung von Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration und der öffentlich-rechtl. Vorsorgeeinrichtungen des Kantons und der Gemeinden 17
3.1.2 Zusätzliche Zuschlagskriterien 19
3.1.3 Einzelrichterzuständigkeit 22
3.2 Wichtige Unterschiede Vernehmlassungsvorlage - Botschaft 23

4 Die Gesetzesbestimmungen im Einzelnen 23
4.1 Einführungsgesetz zur interkantonalen Vereinbarung 23
4.2 Aufhebung von Erlassen 26
4.3 Inkrafttreten und Befristung 26

5 Kosten 26

6 Antrag 27

Entwurf EGIVöB 28

Entwurf Dekret 30

Anhang: Vereinbarungstext IVöB 31

Beilage: Musterbotschaft des InöB 55

Der Regierungsrat des Kantons Luzern an den Kantonsrat

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen mit dieser Botschaft die Entwürfe eines Einführungsgesetzes zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (EGIVöB) sowie eines Dekrets über die Genehmigung des Beitritts des Kantons Luzern zur totalrevidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019).

1 Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen von 2019 (IVöB 2019)

1.1 Ausgangslage[1]: die Revision der IVöB

Das öffentliche Beschaffungswesen stellt einen wichtigen Bereich der Schweizer Volkswirtschaft dar. Es findet seine Grundlagen im WTO-Abkommen (Government Procurement Agreement, GPA; SR 0.632.231.422) sowie im bilateralen Abkommen mit der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen; SR 0.172.052.68). Das Übereinkommen wird von den Kantonen durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (aktuell IVöB 1994/2001; SRL Nr. 733a) umgesetzt. Da es sich bei der IVöB 1994/2001 um ein Rahmengesetz handelt, kommen im Kanton Luzern aktuell neben der interkantonalen Vereinbarung noch das Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (öBG; SRL Nr. 733) sowie die Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7. Dezember 1998 (öBV; SRL Nr. 734) zur Anwendung.

Auslöser für die vorliegende Totalrevision der interkantonalen Vereinbarung bildete die Revision des GPA, die im Jahr 2012 abgeschlossen wurde. Damit die Schweiz an den Neuerungen, die sich aus dem GPA 2012 ergeben, sowie an den neuen Märkten partizipieren kann, muss sowohl das nationale als auch das kantonale Recht angepasst werden. Auf Stufe Bund ist dies mit dem Inkrafttreten des totalrevidierten Bundesgesetzes und der totalrevidierten Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1, und VöB; SR 172.056.11) per 1. Januar 2021 bereits erfolgt. Zeitgleich ist das Ende 2020 ratifizierte GPA in Kraft getreten.

Für die Schweiz liegt die Bedeutung des revidierten GPA unter anderem in der Stärkung des Wettbewerbs, der Klärung von Unterstellungsfragen, der Flexibilisierung des Beschaffungsvorgangs und der Anpassung an die künftigen Herausforderungen, zum Beispiel bei elektronischen Vergaben. Zudem wird Schweizer Unternehmen ein erweiterter Marktzugang mit einem Potenzial von rund 80 bis 100 Milliarden Dollar pro Jahr gewährt.

[1] Weitere Ausführungen zur Ausgangslage finden sich in der Musterbotschaft zur IVöB 2019, S. 7 ff., unter https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019 oder in der Beilage der vorliegenden Botschaft

Die parallel notwendigen Revisionen beim Bund und bei den Kantonen wurden dazu genutzt, die auf diesen beiden Staatsebenen bestehenden Beschaffungsordnungen einander inhaltlich so weit als möglich anzugleichen und sie zu harmonisieren. Dies entspricht einem langjährigen Bedürfnis der Wirtschaft und führt zu Erleichterungen sowohl für die Anbieterinnen als auch für die Auftraggeberinnen. Die Harmonisierung erfolgte unter anderem gestützt auf Artikel 95 Absatz 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101), der es dem Bund ermöglicht, rechtliche Leitplanken für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu schaffen. Die Kantone haben mit Artikel 48 BV die Möglichkeit, miteinander Verträge zu schliessen. Gestützt auf diese Bestimmungen wurde eine Harmonisierungsregelung im Beschaffungswesen gemeinsam erarbeitet. Ferner soll auch eine weiter gehende Harmonisierung unter den Kantonen erreicht werden. Dazu wurden die Bestimmungen, die bisher in den unverbindlichen Vergaberichtlinien zur IVöB (VRöB) enthalten waren, in die interkantonale Vereinbarung integriert.

Die Revisionsprozesse auf Stufe Bund und Kantone erfolgten dabei je gesondert, beruhten jedoch auf den gemeinsam erarbeiten Regelungsvorschlägen einer paritätischen Arbeitsgruppe Bund-Kantone. Nach Abschluss der GPA-Verhandlungen hat diese Arbeitsgruppe seitens des Bundes unter der Federführung der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) und seitens der Kantone unter der Federführung der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) den Entwurf für das revidierte BöB sowie die revidierte IVöB erarbeitet.

Die Vernehmlassung zum Entwurf der revidierten IVöB fand vom 22. September bis 19. Dezember 2014 statt. Es beteiligten sich daran alle Kantone, der Schweizerische Gemeindeverband, der Schweizerische Städteverband sowie 58 Organisationen und Einzelpersonen. In den Stellungnahmen brachten die Vernehmlassungsteilnehmenden ihre Ansichten vor allem zum vorgeschlagenen Vorgehen der parallelen Harmonisierung, zur Ausgestaltung des Rechtsschutzes, zur Beibehaltung des Verhandlungsverbotes und zu dem von der Wettbewerbskommission (Weko) vorgeschlagenen Behördenbeschwerderecht ein. In weiteren Rückmeldungen sprachen sich die Vernehmlassungsteilnehmenden für die vertiefte Berücksichtigung der Nachhaltigkeit nach ökologischen, sozialen und ökonomischen Gesichtspunkten aus. Nach Abschluss der Vernehmlassungsverfahren bei Bund und Kantonen wurde der Entwurf gestützt auf diese Rückmeldungen überarbeitet. Die weitgehend gleich lautenden Entwürfe des revidierten BöB und der revidierten IVöB lagen am 15. Februar 2017 vor, und der Bundesrat überwies das Geschäft an das Bundesparlament.[2] Die Kantone sistierten ab diesem Datum ihre Arbeiten, um die parallele Harmonisierung mit dem Bund gewährleisten zu können.

Die Totalrevision des BöB wurde im Rahmen der Schlussabstimmungen von Nationalrat und Ständerat am 21. Juni 2019 mit verschiedenen Änderungen verabschiedet. So wurden etwa nachträglich die Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration sowie die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen des Bundes vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausgenommen (Art. 10 Abs. 1e und 1i BöB). Zudem wurde die nicht abschliessende Aufzählung von möglichen Zuschlagskriterien um zwei neue Kriterien ergänzt: einerseits das Kriterium «der unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird» (sog . «Preisniveau-Klausel»), andererseits das Kriterium «Verlässlichkeit des Preises»

[2] Weitere Hinweise zum Revisionsvorhaben des Bundes: Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts.

(Art. 29 Abs. 1 BöB). Seitens der Kantone wurde deshalb im Rahmen einer erneuten Kurzvernehmlassung überprüft, welche dieser und weiterer vorgenommenen Änderungen im Lichte der parallelen Harmonisierung auch für die IVöB übernommen werden und bei welchen Differenzen zum Bundesrecht verbleiben sollten. Diese Vernehmlassung fand vom 23. Juni bis 28. August 2019 statt. In die revidierte IVöB übernommen wurden diejenigen Bestimmungen, bei denen mindestens drei Viertel der Kantone einer Angleichung zustimmten. Anpassungen, bei denen keine eindeutige Mehrheit ausgemacht werden konnte, wurden an der Hauptversammlung der BPUK im September 2019 und an der Sonderplenarversammlung vom 15. November 2019 eingehend diskutiert und anschliessend durch Abstimmung entschieden. Die revidierte IVöB 2019 wurde somit in einem breit abgestützten Prozess sorgfältig erarbeitet.

Bis jetzt sind die Kantone Appenzell Innerrhoden und Aargau der IVöB 2019 beigetreten, weshalb die interkantonale Vereinbarung in diesen Kantonen bereits in Kraft ist. Der Beitritt der Kantone Thurgau und Solothurn wird in den nächsten Monaten erfolgen. In einer grossen Anzahl weiterer Kantone läuft derzeit wie im Kanton Luzern das Beitrittsverfahren.

1.2 Die wichtigsten Neuerungen

Mit der vorliegenden IVöB 2019 konnten die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen – unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzregelung – einander inhaltlich so weit wie möglich angeglichen werden. Dazu wurde die IVöB 2019 komplett neu strukturiert und sprachlich überarbeitet. Bewährte Regelungskonzepte wurden beibehalten (z.B. das Verhandlungsverbot und der Rechtsschutz) und neue Begriffsdefinitionen eingeführt. Wie bisher unterscheidet die Vereinbarung zwischen dem sogenannten Staatsvertragsbereich, das heisst öffentlichen Aufträgen, die im Geltungsbereich der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen vergeben werden, und dem Nicht-Staatsvertragsbereich, das heisst öffentlichen Aufträgen, die ausschliesslich den Regeln des Binnenrechts unterstehen. Für die Kantone ergeben sich somit materiell keine grundlegenden Änderungen.

Neu ist hingegen die Stärkung des Qualitätswettbewerbs, die Hervorhebung beschaffungsrechtlicher Nachhaltigkeitsanliegen sowie die verstärkte Berücksichtigung innovativer Lösungen. Das sind Kernkompetenzen der Schweizer Unternehmen, die damit auf den öffentlichen Beschaffungsmärkten punkten können.

Nachfolgend werden die wichtigsten Neuerungen im Sinne eines Überblicks kurz beleuchtet. Der Vereinbarungstext der IVöB 2019 befindet sich im Anhang. Erläuterungen zu den Bestimmungen der IVöB 2019 im Einzelnen können der Musterbotschaft (vgl. Beilage hinten) entnommen werden.

1.2.1 Zweck

Im Zweckartikel, dem Artikel 2 IVöB 2019, wird nicht mehr nur der wirtschaftliche, sondern auch der volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltige Einsatz der öffentlichen Mittel verlangt. Damit werden neu alle drei Dimensionen der Nachhaltigkeit ausdrücklich erfasst. Diese Ergänzung trägt dem erhöhten gesellschaftlichen Bewusstsein in Richtung eines nachhaltigeren Handelns Rechnung. Der Zweckartikel dient der Auslegung der nachfolgenden Bestimmungen, wobei die Reihenfolge der Aufzählung in Artikel 2 IVöB 2019 zu keiner Priorisierung führt: Allen Grundsätzen ist gleichermassen Beachtung zu schenken.

1.2.2 Begriffsdefinitionen und Klärung des Anwendungsbereichs

Die IVöB 2019 enthält in Artikel 3 neu eine kurze Liste mit Definitionen, die unter anderem die Begriffe «öffentliche Unternehmen» und «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» umfasst. Zudem ist in Artikel 4 IVöB 2019 der subjektive Geltungsbereich in Bezug auf die Auftraggeberinnen präzisiert worden. Was den objektiven Geltungsbereich betrifft, wurde in Artikel 8 IVöB 2019 eine Definition des Begriffs des öffentlichen Auftrags aufgenommen. Die Delegation öffentlicher Aufgaben und die Vergabe von Konzessionen werden gemäss Artikel 9 IVöB 2019 nun ausdrücklich als öffentliche Aufträge behandelt. Einerseits sieht die IVöB 2019 vor, dass die Delegation einer öffentlichen Aufgabe oder die Vergabe einer Konzession als öffentlicher Auftrag gelten, wenn der Anbieterin infolge einer solchen Delegation oder Vergabe ausschliessliche oder besondere Rechte gewährt werden, die sie im öffentlichen Interesse gegen ein Entgelt oder eine Abgeltung, sei es direkt oder indirekt, ausübt. Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen des Bundes- und des Kantonsrechts. So sind beispielsweise Konzessionen im Wasserkraftwerksbereich von diesem neuen Artikel nicht betroffen. Die Ausnahmen in Artikel 10 IVöB 2019 wurden im Vergleich zur Regelung in der geltenden IVöB 1994/2001 neu definiert und erweitert. So ist vorgesehen, dass die Vereinbarung nicht für Aufträge gilt, die an Behindertеninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten (Abs. 1e) oder von kantonalen und kommunalen Vorsorgeeinrichtungen des öffentlichen Rechts (Abs. 1g) vergeben werden. Gestützt auf Artikel 63 Absatz 4 IVöB 2019 können die Kantone für die beiden genannten Fälle eine vergaberechtliche Unterstellung im Rahmen der Ausführungsbestimmungen vorsehen, da diese erst nachträglich auf Stufe Bund aus dem Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts entfernt worden sind. Schliesslich nimmt die IVöB 2019 in Artikel 10 Absatz 2 vier Arten von Verträgen von den vergaberechtlichen Bestimmungen aus: Dies sind Monopol-, Instate-, Inhouse und Quasi-Inhouse-Verträge. Lehre und Rechtsprechung lassen diese vier Ausnahmen bereits heute zu.

1.2.3 Auf die Qualität ausgerichtete Beschaffungen

Mit dem neuen Recht gewinnt die Qualität der zu beschaffenden Leistung an Bedeutung und wird in Artikel 29 Absatz 1 IVöB 2019 als verbindliches Vergabekriterium dem Preis gleichgestellt. In Artikel 41 IVöB 2019 wird sodann das neue Konzept des «vorteilhaftesten» Angebots anstelle des bisher verwendeten «wirtschaftlich günstigsten» Angebots (vgl. demgegenüber § 5 Abs. 1 öBG) verankert. So verringert sich die Bedeutung, die dem rein ökonomischen Aspekt der Angebote bei der Bewertung der Angebote beigemessen wird. Standardisierte Leistungen können dagegen weiterhin allein auf der Grundlage des niedrigsten Gesamtpreises vergeben werden (Art. 29 Abs. 4 IVöB 2019).

Beim «vorteilhaftesten Angebot» geht es um die beste Erfüllung der Zuschlagskriterien, also um die Gesamtqualität des Angebots. Im Beschaffungsrecht besteht daher neu ein Rechtsanspruch auf die Erteilung des Zuschlags an diejenige Anbieterin, die das vorteilhafteste Angebot eingereicht hat. Dieses wird ermittelt, indem neben Qualität und Preis einer Leistung je nach Leistungsgegenstand weitere gleichwertige Kriterien, wie beispielsweise Zweckmässigkeit, Termine, Lebenszykluskosten, Nachhaltigkeit, Lieferbedingungen, Kundendienst usw. (vgl. dazu die Aufzählung in Art. 29 Abs. 1 IVöB 2019), berücksichtigt werden. Zuschlagskriterien orientieren sich primär an der Leistung, das heisst sie haben einen sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand. Bei der Auswahl der Zuschlagskriterien neben Preis und Qualität verfügt die Vergabestelle über einen grossen Ermessensspielraum. Grundsätzlich

sind alle Zuschlagskriterien zulässig, welche auf den Beschaffungsgegenstand bezogen, sachlich gerechtfertigt und inhaltlich bestimmt sind.

Artikel 29 Absatz 2 IVöB 2019 enthält vergaberechtsfremde Zuschlagskriterien. Diese orientieren sich nicht am Nutzen des Angebots, sondern befriedigen sozialpolitische Anliegen, wie zum Beispiel soziale Eingliederung und Ausbildungsplätze in der beruflichen Grundbildung. Deren Berücksichtigung ist ebenfalls möglich, darf aber nicht zu einer Diskriminierung von Anbieterinnen oder einer ungerechtfertigten Verweigerung des Marktzutritts führen, weshalb solche vergaberechtsfremde Zuschlagskriterien nur ausserhalb des Staatsvertragsbereichs zur Anwendung kommen können (Art. 29 Abs. 2 IVöB 2019).

1.2.4 Nachhaltigkeit

Die Nachhaltigkeit spielt in der revidierten Vereinbarung eine zentrale Rolle. Aufgrund der expliziten Erwähnung im Zweckartikel (Art. 2 Abs. 2a IVöB 2019) kann diese nicht nur bei den Zuschlagskriterien (Art. 29 Abs. 1 IVöB 2019) berücksichtigt werden. Sie kann auch als Teil der technischen Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt (Art. 30 Abs. 4 IVöB 2019) vorgesehen werden. Im Zusammenhang mit Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen, Lohngleichheit und Umweltrecht gilt die Einhaltung nachhaltiger Mindestvorschriften im In- und Ausland als zwingende Teilnahmebedingung. Diese Mindestvorschriften müssen von den Anbieterinnen und deren Subunternehmerinnen erfüllt werden (Art. 12 IVöB 2019). Öffentliche Aufträge dürfen in der Schweiz deshalb nur an Anbieterinnen erteilt werden, die das schweizerische Umweltrecht (z.B. Bundesgesetz über den Umweltschutz [USG; SR 814.01] und Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer [GSchG; SR 814.20]) einhalten (Art. 12 Abs. 3 IVöB 2019).

Die IVöB 2019 gewährt den Vergabestellen einen grösseren Spielraum bei der Berücksichtigung der Nachhaltigkeit, der nun genutzt werden soll. Diese Stärkung der Nachhaltigkeit soll und wird die Ausgestaltung der Kriterien in den künftigen Ausschreibungen vermehrt prägen. Es ist aber weiterhin unzulässig, Anforderungen bei der Nachhaltigkeit für protektionistische Ziele zu missbrauchen. Im Sinne der Gleichbehandlung darf jedoch von in- und ausländischen Anbieterinnen ein gleich hoher Standard bezüglich Nachhaltigkeit verlangt werden.

1.2.5 Neue Zuschlagskriterien

Im Vergleich zur aktuellen Regelung in § 5 öBG werden in Artikel 29 Absatz 1 IVöB 2019 noch weitere mögliche neue Zuschlagskriterien aufgeführt, wie etwa Lebenszykluskosten, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots und Innovationsgehalt. In Artikel 29 Absatz 2 IVöB 2019 werden vergabefremde Zuschlagskriterien eingeführt. So kann die Auftraggeberin ergänzend berücksichtigen, inwieweit die Anbieterin Ausbildungsplätze für Lernende in der Grundbildung, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose anbietet. Es handelt sich dabei um soziale Kriterien, welche nur für Vergaben im Binnenmarktbereich angewendet werden können. Gestützt auf das geltende Recht kann das Zuschlagskriterium «Lehrlingsausbildung» (§ 5 Abs. 2 öBG) bereits heute in einem beschränkten Masse berücksichtigt werden.

1.2.6 Konzessionen und öffentliche Aufgaben

Die Konzessionen des schweizerischen Verwaltungsrechts sind vielfältig – eine Standard-Konzession gibt es nicht. Die Unterstellung unter das Beschaffungsrecht

erfolgt immer dann, wenn mit der Konzession die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe in Frage kommt (vgl. auch Art. 8 IVöB 2019). Der Begriff der Konzession wird in der Vereinbarung in dem Sinn verwendet, dass eine private Anbieterin mit der Verleihung Rechte erhält, die ihr vorher nicht zustanden. Konzessionen, die nicht im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben stehen (z.B. Sondernutzungskonzessionen) oder die der Bewerberin keine ausschliesslichen oder besonderen Rechte vermitteln, werden von Artikel 9 IVöB 2019 nicht erfasst. Der Staat hat infolge beschränkter Ressourcen und Besinnung auf seine Kernkompetenzen in verschiedenen Bereichen und auf allen Stufen (Bund, Kantone und Gemeinden) öffentliche Aufgaben an private Anbieterinnen ausgelagert. Lässt der Staat eine Aufgabe gestützt auf eine gesetzliche Grundlage durch Dritte erbringen, dann untersteht die Übertragung dieser staatlichen Aufgabe gemäss Artikel 9 IVöB 2019 grundsätzlich dem Geltungsbereich des Beschaffungsrechts. Dies gilt unabhängig davon, ob die Finanzierung direkt durch die Auftraggeberin oder aus Mitteln eines Fonds oder einer Versicherung erfolgt. Der Verweis auf «öffentliche Aufgaben» erfasst alle Bereiche, in denen der Staat verantwortlich ist, diese zu erfüllen. Als Beispiele sind hier das Polizeiwesen, das heisst der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, sowie die Gesundheits- und die Sozialpolitik zu nennen. Muss der Staat etwa von Gesetzes wegen für die Entsorgung problematischer Abfälle sorgen, so kann er diese Aufgabe Dritten übertragen, sofern eine gesetzliche Grundlage dafür besteht. Für Kantone und Gemeinden gilt nach dem Wortlaut von Artikel 2 Absatz 7 des Binnenmarktgesetzes (BGBM; SR 943.02) bei der Übertragung der Nutzung von kantonalen und kommunalen Monopolen auf Private eine Ausschreibepflicht. Bei Monopolkonzessionen und Konzessionen öffentlicher Dienste bietet das Beschaffungsrecht mit seinem Fokus auf Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit jedoch nicht in allen Fällen den passenden Rahmen für die Konzessionsvergabe. Spezialgesetzliche Regeln gehen deshalb vor. Dies sind unter anderem die Artikel 3a und 5 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7) oder die Artikel 60 Absatz 3^{bis} und 62 Absatz 2^{bis} des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (WRG; SR 721.80). Auch in kantonalen Erlasse können sich solche spezialgesetzlichen Regelungen finden.

1.2.7 Dauerverträge

Gemäss dem geltenden Recht können Daueraufträge in der Regel höchstens für zehn Jahre vergeben werden (§ 3 Abs. 4 öBV). Artikel 15 Absatz 4 IVöB 2019 sieht vor, dass die bestimmte Laufzeit von Dauerverträgen in der Regel fünf Jahre nicht übersteigen darf, in begründeten Fällen aber eine längere Laufzeit vorgesehen werden kann (vgl. auch Art. 25 Abs. 3 IVöB 2019). Die Musterbotschaft hält dazu fest, dass Verträge über längere Zeiträume als die vorgesehenen fünf Jahre insbesondere dann verhältnismässig sind, 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 abgeschrieben werden, längerfristige Dauerverträge (vgl. Beilage, S. 51).

1.2.8 Gemeinsame Publikationsplattform

Mit modernen Informationstechnologien kann die Transparenz des öffentlichen Beschaffungswesens verbessert und der Marktzutritt erleichtert werden. Sowohl im offenen als auch im selektiven Verfahren sollen neu nicht nur die Ausschreibung, sondern auch die Vorankündigung, der Zuschlag sowie der Abbruch des Verfahrens

zwingend auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen publiziert werden (heute simap.ch). Zudem besteht auch in Bezug auf freihändig erteilte Zuschläge im Staatsvertragsbereich wie bereits heute (§ 37 öBV) eine Publikationspflicht (Art. 48 Abs. 1 IVöB 2019), der neu in der Regel innert 30 Tagen (anstelle der heute geltenden 72 Tage) Folge geleistet werden muss. Da im Kanton Luzern heute das Kantonsblatt das offizielle Publikationsorgan ist (vgl. § 7 Abs. 1 öBV), werden derzeit noch nicht alle Ausschreibungen im offenen und im selektiven Verfahren auch auf simap.ch publiziert, was sich mit dem Beitritt zur IVöB 2019 ändern wird. Den Kantonen steht es gemäss Artikel 48 Absatz 7 IVöB 2019 zwar frei, weitere Publikationsorgane vorzusehen. Das Luzerner Kantonsblatt soll aber nicht mehr als zusätzliches Publikationsorgan vorgesehen werden. Die verstärkte Nutzung von simap.ch wird die Transparenz im öffentlichen Beschaffungswesen weiter erhöhen und den Aufwand der Anbieterinnen senken, sind doch neu alle öffentlichen Ausschreibungen, die in der Schweiz durchgeführt werden, auf simap.ch zu finden. Auch muss bei der Planung einer Ausschreibung der Redaktionsschluss des Kantonsblattes nicht mehr berücksichtigt werden, wodurch Ausschreibungen schneller und einfacher publiziert werden können.

1.2.9 Verkürzte Fristen

Das GPA beinhaltet verschiedene Verkürzungen der Minimalfristen für die Einreichung von Angeboten oder von Teilnahmeanträgen, welche nun im nationalen Recht abgebildet sind. Dabei sind Fristverkürzungen im Staatsvertragsbereich sowohl beim offenen als auch beim selektiven Verfahren möglich (Art. 47 IVöB 2019). Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beträgt die Frist zur Einreichung von Angeboten in der Regel mindestens 20 Tage. Eine Unterschreitung dieser Minimalfrist ist nur ausnahmsweise bei standardisierten Waren und Dienstleistungen möglich, wobei eine Minimalfrist von fünf Tagen in jedem Fall einzuhalten ist (Art. 46 Abs. 4 IVöB 2019). Unter Einhaltung der Minimalfrist von fünf Tagen haben die Kantone die Möglichkeit, andere Fristen vorzusehen, wovon der Kanton Luzern aber absieht.

1.2.10 Verbesserter Rechtsschutz

Die Rechtsmittelfrist gegen anfechtbare Verfügungen im Beschaffungsverfahren (vgl. Art. 53 IVöB) wurde in Artikel 56 IVöB 2019 auf 20 Tage verlängert, um die Harmonisierung zwischen Bund und Kantonen sicherzustellen. Heute gilt für die Kantone eine Beschwerdefrist von lediglich 10 Tagen. Diese erweist sich im Vergleich zu den übrigen Beschwerdefristen als äusserst knapp. Für beschaffungsrechtliche Beschwerdeverfahren ist im Kanton Luzern das Kantonsgericht als einzige Instanz zuständig, wenn der Auftragswert den für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert erreicht (Art. 52 IVöB 2019). Durch Beschwerde anfechtbar sind Verfügungen wie etwa die Ausschreibung des Auftrags, der Zuschlag, der Abbruch des Verfahrens sowie die Verhängung einer Sanktion (Art. 53 IVöB 2019). Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Sache selbst oder weist diese an die Vorinstanz oder die Auftraggeberin zurück. Im Fall einer Zurückweisung hat sie verbindliche Anweisungen zu erteilen (Art. 58 Abs. 1 IVöB 2019). Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin bereits abgeschlossen, so stellt die Beschwerdeinstanz fest, inwiefern die angefochtene Verfügung das anwendbare Recht verletzt (Art. 58 Abs. 2 IVöB 2019). Das Kantonsgericht kann über allfällige liquide Schadenersatzforderungen gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung entscheiden (Art. 58 Abs. 3 IVöB 2019). Wie bisher gelten keine Gerichtsferien.

1.2.11 Massnahmen gegen wettbewerbswidriges Verhalten

Kernstück der GPA-Revision ist die Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Wettbewerb. Dieses Ziel soll vor allem durch erhöhte Transparenz und den konsequenten Kampf gegen die Korruption – die den Wettbewerb verfälscht oder verhindert – erreicht werden. Korruption kann viele Formen annehmen. Im Zentrum stehen die Gewährung und die Annahme geldwerter Vorteile, auf die kein gesetzlicher Anspruch besteht. In Artikel 11 IVöB 2019 werden die Auftraggeberinnen verpflichtet, gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption vorzugehen. Die Kantone sind gehalten, geeignete Massnahmen dafür vorzusehen. Zu denken ist hier beispielsweise an die aktive und angemessene Bekanntmachung sämtlicher Informationen über ein Vergabeverfahren und die Offenlegung der einzelnen Verfahrensschritte gegenüber den Anbieterinnen, die Anzeige von Korruptionshandlungen und anderer strafbarer Handlungen, die aktive Mitwirkung bei der Untersuchung und strafrechtlichen Verfolgung von Korruption sowie Einfrieren, Beschlagnahme, Einziehung und Rückgabe der Erträge aus Straftaten, das Verhängen disziplinarischer Sanktionen und das Umsetzen personalrechtlicher Konsequenzen, die aktive Vertiefung und Verbreitung der Korruptionsverhütung, die Aus- und Weiterbildung der Vergabestellen oder das Verwenden von Verhaltensvorschriften für die korrekte und ordnungsgemässe Wahrnehmung der Aufgaben seitens der Auftraggeberinnen.

1.2.12 Ausschluss, Widerruf und Sanktionen

Die Liste der exemplarisch genannten Ausschluss- und Widerrufsgründe wird in der IVöB 2019 systematisch gegliedert und erweitert. In Artikel 44 IVöB 2019 werden neu zwei Kategorien unterschieden: Bei Absatz 1 sind sichere Kenntnisse erforderlich, um einen Ausschluss, einen Widerruf oder eine Streichung aus einem amtlichen Verzeichnis auszusprechen. Diese Ausschlussgründe müssen deshalb – spätestens beim Verfügen des Ausschlusses – nachgewiesen und belegt sein. Dass die Auftraggeberin negative Erfahrungen aus früheren Aufträgen (Abs. 1h) ebenso wie die Resultate aus einer Abklärung durch die Weko (Abs. 1e: Submissionsabreden, Kollusion) berücksichtigen kann, stellt eine zentrale Neuerung dar (Abs. 1h). Absatz 2 enthält eine nicht abschliessende Liste von Tatbeständen, die es bereits beim Vorliegen von hinreichenden Anhaltspunkten erlauben, eine Anbieterin auszuschliessen, aus einem Verzeichnis zu streichen oder einen ihr bereits erteilten Zuschlag zu widerrufen. Dabei handelt es sich um Tatbestände, die im Vergleich zu den in Absatz 1 aufgeführten, nicht immer abschliessend festgestellt und dokumentiert werden können (z.B. Abs. 2c: Einreichung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots, ohne auf Aufforderung hin nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden). Zusätzlich wurden mit Artikel 45 IVöB 2019 die Sanktionen «Verwarnung», «Ausschluss» (bis zu fünf Jahre) und «Busse» (von bis zu 10 % der bereinigten Angebotssumme) in der IVöB verankert. Die Auftraggeberinnen melden die von künftigen öffentlichen Aufträgen ausgeschlossenen Anbieterinnen und Subunternehmerinnen dem Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB), welches eine nicht öffentliche Liste führt (Art. 45 Abs. 3 IVöB 2019).

1.2.13 Neue beschaffungsrechtliche Instrumente

Die revidierte Vereinbarung will den öffentlichen Auftraggeberinnen und den Anbieterinnen – unter Vorbehalt der beschaffungsrechtlichen Grundsätze – einen möglichst grossen Handlungsspielraum gewähren und gleichzeitig den Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen fördern. Materiell betreffen die vorgeschlagenen Änderungen insbesondere die Einführung flexibler

Beschaffungsinstrumente, die wiederum die Schaffung innovativer Lösungen ermöglichen. Damit soll für künftige Entwicklungen, etwa im Bereich der Beschaffung intellektueller Dienstleistungen, der grösstmögliche Handlungsspielraum geschaffen werden. So werden Instrumente wie die Durchführung von elektronischen Auktionen (Art. 23 IVöB 2019), der Dialog zwischen Auftraggeberin und Anbieterin neu (Art. 24 IVöB 2019) sowie die in der Praxis schon länger genutzte Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenverträgen (Art. 25 IVöB 2019) in der IVöB 2019 verankert. Bei allen drei Instrumenten handelt es sich nicht um eigenständige Vergabeverfahren, sondern diese werden im Rahmen eines gängigen Beschaffungsvorhabens eingesetzt.

1.2.13.1 Elektronische Auktion

Bei der elektronischen Auktion (Art. 23 IVöB 2019) handelt es sich nicht um ein eigenständiges Vergabeverfahren, sondern um ein Instrument, das im Rahmen eines Beschaffungsvorhabens eingesetzt werden kann. In einer ersten Phase (Präqualifikation) prüft die Auftraggeberin die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen und nimmt eine erste Bewertung vor. Die eigentliche Auktion kommt erst in einem zweiten Verfahrensschritt zur Anwendung, wobei mehrere Bewertungsrunden stattfinden können. Die Anbieterinnen können dabei ihre Offerten bezüglich des Preises oder bestimmter quantifizierbarer Komponenten modifizieren. Die Bewertung der modifizierten Angebote und die damit verbundenen Neuplatzierungen der Anbieterinnen werden dabei durch ein automatisiertes System vorgenommen. Der Anwendungsbereich der elektronischen Auktion erstreckt sich nur auf standardisierte Leistungen. Andere Leistungen (z.B. intellektuelle Dienstleistungen) können somit nicht Gegenstand einer elektronischen Auktion sein. Die Praxis wird zeigen, wo dieses neue Instrument gewinnbringend eingesetzt werden kann.

1.2.13.2 Dialog

Bei komplexen Aufträgen, bei intellektuellen Dienstleistungen oder bei der Beschaffung innovativer Leistungen ist es oft nicht möglich, den Inhalt der Beschaffung vor der Ausschreibung in einem Leistungsbeschrieb genügend präzise zu umschreiben und abzugrenzen. In diesem Fall kann das Instrument des Dialogs (Art. 24 IVöB 2019) gewählt und im offenen oder im selektiven Verfahren eingesetzt werden. Die Auftraggeberin kann im Dialog zusammen mit ausgewählten Anbieterinnen mögliche Lösungswege oder Vorgehensweisen erarbeiten, sodass am Ende des Dialogs eine Leistungsbeschreibung vorliegt, die den Ansprüchen der Auftraggeberin ebenso wie dem Können und Vermögen der Anbieterinnen angemessen Rechnung trägt. Die Auftraggeberin hat damit ein Instrument in der Hand, mit dem sie auf das spezifische Fachwissen der Anbieterinnen in einem konkreten Beschaffungsmarkt zurückgreifen und Innovationen fördern kann. So können Verfahrensabbrüche und Neuausschreibungen vermieden werden. Für die Anbieterinnen hat der Dialog den Vorteil, dass sie ihre Angebote zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht bis ins letzte Detail spezifizieren müssen, sondern in einem fortlaufenden Prozess konkretisieren können.

Der Dialog darf nicht zum Zweck genutzt werden, Preise und Gesamtpreise zu verhandeln, worauf ausdrücklich hingewiesen wird (Art. 24 Abs. 2 IVöB 2019; vgl. auch Art. 11d IVöB 2019). Als Beispiel für eine solche komplexe Aufgabe, deren Rahmenbedingungen nicht im Voraus bestimmt werden können, sind etwa EDV-Applikationen mit der Integration einer Vielzahl von verknüpften Einzellösungen zu nennen.

1.2.13.3 Rahmenverträge

Bei Rahmenverträgen (Art. 25 IVöB 2019) wird nicht ein abschliessend bestimmtes Leistungsvolumen ausgeschrieben, sondern das Recht der Auftraggeberin, gewisse Leistungen über einen bestimmten Zeitraum zu beziehen. Rahmenverträge werden insbesondere aus wirtschaftlichen Überlegungen, zur Vermeidung der Abhängigkeit von nur einer Anbieterin oder zwecks Verhinderung von Versorgungsengpässen ausgeschrieben. Die Möglichkeit, Rahmenverträge abzuschliessen, stellt kein eigenes Verfahren dar. Das Instrument des Rahmenvertrages kann innerhalb der bestehenden Beschaffungsverfahren angewendet werden. Auch wenn es einige Flexibilität für die Vergabestelle mit sich bringt, so wird doch in der Vereinbarung klar gefordert, dass zumindest die Dauer des Rahmenvertrages sowie die (maximalen) Preise festzulegen sind. Um belastbare Preise zu erhalten, ist auch der Vertragsgegenstand möglichst konkret und umfassend zu definieren. Die Laufzeit eines Rahmenvertrags beträgt höchstens fünf Jahre. Eine automatische Verlängerung ist nicht möglich. In begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden (Art. 25 Abs. 3 IVöB 2019; vgl. auch Kap. 1.2.7). Gemäss Musterbotschaft ist eine Ausnahme von der fünfjährigen Maximaldauer etwa 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. Eine längere Vertragsdauer lässt sich auch dann rechtfertigen, wenn mehrere Rahmenverträge zugeschlagen werden und zwischen den Zuschlagsempfängerinnen dieser Rahmenverträge über ein Abrufverfahren weiterhin ein Restwettbewerb besteht (sogenannter «Mini-Tender»; vgl. Beilage S. 63 ff.).

1.3 Auswirkung auf Anbieterinnen und Auftraggeberinnen

Die Harmonisierung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen ermöglicht es den Anbieterinnen, ihre Prozesse weiter zu standardisieren. Sie dürfen, auch zufolge der zu erwartenden einheitlicheren Rechtsprechung sowie der grösseren Klarheit der gesetzlichen Grundlagen, mit weniger Abklärungsaufwand rechnen. Gewisse Bestimmungen bezwecken zudem direkt einen Abbau des Administrativaufwands der Anbieterinnen. Das gilt namentlich auch für die gemeinsame Internetplattform von Bund und Kantonen (simap.ch). Weiter können die Vergabestellen etwa erst zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt die Nachweise im Zusammenhang mit den Teilnahmebedingungen von Anbieterinnen einholen (z.B. eine Bankgarantie, Art. 26 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 3 IVöB 2019). Dank der neuen Ausrichtung, wie beispielsweise dem Qualitätswettbewerb, der Einbindung der Nachhaltigkeit sowie der Berücksichtigung der Innovationskraft von Unternehmen, können die Schweizer KMU ihre Stärken bei öffentlichen Beschaffungen besser ausspielen.

Mit Blick auf die Auftraggeberinnen bewirkt die Revision der IVöB eine Vereinfachung und Verbesserung des rechtlichen Rahmens. Bewährte Instrumente der Praxis, wie beispielsweise die Handhabung von Inhouse-Vergaben (Art. 10 Abs. 2c IVöB 2019) oder von Rahmenverträgen (Art. 25 IVöB 2019), wurden verankert. Das hat ein umfassenderes und präziseres Regelwerk zur Folge. Ferner stehen neue Instrumente wie elektronische Auktionen (Art. 23 IVöB 2019) oder das Dialogverfahren (Art. 24 IVöB 2019) für Auftraggeberinnen und Anbieterinnen zur Verfügung. Dadurch entsteht eine grössere Flexibilität. Weiter wurden Sanktionen eingeführt, um gegen fehlbare Anbieterinnen und Subunternehmerinnen vorzugehen. Die Be-stimmungen der Artikel 44 und 45 IVöB 2019 sehen die Möglichkeit vor, Bussen auszusprechen bis hin zum Ausschluss von bis zu fünf Jahren von zukünftigen Vergaben.

In leichten Fällen kann eine Verwarnung erfolgen. Damit soll sichergestellt werden, dass die geltenden Bestimmungen des Arbeitsschutzes, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltschutzes eingehalten werden. Schliesslich wurde bei den freihändigen Verfahren der Schwellenwert für Lieferungen von 100'000 auf 150'000 Franken angehoben. Diese Neuerung hat den Vorteil, dass den öffentlichen Auftraggeberinnen ein grösserer Spielraum für die Vergabe von kleinen Lieferaufträgen eingeräumt wird. Ausserdem wird dieser Schwellenwert nun an die Schwellenwerte der freihändigen Verfahren von Dienstleistungen und Bauleistungen (Baunebengewerbe) angeglichen. Schliesslich erfolgt im Bereich der freihändigen Verfahren eine Harmonisierung mit den Schwellenwerten des Bundes.

2 Der Beitritt zur IVöB 2019

2.1 Beitrittsverfahren

Interkantonale Vereinbarungen sind öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, die von zwei oder mehreren Kantonen über einen Gegenstand geschlossen werden, der in ihrem Kompetenzbereich liegt. Die hier vorliegende Vereinbarung bezweckt eine Rechtsvereinheitlichung zwischen den Kantonen. Die einzelnen Kantone können dem vorgelegten Text der IVöB entweder integral zustimmen oder diesen ablehnen. Ein Beitritt unter Vorbehalt ist nicht möglich.[3] Treten zwei Kantone der IVöB 2019 bei, tritt diese gemäss Artikel 65 Absatz 1 IVöB 2019 in Kraft. Für Kantone, die der IVöB 2019 nicht beitreten, gilt gemäss Artikel 65 Absatz 2 weiterhin die IVöB 1994/2001.

Im Kanton Luzern führt unser Rat die Verhandlungen bei interkantonalen Verträgen und schliesst Verträge unter Vorbehalt des Genehmigungsrechtes Ihres Rates ab. Mit Beschluss vom 8. Februar 2022 haben wir den Beitritt des Kantons Luzern zur IVöB 2019 ratifiziert. Gemäss § 48 Absatz 1 KV genehmigt Ihr Rat interkantonale Verträge, soweit nicht unser Rat allein für den Abschluss zuständig ist. Unser Rat ist nach § 59 Absatz 3 KV allein für den Abschluss zuständig, wenn sich dieser innerhalb unserer Finanz- und Rechtsetzungsbefugnisse befindet oder wenn uns ein Gesetz oder ein genehmigter Vertrag dazu ermächtigt. Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, sodass Ihr Rat über die Genehmigung des Beitritts zur IVöB 2019 durch Dekret zu beschliessen hat (§ 81 Kantonsratsgesetz [KRG]; SRL Nr. 30). Interkantonale Vereinbarungen, die – wie die vorliegende Vereinbarung – Gesetzesrecht beinhalten, unterliegen der Volksabstimmung, wenn das fakultative Referendum zustande kommt (§ 24 Abs. 1c KV).

2.2 Kantonale Ausführungsbestimmungen

Bei einem Beitritt zur IVöB 2019 muss der Kanton Luzern seine kantonalen Rechtsgrundlagen anpassen. Die geltende IVöB 1994/2001 stellt eine Rahmenvereinbarung dar, weshalb das öBG und die öBV noch viele zusätzliche Regelungen zum Beschaffungsverfahren enthalten. Die IVöB 2019 regelt hingegen weitestgehend alle Bereiche des Beschaffungsrechts. Die Kantone haben aber im Rahmen von Artikel 63 Absatz 4 IVöB 2019 weiterhin die Möglichkeit, in begrenztem Umfang eigene Bestimmungen zu erlassen. Der erwähnte Artikel sieht vor, dass die Kantone unter Einhaltung der internationalen Verpflichtungen Ausführungsbestimmungen, insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26 der IVöB 2019 erlassen können. So

[3] Siehe dazu auch Peter Hänni, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und Kantonen, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 28, Rz. 23.

können die Kantone die Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration und die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und Gemeinden trotz den Ausnahmeregelungen in Artikel 10 Absatz 1e und 1g IVöB 2019 dem Vergaberecht unterstellen. Auch können sie in Einzelfällen das bei der Einhaltung der anwendbaren Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für inländische Anbieterinnen gemäss Artikel 3 BGBM geltende Herkunftsprinzip zugunsten des Leistungsortsprinzips beschränken (vgl. Art. 12 und 26 IVöB 2019). Sie verfügen ausserdem weiterhin über die Organisationskompetenz und bestimmen eigenständig, wer im Kanton über welche beschaffungsrechtlichen Kompetenzen verfügt. In Vollzugsbestimmungen können sie Regelungen in den Bereichen Fristen, Veröffentlichungen, Rechtsschutz, Kontrolle und Aufsicht erlassen.

Ausführungsbestimmungen sind Normen organisatorischer, vollziehender oder konkretisierender Natur. Sie müssen sich an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Adressatinnen beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen. Interkantonales Recht hat Vorrang vor kantonalem Recht.

Die kantonalen Ausführungsbestimmungen werden im Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (EGIVöB) sowie in der von unserem Rat noch zu erlassenden Verordnung zur interkantonalen Vereinbarung (VIVöB) geregelt.

2.3 Nachhaltigkeit

Im Rahmen der Klima-Sondersession vom 24. Juni 2019 und in der Septembersession 2019 wurden drei Vorstösse zum Thema «nachhaltige Beschaffungen» behandelt und teilweise erheblich erklärt:

- Motion M 47 von Noëlle Bucher über ein nachhaltiges öffentliches Beschaffungswesen,
- Postulat P 41 von Heidi Scherer über das öffentliche Beschaffungswesen: nicht nur der Preis, auch die Nachhaltigkeit zählt,
- Postulat P 35 von Daniel Piazza über ein umwelt- und klimafreundlicheres Beschaffungswesen – Stärkung des Kantons Luzern als Vorbild für uns alle.

Mit dem Beitritt zur IVöB 2019 werden diese Anliegen zum Grossteil umgesetzt. Die Forderung, das Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit bei jedem Beschaffungsverfahren anzuwenden, kann im Rahmen der Ausführungsbestimmungen aber nicht umgesetzt werden. Gemäss Artikel 29 Absatz 1 IVöB 2019 sind nur die Zuschlagskriterien Preis und Qualität gemäss Artikel 29 Absatz 1 IVöB 2019 zwingend zu berücksichtigen. Bei der Festlegung der weiteren Zuschlagskriterien kommt den Vergabestellen ein grosses Ermessen zu (vgl. Kap. 1.2.3).

Bei kantonalen Beschaffungen werden nachhaltige Kriterien schon heute bewertet oder im Rahmen von Spezifikationen (z. B. Standard Nachhaltiges Bauen Schweiz [SNBS]) zwingend verlangt. So enthält die Immobilienstrategie des Kantons Luzern (Botschaft B 155 vom 12. Februar 2019) die drei Aspekte der Nachhaltigkeit: Soziales, Ökonomie und Ökologie. Ebenfalls stellen § 26 des Kantonalen Energiegesetzes (KEnG; SRL Nr. 773) und § 21 der Kantonalen Energieverordnung (KEnV; SRL Nr. 774) erhöhte Anforderungen an die Energienutzung für die öffentliche Hand. Als notwendig erachten wir die Schärfung des Bewusstseins für die Anwendung von nachhaltigen Zuschlagskriterien und technischen Spezifikationen der verschiedenen

Vergabebehörden, damit der Paradigmenwechsel vom Preis- zum Qualitätswettbewerb auch umgesetzt wird. Nachhaltige Beschaffungen liegen in den allermeisten Fällen auch im Interesse der Vergabestellen, werden doch damit wirtschaftliche und umweltschonende Güter nachgefragt, die sozial verantwortungsvoll produziert worden sind. Dieses Ziel soll mit der Aufnahme einer Bestimmung in die kantonale Verordnung zur IVöB erreicht werden, gemäss welcher die Vergabebehörden nach Möglichkeit nachhaltige Zuschlagskriterien oder technische Spezifikationen gemäss Artikel 30 Absatz 4 IVöB 2019 zur Anwendung bringen.

Das in Artikel 29 Absatz 1 IVöB erwähnte Zuschlagskriterium «Lebenszykluskosten» umfasst die Gesamtheit der Kosten für Beschaffung, Betrieb, Rückbau und Entsorgung und betrifft die wirtschaftliche Komponente der Nachhaltigkeit. Es können aber auch ökologische Zuschlagskriterien vorgesehen werden, gemäss denen beispielsweise energieeffiziente oder schadstoffarme Produkte besser bewertet werden. Mittels sozialen Zuschlagskriterien kann etwa die Bevorzugung von Fair-trade-Produkten umgesetzt werden. Nachhaltige Zuschlagskriterien müssen wie alle Zuschlagskriterien einen sachlichen Bezug zum konkreten Beschaffungsgegenstand haben und dürfen nicht protektionistische Zwecke wie etwa der Bevorzugung von lokalen Anbieterinnen verfolgen.

Neben oder zusätzlich zu nachhaltigen Zuschlagskriterien kann die Auftraggeberin gemäss Artikel 30 Absatz 4 IVöB 2019 auch technische Spezifikationen bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen. Technische Spezifikationen definieren die zwingenden Mindestanforderungen, die der Beschaffungsgegenstand oder die angeforderte Dienstleistung erfüllen müssen. So kann die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen für die Beschaffung von Fahrzeugen etwa vorschreiben, dass diese über einen «fossilfreien» Antrieb verfügen müssen. Oder sie kann bei der Beschaffung von Druckerpapier verlangen, dass es sich dabei um Recyclingpapier handeln muss.

In diesem Zusammenhang ist eine entsprechende Schulung der Vergabebehörden sowie das Angebot von Hilfsmitteln[4] wie etwa Richtlinien zielführend. Der Planungsbericht über die Klima- und Energiepolitik 2021 des Kantons Luzern (Planungsbericht Klima und Energie, B 87 vom 21.9.2021) sieht vor, dass Beschaffungsrichtlinien erarbeitet werden, welche die Berücksichtigung des Erreichens der Klimaziele und der Vorbildwirkung der öffentlichen Verwaltung gewährleisten (vgl. Planungsbericht Klima und Energie, Kap. 6.8.2, KS-V3).

2.4 Aufhebung bisherigen Rechts

Mit dem Erlass des EGIVöB ist das öBG aufzuheben. Trotz des Beitritts zur IVöB 2019 bleibt der Kanton Luzern formell weiterhin Mitglied der bisherigen IVöB 1994/2001. Dies deshalb, weil im Verhältnis zu den Kantonen, die der

[4] Am 30. Oktober 2021 fand die erste Online-Tagung nachhaltige öffentliche Beschaffung statt. Die Tagung trug zum Erfahrungsaustausch zwischen den Beschaffungsstellen bei und unterstützte damit die Weiterentwicklung der nachhaltigen öffentlichen Beschaffungen sowie die harmonisierte Umsetzung des revidierten Beschaffungsrechts der Schweiz. Die Beiträge und Tagungsunterlagen finden sich unter folgendem Link: Online-Tagung nachhaltige öffentliche Beschaffung. Informationen und Anwendungshilfen zu Nachhaltigkeitskriterien verschiedener Warengruppen finden sich unter anderem auf der Wissensplattform nachhaltige öffentliche Beschaffung (WöB).

IVöB 2019 noch nicht beigetreten sind, weiterhin das alte Recht zur Anwendung gelangt, zum Beispiel bei interkantonalen Beschaffungen. Sobald alle Kantone der IVöB 2019 beigetreten sind, soll unser Rat den Austritt aus der IVöB 1994/2001 erklären können. Dies ist im Genehmigungsentscheid Ihres Rates (s. Entwurf Dekret) zu regeln.

3 Ergebnis der Vernehmlassung

3.1 Allgemein

Das Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement führte zum Entwurf eines Einführungsgesetzes zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (EGIVöB) vom 22. Juni bis 31. Oktober 2021 ein breit abgestütztes Vernehmlassungsverfahren bei den interessierten Kreisen durch. Den Vernehmlassungsadressaten wurde Gelegenheit gegeben, sich auch zum gleichzeitig vorgelegten Entwurf einer neuen Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (VIVöB) zu äussern.

Alle 43 Vernehmlassungsteilnehmenden haben dem vorgesehenen Beitritt zur IVöB 2019 zugestimmt. Sie begrüssen die mit der Revision verbundene Harmonisierung zwischen den Kantonen, aber auch zwischen Kantonen und Bund, welche sowohl für die Anbieterinnen als auch für die Vergabestellen mit einer deutlichen Verbesserung der heutigen Situation verbunden ist. Auch wurde die mit dem Beitritt zur IVöB 2019 verbundene Umsetzung des revidierten GPA, die im Interesse der schweizerischen Wirtschaft ist, positiv bewertet. Grosse Zustimmung fand die mit dem Beitritt zur IVöB 2019 verbundene Abkehr vom Preiswettbewerb hin zum Qualitätswettbewerb, in deren Zuge sich die Vernehmlassungsteilnehmenden insbesondere eine Stärkung des einheimischen Gewerbes erhoffen. Auch die in der IVöB 2019 umgesetzte stärkere Gewichtung von nachhaltigen Beschaffungen wurde sehr positiv aufgenommen. Die Teilnehmenden sind sich einig, dass für die praktische Umsetzung dieses Paradigmenwechsels eine rasche und zielgerichtete Schulung der Vergabestellen notwendig sein wird.

Folgende in der Vernehmlassung zum EGIVöB diskutierte Themen sollen näher erläutert werden:

3.1.1 Unterstellung von Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration und der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen des Kantons und der Gemeinden

Das Bundesparlament hatte in Artikel 10 BöB nachträglich zwei Sachverhalte von der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht ausgenommen (vgl. Art. 10 Abs. 1e BöB: Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration sowie Abs. 1i BöB: die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen des Bundes). Diese beiden Anwendungsfälle waren gestützt auf den gemeinsamen Entwurf des BöB und der revidierten IVöB vom 15. Februar 2017 noch vom Beschaffungsrecht erfasst worden. Weil sich die Kantone im Rahmen der Kurzvernehmlassung nicht auf eine einheitliche Haltung einigen konnten, können sie im Rahmen ihrer kantonalen Ausführungsbestimmungen gestützt auf Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019 entscheiden, ob sie die beiden Sachverhalte dem kantonalen Vergaberecht unterstellen wollen oder nicht.

3.1.1.1 Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration

Unser Vernehmlassungsentwurf zum EGIVöB sah vor, dass Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration im Kanton Luzern wie heute auch künftig dem Vergaberecht unterstehen sollen. Mit dieser Unterstellung war die grosse Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmenden einverstanden. Gegen eine Unterstellung wurde vereinzelt vorgebracht, dass es sich bei den Anbieterinnen von Arbeitsintegrationsmassnahmen oft um nichtgewinnorientierte Organisationen handle, die den Wohltätigkeitseinrichtungen gleichzustellen seien. Gemäss unseren Kenntnissen handelt es sich bei einer Mehrheit der Leistungserbringerinnen jedoch um private und gewinnorientierte Akteurinnen, weshalb unseres Erachtens eine komplette Befreiung von der Unterstellung unter das Vergaberecht nicht gerechtfertigt ist. Handelt es sich bei den Anbieterinnen von solchen Massnahmen um Wohltätigkeitseinrichtungen gemäss Artikel 10 Absatz 1e IVöB 2019, fällt der konkrete Auftrag bereits aufgrund dieser Tatsache nicht unter das Beschaffungsrecht. Im Übrigen hat sich die Anwendung des Beschaffungsrechts auf arbeitsmarktliche Aufträge in der Vergangenheit bewährt.

3.1.1.2 Öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen des Kantons und der Gemeinden

Gemäss der aktuellen Rechtslage (§ 1 Abs. 2a öBG) untersteht heute einzig die Luzerner Pensionskasse als öffentlich-rechtliche Anstalt dem Beschaffungsrecht, die kommunalen öffentlich-rechtlichen und die privatrechtlich organisierten Pensionskassen hingegen nicht. Diese nehmen zwar im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahr, sie erfüllen jedoch keine öffentlichen, kommunalen Aufgaben im Sinn von § 1 Absatz 2b öBG, sondern durch das Bundesrecht normierte Aufgaben. Da sie in der Regel auch nicht mehrheitlich durch die öffentliche Hand bestimmt sind und die Finanzierung der Pensionskasse durch die Arbeitgeberbeiträge nicht eine mehrheitliche öffentliche Finanzierung darstellt, sind kommunale Pensionskassen (wie auch die LUPK) nicht als sogenannte Einrichtungen des öffentlichen Rechts[5] zu qualifizieren.

Unser Vernehmlassungsentwurf sah vor, dass die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und Gemeinden nicht dem Beschaffungsrecht unterstellt werden sollen, was wir vor allem mit einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von privatrechtlich organisierten und öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen begründet haben. Die grosse Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmenden, darunter auch SVP, FDP und GLP, folgten dieser Argumentation. Für eine Unterstellung sprachen sich dagegen unter anderem SP und Grüne aus. Die Grünen begründeten dies etwa damit, dass auch die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen den Kanton bei der Erreichung der Klimaziele zu unterstützen hätten. Dieses Ziel wird mit der Unterstellung unter das Vergaberecht aber nicht automatisch erreicht. Gemäss Planungsbericht über die Klima- und Energiepolitik 2021 des Kantons Luzern (Planungsbericht Klima und Energie, B 87 vom 21.9.2021) soll bei Beschaffungen der kantonalen Verwaltung und ihren Betrieben sowie bei Leistungsvereinbarungen mit externen Leistungserbringern der Klimaschutz mitgedacht werden, um zur Senkung der direkten und indirekten Treibhausgasemissionen beizutragen (Planungsbericht Klima und Energie, Kap. 6.8.). Als konkrete Massnahme sollen unter anderem Beschaffungsrichtlinien erarbeitet werden, welche die Berücksichtigung des Erreichens der Klimaziele und der Vorbildwirkung der öffentlichen Verwaltung gewährleisten (vgl. Planungsbericht Klima und Energie, Kap. 6.8.2, KS-V3). Der

[5] Siehe BGE 142 II 369.

Kanton kann die Anwendung dieser Beschaffungsrichtlinien aber für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen des Kantons und der Gemeinden nicht vorschreiben. Als Mittel, um die LUPK zur Erreichung der Klimaziele einzubinden, erachten wir Vorgaben in der Eignerstrategie als wirkungsvoller und sachgerechter. So sollen in den Eignerstrategien für Unternehmen mit kantonaler Beteiligung und für die LUPK klare Ziele hinsichtlich der Treibhausgasemissionen für die Entscheidungsgremien formuliert werden (vgl. Planungsbericht Klima und Energie, Kap. 6.8.3). Als konkrete Massnahme sind die Aufnahme und Konkretisierung von Klimazielen in den Eignerstrategien des Kantons sowie massgeschneiderte Vorgaben für die betroffenen Unternehmen sowohl bei Mehr- als auch bei relevanten Minderheitsbeteiligungen vorgesehen (vgl. Planungsbericht Klima und Energie, Kap. 6.8.4, KS-V6). In der Eignerstrategie 2021 der LUPK ist unter anderem festgehalten, dass die LUPK bis im Mai 2023 einen Entwurf und bis im Mai 2025 einen definitiven Klimabericht erstellt. Der Klimabericht soll aufzeigen, mit welchen Massnahmen das Ziel der Klimaneutralität erreicht werden kann (Eignerstrategie 2021 der LUPK). An dieser Stelle sei noch darauf hingewiesen, dass die Klima-Allianz Schweiz die Klimakompatibilität der LUPK bei einer Abfrage mit «Good Practice», Tendenz «sehr viel besser» bewertet (vgl. Klima-Rating).

Die SP brachte unter anderem vor, dass die Vorsorgeeinrichtungen gerade im Immobilienbereich grosse und wichtige Nachfrager seien und aufgrund ihrer Trägerschaft eine mindestens indirekte öffentliche Aufgabe erfüllen würden. Eine indirekt öffentliche Aufgabe reicht für eine Unterstellung aber nicht aus, werden doch nur Aufträge, die der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen, vom Beschaffungsrecht erfasst. Bei den Geschäftstätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen im Immobilienbereich dürfte es sich in der Regel um die Bewirtschaftung des Anlagevermögens handeln. Das Anlagevermögen ist aber nicht dem Vergaberecht unterstellt, da dies nicht in dessen objektiven Geltungsbereich fällt. Die Vorsorgeeinrichtung muss sinnvolle Anlageentscheide treffen können und tritt beim Erwerb von Anlagevermögen als Konkurrentin anderer potenzieller Erwerber auf; sie muss daher rasch und unkompliziert ihre Anlagegeentscheide fällen können. Weiter wurde vereinzelt vorgebracht, dass die LUPK zu 100 Prozent durch Steuergelder beziehungsweise mit öffentlichen Geldern finanziert werde. Dies trifft nicht zu. So hat die LUPK eine spezielle Stellung innerhalb der Beteiligungen des Kantons, da das von der LUPK verwaltete Vermögen nicht dem Kanton, den Gemeinden oder den angeschlossenen Arbeitgebern gehört, sondern den Versicherten. Bei den Arbeitgeberbeiträgen handelt es sich auch nicht um Staatsbeiträge, die ein Beitragscontrolling verlangen, sondern um Beiträge im Rahmen der beruflichen Vorsorge (Eignerstrategie 2021 der LUPK). Die Unterstellung der LUPK unter das geltende Beschaffungsrecht stammt noch aus der Zeit, als der Kanton Luzern der Kantonalen Pensionskasse eine Staatsgarantie gewährte, was aber seit 2000 (Fusion Kantonale Pensionskasse und Lehrerpensionskasse) nicht mehr der Fall ist. Eine Unterstellung der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen allein aufgrund ihrer Rechtsform erscheint uns nicht sachgerecht, wenn gleichzeitig die zahlreichen privatrechtlich organisierten Vorsorgeeinrichtungen nicht dem Vergaberecht unterstehen.

3.1.2 Zusätzliche Zuschlagskriterien

Das Bundesparlament hat nachträglich das Zuschlagskriterium «unterschiedliche Preisniveaus», eingefügt. Damit soll bezweckt werden, die schweizerischen Unternehmen (insbesondere KMU) gegenüber ausländischer Konkurrenz zu schützen. So sieht Artikel 29 Absatz 1 BöB vor, dass die Auftraggeberin «neben dem Preis und der Qualität einer Leistung, insbesondere Kriterien wie (…) die unterschiedlichen

Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird (…)» berücksichtigt. Da die damit verbundene Ungleichbehandlung ausländischer und einheimischer Anbieter mit den staatsvertraglichen Verpflichtungen als nicht vereinbar erachtet wurde, ergänzte das Bundesparlament Artikel 29 Absatz 1 BöB mit dem Zusatz «unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz».

Im Rahmen der Kurzvernehmlassung sprachen sich 15 Kantone gegen die Aufnahme des Zuschlagskriteriums «Preisniveau-Klausel» aus. Anlässlich der Verabschiedung der IVöB 2019 stellte ein Kanton einen (Rückkommens-)Antrag auf Aufnahme dieses Zuschlagskriteriums in die IVöB 2019, der von 19 Kantonen abgelehnt wurde. Dies wurde mit praktischen, aber auch rechtlichen Bedenken begründet. So ist unklar, wann dieses Zuschlagskriterium zur Anwendung gelangen soll. Der Bezug von Rohstoffen, Vorleistungen, Komponenten, Vorfabrikaten bei ausländischen Lieferanten durch schweizerische Anbieterinnen kommt in der Praxis insbesondere bei KMU häufig vor. Soll eine (weitgehend) im Ausland produzierende Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz anders behandelt werden als eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland? Ist an den Grad der Wertschöpfung in der Schweiz anzuknüpfen und wenn ja, wie hoch muss der entsprechende Anteil sein? Wie soll die «Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus» erfolgen (Punkteabzug, Bereinigung der offerierten Preise oder gar Ausschluss des Angebots)? Diese rechtlichen und praktischen Umsetzungsschwierigkeiten sprachen gegen eine Aufnahme des neuen Zuschlagskriteriums. Auch steht dieses dem Geist der neuen Vergabekultur entgegen, wonach Qualitätswettbewerb, Innovation und Nachhaltigkeit gefördert und verstärkt als Kriterien herangezogen werden sollen. Die Umsetzung der Preisniveau-Klausel würde nicht nur für die Vergabestellen einen grossen bürokratischen Aufwand verursachen, da sie für die Feststellung des inländischen, aber auch des ausländischen Preisniveaus branchen- oder sektorenspezifische Preisvergleiche heranziehen müssten. Auch die Anbieterinnen müssten die Wertschöpfungskette und die jeweiligen (prozentualen) Anteile an der Wertschöpfung gegenüber der Vergabestelle detailliert offenlegen, was im Übrigen durch die Vergabebehörden kaum überprüft werden könnte. Dieser Aufwand stände in keinem Verhältnis zum beschränkten Anwendungsbereich (offenes Verfahren im Binnenbereich). An dieser Stelle sei erwähnt, dass gestützt auf die Statistiken im Staatsvertragsbereich nur sehr wenige Zuschläge an ausländische Anbieter erteilt werden. Im Binnenmarkt ist dies noch seltener der Fall.

In der Zwischenzeit hat die Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) einen Preisniveaurechner erstellt, welcher die Vergabestellen bei der Anwendung des Preisniveau-Kriteriums unterstützen soll.[6] Auch wenn damit eine Anwendungshilfe besteht, deren Praxistauglichkeit sich aber erst noch zeigen muss, ändert sich nichts an den rechtlichen und praktischen Vorbehalten gegenüber der Anwendung der Preisniveau-Klausel.

Wie der Regierungsrat in den Antworten auf die Anfrage A 203 von Pius Müller über die Veränderungen im öffentlichen Beschaffungswesen sowie die Anfrage A 188 von Georg Dubach über die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und der zu erwartenden Chancen für den Kanton Luzern festgehalten hat, kann die Benachteiligung von schweizerischen Unternehmen und insbesondere KMU aufgrund höherer Kosten im Vergleich mit ausländischen Anbieterinnen mit anderen Massnahmen besser verhindert werden. So können qualitative

[6] BKB Preisniveaurechner.

oder ökologische Kriterien stärker gewichtet werden (z. B. bei intellektuellen Dienstleistungen oder bei Bauaufträgen mit Blick auf die Rohstoffe). Transportart und -wege können berücksichtigt werden, wenn es sich dabei gestützt auf den Beschaffungsgegenstand um objektive, sachliche und zweckmässige Kriterien handelt. Und schliesslich können grössere Aufträge in mehrere Lose aufgeteilt werden, um KMU den Marktzugang zu erleichtern (allenfalls mit der Vorgabe, dass ein einzelner Anbieter nur eine beschränkte Anzahl Lose erhalten kann).

Aufgrund der rechtlichen und praktischen Umsetzungsschwierigkeiten, die gegen eine Aufnahme dieses Zuschlagskriteriums sprechen, enthielt unser Vernehmlassungsentwurf des EGIVöB dieses Zuschlagskriterium nicht. Insbesondere kommt das von der BPUK in Auftrag gegebene Rechtsgutachten zum Schluss, dass im Rahmen von kantonalem Ausführungsrecht keine neuen (generell-abstrakten) Zuschlagskriterien normiert werden dürfen.[7] Dies wurde unter anderem damit begründet, dass Ausführungsbestimmungen keine neuen Vorschriften enthalten dürften, welche die Rechte der Adressatinnen beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen. Im Übrigen erschien uns die stärkere Gewichtung von qualitativen oder ökologischen Kriterien bei den konkreten Beschaffungen sachgerechter und zielführender, um die Chancen der einheimischen KMU zu verbessern.

Trotz der vorgebrachten Bedenken sprachen sich neben Mitte, SVP, FDP, SP sowie Grünen noch weitere fünf Vernehmlassungsteilnehmende für die Aufnahme der sogenannten «Preisniveau-Klausel» in die kantonalen Ausführungsbestimmungen aus. Dies wurde in erster Linie mit der Harmonisierung mit dem Bundesrecht und der Stärkung der einheimischen Betriebe begründet. Auch wurde darauf hingewiesen, dass die in der Zwischenzeit der IVöB 2019 beigetretenen Kantone dieses Zuschlagskriterium im kantonalen Recht vorgesehen hätten. Am 21. Juni 2021 wurde die Motion M 622 von Franz Räber über den Stopp der Diskriminierung unserer KMU im Beschaffungswesen eröffnet, welche von 50 Kantonsrätinnen und -räten mitunterzeichnet wurde. Darin wird die Aufnahme der «Preisniveau-Klausel» in die kantonale Beschaffungsgesetzgebung gefordert.

Einige Vernehmlassungsteilnehmende haben neben der «Preisniveau-Klausel» die Aufnahme des Zuschlagskriteriums «Verlässlichkeit des Preises» verlangt und dies mit der Harmonisierung des kantonalen Rechts mit dem Bundesrecht begründet. Dieses Zuschlagskriterium wurde vom Bund ebenfalls nachträglich in Artikel 29 Absatz 1 BöB aufgenommen, um den Qualitätswettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen sicherzustellen. Dieses Zuschlagskriterium soll ermöglichen, «unrealistische Preisangebote» zu hinterfragen und die Bewertung des Angebots unter diesem Gesichtspunkt zu korrigieren. Im Rahmen der Kurzvernehmlassung haben sich die Kantone auch gegen die Aufnahme dieses Zuschlagskriteriums in die IVöB 2019 ausgesprochen, da sie praktische Probleme bei der Umsetzung dieses Kriteriums befürchteten. Ein tiefes Angebot darf nach der heutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht allein aufgrund seines Preises schlechter bewertet werden als höhere Angebote (z.B. allein mit der Begründung, ein Angebotspreis sei zu tief, un-

[7] Siehe zum Ganzen: BPUK-Faktenblatt unterschiedliche Preisniveaus; sowie das im Auftrag der BPUK erstattete Gutachten von Prof. Hans Rudolf Trüeb und Dr. Martin Zobl, Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus bei öffentlichen Beschaffungen – rechtliche Zulässigkeit und praktische Umsetzung, Zürich, 2020, Rz. 3 ff., abrufbar unter: Homepage BPUK Dokumentation

plausibel oder unseriös). Wie die Abgrenzung dieses Zuschlagskriteriums zum Zuschlagskriterium «Plausibilität des Angebots» aussehen soll, ist unklar.[8] Die Anwendung der beiden Zuschlagskriterien «Preisniveau-Klausel» und «Verlässlichkeit des Preises» führt zu einer Ungleichbehandlung von ausländischen mit inländischen Anbieterinnen, die mit den staatsvertraglichen Verpflichtungen nicht vereinbar ist. Deshalb können sie im staatsvertraglichen Bereich auch nicht zur Anwendung gelangen. Dies geht auch aus der Ergänzung von Artikel 29 Absatz 1 BöB mit dem Zusatz «unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz» hervor.

Die Kantone Aargau, Solothurn und Appenzell Innerrhoden haben im kantonalen Recht beide Zuschlagskriterien zusätzlich aufgeführt, der Kanton Thurgau nur die Preisniveau-Klausel. Daraus haben verschiedene Vernehmlassungsteilnehmende geschlossen, dieses Vorgehen sei trotz den Schlussfolgerungen des im Auftrag der BPUK eingeholten Gutachten rechtlich zulässig. Im Zusammenhang mit den Beitrittserklärungen der fraglichen Kantone hat das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB), welches das Leitorgan der IVöB ist (vgl. Art. 61 IVöB 2019) aber an der Meinung festgehalten, dass die Aufnahme weiterer generell-abstrakter Zuschlagskriterien auf dem Weg des kantonalen Ausführungsrechts nicht möglich sei. Deshalb hat es den entsprechenden Kantonen empfohlen, auf die Verwendung der beiden Zuschlagskriterien zu verzichten, insbesondere da es sich um Kann-Kriterien handle. Ansonsten bestehe für die Vergabebehörden infolge Nichtübereinstimmung des kantonalen Ausführungsrechts mit dem Konkordatsrecht die Gefahr eines Beschwerdeverfahrens vor Gericht, das durch eine unterlegene Anbieterin ausgelöst werden könnte.

Wir gehen immer noch davon aus, dass die Anwendung dieser beiden Zuschlagskriterien aus praktischen und rechtlichen Gründen schwierig und mit einem grossen administrativen Aufwand für die Vergabebehörden, aber auch für die Anbieterinnen verbunden sein wird. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Stellungnahme des Kantonsgerichtes hingewiesen, welches auf unklare Definitionen im Zusammenhang mit der Anwendung der Preisniveau-Klausel (z.B. «im Ausland erbrachte Leistung») hinweist. Gemäss der Einschätzung des Kantonsgerichtes wäre ihre praktische Umsetzung konfliktanfällig und einer richterlichen Überprüfung kaum zugänglich.

Trotz dieser Bedenken sollen die beiden Zuschlagskriterien im EGIVöB vorgesehen werden. Dies umso mehr, als es sich dabei um eine Kann-Bestimmung handelt, das heisst die Vergabestellen jeweils entscheiden können, ob diese Zuschlagskriterien in der konkreten Ausschreibung angewendet werden sollen. Derzeit führt der Bund verschiedene Pilotprojekte durch, um praktische Erfahrungen mit der Anwendung dieser beiden Zuschlagskriterien zu sammeln. Von diesen Erfahrungen können auch die Kantone profitieren.

3.1.3 Einzelrichterzuständigkeit

Wie bereits heute das kantonale Beschaffungsrecht sieht die IVöB 2019 eine einzige kantonale Rechtsmittelinstanz vor (Art. 52 IVöB 2019). Gemäss dem heutigen § 28 Absatz 2 öBG entscheidet das Kantonsgericht über Beschwerden in einem schnellen Verfahren in Einzelrichterbesetzung. Bei Streitsachen von grundsätzlicher Bedeutung entscheidet es auf Antrag der Richterin oder des Richters in ordentlicher Besetzung. Das Kantonsgericht wies in seiner Vernehmlassung darauf hin, dass die

[8] Siehe zum Ganzen: BPUK-Faktenblatt Verlässlichkeit des Preises

Einzelrichterzuständigkeit in den kantonalen Ausführungsbestimmungen nicht mehr vorgesehen sei. Der Wegfall der Einzelrichterzuständigkeit bringe eine Mehrbelastung des Gerichts mit sich. Wenn sämtliche Beschwerden gegen Verfügungen im Beschaffungsrecht in Dreierbesetzung entschieden werden müssten, führte dies zu einer längeren Bearbeitungsdauer. Eine solche ergibt sich bereits aus der Verlängerung der Rechtsmittelfrist von 10 auf 20 Tage (vgl. Art. 58 Abs. 1 IVöB). Weil sich die bisherige Einzelrichterzuständigkeit bewährt hat, erscheint uns die Beibehaltung der Regelung gemäss § 28 Absatz 2 öBG sinnvoll. Dies umso mehr, als das Gericht bei Streitsachen von grundlegender Bedeutung in ordentlicher Besetzung entscheiden kann.

3.2 Wichtige Unterschiede Vernehmlassungsvorlage - Botschaft

Die folgende Tabelle zeigt die gegenüber der Vernehmlassung vorgenommenen Änderungen oder Ergänzungen am Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (EGIVöB). In den Kurzbeschrieben wird der Grund für die Anpassung der Vorlage genannt. Wegen der Aufnahme eines neuen § 2 werden die §§ 2 und 3 gemäss Vernehmlassungsentwurf zu den §§ 3 und 4 EGIVöB.

Thema	***geänderte Bestimmung (in vorliegender Botschaft gegenüber Vernehmlassungsbotschaft***
§ 2: Zuschlagskriterien	Im neuen § 2 werden analog der Bestimmung der Kantone AG, AI, SO und TG die möglichen zusätzlichen Zuschlagskriterien «unterschiedliche Preisniveaus» und «Verlässlichkeit des Preises» unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz aufgenommen.
§ 3 Abs. 2: Rechtsschutz	Analog der heutigen Bestimmung in § 28 Abs. 2 öBG wird für das Beschwerdeverfahren vor Kantonsgericht in der Regel die Einzelrichterbesetzung sowie das schnelle Verfahren festgelegt.

4 Die Gesetzesbestimmungen im Einzelnen

4.1 Einführungsgesetz zur interkantonalen Vereinbarung

Die IVöB 2019 ist im generischen Maskulin abgefasst («der Auftraggeber», «der Anbieter»). Da im Luzerner öBG und in der öBV aber für Personenbezeichnungen die weibliche Form («die Auftraggeberin», «die Anbieterin») verwendet wird, soll dies auch für das EGIVöB gelten.

§ 1 Objektiver Geltungsbereich (Artikel 10 Abs. 1e IVöB)

Das Bundesparlament hat in Artikel 10 Absatz 1i BöB Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration vom Beschaffungsrecht ausgenommen (vgl. auch Art. 10 Abs. 1e und 1g IVöB 2019). Gestützt auf Artikel 63 Absatz 4 IVöB 2019 können die Kantone diese Aufträge aber trotzdem dem Beschaffungsrecht unterstellen.

Mit Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration sind arbeitsmarktliche Massnahmen gemeint. Diese werden im Kanton Luzern gestützt auf das geltende Recht öffentlich ausgeschrieben. Im Bundesparlament wurde deren Befreiung von der Unterstellung unter anderem damit begründet, dass es sich gleich wie bei den

Wohltätigkeitsorganisationen um Einrichtungen gemeinnütziger Art handle, die ohne Profit arbeiteten und eine Dienstleistung für den sozialen Frieden erbringen würden. Diese Einschätzung stimmt unseres Erachtens nur teilweise: Bei einer Mehrheit der Leistungserbringerinnen handelt es sich um private und gewinnorientierte Akteurinnen, die ein verhältnismässig grosses Beschaffungsvolumen auf sich vereinen. So werden gemäss dem Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) seitens der Kantone jährlich rund 650 Millionen Franken für arbeitsmarktliche Massnahmen aufgewendet. Aus diesen Gründen erscheint es gerechtfertigt, die arbeitsmarktlichen Aufträge weiterhin dem Beschaffungsrecht zu unterstellen, umso mehr sich diese Unterstellung in der Vergangenheit bewährt hat. Mit § 1 EGIVöB wird der Geltungsbereich der IVöB 2019 darum noch auf diese Aufträge ausgeweitet.

§ 2 Zuschlagskriterien

Artikel 29 Absatz 1 IVöB 2019 enthält eine nicht abschliessende Aufzählung möglicher Zuschlagskriterien. Zuschlagskriterien haben einen sachlichen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufzuweisen. Lediglich die Zuschlagskriterien «Preis» und «Qualität» sollen grundsätzlich in jedem Beschaffungsverfahren zur Anwendung gelangen. Für eine standardisierte Leistung kann der Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Gesamtpreises erfolgen (Art. 29 Abs. 4 IVöB 2019).

Das Bundesparlament hat in der Folge die beiden Zuschlagskriterien «unterschiedliche Preisniveaus» und «Verlässlichkeit des Preises» in den Artikel 29 Absatz 1 BöB aufgenommen. Mit der Aufnahme der Preisniveau-Klausel soll bezweckt werden, die schweizerischen Unternehmungen (insbes. KMU) vor ausländischer Konkurrenz zu schützen. So sollen mit diesem Zuschlagskriterium die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird, berücksichtigt werden können. Mit der Verwendung des Zuschlagskriteriums «Verlässlichkeit des Preises» soll der Qualitätswettbewerb zusätzlich gefördert werden. Dieses soll den Vergabestellen ermöglichen, «unrealistische» Preisangebote kritisch zu hinterfragen und die Bewertung des Angebots unter diesem Gesichtspunkt zu korrigieren.

Weil sich die Kantone wegen praktischer und rechtlicher Bedenken gegen die Aufnahme dieser beiden Zuschlagskriterien ausgesprochen haben, wurden diese nicht in den Artikel 29 Absatz 1 IVöB 2019 übernommen. Gestützt auf das Vernehmlassungsergebnis im Kanton Luzern sollen diese beiden Zuschlagskriterien allerdings bei Vergabeverfahren im Kanton Luzern zusätzlich zu den in Artikel 29 IVöB erwähnten Zuschlagskriterien dennoch berücksichtigt werden können, was mit deren Aufnahme in das EGIVöB umgesetzt wird.

Die mit der Anwendung dieser beiden Zuschlagskriterien verbundene Ungleichbehandlung ausländischer Anbieterinnen gegenüber inländischen Anbieterinnen ist nicht mit den staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar und verstösst insbesondere gegen die Grundsätze der Inländerbehandlung und der Nichtdiskriminierung. Deshalb können diese zusätzlichen Zuschlagskriterien nur im Binnenbereich zur Anwendung gelangen, was mit dem Zusatz «unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz» klargestellt wird (analog Art. 29 Abs. 1 BöB).

Wie diese beiden Zuschlagskriterien in der Praxis umgesetzt werden können, wird sich zeigen. In der Zwischenzeit hat die Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) einen Preisniveaurechner erstellt, welcher die Vergabestellen bei der Anwendung

des Preisniveau-Kriteriums unterstützen soll.[9] Es besteht somit eine Anwendungshilfe, deren Praxistauglichkeit derzeit anhand von Pilotprojekten des Bundes überprüft wird. Auch prüft der Bund verschiedene Methoden zur Umsetzung des Zuschlagskriteriums «Verlässlichkeit des Preises.»

§ 3 Rechtsschutz (Art. 52 IVöB)

Artikel 52 IVöB 2019 sieht eine einzige kantonale Beschwerdeinstanz, das Verwaltungsgericht, vor, welches im Kanton Luzern dem Kantonsgericht entspricht. Die Beschwerde gegen Verfügungen gemäss Artikel 53 IVöB 2019 ist ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert an das Luzerner Kantonsgericht zulässig (d.h. für Lieferungen, Dienstleistungen und Aufträge des Baunebengewerbes ab 150'000 Fr. sowie bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes ab 300'000 Fr.). Von einer weiter gehenden Senkung der Schwelle des Auftragswertes für die Gewährung des Rechtsschutzes wurde abgesehen. Bei freihändigen Vergaben über dem Schwellenwert kann gemäss Artikel 56 Absatz 5 IVöB 2019 nur gerügt werden, dass das freihändige Verfahren zu Unrecht angewandt worden sei (geltende Praxis) und – neu – dass der Zuschlag aufgrund von Korruption erteilt worden sei.

In Absatz 2 wird die Regelung von § 28 Absatz 2 öBG übernommen, gemäss welchem das Kantonsgericht im Beschwerdeverfahren in einem schnellen Verfahren in Einzelrichterbesetzung entscheidet. Bei Streitsachen von grundsätzlicher Bedeutung entscheidet es auf Antrag der Richterin oder des Richters in ordentlicher Besetzung.

§ 4 Aufsicht und Vollzug (Art. 2 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 4 IVöB)

Gemäss Absatz 1 übt der Regierungsrat die Aufsicht über das öffentliche Beschaffungswesen aus. Er überwacht die Anwendung und Ausführung der IVöB. Diese Regelung entspricht der geltenden Regelung in § 36 Absatz 1 öBG und hat sich in der Praxis bewährt.

Absatz 2 überträgt dem Regierungsrat, gestützt auf Artikel 63 Absatz 4 IVöB 2019, die Kompetenz zum Erlass von Vollzugsbestimmungen. Dies entspricht der Regelung im geltenden Recht (§ 36 Abs. 2 öBG). Damit wird sichergestellt, dass die zu regelnden Einzelheiten der Organisation und des Verfahrens gegebenenfalls rasch neuen wirtschaftlichen, politischen oder rechtlichen Gegebenheiten angepasst werden können. Die Aufzählung ist nicht abschliessend, sondern bringt zum Ausdruck, welche Themen aus heutiger Sicht Gegenstand der Ausführungsbestimmungen sein müssen. Wo die IVöB 2019 nicht bereits den Erlass von Ausführungsbestimmungen vorsieht, wird dies hier ergänzt (insbes. zum Dialog in Abs. 2a und der Teilnahmemöglichkeit an Offertöffnungen in Abs. 2b). § 4 Absatz 2c EGIVöB entspricht dem heutigen § 36 Absatz 2e öBG), welcher in § 38 öBV umgesetzt wird.

Absatz 3 ermächtigt den Regierungsrat, Änderungen der Vereinbarung, soweit sie nicht von grundlegender Natur sind, in eigener Kompetenz zuzustimmen. Dies entspricht der Regelung in Ziffer 2 des Dekrets über die Genehmigung des Beitritts des Kantons Luzern zur Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe [IVHB; SRL Nr. 737]) und erscheint auch im Fall der IVöB 2019 sachgerecht.

[9] BKB Preisniveaurechner.

4.2 Aufhebung von Erlassen

Das Einführungsgesetz zur IVöB tritt an die Stelle des kantonalen Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen, weshalb dieses mit Inkraftsetzung des EGIVöB aufzuheben ist.

4.3 Inkrafttreten und Befristung

Das Einführungsgesetz zur IVöB unterliegt dem fakultativen Referendum. Unser Rat bestimmt das Inkrafttreten. Das Einführungsgesetz zur IVöB enthält die notwendigen kantonalen Ausführungsbestimmungen zur IVöB 2019. Aufgrund der langen Entstehungsgeschichte der interkantonalen Vereinbarung – die Arbeiten starteten 2012 – und der darin umgesetzten Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf Stufe Bund und Kantone ist nicht davon auszugehen, dass ein Austritt aus der IVöB 2019 in absehbarer Zeit zu erwarten ist. Unser Rat unterbreitet Ihrem Rat daher einen Erlass ohne Befristung.

5 Kosten

Die Harmonisierung der nationalen Beschaffungsrechtsordnungen bringt auf kantonaler und kommunaler Ebene verschiedene Vorteile mit sich. Es ist zu erwarten, dass sich die angestrebte Rechtsangleichung einerseits im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen und andererseits auch im Verhältnis der Kantone und der Gemeinden untereinander positiv auswirkt, sobald die IVöB 2019 in Kraft tritt. Gründe dafür sind eine einheitlichere Rechtsprechung, ein erleichterter Erfahrungsaustausch, gemeinsame Vorlagen, ähnliche Hilfs- und Lehrmittel sowie abgestimmte Aus- und Weiterbildungen, was die gebotene Professionalisierung im Beschaffungswesen unterstützt.

Die Revision wird infolge Schulung der Vergabestellen sowie der Bereitstellung von Hilfsmitteln zu einem initialen Mehraufwand für Kanton und Gemeinden führen. Auch ist zu erwarten, dass der Beratungsaufwand des Kantons anfänglich etwas steigen wird. Dazu ist zu ergänzen, dass die Kantone zurzeit gemeinsam mit dem Bund verschiedene Hilfsmittel erarbeiten, die den öffentlichen Auftraggeberinnen in der Praxis die Umsetzung des neuen Beschaffungsrechts stark erleichtern und die Harmonisierung sicherstellen sollen. So werden gemeinsame Faktenblätter und insbesondere ein gemeinsamer Beschaffungsleitfaden erarbeitet.

Die heutigen Normen sehen bei Dauerverträgen eine maximale Laufzeit von zehn Jahren vor (vgl. § 3 Abs. 4 öBV), Artikel 15 Absatz 4 IVöB 2019 hingegen nur eine solche von fünf Jahren. Zwar kann in begründeten Fällen eine längere Laufzeit vorgesehen werden (vgl. Kap. 1.2.7). Trotzdem dürfte die neue Regelung bei einzelnen Dienststellen dazu führen, dass im Vergleich zu heute mehr Beschaffungsverfahren (höhere Kadenz) durchgeführt werden müssen, womit die Personalkosten steigen werden. Mit welchen finanziellen Auswirkungen der zu erwartende Mehraufwand bei der Einführung und späteren Anwendung der interkantonalen Vereinbarung verbunden sein wird, kann im heutigen Zeitpunkt noch nicht abgeschätzt werden.

Im Übrigen sind die aus der Revision resultierenden Kosten, etwa im Zusammenhang mit der stärkeren Gewichtung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitsaspekten, stark vom konkreten Vollzug abhängig, weshalb sie nicht näher quantifizierbar sind. Die verstärkte Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien und der Fokus auf qualitativ hochstehende Angebote führen jedoch in der Regel bei der Ausführung der

Aufträge zu weniger Folgekosten und bieten deshalb eher Gewähr für deren reibungslose Abwicklung.

6 Antrag

Sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, wir beantragen Ihnen, dem Entwurf des Einführungsgesetzes zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und dem Entwurf des Dekrets über die Genehmigung des Beitritts des Kantons Luzern zur IVöB 2019 zuzustimmen.

Luzern, 8. Februar 2022

Im Namen des Regierungsrates
Der Präsident: Marcel Schwerzmann
Der Staatsschreiber: Vincenz Blaser

Entwurf RR vom 8. Februar 2022

Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (EGIVöB)

vom

Betroffene SRL-Nummern:
Neu: 733c
Geändert: –
Aufgehoben: 733

Der Kantonsrat des Kantons Luzern,

gestützt auf Artikel 63 Absatz 4 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019[1],
nach Einsicht in die Botschaft des Regierungsrates vom 8. Februar 2022,

beschliesst:

I.

§ 1 *Objektiver Geltungsbereich (Art. 10 Abs. 1e IVöB)*

[1] Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019[2] findet in Abweichung von Artikel 10 Absatz 1e IVöB auch Anwendung auf Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration.

§ 2 *Zuschlagskriterien (Art. 29 IVöB)*

[1] Zusätzlich zu den in Artikel 29 IVöB erwähnten Kriterien können, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, die Kriterien «unterschiedliche Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird» und «Verlässlichkeit des Preises» berücksichtigt werden.

§ 3 *Rechtsschutz (Art. 52 IVöB)*

[1] Gegen Verfügungen der Auftraggeberin ist ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert die Beschwerde an das Kantonsgericht zulässig.

[2] Das Kantonsgericht entscheidet in einem schnellen Verfahren in Einzelrichterbesetzung. Bei Streitsachen von grundsätzlicher Bedeutung entscheidet es auf Antrag der Richterin oder des Richters in ordentlicher Besetzung.

§ 4 *Aufsicht und Vollzug (Art. 62 Abs. 1 und 63 Abs. 4 IVöB)*

[1] Der Regierungsrat übt die Aufsicht über das öffentliche Beschaffungswesen aus. Er überwacht die Anwendung und Ausführung der Vereinbarung.

[2] Der Regierungsrat erlässt die weiteren Bestimmungen zum Vollzug der IVöB. Er regelt durch Verordnung insbesondere
a. die Modalitäten des Dialogs (Art. 24 IVöB),
b. die Teilnahmemöglichkeit an Offertöffnungen (Art. 37 IVöB),
c. die zweckmässige und transparente statistische Auswertung und Bekanntmachung von öffentlichen Beschaffungen.

[3] Der Regierungsrat kann Änderungen der Vereinbarung, soweit sie nicht von grundlegender Natur sind, in eigener Kompetenz zustimmen.

---

[1] SRL Nr. 733b
[2] SRL Nr. 733b

II.

Keine Fremdänderungen.

III.

Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBG) vom 19. Oktober 1998[3] (Stand 1. Juni 2013) wird aufgehoben.

IV.

Der Regierungsrat bestimmt das Inkrafttreten des Gesetzes. Es unterliegt dem fakultativen Referendum.

Luzern,

Im Namen des Kantonsrates
Der Präsident:
Der Staatsschreiber:

[3] SRL Nr. 733

Entwurf

Dekret
über die Genehmigung des Beitritts des Kantons Luzern zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019)

vom

Der Kantonsrat des Kantons Luzern,

nach Einsicht in die Botschaft des Regierungsrates vom 8. Februar 2022,

beschliesst:

1. Der Beitritt des Kantons Luzern zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 wird genehmigt.
2. Der Regierungsrat wird ermächtigt, aus der IVöB vom 25. November 1994 / 15. März 2001 auszutreten, wenn sämtliche Kantone der IVöB vom 15. November 2019 beigetreten sind.
3. Das Dekret ist mit der interkantonalen Vereinbarung zu veröffentlichen. Es unterliegt dem fakultativen Referendum.

Luzern,

Im Namen des Kantonsrates
Der Präsident:
Der Staatsschreiber:

Anhang

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)

vom 15. November 2019

Das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen

beschliesst:

1 Gegenstand, Zweck und Begriffe

Art. 1 *Gegenstand*

[1] Diese Vereinbarung findet auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeber innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung.

Art. 2 *Zweck*

[1] Diese Vereinbarung bezweckt:

a. den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel;
b. die Transparenz des Vergabeverfahrens;
c. die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter;
d. die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbietern, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption.

Art. 3 *Begriffe*

[1] In dieser Vereinbarung bedeuten:

a. Anbieter[1]: natürliche oder juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts oder Gruppe solcher Personen, die Leistungen anbieten, sich um die Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung, die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Erteilung einer Konzession bewerben;
b. öffentliches Unternehmen: Unternehmen, auf das staatliche Behörden aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen einschlägigen Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können; ein beherrschender Einfluss wird vermutet, wenn das Unternehmen mehrheitlich durch den Staat oder durch andere öffentliche Unternehmen finanziert wird, wenn es hinsichtlich seiner Leitung der Aufsicht durch den Staat oder durch andere öffentliche Unternehmen unterliegt oder wenn dessen Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat oder von anderen öffentlichen Unternehmen ernannt worden sind;
c. Staatsvertragsbereich: Geltungsbereich der internationalen Verpflichtungen der Schweiz über das öffentliche Beschaffungswesen;
d. Arbeitsbedingungen: zwingende Vorschriften des Obligationenrechts vom 30. März 1911[2] über den Arbeitsvertrag, normative Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge und der Normalarbeitsverträge oder, wo diese fehlen, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen;
e. Arbeitsschutzbestimmungen: Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechts, einschliesslich der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964[3] und des zugehörigen Ausführungsrechts sowie der Bestimmungen zur Unfallverhütung;
f. Einrichtung des öffentlichen Rechts: jede Einrichtung, die
   1. zum besonderen Zweck gegründet wurde, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen;
   2. Rechtspersönlichkeit besitzt; und

[1] Im Interesse der besseren Lesbarkeit wird in dieser Vereinbarung nur die männliche Form verwendet.
[2] SR 220
[3] SR 822.11

3. überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind;

g. staatliche Behörden: der Staat, die Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.

2 Geltungsbereich

2.1 Subjektiver Geltungsbereich

Art. 4 *Auftraggeber*

[1] Im Staatsvertragsbereich unterstehen dieser Vereinbarung die staatlichen Behörden sowie zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten, einschliesslich der Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene im Sinne des kantonalen und kommunalen Rechts, mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeiten.

[2] Im Staatsvertragsbereich unterstehen dieser Vereinbarung ebenso staatliche Behörden sowie öffentliche und private Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen und die mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind, soweit sie Tätigkeiten in einem der nachfolgenden Sektoren in der Schweiz ausüben:

a. Bereitstellen oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser oder die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser;
b. Bereitstellen oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, der Fortleitung oder der Verteilung von elektrischer Energie oder die Versorgung dieser Netze mit elektrischer Energie;
c. Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs durch Stadtbahn, automatische Systeme, Strassenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabelbahn;
d. Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr mit Flughäfen oder anderen Verkehrsendeinrichtungen;
e. Versorgung von Beförderungsunternehmen im Binnenschiffsverkehr mit Häfen oder anderen Verkehrsendeinrichtungen;
f. Bereitstellen oder Betreiben von Eisenbahnen einschliesslich des darauf durchgeführten Verkehrs;
g. Bereitstellen oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, dem Transport oder der Verteilung von Gas oder Wärme oder Versorgung dieser Netze mit Gas oder Wärme; oder
h. Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebiets zum Zweck der Suche oder Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen.

[3] Die Auftraggeber nach Absatz 2 unterstehen dieser Vereinbarung nur bei Beschaffungen für den beschriebenen Tätigkeitsbereich, nicht aber für ihre übrigen Tätigkeiten.

[4] Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs unterstehen dieser Vereinbarung überdies:

a. andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben, mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeiten;
b. Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.

[5] Führt eine Drittperson die Vergabe eines öffentlichen Auftrags für einen oder mehrere Auftraggeber durch, so untersteht diese Drittperson dieser Vereinbarung wie der von ihm vertretene Auftraggeber.

Art. 5 *Anwendbares Recht*

[1] Beteiligen sich mehrere dem Bundesrecht und dieser Vereinbarung unterstellte Auftraggeber an einer Beschaffung, so ist das Recht des Gemeinwesens anwendbar, dessen Auftraggeber den grössten Teil an der Finanzierung trägt. Überwiegt der kantonale Anteil insgesamt den Bundesanteil, so kommt diese Vereinbarung zur Anwendung.

[2] Beteiligen sich mehrere dieser Vereinbarung unterstellte Auftraggeber an einer Beschaffung, so ist das Recht desjenigen Kantons anwendbar, der den grössten Anteil an der Finanzierung trägt.

[3] Mehrere an einer Beschaffung beteiligte Auftraggeber sind im gegenseitigen Einvernehmen befugt, eine gemeinsame Beschaffung in Abweichung von den vorstehenden Grundsätzen dem Recht eines beteiligten Auftraggebers zu unterstellen.

[4] Eine Beschaffung, deren Ausführung nicht im Rechtsgebiet des Auftraggebers erfolgt, untersteht wahlweise dem Recht am Sitz des Auftraggebers oder am Ort, wo die Leistungen hauptsächlich erbracht werden.

[5] Eine Beschaffung durch eine gemeinsame Trägerschaft untersteht dem Recht am Sitz der Trägerschaft. Hat diese keinen Sitz, findet das Recht am Ort Anwendung, wo die Leistungen hauptsächlich erbracht werden.

[6] Öffentliche oder private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten, die ihnen durch den Bund verliehen wurden, oder die Aufgaben im nationalen Interesse erbringen, können wählen, ob sie ihre Beschaffungen dem Recht an ihrem Sitz oder dem Bundesrecht unterstellen.

Art. 6 *Anbieter*

[1] Nach dieser Vereinbarung sind Anbieter aus der Schweiz zum Angebot zugelassen sowie Anbieter aus Staaten, denen gegenüber die Schweiz sich vertraglich zur Gewährung des Marktzutritts verpflichtet hat, Letzteres im Rahmen der gegenseitig eingegangenen Verpflichtungen.

[2] Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs werden ausländische Anbieter aus Staaten zum Angebot zugelassen, soweit diese Gegenrecht gewähren oder soweit der Auftraggeber dies zulässt.

[3] Der Bundesrat führt eine Liste der Staaten, die sich gegenüber der Schweiz zur Gewährung des Marktzutritts verpflichtet haben. Die Liste wird periodisch nachgeführt.

[4] Die Kantone können Vereinbarungen mit den Grenzregionen und Nachbarstaaten abschliessen.

Art. 7 *Befreiung von der Unterstellung*

[1] Herrscht in einem Sektorenmarkt nach Artikel 4 Absatz 2 wirksamer Wettbewerb, kann das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) dem Bundesrat vorschlagen, die entsprechenden Beschaffungen ganz oder teilweise von der Unterstellung unter diese Vereinbarung zu befreien. Im betroffenen Sektorenmarkt tätige Auftraggeber sind berechtigt, zu Handen des InöB ein diesbezügliches Gesuch zu stellen.

[2] Eine Befreiung gilt für die entsprechenden Beschaffungen aller im betroffenen Sektorenmarkt tätigen Auftraggeber.

2.2 Objektiver Geltungsbereich

Art. 8 *Öffentlicher Auftrag*

[1] Ein öffentlicher Auftrag ist ein Vertrag, der zwischen Auftraggeber und Anbieter abgeschlossen wird und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Er ist gekennzeichnet durch seine Entgeltlichkeit sowie den Austausch von Leistung und Gegenleistung, wobei die charakteristische Leistung durch den Anbieter erbracht wird.

[2] Es werden folgende Leistungen unterschieden:
a. Bauleistungen (Bauhaupt- und Baunebengewerbe);
b. Lieferungen;
c. Dienstleistungen.

[3] Gemischte Aufträge setzen sich aus unterschiedlichen Leistungen nach Absatz 2 zusammen und bilden ein Gesamtgeschäft. Die Qualifikation des Gesamtgeschäfts folgt der finanziell überwiegenden Leistung. Leistungen dürfen nicht mit der Absicht oder Wirkung gemischt oder gebündelt werden, die Bestimmungen dieser Vereinbarung zu umgehen.

Art. 9 *Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen*

[1] Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts gehen vor.

Art. 10 *Ausnahmen*

[1] Diese Vereinbarung findet keine Anwendung auf:
a. die Beschaffung von Leistungen im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf oder im Hinblick auf die Verwendung in der Produktion oder im Angebot von Leistungen für einen gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf;
b. den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, Bauten und Anlagen sowie der entsprechenden Rechte daran;
c. die Ausrichtung von Finanzhilfen;
d. Verträge über Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Ankauf, Verkauf, Übertragung oder Verwaltung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken;
e. Aufträge an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten;
f. die Verträge des Personalrechts;
g. die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und Gemeinden.

[2] Diese Vereinbarung findet zudem keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen:
a. bei Anbietern, denen ein ausschliessliches Recht zur Erbringung solcher Leistungen zusteht;
b. bei anderen, rechtlich selbständigen Auftraggebern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit diese Auftraggeber diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen;
c. bei unselbständigen Organisationseinheiten des Auftraggebers;
d. bei Anbietern, über die der Auftraggeber eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen.

[3] Diese Vereinbarung findet sodann keine Anwendung auf öffentliche Aufträge,
a. wenn dies für den Schutz und die Aufrechterhaltung der äusseren oder inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung als erforderlich erachtet wird;
b. soweit dies erforderlich ist zum Schutz der Gesundheit oder des Lebens von Menschen oder zum Schutz der Tier- und Pflanzenwelt;
c. soweit deren Ausschreibung Rechte des geistigen Eigentums verletzen würde.

3 Allgemeine Grundsätze

Art. 11 *Verfahrensgrundsätze*

[1] Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge beachtet der Auftraggeber folgende Verfahrensgrundsätze:
a. Er führt Vergabeverfahren transparent, objektiv und unparteiisch durch;
b. er trifft Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption;
c. er achtet in allen Phasen des Verfahrens auf die Gleichbehandlung der Anbieter;
d. er verzichtet auf Abgebotsrunden;
e. er wahrt den vertraulichen Charakter der Angaben der Anbieter.

Art. 12 *Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts*

[1] Für die im Inland zu erbringenden Leistungen vergibt der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieter, welche die im Inland massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA) vom 17. Juni 2005[4], sowie die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten.

[2] Für die im Ausland zu erbringenden Leistungen vergibt der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieter, welche mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) nach Massgabe von Anhang 3 einhalten. Der Auftraggeber kann darüber hinaus die Einhaltung weiterer wesentlicher internationaler Arbeitsstandards fordern und entsprechende Nachweise verlangen sowie Kontrollen vereinbaren.

[4] SR 822.41

[3] Der Auftraggeber vergibt einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieter, welche mindestens die am Ort der Leistung geltenden rechtlichen Vorschriften zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen einhalten; dazu gehören im Inland die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts und im Ausland die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt nach Massgabe von Anhang 4.

[4] Die Subunternehmer sind verpflichtet, die Anforderungen nach den Absätzen 1 bis 3 einzuhalten. Diese Verpflichtungen sind in die Vereinbarungen zwischen den Anbietern und den Subunternehmern aufzunehmen.

[5] Der Auftraggeber kann die Einhaltung der Anforderungen nach den Absätzen 1 bis 3 kontrollieren oder die Kontrolle Dritten übertragen, soweit diese Aufgabe nicht einer spezialgesetzlichen Behörde oder einer anderen geeigneten Instanz, insbesondere einem paritätischen Kontrollorgan, übertragen wurde. Für die Durchführung dieser Kontrollen kann der Auftraggeber der Behörde oder dem Kontrollorgan die erforderlichen Auskünfte erteilen sowie Unterlagen zur Verfügung stellen. Auf Verlangen hat der Anbieter die erforderlichen Nachweise zu erbringen.

[6] Die mit der Einhaltung der Anforderungen nach den Absätzen 1 bis 3 befassten Behörden und Kontrollorgane erstatten dem Auftraggeber Bericht über die Ergebnisse der Kontrollen und über allfällige getroffene Massnahmen.

Art. 13 *Ausstand*

[1] Am Vergabeverfahren dürfen auf Seiten des Auftraggebers oder eines Expertengremiums keine Personen mitwirken, die:

a. an einem Auftrag ein persönliches Interesse haben;
b. mit einem Anbieter oder mit einem Mitglied eines seiner Organe durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder eine faktische Lebensgemeinschaft führen;
c. mit einem Anbieter oder mit einem Mitglied eines seiner Organe in gerader Linie oder bis zum dritten Grad in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind;
d. Vertreter eines Anbieters sind oder für einen Anbieter in der gleichen Sache tätig waren; oder
e. aufgrund anderer Umstände die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen.

[2] Ein Ausstandsbegehren ist unmittelbar nach Kenntnis des Ausstandgrundes vorzubringen.

[3] Über Ausstandsbegehren entscheidet der Auftraggeber oder das Expertengremium unter Ausschluss der betreffenden Person.

[4] Der Auftraggeber kann in der Ausschreibung vorgeben, dass Anbieter, die bei Wettbewerben und Studienaufträgen in einem ausstandsbegründenden Verhältnis zu einem Jurymitglied stehen, vom Verfahren ausgeschlossen sind.

Art. 14 *Vorbefassung*

[1] Anbieter, die an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens beteiligt waren, sind zum Angebot nicht zugelassen, wenn der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann und wenn der Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern nicht gefährdet.

[2] Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sind insbesondere:

a. die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten;
b. die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten;
c. die Verlängerung der Mindestfristen.

[3] Eine der öffentlichen Ausschreibung vorgelagerte Marktabklärung durch den Auftraggeber führt nicht zur Vorbefassung der angefragten Anbieter. Der Auftraggeber gibt die Ergebnisse der Marktabklärung in den Ausschreibungsunterlagen bekannt.

Art. 15 *Bestimmung des Auftragswerts*

[1] Der Auftraggeber schätzt den voraussichtlichen Auftragswert.

[2] Ein öffentlicher Auftrag darf nicht aufgeteilt werden, um Bestimmungen dieser Vereinbarung zu umgehen.

[3] Für die Schätzung des Auftragswerts ist die Gesamtheit der auszuschreibenden Leistungen oder Entgelte, soweit sie sachlich oder rechtlich eng zusammenhängen, zu berücksichtigen. Alle Bestandteile der Entgelte sind einzurechnen, einschliesslich Verlängerungsoptionen und Optionen auf Folgeaufträge sowie sämtliche zu erwartenden Prämien, Gebühren, Kommissionen und Zinsen, ohne die Mehrwertsteuer.

[4] Bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit errechnet sich der Auftragswert anhand der kumulierten Entgelte über die bestimmte Laufzeit, einschliesslich allfälliger Verlängerungsoptionen. Die bestimmte Laufzeit darf in der Regel 5 Jahre nicht übersteigen. In begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden.

[5] Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit errechnet sich der Auftragswert anhand des monatlichen Entgelts multipliziert mit 48.

[6] Bei Verträgen über wiederkehrend benötigte Leistungen errechnet sich der Auftragswert aufgrund des geleisteten Entgelts für solche Leistungen während der letzten 12 Monate oder, bei einer Erstbeauftragung, anhand des geschätzten Bedarfs über die nächsten 12 Monate.

4 Vergabeverfahren

Art. 16 *Schwellenwerte*

[1] Die Wahl des Verfahrens richtet sich danach, ob ein Auftrag einen Schwellenwert nach den Anhängen 1 und 2 erreicht. Das InöB passt die Schwellenwerte nach Konsultation des Bundesrates periodisch gemäss den internationalen Verpflichtungen an.

[2] Bei einer Anpassung der internationalen Verpflichtungen hinsichtlich der Schwellenwerte garantiert der Bund den Kantonen die Mitwirkung.

[3] Erreicht der Gesamtwert mehrerer Bauleistungen für die Realisierung eines Bauwerks den Schwellenwert des Staatsvertragsbereichs, so finden die Bestimmungen dieser Vereinbarung für Beschaffungen im Staatsvertragsbereich Anwendung. Erreichen jedoch die Werte der einzelnen Leistungen nicht zwei Millionen Franken und überschreitet der Wert dieser Leistungen zusammengerechnet nicht 20 Prozent des Gesamtwerts des Bauwerks, so finden für diese Leistungen die Bestimmungen für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung (Bagatellklausel).

[4] Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs wird das massgebliche Verfahren für Bauleistungen anhand des Wertes der einzelnen Leistungen bestimmt.

Art. 17 *Verfahrensarten*

[1] In Abhängigkeit vom Auftragswert und der Schwellenwerte werden öffentliche Aufträge nach Wahl des Auftraggebers entweder im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren, im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren vergeben.

Art. 18 *Offenes Verfahren*

[1] Im offenen Verfahren schreibt der Auftraggeber den Auftrag öffentlich aus.

[2] Alle Anbieter können ein Angebot einreichen.

Art. 19 *Selektives Verfahren*

[1] Im selektiven Verfahren schreibt der Auftraggeber den Auftrag öffentlich aus und fordert die Anbieter auf, vorerst einen Antrag auf Teilnahme zu stellen.

[2] Der Auftraggeber wählt die Anbieter, die ein Angebot einreichen dürfen, aufgrund ihrer Eignung aus.

[3] Der Auftraggeber kann die Zahl der zum Angebot zugelassenen Anbieter so weit beschränken, als ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet bleibt. Es werden wenn möglich mindestens drei Anbieter zum Angebot zugelassen.

Art. 20 *Einladungsverfahren*

[1] Das Einladungsverfahren findet Anwendung für öffentliche Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nach Massgabe der Schwellenwerte von Anhang 2.

[2] Im Einladungsverfahren bestimmt der Auftraggeber, welche Anbieter er ohne öffentliche Ausschreibung zur Angebotsabgabe einladen will. Zu diesem Zweck erstellt er Ausschreibungsunterlagen. Es werden wenn möglich mindestens drei Angebote eingeholt.

Art. 21 *Freihändiges Verfahren*

[1] Im freihändigen Verfahren vergibt der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag direkt ohne Ausschreibung. Der Auftraggeber ist berechtigt, Vergleichsofferten einzuholen und Verhandlungen durchzuführen.

[2] Der Auftraggeber kann einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn eine der nachstehenden Voraussetzungen erfüllt ist:

a. es gehen im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren keine Angebote oder keine Teilnahmeanträge ein, kein Angebot entspricht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung oder den technischen Spezifikationen oder es erfüllt kein Anbieter die Eignungskriterien;
b. es bestehen hinreichende Anhaltspunkte, dass alle im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren eingegangenen Angebote auf einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beruhen;
c. aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur ein Anbieter in Frage, und es gibt keine angemessene Alternative;
d. aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse wird die Beschaffung so dringlich, dass selbst mit verkürzten Fristen kein offenes oder selektives Verfahren und kein Einladungsverfahren durchgeführt werden kann;
e. ein Wechsel des Anbieters für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen ist aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich, würde erhebliche Schwierigkeiten bereiten oder substanzielle Mehrkosten mit sich bringen;
f. der Auftraggeber beschafft Erstanfertigungen (Prototypen) oder neuartige Leistungen, die auf sein Verlangen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden;
g. der Auftraggeber beschafft Leistungen an Warenbörsen;
h. der Auftraggeber kann Leistungen im Rahmen einer günstigen, zeitlich befristeten Gelegenheit zu einem Preis beschaffen, der erheblich unter den üblichen Preisen liegt (insbesondere bei Liquidationsverkäufen);
i. der Auftraggeber vergibt den Folgeauftrag an den Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs oder eines Auswahlverfahrens zu Planungs- oder Gesamtleistungsstudien; dabei müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:
    1. das vorausgehende Verfahren wurde in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Vereinbarung durchgeführt;
    2. die Lösungsvorschläge wurden von einem unabhängigen Expertengremium beurteilt;
    3. der Auftraggeber hat sich in der Ausschreibung vorbehalten, den Folgeauftrag oder die Koordination freihändig zu vergeben.

[3] Der Auftraggeber erstellt über jeden nach Massgabe von Absatz 2 vergebenen Auftrag eine Dokumentation mit folgendem Inhalt:

a. Name des Auftraggebers und des berücksichtigten Anbieters;
b. Art und Wert der beschafften Leistung;
c. Erklärung der Umstände und Bedingungen, welche die Anwendung des freihändigen Verfahrens rechtfertigen.

Art. 22 *Wettbewerbe sowie Studienaufträge*

[1] Der Auftraggeber, der einen Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb veranstaltet oder Studienaufträge erteilt, regelt im Rahmen der Grundsätze dieser Vereinbarung das Verfahren im Einzelfall. Er kann auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verweisen.

Art. 23 *Elektronische Auktionen*

[1] Der Auftraggeber kann für die Beschaffung standardisierter Leistungen im Rahmen eines Verfahrens nach dieser Vereinbarung eine elektronische Auktion durchführen. Dabei werden die Angebote nach einer ersten vollständigen Bewertung überarbeitet und mittels elektronischer Hilfsmittel und allenfalls mehrfacher Durchgänge neu geordnet. In der Ausschreibung ist darauf hinzuweisen.

[2] Die elektronische Auktion erstreckt sich:

a. auf die Preise, wenn der Zuschlag für den niedrigsten Gesamtpreis erteilt wird; oder
b. auf die Preise und die Werte für quantifizierbare Komponenten wie Gewicht, Reinheit oder Qualität, wenn der Zuschlag für das vorteilhafteste Angebot erteilt wird.

[3] Der Auftraggeber prüft, ob die Anbieter die Eignungskriterien und ob die Angebote die technischen Spezifikationen erfüllen. Er nimmt anhand der Zuschlagskriterien und der dafür festgelegten Gewichtung eine erste Bewertung der Angebote vor. Vor Beginn der Auktion stellt er jedem Anbieter zur Verfügung:

a. die automatische Bewertungsmethode, einschliesslich der auf den genannten Zuschlagskriterien beruhenden mathematischen Formel;
b. das Ergebnis der ersten Bewertung seines Angebots; und
c. alle weiteren relevanten Informationen zur Abwicklung der Auktion.

[4] Alle zugelassenen Anbieter werden gleichzeitig und auf elektronischem Weg aufgefordert, neue beziehungsweise angepasste Angebote einzureichen. Der Auftraggeber kann die Zahl der zugelassenen Anbieter beschränken, sofern er dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben hat.

[5] Die elektronische Auktion kann mehrere aufeinander folgende Durchgänge umfassen. Der Auftraggeber informiert alle Anbieter in jedem Durchgang über ihren jeweiligen Rang.

Art. 24 *Dialog*

[1] Bei komplexen Aufträgen, bei intellektuellen Dienstleistungen oder bei der Beschaffung innovativer Leistungen kann ein Auftraggeber im Rahmen eines offenen oder selektiven Verfahrens einen Dialog durchführen mit dem Ziel, den Leistungsgegenstand zu konkretisieren sowie die Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln und festzulegen. Auf den Dialog ist in der Ausschreibung hinzuweisen.

[2] Der Dialog darf nicht zum Zweck geführt werden, Preise und Gesamtpreise zu verhandeln.

[3] Der Auftraggeber formuliert und erläutert seine Bedürfnisse und Anforderungen in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen. Er gibt ausserdem bekannt:
a. den Ablauf des Dialogs;
b. die möglichen Inhalte des Dialogs;
c. ob und wie die Teilnahme am Dialog und die Nutzung der Immaterialgüterrechte sowie der Kenntnisse und Erfahrungen des Anbieters entschädigt werden;
d. die Fristen und Modalitäten zur Einreichung des endgültigen Angebots.

[4] Der Auftraggeber kann die Zahl der teilnehmenden Anbieter nach sachlichen und transparenten Kriterien reduzieren.

[5] Er dokumentiert den Ablauf und den Inhalt des Dialogs in geeigneter und nachvollziehbarer Weise.

Art. 25 *Rahmenverträge*

[1] Der Auftraggeber kann Vereinbarungen mit einem oder mehreren Anbietern ausschreiben, die zum Ziel haben, die Bedingungen für die Leistungen, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums bezogen werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf deren Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommenen Mengen. Gestützt auf einen solchen Rahmenvertrag kann der Auftraggeber während dessen Laufzeit Einzelverträge abschliessen.

[2] Rahmenverträge dürfen nicht mit der Absicht oder der Wirkung verwendet werden, den Wettbewerb zu behindern oder zu beseitigen.

[3] Die Laufzeit eines Rahmenvertrags beträgt höchstens fünf Jahre. Eine automatische Verlängerung ist nicht möglich. In begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden.

[4] Wird ein Rahmenvertrag mit nur einem Anbieter abgeschlossen, so werden die auf diesem Rahmenvertrag beruhenden Einzelverträge entsprechend den Bedingungen des Rahmenvertrags abgeschlossen. Für den Abschluss der Einzelverträge kann der Auftraggeber den jeweiligen Vertragspartner schriftlich auffordern, sein Angebot zu vervollständigen.

[5] Werden aus zureichenden Gründen Rahmenverträge mit mehreren Anbietern abgeschlossen, so erfolgt der Abschluss von Einzelverträgen nach Wahl des Auftraggebers entweder nach den Bedingungen des jeweiligen Rahmenvertrags ohne erneuten Aufruf zur Angebotseinreichung oder nach folgendem Verfahren:
a. vor Abschluss jedes Einzelvertrags konsultiert der Auftraggeber schriftlich die Vertragspartner und teilt ihnen den konkreten Bedarf mit;
b. der Auftraggeber setzt den Vertragspartnern eine angemessene Frist für die Abgabe der Angebote für jeden Einzelvertrag;
c. die Angebote sind schriftlich einzureichen und während der Dauer, die in der Anfrage genannt ist, verbindlich;
d. der Auftraggeber schliesst den Einzelvertrag mit demjenigen Vertragspartner ab, der gestützt auf die in den Ausschreibungsunterlagen oder im Rahmenvertrag definierten Kriterien das beste Angebot unterbreitet.

5 Vergabeanforderungen

Art. 26 *Teilnahmebedingungen*

[1] Der Auftraggeber stellt im Rahmen des Vergabeverfahrens und bei der Erbringung der zugeschlagenen Leistungen sicher, dass der Anbieter und seine Subunternehmer die Teilnahmebedingungen, namentlich die Voraussetzungen nach Artikel 12, erfüllen, die fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge bezahlt haben und auf unzulässige Wettbewerbsabreden verzichten.

[2] Er kann vom Anbieter verlangen, dass dieser die Einhaltung der Teilnahmebedingungen insbesondere mit einer Selbstdeklaration oder der Aufnahme in ein Verzeichnis nachweist.

[3] Er gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, zu welchem Zeitpunkt welche Nachweise einzureichen sind.

Art. 27 *Eignungskriterien*

[1] Der Auftraggeber legt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung des Anbieters abschliessend fest. Die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein.

[2] Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters betreffen.

[3] Der Auftraggeber gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, zu welchem Zeitpunkt welche Nachweise einzureichen sind.

[4] Er darf nicht zur Bedingung machen, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge eines dieser Vereinbarung unterstellten Auftraggebers erhalten hat.

Art. 28 *Verzeichnisse*

[1] Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde kann ein Verzeichnis der Anbieter führen, die aufgrund ihrer Eignung die Voraussetzungen zur Übernahme öffentlicher Aufträge erfüllen.

[2] Folgende Angaben sind auf der Internetplattform von Bund und Kantonen zu veröffentlichen:
a. Fundstelle des Verzeichnisses;
b. Informationen über die zu erfüllenden Kriterien;
c. Prüfungsmethoden und Eintragungsbedingungen;
d. Dauer der Gültigkeit und Verfahren zur Erneuerung des Eintrags.

[3] Ein transparentes Verfahren muss sicherstellen, dass die Gesuchseinreichung, die Prüfung oder die Nachprüfung der Eignung sowie die Eintragung eines Gesuchstellers in das Verzeichnis oder deren Streichung aus dem Verzeichnis jederzeit möglich sind.

[4] In einem konkreten Beschaffungsvorhaben sind auch Anbieter zugelassen, die nicht in einem Verzeichnis aufgeführt sind, sofern sie den Eignungsnachweis erbringen.

[5] Wird das Verzeichnis aufgehoben, so werden die darin aufgeführten Anbieter informiert.

Art. 29 *Zuschlagskriterien*

[1] Der Auftraggeber prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Neben dem Preis und der Qualität einer Leistung kann er insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik berücksichtigen.

[2] Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann der Auftraggeber ergänzend berücksichtigen, inwieweit der Anbieter Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundbildung, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose anbietet.

[3] Der Auftraggeber gibt die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt. Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand der Beschaffung, so kann auf eine Bekanntgabe der Gewichtung verzichtet werden.

[4] Für standardisierte Leistungen kann der Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen.

Art. 30 *Technische Spezifikationen*

[1] Der Auftraggeber bezeichnet in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen. Diese legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung.

[2] Bei der Festlegung der technischen Spezifikationen stützt sich der Auftraggeber, soweit möglich und angemessen, auf internationale Normen, ansonsten auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder Branchenempfehlungen.

[3] Bestimmte Firmen oder Marken, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie der Hinweis auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzenten sind als technische Spezifikationen nicht zulässig, es sei denn, dass es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbeschreibung gibt und der Auftraggeber in diesem Fall in die Ausschreibungsunterlagen die Worte «oder gleichwertig» aufnimmt. Die Gleichwertigkeit ist durch den Anbieter nachzuweisen.

[4] Der Auftraggeber kann technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen.

Art. 31 *Bietergemeinschaften und Subunternehmer*

[1] Bietergemeinschaften und Subunternehmer sind zugelassen, soweit der Auftraggeber dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausschliesst oder beschränkt.

[2] Mehrfachbewerbungen von Subunternehmern oder von Anbietern im Rahmen von Bietergemeinschaften sind nur möglich, wenn sie in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zugelassen werden.

[3] Die charakteristische Leistung ist grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen.

Art. 32 *Lose und Teilleistungen*

[1] Der Anbieter hat ein Gesamtangebot für den Beschaffungsgegenstand einzureichen.

[2] Der Auftraggeber kann den Beschaffungsgegenstand in Lose aufteilen und an einen oder mehrere Anbieter vergeben.

[3] Hat der Auftraggeber Lose gebildet, so können die Anbieter ein Angebot für mehrere Lose einreichen, es sei denn, der Auftraggeber habe dies in der Ausschreibung abweichend geregelt. Er kann festlegen, dass ein einzelner Anbieter nur eine beschränkte Anzahl Lose erhalten kann.

[4] Behält sich der Auftraggeber vor, von den Anbietern eine Zusammenarbeit mit Dritten zu verlangen, so kündigt er dies in der Ausschreibung an.

[5] Der Auftraggeber kann sich in der Ausschreibung vorbehalten, Teilleistungen zuzuschlagen.

Art. 33 *Varianten*

[1] Den Anbietern steht es frei, zusätzlich zum Angebot der in der Ausschreibung beschriebenen Leistung Varianten vorzuschlagen. Der Auftraggeber kann diese Möglichkeit in der Ausschreibung beschränken oder ausschliessen.

[2] Als Variante gilt jedes Angebot, mit dem das Ziel der Beschaffung auf andere Art als vom Auftraggeber vorgesehen erreicht werden kann.

Art. 34 *Formerfordernisse*

[1] Angebote und Anträge auf Teilnahme müssen schriftlich, vollständig und fristgerecht gemäss den Angaben in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen eingereicht werden.

[2] Sie können elektronisch eingereicht werden, wenn dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist und die seitens des Auftraggebers definierten Anforderungen eingehalten werden.

6 Ablauf des Vergabeverfahrens

Art. 35 *Inhalt der Ausschreibung*

[1] Die Veröffentlichung einer Ausschreibung enthält mindestens folgende Informationen:

a. Name und Adresse des Auftraggebers;
b. Auftrags- und Verfahrensart sowie die einschlägige CPV-Klassifikation[5], bei Dienstleistungen zusätzlich die einschlägige CPC-Klassifikation[6];
c. Beschreibung der Leistungen, einschliesslich der Art und Menge, oder wenn die Menge unbekannt ist, eine diesbezügliche Schätzung, sowie allfällige Optionen;
d. Ort und Zeitpunkt der Leistungserbringung;
e. gegebenenfalls eine Aufteilung in Lose, eine Beschränkung der Anzahl Lose und eine Zulassung von Teilangeboten;
f. gegebenenfalls eine Beschränkung oder einen Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmern;
g. gegebenenfalls eine Beschränkung oder einen Ausschluss von Varianten;
h. bei wiederkehrend benötigten Leistungen wenn möglich eine Angabe des Zeitpunktes der nachfolgenden Ausschreibung und gegebenenfalls einen Hinweis, dass die Angebotsfrist verkürzt wird;
i. gegebenenfalls einen Hinweis, dass eine elektronische Auktion stattfindet;
j. gegebenenfalls die Absicht, einen Dialog durchzuführen;
k. die Frist zur Einreichung von Angeboten oder Teilnahmeanträgen;
l. Formerfordernisse zur Einreichung von Angeboten oder Teilnahmeanträgen, gegebenenfalls die Auflage, dass Leistung und Preis in zwei separaten Couverts anzubieten sind;
m. Sprache oder Sprachen des Verfahrens und des Angebots;
n. die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise;
o. bei einem selektiven Verfahren gegebenenfalls die Höchstzahl der Anbieter, die zur Offertstellung eingeladen werden;
p. die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung, sofern diese Angaben nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind;
q. gegebenenfalls den Vorbehalt, Teilleistungen zuzuschlagen;
r. die Gültigkeitsdauer der Angebote;
s. die Bezugsquelle für die Ausschreibungsunterlagen sowie gegebenenfalls eine kostendeckende Gebühr;
t. einen Hinweis, ob die Beschaffung in den Staatsvertragsbereich fällt;
u. gegebenenfalls zum Verfahren zugelassene, vorbefasste Anbieter;
v. eine Rechtsmittelbelehrung.

Art. 36 *Inhalt der Ausschreibungsunterlagen*

[1] Soweit diese Angaben nicht bereits in der Ausschreibung enthalten sind, geben die Ausschreibungsunterlagen Aufschluss über:

a. Name und Adresse des Auftraggebers;
b. den Gegenstand der Beschaffung, einschliesslich technischer Spezifikationen und Konformitätsbescheinigungen, Pläne, Zeichnungen und notwendiger Instruktionen sowie Angaben zur nachgefragten Menge;
c. Formerfordernisse und Teilnahmebedingungen für die Anbieter, einschliesslich einer Liste mit Angaben und Unterlagen, welche die Anbieter im Zusammenhang mit den Teilnahmebedingungen einreichen müssen, sowie eine allfällige Gewichtung der Eignungskriterien;
d. die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung;
e. wenn der Auftraggeber die Beschaffung elektronisch abwickelt: allfällige Anforderungen an die Authentifizierung und Verschlüsselung bei der elektronischen Einreichung von Informationen;
f. wenn der Auftraggeber eine elektronische Auktion vorsieht: die Regeln, nach denen die Auktion durchgeführt wird, einschliesslich der Bezeichnung jener Angebotselemente, die angepasst werden können und anhand der Zuschlagskriterien bewertet werden;
g. das Datum, die Uhrzeit und den Ort für die Öffnung der Angebote, falls die Angebote öffentlich geöffnet werden;
h. alle anderen für die Erstellung der Angebote erforderlichen Modalitäten und Bedingungen, insbesondere die Angabe, in welcher Währung (in der Regel Schweizerfranken) das Angebot einzureichen ist;
i. Termine für die Erbringung der Leistungen.

[5] CPV = «Common Procurement Vocabulary» (Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge der Europäischen Union).

[6] CPC = «Central Product Classification» (Zentrale Gütersystematik der Vereinten Nationen).

Art. 37 *Angebotsöffnung*

[1] Im offenen und im selektiven Verfahren sowie im Einladungsverfahren werden alle fristgerecht eingereichten Angebote durch mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers geöffnet.

[2] Über die Öffnung der Angebote wird ein Protokoll erstellt. Darin sind mindestens die Namen der anwesenden Personen, die Namen der Anbieter, das Datum der Einreichung ihrer Angebote, allfällige Angebotsvarianten sowie die jeweiligen Gesamtpreise der Angebote festzuhalten.

[3] Sind Leistung und Preis in separaten Couverts anzubieten, so ist für die Öffnung der Couverts nach den Absätzen 1 und 2 vorzugehen, wobei im Protokoll über die Öffnung der zweiten Couverts nur die Gesamtpreise festzuhalten sind.

[4] Allen Anbietern wird spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in das Protokoll gewährt.

Art. 38 *Prüfung der Angebote*

[1] Der Auftraggeber prüft die eingegangenen Angebote auf die Einhaltung der Formerfordernisse. Offensichtliche Rechenfehler werden von Amtes wegen berichtigt.

[2] Der Auftraggeber kann von den Anbietern verlangen, dass sie ihre Angebote erläutern. Er hält die Anfrage sowie die Antworten schriftlich fest.

[3] Geht ein Angebot ein, dessen Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, so muss der Auftraggeber beim Anbieter zweckdienliche Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden.

[4] Sind Leistung und Preis in separaten Couverts anzubieten, so erstellt der Auftraggeber in einem ersten Schritt eine Rangliste entsprechend der Qualität der Angebote. In einem zweiten Schritt bewertet er die Gesamtpreise.

Art. 39 *Bereinigung der Angebote*

[1] Der Auftraggeber kann mit den Anbietern die Angebote hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung bereinigen, um das vorteilhafteste Angebot zu ermitteln.

[2] Eine Bereinigung findet nur dann statt, wenn:
a. erst dadurch der Auftrag oder die Angebote geklärt oder die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv vergleichbar gemacht werden können; oder
b. Leistungsänderungen objektiv und sachlich geboten sind, wobei der Leistungsgegenstand, die Kriterien und Spezifikationen nicht in einer Weise angepasst werden dürfen, dass sich die charakteristische Leistung oder der potentielle Anbieterkreis verändert.

[3] Eine Aufforderung zur Preisanpassung ist nur im Zusammenhang mit den Tatbeständen von Absatz 2 zulässig.

[4] Der Auftraggeber hält die Resultate der Bereinigung in einem Protokoll fest.

Art. 40 *Bewertung der Angebote*

[1] Sofern die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen erfüllt sind, werden die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv, einheitlich und nachvollziehbar geprüft und bewertet. Der Auftraggeber dokumentiert die Evaluation.

[2] Erfordert die umfassende Prüfung und Bewertung der Angebote einen erheblichen Aufwand und hat der Auftraggeber dies in der Ausschreibung angekündigt, so kann er alle Angebote auf der Grundlage der eingereichten Unterlagen einer ersten Prüfung unterziehen und rangieren. Auf dieser Grundlage wählt er nach Möglichkeit die drei bestrangierten Angebote aus und unterzieht sie einer umfassenden Prüfung und Bewertung.

Art. 41 *Zuschlag*

[1] Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag.

Art. 42 *Vertragsabschluss*

[1] Der Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter darf nach Ablauf der Frist für die Beschwerde gegen den Zuschlag abgeschlossen werden, es sei denn, das kantonale Verwaltungsgericht habe einer Beschwerde gegen den Zuschlag aufschiebende Wirkung erteilt.

[2] Ist ein Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag hängig, ohne dass die aufschiebende Wirkung verlangt oder gewährt wurde, so teilt der Auftraggeber den Vertragsabschluss umgehend dem Gericht mit.

Art. 43 *Abbruch*

[1] Der Auftraggeber kann das Vergabeverfahren abbrechen, insbesondere wenn:
a. er von der Vergabe des öffentlichen Auftrags aus zureichenden Gründen absieht;
b. kein Angebot die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen erfüllt;
c. aufgrund veränderter Rahmenbedingungen vorteilhaftere Angebote zu erwarten sind;
d. die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben oder den Kostenrahmen deutlich überschreiten;
e. hinreichende Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede unter den Anbietern bestehen;
f. eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistungen erforderlich wird.

[2] Im Fall eines gerechtfertigten Abbruchs haben die Anbieter keinen Anspruch auf eine Entschädigung.

Art. 44 *Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags*

[1] Der Auftraggeber kann einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihm bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass auf den betreffenden Anbieter, seine Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:
a. sie erfüllen die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr, oder der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens wird durch ihr Verhalten beeinträchtigt;
b. die Angebote oder Anträge auf Teilnahme weisen wesentliche Formfehler auf oder weichen wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung ab;
c. es liegt eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers oder wegen eines Verbrechens vor;
d. sie befinden sich in einem Pfändungs- oder Konkursverfahren;
e. sie haben Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption verletzt;
f. sie widersetzen sich angeordneten Kontrollen;
g. sie bezahlen fällige Steuern oder Sozialabgaben nicht;
h. sie haben frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt oder liessen in anderer Weise erkennen, keine verlässlichen und vertrauenswürdigen Vertragspartner zu sein;
i. sie waren an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt, und der dadurch entstehende Wettbewerbsnachteil der anderen Anbieter kann nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden;
j. sie wurden nach Artikel 45 Absatz 1 von künftigen öffentlichen Aufträgen rechtskräftig ausgeschlossen.

[2] Der Auftraggeber kann überdies Massnahmen nach Absatz 1 treffen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf den Anbieter, seine Organe, einen beigezogenen Dritten oder dessen Organe insbesondere einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:
a. sie haben unwahre oder irreführende Aussagen und Auskünfte gegenüber dem Auftraggeber gemacht;
b. es wurden unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen;
c. sie reichen ein ungewöhnlich niedriges Angebot ein, ohne auf Aufforderung hin nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden, und bieten keine Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen;
d. sie haben gegen anerkannte Berufsregeln verstossen oder Handlungen oder Unterlassungen begangen, die ihre berufliche Ehre oder Integrität beeinträchtigen;
e. sie sind insolvent;
f. sie missachten die Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit oder die Bestimmungen über die Vertraulichkeit, die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts oder die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt;
g. sie haben Melde- oder Bewilligungspflichten nach dem BGSA[7] verletzt;

[7] SR 822.41

h. sie verstossen gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986[8].

Art. 45 *Sanktionen*

[1] Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde kann einen Anbieter oder Subunternehmer, der selber oder durch seine Organe in schwerwiegender Weise einen oder mehrere der Tatbestände von Artikel 44 Absatz 1 Buchstaben c und e sowie Absatz 2 Buchstaben b, f und g erfüllt, von künftigen öffentlichen Aufträgen für die Dauer von bis zu fünf Jahren ausschliessen oder ihm eine Busse von bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme auferlegen. In leichten Fällen kann eine Verwarnung erfolgen.

[2] Diese Sanktionsmöglichkeiten gelten unabhängig von weiteren rechtlichen Schritten gegen den fehlbaren Anbieter, Subunternehmer oder deren Organe. Den Verdacht auf unzulässige Wettbewerbsabreden nach Artikel 44 Absatz 2 Buchstabe b teilt der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde der Wettbewerbskommission mit.

[3] Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde meldet einen rechtskräftigen Ausschluss nach Absatz 1 dem InöB. Das InöB führt eine nicht öffentliche Liste der sanktionierten Anbieter und Subunternehmer, unter Angabe der Gründe für den Ausschluss sowie der Dauer des Ausschlusses von öffentlichen Aufträgen. Es sorgt dafür, dass jeder Auftraggeber in Bezug auf einen bestimmten Anbieter oder Subunternehmer die entsprechenden Informationen erhalten kann. Es kann zu diesem Zweck ein Abrufverfahren einrichten. Bund und Kantone stellen einander alle nach diesem Artikel erhobenen Informationen zur Verfügung. Nach Ablauf der Sanktion wird der Eintrag aus der Liste gelöscht.

[4] Verstösst ein Auftraggeber gegen diese Vereinbarung, erlässt die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde die angemessenen Weisungen und sorgt für deren Einhaltung.

[5] Werden für einen öffentlichen Auftrag finanzielle Beiträge gesprochen, so können diese Beiträge ganz oder teilweise entzogen oder zurückgefordert werden, wenn der Auftraggeber gegen beschaffungsrechtliche Vorgaben verstösst.

7 Fristen und Veröffentlichungen, Statistik

Art. 46 *Fristen*

[1] Bei der Bestimmung der Fristen für die Einreichung der Angebote oder Teilnahmeanträge trägt der Auftraggeber der Komplexität des Auftrags, der voraussichtlichen Anzahl von Unteraufträgen sowie den Übermittlungswegen Rechnung.

[2] Im Staatsvertragsbereich gelten folgende Minimalfristen:
a. im offenen Verfahren: 40 Tage ab Veröffentlichung der Ausschreibung für die Einreichung der Angebote;
b. im selektiven Verfahren: 25 Tage ab Veröffentlichung der Ausschreibung für die Einreichung der Teilnahmeanträge und 40 Tage ab Einladung zur Angebotserstellung für die Einreichung der Angebote.

[3] Eine Verlängerung dieser Fristen ist allen Anbietern rechtzeitig anzuzeigen oder zu veröffentlichen.

[4] Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beträgt die Frist für die Einreichung der Angebote in der Regel mindestens 20 Tage. Bei weitgehend standardisierten Leistungen kann die Frist auf nicht weniger als 5 Tage reduziert werden.

Art. 47 *Fristverkürzung im Staatsvertragsbereich*

[1] Der Auftraggeber kann die Minimalfristen nach Artikel 46 Absatz 2 in Fällen nachgewiesener Dringlichkeit auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen.

[2] Er kann die minimale Angebotsfrist von 40 Tagen nach Artikel 46 Absatz 2 um je 5 Tage kürzen, wenn:
a. die Ausschreibung elektronisch veröffentlicht wird;
b. die Ausschreibungsunterlagen zeitgleich elektronisch veröffentlicht werden;
c. Angebote auf elektronischem Weg entgegengenommen werden.

[8] SR 241

[3] Er kann die minimale Angebotsfrist von 40 Tagen nach Artikel 46 Absatz 2 auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen, sofern er mindestens 40 Tage bis höchstens 12 Monate vor der Veröffentlichung der Ausschreibung eine Vorankündigung mit folgendem Inhalt veröffentlicht hat:

a. Gegenstand der beabsichtigten Beschaffung;
b. ungefähre Frist für die Einreichung der Angebote oder Teilnahmeanträge;
c. Erklärung, dass die interessierten Anbieter dem Auftraggeber ihr Interesse an der Beschaffung mitteilen sollen;
d. Bezugsquelle für die Ausschreibungsunterlagen;
e. alle weiteren zu diesem Zeitpunkt bereits verfügbaren Angaben nach Artikel 35.

[4] Er kann die minimale Angebotsfrist von 40 Tagen nach Artikel 46 Absatz 2 auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen, wenn er wiederkehrend benötigte Leistungen beschafft und bei einer früheren Ausschreibung auf die Fristverkürzung hingewiesen hat.

[5] Überdies kann der Auftraggeber beim Einkauf gewerblicher Waren oder Dienstleistungen oder einer Kombination der beiden in jedem Fall die Frist zur Angebotseinreichung auf nicht weniger als 13 Tage verkürzen, sofern er die Ausschreibungsunterlagen gleichzeitig mit der Ausschreibung elektronisch veröffentlicht. Nimmt der Auftraggeber Angebote für gewerbliche Waren oder Dienstleistungen elektronisch entgegen, so kann er ausserdem die Frist auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen.

Art. 48 *Veröffentlichungen*

[1] Im offenen und im selektiven Verfahren veröffentlicht der Auftraggeber die Vorankündigung, die Ausschreibung, den Zuschlag sowie den Abbruch des Verfahrens auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen. Ebenso veröffentlicht er Zuschläge, die im Staatsvertragsbereich freihändig erteilt wurden.

[2] Die Ausschreibungsunterlagen werden in der Regel zeitgleich und elektronisch zur Verfügung gestellt. Der Zugang zu diesen Veröffentlichungen ist unentgeltlich.

[3] Die vom Bund und den Kantonen mit der Entwicklung und dem Betrieb der Internetplattform beauftragte Organisation kann von den Auftraggebern, den Anbietern sowie weiteren Personen, welche die Plattform oder damit verbundene Dienstleistungen nutzen, Entgelte oder Gebühren erheben. Diese bemessen sich nach der Anzahl der Veröffentlichungen beziehungsweise nach dem Umfang der genutzten Leistungen.

[4] Für jeden Auftrag im Staatsvertragsbereich, der nicht in einer Amtssprache der Welthandelsorganisation (WTO) ausgeschrieben wird, veröffentlicht der Auftraggeber zeitgleich mit der Ausschreibung eine Zusammenfassung der Anzeige in einer Amtssprache der WTO. Die Zusammenfassung enthält mindestens:

a. den Gegenstand der Beschaffung;
b. die Frist für die Abgabe der Angebote oder Teilnahmeanträge;
c. die Bezugsquelle für die Ausschreibungsunterlagen.

[5] Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist auf die sprachlichen Verhältnisse des Gebiets Rücksicht zu nehmen, in welchem der Auftrag zur Ausführung gelangt.

[6] Im Staatsvertragsbereich erteilte Zuschläge sind in der Regel innerhalb von 30 Tagen zu veröffentlichen. Die Mitteilung enthält folgende Angaben:

a. Art des angewandten Verfahrens;
b. Gegenstand und Umfang des Auftrags;
c. Name und Adresse des Auftraggebers;
d. Datum des Zuschlags;
e. Name und Adresse des berücksichtigten Anbieters;
f. Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots einschliesslich Mehrwertsteuer.

[7] Die Kantone können zusätzliche Publikationsorgane vorsehen.

Art. 49 *Aufbewahrung der Unterlagen*

[1] Die Auftraggeber bewahren die massgeblichen Unterlagen im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren während mindestens drei Jahren ab rechtskräftigem Zuschlag auf.

[2] Zu den aufzubewahrenden Unterlagen gehören:

a. die Ausschreibung;
b. die Ausschreibungsunterlagen;
c. das Protokoll der Angebotsöffnung;
d. die Korrespondenz über das Vergabeverfahren;
e. die Bereinigungsprotokolle;
f. Verfügungen im Rahmen des Vergabeverfahrens;
g. das berücksichtigte Angebot;

h. Daten zur Rückverfolgbarkeit der elektronischen Abwicklung einer Beschaffung;
i. Dokumentationen über im Staatsvertragsbereich freihändig vergebene öffentliche Aufträge.

[3] Alle Unterlagen sind für die Dauer ihrer Aufbewahrung vertraulich zu behandeln, soweit diese Vereinbarung nicht eine Offenlegung vorsieht. Vorbehalten bleibt die Auskunftspflicht, soweit hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht.

Art. 50 *Statistik*

[1] Die Kantone erstellen innerhalb von 12 Monaten nach Ablauf jedes Kalenderjahres zuhanden des Staatssekretariats für Wirtschaft (Seco) eine elektronisch geführte Statistik über die Beschaffungen des Vorjahres im Staatsvertragsbereich.

[2] Die Statistiken enthalten mindestens die folgenden Angaben:
a. Anzahl und Gesamtwert der öffentlichen Aufträge jedes Auftraggebers gegliedert nach Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unter Angabe der CPC- oder CPV-Klassifikation;
b. Anzahl und Gesamtwert der öffentlichen Aufträge, die im freihändigen Verfahren vergeben wurden;
c. wenn keine Daten vorgelegt werden können: Schätzungen zu den Angaben gemäss Buchstaben a und b mit Erläuterungen zur eingesetzten Schätzungsmethode.

[3] Der Gesamtwert ist jeweils einschliesslich Mehrwertsteuer anzugeben.

[4] Die Gesamtstatistik des Seco ist unter Vorbehalt des Datenschutzes und der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen öffentlich zugänglich.

8 Rechtsschutz

Art. 51 *Eröffnung von Verfügungen*

[1] Der Auftraggeber eröffnet Verfügungen durch Veröffentlichung oder durch individuelle Zustellung an die Anbieter. Die Anbieter haben vor Eröffnung der Verfügung keinen Anspruch auf rechtliches Gehör.

[2] Beschwerdefähige Verfügungen sind summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

[3] Die summarische Begründung eines Zuschlags umfasst:
a. die Art des Verfahrens und den Namen des berücksichtigten Anbieters;
b. den Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots;
c. die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots;
d. gegebenenfalls eine Darlegung der Gründe für eine freihändige Vergabe.

[4] Der Auftraggeber darf keine Informationen bekanntgeben, wenn dadurch:
a. gegen geltendes Recht verstossen würde oder öffentliche Interessen verletzt würden;
b. berechtigte wirtschaftliche Interessen der Anbieter beeinträchtigt würden; oder
c. der lautere Wettbewerb zwischen den Anbietern gefährdet würde.

Art. 52 *Beschwerde*

[1] Gegen Verfügungen der Auftraggeber ist mindestens ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert die Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig.

[2] Für Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden ist das Bundesgericht direkt zuständig.

[3] Ausländische Anbieter sind bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs zur Beschwerde nur zugelassen, soweit der Staat, in dem sie ihren Sitz haben, Gegenrecht gewährt.

Art. 53 *Beschwerdeobjekt*

[1] Durch Beschwerde anfechtbar sind ausschliesslich die folgenden Verfügungen:
a. die Ausschreibung des Auftrags;
b. der Entscheid über die Auswahl der Anbieter im selektiven Verfahren;
c. der Entscheid über die Aufnahme eines Anbieters in ein Verzeichnis oder über die Streichung eines Anbieters aus einem Verzeichnis;
d. der Entscheid über Ausstandsbegehren;
e. der Zuschlag;
f. der Widerruf des Zuschlags;
g. der Abbruch des Verfahrens;

h. der Ausschluss aus dem Verfahren;
i. die Verhängung einer Sanktion.

[2] Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, müssen zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden.

[3] Auf Beschwerden gegen die Verhängung einer Sanktion finden die Bestimmungen dieser Vereinbarung zum rechtlichen Gehör im Verfügungsverfahren, zur aufschiebenden Wirkung und zur Beschränkung der Beschwerdegründe keine Anwendung.

[4] Verfügungen nach Absatz 1 Buchstaben c und i können unabhängig vom Auftragswert durch Beschwerde angefochten werden.

[5] Im Übrigen ist der Rechtsschutz gegen Verfügungen nach dieser Vereinbarung ausgeschlossen.

[6] Die Beschwerde gegen den Abschluss von Einzelverträgen nach Artikel 25 Absätze 4 und 5 ist ausgeschlossen.

Art. 54 *Aufschiebende Wirkung*

[1] Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

[2] Das kantonale Verwaltungsgericht kann einer Beschwerde auf Gesuch hin aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Zur Frage der aufschiebenden Wirkung findet in der Regel nur ein Schriftenwechsel statt.

[3] Ein rechtsmissbräuchliches oder treuwidriges Gesuch um aufschiebende Wirkung wird nicht geschützt. Schadenersatzansprüche des Auftraggebers und des berücksichtigten Anbieters sind von den Zivilgerichten zu beurteilen.

Art. 55 *Anwendbares Recht*

[1] Das Verfügungs- und das Beschwerdeverfahren richten sich nach den Bestimmungen der kantonalen Gesetze über die Verwaltungsrechtspflege, soweit diese Vereinbarung nichts anderes bestimmt.

Art. 56 *Beschwerdefrist, Beschwerdegründe und Legitimation*

[1] Beschwerden müssen schriftlich und begründet innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung eingereicht werden.

[2] Es gelten keine Gerichtsferien.

[3] Mit der Beschwerde können gerügt werden:
a. Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens; sowie
b. die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts.

[4] Die Angemessenheit einer Verfügung kann im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nicht überprüft werden.

[5] Gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren kann nur Beschwerde führen, wer nachweist, dass er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und erbringen will. Es kann nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden.

Art. 57 *Akteneinsicht*

[1] Im Verfügungsverfahren besteht kein Anspruch auf Akteneinsicht.

[2] Im Beschwerdeverfahren ist dem Beschwerdeführer auf Gesuch hin Einsicht in die Bewertung seines Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten zu gewähren, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.

Art. 58 *Beschwerdeentscheid*

[1] Die Beschwerdeinstanz kann in der Sache selbst entscheiden oder diese an die Vorinstanz oder an den Auftraggeber zurückweisen. Im Fall einer Zurückweisung hat sie verbindliche Anweisungen zu erteilen.

[2] Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter bereits abgeschlossen, so stellt die Beschwerdeinstanz fest, inwiefern die angefochtene Verfügung das anwendbare Recht verletzt.

[3] Gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung entscheidet die Beschwerdeinstanz über ein allfälliges Schadenersatzbegehren.

[4] Der Schadenersatz ist beschränkt auf die erforderlichen Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung seines Angebots erwachsen sind.

Art. 59 *Revision*

[1] Hat die Beschwerdeinstanz über ein Revisionsgesuch zu entscheiden, so gilt Artikel 58 Absatz 2 sinngemäss.

9 Behörden

Art. 60 *Kommission Beschaffungswesen Bund-Kantone*

[1] Die Überwachung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens obliegt der Kommission Beschaffungswesen Bund-Kantone (KBBK). Diese setzt sich paritätisch aus Vertretern des Bundes und der Kantone zusammen. Das Sekretariat wird vom Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) sichergestellt.

[2] Die KBBK nimmt insbesondere folgende Aufgaben wahr:
a. Ausarbeitung der Position der Schweiz in internationalen Gremien zu Handen des Bundesrates und Beratung der Schweizer Verhandlungsdelegationen;
b. Förderung des Informations- und Erfahrungsaustausches zwischen Bund und Kantonen und Erarbeitung von Empfehlungen betreffend die Umsetzung internationaler Verpflichtungen in Schweizer Recht;
c. Pflege der Beziehungen zu ausländischen Überwachungsbehörden;
d. Erteilung von Ratschlägen und Vermittlung in Einzelfällen bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Geschäften nach den Buchstaben a bis c.

[3] Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass internationale Verpflichtungen der Schweiz über das öffentliche Beschaffungswesen verletzt werden, so kann die KBBK bei den Behörden des Bundes oder der Kantone intervenieren und sie veranlassen, den Sachverhalt abzuklären und bei festgestellten Missständen die erforderlichen Massnahmen zu treffen.

[4] Die KBBK kann Gutachten erstellen oder Sachverständige damit beauftragen.

[5] Sie gibt sich ein Geschäftsreglement. Dieses bedarf der Genehmigung des Bundesrates und des InöB.

Art. 61 *Interkantonales Organ*

[1] Die Mitglieder der an der Vereinbarung beteiligten Kantone in der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) bilden das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB).

[2] Das InöB nimmt insbesondere folgende Aufgaben wahr:
a. Erlass dieser Vereinbarung;
b. Änderungen dieser Vereinbarung unter Vorbehalt der Zustimmung der beteiligten Kantone;
c. Anpassung der Schwellenwerte;
d. Vorschlag an den Bundesrat für die Befreiung von der Unterstellung unter diese Vereinbarung und Entgegennahme diesbezüglicher Gesuche der Auftraggeber nach Artikel 7 Absatz 1 (Ausklinkklausel);
e. Kontrolle über die Umsetzung dieser Vereinbarung durch die Kantone und Bezeichnung einer Kontrollstelle;
f. Führen der Liste über sanktionierte Anbieter und Subunternehmer nach Massgabe von Artikel 45 Absatz 3;
g. Regelung der Organisation und des Verfahrens für die Anwendung dieser Vereinbarung;
h. Tätigkeiten als Kontaktstelle im Rahmen der internationalen Übereinkommen;
i. Bezeichnung der kantonalen Delegierten in nationalen und internationalen Gremien sowie Genehmigung der entsprechenden Geschäftsreglemente.

[3] Das InöB trifft seine Entscheide mit Dreiviertelmehrheit der Anwesenden, sofern mindestens die Hälfte der beteiligten Kantone vertreten ist. Jeder beteiligte Kanton hat eine Stimme, die von einem Mitglied der Kantonsregierung wahrgenommen wird.

[4] Das InöB arbeitet mit den Konferenzen der Vorsteher der betroffenen kantonalen Direktionen, mit den Fachkonferenzen der Kantone und mit dem Bund zusammen.

Art. 62 *Kontrollen*

[1] Die Kantone überwachen die Einhaltung dieser Vereinbarung.

[2] Das InöB behandelt Anzeigen von Kantonen bezüglich der Einhaltung dieser Vereinbarung durch andere Kantone.

[3] Private können Anzeigen bezüglich der Einhaltung dieser Vereinbarung durch die Kantone an das InöB richten. Die Anzeige verleiht weder Parteirechte noch Anspruch auf einen Entscheid.

[4] Das InöB erlässt hierzu ein Reglement.

10 Schlussbestimmungen

Art. 63 *Beitritt, Austritt, Änderung und Aufhebung*

[1] Jeder Kanton kann der Vereinbarung durch Erklärung gegenüber dem InöB beitreten.

[2] Der Austritt kann auf das Ende eines Kalenderjahres erfolgen. Er ist sechs Monate im Voraus dem InöB anzuzeigen.

[3] Der Beitritt und der Austritt sowie die Änderung oder Aufhebung dieser Vereinbarung werden der Bundeskanzlei durch das InöB zur Kenntnis gebracht.

[4] Die Kantone können unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz Ausführungsbestimmungen insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26 erlassen.

Art. 64 *Übergangsrecht*

[1] Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, werden nach bisherigem Recht zu Ende geführt.

[2] Im Fall des Austrittes eines Kantons gilt diese Vereinbarung für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die vor dem Ende eines Kalenderjahres, auf das der Austritt wirksam wird, ausgeschrieben werden.

Art. 65 *Inkrafttreten*

[1] Diese Vereinbarung tritt in Kraft, sobald ihr zwei Kantone beigetreten sind. Das Inkrafttreten wird der Bundeskanzlei durch das InöB zur Kenntnis gebracht.

[2] Für Kantone, die dieser Vereinbarung nicht beigetreten sind, gilt weiterhin die Vereinbarung vom 15. März 2001.

Anhang 1

Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich

a. Government Procurement Agreement GPA (WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen)

Auftraggeber	**Auftragswert CHF** (Auftragswert SZR)		
	Bauleistungen (Gesamtwert)	*Lieferungen*	*Dienstleistungen*
Kantone	**8'700'000 CHF** (5'000'000 SZR)	**350'000 CHF** (200'000 SZR)	**350'000 CHF** (200'000 SZR)
Behörden und öffentliche Unternehmen in den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation	**8'700'000 CHF** (5'000'000 SZR)	**700'000 CHF** (400'000 SZR)	**700'000 CHF** (400'000 SZR)

b. Gemäss Bilateralem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft sind auch folgende Auftraggeber dem Staatsvertragsbereich unterstellt:

Auftraggeber	**Auftragswert CHF** (Auftragswert EURO)		
	Bauleistungen (Gesamtwert)	*Lieferungen*	*Dienstleistungen*
Gemeinden / Bezirke	**8'700'000 CHF** (6'000'000 EURO)	**350'000 CHF** (240'000 EURO)	**350'000 CHF** (240'000 EURO)
Private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten in den Sektoren Wasser, Energie und Verkehr	**8'700'000 CHF** (6'000'000 EURO)	**700'000 CHF** (480'000 EURO)	**700'000 CHF** (480'000 EURO)

Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich des Schienenverkehrs und der Gas- und Wärmeversorgung	**8’000'000 CHF** (5'000'000 EURO)	**640'000 CHF** (400'000 EURO)	**640'000 CHF** (400'000 EURO)
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich der Telekommunikation *	**8’000'000 CHF** (5'000'000 EURO)	**960'000 CHF** (600'000 EURO)	**960'000 CHF** (600'000 EURO)

* Dieser Bereich ist ausgeklinkt (VO des UVEK über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht, insbesondere Anhang – SR 172.056.111)

Anhang 2

Schwellenwerte und Verfahren im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich

Verfahrensarten	**Lieferungen (Auftragswert CHF)**	**Dienstleistungen (Auftragswert CHF)**	**Bauleistungen (Auftragswert CHF)**	
			Baunebengewerbe	***Bauhauptgewerbe***
Freihändiges Verfahren	unter 150'000	unter 150'000	unter 150'000	unter 300'000
Einladungsverfahren	unter 250'000	unter 250'000	unter 250'000	unter 500'000
offenes / selektives Verfahren	ab 250'000	ab 250'000	ab 250'000	ab 500'000

Anhang 3

Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)[90]

- Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit (SR **0.822.713.9**);

- Übereinkommen Nr. 87 vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (SR **0.822.719.7**);

- Übereinkommen Nr. 98 vom 1. Juli 1949 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (SR **0.822.719.9**);

- Übereinkommen Nr. 100 vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (SR **0.822.720.0**);

- Übereinkommen Nr. 105 vom 25. Juni 1957 über die Abschaffung der Zwangsarbeit (SR **0.822.720.5**);

- Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (SR **0.822.721.1**);

- Übereinkommen Nr. 138 vom 26. Juni 1973 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (SR **0.822.723.8**);

- Übereinkommen Nr. 182 vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (SR **0.822.728.2**).

[90] Als wesentliche internationale Arbeitsstandards kann der Auftraggeber neben den Kernübereinkommen gemäss diesem An-hang die Einhaltung von Prinzipien aus weiteren Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) verlangen, soweit die Schweiz sie selbst ratifiziert hat.

Anhang 4

Massgebliche Übereinkommen zum Schutz der Umwelt und der natürlichen Ressourcen

- Wiener Übereinkommen vom 22. März 1985 zum Schutz der Ozonschicht (SR **0.814.02**) und das im Rahmen dieses Übereinkommens geschlossene Montrealer Protokoll vom 16. September 1987 über die Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen (SR **0.814.021**);

- Basler Übereinkommen vom 22. März 1989 über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung (SR **0.814.05**);

- Stockholmer Übereinkommen vom 22. Mai 2001 über persistente organische Schadstoffe (SR **0.814.03**);

- Rotterdamer Übereinkommen vom 10. September 1998 über das Verfahren der vorherigen Zustimmung nach Inkenntnissetzung für bestimmte gefährliche Chemikalien sowie Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel im internationalen Handel (SR **0.916.21**);

- Übereinkommen vom 5. Juni 1992 über die Biologische Vielfalt (SR **0.451.43**);

- Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 9. Mai 1992 (SR **0.814.01**);

- Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten frei lebender Tiere und Pflanzen vom 3. März 1973 (SR **0.453**);

- Übereinkommen über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung vom 13. November 1979 und die im Rahmen dieses Übereinkommens von der Schweiz ratifizierten acht Protokolle (SR **0.814.32**).

Beilage

Musterbotschaft des InöB zur IVöB 2019

INÖB AIMP OIAP

Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)

vom 15. November 2019

Musterbotschaft

Version 1.0 vom 16. Januar 2020

Interkantonales Organ für das öffentliche Beschaffungswesen INÖB

Haus der Kantone
Speichergasse 6
Postfach, 3001 Bern

Tel 031 320 16 90
info@bpuk.ch
www.bpuk.ch

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis **2**
1 Übersicht **5**
1.1 Ausgangslage 5
1.2 Ziele und Inhalt der Vorlage 5
1.3 Volkswirtschaftliche Bedeutung der vorliegenden Revision 6
2 Grundzüge der Vorlage **7**
2.1 Ausgangslage 7
2.1.1 Revision des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen 7
2.1.2 Anpassungsbedarf im nationalen Recht 8
2.1.3 Grundlagen des schweizerischen Beschaffungsrechts 9
2.1.4 Unterschiede zwischen dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht 10
2.1.5 Gründe für die Revision 11
2.2 Die beantragte Neuregelung 11
2.2.1 Vorarbeiten 11
2.2.2 Zielsetzung der Vorlage für eine revidierte Interkantonale Vereinbarung 12
2.2.3 Wichtigste Neuerungen 14
2.3 Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens 15
2.4 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung 19
2.5 Beratungen des eidgenössischen Parlaments 21
2.6 Abschliessende Vernehmlassung bei den Kantonen 22
3 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln **23**
1. Kapitel: Gegenstand, Zweck und Begriffe 23
Art. 1 Gegenstand 23
Art. 2 Zweck24
Art. 3 Begriffe 26
2. Kapitel: Geltungsbereich 27
Art. 4 Auftraggeber 28
Art. 5 Anwendbares Recht 30
Art. 6 Anbieter 31
Art. 7 Befreiung von der Unterstellung 31
Art. 8 Öffentlicher Auftrag 33
Art. 9 Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen 35
Art. 10 Ausnahmen 37
3. Kapitel: Allgemeine Grundsätze 41
Art. 11 Verfahrensgrundsätze 41
Art. 12 Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts 43

Art. 13 Ausstand 48
Art. 14 Vorbefassung 49
Art. 15 Bestimmung des Auftragswerts 50
4. Kapitel: Vergabeverfahren 52
Art. 16 Schwellenwerte 52
Art. 17 Verfahrensarten 53
Art. 18 Offenes Verfahren 54
Art. 19 Selektives Verfahren 54
Art. 20 Einladungsverfahren 54
Art. 21 Freihändiges Verfahren 55
Art. 22 Wettbewerbe und Studienaufträge 58
Art. 23 Elektronische Auktionen 59
Art. 24 Dialog 60
Art. 25 Rahmenverträge 62
5. Kapitel: Vergabeanforderungen 65
Art. 26 Teilnahmebedingungen 65
Art. 27 Eignungskriterien 66
Art. 28 Verzeichnisse 67
Art. 29 Zuschlagskriterien 68
Art. 30 Technische Spezifikationen 71
Art. 31 Bietergemeinschaften und Subunternehmer 72
Art. 32 Lose und Teilleistungen 74
Art. 33 Varianten 74
Art. 34 Formerfordernisse 75
6. Kapitel: Ablauf des Vergabeverfahrens 75
Art. 35 Inhalt der Ausschreibung 75
Art. 36 Inhalt der Ausschreibungsunterlagen 76
Art. 37 Angebotsöffnung 77
Art. 38 Prüfung der Angebote 77
Art. 39 Bereinigung der Angebote 79
Art. 40 Bewertung der Angebote 80
Art. 41 Zuschlag 80
Art. 42 Vertragsabschluss 81
Art. 43 Abbruch 82
Art. 44 Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags 83
Art. 45 Sanktionen 87
7. Kapitel: Fristen und Veröffentlichungen, Statistik 89
Art. 46 Fristen 89
Art. 47 Fristverkürzung im Staatsvertragsbereich 90
Art. 48 Veröffentlichungen 91
Art. 49 Aufbewahrung der Unterlagen 92
Art. 50 Statistik 93

8. Kapitel: Rechtsschutz 93
Art. 51 Eröffnung von Verfügungen 94
Art. 52 Beschwerde 94
Art. 53 Beschwerdeobjekt 95
Art. 54 Aufschiebende Wirkung 96
Art. 55 Anwendbares Recht 98
Art. 56 Beschwerdefrist, Beschwerdegründe und Legitimation 98
Art. 57 Akteneinsicht 99
Art. 58 Beschwerdeentscheid 99
Art. 59 Revision 100
9. Kapitel: Behörden 100
Art. 60 Kommission Beschaffungswesen Bund - Kantone 100
Art. 61 Interkantonales Organ 101
Art. 62 Kontrollen 102
10. Kapitel: Schlussbestimmungen 103
Art. 63 Beitritt, Austritt, Änderung und Aufhebung 103
Art. 64 Übergangsrecht 104
Art. 65 Inkrafttreten 104
4 Auswirkungen auf die Kantone 105
4.1 Finanzielle Auswirkungen 105
4.2 Personelle Auswirkungen 105
5 Rechtliche Aspekte 105
5.1 Verfassungsmässigkeit 105
5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen 105
6 Anhänge 106
6.1 Konkordatstext 106
6.2 Anhänge 1 - 4 106
6.3 Musterbeitrittsgesetz mit Beispielen (separate Vorlage) 106
6.4 Vergleichsdokument BöB/IVöB (separate Vorlage) 106
7 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) 107
8 Anhang 1 136
9 Anhang 2 138
10 Anhang 3 139
11 Anhang 4 140

1 Übersicht

Das öffentliche Beschaffungsrecht regelt ein wichtiges Segment der Schweizer Volkswirtschaft. Seine Grundlagen findet es im WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA), das auf Ebene Bund durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und die zugehörige Verordnung sowie von den Kantonen durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen umgesetzt wird, sowie im bilateralen Abkommen mit der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens. Aufgrund der 2012 abgeschlossenen Revision des GPA sind Anpassungen im nationalen Recht erforderlich. Gleichzeitig sollen die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen einander inhaltlich soweit möglich und sinnvoll angeglichen werden.

1.1 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. Die Revision des Übereinkommens von 1994 (GPA 1994), dem die Schweiz mit Wirkung ab 1. Januar 1996 beigetreten ist, erweitert dessen Geltungsbereich, vereinfacht und modernisiert den Konventionstext und regelt den Einsatz elektronischer Mittel. 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.

Für die Schweiz liegt die Bedeutung der Revision unter anderem in der Stärkung des Wettbewerbs, der Klärung von Unterstellungsfragen, der Flexibilisierung des Beschaffungsvorgangs und 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 und im kantonalen Recht. Verschiedene Wirtschaftsverbände fordern seit Jahren eine Harmonisierung zwischen den Rechtsordnungen des Bundes und der Kantone. Bund und Kantone sind übereingekommen, die internationalen Vorgaben im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten parallel umzusetzen. Die Gesetzgebungsverfahren des Bundes und der Kantone erfolgen je separat, basieren jedoch auf den Regelungsvorschlägen einer paritätischen Arbeitsgruppe Bund - Kantone. Nach Abschluss der GPA-Verhandlungen hat diese Arbeitsgruppe seitens des Bundes unter Federführung der Beschaffungskonferenz des Bundes und seitens der Kantone unter Federführung der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz den Entwurf des Bundesgesetzes sowie die vorliegende Vorlage der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen erarbeitet.

1.2 Ziele und Inhalt der Vorlage

Die Vorlage hat zum Ziel, das GPA 2012 auf Stufe Kantone umzusetzen. Gleichzeitig wird bezweckt, die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen – unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzregelung – einander inhaltlich so weit wie möglich anzugleichen. Diese Harmonisierungsbestrebungen von Bund und Kantonen stellen eine bedeutsame Neuerung dar. Hierzu wird die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) neu strukturiert und sprachlich überarbeitet. Bewährte Regelungskonzepte werden beibehalten, neue Begriffsdefinitionen eingeführt und diverse in den bisherigen Vergaberichtlinien zur IVöB (VRöB) geregelte Bestimmungen in die Vereinbarung integriert. Für die Kantone betreffen die materiellen Änderungen im Wesentlichen Unterstellungsfragen (beispielsweise in Bezug auf die Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben sowie die Vergabe gewisser Konzessionen), neue Beschaffungsinstrumente und Folgebeschaffungen.

Wie bisher unterscheidet die Vereinbarung zwischen dem sogenannten Staatsvertragsbereich, d. h. öffentlichen Aufträgen, die im Geltungsbereich der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen

vergeben werden, und dem Nicht-Staatsvertragsbereich, d. h. öffentlichen Aufträgen, die nur den Regeln des Binnenrechts unterstehen.

1.3 Volkswirtschaftliche Bedeutung der vorliegenden Revision

Die Gesamtsumme von Zahlungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen in der Schweiz beträgt derzeit schätzungsweise rund 41 Milliarden Franken jährlich (rund 20 Prozent Bund und rund 80 Prozent Kantone und Gemeinden).

Gemäss Schätzungen der WTO hat die Revision des GPA insgesamt einen erweiterten Marktzugang im Wert von 80 - 100 Milliarden US-Dollar pro Jahr zur Folge. Es liegt im Interesse der Schweizer Wirtschaft, dass die Schweiz das revidierte GPA 2012 möglichst bald umsetzt und das erweiterte Marktzugangspotenzial erschliesst. Auch in der Schweiz führt die Anwendung der GPA-Regeln zu mehr Wettbewerb unter den Anbietern. Öffentliche Auftraggeber haben eine noch grössere Auswahl an Angeboten. Dies erlaubt es unter anderem, die Kosten zu reduzieren.

Die verbesserte Anwenderfreundlichkeit, Klarheit und Rechtssicherheit versprechen auch bei den Anbietern Sparpotenzial. Ein erheblicher Zusatznutzen dürfte den Anbietern durch die Harmonisierung der nationalen Beschaffungsordnungen entstehen.

2 Grundzüge der Vorlage

2.1 Ausgangslage

2.1.1 Revision des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen

Das Übereinkommen der Welthandelsorganisation (WTO) vom 15. April 1994[1] über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA 1994) trat – auch für die Schweiz – am 1. Januar 1996 in Kraft. Bis heute sind 48 Mitglieder diesem plurilateralen Übereinkommen beigetreten, wobei diese Zahl die EU mit ihren zurzeit 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 der beschaffungsrelevanten Freihandelsabkommen der zweiten Generation (nebst Abkommen mit Chile und Mexiko auch solche mit Kolumbien, Peru, den Golfstaaten, Ukraine, Panama, Costa Rica u. a. m.), des bilateralen Beschaffungsabkommens Schweiz-EU (nachfolgend Abkommen Schweiz-EU)[2] sowie der EFTA-Konvention[3] 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 Anbieter, Ausschreibung, Fristen für Angebote, Verhandlungen, Zuschlag, Streitbeilegung usw.) und zu den Schwellenwerten.

Dass das GPA im Schosse der WTO verhandelt wurde, ist kein Zufall. Zusammen mit den multilateralen Übereinkommen der Uruguay-Welthandelsrunde (GATT, GATS und TRIPS) bildet es einen der Grundpfeiler einer liberalen Welthandelsordnung. Wie aus der Präambel des GPA 1994 und der Revision von 2012 zu erkennen ist, will es die Voraussetzungen für einen Ausbau und eine verstärkte Liberalisierung des Welthandels schaffen. Nationale Beschaffungsregeln sollen nicht erlassen oder angewendet werden mit dem Ziel oder der Wirkung, inländische Anbieter zu schützen oder ausländische Anbieter zu diskriminieren.

Gleichzeitig bilden sowohl das GPA als auch die nationalen Beschaffungsordnungen Gegenstand einer Vielzahl öffentlicher und privater Anliegen. Zum einen gilt es, die besonderen Bedürfnisse der Entwicklungsländer zu schützen. Zum anderen haben auch Anliegen des Umweltschutzes, der Einhaltung sozialer Mindeststandards oder der Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) Eingang in das Beschaffungsrecht gefunden. Dies darf über den Ursprung des GPA und dessen Regulierungszweck nicht hin-

---

[1] SR **0.632.231.422**

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

[3] Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), SR **0.632.31**.

wegtäuschen. Das GPA ist der Öffnung der Märkte und der Gewährung des diskriminierungsfreien Marktzutritts verpflichtet. Anliegen wie Nachhaltigkeit oder KMU-Förderung wurden anlässlich der Revisionsarbeiten zwar diskutiert, letztlich aber in spezielle Arbeitsprogramme verwiesen, die im Beschluss der Ministerkonferenz vom 15. Dezember 2011 beschrieben werden[4].

Gestützt auf Artikel XXIV Absatz 7 Buchstaben a, b und c GPA 1994 leiteten die Mitgliedstaaten im Jahr 1997 Revisionsverhandlungen ein, die bis Dezember 2011 andauerten und am 30. März 2012 formell abgeschlossen wurden. Kernstück der Revision (GPA 2012) ist die Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Wettbewerb. Dieses Ziel soll vor allem durch erhöhte Transparenz und den konsequenten Kampf gegen die Korruption – die den Wettbewerb verfälscht – erreicht werden. Zentral bei der Revision sind zudem die Vereinfachung und Klärung des Textes, die Anpassung an die technischen Entwicklungen, namentlich im Bereich der elektronischen Instrumente, sowie die Erweiterung des persönlichen und des sachlichen Geltungsbereichs. Das GPA 2012 deckt neu z. B. ausdrücklich elektronische Auktionen ab und anerkennt das Erreichen von Umweltzielen als Angebotskriterium. Ausserdem schafft es Klarheit hinsichtlich der Aufnahmeregeln für neue 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 - 100 Milliarden US-Dollar pro Jahr. Den Schweizer Anbietern 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. Zudem hat die Schweiz angesichts der Marktzugangsbegehren anderer Mitgliedstaaten auf Basis der Reziprozität einer Erweiterung der Ausschreibungspflicht auf gewisse Dienstleistungsaufträge zugestimmt. Gleichzeitig hat die Schweiz Vorbehalte beim Marktzugang gegen jene GPA-Mitgliedstaaten aufgehoben, die ihr Gleichbehandlung gewähren. Dadurch wird beispielsweise kanadischen Anbietern 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.

2.1.2 Anpassungsbedarf im nationalen Recht

Jeder Mitgliedstaat hat seine Gesetzgebung dem GPA 2012 anzupassen (Art. XXII Abs. 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 GPA möglichst bald umsetzt und das erweiterte Marktzugangspotenzial erschliesst. Solange die Schweiz nicht ratifiziert hat, gilt für sie weiterhin das

[4] Ministerial Decision of 15 December 2011 on the Outcomes of the Negotiations under Article XXIV:7 of the Agreement on Government Procurement, GPA/112. Abrufbar unter: http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/PLURI/GPA/112.doc (Stand: 7. November 2016).

GPA 1994, und Schweizer Anbieter 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[5]. Richtet sich eine völkerrechtliche Norm hingegen primär an die Vertragspartei ("non self-executing"), muss sie zuerst innerstaatlich umgesetzt oder konkretisiert werden.

Wie das GPA 1994 besteht auch das GPA 2012 sowohl aus unmittelbar anwendbaren Bestimmungen als auch aus konkretisierungsbedürftigen Grundsätzen.

Die Botschaft zur Genehmigung des GPA 2012 enthält eine illustrative Liste mit den zwingenden GPA-Verpflichtungen. Sie informiert zudem im Detail, welche Anpassungen der Gesetzgebungen des Bundes und der Kantone aufgrund der GPA-Revision, insbesondere gemäss den sieben Annexen von Anhang 1 GPA 2012 erfolgen[6].

2.1.3 Grundlagen des schweizerischen Beschaffungsrechts

Die Kantone setzten das GPA autonom um mit der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001[7] über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) sowie mit kantonalen Ausführungserlassen, mit denen sie die Vergaberichtlinien zur IVöB (VRöB)[8] integral oder teilweise in ihren Kompetenzbereich überführten. Gleichzeitig enthält das Binnenmarktgesetz vom 6. Oktober 1995[9] (BGBM) in Artikel 5 allgemein gehaltene Vorgaben für Beschaffungen von Kantonen, Gemeinden und anderen Trägern kantonaler oder kommunaler Aufgaben.

Das Abkommen Schweiz-EU, in Kraft seit 1. Juni 2002, brachte Teilrevisionen des Bundesrechts, namentlich der Verordnung vom 11. Dezember 1995[10] über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB), aber auch der IVöB, mit sich. Es erweiterte einerseits den Anwendungsbereich des GPA innerhalb der Schweiz auf Bezirks- und Gemeindeebene. Anderseits 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.

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

---

[5] Z. B. im Urteil 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000.
[6] Vgl. Botschaft zum GPA 2012, Tabelle I und Tabelle II.
[7] Abrufbar unter: www.bpuk.ch > Konkordate > IVöB.
[8] Abrufbar unter: www.bpuk.ch > Konkordate > IVöB > PDF Vergaberichtlinien (VRöB).
[9] SR **943.02**
[10] SR **172.056.1**

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

Ergänzt wird das Beschaffungsrecht unter anderem durch das bereits erwähnte BGBM sowie das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995[11] (KG). Das im Bereich der öffentlichen Beschaffungen nur für die Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben geltende BGBM erweitert das Diskriminierungsverbot von Anbietern aus GPA- bzw. EU/EFTA-Staaten gegenüber schweizerischen Anbietern um das Diskriminierungsverbot zwischen inländischen, ortsansässigen und ortsfremden Anbietern. Das KG ist für Bund, Kantone und Gemeinden im Zusammenhang mit Submissionskartellen und anderen Abreden oder abgestimmten Verhaltensweisen von Anbietern von Bedeutung.

2.1.4 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[12]: persönlicher und sachlicher Geltungsbereich, Schwellenwerte, Anforderungen an die Ausschreibung, Auswahlkriterien (Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien und deren Gewichtung), Offertöffnung, Preisverhandlungen (waren bisher beim Bund zulässig, nicht aber bei den Kantonen), Ausschluss von laufenden und künftigen Verfahren, Berücksichtigung sogenannt vergabefremder, z. B. sozialpolitisch motivierter Kriterien, Begründung der Zuschläge und Rechtsschutz.

Derzeit liegt der Schwellenwert, ab dem eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen ist, im Staatsvertragsbereich für Lieferungen und Dienstleistungen für den Bund bei 230 000 Franken, bei den Kantonen bei 350 000 Franken. Aufgrund der Regelung des BGBM, wonach Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten amtlich publiziert werden müssen, schreiben die Kantone Lieferungen und Dienstleistungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs jedoch bereits ab einem Auftragswert von 250 000 Franken öffentlich aus. Im Gegensatz zum Bund unterscheiden die Kantone bei den Bauaufträgen zwischen Bauhaupt- und Baunebengewerbe ausserhalb des Staatsvertragsbereichs. Bauaufträge werden beim Bund ab 2 Millionen Franken (Staatsvertragsbereich: 8,7 Mio. Franken) öffentlich ausgeschrieben, bei den Kantonen ab 250 000 Franken (Baunebengewerbe) und ab 500 000 Franken (Bauhauptgewerbe; Staatsvertragsbereich: 8,7 Mio. Franken). Das Instrument des Dialogs war bisher nur beim Bund auf Verordnungsstufe vorgesehen. Während im kantonalen Recht unterschwellige Vergaben angefochten werden können (vgl. Art. 15 IVöB i. V. m. Art. 9 Abs. 2 BGBM), gibt es bei den "übrigen Beschaffungen" im Bund keinen Rechtsschutz.

Derartige Differenzen erhöhen die Komplexität des Beschaffungswesens und führen zu Unsicherheiten bei den Verfahrensbeteiligten. Nicht nur KMU weisen darauf hin, dass die

[11] SR **251**

[12] Vgl. Zufferey Jean-Baptiste / Dubey Jacques, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons, Fribourg 2003.

heutige Rechtslage auf Stufe Bund und Kantone nicht nur höchst komplex, sondern auch administrativ 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 vom 17. Juni 2005[13] (BGG) grundsätzlich der Weg ans Bundesgericht als gemeinsame letzte Gerichtsinstanz offen.

2.1.5 Gründe für die Revision

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

Der Bundesrat unterzeichnete 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 Genehmigung des Abkommens und der Anpassung des einschlägigen Bundes- und Kantonsrechts erfolgen (vgl. Ziff. 2.1.1). Letztere Voraussetzung ist als erfüllt zu betrachten, wenn die eidgenössischen Räte das revidierte BöB und das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) die Musterbotschaft zur revidierten IVöB verabschiedet haben. Mit Rücksicht auf das Harmonisierungsziel hat das InöB beschlossen, die Musterbotschaft zur revidierten IVöB erst zu verabschieden, nachdem das Gesetzgebungsverfahren im Bund abgeschlossen wurde. Dieser Abschluss ist nach den umfangreichen Beratungen und der Differenzbereinigung des BöB durch den Nationalrat und den Ständerat mit deren Schlussabstimmungen (Einigungskonferenz) vom 21. Juni 2019 schliesslich erfolgt.

Die heutigen Rechtsgrundlagen von Bund und Kantonen sind unübersichtlich, zersplittert und nicht immer einfach lesbar. In den letzten Jahren hat sich die Ansicht verstärkt, die Grundlagen seien im Interesse der Schweizer Wirtschaft, wo möglich und sinnvoll, anzugleichen. Seitens des eidgenössischen Parlaments wurde schon verschiedentlich angeregt, das Beschaffungsrecht zu revidieren. Ein Beispiel bildete die Motion Bourgeois[14], mit welcher der Bundesrat beauftragt werden sollte, 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. Die Angleichung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen solle es Anbietern, insbesondere auch solchen aus dem KMU-Bereich, künftig erleichtern, sich in den Rechtsgrundlagen zurechtzufinden.

2.2 Die beantragte Neuregelung

2.2.1 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 (VRöB) ist das InöB.

Im Juni 2012 erteilten BKB und InöB einer paritätischen Arbeitsgruppe Bund-Kantone namens AURORA den Auftrag, Vorschläge für die Revision der einschlägigen Beschaffungserlasse zu unterbreiten. Nebst einer inhaltlich und formal konsistenten Umsetzung

[13] SR **173.110**

[14] Mo 12.3577, Programme zur Steigerung der Energieeffizienz. Berücksichtigung des schweizerischen Arbeitsmarkts.

des revidierten GPA beim Bund und bei den Kantonen sollten die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzaufteilung so weit als möglich angeglichen werden. Von Oktober 2012 bis September 2013 erarbeitete die Arbeitsgruppe unter der Leitung einer externen juristischen Fachperson und auf Basis des GPA 2012 Entwürfe für die Anpassung der Bundesgesetzgebung sowie der IVöB. Anlässlich von Hearings erhielten verschiedene Interessengruppen und Fachleute die Gelegenheit, ihre Anliegen einzubringen. Diese wurden nach Möglichkeit berücksichtigt. Am 20. Dezember 2013 verabschiedete die Arbeitsgruppe einen ersten Erlasstextentwurf sowie einen Bericht, die im Rahmen eines gemeinsamen Redaktionsausschusses punktuell ergänzt wurden.

Die Gesetzgebungsverfahren von Bund und Kantonen erfolgen je separat. Das InöB führte die Vernehmlassung zum Entwurf der revidierten IVöB (E-IVöB) im 4. Quartal 2014 durch. Der weitgehend gleichlautende Vorentwurf VE-BöB ging nach einer bundesinternen Ämterkonsultation im Frühsommer 2015 in die Vernehmlassung. Die Ergebnisse der Vernehmlassung auf Stufe Kantone werden in Ziffer 2.3 und 2.6 (Kurzvernehmlassung 2019) zusammengefasst. Im Anschluss an die Vernehmlassungen auf Stufe Bund und Kantone wurden die beiden Vorlagen durch einen paritätischen Redaktionsausschuss der Arbeitsgruppe AURORA gemeinsam bereinigt. Dabei galt das Augenmerk wiederum dem Gleichlauf der Regelung in den beiden Revisionsentwürfen (E-BöB und E-IVöB). Abweichungen gibt es bei Themen, die für den Bund und die Kantone schon im GPA 2012 unterschiedlich geregelt sind, so zum Beispiel beim subjektiven Geltungsbereich, bei den Schwellenwerten, bei der Publikation freihändig erteilter Zuschläge oder bei Bestimmungen, die nur für den Bund relevant sind (z. B. die Ausnahmeregelung betreffend die Entwicklungshilfe). Abweichungen bestehen aber auch beim Rechtsschutz und beim Behördenbeschwerderecht der Wettbewerbskommission (WEKO) nach Massgabe des BGBM.

2.2.2 Zielsetzung der Vorlage für eine revidierte Interkantonale Vereinbarung

Umsetzen des GPA 2012

Mit der vorgeschlagenen Revision soll das GPA 2012 auf Stufe Bund und Kantone möglichst rasch und aneinander angeglichen in nationales Recht umgesetzt werden. Die bisherigen Ziele des Beschaffungswesens – wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter, Förderung des Wettbewerbs sowie Transparenz der Verfahren – werden beibehalten. Ein besonderes Augenmerk der Vorlage gilt den Massnahmen gegen Kollusion und Korruption sowie der ausdrücklichen Anerkennung nachhaltiger Beschaffungen.

Parallele Harmonisierung des nationalen Beschaffungsrechts

Die Umsetzung des GPA 2012 ins nationale Recht wird zum Anlass genommen, eine parallele Harmonisierung der Beschaffungsordnungen beim Bund und bei den Kantonen herbeizuführen.

Verschiedene Regelungen, die sich bisher für den Bund, die Kantone oder beide bewährt haben, werden in der vorliegenden Vorlage der Vereinbarung übernommen. In Bezug auf den Rechtsschutz werden Neuerungen vorgeschlagen (Art. 51 ff.): Mit weitgehend einheitlichen Regeln zur Begründung und Eröffnung von Verfügungen, einheitlichen Beschwerdegründen und -objekten sowie mit einer einheitlichen Beschwerdefrist von 20 Tagen soll der Rechtsschutz im Beschaffungswesen möglichst angeglichen und kanalisiert

werden, wobei das BöB bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nur sekundären Rechtsschutz gewährt (vgl. Art. 52 Abs. 2 BöB).

Neu gelten für die Auftraggeber (ohne Sektorenmärkte) die Schwellenwerte gemäss folgender Tabelle:

	Lieferungen (CHF)		**Dienstleistungen (CHF)**		**Bauleistungen (CHF)**		
Freihändiges Verfahren	unter 150 000		unter 150 000		Bund: unter 300 000	Kantone: unter 150 000 BN*	Kantone: unter 300 000 BH**
Einladungsverfahren	ab 150 000		ab 150 000		Bund: ab 300 000	Kantone: ab 150 000 BN*	Kantone: ab 300 000 BH**
Offenes / selektives Verfahren	Bund: ab 230 000	Kantone: ab 250 000	Bund: ab 230 000	Kantone: ab 250 000	Bund: ab 2 Mio.	Kantone: ab 250 000 BN*	Kantone: ab 500 000 BH**

*Baunebengewerbe = BN, **Bauhauptgewerbe = BH

Der Schwellenwert für die Lieferungen wird im freihändigen Verfahren von CHF 100'000 auf CHF 150'000 angehoben, damit die Harmonisierung mit dem Bund vollzogen werden kann.

Die angestrebte Angleichung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen wird nur möglich sein, wenn die Grundsätze und Leitlinien der Vorlage beibehalten werden.

Klären und strukturieren

Die Erfahrungen und Entwicklungen seit Inkrafttreten der IVöB und des BöB 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 wird die IVöB bzw. das BöB mit Begriffsdefinitionen ergänzt und terminologisch angepasst. Die vorliegende Vorlage enthält einen knappen Katalog von Begriffsdefinitionen (Art. 3), der sich an Artikel I GPA 2012 orientiert. Insbesondere die Neuregelung des subjektiven Geltungsbereichs (Art. 4 ff.) bzw. die Definition des "öffentlichen Auftrags" (Art. 8 und 9) dient dazu, bisher unterschiedlich beantwortete Fragen zum Geltungsbereich des Beschaffungsrechts (z. B. in Bezug auf bestimmte Konzessionen und die Übertragung öffentlicher Aufgaben) zu klären.

Im Verhältnis zum GPA 1994 sieht das GPA 2012 eine andere Struktur vor. Der Aufbau der IVöB-Vorlage orientiert sich an der neuen Struktur des GPA 2012 sowie am Ablauf eines Vergabeverfahrens. Die Vorlage besteht aus 65 Artikeln, verteilt auf zehn Kapitel, sowie aus vier Anhängen.

Flexibilisieren und modernisieren

Das Bundesgesetz bzw. die Vereinbarung will den öffentlichen Auftraggebern und den Anbietern – unter Vorbehalt der beschaffungsrechtlichen Grundsätze – möglichst grossen Handlungsspielraum gewähren und gleichzeitig den Einsatz moderner Informations-

technologien im öffentlichen Beschaffungswesen fördern. Materiell betreffen die vorgeschlagenen Änderungen der IVöB bzw. des BöB insbesondere die Einführung flexibler Beschaffungsinstrumente, die wiederum die Schaffung innovativer Lösungen ermöglichen. Damit soll für künftige Entwicklungen, etwa im Bereich der Beschaffung intellektueller Dienstleistungen, der grösstmögliche Handlungsspielraum geschaffen werden. So werden die für den Bund seit 2010 in der VöB vorgesehenen Instrumente wie Folgebeschaffungen, aber auch der Dialog zwischen Auftraggeber und Anbietern sowie die in der Praxis schon länger genutzte Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenverträgen (mit sog. Abrufverfahren) jetzt auf Gesetzesstufe für den Bund bzw. in der IVöB für die Kantone verankert. Bei wirksamem Wettbewerb soll künftig sämtlichen – und nicht nur wie bis anhin den gemäss Abkommen Schweiz-EU unterstellten – Sektorenauftraggebern die Möglichkeit offenstehen, eine Befreiung ihrer Beschaffungen von der Unterstellung unter die Vereinbarung bzw. das Gesetz zu erwirken. Zur Flexibilisierung des öffentlichen Beschaffungswesens trägt nebst der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für elektronische Auktionen auch bei, dass neu mehrere an einer Beschaffung beteiligte Auftraggeber, die einerseits dem BöB und anderseits der IVöB unterstellt sind, eine Rechtswahl treffen können (Art. 5). Analog dazu und zur optimalen Ressourcennutzung kann bei der Beschaffung nationaler Infrastrukturen das anwendbare Beschaffungsrecht definiert werden.

Weniger Administrativaufwand, mehr Effizienz für Anbieter

Die Harmonisierung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen ermöglicht es den Anbietern, ihre Prozesse bei der Einreichung von Offerten weiter zu standardisieren. Sie dürfen, auch zufolge der zu erwartenden einheitlicheren Rechtsprechung sowie der verbesserten Klarheit der gesetzlichen Grundlagen, mit geringerem Abklärungsaufwand rechnen. Gewisse Bestimmungen zielen zudem direkt auf einen Abbau des Administrativaufwands seitens der Anbieter ab. So können die Vergabestellen beispielsweise erst zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt die Nachweise im Zusammenhang mit den Teilnahmebedingungen von Anbietern einholen (z. B. eine Bankgarantie, Art. 26 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 3). Auch die verstärkte Nutzung der modernen Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen, namentlich die gemeinsame Internetplattform von Bund und Kantonen (simap.ch), dürfte den administrativen Aufwand der Anbieter senken.

2.2.3 Wichtigste Neuerungen

Der Gesetzesentwurf bzw. die Vorlage für die IVöB überführt unter anderem die verpflichtenden Bestimmungen des GPA 2012 und der beschaffungsrelevanten Abkommen mit Drittstaaten ins schweizerische Recht. Der Bund und die Kantone nutzen die Einführung des GPA 2012 und den sich daraus ergebenden Anpassungsbedarf auch zur Harmonisierung ihrer Beschaffungsordnungen. Es werden daher gesamtschweizerisch einheitliche beschaffungsrechtliche Grundsätze und Regelungen für einen funktionierenden Binnenmarkt vorgeschlagen.

Als wichtige Neuerungen sind neben den bereits genannten Klärungen zu erwähnen:

– die Unterstellung der Verleihung bestimmter Konzessionen und der Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben unter das Beschaffungsrecht;
– die elektronische Abwicklung von Beschaffungsverfahren;
– die Einführung flexibler Instrumente wie Dialog, Rahmenverträge, elektronische Auktionen sowie verkürzte Fristen für die Offerteingaben und den Antrag um Teilnahme im selektiven Verfahren;
– die Korruptionsprävention im öffentlichen Beschaffungswesen;

– die Regelung des Ausstands aufgrund der Besonderheiten des Vergabeverfahrens;
– die systematische Regelung der Ausschluss- und Sanktionstatbestände;
– die Einführung einer zentralen – nicht öffentlichen – Liste mit Anbietern und Subunternehmern, die von künftigen Beschaffungsvorhaben ausgeschlossen sind;
– die Publikation des Verfahrensabbruchs zur Stärkung der Transparenz;
– die Möglichkeit der adhäsionsweisen Erledigung von Schadenersatzbegehren durch die Beschwerdeinstanz;
– die Verlängerung der Rechtsmittelfrist von zehn auf 20 Tage;
– die zwingende Veröffentlichung von Publikationen auf einer Internetplattform von Bund und Kantonen für öffentliche Beschaffungen;
– den Paradigmenwechsel bei den Zuschlagskriterien infolge Stärkung des Qualitätswettbewerbs (Entscheid des Bundesparlaments);
– die weitestgehende Integration der bisher als Empfehlung geltenden Vergaberichtlinien (VRöB) in die revidierte Vereinbarung.

Wertvoll ist neben alledem, dass die bewährte Praxis und die Rechtsprechung von Bund und Kantonen in die neue Vorlage eingeflossen sind. All dies soll letztlich Anbietern den Marktzutritt erleichtern und damit den Wettbewerb sowie die Wirtschaftlichkeit stärken. Im Übrigen ist die Revision vom Ziel geleitet, an Bewährtem festzuhalten und somit zum Abbau des Administrativaufwands bei den Anbietern beizutragen.

2.3 Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens

Die Vernehmlassung zum E-IVöB fand vom 22. September bis am 19. Dezember 2014 statt[15]. Es beteiligten sich dabei alle Kantone sowie 58 Organisationen und Einzelpersonen. Das Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Beschaffungsrechts des Bundes dauerte vom 1. April bis 1. Juli 2015. Die interessierten Kreise nahmen rege an der Vernehmlassung teil; so gingen 109 Stellungnahmen sowie 48 ausgefüllte Fragebogen ein.

Nachstehend werden die Resultate der Vernehmlassung zum E-IVöB bei den Kantonen zusammengefasst.

Kantone

Wie bereits erwähnt, haben alle Kantone eine Stellungnahme zum E-IVöB eingereicht. Zusätzlich haben sich auch einzelne kantonale parlamentarische Gremien vernehmen lassen. Es sind dies die "Commission interparlementaire romande" und die beiden "Délégations aux affaires extérieures (des Grands conseils du canton du Valais et du canton de Vaud)". Die Stellungnahmen sind teilweise detailliert und umfassend ausgefallen.

Parallele Harmonisierung

Mehr als die Hälfte der Kantone hat auf die angestrebte parallele Harmonisierung ausdrücklich Bezug genommen und das vorgeschlagene Vorgehen begrüsst. Durch diese Harmonisierung erhoffen sie sich eine klare Vereinfachung, insbesondere für die Anbieter, und eine Erhöhung der Rechtssicherheit.

[15] Die Vernehmlassungsunterlagen sowie der Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung sind abrufbar unter: www.bpuk.ch > Konkordate > IVöB > E-IVöB.

Rechtsschutz

Die Kantone sprachen sich mehrheitlich gegen den vorgeschlagenen Rechtsschutz ab generell 150'000 Franken aus. Acht Kantone wehrten sich ausdrücklich gegen eine Einschränkung des heutigen Rechtsschutzes. 13 Kantone und eine Delegation haben vielmehr beim Rechtsschutz eine Anknüpfung an die Verfahrensart gemäss heutiger IVöB – sprich an das Einladungsverfahren – begrüsst. Begründet wurde die Ablehnung des Rechtsschutzes ab 150'000 Franken damit, dass der Auftragswert, ab welchem eine Beschwerde zulässig sein soll, nicht absolut festzusetzen sei, sondern sich nach den einzelnen Verfahren richten müsse (wie gemäss Anhang zur heutigen IVöB). Damit sei sichergestellt, dass innerhalb eines Verfahrens nicht unterschiedliche Beschaffungen mit und solche ohne Rechtsschutz bestünden. Ausserdem werde dadurch gewährleistet, dass bei einer möglichen Veränderung der Schwellenwerte für die Verfahren nicht jedes Mal auch die IVöB revidiert werden müsste.

Zwei Kantone erwogen sogar einen Verzicht auf den Beitritt zur neuen Interkantonalen Vereinbarung, wenn der Rechtsschutz erst ab 150'000 Franken seine Verankerung in der revidierten IVöB finden sollte.

Verhandlungen

Von den 26 Kantonen sprachen sich 18 Kantone entschieden gegen Verhandlungen aus (und somit für die Beibehaltung der bisherigen Regelung gemäss IVöB, welche Verhandlungen nur im Rahmen des freihändigen Verfahrens zulässt). Die ablehnenden Kantone machten geltend, dass damit die Anbieter in ihren Offerten Verhandlungsmargen einbauen würden, welche durch das Führen von im Voraus anzukündigenden Verhandlungen wieder eliminiert werden müssten. Anderseits seien Verhandlungen aufwändig und setzten hohe Ansprüche an die Kompetenz und Verantwortung der beteiligten Personen voraus. Ausserdem waren diese Kantone der Meinung, dass Verhandlungen einem Risiko für unerwünschte "Beziehungskorruption" zwischen Auftraggebern und Anbietern Vorschub leisten könnten. Von den insgesamt sieben Kantonen, welche sich für Verhandlungen aussprachen, waren drei Kantone grundsätzlich dafür, während vier davon Vorbehalte anbrachten. Letztere forderten, dass Verhandlungen nur bei Beschaffungen komplexer Leistungen ermöglicht werden sollten bzw. dass Abgebotsrunden strikte untersagt würden. Einer dieser vier Kantone machte seine Zustimmung zu den Verhandlungen zudem davon abhängig, dass auch der Bund Rechtsschutz ab 150'000 Franken tatsächlich gewähre. Ein einziger Kanton äusserte sich nicht zum Thema Verhandlungen.

Behördenbeschwerderecht

Das Behördenbeschwerderecht der WEKO wurde von 14 Kantonen sowie zwei Delegationen ausdrücklich abgelehnt. Sie forderten, dass die Bestimmung gestrichen werde. Acht Kantone haben sich nicht dazu geäussert. Begründet wurde die Ablehnung damit, dass die Beschwerdemöglichkeit der WEKO seit Bestehen keine grosse Bedeutung mit Bezug auf die öffentlichen Beschaffungen erlangt habe, zu Doppelspurigkeiten führe und anderseits durch den bereits ab sehr tiefen Schwellenwerten gewährten Rechtsschutz die einheitliche Anwendung des Vergaberechts gewährleistet sei.

Weitere Rückmeldungen

Mehrere Kantone begrüssten den Umstand, dass die Nachhaltigkeit neu im GPA 2012 und damit auch im E-IVöB aufgenommen wurde. Es wurde dabei aber teilweise bean-

standet, dass durch die allgemeine Formulierung unklar sei, ob nur die ökologischen Aspekte oder auch die ökonomischen und sozialen Gesichtspunkte gemeint seien. Diese Kantone verlangten deshalb, dass der Begriff (z.B. beim Zweckartikel oder bei den Definitionen) erläutert werde.

Elf Kantone beanstandeten die Verlängerung der Beschwerdefrist auf 20 Tage und forderten die Beibehaltung der zehntägigen Beschwerdefrist. Zwei Kantone begrüssten die Bestimmung dagegen ausdrücklich.

Interessierte Organisationen

Die Teilnahme von 58 interessierten Organisationen und Einzelpersonen am Vernehmlassungsverfahren bezeugt, dass die Revisionsvorlage auf ein grosses Echo stiess. Die einzelnen Stellungnahmen können wie folgt gruppiert werden: Wirtschafts- und Industrieverbände, NGOs, Parteien, Gemeinde- und Städteverband, einzelne Städte, einzelne Sektorenunternehmen sowie Einzelpersonen. Im Weiteren haben die Wettbewerbskommission (WEKO) und die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG) eigene Stellungnahmen eingereicht.

Parallele Harmonisierung

Die Wirtschafts- und Industrieverbände (bauenschweiz, Bund Schweizer Architekten, economiesuisse, Verband freierwerbender Schweizer Architekten fsai, Fachverband Infra, Kammer unabhängiger Bauherrenberater KUB, Schweizerischer Gewerbeverband SGV, Schweizerische Metall-Union SMU, Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverband sia, Schweizerischer Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik Swico, Swiss Textiles, Schweizerische Vereinigung Beratender Ingenieurunternehmungen usic, Verband schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE, Verband schweizerischer Elektro-Installationsfirmen VSEI), der Schweizerische Gemeindeverband SGV-ACS, der Schweizerische Städteverband SSV, mehrere dem Beschaffungsrecht unterstellte Körperschaften sowie verschiedene Einzelpersonen begrüssten die Harmonisierungsbestrebungen ausdrücklich. Einzelnen Verbänden (z.B. Schweizer Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie Swissmem) ging die vorgesehene Harmonisierung sogar zu wenig weit. Mehrere Vernehmlassungsteilnehmer (namentlich Wirtschaft- und Industrieverbände, aber auch der SGV-ACS) bedauerten, dass der Entwurf zur Revision des BöB nicht gleichzeitig mit dem E-IVöB der Vernehmlassung unterstellt wurde, zumal dies erlaubt hätte, die angestrebte Harmonisierung auf allen staatlichen Ebenen besser aufeinander abzustimmen. Es wurde von verschiedener Seite darauf hingewiesen, dass die Revision der IVöB in der vorliegenden Form die Bereitschaft des Bundes bedinge, die Änderungen der IVöB in die Revisionsvorlage des BöB einfliessen zu lassen. Zudem erachteten es mehrere Wirtschafts- und Industrieverbände (economiesuisse, Infra, Schweizerischer Baumeisterverband SBV) als entscheidend, dass alle Kantone ohne Abweichung der IVöB beitreten.

Keine der interessierten Organisationen hat sich ausdrücklich gegen die Harmonisierung ausgesprochen. Die Fédération des Entreprises Romandes FER verlangte aber, dass den Kantonen ein Spielraum für Anpassungen der Vorgaben an ihre Verhältnisse verbleibe.

Rechtsschutz

Betreffend die Einführung eines Mindestauftragswerts für die Gewährung von Rechtschutz zeigten die Stellungnahmen ein differenziertes Bild.

Eine Mehrheit der Wirtschafts- und Industrieverbände (bauenschweiz, SBV, SMU, sia, SGB, Swissmem, VSEI, Swico) lehnte die Einschränkung des Beschwerderechts ab. Eine Minderheit (Ingenieur-Geometer Schweiz IGS, usic) beantragte, den Rechtschutz von der Verfahrensart (Einladungsverfahren) bzw. den entsprechenden Schwellenwerten abhängig zu machen und nicht von einer willkürlichen Betragshöhe.

Der SGV-ACS und der SSV begrüssten die Einführung eines Mindestauftragswerts für die Gewährung von Rechtschutz, während eine grössere Stadt einen solchen ausdrücklich ablehnte.

Einzelne interessierte Gremien erachteten den Wert von 150'000 Franken, ab welchem Rechtsschutz gewährt werden soll, als zu tief (z.B. SBB AG), andere als zu hoch (z.B. WEKO).

Verhandlungen

Die Wirtschafts- und Industrieverbände (bauenschweiz, Ingenieur-Geometer Schweiz IGS, Infra, SBV, SMU, sia, Swissmem, usic, VSEI) lehnten reine Preisverhandlungen durchgehend ab, weil dies zu einem ruinösen Preiskampf führe und die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz gefährde. Auch die Städte, welche eine Vernehmlassung eingereicht haben, lehnten Verhandlungen über den Preis ab.

Begrüsst wurde die Möglichkeit, (auch Preis-)Verhandlungen führen zu können, von verschiedenen Sektorenunternehmen (Flughafen Zürich AG, SBB AG und Services industriels de Genève SIG) sowie der KUB und dem VSE.

Zu Verhandlungen über andere Punkte als den Preis zeigten die Stellungnahmen kein eindeutiges Bild. Die Verbände der Bauwirtschaft lehnten solche Verhandlungen grundsätzlich ab, während sich andere Industrie- und Wirtschaftsverbände (Swissmem, usic) positiv äusserten. So erachtete z.B. Swissmem Verhandlungen als ein wertvolles Instrument bei der Beschaffung von komplexen Produkten und Systemen. Teilweise wurde beantragt, Verhandlungen an zusätzliche Voraussetzungen zu knüpfen.

Behördenbeschwerderecht

Die Mehrzahl der Wirtschafts- und Industrieverbände (bauenschweiz, IGS, Infra, SBV, usic, VSEI), mehrere Städte, der SSV und ein Sektorenunternehmen lehnten ein Behördenbeschwerderecht – aus unterschiedlichen Gründen – ab. Falls ein solches eingeführt werden sollte, sprachen sich diese Organisationen (mit Ausnahme des SSV) dafür aus, dass dieses Recht dem InöB zustehen solle.

Eine Minderheit der Wirtschaftsverbände (economiesuisse, Swissmem, Swico), Transparency International Schweiz (TI Schweiz), die WEKO und verschiedene Einzelpersonen sprachen sich hingegen für ein Behördenbeschwerderecht der WEKO aus. Die NGOs und eine Reihe anderer Organisationen haben sich zu diesem Punkt nicht geäussert.

Verhältnis von Beschaffungsrecht und Binnenmarktgesetz

Bereits im Rahmen der paritätischen Arbeitsgruppe des Bundes und der Kantone äusserten die Kantone starke Vorbehalte gegen die Fortgeltung der vergaberechtlichen Bestimmungen des BGBM nach vollzogener Harmonisierung von IVöB und BöB. Sie verwiesen auf die unscharfen Regelungen des BGBM, die neben den detaillierten Bestimmungen der IVöB keinen Zusatznutzen bedeuten. Mit dem Einbezug der Konzessionen in das

Beschaffungsrecht wurde der Weiterbestand von Artikel 2 Absatz 7 BGBM infrage gestellt, da die Kantone dies als Doppelspurigkeit erachten. Die Kantone wiesen auf die schweizweite Geltung der IVöB und die positiven Erfahrungen aus über zwanzig Jahren harmonisierter kantonaler Vergabepraxis hin. Zudem beantragten die Kantone die ersatzlose Streichung von Artikel 9 Absätze 2 und 3 BGBM.

Die Kantone gaben im Rahmen der paritätischen Arbeitsgruppe wiederholt ihrem Unmut über das Behördenbeschwerderecht der WEKO (Art. 9 Abs. 2bis BGBM) Ausdruck, das sie als Eingriff in originäre kantonale Zuständigkeiten kritisierten. Aus der Sicht der Kantone können bereits die geltenden Transparenznormen der IVöB und der niederschwellige Rechtsschutz der Konkurrenten wirksam verhindern, dass kantonale oder kommunale Beschaffungsorgane ortsfremde Anbieter diskriminieren. Eine Aufsichtsfunktion der WEKO über das gesamte kantonale und kommunale Beschaffungswesen lehnten die Kantone daher mit Hinweis auf die fehlende Bundeskompetenz als verfassungswidrig und unnötig ab.

2.4 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

Mit der Revision werden namentlich folgende Verbesserungen angestrebt:

– Die Neuerungen des GPA 2012 sind als Hauptziel in das nationale Recht umzusetzen. Es betrifft beispielsweise Massnahmen gegen die Korruption (Art. 2, 11), das Anbieten von elektronischen Auktionen (Art. 23), die Berücksichtigung von Betriebs- und Lebenszykluskosten (Art. 29) sowie die Nachhaltigkeit und den Umweltschutz (Art. X:6 GPA 2012) oder die Einführung reduzierter Fristen (Art. XI. GPA 2012).
– Als zweites Ziel sollen das BöB und die IVöB – soweit möglich und sinnvoll – harmonisiert, d.h. strukturell und inhaltlich aufeinander abgestimmt werden. Zu diesem Zweck wurden im Rahmen der parallelen Revision die beiden gesetzlichen Grundlagen (E-BöB und E-IVöB) durch die paritätisch aus Vertretern des Bundes und der Kantone zusammengesetzte Arbeitsgruppe AURORA gleich aufgebaut und weitestgehend gleich ausformuliert.
– Schliesslich soll als weiteres Ziel eine Vereinfachung und Abgleichung der heutigen kantonalen Ausführungsbestimmungen zur IVöB erfolgen, so wie dies von Wirtschaftskreisen in der Vergangenheit aus Gründen der Transparenz gefordert wurde. Gestützt auf einen Beschluss der BPUK-Sonderplenarversammlung vom 8. Juni 2012 haben die Kantone im Rahmen der Revisionsarbeiten der Arbeitsgruppe AURORA die bisher als reine Empfehlungen geltenden Vergaberichtlinien (sogenannte VRöB) weitestgehend in die Vorlage der IVöB integriert.

Was das Verhältnis von Beschaffungsrecht und BGBM betrifft, beurteilt der Bundesrat die Situation wie folgt: Artikel 95 Absatz 2 der Bundesverfassung (BV)[16] beauftrage den Bund damit, für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen. Dieser Verfassungsauftrag sei ein Ausfluss der Wirtschaftsfreiheit[17]. Er sei also von unmittelbarer grundrechtlicher Relevanz. Bei öffentlichen Beschaffungen bestehe die Gefahr, dass bestimmte Anbieter aufgrund von Ortsgebundenheit, persönlichen Beziehungen, bestehenden Vertragsbeziehungen oder anderen Präferenzen gegenüber anderen Anbietern bevorzugt werden. Solche Privilegierungen seien binnenmarktwidrig. Deshalb enthalte das BGBM bestimmte Mindestanforderungen, welche die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben bei ihren Beschaffungen zu beachten

[16] SR **101**
[17] Vgl. Peter Hettich, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, zu Art. 95 BV, N 13 ff.

hätten (Art. 2 Abs. 7, Art. 5 und Art. 9 BGBM). Nach Artikel 8 BGBM überwache die WEKO die Einhaltung des BGBM durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben. Dieser Auftrag finde laut Bundesrat seine Grundlage in Artikel 49 Absatz 2 BV. Dass die WEKO zur Wahrnehmung dieses Auftrags nach Artikel 9 Absatz 2bis BGBM das Recht habe, gegen binnenmarktwidrige Beschaffungen Beschwerde zu erheben, ist gemäss Bundesrat keine Besonderheit. Vielmehr habe nach Artikel 89 Absatz 2 Buchstabe a BGG jedes eidgenössische Departement in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein Behördenbeschwerderecht. Dieses sei ein notwendiges und effizientes Instrument der Bundesaufsicht. Der Bundesrat blendet dabei aber aus, dass die Beschwerdekompetenz der WEKO im Bereich der öffentlichen Beschaffungen auch für den Bund gelten müsste, da Artikel 9 Absatz 2bis BGBM ganz generell das Rechtsmittel der Beschwerde bei unzulässiger Beschränkung des Marktzugangs vorsieht. Es betrifft also nicht ausschliesslich die Beschaffungen der Kantone, Gemeinden und anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben.

In Beschaffungsangelegenheiten, so der Bundesrat weiter, sei die Behördenbeschwerde von besonderer Bedeutung, da die beschwerdelegitimierten Unternehmen aus wirtschaftlichen oder strategischen Gründen oftmals kein Rechtsmittel ergreifen würden. Aus diesem Grund sei es gerechtfertigt, dass eine unabhängige Behörde im öffentlichen Interesse eines offenen Binnenmarkts Beschwerde führen könne. Wenn die WEKO von ihrem Beschwerderecht Gebrauch mache, leiste sie damit zugleich einen Beitrag für eine einheitliche Praxis in kantonalen und kommunalen Beschaffungsfragen. Dies liege auch im Interesse der Anbieter und der Steuerzahler. Die Behördenbeschwerde nach Artikel 9 Absatz 2bis BGBM führe überdies zu keinen Beschaffungsverzögerungen, da die WEKO nur die Feststellung eines Rechtsverstosses, nicht aber die Aufhebung der Zuschlagsverfügung beantragen könne (Art. 9 Abs. 3 BGBM). Der Bundesrat sieht daher – im Gegensatz zu den Kantonen – keinen Anlass, das Behördenbeschwerderecht der WEKO aufzuheben. Er anerkennt aber, dass die Revisionsvorlage für eine neue IVöB weitgehend mit dem revidierten BöB übereinstimmt und den Anforderungen des BGBM entspricht. Diesem Umstand soll gemäss Bundesrat mit der neuen gesetzlichen Vermutung Rechnung getragen werden, dass die Anforderungen des BGBM als erfüllt gelten sollen, wenn sich eine Beschaffung auf die revidierte IVöB stütze (vgl. die Erläuterungen des Bundesrats in der BöB-Botschaft zur Änderung von Art. 5 Abs. 1 BGBM, BBL 2017 1990). Das Begehren, Artikel 9 Absatz 2 BGBM ersatzlos aufzuheben, sei aus grundsätzlichen Überlegungen abzulehnen. Die Tatsache, dass die Kantone einem bundesrechtlichen Rechtsetzungsauftrag nachgekommen seien, führe nie dazu, dass dieser Auftrag anschliessend aufgehoben werde. Vielmehr behalte dieser Auftrag mit Blick auf mögliche Änderungen des kantonalen Rechts seinen Sinn. Vorliegend ist aber selbst nach Auffassung des Bundesrats zu anerkennen, dass der Auftrag, im kantonalen Recht wenigstens ein Rechtsmittel gegen Beschränkungen des freien Marktzugangs vorzusehen, bei öffentlichen Beschaffungen zu weit geht. Der Bundesrat schlägt daher vor, diese Bestimmung in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu präzisieren (vgl. die Erläuterungen des Bundesrats zur beantragten Änderung von Art. 9 Abs. 2 BGBM; BBl 2017 1992.

Die Durchführung der Vernehmlassungen auf Stufe Bund und Kantone auf Grundlage weitgehend identischer Revisionsvorlagen ermöglichte im Übrigen eine vergleichbare Auswertung der Rückmeldungen. Die in den Rückmeldungen ausgedrückte breite Akzeptanz der Zielsetzungen der Revisionsarbeiten ist besonders positiv zu bewerten. Namentlich die deutliche Zustimmung zu den Harmonisierungsbestrebungen wurde zum Anlass genommen, dieses Ziel weiter zu verfolgen.

Die vorliegende Vorlage ist nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens durch den paritätischen Redaktionsausschuss der Arbeitsgruppe AURORA redaktionell überarbeitet worden. Die in der Vernehmlassung vorgebrachten Verbesserungsvorschläge bzw. die materiellen und formellen Anpassungsanträge zu einzelnen Themen wie namentlich den Verhandlungen (bzw. den reinen Preisverhandlungen) und zum Rechtsschutz veranlassten den paritätischen Redaktionsausschuss, tragfähige Kompromisse zu suchen. In Bezug auf den Rechtsweg für den Bund und die Kantone wird es aber weiterhin Unterschiede geben (nur sekundärer Rechtsschutz für Beschaffungen des Bundes ausserhalb des Staatsvertragsbereichs).

2.5 Beratungen des eidgenössischen Parlaments

Sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat begrüssen grundsätzlich die Harmonisierungsbestrebungen von Bund und Kantonen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens. Diese einmalige Neuerung liege im Interesse der Schweizer Wirtschaft. Sie strebe unter anderem an, die Prozesse für die Anbieter und Auftraggeber soweit möglich und sinnvoll zu vereinheitlichen, zu vereinfachen und zu verbessern und den administrativen Aufwand möglichst gegenseitig zu senken. Die Revisionsvorlage von Bund und Kantonen ziele in die richtige Richtung und lasse die nötige Flexibilität, weise aber noch Verbesserungspotenzial auf.

Im Rahmen der Differenzbereinigungen zwischen Nationalrat und Ständerat wurden verschiedene Aspekte nochmals vertieft diskutiert. Es betraf insbesondere die Kernfrage der Zuschlagskriterien (Art. 29 BöB), wo einerseits der Ständerat forderte, dass bei Beschaffungen auch die "Kaufkraft" in jenem Land berücksichtigt werden müsse, in dem eine Leistung erbracht werde. Schliesslich einigte man sich auf "Preisniveaus" in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird. Mit dieser Formulierung hat das Parlament zum Ausdruck bringen wollen, dass die Interessenlage der Schweiz stärker gewichtet werden müsse. Zugleich hat es eingangs der Bestimmung eine Konkretisierung aufgenommen, wonach dieses Kriterium nur unter Beachtung der staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz anwendbar sei, so dass die WTO-Konformität gewährleistet werden kann.

Ebenso wurde mit Bezug auf den Zuschlag als weiteren Kernpunkt (Art. 41 BöB) darüber diskutiert, ob das "wirtschaftlich günstigste" Angebot oder das "vorteilhafteste" Angebot berücksichtigt werden sollte. Schliesslich einigte man sich auf das "vorteilhafteste" Angebot, wobei man klar der Meinung war, dass das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis gemeint sein soll, bzw. das Angebot, welches die vorgegebenen Kriterien gesamthaft am besten erfüllt. Dadurch wurde verdeutlicht, dass künftig dem Qualitätswettbewerb gegenüber dem Preiswettbewerb noch mehr Gewicht zukommen soll.

Lange umstritten blieb auch die Frage von Schutzgebühren. Ursprünglich bestand ein Vorschlag zur Einführung eines Buchstabens "f" bei Artikel 11. Die Meinung des Ständerates, wonach stattdessen kostendeckende Gebühren für den Bezug von Ausschreibungsunterlagen erhoben werden dürfen, fand schliesslich allgemeine Zustimmung (Art. 35 Bst. s BöB).

Eine Befreiung von der Unterstellung unter das BöB beschloss schliesslich das Parlament mit Bezug auf die Aufträge an die Organisationen der Arbeitsintegration (Art. 10 Abs. 1 Bst. e BöB) und auf die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen des Bundes (Art. 10 Abs. 1 Bst. i BöB).

Im Gegensatz zum Nationalrat sprach sich der Ständerat bei den einzuhaltenden Arbeitsschutzbestimmungen, den Arbeitsbedingungen und der Lohngleichheit (Art. 12 Abs. 1 BöB) für die Einführung des Herkunftsortsprinzips, so wie es das geltende BGBM den

Kantonen vorschreibt. Im Rahmen der Differenzbereinigungen wurde dieser Vorschlag jedoch fallen gelassen. Somit gilt diesbezüglich für den Bund das Leistungsortsprinzip, während die Kantone an die Vorgabe des BGBM gebunden bleiben.

Beim Dialog (Art. 24 Abs. 2 BöB) hat das Parlament schliesslich im Lichte des allgemeinen Verfahrensgrundsatzes von Artikel 11 Buchstabe d BöB (Verzicht auf Abgebotsrunden) beschlossen, dass Verhandlungen über Preise und Gesamtpreise unzulässig sind. Damit sollen Nachverhandlungen beim Preis noch klarer ausgeschlossen werden.

Die Erläuterungen des Bundesrats zu den Revisionspunkten des Binnenmarktgesetzes finden sich in der Botschaft zum BöB (vgl. BBl 2017 1990). Aus den Beratungsprotokollen von Nationalrat und Ständerat lässt sich hingegen nicht entnehmen, von welchen Überlegungen sich das eidgenössische Parlament bei seinen Beschlüssen zu den Änderungsanträgen betreffend das BGBM leiten liess. Hierzu sind keine Wortmeldungen erfolgt. Änderungen haben schliesslich Artikel 5 Absatz 1 erster (betrifft nur den italienischen Text) und dritter Satz BGBM sowie Artikel 9 Absatz 1 und 2 BGBM erfahren. Bei Absatz 1 von Artikel 9 BGBM wird nunmehr generell gefordert (also nicht mehr primär für öffentliche Beschaffungen der Kantone, Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben), dass alle Beschränkungen des freien Marktzugangs in Form einer Verfügung zu erlassen sind. Absatz 2 von Artikel 9 BGBM enthält sodann teilweise Wiederholungen des geltenden Rechts bzw. von ohnehin in der revidierten IVöB (und im revidierten BöB) enthaltenen Bestimmungen.

2.6 Abschliessende Vernehmlassung bei den Kantonen

Nachdem die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen im Rahmen der Schlussabstimmungen von Nationalrat und Ständerat am 21. Juni 2019 mit verschiedenen Änderungen verabschiedet wurde, hiess es für die Kantone, nochmals zu überprüfen, welche dieser Änderungen auch für die IVöB im Lichte der parallelen Harmonisierung übernommen werden sollen und bei welchen hingegen weiterhin Differenzen zum Bundesrecht verbleiben müssen. Die kantonalen Mitglieder der paritätischen Arbeitsgruppe AURORA haben hierzu die jeweiligen Entscheide des Bundesparlaments laufend mitverfolgt und für die Kantone nochmals beurteilt. Ihre Vorschläge wurden dann einem von der BPUK eingesetzten politischen Steuerungsgremium zur Vorentscheidung unterbreitet. Die BPUK beschloss ihrerseits, nochmals eine kurze, eingeschränkte Vernehmlassung bei den Kantonen, dem Schweizerischen Gemeinde- und dem Schweizerischen Städteverband über die wichtig scheinenden Punkte und Differenzen durchzuführen, die sich aus den Beschlüssen des Bundesparlaments ergeben haben. Diese Vernehmlassung fand in der Zeit vom 23. Juni bis 28. August 2019 statt. Das Ergebnis der Rückmeldungen lautet zusammengefasst wie folgt:

Alle Kantone haben sich an der Umfrage zu den Änderungen des Bundesparlaments beteiligt und ihre Rückmeldungen eingereicht.

Folgende Anpassungen werden von 18 (= ¾-Mehrheit) oder mehr Kantonen begrüsst:

- Artikel 7 (Befreiung von der Unterstellung; 25 Kantone)
- Artikel 9 (Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen; 19 Kantone)
- Artikel 12 Abs. 2 und 3 (Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts; 23 Kantone)

- Artikel 29 Abs. 2 (Zuschlagskriterien; ältere Arbeitnehmende / Langzeitarbeitslose; 18 Kantone)
- Artikel 61 Abs. 2 Bst. d (Interkantonales Organ; 26 Kantone)
- Artikel 62 (Kontrollen; 20 Kantone)

Folgende Anpassung wird von 18 (= ¾-Mehrheit) oder mehr Kantonen abgelehnt:

- Artikel 21 Abs. 4 (Freihändiges Verfahren; 23 Kantone)

Bei folgenden Anpassungen konnte keine eindeutige Mehrheit ausgemacht werden:

- Artikel 10 Abs. 1 Bst. e (Ausnahmen; Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration; Mehrheit 15 begrüssende Kantone)
- Artikel 10 Abs. 1 Bst. g (Ausnahmen; öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen; Gleichstand 12:12 Kantone)
- Artikel 13 Abs. 4 (Ausstand; Mehrheit 15 begrüssende Kantone)
- Artikel 26 Abs. 1 (Teilnahmebedingungen; Mehrheit 15 ablehnende Kantone)
- Artikel 29 Abs. 1 (Zuschlagskriterien; Mehrheit 15 ablehnende Kantone)
- Artikel 29 Abs. 4 (Zuschlagskriterien; standardisierte Leistungen; Mehrheit 13 begrüssende Kantone)
- Artikel 41 Abs. 1 (Zuschlag; Mehrheit 17 begrüssende Kantone)

Die zur Diskussion gestellten Punkte werden nachfolgend in den entsprechenden Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln kommentiert. Weitere Anpassungsbegehren einzelner Kantone wurden vom politischen Steuerungsgremium aus Harmonisierungsgründen nicht berücksichtigt. Es wurden nur Begehren weiterverfolgt, die von mehreren Kantonen gestellt wurden.

Neben den Kantonen wurden auch das Bureau interparlementaire de coordination (BIC), der Schweizerische Gemeindeverband (SGV) und der Schweizerische Städteverband (SSV) zur Umfrage eingeladen. Diese Organisationen haben ihre Stellungnahmen ebenfalls eingereicht. Sie wurden bei der Finalisierung der IVöB berücksichtigt. Ebenso haben verschiedene Interessenvertretungen (Allianz für ein fortschrittliches öffentliches Beschaffungswesen, constructionromande, Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Schweizerischer Pensionskassenverband [ASIP], Région Romandie de la Société Suisse des Entrepreneurs) ihre Überlegungen von sich aus beim InöB eingereicht, welche soweit als möglich berücksichtigt wurden.

3 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

1. Kapitel: Gegenstand, Zweck und Begriffe

Art. 1 Gegenstand

Die Vereinbarung findet Anwendung auf:

– die Vergabe öffentlicher Aufträge, wobei in den Artikeln 8 und 9 der Begriff des öffentlichen Auftrags ausgeführt wird;
– die Vergabe durch unterstellte Auftraggeber, wobei diese in Artikel 4 aufgezählt werden;

– Vergaben innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, wobei dieser Begriff in Artikel 3 Buchstabe c definiert wird.

Art. 2 Zweck

Die Vereinbarung bezweckt:

– die Nachhaltigkeit der Beschaffung, d. h. den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, sozial und ökologisch verantwortungsvollen Einsatz der öffentlichen Mittel (Bst. a);
– die Transparenz der Verfahren (Bst. b);
– die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter, in Nachachtung des verfassungsrechtlichen Gebotes, wonach Wettbewerbsteilnehmer gleich zu behandeln sind (Bst. c);
– die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbietern, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption (Bst. d).

Die Zwecknorm dient der Auslegung der nachfolgenden Bestimmungen. Die Reihenfolge der Aufzählung in Artikel 2 bedeutet nicht, dass dem ersten Grundsatz Priorität vor den nachstehend genannten zukäme. Alle Grundsätze verlangen gleichermassen Beachtung. Zielkonflikte sind unvermeidbar. So kann umfassende Transparenz abgestimmte Verhaltensweisen von Anbietern begünstigen. Oder die Gleichbehandlung der Anbieter kann eine wirtschaftliche Beschaffung erschweren. Solche Konflikte sind durch eine Abwägung aller Interessen zu lösen. Die gesetzgeberischen Ziele werden durch weitere Bestimmungen der Vorlage (zum Beispiel zu den Anforderungen an eine Ausschreibung, zur Einhaltung von Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen und zur Veröffentlichung der Ausschreibung, zur Sanktionierung wettbewerbsbehindernden Verhaltens oder zum Rechtsschutz) ausgeführt.

Bst. a: Gemäss Vernehmlassungsvorlage sollten die öffentlichen Mittel wirtschaftlich eingesetzt und dabei die Nachhaltigkeit berücksichtigt werden. Einem Anliegen verschiedener Vernehmlassungsteilnehmer sowie der aktuellen Vergabepraxis und den internationalen Entwicklungen entsprechend wird der Grundsatz der Nachhaltigkeit in dieser Vereinbarung ausdrücklich verankert. Zudem steht der nachhaltige Einsatz der öffentlichen Mittel im Einklang mit Artikel 73 BV.

Wirtschaftlichkeit ist nicht gleichbedeutend mit dem tiefsten Preis. Die Qualität der Leistungen und weitere Parameter, deren Wahl im Ermessen des Auftraggebers liegt, sind ebenso zu berücksichtigen. Die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel gibt einem Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf, die Beschaffung des "richtigen" Produkts zu erstreiten. Stets wird der Preis indessen als Zuschlagskriterium in die Bewertung miteinzubeziehen sein.

Das GPA 2012 erwähnt explizit in Artikel X Absatz 6 (und in engem Zusammenhang mit dem Nichtdiskriminierungsgebot in Art. X Abs. 1) die Realisierung umwelt- und ressourcenpolitischer Zielsetzungen. Die soziale Dimension der Nachhaltigkeit findet im GPA 2012 keine explizite Erwähnung, da über ihren Anwendungsbereich während der Revision unter den Mitgliedstaaten kein Konsens erzielt werden konnte. Angesichts dessen haben sich die GPA-Mitgliedstaaten geeinigt, gemäss Mandat in Artikel XXII Absatz 8 GPA 2012 ein Arbeitsprogramm über die beschaffungsrelevanten Aspekte des Begriffs der Nachhaltigkeit einzuleiten.

Schon heute finden Ressourcen- und Umweltkriterien regelmässig Eingang in die Ausschreibungen der öffentlichen Hand unter dem Titel der Nachhaltigkeit. Der "sozialen Nachhaltigkeit" wird unter anderem dadurch Rechnung getragen, dass Aufträge in der

Schweiz nur an Anbieter vergeben werden dürfen, welche die Bestimmungen über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten. Bei Leistungen, die im Ausland erbracht werden, müssen mindestens die acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) eingehalten werden.

Die Anwendung von Umwelt- und Sozialkriterien erfordert stets einen sachlichen Bezug zum jeweiligen Beschaffungsobjekt. Solche Beschaffungskriterien beziehen sich auf das Produkt oder auf dessen erwünschte Wirkung bei der Nutzung. Die Art und Weise der Produktion kann ebenfalls vorgeschrieben werden, solange die Produktionsweise einen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweist. Die Produktionsweise muss nicht notwendigerweise im Endprodukt sichtbar sein; sie muss aber zumindest den Wert und die Eigenart des Produkts verändern (z. B. Holz aus naturnaher Waldbewirtschaftung, Tierprodukte aus artgerechter Haltung). Allerdings wohnt der Berücksichtigung nicht-wirtschaftlicher Beschaffungsziele regelmässig die Gefahr inne, dass protektionistische Praktiken im Kleid legitimer Ziele Eingang in die Vergabepraxis finden. So "eignen" sich gerade ökologische Kriterien wie die Einhaltung nationaler Umweltstandards oder die Fahrtdistanz gut für die gezielte Bevorzugung inländischer Anbieter. Das GPA 2012 toleriert solche Praktiken trotz Erwähnung ökologischer Ziele nicht. Daher ist bei technischen Spezifikationen oder bei Zuschlagskriterien, die der Ökologie verpflichtet sind, stets zu fragen, ob diese Kriterien einen sachlichen Bezug zum Leistungsgegenstand aufweisen. Falls Absicht oder Wirkung auf eine Beschränkung des Marktzutritts ausländischer oder ortsfremder Anbieter hinauslaufen, greift die Berufung auf die Nachhaltigkeit einer Anforderung nicht. Dies ist insbesondere bei Bestimmungen zu Herstellungsverfahren, die ohne Wirkung auf das zu beschaffende Produkt bleiben, sorgfältig zu prüfen.

Das eidgenössische Parlament hat sich im Rahmen der Beratungen dafür ausgesprochen, dass nicht nur der nachhaltige, sondern auch der "volkswirtschaftlich" nachhaltige Einsatz der öffentlichen Mittel bezweckt werden soll, um damit auch eine positive Auswirkung auf den Werkplatz Schweiz zu haben. Die Kantone sind mit der entsprechenden Ergänzung einverstanden, kann doch dadurch einer wiederholt vorgebrachten Forderung mehrerer Wirtschaftskreise Rechnung getragen werden.

Bst. b: Transparenz garantiert Fairness und Marktzutritt. Die Vorlage enthält daher zahlreiche Transparenzbestimmungen, die primär die Aktivinformation, d. h. die Informationstätigkeit der Behörde von sich aus bzw. von Amtes wegen betreffen (z. B. Art. 14 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1, Art. 27 ff., Art. 35 f.). Der Grundsatz der Transparenz gebietet unter anderem, dass ein Auftraggeber die Gewichtung der Zuschlagskriterien zum Voraus präzisieren und bekannt geben muss. Auf Transparenz – auch in Form der sogenannten Passivinformation, d.h. Information auf Gesuch hin – wird nur dort verzichtet, wo diese die Aufgaben der Auftraggeber behindern oder die berechtigten Interessen der Anbieter gefährden würde.

Bst. c*:* Der Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung bedeutet, dass einem Anbieter einerseits keine Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere nicht gelten, und dass ihm anderseits keine Vorteile gewährt werden dürfen, die anderen Anbietern verwehrt sind. So ist es z. B. nicht zulässig, ein Anbieter im Rahmen der Eignungsprüfung nach einem strengeren Massstab als seine Mitbewerber zu beurteilen. Ebenso wenig ist es zulässig, dass Eignungskriterien oder technische Spezifikationen zugunsten eines einzelnen Anbieters aufgestellt, gestrichen oder aufgeweicht werden.

Bst. d: Wie in anderen Märkten kann der Wettbewerb auch auf den Beschaffungsmärkten durch Abreden oder andere wettbewerbsbehindernde Verhaltensweisen beeinträchtigt werden. Daher gilt es bei den Ausschreibungen, Massnahmen insbesondere gegen

unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption vorzusehen. Korruption gilt heute als wesentliches Element der Wettbewerbsverfälschung und Wettbewerbsverhinderung im öffentlichen Beschaffungswesen. Das GPA 2012 sieht daher in der Präambel und in Artikel IV Absatz 4 eine griffigere internationale Rechtsgrundlage für die Korruptionsbekämpfung vor. Buchstabe d ändert die entsprechenden Spezialgesetze nicht; diese werden vielmehr um eine spezifische beschaffungsrechtliche Zwecknorm ergänzt.

Der wirksame Wettbewerb kann auch in Fällen gefährdet sein, in denen ein öffentlicher Auftraggeber eine marktbeherrschende Stellung missbraucht. Nachfragemacht ist denkbar bei Beschaffungskooperationen oder auf Märkten, in denen dem öffentlich-rechtlichen Nachfrager einer Leistung nur wenige private Nachfragende gegenüberstehen. Allerdings ist infolge der Internationalität vieler Produktmärkte (zu denken ist beispielsweise an die Beschaffung von Rollmaterial durch die Bahnunternehmen) eine Nachfragemacht nicht leichthin anzunehmen.

Gemäss Bundesparlament soll nicht nur der wirksame, sondern auch der "faire" Wettbewerb unter den Anbietern gefördert werden. Die Kantone können sich mit dieser Ergänzung von Buchstabe b im Sinne der Harmonisierung einverstanden erklären. Es gibt Bestimmungen, die in die gleiche Richtung zielen, wie beispielsweise Artikel 38 Absatz 3 oder Artikel 44 Absatz 2 Buchstabe c und h (neu eingefügt).

Art. 3 Begriffe

Die Legaldefinitionen dienen dazu, das Beschaffungsrecht zu vereinfachen und dessen Anwendung in der Praxis zu vereinheitlichen. Im Einklang mit den Begriffsbestimmungen des GPA 2012 strebt die Vorlage eine einheitliche Verwendung der zentralen beschaffungsrechtlichen Begriffe an.

Die meisten Definitionen der Vorlage sind selbsterklärend und wurden unverändert aus dem GPA 2012 und dessen Anhängen übernommen. Soweit ein Begriff in der Vorlage nur einmal verwendet wird, ist er an jenem Ort definiert. Zwei Hinweise sind an dieser Stelle angezeigt:

Bst. b: Der Begriff des «öffentlichen Unternehmens» ist für die Unterstellung nach Artikel 4 Absatz 2 (Sektoren) massgeblich. Öffentliche Unternehmen sind privatrechtlich oder spezialgesetzlich organisierte Rechtsträger, die durch die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar beherrscht werden, zum Beispiel durch die kapital- oder stimmenmässige Kontrolle oder durch andere Instrumente, die es dem Gemeinwesen erlauben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Unternehmens auszuüben. Beispiele sind städtische Verkehrsbetriebe, Energieversorgungsunternehmen wie die öffentlichenrechtlichen Anstalten Energie Wasser Bern (EWB) oder die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ), öffentliche Hafen- oder Flughafenbetreiber und Eisenbahnunternehmen (vgl. die Legaldefinition in Fussnote 2 von Annex 3 zum Anhang I [Schweiz] des GPA 2012).

Bst. c: Der Begriff "Staatsvertragsbereich" wird in den Kantonen konsequent verwendet und hat sich in der Praxis eingebürgert. Dieser Begriff wird auch durch den Bund im E-BöB übernommen, da das Gesetz neu sowohl Beschaffungen nach Massgabe internationaler Verpflichtungen der Schweiz als auch die ausschliesslich binnenrechtlich unterstellten Beschaffungen regelt. Der für die Anwendung des Beschaffungsrechts zentrale Begriff des öffentlichen Auftrags (vgl. dazu Art. II GPA 2012) wird nicht in Artikel 3, sondern in den Artikeln 8 und 9 der Vorlage definiert (vgl. Seite 33ff.). Der Klarheit halber sei darauf hingewiesen, dass die hier verwendeten Begriffe des Auftrags und des Auftraggebers nicht identisch sind mit denjenigen in den Artikeln 394 ff. des Obligationenrechts

vom 30. März 1911 (OR)[18]. Insbesondere kommen als Vertragstypen nicht nur Aufträge nach OR, sondern ebenso Kauf-, Werk-, Innominatverträge usw. in Frage.

Bst. f: Nach der Legaldefinition in Fussnote 1 zum Annex 3 des GPA-Anhangs I der Schweiz sind die «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» gekennzeichnet durch: (a) sie wurde zum besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die keinen industriellen oder kommerziellen Charakter haben, zu erfüllen; (b) sie besitzen Rechtspersönlichkeit; und (c) ihre Tätigkeit wird überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert oder ihre Leitung unterliegt einer entsprechenden Kontrolle oder ihre Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane bestehen mehrheitlich aus Mitgliedern, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt werden. Beispiele sind Universitäten und öffentliche Spitäler.

Bst. g: Fussnote 1 zum Annex 3 des GPA-Anhangs I der Schweiz definiert im Weiteren den Begriff der «staatlichen Behörden». Dieser Sammelbegriff, der den Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts sowie Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen, mit einschliesst, wird für die subjektive Unterstellung der Auftraggeber nach Art. 4 Abs. 1 und 2 relevant. Der Begriff umfasst die Verwaltungsbehörden der kantonalen, regionalen und kommunalen Ebenen, die bereits behandelten Einrichtungen des öffentlichen Rechts sowie die manchenorts anzutreffenden Zweckverbände, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (z.B. für die Kehrichtverwertung) gebildet werden.

2. Kapitel: Geltungsbereich

1. Abschnitt: Subjektiver Geltungsbereich

Der subjektive Geltungsbereich der Vereinbarung bestimmt sich grundsätzlich nach Massgabe der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen. Mit anderen Worten erfolgt keine autonome Ausdehnung des subjektiven Geltungsbereichs gegenüber den massgebenden Beschaffungsübereinkommen der Schweiz. Im Vordergrund stehen die Annexe 1–7 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012, die beschaffungsrelevanten Kapitel und Anhänge der Freihandelsabkommen mit Drittstaaten sowie die Artikel 2 und 3 des bilateralen Abkommens Schweiz-EU. Die Übereinkommen unterscheiden zwischen der Unterstellung zentraler und subzentraler Verwaltungseinheiten auf der einen und Sektorenauftraggeber auf der anderen Seite.

Das Abkommen Schweiz-EU 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 Anbieter auf Aufträge von Auftraggebern 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 Abkommen Schweiz-EU ist komplex und nicht in allen Punkten transparent. Herrscht in einem Sektorenmarkt wirksamer Wettbewerb, wird neu für alle Beschaffungen dieses Markts eine Befreiung von der Unterstellung vorgesehen (Art. 7).

Für die Kantone gilt es, auch für den Bereich ausserhalb der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen die Vorgaben des BGBM zu beachten. Demnach haben die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür

[18] SR **220**

zu sorgen, dass die Vorhaben für "umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag" amtlich publiziert werden (Art. 5 Abs. 2 BGBM). Ausserdem sieht Art. 9 Abs. 2 BGBM ausdrücklich den Rechtsschutz bei öffentlichen Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs vor.

Art. 4 Auftraggeber

Die subjektive Unterstellung erfolgt anhand einer abschliessenden Aufzählung in diesem Artikel. Im GPA 2012 ist die allgemeine Unterstellung für den Bund und die Kantone je unterschiedlich geregelt. Während die Auftraggeber auf Stufe Bund in einer Liste aufgeführt sind, werden die kantonalen Beschaffungsbehörden sowie die Behörden auf Bezirks- und Gemeindeebene generell-abstrakt unterstellt (Annexe 1 und 2 zum Anhang I des GPA 2012).

Abs. 1

Für die Unterstellung der dezentralen Stellen ist im Staatsvertragsbereich der Begriff der "Einrichtung des öffentlichen Rechts" bedeutsam. Laut der Legaldefinition in Annex 3 zum Anhang I des GPA 2012 umfasst dieser Begriff 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.

Die Unterstellung der erwähnten Einrichtungen hat gegenüber der bisherigen Regelung gemäss IVöB keine Änderungen erfahren.

Abs. 2

Bst. b: Im Rahmen der Beratungen hat sich das Bundesparlament ursprünglich dafür ausgesprochen, die Stromproduktion vom subjektiven Geltungsbereich des Bundesgesetzes herauszunehmen. Wie der Bundesrat zu Recht darauf hingewiesen hat, würde eine Streichung der "Stromproduktion" in dieser Aufzählung einen klaren Verstoss gegen die internationalen Verpflichtungen der Schweiz bedeuten. Das GPA 2012 entspricht nämlich inhaltlich dem GPA 1994. Öffentliche Unternehmen, die im Bereich der Produktion, Fortleitung oder Verteilung von elektrischer Energie tätig sind, werden demnach vom Geltungsbereich des GPA erfasst (vgl. GPA 2012 Anhang I Annex 3). Auch das bilaterale Abkommen Schweiz-EU unterstellt zusätzlich die im Bereich der Elektrizitätsversorgung (einschliesslich der Stromproduktion) tätigen privaten Unternehmen, die öffentliche Dienstleitungen erbringen und mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind, dem öffentlichen Beschaffungsrecht (Art. 3 Abs. 1 und 2 BilatAbk). Der im Parlament angestellte Vergleich mit der geltenden Regelung in Österreich hält einer objektiven Betrachtung nicht Stand, da Österreich bereits 2008 das von der EU vorgesehene "Ausklinkverfahren" durchlaufen hat und mit dem Nachweis der effektiv herrschenden Liberalisierung des Strommarktes die Befreiung des Sektors der Stromerzeugung von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht erwirkt hat. Eine Befreiung (Ausklinkung) der Schweizer Stromproduzenten ist hingegen bei der aktuellen Situation in der Schweiz nicht denkbar, weil ein Grossteil der Endverbraucher im Versorgungsmarkt (mit einem Jahresverbrauch unter 100 MWh) heute noch gebunden ist, also hier kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Eine Befreiung der Stromproduktion bleibt aber für die Zukunft immer noch möglich, wenn nämlich die Voraussetzungen eines liberalisierten

Strommarktes erfüllt sein werden (vgl. dazu Art. 7). Im Parlament wurde der Streichungsantrag für die Stromproduktion schliesslich zurückgezogen, so dass die Regelung gemäss GPA 2012 sowohl vom Bund als auch von den Kantonen unverändert übernommen wird.

Bst. c: Es betrifft hier die Unterstellung von Netzen zur Versorgung des städtischen Nahschienenverkehrs gemäss GPA 2012, was der bisherigen Regelung der IVöB grundsätzlich entspricht.

Bst. d und e: Die Sektorenunterstellung im GPA und im Abkommen Schweiz - EU 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 die Vereinbarung auf sogenannte Verkehrsendeinrichtungen Anwendung. Dabei handelt es sich um Häfen, Flughäfen, Umschlagplätze, Terminals und ähnliche Einrichtungen, welche die Schnittstelle am Ende der Verkehrsverbindungen bilden.

Bst. f: Es betrifft den Schienenverkehr, d. h. den Bau und Betrieb von Eisenbahnen. In diesem Sektor sind insbesondere die SBB sowie Unternehmen unter kapital- oder stimmenmässiger Beherrschung durch die SBB (unter Ausnahme von Finanzbeteiligungen und Beteiligungen an Unternehmen, die nicht unmittelbar im Verkehrsbereich tätig sind) unterstellt. Als Beispiel für ein unterstelltes Tochterunternehmen mag die Alp Transit Gotthard AG dienen. Ebenfalls unterstehen dem Gesetz andere Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen (z. B. BLS Netz AG oder Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG). Demgegenüber unterstehen Eisenbahnunternehmen wie die BLS AG oder die Rhätische Bahn dem kantonalen Recht, soweit sie nicht wegen ihrer regionalen Bedeutung von der Rechtswahlmöglichkeit in Artikel 5 Absatz 3 Gebrauch gemacht haben. Anknüpfungspunkt ist der Bau und der Betrieb des Schienennetzes. Damit erfasst Buchstabe f sowohl die Aufgaben der Netzerstellung und des Netzbetriebs als auch den Bahnverkehr auf diesen Netzen. Diese zwei Bereiche werden bei den Bahnunternehmen entweder organisatorisch oder finanziell (Spartenrechnung) getrennt geführt. Damit funktional nicht zusammenhängende Tätigkeiten der unterstellten Unternehmen sind vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausgenommen.

Für jede Beschaffung ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein funktionaler Zusammenhang zum Bau und Betrieb der Eisenbahn besteht. Ein solcher Bezug ist namentlich beim Bau und Betrieb der Bahninfrastruktur (einschliesslich Forstarbeiten entlang der Bahnlinien), bei der Beschaffung und beim Unterhalt von Schienen, Eisenbahninfrastruktur und Rollmaterial sowie bei der Bewirtschaftung der (engeren) Bahnhofsbereiche (Bahnhofshalle, Wartesaal, Schalterhalle, Ticketautomaten etc.) gegeben. Der Zusammenhang fehlt aber z. B. bei der kommerziellen Mantelnutzung von Bahnhofteilen. Diese Tätigkeiten werden regelmässig im Wettbewerb mit Drittanbietern ausgeübt und sind daher der Vereinbarung nicht unterstellt. Beschaffungen in diesen Bereichen können vergabefrei getätigt werden.

Abs. 3

Die Unterstellung der Sektorenauftraggeber erfolgt nicht umfassend, sondern jeweils nur für ihre Kernbereichs-Tätigkeiten. Soweit allerdings Auftraggeber nach Absatz 1 unterstellt sind und ebenfalls Sektorentätigkeiten wahrnehmen, führt Absatz 3 nicht zu einer Beschränkung. Vielmehr unterstehen diese Auftraggeber der Vereinbarung umfassend, d. h. für alle ihre öffentlichen Aufträge. Dann gelten für die Abgrenzung des Staatsvertragsbereichs die Schwellenwerte für die allgemeinen Auftraggeber (vgl. Anhang 1).

Abs. 4

Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (Art. 8 Abs. 2 IVöB) und findet nur auf die Kantone Anwendung, da diese die Disziplinen des GPA als Folge des BGBM auf

weitere Auftraggeber und Leistungen ausdehnen mussten (sogenannter Nicht-Staatsvertragsbereich).

Abs. 5

Diese Bestimmung dient der Klarstellung. Die beschaffungsrechtlichen Vorgaben gelten auch für Dritte, die Leistungen im Auftrag des Auftraggebers und als dessen Stellvertreter beschaffen. Dies gilt unabhängig davon, ob diese Dritten selber der Vereinbarung unterstellt sind oder nicht. Durch das Vorschalten einer zentralen Beschaffungsstelle oder die Auslagerung dieser Arbeiten an Dritte kann die Vereinbarung nicht unterlaufen werden.

Art. 5 Anwendbares Recht

Abs. 1 und 2

Bereits das geltende Recht enthält auf kantonaler Ebene in Artikel 8 Absätze 3 und 4 IVöB und auf Bundesebene in Artikel 2*c* VöB Kollisionsregeln für gemeinsame Beschaffungen von Auftraggebern gleicher oder verschiedener Stufen. Diese Regeln werden hier ergänzt und neu geordnet. In der Regel kommt das Recht am Sitz des Hauptauftraggebers zur Anwendung (Abs. 1). Wer Hauptauftraggeber ist, bestimmt sich nach Massgabe der Finanzierung. Wird z. B. eine gemeinsame Beschaffung von Bund und Kantonen mehrheitlich mit kantonalen Geldern finanziert, ist kantonales Recht (IVöB) anwendbar.

Analog gilt dies im Falle mehrerer Auftraggeber verschiedener Kantone bei einer gemeinsamen Beschaffung (Abs. 2). In diesem Falle ist das Recht desjenigen Kantons anwendbar, der den grössten Anteil an der Finanzierung trägt (unter Vorbehalt von Abs. 3).

Abs. 3, 4 und 5

Die in den Absätzen 3, 4 und 5 vorgesehene Rechtswahl der beteiligten Auftraggeber dient der optimalen Ressourcennutzung.

Abs. 6

Beispiele für wahlberechtigte Unternehmen nach Absatz 6 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 ein Auftraggeber oder dessen Beschaffungen von der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht befreit werden

Verschiedene Sektorenerlasse des Bundes enthalten spezifische Vorschriften zum anwendbaren Beschaffungsrecht, so z. B. Artikel 8 des Bundesgesetzes vom 20. März 2009[19] über die zukünftige Entwicklung der Bahninfrastruktur, die Artikel 38 f. der Nationalstrassenverordnung vom 7. November 2007[20], Artikel 15 Absatz 2 der Strukturverbesserungsverordnung vom 7. Dezember 1998[21], Artikel 3*a* und 5 Abs. 1 des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007[22] für die Konzessionsvergabe für Übertragungs- und Verteilnetze, die Artikel 60 Absatz 3bis und 62 Absatz 2bis des Wasserrechtsgesetzes vom 22. Dezember 1916[23] (WRG) oder Artikel 15*b* im Entwurf der Änderung des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990[24] (SuG) für die Übertragung von öffentlichen Aufgaben im

[19] SR **742.140.2**
[20] SR **725.111**
[21] SR **913.1**
[22] SR **734.7**
[23] SR **721.80**
[24] SR **616.1**

Wettbewerb. Diese spezialgesetzlichen Kollisionsregeln gehen den allgemeinen Bestimmungen von Artikel 5 vor (vgl. auch Art. 9). Auch die Kantone können Konzessionen vom Beschaffungsrecht ausnehmen, wenn es sich um Bereiche handelt, die alleine in der Verantwortung der Kantone stehen. Ansonsten ist dies nicht möglich.

Die Frage nach dem anwendbaren Recht stellt sich auch bei Ausschreibungen betreffend Suche und Wahl von privaten Investoren, z. B. bei sogenannten Public Private Partnerships (PPP). Das Kürzel "PPP" bezeichnet die Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und privaten Anbietern mit dem Ziel, öffentliche Aufgaben zu erbringen. Die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts auf PPP-Projekte ist anhand der charakteristischen Leistungen fallweise zu beurteilen. Da PPP-Projekte vielfältige Formen annehmen können und der vorhandene Spielraum nicht unnötig eingegrenzt werden soll, wird auf eine gesetzliche Regelung verzichtet.

Art. 6 Anbieter

Abs. 1

Im Rahmen der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im GPA 2012 und im Abkommen Schweiz-EU sowie in beschaffungsrelevanten Abkommen mit Drittstaaten wird ausländischen Anbietern der diskriminierungsfreie Marktzutritt ermöglicht. Diese Marktöffnung gilt jeweils im Umfang der gegenseitig eingegangenen Verpflichtungen. Das Prinzip der Meistbegünstigung gilt ebenfalls in diesem Umfang. Mit anderen Worten können durch Inanspruchnahme der Meistbegünstigung keine zusätzlichen Konzessionen von den Handelspartnern erwirkt werden.

Abs. 2

Der Gegenrechtsvorbehalt in Absatz 2 für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs entspricht der ursprünglichen Regelung von Artikel 9 Bst. c IVöB, in der Fassung vom 25. November 1994. Auch hier reicht der Marktzutritt nur so weit, als inländische Anbieter im Ausland tatsächlich zum Angebot zugelassen werden. Die Auftraggeber sind allerdings berechtigt, auch ausländische Anbieter zum Angebot zuzulassen, selbst wenn deren Sitzstaat kein Gegenrecht gewährt. Zugelassene ausländische Anbieter geniessen jedoch in diesem Falle keinen Rechtsschutz (siehe dazu Art. 52 Abs. 3).

Abs. 3

Gegenrecht bedeutet vergleichbaren und effektiven Marktzutritt schweizerischer Anbieter zu ausländischen Beschaffungsmärkten. Zur besseren Orientierung ist dem Bundesrat aufgetragen, eine indikative Liste der Staaten zu führen, die Gegenrecht gemäss den von ihm verhandelten internationalen Beschaffungsabkommen gewähren. Diese Liste wird regelmässig aktualisiert und steht den Auftraggebern auf Anfrage zur Einsicht zur Verfügung. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten in einer Verordnung. Es ist vorgesehen, dass das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) mit der Führung der Liste beauftragt wird.

Abs. 4

Im Gegensatz zum Bund können die Kantone weitere Vereinbarungen mit den Grenzregionen und Nachbarstaaten für Beschaffungen eingehen. Diese Möglichkeit entspricht dem geltenden Recht (Art. 2 Bst. b IVöB; vgl. auch Art. 56 BV).

Art. 7 Befreiung von der Unterstellung

Die Unterstellung der Sektorenauftraggeber geht immer von der Annahme aus, dass in einem Tätigkeitsbereich kein Wettbewerb herrscht. Während das GPA 2012 den Begriff des "uneingeschränkten Wettbewerbs" verwendet und das Abkommen Schweiz-EU da-

rauf 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 der "wirksame Wettbewerb" verwendet. Sind Sektorenauftraggeber bei ihren Tätigkeiten dem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt, kann der Bundesrat Beschaffungen in diesem Markt ganz oder teilweise von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht befreien (sogenanntes "Ausklinkverfahren"). Das Ausklinkverfahren bei wirksamem Wettbewerb stand bisher nur für Auftraggeber nach Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe c^{bis} IVöB bzw. Artikel 2*a* VöB, die dem Geltungsbereich des Abkommens Schweiz-EU unterstellt sind, 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 herrscht. Dem InöB stehen Vorschlags- und Konsultationsrechte gegenüber dem Bundesrat zu. Schon nach geltendem Recht von der Unterstellung befreite Sektorenmärkte und darin tätige Auftraggeber bleiben befreit, ohne dass es eines neuen Ausklinkverfahrens bedarf.

Die Anforderungen an die Ausklinkung sind für staatliche Behörden und öffentliche Sektorenunternehmen gemäss Annex 3 Anhang I (Schweiz) zum GPA 2012 auf der einen und für Auftraggeber nach Artikel 3 des Abkommens Schweiz-EU auf der anderen Seite je gleich auszugestalten.

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

Im Rahmen der Umfrage vom Sommer 2019 haben 25 Kantone sowie der SSV, BIC (Kantone FR und VD) die gegenüber dem ursprünglichen Text gewählte Neuformulierung begrüsst, denn dadurch kann die einheitliche Ausklinkung schweizweit sichergestellt werden.

Abs. 1

Ob wirksamer Wettbewerb besteht oder nicht, ist anhand von indikativen Kriterien zu entscheiden, die der Ausschuss der WTO für das öffentliche Beschaffungswesen in Anwendung von Artikel XIX Absatz 8 Buchstabe b GPA 2012 festlegt.

Abs. 2

Wird auf Antrag eines Auftraggebers oder des InöB ein Tätigkeitsbereich nach Artikel 4 Absatz 2 durch Verordnung des Bundesrates von der Unterstellung unter das BöB befreit, so gilt diese Befreiung auch für Beschaffungen, die dieser Vereinbarung unterstellt sind. Zudem gilt diese Befreiung auch für die anderen im entsprechenden Bereich tätigen Auftraggeber, selbst wenn sich diese Auftraggeber nicht am Verfahren beteiligt haben (*"erga omnes"* Wirkung). Der Bundesrat konsultiert vor seinem Entscheid die Wettbewerbskommission, das InöB und die betroffenen Wirtschaftskreise.

2. Abschnitt: Objektiver Geltungsbereich

Der Begriff des "öffentlichen Auftrags" (Art. 8) definiert den objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts. Während das GPA 1994 den Begriff nicht umschrieb, sondern voraussetzte, findet sich in Artikel II Absatz 2 GPA 2012 der Versuch einer Begriffsbestimmung. Danach ist das Übereinkommen anwendbar auf öffentliche Beschaffungen (i) von Waren, Dienstleistungen (inklusive Bauleistungen) 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) soweit ihr Wert den Schwellenwert nach den Länderanhängen erreicht.

Vom schweizerischen Binnenrecht werden auch Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs erfasst. Der Vereinbarung unterstellt sind damit beispielsweise auch Dienstleistungen und Bauleistungen, die nicht in den für die Schweiz massgeblichen Positivlisten im GPA 2012 aufgeführt sind, sowie sämtliche Beschaffungen (Lieferungen, 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 Fristen flexibler. Zudem sind ausländische Anbieter zu Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nur dann zugelassen, wenn ihr Sitzstaat Gegenrecht 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.

Art. 8 Öffentlicher Auftrag

Im Binnenrecht (IVöB und VRöB sowie BöB und VöB) 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 mit der vorliegenden Definition sowohl auf Stufe Bund als auch Kantone beseitigt werden soll.

Abs. 1

Der vergaberechtliche Begriff des öffentlichen Auftrags ist nicht deckungsgleich mit demjenigen des "Auftrags" im Obligationenrecht. Ein öffentlicher Auftrag ist ein Geschäft, mit dem sich ein der Vereinbarung unterstellter Auftraggeber gegen Bezahlung die Leistungen beschafft, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Die beschaffte Leistung muss es dem Auftraggeber ermöglichen oder erleichtern, eine ihm zugewiesene öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Auftraggeber im Sinn dieser Vereinbarung sind Verwaltungseinheiten, Behörden sowie Unternehmen, die eine Leistung beschaffen, eine bestimmte öffentliche Aufgabe übertragen oder gewisse Konzessionen verleihen (vgl. Art. 4 und 9).

Erstes Begriffselement ist die *Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe*. Öffentliche Aufgaben sind all jene Aufgaben, die der Staat aufgrund eines Rechtssatzes wahrzunehmen 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[25].

Nur *entgeltliche Verträge* unterstehen der Vereinbarung. Allerdings 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. Immer muss indessen ein *Austauschverhältnis* (Synallagma) vorliegen, in welchem der Auftraggeber als Abnehmer der Leistung auftritt. Einseitige Verträge wie Schenkungen oder unvollkommen zweiseitige Verträge wie eine Gebrauchsleihe stellen keine öffentlichen Aufträge dar. Nicht erforderlich ist hingegen, dass Leistung und Gegenleistung direkt zwischen den gleichen Parteien ausgetauscht werden. Denkbar ist es

[25] Statt vieler: BGer-Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012.

sowohl, dass Dritte (und nicht der Auftraggeber) Empfänger der Leistung sind, als auch der umgekehrte Fall, dass das Entgelt des Anbieters nicht vom Auftraggeber, sondern von Dritten bezahlt wird.

Schliesslich kann nur dann von einem öffentlichen Auftrag gesprochen werden, wenn der Anbieter die charakteristische Leistung erbringt. Charakteristisch ist immer diejenige Leistung, die (mit Geld oder geldwerten Vorteilen) entgolten wird. Nicht erforderlich ist, dass der Auftraggeber die so beschaffte charakteristische Leistung auch selber nutzt. Die Nutzung durch Dritte (Begünstigte der staatlichen Aufgabe) ändert nichts an der Qualifikation als öffentlicher Auftrag.

Abs. 2

Öffentliche Aufträge nach dieser Vereinbarung dienen der Beschaffung von Bauleistungen, Lieferungen (Waren) und Dienstleistungen. Diese Gliederung, die auf die Verpflichtungslisten der Schweiz nach den internationalen Beschaffungsübereinkommen zurückgeht, wird bereits in der geltenden IVöB (Art. 6) und in den VRöB (§ 3 und 4) sowie im BöB verwendet.

Bei den Bauleistungen unterscheidet das kantonale Recht – im Gegensatz zum Bundesrecht – schon bisher zwischen Aufträgen des Bauhaupt- und des Baunebengewerbes. Für letztere gelten weiterhin tiefere Schwellenwerte (vgl. Anhang 2). Unter das Bauhauptgewerbe fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Es betrifft namentlich folgende Auftragsarten: Hoch- und Tiefbau, Strassenbau (inkl. Belagseinbau), Aushub-, Bagger- und Traxarbeiten, Abbrucharbeiten sowie Spezialtiefbau (Pfählungen, Baugrubensicherungen, Ankerarbeiten usw.). Zum Bauhauptgewerbe können aber auch Zimmerei- oder Metallbauarbeiten gehören, sofern sie als Tragkonstruktion eines Gebäudes dienen. Alle übrigen Arbeiten fallen unter das Baunebengewerbe, so zum Beispiel Maler-, Gipser-, Dachdecker-, Plattenleger-, Gärtner-, Schreiner-, Heizungs-, Klima-, Lüftungs-, Spenglerei-, Sanitär- oder Elektroinstallationsarbeiten, da diese nicht der Tragkonstruktion eines Bauwerks dienen.

Abs. 3

Unter gemischten Aufträgen sind öffentliche Aufträge zu verstehen, die sich aus verschiedenen Leistungen (Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen) zusammensetzen. Dies ist zum Beispiel bei IT-Projektverträgen regelmässig der Fall. Werden in einem Auftrag Bau- und Dienstleistungen kombiniert, wie dies bei Total- oder Generalunternehmerverträgen vorkommt, ist der gesamte öffentliche Auftrag als Bauleistung zu qualifizieren. Die Zuordnung gemischter Aufträge ist für die Bestimmung des Schwellenwerts (vgl. Art. 16) relevant. Entsprechend der von der Rechtsprechung entwickelten Schwergewichtstheorie soll sich auch bei einem gemischten Auftrag die vergaberechtliche Natur des Gesamtgeschäfts nach den in finanzieller Hinsicht überwiegenden Leistungsteilen richten. Als Pendant zum Zerstückelungsverbot in Artikel 15 Absatz 2 wird hier ein Misch- und Bündelungsverbot statuiert. So ist es beispielsweise nicht zulässig, im Schatten der nach Artikel 10 vom Beschaffungsrecht ausgenommenen Tatbestände weitere – unterstellte – Dienstleistungen und Lieferungen zu beschaffen, wenn dadurch die Vereinbarung umgangen wird. Eine rechtswidrige Absicht des Auftraggebers wird nicht vorausgesetzt. Umgekehrt führt eine – sachlich begründete – Bündelung von Leistungen, die teilweise unterstellt und teilweise nicht unterstellt sind, nicht zur "Infektion" der gesamten Beschaffung, wenn der überwiegende Teil der Leistungen vom Beschaffungsrecht ausgenommen ist.

Art. 9 Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen

Im Gegensatz zu den "Baukonzessionen" – die namentlich in der EU und den EFTA-Staaten (ausser der Schweiz) sowie Korea unterstellt sind – werden sogenannte "Dienstleistungskonzessionen" weder vom GPA 1994 noch vom GPA 2012 erfasst. Nach der Legaldefinition in der Richtlinie 2014/23/EU[26] ist eine Baukonzession ein entgeltlicher schriftlich geschlossener Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Als Beispiel mag der Bau und Betrieb von Tunnels oder Autobahnabschnitten durch private Anbieter dienen.

Entsprechend bezeichnet der Begriff der Dienstleistungskonzession einen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht[27]. Diese Dienstleistung kann zum Beispiel die Entsorgung bestimmter Abfälle oder den Betrieb eines öffentlichen Parkhauses beinhalten.

Es besteht somit im Licht der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz keine Pflicht, die Vergabe von Konzessionen generell zu unterstellen. Falls die Schweiz eines Tages Baukonzessionen einführen sollte, müsste die Vergabe gegenüber den oben genannten Staaten sowie gewissen Partnern von Freihandelsabkommen Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung bilden (vgl. Annex 6 des Anhangs I [Schweiz] zum GPA 2012). Dienstleistungskonzessionen finden sich in der Schweiz bereits heute, auch wenn sich dieser Begriff nicht eingebürgert hat.

Die Konzessionen des schweizerischen Verwaltungsrechts sind vielgestaltig – *die* Konzession gibt es nicht. Die Unterstellung unter das Beschaffungsrecht erfolgt – wie bereits nach Artikel 8 – immer dann, wenn die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe infrage steht. Der Begriff wird im Vereinbarungsentwurf in dem Sinn verwendet, dass ein privater Anbieter mit der Verleihung Rechte erhält, die ihm vorher nicht zustanden. Konzessionen, die nicht im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben stehen (z. B. Sondernutzungskonzessionen) oder die dem Bewerber kein Alleinstellungsmerkmal vermitteln, werden nicht erfasst. Für Kantone und Gemeinden gilt zwar eine Ausschreibepflicht nach dem Wortlaut von Artikel 2 Absatz 7 BGBM. Bei Monopolkonzessionen und Konzessionen öffentlicher Dienste bietet das Beschaffungsrecht mit seinem Fokus auf Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit jedoch nicht in allen Fällen den passenden Rahmen für die Konzessionsvergabe. Spezialgesetzliche Regeln gehen vor (z. B. Art. 3*a* und Art. 5 Abs. 1 StromVG; Art. 60 Abs. 3bis und Art. 62 Abs. 2bis WRG; auch kantonale Erlasse können als spezialgesetzliche Regelungen gelten; vgl. Seite 36).

So kennt zum Beispiel auch Artikel 6 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957[28] für die Infrastrukturkonzessionen keine Ausschreibungspflicht. Auch das Personenbeförderungsgesetz vom 20. März 2009[29] (PBG) kennt keine allgemeine Ausschreibungspflicht. Auszuschreiben sind hingegen Angebote auf der Strasse (Art. 32 Abs. 1 PBG);

[26] Art. 5 Abs. 1 Bst. a Richtlinie 2014/23/EU.
[27] Art. 5 Abs. 1 Bst. b Richtlinie 2014/23/EU.
[28] SR **742.101**
[29] SR **745.1**

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 bilden Teil ein- und derselben Verfügung (Art. 32*b* PBG).

Der Staat hat infolge beschränkter Ressourcen und Besinnung auf seine Kernkompetenzen öffentliche Aufgaben in verschiedenen Bereichen und auf allen Stufen (Bund, Kantone und Gemeinden) an private Anbieter ausgelagert. Aus der Sicht des Finanzhaushaltrechts und des diskriminierungsfreien Marktzutritts kann es keinen Unterschied machen, ob der Staat eine Leistung einkauft oder ihre Erfüllung unter Auslagerung des Betriebsrisikos einem Dritten überlässt. Beide Male ist sicherzustellen, dass die Erbringung der Leistung bzw. die Erfüllung der Aufgabe effizient erfolgt und es allen qualifizierten Anbietern offen steht, sich für die Leistungserbringung zu bewerben. Bis anhin existierten keine gesetzlichen Bestimmungen zum Verfahren für die Übertragung von öffentlichen Aufgaben.

Der Verweis auf "öffentliche Aufgaben" erfasst alle Bereiche, in denen den Staat eine Erfüllungsverantwortung trifft. Als Beispiele mögen Bereiche wie das Polizeiwesen, d. h. der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, sowie die Gesundheits- oder die Sozialpolitik dienen. Ist der Staat etwa von Gesetzes wegen gehalten, für die Entsorgung problematischer Abfälle zu sorgen, so kann er diese Aufgabe Dritten übertragen, sofern eine gesetzliche Grundlage dazu besteht. Eine solche Übertragung erfüllt grundsätzlich alle Begriffsmerkmale eines öffentlichen Auftrags. Lässt der Staat eine Aufgabe gestützt auf eine gesetzliche Grundlage durch Dritte erbringen, dann untersteht die Übertragung dieser staatlichen Aufgabe grundsätzlich dem Geltungsbereich des Beschaffungsrechts. Dies gilt unabhängig davon, ob die Finanzierung direkt durch den Auftraggeber oder aus Mitteln eines Fonds oder einer Versicherung erfolgt. Nach Artikel 9 (letzter Satz) bleiben spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts vorbehalten. Dieser Vorbehalt ist nötig, weil die Anwendung der beschaffungsrechtlichen Bestimmungen nicht für jeden Fall einer Aufgabenübertragung sachgerecht ist. Beispielsweise ist für die Übertragung von Aufgaben im Bereich der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht oder für diejenige von Dienstleistungen mit Monopolcharakter manchmal der Empfänger im spezialgesetzlichen Erlass explizit bestimmt[30]. Ein Wettbewerb findet diesfalls nicht statt.

Die nachträglich eingefügte Ergänzung mit den "spezialgesetzlichen Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts" dient der Klarstellung, dass spezielles Sektorenrecht aller Ebenen dem allgemeinen Beschaffungsrecht vorgeht. Sieht ein Kanton zum Beispiel, in Beachtung von Artikel 2 Absatz 7 BGBM, für die Nutzung des Untergrunds (Abbau von Bodenschätzen, Einlagerung von Material oder Entnahme von Wäre) eine Konzession vor und knüpft das kantonale Recht die Konzessionsgewährung an ein klar geregeltes Verfahren mit durch Rechtssatz definierten Kriterien, dann geht eine solche Regelung Artikel 9 vor.

Im Rahmen der Umfrage vom Sommer 2019 haben 19 Kantone so wie der SGV, SSV und BIC (Kantone FR und VD) die Ergänzung mit "Spezialgesetzlichen Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts" im Sinne der Klarstellung begrüsst.

[30] So z. B. in Art. 2 Abs. 2 der Verordnung vom 18. Dezember 1995 über den Flugsicherungsdienst (VFSD), SR **748.132.1**.

Die Schwellenwerte der Anhänge 1 und 2 gelten bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben und bei der Verleihung von Konzessionen analog. Wie bei anderen öffentlichen Aufträgen ist anhand der charakteristischen Leistung des Anbieters die jeweilige Auftragsart (Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung) zu bestimmen. Gemischte Aufträge sind anhand des Schwergewichts zu unterstellen.

Art. 10 Ausnahmen

Diese Bestimmung sieht einen Katalog von Leistungen vor, die vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausgenommen sind. 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 jeweiligen Übereinkommen.

Die folgende Aufzählung überführt die Ausnahmen von Artikel II Absatz 3 und Artikel III GPA 2012 ins nationale Recht, wobei die Formulierungen der bisher geltenden Artikel 10 IVöB und Artikel 3 BöB nach Möglichkeit beibehalten werden.

Abs. 1

Bst. a: Der Grundsatz, dass die Beschaffung von Leistungen für den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf freigestellt ist, gilt nach Massgabe des revidierten GPA 2012 (Art. II Abs. 2 Bst. a [ii]) für alle Auftraggeber. "Gewerblicher Verkauf oder Wiederverkauf" bedeutet Veräusserung unter Wettbewerbsbedingungen. Kauft beispielsweise ein Verteilnetzbetreiber Strom und liefert er diesen ausschliesslich an freie Endverbraucher, dann ist das Beschaffungsgeschäft freigestellt. Der Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt sorgt dafür, dass der Einkauf zu effizienten Bedingungen erfolgt.

Bst. b: Grundstücke sind Liegenschaften, die in das Grundbuch aufgenommenen selbstständigen und dauernden Rechte (z. B. das selbstständige Baurecht), Miteigentumsanteile an Grundstücken sowie Bergwerke (Art. 655 Abs. 2 des Zivilgesetzbuchs[31] [ZGB]). Bauten sind Gebäude oder Teile davon. Anlagen sind Infrastrukturbauten wie Strassen oder auch Mobilfunkantennen.

Bst. c: Dieser unechte Ausnahmetatbestand bezieht sich auf die Erteilung von Finanzhilfen (vgl. z.B. Art. 7 Abs. 3 Loi sur les subventions [VD], Art. 3 Loi sur les subventions [FR], § 3 Staatsbeitragsgesetz des Kantons Zürich). Diese geldwerten Vorteile dienen einzig der Förderung oder dem Erhalt einer vom Empfänger gewählten Aufgabe und sind vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausgenommen.

Bst. d: Unter diese Ausnahme fallen beispielsweise die Bewirtschaftung von öffentlichen Schulden sowie die Liquiditäts- und Fremdwährungsbewirtschaftung. Ebenfalls nicht der Vereinbarung unterstellt sind die Vermögensbewirtschaftung (und zwar für alle Anlageklassen wie Liquidität, Obligationen, Aktien, Immobilien, Fondsanteile, strukturierte Produkte und Derivate, alternative Anlagen sowie weitere Anlageklassen) sowie die Beschaffung von Dienstleistungen in diesem Zusammenhang. Dies gilt unabhängig davon, wer für die Vermögensbewirtschaftung zuständig ist oder einen entsprechenden Auftrag erteilt. Zu denken ist insbesondere an die Vermögensbewirtschaftung durch Organe der ersten und zweiten Säule.

Bst. e: Dieser Ausnahmetatbestand entspricht dem heutigen Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a IVöB.

---

[31] SR **210**

Beide Räte des eidgenössischen Parlaments haben sich bei der Beratung dieser Bestimmung im BöB einlässlich mit der Frage beschäftigt, ob eine Ausschreibungspflicht auch für Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration gelten soll oder nicht. Die Organisationen selbst sowie der Nationalrat haben sich für eine Befreiung von der Unterstellung ausgesprochen, mit der Begründung, es handle sich gleich wie bei den Wohltätigkeitsorganisationen um Einrichtungen gemeinnütziger Art, die ohne Profit arbeiten und eine Dienstleistung für den sozialen Frieden erbringen würden. Demgegenüber wollte der Ständerat solchen Aufträgen an Organisationen in Beachtung der vorherrschenden kantonalen Lösungen keine Ausnahme zugestehen. Schliesslich hat bei der Differenzbereinigung die Meinung des Nationalrates obsiegt. Zu bedenken ist aber einerseits, dass es sich bei solchen Organisationen nicht nur um wohltätige Institutionen handelt, sondern auch gewinnstrebende Dienstleister im Markt auftreten. Zudem ist zu berücksichtigen, dass ein Wettbewerb über den Preis nicht möglich ist, weil gewisse Leistungen aufgrund von vorgeschriebenen Tarifen entschädigt werden. Im Übrigen sind vor allem die Kantone für den Vollzug arbeitsmarktlicher Massnahmen (AMM) zuständig. Der Entscheid des Parlaments bleibt nicht ohne Folgen für die Kantone, da es sich um einen politisch kontroversen Bereich handelt. Die Kantone haben eine unterschiedliche Praxis bei den AMM. So schreiben bisher die Westschweizer Kantone solche Massnahmen grundsätzlich nicht aus, während mehrere Deutschschweizer Kantone eine Ausschreibungspflicht kennen. Der Bundesrat, der Ständerat und die Kantone hatten sich deshalb dafür ausgesprochen, diese Frage nicht im BöB, sondern in der Spezialgesetzgebung des Bundes (z.B. im Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG[32], Invalidenversicherungsgesetz IVG[33] und Asylgesetz AsylG[34]) in der Form einer "Kann-Bestimmung" zu regeln, um damit der geltenden unterschiedlichen Praxis der Kantone Rechnung tragen zu können Damit hätten Rechtsunsicherheiten und unnötige Interpretationen vermieden werden können. Diesem Vorschlag ist das Parlament bei der Schlussbereinigung jedoch nicht gefolgt.

Das Ergebnis der Umfrage vom Sommer 2019 bei den Kantonen hat gezeigt, dass es sehr schwierig ist, hier eine einheitliche Lösung zu finden. Die einzelnen Kantone bestehen auf ihre unterschiedlich gelebte Praxis und wollen diese beibehalten. Das politische Steuerungsgremium hat deshalb vorgeschlagen, dass diese Ausnahme (gleich wie der Bund) in der IVöB aufgenommen werden soll, die Kantone aber bei dieser Bestimmung die Möglichkeit haben sollen, im Rahmen kantonaler Ausführungsbestimmungen eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht festzulegen (vgl. dazu Art. 63 Abs. 4). Das InöB hat diesem Vorschlag zugestimmt, so dass die Kantone die freie Wahl haben.

Bst. f: Auch in diesem Falle handelt es sich um eine unechte Ausnahme. Stellt ein öffentlicher Auftraggeber Personal ein, handelt es sich nicht um einen öffentlichen Auftrag. Dies gilt auch für Arbeitsverhältnisse, die dem Obligationenrecht unterstehen. Wird aber zum Erbringen der Leistungen Personal im Sinne des Personalverleihs beigezogen, ist dies der Vereinbarung grundsätzlich unterstellt. Da der Personalverleih nicht durch die in Annex 5 von Anhang I des GPA 2012 aufgeführten Dienstleistungskategorien erfasst wird, fällt er zwar nicht in den Staatsvertragsbereich, ist aber nach den Bestimmungen über die Vergabe von Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs zu behandeln.

Bst. g: Für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und der Gemeinden sind die Kantone zuständig, es gilt mithin kantonales Recht. Das Bundesgericht (BGE 142 II 369 ff.) hat einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zwar

[32] SR **837.0**
[33] SR **831.2**
[34] SR **142.31**

geschützt, wonach die Aargauische Pensionskasse dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sei. Dabei prüfte das Bundesgericht im konkreten Fall, ob die Voraussetzungen einer sogenannten Einrichtung des öffentlichen Rechts gemäss GPA 1994 Anhang I Annex 2 und damit Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a IVöB erfüllt waren. Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht die Unterstellung der Aargauischen Pensionskasse unter den subjektiven Geltungsbereich des GPA und liess diese Frage bei der IVöB offen. Es bestätigte jedoch eine Ausschreibungspflicht aufgrund des weitergefassten kantonalen Beschaffungsrechts. Somit war allein das kantonale Recht (§ 5 Abs. 1 Bst. a des kantonalen Submissionsdekrets des Kantons Aargau) massgebend für die Unterstellung der Aargauischen Pensionskasse.

Auch bei dieser vom Bundesparlament beschlossenen Ausnahme fällt die Handhabung der Kantone gemäss Umfrage vom Sommer 2019 unterschiedlich aus. Ein Teil der Kantone wünscht eine vollständige Unterstellung, andere dagegen sprechen sich für eine teilweise Unterstellung (ohne Anlagevermögen) oder für eine umfassende Befreiung aus. Das politische Steuerungsgremium hat deshalb vorgeschlagen, diese Ergänzung zwar aufzunehmen, den Kantonen aber die Möglichkeit der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht im Rahmen kantonaler Ausführungsbestimmungen zu belassen. Das InöB hat diesem Vorschlag zugestimmt (vgl. dazu Art. 63 Abs. 4).

Abs. 2

In dieser Bestimmung werden vier Fälle nicht unterstellter Beschaffungen behandelt: Monopole, Instate-, Inhouse- und Quasi-Inhouse-Beschaffungen.

Bst. a: Nach Ziffer B.2 des Annex 7 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 ist die Beschaffung von Lieferungen und Dienstleistungen ausgenommen, wenn diese nur von einem einzigen Anbieter, der über ein ausschliessliches Recht (Monopol) verfügt, erbracht werden können. Als Beispiel mag die Beschaffung von Trinkwasser dienen.

Bst. b: Die "Instate"-Ausnahme bedeutet, dass die Beschaffung eines Auftraggebers bei einem anderen (unterstellten) Auftraggeber (unabhängig davon, ob von derselben oder einer anderen Staatsebene, d. h. Bund, Kanton oder Gemeinde) nicht öffentlich ausgeschrieben werden muss. Diese Ausnahme ist in Ziffer B.1 des Annexes 7 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 vorgesehen. Das EU-Recht ist in diesem Punkt strenger[35]. Die Ausnahme ist indessen konsequent, da die Beschaffung keinen Wettbewerbsbezug aufweist. Der zweite Satzteil macht deutlich, dass die Ausnahme dort nicht greift, wo ein Anbieter, der gleichzeitig Auftraggeber ist, Leistungen im Wettbewerb mit privaten Dritten erbringt.

Die "Instate"-Ausnahme setzt regelmässig voraus, dass am potenziellen Anbieter keine Privaten beteiligt sind. Keine Rolle spielt hingegen, ob der Auftraggeber, welcher die Leistung erbringen soll, dem Beschaffungsrecht am Ort seines Sitzes oder dem kantonalem Recht unterstellt ist. Voraussetzung für den Wegfall der Ausschreibungspflicht ist, dass der Wettbewerb nicht verfälscht wird. Entsprechend gibt es beispielsweise keinen Freipass für Auftraggeber, generell und ohne Ausschreibung einer Institution des ETH-Bereichs oder kantonalen Universitäten Aufträge für Gutachten oder Produktprüfungen zu erteilen, soweit diese Leistungen durch die Hochschulen (auch) im Wettbewerb mit privaten Anbietern zugunsten von Dritten erbracht werden. Die Beurteilung, ob eine Leistung tatsächlich im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbracht wird, ist im Einzelfall vorzunehmen.

[35] Vgl. Urteil des EuGH vom 19. Dezember 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e.a., Rs. C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817.

Zu "Instate"-Beschaffungen kommt es beispielsweise bei Zusammenarbeitsvorhaben verschiedener öffentlicher Auftraggeber (z. B. in Zweckverbänden), wenn jeder Auftraggeber einen Beitrag zum gemeinsamen Projekt leistet. So hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) erkannt, dass zwei (oder mehrere) öffentliche Auftraggeber ohne Beachtung des Beschaffungsrechts zusammenarbeiten dürfen, solange es sich um eine echte Zusammenarbeit handelt, die Auftraggeber auf diese Weise eine ihnen allen obliegende Gemeinwohlaufgabe erfüllen, kein Privater an der Zusammenarbeit beteiligt ist und diese allein durch Überlegungen und Konditionen geprägt wird, die im öffentlichen Interesse liegen, also keinen kommerziellen Absichten folgen[36].

Bst. c: Eine "Beschaffung" erfolgt dann "Inhouse", wenn die Leistung durch eigene Ressourcen des Auftraggebers erbracht wird, dieser somit auf den Beizug Dritter verzichtet ("Make or Buy"-Entscheid). Derartige Aufträge fallen nicht unter das Beschaffungsrecht. Buchstabe c unterscheidet sich von den Ausnahmen der Buchstaben b und d dadurch, dass die Leistung verwaltungsintern erbracht wird, der Auftraggeber und Leistungserbringer mithin ein- und derselben rechtlichen Einheit zugehören.

Bst. d: Schwieriger waren in der Vergangenheit Leistungen zu beurteilen, die von ausgelagerten, unter öffentlichem Einfluss stehenden Anbietern erbracht wurden ("Quasi-Inhouse"). Für solche Konstellationen hat die Lehre eine Übernahme der vom EuGH entwickelten Kriterien empfohlen. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung ist der "Teckal"-Entscheid[37]. Buchstabe d kodifiziert die wesentlichen Voraussetzungen und Entscheidgründe dieser Praxis, die vom EuGH in einer Reihe von Entscheiden weiterentwickelt wurde. Allerdings erfolgt hier eine autonome, GPA-konforme und nicht notwendigerweise dynamische Kodifikation der Teckal-Praxis. Die weiteren Entwicklungen der EU-Rechtsprechung sind somit für die Auslegung von Buchstabe d nicht bindend, sollen aber nicht vernachlässigt werden.

Hinsichtlich der Kontrollanforderungen wird sich die Praxis an der indikativen Kriterienliste orientieren, die der Beschaffungsausschuss der WTO in Anwendung von Artikel XIX Absatz 8 Buchstabe b GPA 2012 festlegt. Dass ein Anbieter im Wesentlichen für einen (Sektoren-)Auftraggeber tätig ist, kann angenommen werden, wenn er mindestens 80 Prozent der Leistungen in einem bestimmten Markt für diesen Auftraggeber erbringt.

Abs. 3

Diese Regelung entspricht im Wesentlichen dem geltenden Recht (Art. 10 Abs. 2 IVöB, Art. 3 Abs. 2 BöB). Der Wettbewerbsgedanke soll vor übergeordneten Zielen wie dem Schutz des Lebens oder der öffentlichen Sicherheit zurücktreten. In Übereinstimmung mit Artikel III GPA 2012 werden verschiedene Ausnahmetatbestände aufgelistet. Fällt eine Beschaffung unter eine dieser Ausnahmen, findet die Vereinbarung insgesamt keine Anwendung.

Bst. a: Die weitestgehende Ausnahme betrifft (ähnlich wie heute Art. 10 Abs. 2 Bst. a IVöB) die Aufrechterhaltung der inneren und äusseren Sicherheit sowie der öffentlichen Ordnung (vgl. dazu Art. III Abs. 1 GPA 2012). Dies betrifft nicht nur die Beschaffung von Kriegsmaterial, sondern auch von anderen (militärischen oder zivilen) Leistungen, die sicherheitskritisch sind, wie beispielweise die staatliche Kommunikationsinfrastruktur. Entsprechend haben auch die Kantone den Kauf von Waffen und Munition für die kantonalen und kommunalen Polizeikorps nicht öffentlich auszuschreiben. Beschaffungen sind

[36] Vgl. Urteil des EuGH vom 8. Mai 2014, TU Hamburg Harburg, Rs. C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303.
[37] Vgl. Urteil des EuGH vom 18. November 1999, Teckal Srl, Rs. C-107/98, Slg. 1999 I-08121, ECLI:EU:C:1999:562.

nicht nur dann ausgenommen, wenn ihre Ausschreibung die öffentliche Sicherheit gefährden würde, sondern auch dann, wenn die Leistungen als solche sicherheitskritisch sind. Wegen fehlender praktischer Relevanz wird der Schutz der "Sittlichkeit" im Ausnahmetatbestand nicht mehr erwähnt.

Bst. b und c: Neben den polizeilichen Schutzinteressen werden auch der Schutz der Umwelt, der Tier- und Pflanzenwelt sowie private Rechtspositionen (Schutz der Immaterialgüterrechte) erwähnt, die dem Beschaffungsrecht vorgehen. Bei diesen Schutzgütern ist jedes Mal im Sinne der Erforderlichkeit zu klären, ob allenfalls mildere, den Anbieterwettbewerb weniger stark einschränkende Mittel zur Verfügung stehen.

3. Kapitel: Allgemeine Grundsätze

Art. 11 Verfahrensgrundsätze

Artikel 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 sind in verschiedenen Bestimmungen des geltenden Binnenrechts wiedergegeben, unter anderem in Artikel 11 IVöB und Artikel 8 BöB. Mit der Revisionsvorlage werden diese Grundsätze in einer für Bund und Kantone gleichlautenden Bestimmung geregelt. Das Verbot von Kompensationsgeschäften ist auf Leistungen im Staatsvertragsbereich direkt anwendbar; die diesbezügliche Praxis wird durch das GPA 2012 nicht in Frage gestellt.

Jede Beschaffung kann unterschiedliche Anforderungen an das Beschaffungsverfahren stellen. Die Vorlage lässt hinreichend Spielraum, um die Gestaltung des Verfahrens an den spezifischen Beschaffungsgegenstand und an die Verhältnisse auf dem massgeblichen Markt anzupassen. Der Perimeter dieser Gestaltungsfreiheit wird von den Verfahrensgrundsätzen begrenzt. Diese Grundsätze bestimmen und leiten die Entscheide der Auftraggeber in jeder Phase der Ausschreibung.

Die Verfahrensgrundsätze sind untereinander gleichwertig. Die Reihenfolge der Aufzählung bedeutet keine Prioritätsordnung. Vielmehr sind die Grundsätze insgesamt zu beachten. Konflikte sind durch eine Interessenabwägung zu lösen.

Bst. a: Von den allgemeinen Zielen im Zweckartikel sind die Grundsätze des Verfahrens zu unterscheiden. Während Artikel 2 die Ziele und den Zweck des Beschaffungsrechts generell festhält, befasst sich Artikel 11 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 Beschaffungsrechts, sie verursachen auch erhebliche volkswirtschaftliche Kosten. Gemäss einer Medienmitteilung[38] 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 Interessenkonflikten stellt eines der Kernanliegen der GPA-Revision dar. Es wird bereits in der Prä-

[38] Abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-678_de.htm?locale=en#footnote-1 (Stand: 25. Oktober 2016).

ambel des GPA 2012 thematisiert und findet in Artikel IV Absatz 4 GPA 2012 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[39], das am 24. Oktober 2009 für die Schweiz in Kraft trat. Artikel 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. Zu denken ist hier beispielsweise an die aktive und angemessene Bekanntmachung sämtlicher Informationen über ein Vergabeverfahren und die Offenlegung der einzelnen Verfahrensschritte gegenüber den Anbietern, die Wahrnehmung von Anzeigepflichten bei Feststellung von Korruptionshandlungen und anderer strafbarer Handlungen, die aktive Mitwirkung bei der Untersuchung und strafrechtlichen Verfolgung von Korruption sowie Einfrieren, Beschlagnahme, Einziehung und Rückgabe der Erträge aus Straftaten, das Verhängen disziplinarischer Sanktionen und das Umsetzen personalrechtlicher Konsequenzen, die aktive Vertiefung und Verbreitung von Erkenntnissen betreffend die Korruptionsverhütung, die Aus- und Weiterbildung des Personals oder das Verwenden von Verhaltenskodizes und Verhaltensnormen für die korrekte und ordnungsgemässe Wahrnehmung der Aufgaben seitens Auftraggeber.

Die OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung[40] steht für die Schweiz bereits seit dem 30. Juli 2000 in Kraft. Sie verpflichtet dazu, die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr unter Strafe zu stellen. Zudem hat die OECD-Antikorruptionsarbeitsgruppe im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eine Empfehlung zur Korruptionsprävention erlassen, wonach einem Anbieter der Zugang zu öffentlichen Beschaffungsverfahren in der Schweiz verwehrt bleiben soll, wenn er der Korruption im In- oder Ausland überführt wurde. Gestützt darauf ist vorgesehen, dass ein Auftraggeber einen der Korruption überführten Anbieter aus einem Beschaffungsverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder den Zuschlag an diesen widerrufen kann (Art. 44 Abs. 1 Bst. e). In schwerwiegenden Fällen stehen die Sanktionsmöglichkeiten nach Artikel 45 Absatz 1 zur Verfügung.

Bst. c: Das Gebot der Gleichbehandlung von in- und ausländischen Anbietern gilt (unter dem Vorbehalt von Art. 6 Abs. 3 des Abkommens Schweiz-EU) nur im Staatsvertragsbereich. Zum einen sind ausländische Anbieter gleich zu behandeln wie inländische (und umgekehrt), zum andern muss auch die Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Anbieter unter sich gewährleistet sein. Der Grundsatz der Inländerbehandlung schliesst eine Vergabe aufgrund protektionistischer Motive aus. In der Regel ist es z. B. nicht zulässig, die Herkunft eines gewissen Produkts oder die Tatsache, dass der Sitz eines Anbieters in der Nähe liegt oder ein Anbieter eine gewisse wirtschaftliche und fiskalische Bedeutung für eine Region hat, beim Zuschlag zu berücksichtigen. Das Gleichbehandlungsgebot geht über die Gleichstellung inländischer und ausländischer Anbieter sowie die Vermeidung von Protektionismus hinaus. So ist z. B. auch zu vermeiden, dass ein Anbieter einen Informationsvorsprung gegenüber den andern erlangt; lässt sich dies nicht vermeiden, ist der Informationsvorsprung möglichst auszugleichen (Art. 14 Abs. 1).

---

[39] Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 31. Oktober 2003 gegen Korruption, SR **0.311.56**.

[40] Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, SR **0.311.21**.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist etwa auch dann verletzt, wenn ein Auftraggeber einzig einem Anbieter die Gelegenheit bietet, sein Angebot anzupassen

Bst. d: "Abgebotsrunden" sind Verhandlungen mit dem einzigen Zweck, den Angebotspreis zu senken. Der Verzicht auf Preisverhandlungen entspricht auch einer anlässlich der Vernehmlassung vielfach von Wirtschaftsverbänden geäusserten Forderung. Das Bundesrecht liess solche Preisverhandlungen bisher ohne Einschränkung zu (Art. 26 VöB). Nach interkantonalem Recht gilt hingegen bereits heute ein Verbot der Abgebotsrunden (Art. 11 IVöB). Dieses Verbot ist unter anderem durch die Befürchtung motiviert, dass Anbieter im Hinblick auf Preisverhandlungen Margen in ihre Angebote einbauen, die sie später wieder preisgeben. Um solche Vorgehensweisen zu verhindern und maximale Transparenz zu sichern, sieht auch die vorliegende Vorlage von Abgebotsrunden ab. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Preisanpassungen schlechthin ausgeschlossen sind. So kann es im Rahmen der Angebotsbereinigung (Art. 39) oder bei speziellen Verfahren wie dem Dialog (Art. 24) vorkommen, dass der Leistungsgegenstand untergeordnete Modifikationen erfährt. In solchen Fällen ist in der Regel auch eine neue Preisofferte angezeigt, um dem Wirtschaftlichkeitsgebot Nachachtung zu verschaffen. Zudem können Preisanpassungen bei den Verhandlungen einer Offerte im freihändigen Verfahren (Art. 21 Abs. 1) oder im Rahmen einer elektronischen Auktion (Art. 23) erfolgen.

Bst. e: Anbieter 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. Zudem besteht die Gefahr, dass sich Anbieter nicht mehr an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, wenn sie befürchten müssen, dass ihre Angebote Dritten (wie Konkurrenzunternehmen oder Medienschaffenden) zugänglich sein könnten. Daher schützt die Vertraulichkeit nicht nur private Interessen der Anbieter, sondern auch die Funktionsfähigkeit des Beschaffungsverfahrens. Vorbehalten bleiben die zahlreichen positivrechtlichen Publikationspflichten, die mit der Vorankündigung der öffentlichen Ausschreibung beginnen und auch den Zuschlag und den Abbruch miteinschliessen (Art. 48 Abs. 1). Zudem erstellen die Auftraggeber umfangreiche Statistiken, in denen sie über ihre Beschaffungen Rechenschaft abgeben (Art. 50).

Art. 12 Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts

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 in Bezug auf den Lohn für einen funktionierenden Wettbewerb unverzichtbar sind. Im Inland sind insbesondere die zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts sowie die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964[41] (ArG) und seiner Ausführungsverordnungen sowie das Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995[42] (GlG) zu befolgen. 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

[41] SR **822.11**
[42] SR **151.1**

Verletzung der massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und die ungleiche Behandlung zwischen Frau und Mann in Bezug auf den Lohn können zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen.

Abs. 1

Absatz 1 statuiert eine besondere Form der Inländerbehandlung, indem für alle in der Schweiz zu erbringenden Leistungen die schweizerischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen zu respektieren sind. Ausländische Anbieter werden damit gleich wie ihre inländischen Konkurrenten behandelt. Während somit ausländische Anbieter, welche eine Leistung in der Schweiz erbringen, immer die am Leistungsort geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen respektieren müssen, werden die Anbieter mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz wie bisher diejenigen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten müssen, die an ihrem Sitz- oder Niederlassungsort Geltung haben (Herkunftsortsprinzip gemäss BGBM). Auf diese Weise wird der administrative Aufwand für schweizweit tätige Anbieter verringert, indem sie nicht je nach Auftragsort unterschiedliche Arbeitsbedingungen anwenden müssen.

Im Rahmen der Differenzbereinigung hat sich das Bundesparlament entgegen der Vorlage des Bundesrates generell für das Leistungsortsprinzip entschieden und ist damit von einer harmonisierten Lösung mit den Kantonen abgekommen. Anders als beim Bund hat für die Kantone weiterhin der Grundsatz des Herkunftsorts gemäss BGBM Geltung. Eine Harmonisierung im Sinne einer Angleichung an den Bund wäre folglich in diesem Punkt nur möglich gewesen, wenn gleichzeitig das BGBM angepasst worden wäre. Das Bundesparlament hat aber auf eine solche Anpassung verzichtet.

Im Rahmen der Umfrage vom Sommer 2019 haben einzelne Kantone sowie BIC (Kantone FR und VD) beantragt, dass anstelle des Herkunftsortsprinzip neu das Leistungsortsprinzip gelten soll. Das InöB hat diesen Vorschlag eingehend diskutiert. Es wurde beschlossen, ein Gutachten bei der WEKO einzuholen. Gemäss diesem Gutachten geht das BGBM grundsätzlich vom sogenannten Herkunftsortsprinzip aus, indem es auf der Vermutung der Gleichwertigkeit unterschiedlicher Arbeitsbedingungen basiert. Dieses Herkunftsortsprinzip gilt allerdings nicht absolut. Das Prinzip kann im Einzelfall zugunsten des Leistungsortsprinzips eingeschränkt werden. Dies aber nur, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies zwingend erfordern und der Schutz dieser Interessen nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts gewährleistet ist (Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM)[43].

Abs. 2

Das Leistungsortsprinzip gilt ohne Einschränkung, wenn eine Leistung im Ausland erbracht wird. 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 der Kantone und des Bundes, bei internationalen Vergaben die Einhaltung der ILO als Mindeststandard zu verlangen. Sofern das Recht am Leistungsort strenger ist, ist dieses zu beachten.

[43] Gutachten der WEKO vom 21. Oktober 2019 betreffend Zulässigkeit des Leistungsortsprinzips für Arbeitsbedingungen im kantonalen Beschaffungsrecht.

Kernübereinkommen der ILO sind:

– Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930[44] über Zwangs- oder Pflichtarbeit
– Übereinkommen Nr. 87 vom 9. Juli 1948[45] über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes
– Übereinkommen Nr. 98 vom 1. Juli 1949[46] über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen
– Übereinkommen Nr. 100 vom 29. Juni 951[47] über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit
– Übereinkommen Nr. 105 vom 25. Juni 1957[48] über die Abschaffung der Zwangsarbeit
– Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958[49] über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf
– Übereinkommen Nr. 138 vom 26. Juni 1973[50] über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung
– Übereinkommen Nr. 182 vom 17. Juni 1999[51] über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit

Die acht Kernübereinkommen sind in Anhang 3 der Vorlage aufgelistet. Eine grosse Mehrheit der 185 ILO-Vertragsstaaten, inklusive der Schweiz, hat sämtliche ILO-Kernübereinkommen ratifiziert. Weiter sind gemäss der ILO-Erklärung von 1998 über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit[52] 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.

In Bezug auf die Anbieter aus EU-/EFTA-Staaten gilt das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten anderseits über die Freizügigkeit (FZA)[53]. Es nimmt auf die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen[54] Bezug.

Artikel 2 des Entsendegesetzes (EntsG) vom 8. Oktober 1999[55] schreibt vor, dass die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360*a* OR in den folgenden Bereichen vorgeschrieben sind:

– minimale Entlöhnung inklusive Zuschläge;
– Arbeits- und Ruhezeit;

---

[44] SR **0.822.713.9**
[45] SR **0.822.719.7**
[46] SR **0.822.719.9**
[47] SR **0.822.720.0**
[48] SR **0.822.720.5**
[49] SR **0.822.721.1**
[50] SR **0.822.723.8**
[51] SR **0.822.728.2**
[52] BBl **2000** 398
[53] Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR **0.142.112.681**.
[54] Richtlinie 96/71/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996, ABl. L 18, vom 21. Januar 1997, S. 1 in der zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens geltenden Fassung.
[55] SR **823.20**

– Mindestdauer der Ferien;
– Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz;
– Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;
– Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn.

Das eidgenössische Parlament hat im Rahmen der Beratungen beschlossen, dass der Auftraggeber neben den erwähnten Kernübereinkommen auch die Einhaltung weiterer wesentlicher internationaler Arbeitsstandards fordern und entsprechende Nachweise verlangen sowie Kontrollen vereinbaren kann. Aus Sicht der Kantone ist die entsprechende Ergänzung als Instrument zur Förderung gleich langer Spiesse für in- und ausländische Anbieter sachgerecht.

In der Umfrage vom Sommer 2019 begrüsst eine grosse Mehrheit der Kantone die vom Bundesparlament vorgenommene Anpassung. Entsprechend hat das InöB diese angenommen und verabschiedet.

Abs. 3

Im Rahmen der Debatten wurde im Nationalrat die Einführung eines zusätzlichen Artikels 12a BöB beantragt, der unter anderem verlangte, dass der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieter vergeben dürfe, welche mindestens die am Ort der Leistung geltenden rechtlichen Vorschriften zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen einhalten würden. Aufgrund der divergierenden Meinungsäusserungen zu diesem Artikel wurde schliesslich die Redaktionskommission des Parlaments beauftragt, Artikel 12a BöB im bestehenden Artikel 12 BöB zu integrieren. Dabei wurde nicht gesagt, wie diese Integration genau erfolgen sollte. Die nun vorliegende Bestimmung von Absatz 3 ist das Ergebnis der Schlussbereinigungen des Bundesparlaments. Somit konnte der vorgeschlagene Artikel 12a BöB wieder gestrichen werden. Aus Gründen der Harmonisierung übernehmen die Kantone aufgrund der Umfrage im Sommer 2019 diese neu formulierte Bestimmung, obwohl eine solche Regelung sich im Lichte des GPA 2012 als problematisch erweisen könnte. Die Praxis und die Rechtsprechung werden Aufschluss geben müssen, wie es sich damit verhält. Die von der Schweiz eingegangenen und somit zu beachtenden internationalen Verpflichtungen zum Schutze der Umwelt sind in Anhang 4 aufgeführt.

In der Umfrage vom Sommer 2019 begrüsst eine grosse Mehrheit der Kantone die vom Bundesparlament vorgenommene Anpassung. Entsprechend hat das InöB diese angenommen und verabschiedet.

Abs. 4

Die Schutzbestimmungen nach den Absätzen 1 bis 3 sind auch von allen Subunternehmern einzuhalten und in die Vereinbarungen zwischen den Anbietern und Subunternehmern aufzunehmen. Zulieferer von Grundstoffen, Vermieter der Produktionsstätten, Anbieter allgemeiner Serviceleistungen für den Geschäftsbetrieb u. a. m., die keinen relevanten Beitrag zur Auftragserfüllung leisten, sind keine Subunternehmer. Die Kontrollen nach Absatz 4 können über die Anbieter oder direkt bei den Subunternehmern erfolgen. Im Baugewerbe trägt der Erstunternehmer nach Artikel 5 EntsG eine subsidiäre solidarische Haftung für seine Subunternehmer. Dies gilt nicht nur bei entsandten Arbeitnehmern (Art. 1 Abs. 2 EntsG).

Abs. 5

Der Auftraggeber kann die Einhaltung der Anforderungen entweder selber kontrollieren oder durch geeignete Dritte (vgl. Erläuterungen zu Abs. 6) kontrollieren lassen. Auf Verlangen haben Anbieter nachzuweisen, dass sie und ihre Subunternehmer die massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn einhalten. Alternativ kann der Auftraggeber auch auf anerkannte Zertifizierungssysteme oder Berufsregister zurückgreifen. Als Beispiel sei das Berufsregister für die Branchen Maler und Gipser, Gerüstbau, Decken- und Innenausbau sowie Plattenleger hingewiesen: Dieses stellt Anbietern auf ihr Gesuch hin Bestätigungen hinsichtlich ihrer Konformität mit den Gesamtarbeitsverträgen zu Handen der Beschaffungsstellen aus.

Absatz 5 umfasst auch die Einhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten gemäss dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005[56] gegen die Schwarzarbeit (BGSA), insbesondere im Bereich des Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellensteuerrechts. Dies ist notwendig, weil die Schwarzarbeit neu einen Tatbestand für den Ausschluss, das Streichen aus einem Verzeichnis und den Widerruf (Art. 44 Abs. 2 Bst. g) sowie für Sanktionen (Art. 45 Abs. 1) darstellt. Folglich muss der Auftraggeber die Einhaltung dieser Pflichten kontrollieren lassen können.

Die Sicherstellung und die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen können während des Beschaffungsverfahrens sowie nach Vertragsschluss stattfinden. Letzteres ist besonders angezeigt im Fall von wechselnden Lieferketten wie z. B. in der Textilindustrie. Durch geeignete Abreden in den Beschaffungsverträgen, insbesondere durch Konventionalstrafen, wird die Möglichkeit geschaffen, abweichendes Verhalten zu sanktionieren.

Abs. 6

Der Informationsaustausch zwischen dem Auftraggeber und den diversen Kontrollorganen des Arbeitsmarkts sowie den spezialgesetzlichen Behörden wird in Absatz 6 geregelt. Damit der Auftraggeber die in Artikel 45 vorgesehenen Sanktionen anwenden kann, muss er mit den zuständigen Organen 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 Artikel 4 BGSA,
– Behörden nach Artikel 11 BGSA, insbesondere in den Bereichen Sozialversicherungs-, Quellensteuer- und Ausländerrecht,
– Paritätische Vollzugsorgane im Sinn von Artikel 3 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen[57],
– Tripartite Kommissionen im Sinn von Artikel 360*b* OR,
– Kantonale Vollzugsbehörden im Sinn von Artikel 41 ArG,
– Durchführungsorgane im Sinn von Artikel 85 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981[58] über die Unfallversicherung (UVG) sowie
– Gleichstellungsbüros.

[56] SR **822.41**
[57] SR **221.215.311**
[58] SR **832.20**

Art. 13 Ausstand

Abs. 1

Anbieter haben Anspruch auf die Beurteilung ihrer Angebote durch eine unabhängige Instanz. Die Ausstandsregeln des allgemeinen Verfahrensrechts gelten auch für die Auftraggeber im öffentlichen Beschaffungswesen. Gleichzeitig ist zu verhindern, dass die Anforderungen überspannt werden. Die Praxis zur Unabhängigkeit des verfassungsmässigen Richters kann nicht ohne Weiteres auf den Beschaffungsvorgang übertragen werden. So lassen sich etwa personelle Wechsel zwischen Anbietern und Auftraggebern nicht ausschliessen. Die Unabhängigkeit ist nicht abstrakt, sondern immer vor dem Hintergrund der Aufgaben und Funktionen des Beschaffungsrechts zu beurteilen.

Das Zusammentreffen verschiedener Umstände, die für sich allein genommen keinen genügenden Intensitätsgrad für eine Ausstandspflicht aufweisen, kann 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. Ausstandsbegründende Umstände liegen umso eher vor, je intensiver und aktueller die Beziehungsnähe ist. Kontakte von Vertretern des Auftraggebers zu Lieferanten im Rahmen bestehender Vertragsbeziehungen oder bei einer Marktabklärung im Vorfeld einer Beschaffung erreichen diese Intensität in aller Regel nicht.

Ein blosser Anschein der Befangenheit ist nicht ausreichend, sondern die Befangenheit muss sich konkret auf den Beschaffungsvorgang auswirken. Ist es beispielsweise erstellt, dass ein befangener Mitarbeiter bei der Evaluation der Angebote freiwillig in den Ausstand trat, oder ist sein Beitrag im Rahmen des Beschaffungsvorgangs nicht kausal für den Zuschlagsentscheid, wäre eine Wiederholung des gesamten Verfahrens unverhältnismässig und mit den Zielen des Beschaffungsrechts nicht vereinbar.

Die vom eidgenössischen Parlament eingebrachten Änderung, wonach anders als in der Vorlage des Bundesrates bei Absatz 1 Buchstabe a nicht mehr nur ein *unmittelbares,* sondern jedes persönliche Interesse an einem Auftrag ausstandsbegründend ist, haben die Kantone übernommen. Sie ist sachgerecht. Eine Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren persönlichen Interessen wäre auch in der Praxis kaum scharf zu treffen und wäre entsprechend nicht handhabbar.

Abs. 2 und 3

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

Abs. 4

Diese Bestimmung wurde ursprünglich im Bundesparlament vorgeschlagen, aber schliesslich nicht angenommen. Für die Kantone macht sie aufgrund der bisherigen prak-

tischen Erfahrungen Sinn, denn sie schafft Transparenz für die Spielregeln bei Wettbewerben und Studienaufträgen. Sie entspricht auch den Regelungen nach den SIA-Standards (SIA 142/3).

Im Rahmen der Umfrage vom Sommer 2019 haben mehrere Kantone und BIC (Kantone FR und VD) die Übernahme dieser Ergänzung ebenfalls begrüsst. Auch das politische Steuerungsgremium hat vorgeschlagen, diese Bestimmung zu übernehmen. Dies unter anderem weil es sich um eine Kann-Formulierung handelt (freie Entscheidung des Auftraggebers). Das InöB hat dieser Ergänzung ebenfalls zugestimmt.

Art. 14 Vorbefassung

Abs. 1

Diese Bestimmung entspricht § 8 VRöB. Die Regelung der Vorbefassung findet ihre Grundlage im Gleichbehandlungsgebot sowie im Gebot der Wettbewerbsförderung und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel. Nach der Praxis des Bundesgerichts liegt eine Vorbefassung dann vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Beschaffungsverfahrens mitgewirkt hat, beispielsweise durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren des Auftraggebers über bestimmte technische Spezifikationen der zu beschaffenden Leistungen[59].

Nur eine qualifizierte Vorbefassung kann zum Verbot der Teilnahme am Beschaffungsverfahren führen. Diese Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig ist, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern zwecks Herstellung von Transparenz offengelegt sowie ausgeglichen wird.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtet den Auftraggeber, keinem Anbieter Vorteile einzuräumen, die dessen Konkurrenten nicht erhalten. Wird der durch die Vorbefassung entstandene Wettbewerbsvorteil ausgeglichen, darf der Auftraggeber auf den Ausschluss des vorbefassten Anbieters verzichten. Es liegt im Ermessen des Auftraggebers zu entscheiden, ob er im konkreten Einzelfall hinreichend Zeit und die notwendigen Mittel hat, den durch die Vorbefassung entstandenen Wettbewerbsvorteil auszugleichen. Gleicht der Auftraggeber den Wettbewerbsvorteil eines vorbefassten Anbieters nicht aus, muss dieser vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.

Abs. 2

Eine Vorbefassung einzelner Anbieter lässt sich nicht immer vermeiden. Massgebend ist in diesem Zusammenhang, dass der Auftraggeber die speziellen Kenntnisse des vorbefassten Anbieters auch den anderen Anbietern 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 ein bereits mit den Leistungen befasster Anbieter über einen Informationsvorsprung verfügt. Es widerspräche dem Gleichbehandlungsprinzip, den bisherigen Leistungserbringer generell von periodisch neu auszuschreibenden Leistungen auszuschliessen. Es empfiehlt sich jedoch auch hier, den Informationsvorsprung nach Möglichkeit durch eine Dokumentation der erbrachten Leistungen und der Erfahrungen des bisherigen Anbieters auszugleichen.

[59] Vgl. Urteil des BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005, E. 3.1.

Dem Ausgleich der Informationsasymmetrien kommt somit ebenso grosses Gewicht zu wie deren Vermeidung. Absatz 2 entspricht weitgehend § 8 VRöB und zählt exemplarisch Möglichkeiten auf, wie der Auftraggeber den Wettbewerbsvorteil eines vorbefassten Anbieters ausgleichen kann. Das Transparenzgebot verlangt nicht nur eine Anzeige von Informationsasymmetrien, sondern auch eine Offenlegung aller relevanten Informationen mit dem Ziel, dass sämtliche Anbieter über gleich lange Spiesse verfügen (Bst. a). Die Ausgleichsmassnahme "Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten" (Bst. b) stellt für sich allein noch kein Mittel zum Ausgleich eines Wettbewerbsvorteils dar. Hingegen ist die Verlängerung der Mindestfristen (Bst. c) – für alle Anbieter gleichermassen, also auch für denjenigen mit dem Wettbewerbsvorteil – ein grundsätzlich geeignetes Mittel, um den Informationsrückstand wettzumachen und damit den Wettbewerbsvorteil auszugleichen.

Abs. 3

Eine öffentliche Ausschreibung dient der Beschaffung von Leistungen, nicht der Marktabklärung. Der Auftraggeber 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 durchzuführen oder durch einen unabhängigen Dritten durchführen zu lassen.

Solange die Ergebnisse der Marktabklärung mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt werden, führen Marktabklärungen nicht zur Vorbefassung der im Vorfeld der Ausschreibung kontaktierten Anbieter. Wenn dadurch der Wissensvorsprung des mit der Abklärung betrauten Dritten ausgeglichen werden kann und der Dritte in den Ausschreibungsunterlagen genannt wird, führt dies auch nicht zur Vorbefassung dieses Dritten. Das gilt insbesondere auch für den Fall, dass ansonsten aus objektiven Gründen kein Restwettbewerb besteht. Das eidgenössische Parlament hat den Absatz 3 mit einer Formulierung verstärkt, welche besagt, dass Marktabklärungen transparent gemacht werden müssen. Auch für die Kantone macht diese Ergänzung Sinn.

Art. 15 Bestimmung des Auftragswerts

Die Bestimmung entspricht weitgehend der bisherigen Regelung gemäss Artikel 7 Absatz 1ter IVöB i.V.m. § 2 VRöB. Der Auftragswert ist für die Wahl des zulässigen Verfahrens von Bedeutung. Für die verschiedenen Auftragsarten gelten je verschiedene Schwellenwerte (Art. 16).

Abs. 1

Ob der massgebende Schwellenwert aufgrund der gesicherten oder antizipierten Inhalte und Mengengerüste des Beschaffungsgegenstands erreicht wird oder nicht, beurteilt sich nach einer pflichtgemässen Schätzung des Auftraggebers, die auf eigenen Kenntnissen und spezifischen Marktabklärungen basiert. 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 unter Umständen abzubrechen. Liegen die Angebote umgekehrt unter den Schwellenwerten für das gewählte Verfahren, ist dieses unterschiedslos zu Ende zu führen.

Abs. 2

Bei mehreren gleichartigen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen und insbesondere bei Aufteilungen in Lose bestimmt sich der Auftragswert nach dem kumulierten Gesamtwert, da ein öffentlicher Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt werden darf, die Anwendbarkeit dieser Vereinbarung zu umgehen. Massgebend ist der Bedarfshorizont des

Auftraggebers. Was nach Massgabe des konkreten Bedarfs zusammengehört, ist zusammenzurechnen. Die Qualität und Vollständigkeit der sachgerechten Planung und Erhebung des (Gesamt-)Bedarfs hat der qualifizierten Sorgfaltspflicht einer Fachperson im Bereich des Beschaffungsgegenstands zu genügen. Das sogenannte Zerstückelungsverbot entspricht bereits § 2 Abs. 2 VRöB. Es bildet ein Kernstück des Beschaffungsrechts (Art. II Abs. 6 GPA 2012). Eine unzulässige Aufteilung setzt nicht eine rechtswidrige Absicht des öffentlichen Auftraggebers voraus. Die objektive Folge, dass im Ergebnis die Schwellenwerte unterlaufen werden, ist ausreichend.

Abs. 3

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. Nebst Verlängerungsoptionen sind auch mengenmässige Optionen in die Bestimmung des Auftragswerts einzubeziehen.

Abs. 4

Bei Dauerverträgen ist vorab zu unterscheiden, ob eine bestimmte oder unbestimmte Laufzeit vereinbart wird. 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. Der Auftraggeber soll nur in Ausnahmefällen eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren vereinbaren und hat die Ausnahme zu begründen. Es handelt sich hierbei um eine rein interne 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 abgeschrieben werden, längerfristige Dauerverträge. Ob eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren und die damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkung während dieser Zeit gerechtfertigt erscheinen, gilt es im Einzelfall zu prüfen. Der Leistungsgegenstand muss auf jeden Fall über die gesamte Vertragslaufzeit genügend konkret bestimmt sein.

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.

Abs. 5

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 Anbieter unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden.

Daher empfiehlt sich, die vertraglich geregelten Leistungen nach Ablauf der unbestimmten Laufzeit, spätestens aber auf den Ablaufzeitpunkt hin von 48 Monaten neu zu vergeben. Festzuhalten bleibt, dass die Bestimmung keine Aufforderung zu Stückelung und jährlichen Bestellungen darstellt und Verträge mit unbestimmter Laufzeit aus beschaffungsrechtlicher Sicht nur mit Zurückhaltung geschlossen werden dürfen. Zudem ist der Auftragswert immer anhand des effektiven Bedarfshorizonts pflichtgemäss zu schätzen.

Abs. 6

Gewisse Leistungen werden vom Auftraggeber in gleicher Art und Menge periodisch immer wieder von neuem beschafft. Dies trifft zum Beispiel auf die Lieferung von Kopierpapier, Reinigungsmittel für den Gebäudeunterhalt, Heiz- und Betriebsstoffe, allgemeine Verbrauchsmaterialien für die Verwaltung, Inserate in Medien für die Rekrutierung von Mitarbeitenden zu. Wird für diese Leistungen ein Dauervertrag geschlossen, finden die Bewertungsgrundsätze von Absatz 4 und 5 Anwendung. Erfolgen immer wieder von neuem einzelne Bestellungen (ohne Dauer- oder Rahmenvertrag), ist der Auftragswert nach Absatz 6 zu berechnen.

Während Artikel II Absatz 7 GPA 2012 den Begriff "recurring contracts" bzw. "wiederkehrende Verträge" verwendet, wird hier mit Blick auf das Harmonisierungsziel bewusst der Begriff "wiederkehrend benötigte Leistungen" verwendet. Er erstreckt sich auf alle Leistungen, d. h. auf Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen.

Absatz 6 enthält keine Aufforderung, Dauerverträge mit einem Beschaffungshorizont von mehreren Jahren in jeweils einjährige Kettenverträge aufzugliedern. Vielmehr zwingt Absatz 6 als Minimalanforderung dazu, den Auftragswert periodischer Lieferungen über eine Dauer von einem Jahr zu kumulieren, um dem Splitting in Form von mehreren gleichförmigen Kleinstaufträgen über längere Zeit entgegenzuwirken. Unter dem Gesichtswinkel der Volumenbündelung und des Wettbewerbs (Wirtschaftlichkeit) wird es sich häufig auch in solchen Fällen empfehlen, Dauerverträge nach Massgabe der Absätze 4 und 5 auszuschreiben und abzuschliessen (vgl. auch Erläuterungen zu Art. 25 Rahmenverträge).

4. Kapitel: Vergabeverfahren

Art. 16 Schwellenwerte

Abs. 1 und 2

Die Schwellenwerte gemäss den Anhängen 1 und 2 bestimmen in Abhängigkeit vom Auftragswert die Verfahrensart. Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte erfolgen nicht nach Ermessen des Auftraggebers. Auch das freihändige Verfahren ist regelbasiert und untersteht der Vereinbarung.

Die Schwellenwerte des Staatsvertragsbereichs sind in den Annexen 1, 2 und 3 zum Anhang I (Schweiz) zum GPA 2012, in Artikel 3 Absatz 4 des Abkommens Schweiz-EU sowie in den Anhängen der marktzugangsrelevanten Abkommen mit Drittstaaten enthalten. Während es den Vertragsstaaten erlaubt ist, gegenüber ihren internationalen Verpflichtungen tiefere Schwellenwerte vorzusehen, dürfen sie ihre Schwellenwerte nicht über die staatsvertraglichen Vorgaben hinaus erhöhen.

Da die Schwellenwerte des GPA sowie der Freihandelsabkommen mit Drittstaaten in Sonderziehungsrechten (SZR) und die Schwellenwerte des Abkommens Schweiz-EU in Euro ausgedrückt sind, unterliegen die Werte in Schweizerfranken einer periodischen Anpassung. Massgebend für die Umrechnung ist die entsprechende Entscheidung des WTO-Ausschusses über das öffentliche Beschaffungswesen. Die Schwellenwerte werden periodisch den veränderten Wechselkursen angepasst. Die Anpassung der Schwellenwerte als Folge veränderter Wechselkurse erfolgt unter Federführung des WBF und nach vorgängiger Konsultation der Kantone.

Die völkerrechtlichen Verpflichtungen gelten auch für die Kantone. Werden die Zugeständnisse hinsichtlich der subzentralen Vergabestellen (Kantone und Gemeinden) angepasst bzw. neu verhandelt, so wirken die Kantone an den betreffenden internationalen

Verhandlungen gemäss Artikel 55 BV mit. Ihre Mitwirkung geht deutlich über die Konsultation im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens hinaus.

Abs. 3 und 4

Im Baubereich gilt die sogenannte "Bauwerkregel". Danach sind die geschätzten Auftragswerte eines bestimmten Vorhabens auch dann zusammenzuzählen, wenn sie ohne Verletzung des Zerstückelungsverbots einzeln ausgeschrieben werden könnten. Im Staatsvertragsbereich ist für die Ermittlung des Auftragswerts bei einem Bauwerk daher 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 der einzelnen Leistung entscheidend (wobei hier das Zerstückelungsverbot zu beachten ist, vgl. Abs. 5). Aus Praktikabilitätsgründen findet die Bauwerkregel eine Ausnahme in der sogenannten "Bagatellklausel". 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. Die als Bagatellfälle ausgeschiedenen Einzelaufträge müssen in Bund und Kantonen nach den für deren (Einzel-)Auftragswert massgebenden Schwellenwerten behandelt werden (für die Kantone vgl. hierzu Art. 5 Abs. 2 BGBM und die Schwellenwerte gemäss Anhang 2 E-IVöB).

Aufgrund der Umfrage vom Sommer 2019 haben sich einzelne Kantone dahingehend geäussert, dass die Schwellenwerte im Binnenmarktbereich erhöht werden sollen. Das politische Steuerungsgremium und das InöB haben sich aufgrund verschiedener politischer Überlegungen, unter anderem auch im internationalen Bereich, dagegen ausgesprochen. Sie halten daran fest, dass die heutigen Schwellenwerte mit Ausnahme der Lieferungen (freihändiges Verfahren neu bis CHF 150'000 als Angleichung an die Dienstleistungen) auf dem jetzigen Niveau beibehalten werden sollen.

Art. 17 Verfahrensarten

Wie bis anhin besteht auch künftig eine feste Anzahl zulässiger Verfahren: offenes und selektives Verfahren sowie Einladungs- und freihändiges Verfahren. Neubildungen oder Mischformen sind nicht erlaubt. Dies bedeutet indessen nicht, dass die Verfahrensarten nicht mit auftragsspezifischen Elementen ergänzt werden dürfen. Grenze und Bedingung bildet der Grundsatz, dass jederzeit erkennbar bleiben muss, welches gesetzlich vorgesehene Verfahren zur Anwendung gelangt. Zudem müssen der Gesetzeszweck beachtet und die allgemeinen Verfahrensgrundsätze eingehalten werden.

Der Auftraggeber darf aus hinreichenden Gründen ein höherrangiges Verfahren wählen (d. h. offenes oder selektives Verfahren statt Einladungsverfahren; Einladungsverfahren statt freihändiges Verfahren, soweit der Sachverhalt dies zulässt), auch wenn die Vereinbarung nur eine einfachere Verfahrensform vorsieht. Aus Gründen der Verwaltungsökonomie macht es keinen Sinn, für Bagatellbeschaffungen ein offenes oder selektives Verfahren vorzusehen.

Der Auftraggeber entscheidet zwischen offenem und selektivem Verfahren nach praktischen Gesichtspunkten, insbesondere mit Rücksicht auf die Komplexität der zu beschaffenden Leistungen und auf die Anzahl der zu erwartenden Angebote. Das freihändige Verfahren, bei dem ein Zuschlag direkt und ohne vorgehende Ausschreibung erfolgt, steht nur bei Lieferungen, Dienstleistungen und Baudienstleistungen im Baunebengewerbe unter 150 000 Franken bzw. von Bauleistungen im Bauhauptgewerbe unter 300 000 Franken zur Verfügung. Abweichend vom beschriebenen Grundsatz der Wahl

des Vergabeverfahrens in Abhängigkeit vom Auftragswert sind gewisse Ausnahmen zugelassen, das heisst auch über den für das jeweilige Verfahren anwendbaren Schwellenwert hinaus sind freihändige Verfahren in Ausnahmefällen möglich (Art. 21 Abs. 2).

Art. 18 Offenes Verfahren

Abs. 1 und 2

Beim offenen Verfahren werden Leistungen direkt ausgeschrieben. Es gelten die Schwellenwerte gemäss Anhänge 1 und 2. Eine Vorselektion der Anbieter erfolgt nicht. Sämtliche interessierten Anbieter reichen ihre Angebote direkt beim Auftraggeber ein. Ungeeignete Anbieter können vom Auftraggeber entweder mit einem selbstständig anfechtbaren Entscheid (Art. 53 Abs. 1 Bst. g) oder beim Zuschlagsentscheid vom Verfahren ausgeschlossen werden.

Sowohl das offene als auch das nachstehend beschriebene selektive Verfahren gewähren den vollen Marktzugang.

Art. 19 Selektives Verfahren

Das selektive Verfahren soll einerseits nur bei anspruchsvollen und komplexen Aufträgen Anwendung finden. Anderseits können auch eine zu erwartende grosse Anzahl interessierter Anbieter und volkswirtschaftliche Überlegungen die Durchführung eines selektiven Verfahrens rechtfertigen. Die Schwellenwerte zum selektiven Verfahren finden sich in den Anhängen 1 und 2.

Abs. 1

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

Abs. 2 und 3

Der Auftraggeber prüft in einem ersten Schritt die Eignung der Anbieter, die einen Antrag auf Teilnahme am Verfahren gestellt haben. Während die Wahl der zugelassenen Anbieter beim Einladungsverfahren im Ermessen des Auftraggebers liegt, wird beim selektiven Verfahren die Zahl der Bewerber in einer strukturierten Eignungsprüfung reduziert. Die Eignungsprüfung kann aus Gründen der Verfahrensökonomie und der Sicherstellung eines genügend breiten Wettbewerbs im Offertverfahren nach der Präqualifikation auch bereits gewisse zwingend notwendige Mindestanforderungen an den Auftragsgegenstand (technische Spezifikationen) beinhalten. Der Eignungsentscheid (Präqualifikation) ist selbstständig anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 Bst. b). Nur präqualifizierte Anbieter 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 der Auftraggeber einer doppelten Pflicht. Einerseits muss die Notwendigkeit der Begrenzung der Anbieterzahl sachlich begründet sein. Anderseits sind bereits bei der Ausschreibung die Absicht, die Anzahl der Anbieter zu begrenzen, sowie die maximal zugelassene Anbieterzahl bekanntzugeben.

Art. 20 Einladungsverfahren

Abs. 1

Das Einladungsverfahren ist im Völkerrecht nicht vorgesehen; es findet ausserhalb des Staatsvertragsbereichs unter Beachtung der dort geltenden Schwellenwerte Anwendung.

Das Einladungsverfahren ist damit anwendbar auf die Beschaffung sämtlicher Lieferungen und Dienstleistungen sowie Bauleistungen im Baunebengewerbe ab 150 000 Franken bis unter 250 000 Franken bzw. im Bereich der Bauleistungen im Bauhauptgewerbe ab 300 000 Franken bis unter 500 000 Franken (siehe auch Anhang 2). Im Allgemeinen sind die Regeln des offenen Verfahrens analog zum Einladungsverfahren anwendbar, mit Ausnahme der Regeln für die Veröffentlichung.

Abs. 2

Die Wahl bzw. Beschränkung der zugelassenen Anbieter beim Einladungsverfahren liegt im Ermessen des Auftraggebers. Diese Regelung entspricht dem geltenden Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b^{bis} IVöB. Um einen minimalen Wettbewerb zu garantieren, sollten mindestens drei geeignete Anbieter zur Offertstellung eingeladen werden. Diese Voraussetzung ist in der Praxis erfüllt, wenn nach Möglichkeit wenigstens drei Anbieter angefragt werden. Dies ist nicht gleichbedeutend mit der Anforderung, dass drei Angebote auch tatsächlich eingehen.

Art. 21 Freihändiges Verfahren

Abs. 1

Beim freihändigen Verfahren vergibt der Auftraggeber den Beschaffungsauftrag direkt einem Anbieter. Der Auftraggeber tritt also direkt mit einem Anbieter in Vertragsverhandlungen, ohne vorab eine Ausschreibung oder ein Einladungsverfahren durchzuführen. Entsprechend handelt es sich beim freihändigen Verfahren nicht um ein dem offenen oder selektiven Verfahren gleichwertiges Instrument. Die Grundsätze des Beschaffungsrechts – Wirtschaftlichkeit, Transparenz, Wettbewerb, Gleichbehandlung der Anbieter – sind in abgeschwächter Form zu beachten. Die Möglichkeit, Vergleichsofferten einzuholen und Verhandlungen zu führen, gibt dem Auftraggeber einen Ermessensspielraum.

Abs. 2

Gemäss Anhang 2 ist das freihändige Verfahren bei der Beschaffung von Bauleistungen im Bauhauptgewerbe unter 300 000 Franken und bei Lieferungen, Dienstleistungen sowie Bauleistungen im Baunebengewerbe unter 150 000 Franken stets zulässig. Werden diese Schwellenwerte erreicht oder überschritten, sind freihändige Vergaben nur bei Vorliegen einer der in Absatz 2 genannten Ausnahmen erlaubt.

Absatz 2 überführt die Liste der Ausnahmetatbestände von Artikel XIII Absatz 1 Buchstaben a–h GPA 2012, die eine freihändige Vergabe erlauben, ins nationale Recht. Die Liste entspricht – mit wenigen Modifikationen – dem geltenden Recht (§ 9 VRöB). Die Liste ist abschliessend und Analogieschlüssen nicht zugänglich. Nach ständiger Praxis sind diese Tatbestände aufgrund ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen. Es handelt sich durchwegs um Fälle, in welchen das offene, das selektive Verfahren und das Einladungsverfahren 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 für aus unvorhersehbaren und nicht selbst verschuldeten Gründen dringliche Beschaffungen.

Die Möglichkeit von Vergleichsofferten besteht auch gemäss Absatz 2, wird aber nicht bei allen Tatbeständen relevant. Insbesondere die Voraussetzungen von Absatz 2 Buchstabe c würden einem Anbieterwettbewerb – und damit der Möglichkeit Vergleichsofferten einzuholen – definitionsgemäss entgegenstehen.

Bst. a: Der Auftraggeber darf die Ausschreibungsunterlagen nicht derart ausgestalten, dass er Anbietern verunmöglicht, die Anforderungen zu erfüllen, um danach die Leistungen freihändig zur vergeben. Ein freihändiges Verfahren nach Massgabe von Buchstabe

a setzt voraus, dass die Teilnahmebedingungen und weiteren Anforderungen der Ausschreibung nicht erheblich geändert werden (Art. XIII Abs. 1 Bst. a GPA 2012), d. h. die Anforderungen dürfen gegenüber der Ausschreibung im offenen, selektiven und im Einladungsverfahren nicht gelockert werden. Dieser Tatbestand steht auch dann zur Verfügung, wenn bei einer Aufteilung der ausgeschriebenen Leistungen in Lose eines der Lose ohne Angebot bleibt.

Bst. b: Das Bestehen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede ist in der Regel nicht einfach feststellbar. Dies bedarf einer sorgfältigen Abklärung. Bestehen hinreichende Anhaltspunkte für eine Abrede, kann die WEKO kontaktiert und eine erste Einschätzung eingeholt werden. Liegen hinreichende Gründe für die Annahme einer unzulässigen Wettbewerbsabrede vor, soll dem Auftraggeber die Möglichkeit des freihändigen Verfahrens offenstehen, 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 einen bestimmten Anbieter erteilt werden kann. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn dieser Anbieter mangels angemessener Alternativen als einziger in der Lage ist, ein entsprechendes Produkt zu liefern bzw. eine entsprechende Bau- oder Dienstleistung zu erbringen. Zur Rechtfertigung des freihändigen Verfahrens ist der Auftraggeber nicht nur zur Darlegung technischer Gründe verpflichtet, sondern er muss auch glaubwürdig erläutern und nachweisen, dass diese Gründe (technischer, künstlicher oder immaterialgüterrechtlicher Natur) die freihändige Vergabe unbedingt erfordern. Vertragliche Abmachungen zwischen dem Auftraggeber und Dritten, die den Wettbewerb in einer öffentlichen Beschaffung einschränken oder eine entsprechende Wirkung haben (z. B. eine Architekten- oder Ingenieurklausel), stellen weder eine technische noch eine künstlerische Besonderheit dar und sind somit keine zulässigen Gründe, um sich auf die Ausnahme gemäss Buchstabe c zu berufen. Wird gegen eine freihändige Vergabe der Rechtsweg beschritten, trägt der beschwerdeführende Anbieter die Beweislast, dass er willens und in der Lage ist, substituierbare Leistungen zu erbringen.

Bst. d: Die Anwendung der Dringlichkeitsklausel erfordert kumulativ folgende Voraussetzungen: Es tritt ein unvorhersehbares Ereignis ein, welches den Ursprung der dringlichen Situation bildet (wie Ausbruch einer Pandemie oder einer Naturkatastrophe, Einführung neuer gesetzlicher oder völkerrechtlicher Anforderungen ohne entsprechende Übergangsfrist, welche eine dringliche Beschaffung notwendig machen). Diese Situation darf daher nicht vom Auftraggeber verschuldet sein (z. B. durch Inaktivität oder mangelhafte Planung). Die Dringlichkeit muss derart sein, dass der Auftraggeber seinen Pflichten nicht nachkommen könnte, falls er ein offenes oder selektives Verfahren oder ein Einladungsverfahren durchführen würde. Stehen mildere Mittel zur Verfügung (z. B. Verkürzung der Fristen im Staatsvertragsbereich nach Art. 47 Abs. 1), sind diese zu wählen.

Bst. e: Diese Bestimmung betrifft Folgebeschaffungen. Sie sieht freihändige Vergaben neu immer dann vor, wenn Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen dem ursprünglichen Anbieter 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 Materialien, Dienstleistungen, Anlagen und Leistungen (wie Computerprogramme, Software) nicht beliebig austauschbar sind. Gerade wenn die Kompatibilität mit bestehenden

Komponenten gesichert sein muss, wäre eine Ausschreibung im offenen, selektiven oder im Einladungsverfahren nicht zielführend.

Der Auftraggeber hat in der schriftlichen Begründung nachvollziehbar darzulegen, weshalb er davon ausgeht, dass es an der Austauschbarkeit 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 angemessenen Verhältnis zum Auftragspreis der fraglichen freihändigen Vergabe 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.

Folgebeschaffungen setzen einen vergaberechtskonformen Grundauftrag voraus. Erreicht der Auftragswert für eine Folgebeschaffung den Schwellenwert etwa für eine offene oder selektive Ausschreibung, so muss auch der Grundauftrag offen oder selektiv ausgeschrieben worden sein. Abgesehen von stichhaltig begründeten und nachgewiesenen Ausnahmefällen darf der Auftragswert eines Folgeauftrags nie höher sein als der Auftragswert eines Grundauftrags, wobei der Grundauftrag mindestens im Einladungsverfahren vergeben worden sein muss.

Ist der Grundauftrag nicht im entsprechenden Verfahren beschafft worden, so ist eine Folgebeschaffung nach Artikel 21 Absatz 2 Buchstabe e nicht möglich, da andernfalls Umgehungsstrategien ermutigt würden. Beziehen sich mehrere Folgeaufträge auf denselben Grundauftrag, darf die Summe ihrer Auftragswerte denjenigen des Grundauftrags gemäss vorstehender Regel nicht überschreiten. In Artikel 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 Artikel XIII Absatz 1 Buchstabe c GPA 2012 auf Betreiben einzelner Mitgliedstaaten in einer einzigen Bestimmung zusammengeführt.

Die heutige Regelung in § 9 Absatz 1 Buchstabe h VRöB (neue gleichartige Bauaufträge) entfällt. Buchstabe e wird künftig auch für diese Beschaffungen einschlägig sein.

Bst. f - h: Diese Tatbestände entsprechen der Regelung in Artikel XIII Absatz 1 Buchstaben e - g GPA 2012. Sie haben in der Praxis nur eine beschränkte Bedeutung erlangt. Die Zweckbestimmung (Art. 2) ist auch bei freihändigen Vergaben, z. B. bei Liquidationsverkäufen (Bst. h), zu beachten.

Bst. i: Diese Bestimmung entspricht weitgehend Artikel XIII Absatz 1 Buchstabe h GPA 2012. Die freihändige Vergabe ist auch dann erlaubt, wenn der Auftraggeber in einem "vorausgehenden Verfahren", d. h. in einem Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb oder in einem Studienauftrag, die Lösung einer ausgeschriebenen Aufgabe erarbeiten liess und im Anschluss daran dem Gewinner gewisse Folgeleistungen, die eng mit der ausgeschriebenen Aufgabe zusammenhängen, vergeben möchte. Somit können bei einem Wettbewerb freihändig vergeben werden:

– die Folgeplanung oder die Koordination der Leistungen zur Umsetzung der Planung an den Gewinner eines Planungswettbewerbs oder
– Planerleistungen und die Realisierung der Lösung, die für die ausgeschriebene Aufgabe vorgeschlagen worden ist, an den Gewinner eines Gesamtleistungswettbewerbes.

Bei einem Studienauftrag können freihändig vergeben werden:

– weitere planerische Leistungen an den oder die Gewinner eines Auswahlverfahrens zu einer Planungsstudie oder
– Planerleistungen und die Realisierung der Lösung, die für die ausgeschriebene Aufgabe vorgeschlagen worden ist, an den Gewinner eines Auswahlverfahrens zu einer Gesamtleistungsstudie.

"Expertengremium" wird in dieser Vereinbarung als Oberbegriff verwendet und bedeutet nicht, dass das Gremium nur aus Fachleuten zusammengesetzt sein muss. Als Expertengremium gelten insbesondere das Preisgericht bei Wettbewerben und das Beurteilungsgremium bei Studienaufträgen. Das Expertengremium, das die Lösungsvorschläge bewertet, gilt als unabhängig, wenn kein am Verfahren teilnehmender Anbieter darin mitwirkt und das Gremium mehrheitlich aus unabhängigen Fachpersonen besteht. Der Auftraggeber kann im Gremium vertreten sein.

Mit diesen Regelungen soll der Handlungsspielraum, welchen das GPA eröffnet, voll ausgenützt werden. Gerade die Vergabe intellektueller Dienstleistungen dürfte weiter zunehmen und damit an Bedeutung gewinnen. Der Anwendungsbereich von Artikel 21 Absatz 2 Buchstabe i und damit generell jener von Wettbewerben und Studienaufträgen beschränkt sich dabei nicht auf den Baubereich. Vielmehr sollen sie überall dort eingesetzt werden, wo sie Beschaffungen dienlich sind (z. B. Lösungsvorschläge im Rahmen der Energiestrategie).

Abs. 3

Wie Artikel XIII Absatz 2 GPA 2012 und § 9 Absatz 2 VRöB vorsehen, verfasst der Auftraggeber über jeden freihändig vergebenen Auftrag über dem massgeblichen Schwellenwert des freihändigen Verfahrens eine Dokumentation. Diese enthält insbesondere eine Darlegung der Gründe und Umstände, die einen Verzicht auf ein offenes oder selektives oder ein Einladungsverfahren begründen. Eine Veröffentlichung der Dokumentation erübrigt sich, da der Zuschlag mit den Angaben nach Massgabe von Artikel 48 Absatz 6 (inklusive Rechtsmittelbelehrung) publiziert wird.

Anmerkung: Das Bundesparlament hat einen neuen Absatz 4 zum BöB beschlossen, um eine Konkretisierung des Diskriminierungsverbots und des wirksamen Wettbewerbs zu verdeutlichen. Diese Bestimmung wurde jedoch von der grossen Mehrheit der Kantone sowie SGV und SSV abgelehnt, weil sie im Widerspruch zu Absatz 2 Buchstabe c und e dieses Artikels steht. Das politische Steuerungsgremium hat vorgeschlagen, diese Ergänzung nicht zu übernehmen. Das InöB ist dieser Meinung gefolgt.

Art. 22 Wettbewerbe und Studienaufträge

Wettbewerbe und Studienaufträge spielen bei öffentlichen Beschaffungen eine wichtige Rolle. *Planungswettbewerbe und Planungsstudien* können zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen als Ideenwettbewerb oder Ideenstudie zu allgemein umschriebenen und abgegrenzten Aufgaben oder als Projektwettbewerb oder Projektstudie zu konkret umschriebenen bzw. komplexen Aufgaben und zur Vergabe der teilweisen oder umfassenden Realisierung der Lösung lanciert werden. *Gesamtleistungswettbewerbe und Gesamtleistungsstudien* werden zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu konkret umschriebenen bzw. während der Studie durch den Dialog klar und präzis definierten Aufgaben und zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung durchgeführt.

Studienaufträge wurden aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse in die Vereinbarung aufgenommen. Das Staatsvertragsrecht enthält keine Regeln für die Durchführung von Wettbewerben und Studienaufträgen.

Wie bereits gemäss geltender Regelung der Kantone kann der Auftraggeber die Grundsätze für solche Wettbewerbe selber festlegen oder auf einschlägige Bestimmungen der Fachverbände verweisen.

In diesem Zusammenhang haben die SIA-Ordnungen 142/2009 (Wettbewerbe) und 143/2009 (Studienaufträge) 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 dies in den Ausschreibungsunterlagen so erklärt wird. Zum anderen können sie die (zwingenden) Bestimmungen des anwendbaren Beschaffungsrechts nicht derogieren. Sie können aber im Rahmen der Auslegung und Lückenfüllung Beachtung finden.

Art. 23 Elektronische Auktionen

Beschaffungsvorhaben werden zunehmend auch auf elektronischem Weg abgewickelt. Das senkt nicht nur die Transaktionskosten, sondern erhöht die Transparenz und fördert den Marktzutritt ortsfremder Anbieter. Artikel 35 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Artikel 53 der Richtlinie 2014/25/EU sehen ebenfalls Grundlagen für elektronische Auktionen vor.

Während elektronische Auktionen im GPA 1994 noch nicht erwähnt waren, werden sie im GPA 2012 eingehend geregelt. Es versteht die elektronische Auktion nicht als besondere Form der Verhandlungen, sondern als ein Instrument *sui generis*. Artikel I Buchstabe f GPA 2012 beschreibt die elektronische Auktion als iterativen Vorgang bzw. als Prozess, bei dem sich die Anbieter gegenseitig über- oder unterbieten können. Mit *Iteration* ist die wiederholte Anwendung derselben Funktion gemeint. Gegenstand der Angebote können neben dem Preis auch andere Kriterien sein. Denkbar wäre beispielsweise, dass Anbieter unter dem Kriterium der Realisierungsdauer zusätzliche Punkte in der Bewertung ihrer Angebote erhalten, sofern sie die Verpflichtung eingehen, eine Leistung rascher zu erbringen (z. B. kürzere Lieferfristen).

Um eine niederschwellige sowie sichere Benützung durch die Anbieter sicherzustellen, verwenden die Auftraggeber 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 Abs. 3 GPA 2012).

Trotz Gemeinsamkeiten mit dem Steigerungskauf finden die obligationenrechtlichen Bestimmungen (Art. 229 ff. OR) keine Anwendung.

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 Gesamtpreis erteilt wird, oder auf die Preise und die Werte für quantifizierbare Komponenten, wenn der Zuschlag für das vorteilhafteste Angebot erteilt wird. Nach der Vereinbarung bleibt dieses Instrument auf die Beschaffung standardisierter Leistungen beschränkt.

Die Ausschreibungsunterlagen weisen auf die Anforderungen an Authentifizierung und Verschlüsselung hin, welche die Anbieter 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. Zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen sowie zur Verhinderung eines Preisaustausches soll vermieden werden, dass die Teilnehmenden erkennen können, welche Mitbewerber welche Angebote abgeben.

Abs. 3

Der elektronischen Auktion geht eine Präqualifikation voraus. In einer ersten Phase prüft der Auftraggeber die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen und nimmt eine erste Bewertung vor. Die eigentliche Auktion kommt erst in einem zweiten Verfahrensschritt zur Anwendung, wobei mehrere Bewertungsrunden stattfinden können.

Abs. 4

Alle im Anschluss an die erste Evaluation zugelassenen Anbieter 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.

Abs. 5

Kommt eine elektronische Auktion zur Anwendung, ist die vollständige und periodische Information der Anbieter durch den Auftraggeber ein wichtiges Element zur Herstellung von Transparenz und der Garantie der Gleichbehandlung der Anbieter. Vor Beginn jeder Auktion stellt der Auftraggeber jedem Anbieter die Informationen über die automatische Bewertungsmethode, einschliesslich der mathematischen Formel, das Ergebnis ihrer ersten Angebotsbewertung und alle weiteren relevanten Informationen zur Abwicklung der Auktion zur Verfügung. Bei mehreren nacheinander durchgeführten Auktionsrunden informiert der Auftraggeber alle Anbieter in jeder Phase über ihren jeweiligen Rang.

Art. 24 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.

In der EU wurde der "wettbewerbliche Dialog" als Instrument zur Erhöhung der Flexibilität bei besonders komplexen Vorhaben bereits mit Artikel 29 der Richtlinie 2004/18/EG eingeführt, wobei Preisverhandlungen gemäss den Materialien ausgeschlossen wurden[60]. Artikel 48 der Richtlinie 2014/24/EU dient dazu, das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs zu optimieren und zu vereinfachen.

Eine helvetische Variante des 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. Im Recht der Kantone war dieses Instrument bisher nicht vorgesehen.

Der Auftraggeber kann im Dialog zusammen mit ausgewählten Anbietern mögliche Lösungswege oder Vorgehensweisen erarbeiten, so dass am Ende des Dialogs eine Leistungsbeschreibung resultieren sollte, die den Ansprüchen des Auftraggebers ebenso wie dem Können und Vermögen der Anbieter angemessen Rechnung trägt. Der Auftraggeber hat damit ein Instrument in der Hand, mit dem er auf das spezifische Fachwissen der Anbieter in einem konkreten Beschaffungsmarkt zurückgreifen und Innovationen fördern

[60] Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der Richtlinie 2004/18/EG, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_de.pdf (Stand: 25. Oktober 2016).

kann. Für die Anbieter hat der Dialog den Vorteil, dass sie ihre Angebote zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht bis ins letzte Detail, sondern in einem fortlaufenden Prozess konkretisieren können.

Abs. 1

Bei besonders komplexen Vorhaben, bei intellektuellen Dienstleistungen (diese Ergänzung erfolgte durch das Bundesparlament) oder bei innovativen Vorhaben ist der Auftraggeber oft nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand im Stande, ohne Mitwirkung der Anbieter den Beschaffungsgegenstand so zu bestimmen, dass er seinen Bedürfnissen gerecht wird, oder zu beurteilen, welche Lösungen der Markt anbietet. Wird eine Lösung vom Auftraggeber einseitig vorgegeben, 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). 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 des Auftraggebers aufdrängt, die möglichen Lösungswege und Vorgehensweisen mit den Anbietern in einem strukturierten Verfahren zu besprechen und gemeinsam weiterzuentwickeln. Durch dieses Vorgehen können auch heikle Vorbefassungstatbestände besser vermieden werden.

Abs. 2

Die Bestimmung zum Dialog geht als spezielles Recht Artikel 39 (Bereinigung der Angebote) vor. Die Voraussetzungen von Artikel 39 Absatz 2 finden daher keine Anwendung. Der Dialog darf nicht zum Zweck genutzt werden, die Offertpreise zu verhandeln (vgl. dazu Art. 11 Bst. d). Das Parlament hat mit der schliesslich gewählten Umschreibung "Preise und Gesamtpreise" zum Ausdruck gebracht, dass Nachverhandlungen grundsätzlich weder bei einzelnen Preisbestandteilen noch beim Gesamtpreis zulässig sind.

Es ist hingegen denkbar, dass diese Preise im Verlauf des Dialogs als Folge der Konkretisierung des Leistungsgegenstands angepasst werden.

Die Kantone sind mit der vom Parlament beschlossenen wichtigen Präzisierung einverstanden.

Abs. 3

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

Das Transparenzgebot ist auch beim Dialog zu beachten. Der Auftraggeber gibt in den Ausschreibungsunterlagen seine Wünsche und Anforderungen bekannt und weist darauf hin, aufgrund welcher (Eignungs-)Kriterien er die Dialogpartner auswählt. Den ausgewählten Anbietern gibt er 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 Anbietern geführt und soll sich auf deren Lösungen und Vorschläge stützen. Gemeinsame, d. h. multilaterale Dialoge, bei denen einzelne Lösungen und Vorschläge miteinander kombiniert und anbieterübergreifend diskutiert und entwickelt werden können, sind in sehr spezifischen Fällen grundsätzlich denkbar, aber äusserst anspruchsvoll, so dass die Praxis bisher davon abgesehen hat.

Je nach Umfang des zu beschaffenden Gegenstands bzw. je nach Komplexität der sich stellenden Fragen kann der Auftraggeber den Dialog in verschiedene aufeinander folgende Phasen aufteilen, bei denen der Beschaffungsgegenstand laufend eingegrenzt werden kann.

Abs. 4

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

Die im Dialog verbliebenen Anbieter werden über den Abschluss des Dialogs und die relevanten Ergebnisse orientiert und aufgefordert, innert Frist ihr endgültiges vollständiges Angebot einzureichen. Der Auftraggeber beurteilt die eingereichten Angebote anhand der in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien und wählt das vorteilhafteste Angebot aus.

Abs. 5

Aus Gründen der Transparenz, der Nachvollziehbarkeit und der gerichtlichen Überprüfbarkeit sind alle Etappen des Dialogs zu dokumentieren. Falls eine Entschädigung an die Dialogpartner erfolgt, sollte auch deren Aufwand festgehalten werden.

Art. 25 Rahmenverträge

Das Institut der Rahmenverträge ist weder im GPA 1994 noch im GPA 2012 vorgesehen. Rahmenverträge und Optionen weisen Gemeinsamkeiten auf. Beide Male wird nicht ein abschliessend bestimmtes Leistungsvolumen ausgeschrieben, sondern das Recht des Auftraggebers, gewisse Leistungen über einen bestimmten Zeitraum zu beziehen. Rahmenverträge werden insbesondere aus wirtschaftlichen Überlegungen, zur Vermeidung einer Abhängigkeit von nur einem Anbieter oder zwecks Verhinderung von Versorgungsengpässen ausgeschrieben.

In den Mitgliedstaaten der EU haben sich schon länger zentrale Vergabestellen etabliert mit der Aufgabe, Leistungen für eine Mehrzahl von Vergabestellen einzukaufen. Dazu werden Rahmenvereinbarungen eingesetzt. Für die Beschaffung grosser Mengen 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[61].

Abs. 1

Beim Abschluss eines Rahmenvertrags mit einem oder mehreren Anbietern findet kein besonderes Verfahren Anwendung. Vielmehr beanspruchen die allgemeinen Verfahren auch für die Ausschreibung und den Abschluss eines Rahmenvertrags Geltung. Gleiches gilt für die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens (Art. 11), die sowohl für den

[61] Der Begriff der Rahmenvereinbarung wurde im EU-Recht 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 Richtlinien 2014/24/EU (Art. 33) und 2014/25/EU (Art. 51) vorgesehen.

Abschluss des Rahmenvertrags als auch für den individuellen Abruf der Leistungen beachtlich sind, mit der Besonderheit, dass der Abruf der Leistungen unter einem Rahmenvertrag dem Zivilrecht untersteht.

Inhalt und Umfang des Einzelvertrags sowie das Verfahren zu dessen Abschluss hängen direkt vom Rahmenvertrag und dessen Regelungsdichte ab. Wurden sämtliche Bedingungen bereits im Rahmenvertrag festgelegt, gelten dieselben Bedingungen auch für den darauf basierenden Einzelvertrag. Es sind die Leistungen und Modalitäten im Einzelvertrag zu konkretisieren. In der Regel wird der Einzelvertrag aber nur noch Liefermengen und Termine sowie allenfalls besondere kommerzielle Bedingungen (Rabatte) enthalten.

Werden bei einer Ausschreibung Einheitspreise verlangt, sieht der Auftraggeber ein optionales Mengengerüst vor, aus dem sich multipliziert mit den Einheitspreisen ein geschätzter Gesamtpreis errechnet. Alternativ kann er einen Gesamtpreis für alle Leistungen unter einem Rahmenvertrag vorsehen.

Der Gesamtpreis bildet Grundlage des Zuschlags und ist nach Artikel 48 zu publizieren. Mangels anderer Abreden begründen weder der Gesamtpreis noch ein Mengengerüst eine Pflicht des Auftraggebers, die unter einem Rahmenvertrag angebotenen Leistungen zu beziehen. Wird die vorgesehene Laufzeit inklusive Option erreicht, sind die Leistungen rechtzeitig vor diesem Zeitpunkt neu auszuschreiben.

Abs. 2

Der Hinweis auf die Wettbewerbswirkungen der Rahmenverträge nimmt auf Artikel XV Absatz 7 GPA 2012 Bezug. So ist es beispielsweise unzulässig, einen Rahmenvertrag "für den IT-Bedarf des Kantons X oder der Gemeinde Y in den Jahren 2017 - 2020" auszuschreiben. Damit würde eine beträchtliche Anzahl sachlich getrennter Beschaffungen für Jahre dem Wettbewerb entzogen. Eine solche Behinderung bzw. Beseitigung des Wettbewerbs darf nicht Ziel oder Wirkung von Rahmenverträgen sein.

Rahmenverträge müssen stets auf eine spezifische Leistungskategorie beschränkt bleiben. Die Leistungen sind daher hinreichend zu spezifizieren. Ein Rahmenvertrag bildet keinen Ersatz für eine mangelhafte Leistungsbeschreibung.

Abs. 3

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 Regel von Artikel 15 Absatz 4 und in Anlehnung an das bisherige Recht soll die Laufzeit eines Rahmenvertrags höchstens fünf Jahre betragen. Eine automatische Verlängerung ist nicht zulässig. Ein Rahmenvertrag mit unbestimmter Dauer, der während Jahren nicht gekündigt werden kann, würde dem Zuschlagsempfänger einen Wettbewerbsvorteil einräumen und damit den Markzutritt der Konkurrenz sowie den Wettbewerb beeinträchtigen. Eine längere Vertragsdauer kann daher nur in Ausnahmefällen vorgesehen werden. Eine Ausnahme von der fünfjährigen Maximaldauer ist z. B. dann gerechtfertigt, wenn wegen der Komplexität des Leistungsgegenstands, wegen erheblicher Anfangsinvestitionen oder wegen der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten, die sich ein Anbieter 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 den Hersteller oder eine speziell beauftragte Firma sicherzustellen ist. Oder bei Rahmenverträgen mit einer Revisionsstelle oder mit 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 Zuschlagsempfängern dieser Rahmenverträge über ein Abrufverfahren weiterhin ein Restwettbewerb besteht (sogenannter "Mini-Tender").

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 fünfjährige Maximaldauer nicht bzw. nur in Ausnahmefällen und massvoll überschritten wird. Auch aus diesem Grund wird keine längere Laufzeit vorgesehen. Erfolgt eine Bestellung kurz vor Ablauf des Rahmenvertrages, verlängert sich dieser bis zur Lieferung.

Abs. 4

Wird ein Rahmenvertrag mit nur einem Anbieter geschlossen, kommen bei den Einzelverträgen stets die Bedingungen des Rahmenvertrags zur Anwendung. Im Hinblick auf den Abschluss eines Einzelvertrages kann der Auftraggeber, falls die Bedingungen im Rahmenvertrag nicht im Voraus abschliessend festgelegt wurden, den beteiligten Anbieter schriftlich zur Konkretisierung der Leistung auffordern. Ohne erneute Ausschreibung dürfen die Leistungen indessen durch den Einzelvertrag nicht wesentlich geändert oder erweitert werden.

Abs. 5

Auch beim Abschluss von mehreren Rahmenverträgen kann dem Grundsatz des vorteilhaftesten Angebots (Art. 41) entsprochen werden, sofern anhand der Gesamtheit der Umstände beurteilt wird, was am "vorteilhaftesten" ist. Rahmenverträge führen bei richtiger Verwendung zur Senkung von Transaktionskosten und zu Zeiteinsparungen (strategische Lose). Damit wird die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung gefördert. Mit dem sogenannten Abrufverfahren wiederum kann zusätzlich sichergestellt werden, dass das beste Angebot zum Abschluss eines Einzelvertrags führt.

Leistungen können einerseits ohne Konsultation der Vertragspartner 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 Anbietern) zu berücksichtigen.

Hat ein Auftraggeber (z. B. aus Gründen des Ressourcenbedarfs, der Versorgungssicherheit, der Vermeidung einer Abhängigkeit von einem einzelnen Lieferanten, zur Senkung der Transaktionskosten oder aus anderen zureichenden Gründen) andererseits mehrere Rahmenvertragspartner, kann er im Hinblick auf den Abschluss eines Einzelvertrags ein Abrufverfahren vorsehen. In diesem Abrufverfahren werden der Bedarf sowie die in den Ausschreibungsunterlagen oder im Rahmenvertrag für den Abschluss von Einzelverträgen definierten Kriterien konkretisiert und die Rahmenvertragspartner zu einem konkreten Angebot eingeladen. Dabei haben alle Rahmenvertragspartner die Muss-Kriterien respektive den Erfüllungsgrad der Zuschlagskriterien aus dem Ausschreibungsverfahren mindestens wie ursprünglich offeriert einzuhalten. Die Einhaltung der allgemeinen Grundsätze, insbesondere das Prinzip der wirtschaftlichen Beschaffung, ist durchgehend zu gewährleisten.

Der Abschluss von Einzelverträgen unter einem Rahmenvertrag erfolgt durch Annahme einer privatrechtlichen Offerte des Anbieters. Es findet kein erneuter Zuschlag statt. Das Vergabeverfahren ist mit dem rechtskräftigen Zuschlag des Rahmenvertrags oder der Rahmenverträge abgeschlossen. Beim Abschluss der Einzelverträge sind die Vorgaben des Rahmenvertrags zu beachten. Ist ein Anbieter mit Entscheiden beim Abrufverfahren

nicht einverstanden, kann er sich dagegen vor dem Zivilgericht wehren. Nicht offen steht ihm hingegen – mangels einer anfechtbaren Verfügung – der Beschwerdeweg (Art. 53 Abs. 6).

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", "Auswahlkriterien", "technische Spezifikationen", "Qualifikation der Anbieterin", "Selektionskriterien", "Bewertungskriterien" und "Zuschlagskriterien"). Die vorliegende Vorlage 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 Anbieter 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 zu schaffen. Sie müssen insbesondere an den Grundsätzen der Inländerbehandlung und der Nichtdiskriminierung gemessen werden.

Während sich die Eignungskriterien auf die Fähigkeiten und Eigenschaften des Anbieters beziehen, sind die technischen Spezifikationen und die Zuschlagskriterien stets leistungs- bzw. auftragsbezogen. Erfüllt ein Anbieter die Teilnahmebedingungen sowie die Eignungskriterien und entspricht sein Angebot den technischen Spezifikationen (absolute Minimal- bzw. Muss-Anforderungen für die Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags), prüft der Auftraggeber, ob und inwiefern das Angebot die leistungsbezogenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Die Kantone haben bereits im Jahr 2001 die "Nachhaltigkeit" in den Katalog der relevanten Zuschlagskriterien aufgenommen (Art. 32 Abs. 1 VRöB). Auf europäischer Ebene zeigt sich eine ähnliche Entwicklung.

In Artikel IX Absätze 1 - 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 Anbieter wurde nun in Anlehnung an Artikel 22 VRöB über ständige Listen ausgearbeitet. Neben dem Bund führen gegenwärtig lediglich zwei Kantone, Wallis und Thurgau, entsprechende Listen. Die anderen Kantone verlangen in der Regel eine Selbstdeklaration, welche jeweils mit dem Angebot einzureichen ist.

Art. 26 Teilnahmebedingungen

Abs. 1 und 2

Teilnahmebedingungen sind von den Anbietern und von ihren Subunternehmern unabhängig vom Leistungsgegenstand zu erfüllen und nachzuweisen. Das Gleiche gilt für jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft. Andernfalls kann die Nichterfüllung der Teilnahmebedingungen Massnahmen nach sich ziehen (wie Ausschluss des Anbieters, Widerruf des Zuschlags, Busse, Ausschluss von künftigen Vergaben). Die Rolle des Auftraggebers besteht darin, von den Anbietern und allfälligen Subunternehmern zu verlangen, dass sie die Erfüllung der Teilnahmebedingungen anhand von Beweismitteln belegen (z.B. durch

Selbstdeklaration oder Aufnahme in ein Verzeichnis). Die Gewährleistung der Teilnahmebedingungen obliegt damit grundsätzlich den Anbietern und Subunternehmern. 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.

Das Bundesparlament hat in Bezug auf den Auftraggeber bei der Bestimmung von Absatz 1 die Formulierung "achtet darauf" auf "stellt sicher" angepasst. Mehrere Kantone und der SGV haben diese Anpassung abgelehnt, weil sie befürchten, dass mit der neuen Formulierung eine Staatshaftung für den Auftraggeber bei Nichterfüllung abgeleitet werden könnte. Das politische Steuerungsgremium hat diese Einschätzung hingegen nicht geteilt. Auch das Bundesparlament hat laut Materialien mit dieser Neuformulierung keine Staatshaftung begründen wollen. Zur Klarstellung wird deshalb in der französischen und italienischen Fassung der IVöB die Formulierung "s'assure que" bzw. "si assicura che" anstelle von "garantit que" bzw. "garantisce che" (in Abweichung des Textes zum BöB) gewählt, um diesen Sinn zusätzlich zu unterstreichen. Das InöB hat dieser sprachlichen Präzisierung zugestimmt.

Die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn kann entweder durch den Auftraggeber selber oder durch Dritte verifiziert werden. Es ist dem Auftraggeber freigestellt, welche Erklärungen bzw. Nachweise betreffend Verpflichtung zur Einhaltung der Lohngleichheit, der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen er verlangt. In den Ausschreibungsunterlagen kann er die Anbieter beispielsweise darauf aufmerksam machen, mit der Offerte auch Nachweise betreffend Einhaltung der Teilnahmebedingungen durch sie und gegebenenfalls ihre Subunternehmer einzureichen. In der Regel wird mindestens eine Selbstdeklaration anhand formalisierter Nachweise verlangt. Daneben können auch Bestätigungen über erfolgte Kontrollen durch Behörden oder Organe verlangt werden (vgl. Art. 12 Abs. 4). Sind die Teilnahmebedingungen nicht oder nicht mehr erfüllt, ergreift der Auftraggeber die erforderlichen Massnahmen.

Abs. 3

Das Beibringen der Nachweise führt bei den Anbietern zu einem erheblichen Aufwand. Daher sollten die Anforderungen stets auf den Leistungsgegenstand Rücksicht nehmen. Zum Abbau bürokratischer Leerläufe kann beitragen, wenn gewisse Nachweise wie eine Bankgarantie erst zu einem späteren Verfahrensstand (aber auf jeden Fall vor dem Zuschlag) und nur vom erstplatzierten Anbieter einzureichen sind. Auf diese Weise kann vermieden werden, dass chancenlose Anbieter unnötigen Aufwand tätigen.

Art. 27 Eignungskriterien

Abs. 1

Eignungskriterien müssen objektiv, für die Auftragserfüllung wesentlich und überprüfbar sein. Das Verhältnismässigkeitsprinzip schützt vor überzogenen Anforderungen. Obwohl diese Kriterien stets auf die Person des Anbieters 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 Abs. 1 GPA 2012).

Abs. 2

Die Aufzählung möglicher Eignungskriterien ist nicht abschliessend. Es handelt sich dabei stets um anbieterbezogene Anforderungen, so die fachliche, finanzielle, wirtschaftli-

che, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters. Diskriminierende Anforderungen, auch hinsichtlich der Sprachkenntnisse, sind nicht erlaubt. Sachlich gerechtfertigte Anforderungen (z. B. an die Sprachkompetenz eines Projektleiters oder von sonstigen Ansprechpersonen) sind jedoch zulässig, damit sich Auftraggeber und Anbieter bei der Auftragserfüllung effizient verständigen können.

Abs. 3

Es liegt im Ermessen des Auftraggebers, die erforderlichen Nachweise für die einzelnen Eignungskriterien zu definieren und zu verlangen. Eine Pflicht des Auftragsgebers, die Nachweise durch Rückfragen zu validieren, wird damit nicht statuiert. Bei offensichtlichen Zweifeln an der Verlässlichkeit eines Nachweises wird sich freilich eine Überprüfung aufdrängen. Diese ist rechtsgleich durchzuführen und transparent festzuhalten.

Das Bundesgericht erachtet es als grundsätzlich zulässig, die Referenzen einerseits als Eignungskriterium, anderseits 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 der Anbieter nicht angegeben hat. Wird jedoch aufgrund einer solchen Referenz zum Nachteil der betroffenen Anbieter abgestellt, müssen sich diese dazu äussern können (rechtliches Gehör)[62].

Die verlangten Nachweise können auch zu einem späteren Zeitpunkt im Vergabeverfahren erfolgen, wenn dies in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen so bekannt gegeben wurde. Damit können Bürokratie und Aufwand seitens der Anbieter begrenzt werden.

Abs. 4

Hier wird die Regelung von Artikel VIII Absatz 2 Buchstabe a GPA 2012 umgesetzt, wonach der Auftraggeber bei der Festlegung der Bedingungen nicht verlangen darf, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge erhalten hat. Dies gilt ebenfalls in Bezug auf Zuschlagskriterien und technische Spezifikationen. Es dient der Sicherung der Transparenz und der Nichtdiskriminierung und soll den Marktzutritt nicht gefährden. Damit sollen langjährige "Seilschaften" zwischen Auftraggebern und Anbietern verhindert werden. Die Einholung von Referenzen anderer Auftraggeber ist zulässig (vgl. Art. VIII Abs. 2 Bst. b GPA 2012). Stets müssen jedoch vergleichbare Aufträge öffentlicher oder privater Auftraggeber als Referenz zugelassen werden.

Art. 28 Verzeichnisse

Verzeichnisse können der effizienten Abwicklung einer Ausschreibung dienen, indem die Eignung eines Anbieters nicht jedes Mal wieder von Neuem geprüft werden muss. Gleichzeitig bergen Verzeichnisse die Gefahr der fehlenden Aktualität sowie einer Bevorzugung der verzeichneten Anbieter. Diese beiden Gesichtspunkte gilt es gegeneinander abzuwägen. Ähnliche Effizienzgewinne lassen sich mit der Verwendung von elektronischen Anbieterprofilen auf der Internetplattform von Bund und Kantonen realisieren. Auch dort muss aber sichergestellt werden, dass die hinterlegten Angaben jederzeit aktuell sind und Anbieter ohne Profil nicht benachteiligt werden.

Abs. 1 und 2

Absatz 1 räumt den Auftraggebern oder der nach gesetzlicher Anordnung zuständigen Behörde die Möglichkeit ein, ein Verzeichnis über geeignete Anbieter zu führen. Das

[62] Vgl. BGE 139 II 489, E. 3.2 f.

Transparenzgebot gilt auch für die Einrichtung und die Führung solcher Verzeichnisse. Die Angaben, die zu den Verzeichnissen zu publizieren sind, werden in Absatz 2 abschliessend aufgeführt. Die Aufnahme neuer Anbieter, die sich über die gestellten Anforderungen ausweisen, muss innert angemessener Frist erfolgen (Art. IX Abs. 10 GPA 2012). Die Veröffentlichung der Angaben nach Absatz 2 erfolgt periodisch auf der Internetplattform von Bund und Kantonen sowie – nach Wahl der Auftraggeber – in weiteren Publikationsorganen. Die Angaben sind laufend nachzuführen.

Abs. 3

Zur Qualitätssicherung ist ein Verfahren vorzusehen, um die Eintragung sowie die Überprüfung der Eignung jedes Anbieters jederzeit zu garantieren. Ein solches Prüfungsverfahren soll nicht nur im Zeitpunkt der Gesuchstellung, sondern jederzeit stattfinden können und notfalls auch zur Streichung von Anbietern aus dem Verzeichnis führen.

Abs. 4

Unabhängig vom Eintrag in einem Verzeichnis muss es allen Anbietern offenstehen, fallweise ihre Eignung im Hinblick auf eine konkrete Ausschreibung durch individuelle Nachweise (z.B. Selbstdeklaration) zu belegen. Das heisst, ein Beschaffungsverfahren darf sich nicht darauf beschränken, nur Anbieter zuzulassen, welche in einem Verzeichnis aufgenommen sind.

Abs. 5

Wird das Verzeichnis nicht mehr weitergeführt, ist das allen darin verzeichneten Anbietern mitzuteilen. Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde angefochten werden.

Art. 29 Zuschlagskriterien

Im Rahmen der Differenzbereinigungen zwischen Nationalrat und Ständerat wurde die Kernfrage der Zuschlagskriterien einlässlich und divergent diskutiert. Der Ständerat forderte, dass bei Beschaffungen auch die "Kaufkraft" in jenem Land berücksichtigt werden müsse, in dem eine Leistung erbracht werde. Schliesslich einigte man sich auf "Preisniveaus" in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird. Mit dieser Formulierung hat das Parlament zum Ausdruck bringen wollen, dass die Interessenlage der Schweiz stärker gewichtet werden müsse. Zugleich hat es eingangs der Bestimmung eine Konkretisierung aufgenommen, wonach dieses Kriterium nur unter Beachtung der staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz anwendbar sei. Mit den weiteren vom Parlament neu eingeführten Kriterien "Plausibilität des Angebots" und "Verlässlichkeit des Preises" soll schliesslich der Qualitätswettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen zusätzlich gefördert werden.

Obwohl es sich bei den Zuschlagskriterien um eine Kernbestimmung des Beschaffungsrechts handelt, zeigt die Umfrage vom Sommer 2019 bei den Kantonen, dass die vom Bundesparlament eingeführten Kriterien "die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird" und "Verlässlichkeit des Preises" kaum umsetzbar sein werden. Dies hat die Umfrage deutlich gezeigt, selbst wenn einige Kantone den Paradigmenwechsel vom Preis- zum Qualitätswettbewerb begrüssen (Qualität neu als Muss-Kriterium). Nur das bereits bekannte und vom Bundesgericht bestätigte Kriterium "Plausibilität des Angebots" ist auf Zuspruch gestossen. Das politische Steuerungsgremium hat deshalb vorgeschlagen, nur das Kriterium "Plausibilität des Angebots" zu übernehmen und ausserdem die Regelung als Kann-Formulierung, wie in der ursprünglichen Fassung des Bundesrats und der Kantone, unverändert zu belassen. Eine vollständige Harmonisierung dieser Bestimmung wird somit von den Kantonen nicht mitge-

tragen. Auch das InöB hat dem Vorschlag des politischen Steuerungsgremiums zugestimmt. Den vom Bundesparlament eingefügten Zusatz "unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz" übernehmen die Kantone nicht, da dies einerseits auch ohne Erwähnung gilt und andererseits, weil es im Zusammenhang mit dem Kriterium "unterschiedliche Preisniveaus" eingefügt wurde.

Abs. 1

Zuschlagskriterien orientieren sich primär an der Leistung (sachlicher Bezug zum Beschaffungsobjekt). Der Angebotspreis ist immer, aber nur ausnahmsweise allein ausschlaggebend (Art. 41). Unzulässig wäre es, Angebote ausschliesslich anhand preisfremder Kriterien zu bewerten und auszuwählen.

In Anlehnung an Artikel § 32 VRöB i.V.m. Artikel 13 Buchstabe f IVöB werden in einer nicht abschliessenden Aufzählung mögliche Zuschlagskriterien genannt, die teilweise als sogenannte Sekundärziele zu qualifizieren sind. Ihre Berücksichtigung darf nicht zu einer Diskriminierung einzelner Anbieter führen.

Das Zuschlagskriterium der Qualität soll neu wie der Preis grundsätzlich immer im Rahmen der Angebotsbewertung mitberücksichtigt werden. Damit will man einer qualitätsorientierten Beschaffungspraxis noch stärker Nachachtung verschaffen. Ausgenommen ist hiervon die Beschaffung von standardisierten Leistungen (Art. 29 Abs. 4).

Ebenso kann aufgrund der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Plausibilität des Angebotes als Zuschlagskriterium angewendet werden[63]. Ein Auftraggeber kann demnach einen Abzug bei einem Angebot vornehmen, wenn ein Anbieter den mit der Leistung verbundenen Aufwand signifikant unterschätzt und/oder die Schwierigkeit eines Vorhabens nicht erkennt. Dagegen können ungewöhnlich niedrige Angebote ganz vom Verfahren ausgeschlossen werden, sofern die Voraussetzungen von Artikel 44 Absatz 2 Buchstabe c erfüllt sind (fehlender Nachweis der Erfüllung der Teilnahmebedingungen durch den Anbieter bzw. fehlende Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen).

"Lebenszykluskosten" ist der Oberbegriff für Beschaffungs-, Betriebs-, Rückbau- und Entsorgungskosten. Bei den Betriebskosten sind die Nutzungskosten (z. B. der Verbrauch von Energien und anderen Ressourcen) sowie die Wartungskosten zu berücksichtigen. Bewertet der Auftraggeber die Kosten nach dem Lebenszykluskosten-Ansatz, nennt er in den Ausschreibungsunterlagen die von den Anbietern bereitzustellenden Daten und beschreibt die Methode zur Bestimmung der Lebenszykluskosten.

Das Kriterium der "Nachhaltigkeit" beinhaltet die drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales. Die Dimension Umwelt wird durch die Aspekte der Umweltverträglichkeit sowie der Ressourcenschonung und -effizienz definiert. Diese Aspekte können Faktoren wie Schadstoffgehalt, Wasser-, Boden- und Luftbelastungen sowie Energie-, Wasserverbrauch oder Beeinträchtigung der Biodiversität beinhalten. Umwelt- und Ressourcenaspekte können sich auf den Beschaffungsgegenstand selbst, aber auch auf seine Herstellung, Nutzung und Entsorgung beziehen. Die Dimension Soziales ermöglicht es beispielsweise, Fair-Trade-Produkte zu beschaffen oder die Beschäftigung von Personen mit einer gesundheitlichen Einschränkung oder auch die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen zu berücksichtigen. Für die Definition der Umwelt- und Sozialaspekte und ihre Prüfung kann sich der Auftraggeber auf international anerkannte Zertifizierungssysteme stützen. Damit vereinfachen sich die Überprüfungsmöglichkeiten und

[63] BGE 143 II 553

die Bewertungsprozesse. Der Nachweis, dass gleichwertige Anforderungen eingehalten werden, ist aber stets zuzulassen.

Abs. 2

Die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung, d.h. von Lernenden in der beruflichen Grundausbildung, als Zuschlagskriterium ist vergabefremd, wird jedoch von der Politik immer wieder gefordert. Unter bestimmten Voraussetzungen ist es – beschränkt auf Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs – gleichwohl möglich, den Beitrag der Anbieter zur Fachausbildung junger Mitarbeitender zu würdigen. Dies erfolgt im pflichtgemässen Ermessen des Auftraggebers und unter Beachtung der Gleichbehandlung aller Anbieter. Die Anzahl Ausbildungsplätze ist in Relation zur Gesamtzahl an Arbeitsstellen der betreffenden Anbieter zu setzen. Es ist mithin das relative Verhältnis, nicht die absolute Zahl massgeblich[64]. Das Parlament hat ergänzend festgelegt, dass auch berücksichtigt werden kann, inwieweit der Anbieter Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen anbietet.

In der Umfrage vom Sommer 2019 hat sich die Mehrheit der Kantone dafür ausgesprochen, diese sozialpolitische Ergänzung des Bundesparlaments zu übernehmen und damit die Harmonisierung sicherzustellen. Das politische Steuerungsgremium und das InöB haben ebenfalls zugestimmt.

Abs. 3

Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sind im Sinn der Transparenz in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Bei funktionalen Ausschreibungen, insbesondere wenn ein Dialog vorgesehen ist, kann ausnahmsweise auf eine Vorausmitteilung der Gewichtung verzichtet werden. Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand einer Beschaffung, wäre es unpraktikabel, von dem Auftraggeber bereits im Voraus die Gewichtung der Zuschlagskriterien zu verlangen. Charakteristisch für derartige Beschaffungen ist gerade, dass der Auftraggeber 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. Der Auftraggeber hat immerhin die Rangfolge der Kriterien im Voraus festzulegen und die Bewertung zu dokumentieren.

Abs. 4

Für die Beschaffung standardisierter Güter kann ausschliesslich auf deren Preis abgestellt werden. Artikel X Absatz 7 Buchstabe c und Artikel XV Absatz 5 Buchstabe b GPA 2012 lassen es zu, dass Angebote allein nach ihrem Preis bewertet werden. Dies kann insbesondere dann zulässig sein, wenn allgemein anerkannte Normen und Standards die Qualität des Produkts bereits hinlänglich definieren oder ökologische Aspekte bereits bei den technischen Spezifikationen berücksichtigt wurden. Als Beispiel möge die Beschaffung von Brenn- und Treibstoffen dienen. Der Auftraggeber verfügt diesbezüglich über Ermessen. Werden bei der Ausschreibung von standardisierten Gütern keine Zuschlagskriterien bekannt gegeben, ist der Auftrag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises zu vergeben.

Diese Bestimmung war ursprünglich aus systematischen Gründen in Artikel 41 Absatz 2 beim Zuschlag vorgesehen. Das Bundesparlament hat sich anders entschieden und die entsprechende Regelung hier neu eingeführt. Nach Meinung des Parlaments gibt es aber

[64] BGer-Urteil 2P.242/2006 vom 16. März 2007, E.4.2.1 ff.

auch standardisierte Leistungen, bei denen andere Faktoren als der Preis eine Rolle spielen. Diese vom Parlament vorgenommene Ergänzung im BöB führt jedoch dazu, dass die Möglichkeit, bei standardisierten Leistungen aufgrund des Preises den Zuschlag zu erteilen, faktisch ausgeschlossen wird. Verschiedene Kantone haben im Rahmen der Umfrage vom Sommer 2019 auf diesen Widerspruch hingewiesen. Das politische Steuerungsgremium hat deshalb nur eine partielle Harmonisierung mit dem Bund bei Absatz 4 vorgeschlagen, indem der Nebensatz "sofern aufgrund der technischen Spezifikation der Leistung hohe Anforderungen an die Nachhaltigkeit in sozialer, ökologischer und wirtschaftlicher Hinsicht gewährleistet sind" gestrichen werden soll. Das InöB hat diesem Vorschlag zugestimmt.

Bei nicht standardisierten Leistungen hat der Preis nicht von vornherein eine die anderen Kriterien überragende Bedeutung. Qualitative Kriterien, Lieferbereitschaft, Serviceorientierung, Innovationskraft oder auch Nachhaltigkeit in der Leistungserbringung können stärker gewichtet werden. Voraussetzung bleibt, dass der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel gemäss Artikel 2 Buchstabe a im Einzelfall gewahrt wird.

Die Bedeutung des Preises hängt immer auch vom angewendeten Bewertungssystem ab. Die Preiskurve sollte so (steil oder flach) gewählt werden, dass sie die gemäss Marktabklärung zu erwartende Angebotsspanne gut abdeckt. Durch eine unangemessene Preisformel kann die Gewichtung dieses Kriteriums verwässert werden. Dies gilt es zu vermeiden.

Art. 30 Technische Spezifikationen

Abs. 1

Das GPA 2012 sieht wie das bisherige GPA vor, dass die Auftraggeber 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 Abs. 1 GPA 2012). Es enthält eine exemplarische Aufzählung der Anforderungen, die als technischen Spezifikationen infrage kommen (Art. I Bst. u GPA 2012). Absatz 1 setzt diese Vorgaben in enger Anlehnung an das internationale Recht um. Der Begriff der technischen Spezifikationen ist in einem umfassenden Sinn zu verstehen und schliesst auch technische Anforderungen im Sinne von Merkmalen, Funktionen und Leistungsparametern mit ein.

Abs. 2

In Übereinstimmung sowohl mit Artikel VI Absatz 2 GPA 1994 als auch mit Artikel X Absatz 2 GPA 2012 definiert der Auftraggeber die technischen Spezifikationen und bezieht sich dabei nach Möglichkeit auf internationale Normen, 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 Bauproduktegesetz vom 21. März 2014[65] (BauPG). Internationale Normen (oder Standardisierungsdokumente) im Sinne von Absatz 2 sind dann einschlägig, wenn sie gemäss den technischen Vorschriften in der Schweiz bezeichnet wurden. Bei Beschaffungen im Staatsvertragsbereich ist nach Möglichkeit auf allfällige internationale technische Normen Bezug zu nehmen.

[65] SR **933.0**

Abs. 3

Absatz 3 enthält die in Artikel X Absatz 4 GPA 2012 wie auch in § 15 VRöB vorgesehene *Leitproduktklausel*. Grundsätzlich ist es vergaberechtswidrig, bestimmte Handelsmarken oder -namen, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie Anforderungen mit Bezug auf einen bestimmten Ursprung, ein Anbieter oder ein Produzent in der Leistungsbeschreibung zu 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.

Verlangt der Auftraggeber ausnahmsweise technische Spezifikationen, die sich an Produkten oder Dienstleistungen von bestimmten Anbietern orientieren, hat er Konkurrenzprodukte oder Dienstleistungen ebenfalls zuzulassen, sofern diese nachweislich die gewünschten Anforderungen erfüllen. Er hat in den Ausschreibungsunterlagen auf diese Möglichkeit hinzuweisen, indem er den Zusatz "oder gleichwertig" oder eine entsprechende Bezeichnung verwendet (vgl. die geltende Regelung gemäss Art. 13 Bst. b IVöB sowie § 15 Abs. 2 VRöB).

Abs. 4

Entsprechend Artikel X Absatz 6 GPA 2012 werden in Absatz 4 die technischen Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt gesondert vorgesehen. Obwohl sie im Endprodukt nicht sichtbar sind, können sich ökologisch motivierte technische Spezifikationen auch auf den Herstellungsprozess beziehen, sofern ein sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand vorliegt. Denselben Ansatz sieht Artikel I Buchstabe u GPA 2012 vor. Bei der Festlegung und Überprüfung von umwelt- und ressourcenrelevanten technischen Spezifikationen kann der Auftraggeber auf international anerkannte Zertifizierungssysteme abstellen, muss jedoch den Nachweis der Einhaltung gleichwertiger Anforderungen immer zulassen. Zudem darf die Formulierung technischer Spezifikationen nicht zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen.

Art. 31 Bietergemeinschaften und Subunternehmer

Abs. 1

Bietergemeinschaften sind wie schon nach geltendem Recht (§ 5 VRöB) grundsätzlich zulässig. Sie sind, ebenso wie Subunternehmer, die wesentliche Leistungen erbringen, aus Gründen der Transparenz immer offenzulegen. Ein (justiziabler) Anspruch der Anbieter auf Bildung einer Bietergemeinschaft besteht indessen nicht. Der Auftraggeber verfügt diesbezüglich über ein erhebliches Ermessen, das immer mit Blick auf den Zweck und die Grundsätze des Beschaffungsrechts auszuüben ist. Als Grundsatz gilt, dass der Marktzutritt den Anbietern nicht ohne Not beschränkt werden darf. Zur Wirtschaftsfreiheit der Anbieter gehört auch der Entscheid, wie sie sich organisieren. So finden sich in vielen Branchen stärker und weniger stark integrierte Unternehmen. Daher wäre es nicht zulässig, nur vertikal voll integrierte Anbieter zum Angebot zuzulassen.

Das Beschaffungsrecht soll wirtschaftliche und wettbewerbsneutrale Beschaffungen ermöglichen. Bietergemeinschaften können dazu beitragen, einen Markt zu beleben und den Wettbewerb zu fördern, indem sie den KMU den Zugang zu grossen öffentlichen Aufträgen erleichtern. Bietergemeinschaften sollen daher nur 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, wenn also eine Beschaffung von Leistungen durch ein Konsortium von Anbietern nicht wirtschaftlich ist. Dieser Gedanke kann primär bei kleineren Vorhaben, die sich ohne Weiteres aus einer

Hand abwickeln lassen, zum Tragen kommen. Bei grossen und komplexen Beschaffungen sollten Bietergemeinschaften indessen nicht ohne guten Grund ausgeschlossen werden.

Ähnliche Überlegungen leiten die Zulassung oder den Ausschluss von Subunternehmern. Bereits die Prüfung der Eignungskriterien kann dem Auftraggeber bei einer Vielzahl von Subunternehmern vor Schwierigkeiten stellen (wobei Subunternehmer unter Umständen nicht alle Eignungskriterien erfüllen müssen). Werden sowohl Bietergemeinschaften als auch Subunternehmer ausgeschlossen, dürfte eine qualifizierte Begründung erforderlich sein.

Abs. 2

Mehrfachbewerbungen von Subunternehmern können den Wettbewerb stärken. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Subunternehmer über besondere Kenntnisse oder Ressourcen (z. B. einen Maschinenpark) verfügt, die auf dem Markt nur sehr beschränkt verfügbar sind. Solche Subunternehmer sollten sich mehrfach bewerben dürfen, da dadurch eine grössere Anzahl von Offerten ermöglicht wird. Auf der anderen Seite kann eine Mehrfachbewerbung die Kollusion zwischen den Anbietern erleichtern, da ein – unter Umständen massgeblicher – Teil der Angebote vergaberechtlich (da identisch) neutralisiert wird. Daher bedarf es eines zureichenden Grunds (z. B. besondere Kenntnisse und Erfahrungen, Immaterialgüterrechte oder Total- oder Generalunternehmerverträge), um Mehrfachbewerbungen zuzulassen.

Das Gleiche gilt für die Mehrfachbewerbung von Mitgliedern von Bietergemeinschaften, weshalb bei der Zulassung höchste Zurückhaltung geboten ist.

Sofern sich Subunternehmer oder Mitglieder von Bietergemeinschaften mehrfach bewerben, obwohl weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen dies zulassen, werden diese Angebote ausgeschlossen.

Abs. 3

Diese Bestimmung will Angebote von Anbietern verhindern, die selber keine oder nur untergeordnete Aufgaben übernehmen. Die Zwischenschaltung solcher Anbieter, die primär ihren Namen zur Verfügung stellen, resultiert regelmässig in Zusatzkosten. Auftraggeber sollen die Leistungen direkt von den Leistungserbringern beschaffen. Im Falle von Konzerngesellschaften ist, entgegen der in der Botschaft zum BöB vertretenen Meinung, eine konzerninterne Zurechnung im Sinne eines vergaberechtlichen „Durchgriffs“ nach geltender Rechtsprechung und Lehre nicht möglich. Leistungen die durch andere Konzern- bzw. Tochtergesellschaften im In- oder Ausland erbracht werden, sind als Leistungen eines Subunternehmers oder eines Mitgliedes einer Bietergemeinschaft zu betrachten. Tochtergesellschaften gelten allenfalls als Subunternehmer oder Lieferanten des Anbieters und ihre Tatsachen und Rechtspositionen können nicht dem Anbieter zugerechnet werden. Die charakteristische Leistung ist durch den Anbieter zu erbringen[66]. Nur in begründeten Fällen kann vom Grundsatz der Leistungserbringung durch den Anbieter abgewichen werden.

Bei Bietergemeinschaften genügt es, wenn eines der Konsortialmitglieder die charakteristische Leistung erbringt. Bei Leistungen, die typischerweise von Generalunternehmern erbracht werden, besteht die charakteristische Leistung gerade in der Koordination aller Einzelleistungen und der Übernahme der Gesamtverantwortung. Im Übrigen bestimmt sich der charakteristische Leistungsinhalt nach Massgabe der Ausschreibung.

---

[66] BVGer-Urteil B-1600/2014 vom 2. Juni 2014.

Art. 32 Lose und Teilleistungen

Abs. 1

Als Grundsatz wird festgehalten, dass ein Anbieter die ausgeschriebenen Leistungen insgesamt anbieten muss. Teilangebote für einzelne Leistungsteile werden nicht berücksichtigt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht, wenn der Auftraggeber den Beschaffungsgegenstand in Lose aufteilt.

Abs. 2

Eine Leistung kann nach Ermessen des Auftraggebers gesamthaft oder in Teilen (Losen) ausgeschrieben werden. Einerseits kann die Volumenbündelung Preisvorteile bringen. Anderseits kann die Aufteilung einer Beschaffung in einzelne Lose den Wettbewerb fördern und insbesondere die Chancen des Anbieters erhöhen, an umfangreichen Beschaffungen teilnehmen zu können. Lose und Teilleistungen dürfen jedoch nicht als Instrument zur Unterschreitung der Schwellenwerte eingesetzt werden (Art. II Abs. 6 GPA 2012).

Anbietern steht kein Recht zur Entbündelung zu. Eine Entbündelung kann sich indessen wegen Terminvorgaben oder zwecks Vermeidung von Abhängigkeiten empfehlen. Lose können insbesondere nach sachlichen (wie Maler-, Gipser- oder Sanitärarbeiten), quantitativen oder zeitlichen Gesichtspunkten gebildet werden. Evaluation und Zuschlag erfolgen für jedes Los je separat. Stets gilt der Grundsatz, dass durch die Aufgliederung der Gesamtleistung in Lose die massgebende Verfahrensart nicht umgangen wird.

Abs. 3

Den Anbietern steht es grundsätzlich frei, Angebote für ein Los oder für mehrere Lose einzureichen. Diese Wahlfreiheit kann in der Ausschreibung beschränkt werden. So kann ein Auftraggeber (z. B. zur Vermeidung von Abhängigkeiten) festlegen, dass jedes Los einem anderen Anbieter zugeschlagen wird oder dass ein Anbieter nur eine bestimmte Zahl von Losen erhalten kann. In diesem Fall sollten Regeln für die Zuteilung der Lose in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen werden. Diese Einschränkung der Wahlfreiheit darf jedoch nicht dazu benutzt werden, bestimmte Anbieter oder Anbietergruppen zu bevorzugen.

Abs. 4 und 5

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

Art. 33 Varianten

Abs. 1

Varianten sind bereits heute im Sinne von § 12 Buchstabe d VRöB möglich. Sogenannte Unternehmervarianten weisen Vor- und Nachteile auf. Zum einen können sie bessere Lösungen als die in der Ausschreibung definierten ermöglichen. Zum anderen erschweren sie den Vergleich der verschiedenen Angebote. Daher kann der Auftraggeber Unternehmervarianten 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 zum "Amtsvorschlag" unterbreitet werden.

Abs. 2

Mit der Zulassung von Varianten zielt der Auftraggeber 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. Die Gleichwertigkeit ist durch den Anbieter nachzuweisen. Bewegen sich Varianten ausserhalb des ausgeschriebenen Leistungsgegenstands, werden sie nicht berücksichtigt.

Bei unterschiedlichen Preisarten wird der Vergleich der Angebote schwierig. Wählt ein Anbieter lediglich eine andere Preisart (z. B. Globalpreis anstelle von Einheitspreis), liegt keine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot vor. Erforderlich ist, dass die verschiedenen Offerten vergleichbar und bewertbar bleiben.

Art. 34 Formerfordernisse

Abs. 1

Die Angebote müssen schriftlich eingereicht werden gemäss den Angaben in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen. Sie sind von den Anbietern rechtsgültig zu unterzeichnen und müssen fristgerecht sowie vollständig beim Auftraggeber eingereicht werden. Die Regeln zur Angebotseinreichung ergeben sich aus der Ausschreibung oder aus den Ausschreibungsunterlagen.

Eine Missachtung der Formvorschriften kann zum Ausschluss einer Offerte führen. Allerdings vermag nicht jede Unregelmässigkeit eine solche Sanktion zu rechtfertigen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit darf und muss vom Ausschluss einer Offerte 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)[67].

Abs. 2

Die Vereinbarung lässt Raum für die elektronische Abgabe von Angeboten unter Verwendung einer unbestreitbaren Identifikation der Anbieter. Die Formerfordernisse, insbesondere für die Einhaltung der Angebotsfrist und die Vollständigkeit der Unterlagen, sind in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen zu definieren.

6. Kapitel: Ablauf des Vergabeverfahrens

Art. 35 Inhalt der Ausschreibung

In diesem Artikel werden die Anforderungen von Artikel VII Absatz 2 und 3 GPA 2012 hinsichtlich des Mindestinhalts der öffentlichen Ausschreibung umgesetzt. Sie sind gegenüber dem bisherigen Recht nicht neu. Soweit ein Hinweis publikationspflichtig ist, gilt dies auch für dessen Berichtigung.

Bst. I: Diese Bestimmung hat durch das Bundesparlament eine Ergänzung erfahren, indem die Ausschreibung bei Bedarf auch die Auflage erhalten soll, dass Leistung und Preis getrennt einzureichen sind (Zwei-Couverts-Methode).

[67] Vgl. BGer-Urteil 2D_50/2009 vom 25. Februar 2010, E. 2.4.

Bst. m: In der Ausschreibung ist auf die sprachlichen Verhältnisse des Gebietes Rücksicht zu nehmen, in welchem der Auftrag zur Ausführung gelangt. Im Staatsvertragsbereich muss ein Auftrag, der nicht in einer Amtssprache der Welthandelsorganisation WTO (Englisch, Französisch und Spanisch) ausgeschrieben wird, zusätzlich von einer Zusammenfassung in einer WTO-Sprache begleitet sein. Sie ist konsequenterweise in französischer Sprache zu verfassen, die als einzige Amtssprache der Schweiz eine Sprache der WTO ist. Logischerweise kann die Beifügung einer Zusammenfassung im Staatsvertragsbereich unterbleiben, wenn der Auftrag in der Schweiz bereits in französischer Sprache ausgeschrieben wird.

Bst. p: Die Gewichtung der Zuschlagskriterien muss nicht bei jedem Beschaffungsvorhaben angegeben werden. Bei funktionalen Ausschreibungen, d. h. wenn lediglich das Ziel der Beschaffung bekannt ist, kann darauf verzichtet werden (Art. 29 Abs. 3).

Bst. s: Im Rahmen der Differenzbereinigung hat das Parlament beschlossen, anstelle des vom Nationalrat geforderten Verbots von Schutzgebühren (Antrag für einen neuen Bst. f in Art. 11) eine Klarstellung mit Bezug auf die Möglichkeit der Erhebung von Gebühren für den Bezug der Ausschreibungsunterlagen (z.B. Modelle, Unterlagen, Pläne etc.) vorzunehmen. Demnach ist bei Bedarf in der Ausschreibung der Hinweis aufzuführen, wonach eine kostendeckende Gebühr erhoben werden kann.

Bst. u: Sofern ein an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens beteiligter Anbieter nicht qualifiziert vorbefasst ist und zur Angebotseinreichung zugelassen wird (vgl. Art. 14 Abs. 1), kündigt dies der Auftraggeber aus Transparenzgründen in der Ausschreibung an und legt er die Beteiligungsverhältnisse offen.

Art. 36 Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

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

"Ausschreibungsunterlagen" ist ein Oberbegriff. Er deckt nicht nur die Unterlagen bei öffentlichen Ausschreibungen (d. h. Beschaffungen im offenen oder selektiven Verfahren), sondern auch die Unterlagen bei Einladungsverfahren ab (vgl. Art. 20 Abs. 2).

Bst. c: Eignungskriterien sind Mindestanforderungen an die Eignung der Anbieter und werden daher in der Regel nicht gewichtet. Eine Ausnahme bildet z. B. die Präqualifikation im selektiven Verfahren. Falls im selektiven Verfahren lediglich eine bestimmte Anzahl geeigneter Anbieter 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 angegeben werden, wenn keine Ausnahme nach Artikel 29 Absatz 3 vorliegt. Sollen Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen beschafft werden, ist eine vorgängige Gewichtung der Zuschlagskriterien wenig praktikabel.

Bst. e: Bei elektronischen Beschaffungen sind in den Ausschreibungsunterlagen die Anforderungen an die Authentifizierung sowie Verschlüsselung bei einer elektronischen Angebotseinreichung sowie die Regeln für elektronische Auktionen zu bezeichnen. Mit den offenen Formulierungen soll künftigen technischen Entwicklungen in diesem Bereich Rechnung getragen werden können.

Bst. g: Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Recht (§ 14 VRöB). In Ergänzung dazu sind in den Ausschreibungsunterlagen künftig der Ort und der Zeitpunkt der Offertöffnung festzuhalten, sofern diese öffentlich ist.

Bst. h: Die vom Bundesparlament eingefügte Ergänzung, wonach insbesondere die Angabe zur Währung, in der das Angebot einzureichen ist (in der Regel Schweizerfranken), zu den für die Erstellung der Angebote erforderlichen Modalitäten und Bedingungen gehört, erscheint sachgerecht und wurde entsprechend in die Vereinbarung übernommen.

Art. 37 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 Anbieter verhindert. Diese Vorschrift findet sich bereits in § 26 VRöB. Den Kantonen bleibt es aufgrund der gewählten Formulierung weiterhin freigestellt, zur Erhöhung der Verfahrenstransparenz und Rechtssicherheit eine öffentliche Offertöffnung bei Einladungsverfahren und offenen Verfahren durchzuführen oder gegebenenfalls darauf gänzlich zu verzichten.

Abs. 2

Die eingegangenen Angebote werden nach deren Öffnung in einem Protokoll festgehalten. Inhaltliche Bemerkungen zu den Angeboten gehören nicht in das Offertöffnungsprotokoll. Das Protokoll wird zu den Vergabeakten genommen.

Abs. 3

Die Zwei-Couverts-Methode will sicherstellen, dass eine qualitative Bewertung der Angebote zunächst ohne Berücksichtigung der finanziellen Bedingungen erfolgt. Damit soll eine vorurteilslose Prüfung der Leistungsangebote ermöglicht werden. Die Preisangebote werden erst anlässlich der Öffnung der zweiten Couverts bekannt und in die Bewertung der Gesamtangebote einbezogen. Qualitativ nicht optimale Angebote dürfen allerdings auch bei dieser Bewertungsmethode nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden.

Abs. 4

Auf Verlangen wird den Anbietern spätestens nach dem Zuschlag Einsicht in das Protokoll gewährt. Für die übrigen Verfahrensakten besteht dagegen im Rahmen des Verfügungsverfahrens kein Anspruch auf Akteneinsicht (vgl. Art. 57 Abs. 1).

Art. 38 Prüfung der Angebote

Die Grundsätze von Absatz 1 und 2 finden sich weitgehend bereits in § 28 und § 29 VRöB. Zunächst werden die eingereichten Angebote auf die Einhaltung der Formvorschriften überprüft (rechtzeitige Eingabe, Vollständigkeit, Unterschriften etc.). Danach sind die Angebote rechnerisch 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.

Abs. 1

Offensichtliche Rechenfehler sind von Amtes wegen zu korrigieren. 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 Artikel 24 Absatz 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 1000 m^3 bei einem Preisangebot von 2 Franken/m^3 der Gesamtpreis mit 200 Franken anstatt 2000 Franken berechnet wird. Ein solcher Feh-

ler ist zu korrigieren und hindert die Verbindlichkeit des Angebots nicht. Davon zu unterscheiden sind 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 Anbieter (z. B. Kantholz ab Sägewerk à 35 Fr. pro m^3 anstatt 350 Franken pro m^3). In diesen Fällen ist eine Berichtigung von Amtes wegen unzulässig.

Abs. 2

Die Erläuterung ist grundsätzlich auf die Korrektur von unbeabsichtigten Fehlern begrenzt und darf nicht zur Änderung der Angebote oder Nachbesserung von Mängeln (mit Ausnahme von Rechnungsfehlern) führen.

Es liegt im Ermessen des Auftraggebers, ob und auf welchem Weg die Angebote erläutert werden sollen.

Abs. 3

Diese Bestimmung findet in Artikel XV Absatz 6 GPA 2012 eine Grundlage und ist bereits unter dem geltenden Recht bekannt (§ 31 VRöB). Sie verpflichtet den Auftraggeber, im Fall ungewöhnlich niedriger Angebote beim Anbieter nachzufragen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die Modalitäten der Auftragserfüllung richtig verstanden wurden. Kann der Anbieter die Einhaltung dieser Bedingungen nicht oder nicht überzeugend garantieren und allfällige Zweifel an einer korrekten Auftragserfüllung nicht ausräumen, kann das Angebot ausgeschlossen werden (vgl. Art. 44 Abs. 2 Bst. c).

Ungewöhnlich tiefe Angebote stellen per se kein vergaberechtliches Problem dar. Unzulässig sind hingegen unlautere Angebote im Sinne des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG)[68]. 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 Angebots kann zudem im Einzelfall auch dann geboten sein, wenn gewisse Einzelpreise ungewöhnlich niedrig und andere Einzelpreise dagegen ungewöhnlich hoch sind (z.B. infolge Preisumlagerungen von Einheits- in Pauschalpreispositionen) und dadurch der öffentlichen Hand ein erhebliches Vergaberisiko entsteht. Entgegen den im BöB verwendeten Begriff "Gesamtpreis" haben sich die Kantone für die Beibehaltung des ursprünglichen Begriffs "Preis" entschieden. Wollte man nämlich auf ein ungewöhnlich tiefes Angebot nur aufgrund des Gesamtpreises schliessen, so würde sich diese Regelung als zu einschränkend erweisen. Dies, weil auch Einzelpreise des Angebots sich als ausserordentlich tief erweisen können, ohne dass der Gesamtpreis ebenfalls ausserordentlich tief ausfallen muss. Deshalb muss der Auftraggeber die Möglichkeit haben, ein Angebot auszuschliessen, wenn Einzelpreise sich als aussergewöhnlich tief erweisen und vertiefte Abklärungen zum Ergebnis führen, dass der Anbieter effektiv nicht in der Lage ist, die verlangten Leistungen zum angebotenen Preis zu erbringen bzw. die Auftragsmodalitäten zu erfüllen.

Abs. 4

Bei dieser vom Parlament beschlossenen Ergänzung handelt es sich um eine Frage des Vollzugs, welche die Kantone im Lichte der Harmonisierung so übernehmen.

---

[68] SR **241**

Art. 39 Bereinigung der Angebote

Um einen fairen Vergleich sicherzustellen, soll es im Rahmen der Bereinigung weiterhin möglich sein, den Leistungsgegenstand anzupassen. Anlässlich der Bereinigungen können direkte Kontakte mit den Anbietern stattfinden, die jedoch dokumentiert werden müssen.

Abs. 1 und 2

Eine Bereinigung der Angebote kann insbesondere bei komplexen Leistungen nötig werden. Die Bereinigung dient einerseits der Klärung von Missverständnissen und der Füllung echter Lücken in den Ausschreibungsunterlagen. Mit der Angebotsbereinigung wird dem Auftraggeber anderseits im Sinne einer Flexibilisierung ein Instrument in die Hand gegeben, während einer laufenden Ausschreibung den Leistungsgegenstand innerhalb vorgegebener Schranken zu optimieren und die Angebote vergleichbar zu machen.

Leistungsänderungen oder -reduktionen dürfen nicht dazu dienen, die Konformität einzelner Angebote, welche die ursprünglich gestellten Anforderungen klarerweise nicht erfüllt haben, nachträglich herbeizuführen. Angebote, die unvollständig sind oder anderweitig nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen, sind vom Verfahren auszuschliessen. So besteht kein Rechtsanspruch eines Anbieters, sein Angebot, das technische Spezifikationen nicht erfüllt, nachträglich zu ergänzen, um die Ausschreibungskonformität im zweiten Anlauf herzustellen. Bei geringfügigen Offertmängeln muss mit Rücksicht auf das Verbot des überspitzten Formalismus Hand zu einer Nachbesserung geboten werden.

Abs. 3

Das GPA 2012 lässt wie bereits das GPA 1994 Verhandlungen unter gewissen Voraussetzungen zu (Art. XII Abs. 1). Anders als die Kantone hat der Bund bisher von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Einer verbreiteten Forderung in der Vernehmlassung entsprechend und zwecks Harmonisierung mit dem interkantonalen Recht werden nun auch gemäss Bundesrecht Preisanpassungen nach der Offertöffnung nicht mehr voraussetzungslos zugelassen (vgl. bereits Art. 11 Bst. d). Die Notwendigkeit zu Preisanpassungen kann sich jedoch dann aufdrängen, wenn der Leistungsgegenstand im Rahmen der Angebotsbereinigung angepasst oder konkretisiert werden muss. Das Gebot der wirtschaftlichen Beschaffung kann bei Änderungen am Leistungsinhalt auch auf der Preisseite Anpassungen zur Folge haben. In finalen oder funktionalen Ausschreibungen, in denen lediglich das Ziel der Beschaffung vorgegeben wird, ist die Bereinigung von Leistungselementen regelmässig erforderlich. Dabei ist auf die Gleichbehandlung der Anbieter zu achten.

Mit dieser Regelung wird ein grundlegender Unterschied zwischen Bundesrecht und interkantonalem Recht beseitigt, d.h. Preisverhandlungen sind grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. dazu auch Art. 24 Abs. 2). Die vorliegende Vorlage schöpft den Handlungsspielraum des GPA 2012 nicht aus und gestattet eine inhaltliche Offertbereinigung mit anschliessender Preisanpassung nur aus begründetem Anlass und innerhalb enger formaler Schranken.

Abs. 4

Die Offertbereinigung untersteht den gesetzlichen Anforderungen sowie den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und Fairness. Mit der Protokollierung der Resultate soll sichergestellt werden, dass die rechtlichen Vorgaben und die Gleichbehandlung der Anbieter eingehalten werden.

Art. 40 Bewertung der Angebote

Abs. 1

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[69]. Erforderlich ist, dass sich aus der Dokumentation (Evaluationsbericht) die wesentlichen Gründe für die Bewertung, d. h. die Vorteile des berücksichtigten Angebots gegenüber den Angeboten der unterlegenen Anbieter, klar und zweifelsfrei nachvollziehen lassen.

Abs. 2

Je nach der Komplexität der Beschaffungsvorhaben kann die Prüfung der Offerten einen erheblichen Aufwand bedeuten. Einerseits kann es beispielsweise bei standardisierten Normpositionen im Hoch- oder Tiefbau bereits nach der Prüfung weniger Hauptkapitel klar werden, welche Angebote überhaupt noch für den Zuschlag in Frage kommen. Anderseits kann es zuweilen erforderlich sein, im Rahmen der Angebotsbewertung einen Labor- oder Feldtest durchzuführen, um bestimmte Eigenschaften der Leistung effektiv und nicht nur auf dem Papier beurteilen zu können. Gestützt auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit muss es dem Auftraggeber 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. Die ausgeschiedenen Anbieter werden über den Vorentscheid informiert, wobei dieser Entscheid allerdings nicht selbstständig anfechtbar ist. Im Sinne des Transparenzgebots empfiehlt es sich, die Anwendung dieser Norm und die Anzahl der Anbieter, 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. 41 Zuschlag

Ein kardinaler Grundsatz des Staatsvertragsrechts verlangt, dass der Zuschlag an das *wirtschaftlich günstigste Angebot* erfolgt (Art. XV Abs. 5 Bst. a GPA 2012: "most advantageous tender"). Diese für die deutschsprachige Schweiz bisher gewählte Formulierung entspricht dem geltenden Recht von Bund und Kantonen und steht auch im Einklang mit der Terminologie in den EU-Richtlinien.

Im Rahmen der Beratungen des Parlaments gab es unterschiedliche Meinungen zu dieser Bestimmung. So hatte der Ständerat ursprünglich beschlossen, die neue Formulierung des Nationalrates, nämlich "das vorteilhafteste Angebot", zu übernehmen, aber diesen Begriff zusätzlich mit dem Auslegungskriterium "bestes Preis-Leistungs-Verhältnis" ergänzend zu definieren. Schliesslich hat sich der Ständerat aber nach erneuter Prüfung der verschiedenen Argumente für den Vorschlag des Nationalrates ohne zusätzliche Ergänzungen entschieden. Damit gilt nunmehr gemäss BöB der Begriff des "vorteilhaftesten Angebots" für den Zuschlag. Im Ständerat wurde zu dieser gewählten Neuformulierung aber erklärt, dass man zwar dem Nationalrat folge, um keine Widersprüche entstehen zu lassen, dass man aber zuhanden der Materialien auch erklären müsse, was das

[69] Vgl. BGer-Urteil 2D_49/2011 vom 25. September 2012, E. 7.4.

"vorteilhafteste Angebot" sei, denn es gebe hierzu keine Erläuterungen in der bundesrätlichen Botschaft. Es handle sich nämlich immer noch um das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis, d.h. jenes Angebot, welches die höchste Punktzahl aller gewichteten Kriterien erhält. Diese Beurteilung wurde in der Folge auch vom Vertreter des Bundesrates bestätigt. Der bereits von diversen Vernehmlassungsadressaten geäusserte Vorschlag, den Begriff "vorteilhaftestes Angebot" einzuführen, wird somit auch von den Kantonen im Lichte der Harmonisierung übernommen. Auch Stimmen aus Politik, Handel und Industrie waren der Ansicht, das vorteilhafteste Angebot bringe besser zum Ausdruck, dass neben dem Preis weitere Faktoren mitbewertet werden.

Beim "vorteilhaftesten Angebot" geht es um die optimale Erfüllung der Zuschlagskriterien, also um die Gesamtqualität des Angebots. Daher besteht im Beschaffungsrecht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung des Zuschlags an denjenigen Anbieter, der das vorteilhafteste Angebot eingereicht hat. Dieses wird ermittelt, indem neben Qualität und Preis einer Leistung sowie je nach Leistungsgegenstand weitere gleichwertige Kriterien wie beispielsweise Zweckmässigkeit, Termine, Lebenszykluskosten, Nachhaltigkeit, Lieferbedingungen, Kundendienst usw. (vgl. Art. 29) berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung von Sekundärzielen (wie Förderung von Innovationen, soziale Eingliederung, Ausbildungsplätze in der beruflichen Grundbildung) ist ebenso möglich, darf aber nicht in einer Diskriminierung oder einer ungerechtfertigten Verweigerung des Marktzutritts resultieren.

Im Rahmen der Umfrage vom Sommer 2019 hat eine Mehrheit der Kantone den Vorschlag des Bundesparlaments mit dem neuen Begriff "vorteilhaftestes Angebot" im Lichte der Harmonisierung zugestimmt. Das politische Steuerungsgremium und das InöB haben die neue Formulierung ebenfalls befürwortet. Verschiedene Kantone haben zudem vorgeschlagen, eine Begriffsdefinition zum "vorteilhaftesten Angebot" in Artikel 3 aufzunehmen. Gestützt auf die Argumentation des Vertreters des Bundesrates und gestützt auf die Beratungen des Bundesparlaments hat das politische Steuerungsgremium vorgeschlagen darauf zu verzichten. Das InöB ist diesem Vorschlag gefolgt.

Art. 42 Vertragsabschluss

Abs. 1

Der Zuschlag erfolgt durch Verfügung gemäss kantonalem Verfahrensrecht. Der daran anschliessende Vertrag untersteht in der Regel (aber nicht zwingend und nicht ausnahmslos) dem Privatrecht. Auch wenn der Anbieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag erhält, besteht kein Anspruch auf einen Vertragsabschluss (fehlender Kontrahierungszwang). Der Vertragsschluss liegt im Ermessen des Auftraggebers. Um langwierige Vertragsverhandlungen nach erfolgtem Zuschlag zu vermeiden, sind Auftraggeber teilweise dazu übergegangen, den Entwurf des Beschaffungsvertrages bereits mit den Ausschreibungsunterlagen aufzulegen. Es wäre auch zulässig, Anpassungen dieses Vertragsentwurfs im Rahmen der Zuschlagskriterien und der Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen in die Bewertung miteinzubeziehen.

Die Bestimmung entspricht der Regelung in Artikel 14 Absatz 1 IVöB, in dem ausdrücklich festgehalten wird, dass mit dem Vertragsschluss bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist zugewartet werden muss. 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.

Ein vorzeitig abgeschlossener Beschaffungsvertrag ist nicht schlechthin nichtig (Art. 20 OR). Diese Rechtsfolge tritt nur dann ein, "wenn [sie] vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt"[70]. 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 des Beschaffungsrechts. Bei erfolgreichem Ausgang des Verfahrens ist eine Anweisung des Gerichts an den Auftraggeber denkbar, die Leistungen neu auszuschreiben.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Privatrechts ist im Beschaffungsrecht zwischen der internen Willensbildung des Auftraggebers einerseits und dem Vertragsschluss zwischen Auftraggeber und Anbieter anderseits zu unterscheiden. Aus dem Umstand, dass am Ende des Vergabeverfahrens mit dem berücksichtigten Anbieter ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen wird, lässt sich keine allgemeine privatrechtliche Haftung des Gemeinwesens gegenüber nicht berücksichtigten Anbietern ableiten[71].

Während das EU-Recht die Schriftform des Beschaffungsvertrags vorschreibt, wird hier auf dieses Kriterium verzichtet. Aus Beweisgründen sind öffentliche Aufträge jedoch regelmässig schriftlich abzuschliessen.

Abs. 2

Wurde ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht gestellt oder abgelehnt, so darf der Beschaffungsvertrag mit dem Zuschlagsempfänger abgeschlossen werden. Einem allfälligen Weiterzug des Massnahmenentscheids ans Bundesgericht (der im Übrigen nur bei Verletzung verfassungsmässiger Rechte und Fragen von grundsätzlicher vergaberechtlicher Bedeutung möglich ist)[72] kommt mangels gesetzlicher Anordnung keine aufschiebende Wirkung zu. Da ein unmittelbarer Vertragsschluss allenfalls rechtsmissbräuchlich sein könnte, ist nach Eingang des erstinstanzlichen Entscheids eine Warteperiode von in der Regel fünf Tagen zu beachten[73]. Bei rechtshängigem Verfahren ist der Vertragsschluss dem befassten Gericht anzuzeigen. Damit ist der Beschwerdeführer auf den sogenannten Sekundärrechtsschutz verwiesen.

Falls für eine Beschaffung ein Verpflichtungskredit erforderlich ist, steht der Zuschlag unter dem Vorbehalt der Bewilligung des Verpflichtungskredits durch die zuständige Instanz. Dieser Vorbehalt ist im Zuschlag festzuhalten. Die Beschwerdefrist läuft gleichwohl ab der Eröffnung des Zuschlags, nicht erst ab der Kreditgenehmigung. Wird der Vertrag (z. B. aus Effizienzgründen) schon vor der Genehmigung des Verpflichtungskredits abgeschlossen, ist darin eine entsprechende Suspensivbedingung vorzusehen.

Art. 43 Abbruch

Abs. 1

Ein Beschaffungsverfahren wird entweder durch eine Zuschlags- oder durch eine Abbruchverfügung abgeschlossen, welche den Anbietern eröffnet wird (vgl. Art. 51). Ein Abbruch ist aus zureichenden Gründen in jedem Verfahrensstand möglich (Art. XV Abs. 5

[70] BGE 102 II 401
[71] Vgl. BGer-Urteil 4A_397/2012 vom 11. Januar 2013, E. 2.2.
[72] Vgl. Art. 83 Bst. f Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 98 BGG.
[73] BGer-Urteil 2C_203/2014 vom 9. Mai 2015, E. 1.4 f.

GPA 2012, Art. 13 Bst. i IVöB i.V.m. § 36 VRöB). Über das Beschaffungsbedürfnis entscheidet allein der Auftraggeber. Die Aufzählung möglicher Abbruchgründe in Absatz 1 ist exemplarisch. Massgebend ist einzig, dass sich der Auftraggeber auf hinreichend sachliche Gründe stützt und mit dem Abbruch weder eine gezielte Diskriminierung eines Anbieters noch die Behinderung des Wettbewerbs beabsichtigt oder bewirkt[74].

Bst. a: Wenn der Auftraggeber das beabsichtigte Vorhaben nicht verwirklicht, ist ein Abbruch regelmässig definitiv und ohne Weiteres zulässig. Dazu kann es zum Beispiel dann kommen, wenn eine Leistung unter Vorbehalt der Kreditgewährung ausgeschrieben wird und der Kredit in der Folge nicht gesprochen wird. Auch aufgrund neuer Erkenntnisse kann ein Auftraggeber beschliessen, von der Vergabe eines öffentlichen Auftrags abzusehen.

Bst. b - e: Die Leistungsanforderungen werden gelegentlich "überspezifiziert". Ein Abbruch ist daher auch dann zulässig, wenn kein Angebot die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen erfüllt (Bst. b). Ebenso rechtfertigen veränderte Rahmenbedingungen (Bst. c) und die daraus resultierende Möglichkeit eines günstigeren Angebots einen Abbruch des Verfahrens – beispielsweise, wenn der Auftraggeber 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). Für die Beurteilung unzulässiger Wettbewerbsabreden (Bst. e) wird auf die Erläuterungen zu Artikel 44 Absatz 2 verwiesen.

Aus einer Abbruchverfügung muss direkt hervorgehen, aus welchen sachlichen Gründen der Auftraggeber das Verfahren abbricht.

Abs. 2

Bei einem Abbruch aus sachlichem Grund haben die Anbieter keinen Anspruch auf Entschädigung ihrer Auslagen für die Einreichung des Angebots. Ein solcher Abbruchentscheid stellt keine Rechtsverletzung dar.

Art. 44 Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags

Die Möglichkeit, Anbieter wegen Fehlverhaltens oder anderer Gründe auszuschliessen, sah bereits Artikel VIII Buchstabe 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 2012 werden die Tatbestände, die einen Ausschluss vom Verfahren begründen, erweitert. Artikel VIII Absatz 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 Verbrechen oder sonstige schwere Delikte,

e) berufliches Fehlverhalten, Handlungen oder Unterlassungen, die die kommerzielle Integrität des Anbieters beeinträchtigen oder

f) Nichtbezahlung von Steuern.

[74] Vgl. BGE 134 II 192, E. 2.3 f.

Gefordert wird ein "supporting evidence". Dass der Auftraggeber negative Erfahrungen aus früheren Aufträgen ebenso wie die Resultate aus einer Abklärung durch die WEKO (Submissionsabreden, Kollusion) berücksichtigen kann, stellt eine zentrale Neuerung von Artikel VIII Absatz 4 GPA 2012 dar. Die Kantone kennen hingegen bereits heute den Ausschlussgrund aufgrund unzulässiger Wettbewerbsabreden (vgl. § 27 Bst. e VRöB).

Abs. 1

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

Die Bestimmung enthält eine Liste von Tatbeständen, die einen Ausschluss, einen Widerruf des Zuschlags oder die Streichung aus einem Verzeichnis rechtfertigen. Im ersten Absatz werden diejenigen Tatbestände abschliessend aufgeführt, die sichere Kenntnis voraussetzen. Der Auftraggeber ist gehalten, sich diese Kenntnis vor seinem Entscheid zu verschaffen.

Bst. a: Es liegt im Ermessen des Auftraggebers, ob und welches Verhalten (eingeschlossen ein Untätigbleiben) eines Anbieters oder beigezogener Dritter er als derart unpassend qualifiziert, dass ein Ausschluss oder Widerruf des Zuschlags gerechtfertigt wäre (beispielsweise, wenn Anordnungen des Auftraggebers trotz schriftlicher Abmahnung nicht befolgt werden).

Bst. b: Die Auftraggeber legen in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen die formellen und inhaltlichen Anforderungen an die Angebote fest. Diese Festlegungen sind verbindlich einzuhalten, sofern sie nicht diskriminierend wirken. Angebote, die den Anforderungen nicht entsprechen, können ausgeschlossen werden (vgl. § 27 Bst. h VRöB). Bei untergeordneten Mängeln wird gegebenenfalls eine kurze Frist zur Korrektur angesetzt (Verbot des überspitzten Formalismus).

Bst. c: Der "Unrechtsgehalt" ist unterschiedlich. Erfasst wird einerseits die rechtskräftige Verurteilung des Anbieters oder seiner Organe (gemeint sind die Mitglieder des Organs) wegen eines Verbrechens (gegen Dritte) sowie anderseits ein Verbrechen oder Vergehen "zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers", d. h. Fälle, in denen der Auftraggeber geschädigte Person im Sinne von Artikel 115 der Strafprozessordnung (StPO)[75] ist. Buchstabe c bezieht sich nicht nur auf Verbrechen und Vergehen gemäss dem Strafgesetzbuch (StGB)[76], sondern auch gemäss der Spezialgesetzgebung wie zum Beispiel der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes (vgl. auch § 27 Bst. g VRöB).

Bst. d: Das Pfändung- oder Konkursverfahren schliesst an ein abgeschlossenes Betreibungsverfahren an. Die Fortsetzung erfolgt entweder durch Pfändungsankündigung oder durch Konkursandrohung. Von diesem Zeitpunkt weg besteht ein erhebliches Risiko, dass das Vermögen des Anbieters durch Vollstreckungsmassnahmen geschmälert wird und er nicht mehr in der Lage sein wird, die erforderlichen Ressourcen für einen öffentlichen Auftrag bereitzustellen (vgl. auch § 27 Bst. f VRöB).

[75] SR **312.0**
[76] SR **311.0**

Bst. e: Die Bekämpfung der Korruption bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bildet ein Kernthema der GPA-Revision. Korruption kann viele Formen annehmen. Im Zentrum stehen die Gewährung und die Annahme geldwerter Vorteile, auf die kein gesetzlicher Anspruch besteht. Auch hier wird sichere Kenntnis vorausgesetzt; der Verdacht allein genügt nicht. Sichere Kenntnis bedeutet indessen – in Abweichung von Buchstabe c – nicht, dass eine rechtskräftige Verurteilung des betroffenen Anbieters oder seiner Organe abzuwarten ist. Begründete Vermutungen, wie die Eröffnung einer Untersuchung durch die Strafuntersuchungsbehörden, reichen aus. Verfügt ein Auftraggeber über sichere Kenntnis von korrupten Praktiken, ist ihm eine Zusammenarbeit mit dem betroffenen Anbieter nicht mehr zuzumuten. Ein Teil der "Bestimmungen zur Bekämpfung der Korruption" findet sich im Strafgesetzbuch (Art. 322ter ff. StGB). Buchstabe e betrifft jedoch auch Bestimmungen des UWG und andere Bestimmungen zivilrechtlicher Natur, welche die Bekämpfung der Korruption zum Inhalt haben – beispielsweise als eigenständige Vertragsklausel oder Bestandteil von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Mit Buchstabe e wird ferner der in den Erläuterungen zu Artikel 11 Buchstabe b erwähnten Empfehlung der OECD-Antikorruptionsarbeitsgruppe Rechnung getragen.

Bst. f: Kontrollen nach Massgabe von Artikel 12 können durch die Auftraggeber, durch spezialgesetzlich dazu berufene Behörden oder durch paritätische Organe angeordnet und durchgeführt werden. Die Anbieter sind verpflichtet, bei diesen Kontrollen mitzuwirken. Ihre Weigerung oder die Vereitelung solcher Kontrollen kann zum Ausschluss vom Vergabeverfahren und zur Streichung aus der Liste gemäss Artikel 28 führen.

Bst. g: Bezahlt ein Anbieter fällige Bundes-, Kantons- oder Gemeindesteuern oder fällige Sozialabgaben (wie AHV-, IV-, EO-, ALV-, BVG- und UVG-Beiträge) nicht, kann er ebenfalls von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (vgl. auch § 27 Bst. c VRöB) und aus der Liste gemäss Artikel 28 gestrichen werden.

Bst. h: Artikel VIII Absatz 4 Buchstabe c GPA 2012 erlaubt es den Vertragsparteien, negative Erfahrungen mit einem Anbieter bei früheren Vergaben in den Ausschlussentscheid miteinzubeziehen (vgl. auch § 27 Bst. g VRöB). Die Gründe für einen solchen Ausschluss müssen objektiv und schwerwiegend sein. Untergeordnete Mängel oder Versäumnisse bei der Erfüllung früherer Aufträge berechtigen nicht zu einem Ausschluss.

Erfasst werden etwa die mangelhafte Ausführung früherer Aufträge sowie Fälle, in denen der Anbieter in anderer Weise erkennen liess, kein verlässlicher und vertrauenswürdiger Vertragspartner zu sein. Letzteres ist ein Auffangtatbestand; seine Anwendung bedarf einer sorgfältigen Interessenabwägung und wird in der Regel voraussetzen, dass der Anbieter erfolglos abgemahnt wurde. Sichere Kenntnis dieser Ausschlussgründe dürfte regelmässig nur der Auftraggeber haben, der bereits auf entsprechende Erfahrungen mit dem Anbieter zurückblicken kann. Den Vergabestellen wird empfohlen, die fehlende Verlässlichkeit oder Vertrauenswürdigkeit des Vertragspartners zu dokumentieren.

Bst. i: Vorbefassung (Art. 14) führt regelmässig zum Ausschluss. Eine Ausnahme kann sich nur dann aufdrängen, wenn der Wettbewerbsvorteil mit geeigneten Mitteln (z. B. Offenlegung von Arbeitsresultaten) ausgeglichen werden kann.

Bst. j: Nach Artikel 45 Absatz 1 kann ein Anbieter bei Erfüllung eines oder mehrerer Tatbestände von Artikel 44 Absatz 1 Buchstaben c und e sowie Absatz 2 Buchstaben b, f und g für die Dauer von bis zu fünf Jahren von künftigen Vergaben ausgeschlossen werden. Dieser besondere Ausschlussgrund wird hier ausdrücklich erwähnt.

Abs. 2

Der zweite Absatz enthält eine nicht abschliessende Liste von Tatbeständen, die bereits bei Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte zur Anwendung gelangen können. So kann

beispielsweise bei einem dringenden Verdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsabrede mit einem Ausschluss nicht bis zum Abschluss des WEKO-Verfahrens zugewartet werden. Gleiches gilt für den dringenden Verdacht einer Insolvenz oder einer Verletzung der Teilnahmebedingungen (wie Schwarzarbeit sowie Arbeitsschutz, Gesamtarbeitsvertrag und Lohngleichheit zwischen Frau und Mann; vergleiche hierzu auch § 27 Bst. d VRöB). Die Zusammenarbeit bei der Leistungserbringung setzt Vertrauen in die Anbieter voraus. Ist dieses Vertrauen zerstört oder ernstlich gefährdet, soll der Auftraggeber nicht zur Zusammenarbeit gezwungen werden. Er soll aber auch nicht auf den blossen Verdacht hin einen Anbieter ausschliessen. Vielmehr ist er gehalten, sorgfältig die Verdachtsgründe abzuklären und allfällige Beweise sorgfältig zu würdigen.

Für beide Absätze gilt: Mit der Kann-Formulierung ist angedeutet, dass nicht jede Verfehlung eines Anbieters zwingend solche Folgen haben muss.

Liegt ein rechtkräftiges Urteil wegen schwerer Delikte vor, wird ein Ausschluss regelmässig geboten sein.

Unterpreis-Angebote sind nicht von vornherein unzulässig. Ein Auftraggeber wird sich aber beim Anbieter vergewissern, ob alle Leistungsanforderungen richtig verstanden wurden und der Anbieter "Gewähr" für eine richtige Vertragserfüllung bietet (Art. 38 Abs. 3). Bei allen Tatbeständen sind der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Verbot des überspitzten Formalismus zu beachten[77]. Dies ist auch deshalb angezeigt, weil der Auftraggeber in den meisten Fällen gestützt auf Verdachtsgründe einen Anbieter aus dem laufenden Verfahren ausschliessen, ihn aus einem Verzeichnis streichen oder einen Zuschlag widerrufen könnte. Hat der Auftraggeber Sachverhalte in einem Rechtsgebiet zu beurteilen, in welchem er keine besonderen Fachkenntnisse aufweist (z. B. Verstoss gegen anerkannte Berufsregeln, Verletzung der Bestimmungen über die Schwarzarbeit, des Umweltrechts und der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann oder bei unzulässigen Wettbewerbsabreden), kann er bei Bedarf die entsprechenden Fachbehörden konsultieren.

Der Ausschluss eines Anbieters vom Vergabeverfahren kann nach Ermessen des Auftraggebers durch Verfügung unmittelbar oder mit dem Zuschlag erfolgen.

Als Konsequenz der in Artikel 12 neu formulierten Auflagen bezüglich Einhaltung der Bestimmungen des Umweltrechts hat das Bundesparlament eine teilweise Ergänzung in Absatz 2 Buchstabe f vorgenommen. Demnach kann auch die Missachtung der Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts oder von internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt zu einem Ausschluss des Anbieters vom Verfahren, zur Streichung aus einem Verzeichnis oder zum Widerruf des Zuschlags führen. In der Debatte des Bundesparlamentes wurde auch Buchstabe h ergänzt, der Massnahmen für einen Ausschluss vorsehen kann, wenn ein Verstoss gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vorliegt. Die Ergänzung ist eine Konsequenz aus dem Bericht des Bundesrates zum Postulat 16.3785 (Öffentliche Beschaffungen. Massnahmen im Bereich der Planungsleistungen). Darin hält der Bundesrat fest, dass unlautere (Submissions-) Angebote im Sinne des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verboten sind.

Die Kantone unterstützen diese Überlegungen und haben die Bestimmung des Umweltrechts auch in die IVöB aufgenommen.

[77] Vgl. BGer-Urteil 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013, E. 2.3.

Art. 45 Sanktionen

Die Zuständigkeit zur Ergreifung von Sanktionen ergibt sich aus den Organisationsbestimmungen der einzelnen Kantone. Werden die Bestimmungen des Beschaffungsrechts in schwerwiegender Weise verletzt, kann dies eine Administrativuntersuchung und für die verantwortlichen Personen Disziplinarmassnahmen zur Folge haben. Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde hat die Möglichkeit, einen Anbieter oder einen Subunternehmer zu sanktionieren, wenn dieser sich rechtswidrig verhält.

Sanktionen müssen gemäss Legalitätsprinzip in einem Gesetz im formellen Sinn geregelt sein. Verwarnungen haben schriftlich zu erfolgen und stellen in der Regel eine Reaktion auf leichtere Widerhandlungen dar, 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 Arbeitnehmerschutzbestimmungen). Bei der Verhängung einer Massnahme hat der Auftraggeber dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Schwere der Verfehlung Rechnung zu tragen. Dem Anbieter bleiben gegen die Sanktionierung die im Gesetz genannten Rechtsmittelmöglichkeiten (vgl. Art. 53 Abs. 1 Bst. h und i).

Abs. 1

Bei schwerwiegenden Widerhandlungen kann der Auftraggeber fehlbare Anbieter oder Subunternehmer ohne vorgehende Verwarnung von künftigen Vergaben für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausschliessen oder ihnen eine Busse von bis zu 10 Prozent der bereinigten Angebotssumme auferlegen. In leichten Fällen kann eine Verwarnung erfolgen. Statt einer direkten Sanktion kann auch die Anzeige an eine Spezialbehörde erfolgen. Diese Sanktionen sind möglich, wenn ein Anbieter bzw. Subunternehmer oder seine Organe rechtskräftig wegen eines Verbrechens im Zusammenhang mit einem öffentlichen Auftrag verurteilt worden sind oder ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers begangen haben. Eine Verwarnung, eine Busse oder ein Ausschluss von weiteren öffentlichen Aufträgen des jeweiligen Auftraggebers ist zudem möglich, wenn ein Anbieter bzw. Subunternehmer Bestimmungen zur Bekämpfung der Korruption verletzt hat. Schliesslich können auch die Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede oder die Verletzung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit oder der Bestimmungen zur Vertraulichkeit zu einer Verwarnung, einer Busse oder zu einem Ausschluss führen.

Es steht im Ermessen des jeweiligen Auftraggebers oder der nach gesetzlicher Anordnung zuständigen Behörde, ob er bzw. sie eine Sanktion ausspricht oder nicht. Ein Ausschluss von künftigen Vergaben stellt eine schwere Sanktion dar, die bei einmaligen leichten Verstössen in der Regel nicht gerechtfertigt ist. Bei wiederholten oder schweren Widerhandlungen, namentlich nach einem rechtskräftigen Strafurteil wegen Korruption, kann diese Sanktion angemessen sein.

Ein Anbieter, der in schwerwiegender oder wiederholter Weise Bestimmungen über die Schwarzarbeit missachtet hat und deswegen rechtskräftig verurteilt wurde, wird grundsätzlich gemäss Artikel 13 BGSA sanktioniert. Er 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 ihm während einer bestimmten Dauer Finanzhilfen gekürzt oder gestrichen werden.

Abs. 2

Die Sanktionsmöglichkeiten Verwarnung, Busse und Ausschluss bestehen unabhängig von weiteren rechtlichen Schritten gegen den fehlbaren Anbieter, Subunternehmer oder deren Organe. 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.

Dem Vorschlag der WEKO folgend wird eine Anzeigepflicht bei hinreichenden Anhaltspunkten einer Kollusion zwischen den Anbietern in die Vereinbarung aufgenommen (Abs. 2 letzter Satz). Eine Notifikation der WEKO kann auch unabhängig von der Sanktionierung des betroffenen Anbieters erfolgen, wobei diese Möglichkeit dem Auftraggeber oder der nach gesetzlicher Anordnung zuständigen Behörde vorbehalten bleibt.

Abs. 3

Mit dieser Bestimmung wird die gesetzliche Grundlage für eine zentrale Liste der von künftigen öffentlichen Aufträgen ausgeschlossenen Anbieter und Subunternehmer geschaffen. Der Bund sieht gemäss BöB eine vergleichbare Liste vor. Bund und Kantone werden die so erhobenen Daten in geeigneter Weise austauschen.

Da die Aufführung auf einer solchen Liste einem Anbieter oder Subunternehmer Nachteile bringen könnte, ist die Liste nicht öffentlich, d. h. sie wird nicht aktiv publiziert. Anfragen seitens der Auftraggeber können nur mit Bezug auf einen spezifischen Anbieter oder Subunternehmer erfolgen, der an einer konkreten Ausschreibung teilnimmt. Nach Ablauf der Sanktion wird der Anbieter oder Subunternehmer aus der Liste gestrichen. Über abgelaufene Sanktionen wird aktiv keine Auskunft erteilt. Diese nicht öffentliche Liste der sanktionierten Anbieter ist nicht justiziabel (im Gegensatz zu den Verzeichnissen von Art. 28). Sie gründet auf einem nicht anfechtbaren, rechtskräftigen Entscheid der zuständigen Stelle.

Es empfiehlt sich für die Kantone, eine zentrale Stelle mit der Sammlung und Weiterleitung an das InöB der rechtskräftigen Ausschlüsse für künftige öffentliche Aufträge zu beauftragen. Daneben soll in der Selbstdeklaration eine entsprechende Ergänzung aufgenommen werden, mit welcher der Anbieter Auskünfte erteilen muss, ob gegen ihn oder einen seiner Subunternehmer ein Ausschluss in Kraft ist.

Abs. 4

Absatz 4 bildet eine gesetzliche Grundlage für den Erlass und die Durchsetzung verbindlicher Weisungen. Missachtet ein Auftraggeber Bestimmungen dieser Vereinbarung, ist die zuständige kantonale Behörde berechtigt und verpflichtet, einzuschreiten. Neben der Weisung, ein gesetzeskonformes Vergabeverfahren durchzuführen, kommt auch die Aufforderung in Betracht, einen unter Missachtung der Vereinbarung geschlossenen Vertrag unter Beachtung der massgeblichen Fristen zu kündigen.

Abs. 5

Im Gegenzug zu den Möglichkeiten gegenüber fehlbaren Anbietern sind auch Sanktionen vorzusehen im Falle von Widerhandlungen durch Auftraggeber, die öffentliche Beiträge erhalten. Gesprochene Beiträge können ganz oder teilweise entzogen bzw. zurückgefordert werden. Zuständig zum Erlass dieser Massnahme ist der jeweilige Beitraggeber. Der Rechtsschutz gegen die Verhängung einer solchen Sanktion ergibt sich aus dem massgebenden Subventionsrecht oder subsidiär aus den auf den Subventionsgeber anwendbaren Rechtsgrundlagen. Selbstredend bleiben nicht nur in subventionierten Fällen, son-

dern auch bei eigenen Vergaben des Kantons oder der Gemeinden Disziplinarmassnahmen (unter Umständen sogar strafrechtliche Verfolgungen) gegen die verantwortlichen Personen vorbehalten.

7. Kapitel: Fristen und Veröffentlichungen, Statistik

Zur Verbesserung der Transparenz führt das GPA 2012 einen separaten Artikel VI betreffend "Information über das Beschaffungswesen" ein. Darin ist für den Staatsvertragsbereich vorgesehen, dass die Vertragsstaaten im Publikationsorgan gemäss Anhang III (in elektronischer Form oder in Papierform) die Bekanntmachungen betreffend Beschaffungen, die Anzeigen zur Aufnahme auf die mehrfach verwendbare Anbieterliste und die Bekanntmachungen betreffend Zuschlagserteilung und damit zusammenhängende Informationen veröffentlichen. Artikel VII Absatz 1 GPA 2012 stipuliert zudem, dass die Anzeigen in einem weit verbreiteten Publikationsorgan erfolgen und zumindest für die angekündigte Dauer der Publikation leicht zugänglich sein sollen. Artikel XVI 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 Artikel 48 und 50 sollen diesbezüglich Abhilfe schaffen und die Transparenzerfordernisse des GPA 2012 umsetzen. Gleichzeitig werden in Artikel 47 die Vorgaben von Artikel XI GPA 2012 zur Verkürzung der Minimalfristen umgesetzt.

Art. 46 Fristen

Abs. 1

Umfang und Komplexität der unterstellten Beschaffungen unterscheiden sich erheblich. Die Vereinbarung sieht daher nur Mindestfristen vor. Bei umfangreichen Beschaffungen sollten diese Fristen wie unter geltendem Recht angemessen verlängert werden.

Vorbehältlich abweichender Instruktionen des Auftraggebers ist die Frist für eine schriftliche Eingabe gewahrt, wenn diese am letzten Tag der Frist (spätestens um Mitternacht) der Vergabebehörde eingereicht oder zu deren Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird. Beim Einreichen eines Angebots auf dem Postweg ist für die Fristwahrung der Poststempel relevant. Abweichend davon ist es dem Auftraggeber im Einklang mit der bisherigen Praxis freigestellt, die Frist in der Ausschreibung unter Bestimmung des Tages und der Uhrzeit so festzusetzen, dass das vollständige Angebot zur Fristwahrung zu diesem Zeitpunkt eingehen muss. Dann spielt das Datum der Postaufgabe keine Rolle, und es wird einzig darauf abgestellt, ob das Angebot zu diesem Zeitpunkt vollständig und in der verlangten Form beim Auftraggeber eingeht.

Abs. 2

Die Minimalfristen für das offene und das selektive Verfahren richten sich im Staatsvertragsbereich nach der Bestimmung in Artikel XI Absatz 3 Buchstabe a GPA 2012. Sie entsprechen der heutigen Regelung von § 19 VRöB. Die Frist von 40 Tagen beginnt mit der Publikation substanzieller Berichtigungen noch einmal von neuem. Kleinere Berichtigungen der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen, die keinen substanziellen Mehraufwand für die Anbieter und keine Änderung des Anbieterkreises zur Folge haben, führen nicht zu einem Neubeginn des Fristenlaufs. Für diesen massgebend ist

neben der Wesentlichkeit der Berichtigung jedoch auch deren Zeitpunkt, d. h. ob es den Anbietern in der verbleibenden Zeit noch möglich ist, die Anpassung zu berücksichtigen.

Abs. 3

Im Gegensatz zu Fristverkürzungen sind Fristverlängerungen im Ermessen des Auftraggebers ohne Einschränkungen möglich, solange sie rechtsgleich angewendet werden. Im offenen und selektiven Verfahren sind Fristverlängerungen zu publizieren; im Einladungsverfahren genügt eine schriftliche Anzeige, die gleichzeitig an alle Anbieter ergeht. Eine entsprechende Vorschrift findet sich bereits in § 18 Abs. 2 VRöB.

Abs. 4

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beträgt die Frist zur Einreichung von Angeboten in der Regel mindestens 20 Tage. Eine Unterschreitung dieser Minimalfrist ist nur ausnahmsweise möglich, wobei eine Minimalfrist von fünf Tagen in jedem Fall einzuhalten ist (bei standardisierten Waren und Dienstleistungen).

Art. 47 Fristverkürzung im Staatsvertragsbereich

Fristverkürzungen im Staatsvertragsbereich sind sowohl beim offenen als auch beim selektiven Verfahren möglich. Beim letzteren kann der Antrag zur Teilnahme je nach Umständen gemäss Absatz 1 verkürzt werden.

Abs. 1

Die Möglichkeit zur Fristverkürzung auf 10 Tage im Staatsvertragsbereich wegen nachgewiesener Dringlichkeit entspricht Artikel XI Absatz 4 Buchstabe c GPA 2012.

Abs. 2

Bei elektronischer Publikation einer Beschaffung (Bst. a), bei gleichzeitiger elektronischer Publikation der Ausschreibungsunterlagen (Bst. b) sowie bei elektronischer Entgegennahme der Angebote (Bst. c) kann die Minimalfrist von 40 Tagen im Staatsvertragsbereich für die Einreichung der Angebote um je fünf Tage, also um insgesamt 15 Tage, verkürzt werden (Art. XI Abs. 5 GPA 2012).

Abs. 3 und 4

Weitere Verkürzungen auf bis zu 10 Tage für die Einreichung der Angebote sind im Staatsvertragsbereich möglich, wenn spätestens 40 Tage und frühestens 12 Monate vor der Publikation der Ausschreibung eine Vorankündigung ergangen ist bzw. bei wiederkehrend benötigten Leistungen der Auftraggeber auf die Fristverkürzung hingewiesen hat. Diese Regelung findet sich bereits im § 19 VRöB.

Abs. 5

"Gewerbliche Waren oder Dienstleistungen" im Sinne dieser Bestimmung sind Leistungen, die regelmässig von privaten Nachfragern für private Zwecke erworben werden (insbesondere Leistungen des täglichen Bedarfs). Die Definition entspricht jener von Artikel I Buchstabe a GPA 2012 und lässt Raum für eine Beurteilung im Einzelfall. Soweit diese Leistungen im Hinblick auf einen Verkauf oder Wiederverkauf erworben werden, ist ihre Beschaffung ohnehin nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a von der Geltung der Vereinbarung ausgenommen. Werden gewerbliche Waren und Dienstleistungen indessen vom Auftraggeber beansprucht ("konsumiert"), ist eine Fristverkürzung möglich.

Art. 48 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 Zuschläge im Staatsvertragsbereich eine Publikationspflicht.

Aufgrund der raschen Entwicklung im Bereich der Domainnamen und des E-Government wird darauf verzichtet, die Publikationsplattform in der Vereinbarung 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. Der Bund sowie sämtliche Kantone sind Vereinsmitglieder und leisten dazu finanzielle Beiträge. Ausser dem Bund und allen Kantonen verwenden auch zahlreiche Städte und Gemeinden diese Internetplattform als Publikationsorgan. Die Vorgaben von Artikel VII Absatz 1 GPA 2012 werden damit eingehalten.

Abs. 2

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 Absatz 1 nicht auf der Internetplattform öffentlich zugänglich gemacht, hat der Auftraggeber die Unterlagen interessierten Anbietern auf anderem Weg zur Verfügung zu stellen (z. B. als DVD, CD-ROM oder Hardcopy auf dem Postweg).

Werden die Ausschreibungsunterlagen zeitgleich mit der Ausschreibung auf der Internetplattform publiziert, nehmen die darin enthaltenen Festlegungen an derselben Publizitätswirkung teil. Sie sind daher nach Massgabe von Artikel 53 Absatz 2 zusammen mit der Ausschreibung anzufechten.

Der Zugang zu den Publikationen über Ausschreibungen und Zuschläge ist unentgeltlich.

Abs. 3

Weitere Leistungen des Plattformbetreibers (z. B. Hinterlegung gewisser Eignungsnachweise, elektronische Ablage der Angebote, Abonnementsdienste und Support- oder andere Serviceleistungen), die über den Zugang zu Ausschreibungen und Ausschreibungsunterlagen hinausgehen, können kostenpflichtig sein. Zum Beispiel ist es denkbar, automatisierte Benachrichtigungen auf Ausschreibungen zu abonnieren (Push-Service). Oder es wird interessierten Anbietern die Möglichkeit eröffnet, den Nachweis der Teilnahmebedingungen oder standardisierter Eignungskriterien (Handelsregisterauszug, Geschäftsbericht) auf der Plattform zu hinterlegen. Für solche Dienstleistungen bzw. Nutzungen können Gebühren oder Entgelte erhoben werden, wobei deren Höhe dem Äquivalenzprinzip folgt.

Abs. 4

In Einklang mit Artikel VII Absatz 3 GPA 2012 ist vorgesehen, dass der Auftraggeber im Staatsvertragsbereich eine Zusammenfassung der Ausschreibung in einer WTO-Amtssprache veröffentlichen muss, sofern die Ausschreibung nicht bereits in Französisch, Englisch oder Spanisch erfolgt. Die Vorgaben des GPA 2012 sehen zudem vor, dass

diese Zusammenfassung zeitgleich mit der eigentlichen Ausschreibung zu veröffentlichen ist. Dies soll die Arbeit der Anbieter vereinfachen und möglichen Sprachbarrieren entgegenwirken.

Abs. 5

Für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs entfällt die Zusammenfassung in einer Amtssprache der WTO. Vielmehr ist auf die sprachlichen Verhältnisse am Ort der Auftragsausführung Rücksicht zu nehmen.

Abs. 6

Die Publikation des Zuschlags hat für Beschaffungen im Staatsvertragsbereich auch unter der Geltung des GPA 2012 innert maximal 72 Tagen nach dem Erlass der Zuschlagsverfügung zu erfolgen. Artikel XVI Absatz 2 GPA 2012 will eine minimale Transparenz über erfolgte Zuschläge garantieren. Demgegenüber hat sich in der Schweiz die Praxis eingebürgert, Zuschläge zeitgleich zu publizieren und individuell zu eröffnen. Eine Frist von 30 Tagen sollte im Regelfall genügen. Soweit neben den Angaben in den Buchstaben a - f die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots publiziert werden, wird gleichzeitig den Anforderungen an die summarische Begründung des Zuschlags nach Artikel 51 Absatz 3 Genüge getan. Die Verfügung ist damit rechtsgenügend eröffnet (Art. 51 Abs. 1).

Abs. 7

Die Kantone können wie bisher zusätzliche Publikationsorgane, wie kantonale Amtsblätter und dergleichen, vorsehen.

Art. 49 Aufbewahrung der Unterlagen

Abs. 1 und 2

Bereits in Artikel XX Absatz 4 GPA 1994 war eine Aufbewahrungsfrist von drei Jahren für "die Unterlagen zu sämtlichen Aspekten des Beschaffungsverfahrens" vorgesehen. Artikel XVI Absatz 3 GPA 2012 weist in die gleiche Richtung. Die Auftraggeber können über diese staatsvertragliche Mindestfrist hinausgehen. 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 ab der das Verfahren abschliessenden Verfügung.

In Bezug auf Angebote, denen der Zuschlag nicht erteilt wurde, ist der Auftraggeber 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 Obligationenrecht bzw. im Ausführungsrecht dazu finden, vereinbar ist.

Abs. 3

Die Vereinbarung ist von Beginn weg auf Transparenz ausgerichtet (öffentliche Ausschreibung, Publikation des Zuschlags usw.). Soweit die Vereinbarung nicht bereits eine Offenlegung bzw. Veröffentlichung vorsieht, unterliegen die aufzubewahrenden Unterlagen während ihrer Aufbewahrungsfrist jedoch der Vertraulichkeit. Ausnahmen sind aber möglich, wenn der Auftraggeber aufgrund einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht zur Auskunft verpflichtet ist.

Art. 50 Statistik

Die staatsvertraglichen Anforderungen an statistische Erhebungen der zentralen und subzentralen Vergabestellen sind unterschiedlich. Artikel XVI Absatz 4 GPA 2012 normiert den Mindestinhalt.

Abs. 1

Die Bestimmung sieht vor, dass die Kantone – auch für die Sektorenauftraggeber – innerhalb von zwölf Monaten nach Ablauf eines Kalenderjahrs zuhanden des SECO eine Statistik über die Beschaffungen des Vorjahrs im Staatsvertragsbereich erstellen. Statistiken der übrigen Beschaffungen wären sehr aufwendig und von geringem Zusatznutzen. Daher wird darauf verzichtet. Die Statistik wird elektronisch geführt und periodisch dem Ausschuss für das öffentliche Beschaffungswesen (Art. XXI GPA 2012) übermittelt. Absatz 1 ist so zu verstehen, dass die Kantone die entsprechenden Daten sammeln, eine Statistik vorbereiten und dem InöB zu Handen des SECO zukommen lassen.

Abs. 2

Artikel XVI Absatz 4 GPA 2012 verlangt eine Gliederung der Statistik nach Massgabe der Auftraggeber (Anhang I Annexe 1 - 3) sowie eines international anerkannten Klassifikationssystems (namentlich der CPC- oder CPV-Klassifikation). Indem auch für subzentrale Auftraggeber und für Sektorenauftraggeber Angaben zur Auftragsart sowie zu den freihändigen Vergaben im Staatsvertragsbereich aufgenommen werden, geht die Schweiz über die staatsvertraglichen Transparenzpflichten hinaus.

Abs. 3

Üblicherweise wird im Beschaffungsrecht (sowohl bei der Bestimmung des Auftragswerts als auch bei der Bewertung der Angebotspreise) der Auftragswert exklusive 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, da den meisten Auftraggebern kein Vorsteuerabzug zusteht. Hoheitliche, d. h. nicht gewerbliche Aufgaben sind nämlich nicht mehrwertsteuerpflichtig.

Abs. 4

Das SECO veröffentlicht die Gesamtstatistik unter Vorbehalt des Datenschutzes und der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen. Die Gesamtstatistik gibt Auskunft über die Beschaffungen des Bundes, der Sektorenauftraggeber und der Kantone. Sie kann ausser den Mindestangaben gemäss Absatz 2 weitere Informationen enthalten, zum Beispiel die Verteilung der Zuschläge auf die Sprachregionen und die Zuschlagsempfänger.

8. Kapitel: Rechtsschutz

Wie bereits das GPA 1994 fordert auch das GPA 2012 in Artikel XVIII, dass die Vertragsstaaten "zügige, wirksame, transparente und nichtdiskriminierende Überprüfungsverfahren auf Verwaltungs- oder Gerichtsebene" festlegen, welche rasch greifende vorsorgliche Massnahmen vorsehen, damit die Anbieter Beschwerde gegen behauptete Rechtsverletzungen erheben können. Artikel XX GPA 1994 regelt das Überprüfungsverfahren nur rudimentär und überlässt das Feld weitgehend dem innerstaatlichen Recht. Das GPA 2012 ist diesbezüglich präziser und stellt die Rechtsstellung der Anbieter in den Vordergrund. Artikel XVIII Absatz 7 GPA 2012 überlässt es dem Ermessen der Vertragsstaaten zu bestimmen, ob einer Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid aufschiebende Wirkung zukommt oder nicht (ebenso Art. XX Abs. 7 GPA 1994).

Art. 51 Eröffnung von Verfügungen

Abs. 1

Die Eröffnung der Ausschreibung, des Zuschlags sowie des Abbruchs erfolgt durch Publikation oder durch individuelle Zustellung an die Anbieter, sofern diese Verfügungen nach Artikel 52 mit Beschwerde anfechtbar sind. Werden diese Verfügungen individuell eröffnet, läuft die Frist nach Artikel 56 Absatz 1 ab der individuellen Eröffnung, sonst ab der Publikation. Alle anderen Verfügungen werden nach Wahl des Auftraggebers entweder individuell oder durch Publikation auf der Internetplattform eröffnet. Infolge des speziellen Charakters des Verfahrens und des Schutzes der Geschäftsgeheimnisse der Anbieter besteht im Verfügungsverfahren kein Anspruch auf rechtliches Gehör.

Abs. 2

Das Staatsvertragsrecht schreibt die summarische Begründung des Zuschlags lediglich auf Ersuchen eines Anbieters vor (Art. XVI Abs. 1 GPA 2012). Zudem ist in der Publikation des Zuschlags im freihändigen Verfahren immer auch eine kurze Begründung beizufügen (Art. 16 Abs. 2 Bst. f GPA 2012). Die mindestens zehntägige Beschwerdefrist nach Artikel XVIII Absatz 3 GPA 2012 beginnt erst mit der summarischen Begründung zu laufen. Der blosse Hinweis, wonach der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, genügt nicht.

Als Teil der Begründung des Zuschlags ist z. B. darzulegen, weshalb das Angebot des Zuschlagsempfängers mit Rücksicht auf die Zuschlagskriterien den anderen Angeboten überlegen ist. Diese Begründung soll die unterlegenen Anbieter in die Lage versetzen, den Zuschlagsentscheid in den Grundzügen nachvollziehen zu können.

Falls die Publikation einer Verfügung auf der Internetplattform gemäss Artikel 48 keine summarische Begründung enthält, wird die Beschwerdefrist nach Artikel 56 nicht ausgelöst. Die Frist beginnt dann ab der individuellen Eröffnung des summarisch begründeten Entscheids zu laufen.

Abs. 3

Der Mindestinhalt der Zuschlagsbegründung wird von Artikel XVI Absatz 1 GPA 2012 vorgegeben. Jeder Anbieter hat Anspruch auf Kenntnis der Gründe, aus denen sein Angebot nicht berücksichtigt wurde, sowie der relativen Vorteile des Angebots des erfolgreichen Anbieters. Im Rahmen der 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.

Abs. 4

Angebote auf öffentliche Ausschreibungen enthalten oft Geschäftsgeheimnisse der Anbieter. Daher ist die Einsicht in die Konkurrenzofferten nur sehr eingeschränkt möglich. In gleicher Weise sind Geschäftsgeheimnisse im Rahmen der summarischen Begründung zu schützen. Diese und weitere Verweigerungsgründe sind auch in Artikel XVII Absatz 3 GPA 2012 enthalten.

Art. 52 Beschwerde

Abs. 1

In den Kantonen soll künftig in Lichte der Harmonisierungsbestrebungen das kantonale Verwaltungsgericht als einzige Instanz zuständig sein. Aufgrund der Verrechtlichung der Beschaffungsverfahren und der zeitlichen Dimension von Beschwerdeverfahren soll auf

einen zweistufigen kantonalen Instanzenzug verzichtet werden. Eine Beschwerde ist ab mindestens dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert zulässig, wobei es den Kantonen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs freisteht, den Rechtsmittelweg auch bereits ab einem Franken oder aufgrund der Verfahrensart zu eröffnen.

Abs. 2

Werden Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden eingereicht, ist das Bundesgericht direkt zuständig.

Abs. 3

Zur Beschwerde ausserhalb des Staatsvertragsbereichs sind ausländische Anbieter nach Artikel 6 Absatz 2 nur aus Staaten zugelassen, welche der Schweiz Gegenrecht gewähren. Damit soll klargestellt werden, dass ausländische Anbieter, die ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nach Ermessen des Auftraggebers zum Angebot zugelassen werden, keinen Rechtsschutz geniessen. Bestehen Zweifel bezüglich des Gegenrechts, soll mit dem SECO Rücksprache genommen werden (vgl. Erläuterungen Art. 6 Abs. 3).

Art. 53 Beschwerdeobjekt

Abs. 1

Die Beschwerdeobjekte werden in Absatz 1 abschliessend aufgezählt. Weitere Zwischenverfügungen können nicht selbstständig angefochten werden, auch wenn sie (aus Sicht der Beschwerdeführer) einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bedeuten. Insbesondere sogenannte Parkierungsschreiben, nach denen die Offerte eines Anbieters bis zum Zuschlagsentscheid nicht weiter geprüft wird, sind nicht bzw. erst mit dem Endentscheid, d. h. dem Zuschlag anfechtbar.

Die Ausschreibung (Bst. a) umfasst auch deren Berichtigung. Während der Entscheid über die Auswahl der Anbieter im selektiven Verfahren angefochten werden kann (Bst. b), gilt dies nicht in Bezug auf die im Rahmen eines Einladungsverfahrens (Art. 20) eingeladenen Anbieter. Bei dieser Auswahl ist der Auftraggeber frei. Es besteht kein Rechtsanspruch auf Einbezug in das Einladungsverfahren. Nicht zum Angebot eingeladene Anbieter sind daher nicht legitimiert, die Ausschreibungsunterlagen oder den im Einladungsverfahren erteilten Zuschlag anzufechten.

Anfechtbar sind jedoch Entscheide, ob ein Anbieter in ein Verzeichnis (Art. 28) aufgenommen oder aus einem solchen wieder entfernt wird (Bst. c). Auch Entscheide über Ausstandsbegehren unterliegen der Anfechtung (Bst. d). Diese Anfechtungsmöglichkeit kann zum Beispiel relevant sein, wenn der Veranstalter eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs das Preisgericht jeweils mit denselben Personen besetzt. Dies gilt sinngemäss im Bereich des Studienauftrags. Ein Zuschlag (Bst. e) kann unabhängig davon angefochten werden, ob er im offenen, selektiven oder freihändigen Verfahren[78] oder im Einladungsverfahren ergeht. Der Ausschluss aus dem Verfahren (Bst. h) umfasst auch die Reduktion der Anbieter im Rahmen eines Dialogs oder einer elektronischen Auktion.

Abs. 2

Es entspricht dem Gebot der Fairness und der Verfahrenseffizienz, dass Einwendungen gegen Anordnungen in der Ausschreibung sofort gerügt werden müssen. Mit anderen Worten darf ein Anbieter mit der Beschwerde gegen den Zuschlag keine Rügen mehr

[78] Vgl. BGE 137 II 313, E. 2.3.

vorbringen, die er bereits mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte vorbringen können. Diesbezüglich hat er bei Verzicht auf eine Anfechtung sein Beschwerderecht verwirkt.

Etwas schwieriger gestaltet sich die Rechtslage bei Anordnungen, die nicht in der Ausschreibung selbst, sondern in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind. Diese können unter Umständen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als "integrierender Bestandteil der Ausschreibung" betrachtet werden[79].

Zum einen entspricht es einem Bedürfnis der öffentlichen Auftraggeber, die Anbieter auf Anordnungen zu behaften, wenn sie diese nicht sofort in Frage stellen. Dazu dient u. a. die Rügeobliegenheit der am Verfahren teilnehmenden Anbieter (als Ausfluss des Verhaltens nach Treu und Glauben). Zum andern sollen die Anbieter aus der öffentlichen Ausschreibung erkennen können, ob ein publizierter Auftrag für sie interessant ist.

Abs. 3

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

Folglich finden bei Beschwerden gegen die Verhängung einer Sanktion nach Artikel 45 die Bestimmungen dieser Vereinbarung zum rechtlichen Gehör im Verfügungsverfahren (Art. 51 Abs. 1), zur aufschiebenden Wirkung (Art. 54) und zur Beschränkung der Beschwerdegründe (Art. 56 Abs. 4) keine Anwendung. Stattdessen gilt das Verwaltungsverfahrensrecht.

Abs. 4

Unabhängig vom Auftragswert steht der Rechtsweg immer dann offen, wenn ein Anbieter aus einem Verzeichnis (Art. 28) gestrichen oder in ein solches aufgenommen wird oder wenn er nach Artikel 45 sanktioniert wird, z. B. durch einen Ausschluss von künftigen Aufträgen.

Abs. 5

Mit dieser Bestimmung wird klargestellt, dass die Liste der Beschwerdeobjekte gemäss Absatz 1 abschliessend ist und es keine weiteren Anwendungsfälle gibt.

Abs. 6

Mit dem rechtskräftigen Zuschlag eines Rahmenvertrags wird das Vergabeverfahren abgeschlossen. Das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Zuschlagsempfänger ist anschliessend rein privatrechtlicher Art. Erfolgt unter mehreren Zuschlagsempfängern ein Abrufverfahren, steht nicht berücksichtigten Rahmenvertragspartnern der Beschwerdeweg nach Artikel 53 nicht offen. Sind sie mit einem Entscheid beim Abrufverfahren nicht einverstanden, können sie sich ans Zivilgericht wenden.

Art. 54 Aufschiebende Wirkung

Abs. 1

Artikel XVIII Absatz 7 GPA 2012 überlässt es dem Ermessen der Vertragsstaaten zu bestimmen, ob dem Überprüfungsverfahren ein automatischer Suspensiveffekt zukommt

[79] Vgl. BGE 129 I 313, E. 6.2; BGer-Urteil 2C_225/2009 vom 16. Oktober 2009, E. 4.2.

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 erheblicher Mehrkosten bei der Beschaffung. Ebenso unvorteilhaft würde sich die Situation für den berücksichtigten Anbieter auswirken. Bereits das geltende Recht sieht daher von diesem Automatismus ab (Art. 17 IVöB).

Gemäss geltender IVöB ist während der Dauer der Beschwerdefrist auf den Abschluss des Beschaffungsvertrags zu verzichten. Diese Sperrperiode dauert bis zu dem Zeitpunkt, an dem ein Auftraggeber vernünftigerweise davon ausgehen darf, dass keine Beschwerde erhoben und kein Gesuch um aufschiebende Wirkung gestellt wurde. Dies bedeutet, dass über die zwanzigtätige Beschwerdefrist von Artikel 56 Absatz 1 hinausgehend Übermittlungsfristen abzuwarten sind. Im Zweifelsfall empfiehlt sich eine Rückfrage beim zuständigen Gericht.

Abs. 2

Einem Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird von den Gerichten regelmässig superprovisorisch bis zur Stellungnahme des Auftraggebers 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 Erfolgschancen 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. Anderseits sind die öffentlichen Interessen, welche der Auftraggeber 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 Vorkehren, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen. In der Regel findet zur Frage der aufschiebenden Wirkung nur ein Schriftenwechsel statt.

Abs. 3

Wird einer Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt, kann sich das Beschaffungsvorhaben um Monate oder Jahre verzögern. Eine Verzögerung ist auch dann zu gewärtigen, wenn ein Gericht den Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung letztlich abweist.

Ein Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dann rechtsmissbräuchlich oder treuwidrig, wenn er einzig in der Absicht gestellt wird, die Vollstreckbarkeit des Zuschlagsentscheids hinauszuzögern. Eine solche Absicht lässt sich etwa dann nachweisen, wenn ein Beschwerdeführer bereits Leistungen für den Auftraggeber erbringt und mit seiner Beschwerde einzig verhindern will, dass ein Mitbewerber, der berechtigterweise den Zuschlag erhalten hat, neu an seine Stelle tritt.

Durch dilatorische Gesuche können sowohl dem Auftraggeber als auch dem Zuschlagsempfänger, der gewisse Ressourcen vorhalten muss, Schaden erwachsen. Es rechtfertigt sich daher, rechtswidriges prozessuales Verhalten zu sanktionieren. Zu diesem

Zweck sieht Absatz 5 einen Ersatzanspruch vor, der von den Zivilgerichten nach Massgabe von Artikel 41 OR zu beurteilen ist.

Art. 55 Anwendbares Recht

Das Verfügungs- und das Beschwerdeverfahren richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen des jeweiligen kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, soweit die Bestimmungen in der vorliegenden Vereinbarung 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. Auf Beschwerden gegen die Verhängung einer Sanktion (Art. 53 Abs. 1 Bst. i) finden die einschränkenden Bestimmungen der Vereinbarung zum rechtlichen Gehör, zur aufschiebenden Wirkung und zu den Beschwerdegründen keine Anwendung (Art. 53 Abs. 3).

Art. 56 Beschwerdefrist, Beschwerdegründe und Legitimation

Abs. 1

Artikel XVIII Absatz 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 ein Anbieter nicht für den Zuschlag berücksichtigt wurde. Vielmehr wird Kenntnis der wesentlichen Entscheidgründe vorausgesetzt.

Die Länge der Frist wird einerseits begrenzt durch das Beschleunigungsgebot und das Bestreben, den Beschaffungsvorgang zeitnah abzuschliessen. Anderseits besteht bei zu kurzer Frist das Risiko unbegründeter "Spontanbeschwerden". Heute gilt für die Kantone eine Beschwerdefrist von zehn Tagen. Diese erweist sich im Vergleich zu den übrigen Beschwerdefristen als äusserst knapp. In Abwägung aller Umstände scheint deshalb eine Frist von 20 Tagen als angemessen, womit eine Harmonisierung mit der geltenden Bundesregelung erfolgt.

Abs. 2

Für das Beschwerdeverfahren gelten in Vergabesachen keine Gerichtsferien. Damit laufen die Fristen unbesehen allfälliger Sperrzeiten. Diese Bestimmung entspricht der geltenden Regelung (vgl. Art. 15 Abs. 2^{bis} IVöB).

Abs. 3

Im Beschwerdeverfahren sind die Rügen auf Rechtsverletzungen und Ermessensfehler (Über- und Unterschreitung sowie Missbrauch des Ermessens des Auftraggebers) bzw. auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts beschränkt. Ein Zuschlag ist z.B. dann rechtswidrig, wenn ein Anbieter aus Gründen seiner Herkunft nicht berücksichtigt wird. Weiter kann eine der Vereinbarung widersprechende Ausschreibung gerügt werden, sei es, dass formale Voraussetzungen nicht erfüllt sind, sei es, dass eine falsche Gewichtung der Kriterien erfolgt.

Abs. 4

Die Überprüfung der Angemessenheit einer Verfügung, insbesondere des Bewertungsvorgangs, ist mangels Justiziabilität nicht möglich. Diese Regelung entspricht geltendem Recht (Art. 16 IVöB).

Abs. 5

Die einzigen Rügen, die im freihändigen Verfahren nach Artikel 21 vorgebracht werden können, betreffen die unrichtige Anwendung des freihändigen Verfahrens sowie einen unter Korruption erfolgten Zuschlag. Auch diese Rügen setzen indessen voraus, dass der Beschwerdeführer glaubhaft macht, die streitgegenständlichen Leistungen erbringen zu können.

Art. 57 Akteneinsicht

Bei der Frage nach dem Einsichtsrecht in Unterlagen geraten zwei Grundsätze des Beschaffungsrechts in Konflikt. Einerseits gefährdet eine zu weit gehende Akteneinsicht den lauteren Wettbewerb und damit die Gleichbehandlung der Anbieter, anderseits ist eine gewisse Transparenz für einen effektiven Rechtsschutz unabdingbar.

Dieser Konflikt wird teilweise gelöst, indem gemäss Praxis der Kantone spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in das Protokoll gewährt wird (Art. 37 Abs. 3). Im Beschwerdeverfahren wird das Akteneinsichtsrecht auf Gesuch hin gewährt, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen dagegen sprechen.

Abs. 1

Für das Vergabeverfahren besteht kein Anspruch auf Akteneinsicht. Dies rechtfertigt sich im Hinblick auf die Geschäftsgeheimnisse und den Schutz des wirksamen Anbieterwettbewerbs. Der Auftraggeber kann jedoch auf Ersuchen diese Möglichkeit gewähren, soweit nicht überwiegende öffentliche und private Interessen entgegenstehen.

Abs. 2

Das Akteneinsichtsrecht kommt im Beschwerdeverfahren zum Tragen. Es setzt ein Gesuch des Beschwerdeführers voraus und beschränkt sich auf die Einsichtnahme in die Bewertung seines Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten. Insbesondere sind Rechte Dritter angemessen und wirksam zu schützen, etwa durch Schwärzung der Passagen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten.

Art. 58 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, werden eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung durch die Beschwerdeinstanz und die Anordnung der Wiederholung der Ausschreibung von dem Zeitpunkt an, an dem der Fehler seinen Anfang nahm, kaum zu vermeiden sein. Eine Zuschlagserteilung an den Beschwerdeführer wird nur in liquiden Fällen möglich sein. Bedarf es zusätzlicher Abklärungen des Sachverhalts, bleibt nur die Rückweisung.

Abs. 2

Ist der Vertrag abgeschlossen und heisst das Gericht die Beschwerde gut, kann es nur die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung feststellen (sogenannter Sekundärrechtsschutz). Die Aufhebung des Zuschlags, der bereits durch einen privatrechtlichen Vertrag vollzogen wurde, führt in diesem Fall nicht zum Ziel. Der Beschwerdeinstanz ist ein direkter Eingriff in den privatrechtlichen Vertrag mangels Zuständigkeit verwehrt. Die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines privatrechtlichen Vertrages ist durch die Zivilgerichte zu beurteilen.

Dem Beschwerdeführer bleibt immerhin die Möglichkeit, Schadenersatz geltend zu machen. Wurde der Vertrag verfrüht geschlossen oder ging dem Vertragsschluss zu Unrecht keine Ausschreibung bzw. kein Einladungsverfahren voraus, kann das Gericht den Auftraggeber unter Umständen anweisen, den Vertrag auf den nächsten vertraglich zulässigen Zeitpunkt hin zu kündigen und den Beschaffungsgegenstand ordentlich dem Wettbewerb zu unterstellen, sofern die Leistungen nicht mit internen Ressourcen des Auftraggebers erbracht werden[80].

Abs. 3

Bisher waren Schadenersatzbegehren in einem separaten Verfahren nach Massgabe des kantonalen Rechts zu verfolgen. Neu erlaubt Absatz 3 dem Beschwerdeführer 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, die bereits unter geltendem Recht bekannt ist, wird beibehalten. Ersetzt werden lediglich die Offertkosten, d. h. die dem Anbieter 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.

Art. 59 Revision

Kommt es zu einem Revisionsgesuch, wurde der Vertrag in der Regel bereits geschlossen. Dem Gericht verbleibt somit analog zu Artikel 58 Absatz 2 nur noch die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. Im Rahmen des Revisionsverfahrens kann daher nur Sekundärrechtsschutz beansprucht werden.

9. Kapitel: Behörden

Art. 60 Kommission Beschaffungswesen Bund - Kantone

Die Kommission Beschaffungswesen Bund - Kantone (KBBK) wurde im Zuge der Ratifikation des GPA 1994 mit Beschlüssen des Bundesrates vom 4. Dezember 1995 und 3. April 1996 sowie mit Beschluss der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) vom 21. Juni 1996 ins Leben gerufen. Sie ist eine ausserparlamentarische Kommission, welche paritätisch durch Vertreter des Bundes und der Kantone zusammengesetzt und von einem Mitglied der Direktion des für die aussenwirtschaftlichen Verhandlungen zuständigen SECO präsidiert wird. Die Kantone stellen das Vizepräsidium. Im Zuge der Gesamterneuerungswahlen 2016 - 2019 hat der Bundesrat am 5. Dezember 2014 eine Einsetzungsverfügung erlassen. Die KBBK leitet ihre Legitimität und ihren Tätigkeitsbereich von den eigenständigen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und der Kantone im öffentlichen Beschaffungswesen ab. Ihr übergeordneter Auftrag besteht darin, die kohärente Umsetzung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens auf allen Stufen sicherzustellen.

[80] Verwaltungsgericht VD, Urteil GE.2007.0013 vom 6. November 2009, E. 5. Vgl. auch den Entscheid des BGer, 2C_388/2012 vom 30. August 2012.

Ihr Kompetenzbereich wurde anlässlich der Verabschiedung des Abkommens Schweiz-EU im Hinblick auf die Umsetzung des Artikels 8 des Abkommens Schweiz-EU ins nationale Beschaffungsrecht erweitert. Seit Inkrafttreten des Abkommens Schweiz-EU fungiert die Kommission als unabhängige Überwachungsbehörde. Auf Bundesebene erfolgte die Umsetzung auf der Grundlage von Artikel 68*a*-68*d* VöB. Auf Kantonsebene wurde die Umsetzung auf Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe e, g und h IVöB abgestützt. Die KBBK verfügt über ein vom InöB am 13. September 2001 und vom Bundesrat am 30. November 2001 verabschiedetes Geschäftsreglement.

Vor diesem Hintergrund ist die KBBK insbesondere mit folgenden Aufgaben betraut:

– Ausarbeitung der Position der Schweiz in internationalen Gremien des öffentlichen Beschaffungswesens;
– Beratung der Schweizer Delegationen bei internationalen Verhandlungen über das öffentliche Beschaffungswesen und Sicherstellung der angemessenen Umsetzung der Verhandlungsresultate;
– Förderung des Informations- und Erfahrungsaustauschs zwischen dem Bund und den Kantonen über Fragen, die die Umsetzung der internationalen Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen sowie ihre Anwendung und Überwachung beim Bund und in den Kantonen betreffen, u. a. durch die Ausarbeitung von Empfehlungen bei voller Wahrung der jeweiligen Zuständigkeiten (Gesetzgebung, Rechtsprechung, Entscheidungs- und Überwachungsbefugnisse);
– Gewährleistung des Zugangs zu Informationen über relevante Gesetzesvorschriften im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens auf Stufe Bund und Kantone für interessierte Kreise, sofern nicht andere Bundes- oder Kantonsstellen für diese Informationen zuständig sind;
– Pflege internationaler Kontakte zu Überwachungsbehörden im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens;
– Beratung und Vermittlung in Einzelfällen bei Anständen im Zusammenhang mit Geschäften gemäss dem oben erwähnten Tätigkeitsbereich.

Die KBBK kann, sofern gegen die Verletzung internationaler Verpflichtungen kein Rechtsmittel ergriffen wurde, bei der zuständigen Behörde des Bundes oder der Kantone auf Anzeige eines Anbieters oder von sich aus intervenieren, sofern der zuständige Auftraggeber keine Abhilfe schafft.

Gemäss Artikel 7 des Geschäftsreglements erstattet die KBBK dem Bundesrat und der BPUK zuhanden des InöB jährlich Bericht.

Mit der Umsetzung des GPA 2012 sowie mit der Einbindung des Abkommens Schweiz-EU und der Freihandelsabkommen in revidierte und angeglichene Beschaffungsgesetzgebungen auf den Stufen des Bundes und der Kantone bietet sich die Gelegenheit einer harmonisierten gesetzlichen Einbettung der KBBK. Hiermit wird ein weiterer Beitrag zur Angleichung und zur verbesserten Transparenz der Beschaffungsgesetzgebungen des Bundes und der Kantone geleistet.

Art. 61 Interkantonales Organ

Abs. 1

Das Interkantonale Organ (InöB) ist wie bisher Leitorgan der IVöB. Demnach bilden die entsprechenden Mitglieder der BPUK, welche die IVöB unterzeichnet haben, das Interkantonale Organ. Sie sprechen und handeln denn auch namens der angeschlossenen Kantone.

Abs. 2

Dem Interkantonalen Organ obliegen verschiedene Aufgaben. Neben dem Erlass (Bst. a) ist es auch für die Änderungen (Bst. b) der IVöB verantwortlich, unter Vorbehalt der Zustimmung der beteiligten Kantone. Es kann die Schwellenwerte anpassen (Bst. c), wenn eine Änderung der internationalen Verpflichtungen dies gebietet, aber auch entsprechende Anpassungen im Binnenmarkt beschliessen.

Ebenso ist das Interkantonale Organ, zusätzlich zum eigenen Vorschlagsrecht, für die Entgegennahme und Erstbearbeitung der Gesuche zur Befreiung von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht zuständig (vgl. Art. 7). Es unterbreitet dem Bundesrat einen entsprechenden Vorschlag (Bst. d). Schliesslich kann es eine Kontrollstelle bezeichnen (Bst. e), so wie es in Art. 8 BilatAbk vorgesehen ist. Diese Aufgabe übernimmt die Geschäftsstelle des InöB. Ausserdem führt die InöB-Geschäftsstelle im Auftrag des InöB die Liste über sanktionierte Anbieter und Subunternehmer (Bst. f). Das Interkantonale Organ regelt ausserdem die Organisation und das Verfahren für die Anwendung dieser Vereinbarung (Bst. g), fungiert als Kontaktstelle (Bst. h) und bezeichnet schliesslich die Delegierten für nationale und internationale Gremien bzw. Konferenzen (Bst. i).

In der Umfrage vom Sommer 2019 haben sich die Kantone einstimmig dazu geäussert, dass aufgrund des geänderten Artikels 7 auch eine Anpassung von Buchstabe d erfolgt. Das InöB ist dieser Haltung gefolgt und hat die Anpassung verabschiedet.

Abs. 3

Wie bisher erfordern Beschlüsse des Interkantonalen Organs eine Dreiviertelmehrheit der Stimmen. Dabei muss mindestens die Hälfte der angeschlossenen Kantone vertreten sein. Jeder beteiligte Kanton verfügt über eine Stimme. Die Ausübung des Stimmrechts wird durch ein Mitglied der Kantonsregierung wahrgenommen.

Abs. 4

Das öffentliche Beschaffungswesen berührt die meisten Tätigkeitsbereiche in den Kantonen und Gemeinden. Deshalb wird dem Interkantonalen Organ die Verpflichtung auferlegt, die Interessen aller Direktoren- und Fachkonferenzen zu berücksichtigen bzw. diese einzubeziehen. Auch der Koordinationsauftrag mit dem Bund wird weitergeführt.

Art. 62 Kontrollen

In der Umfrage vom Sommer 2019 haben sich die Kantone mit den Anpassungen zu Artikel 62 einverstanden erklärt. Entsprechend wurden diese vom InöB angenommen.

Abs. 1

Neben der gerichtlichen Überprüfung bei Beschwerdeverfahren sind die Kantone ebenso gehalten, die Umsetzung dieser Vereinbarung durch die Auftraggeber und Anbieter sicherzustellen. Hierzu steht es ihnen frei, eine kantonale Kontrollstelle bzw. Aufsichtsinstanz zu bezeichnen.

Abs. 2

Anzeigen von Kantonen an das InöB bezüglich der Einhaltung der IVöB durch andere Kantone werden durch das InöB behandelt. Nicht geprüft werden einzelne Beschaffungen. Die Zuständigkeit des InöB ist subsidiär: Handelt es sich um eine Fragestellung, für welche der Rechtsweg offensteht (wie namentlich einzelne Vergaben), ist nicht das InöB, sondern das zuständige Gericht anzurufen.

Abs. 3

Wird eine Anzeige durch eine Privatperson eingereicht, so ist diese wie eine Aufsichtsbeschwerde zu behandeln. Der Umfang der Kontrolle, der Grundsatz der Subsidiarität und die Fristen für die Meldungen gelten analog. Die Privatperson erhält durch ihre Anzeige weder Parteirechte noch einen Anspruch auf Einsicht in eine allfällige Empfehlung.

Abs. 4

Das InöB erarbeitet nach Verabschiedung der IVöB 2019 ein Reglement über die Kontrollaufgaben. Darin wird aufgezeigt wie Anzeigen durch Kantone und durch Privatpersonen behandelt werden. Es werden demzufolge zwei unterschiedliche Prozesse konzipiert.

10. Kapitel: Schlussbestimmungen

Art. 63 Beitritt, Austritt, Änderung und Aufhebung

Abs. 1

Jeder Kanton kann der Vereinbarung durch Erklärung gegenüber dem Interkantonalen Organ beitreten. Zu diesem Zweck initialisieren die einzelnen Kantone das Beitrittsverfahren gemäss dem jeweiligen kantonalen Recht. Dieses bestimmt die für den Abschluss und den Vollzug zuständigen Behörden und legt die Regeln für das Ratifikationsverfahren fest.

Abs. 2

Ein Kanton kann aus der Vereinbarung jeweils auf Ende eines Kalenderjahres austreten. Er hat dies dem InöB sechs Monate im Voraus schriftlich anzuzeigen.

Abs. 3

Sowohl der Beitritt wie auch der Austritt eines Kantons sowie die Änderung oder die Aufhebung dieser Vereinbarung werden der Bundeskanzlei durch das Interkantonale Organ zur Kenntnis gebracht.

Abs. 4

In der Umfrage vom Sommer 2019 haben einzelne Kantone die Einführung einer Bestimmung gefordert, die den Kantonen ausdrücklich eine Restzuständigkeit gewährt, um Ausführungsbestimmungen zur IVöB erlassen zu können.

Einerseits wurde mit der Revision der IVöB auch die Harmonisierung der Kantone angestrebt, um damit auf die Formulierung von Ausführungsbestimmungen möglichst verzichten zu können. Andererseits sieht die Bundesverfassung in Art. 46 vor, dass der Bund den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit belässt und kantonalen Besonderheiten Rechnung trägt. Ebenso sieht das BöB in Artikel 60 vor, dass der Bundesrat Ausführungsbestimmungen erlassen darf. Diese beiden Argumente sollten auch auf der interkantonalen Ebene berücksichtigt werden.

Überdies kann dadurch der Gesetzgebungsprozess in den Kantonen erleichtert werden, da einzelne Begehren, welche auch im Bundesparlament vertreten wurden und in der IVöB nicht abgebildet werden, aufgefangen werden können.

Aufgrund der Rückmeldungen der Kantone in der Umfrage vom Sommer 2019 wurde deutlich, dass sich dieses Bedürfnis insbesondere auf die Art. 10, 12 und 26 bezieht. Das politische Steuerungsgremium hat deshalb vorgeschlagen, den Antrag aufzunehmen und in der IVöB einen Art. 63 Abs. 4 in diesem Sinne zu integrieren.

Damit besteht für die Kantone neben den Regelungen, welche im Musterbeitrittsgesetz aufgeführt sind, die Möglichkeit zusätzlich ergänzende Ausführungsbestimmungen zu erlassen.

Wie schon bei den Erläuterungen zu Artikel 12 Absatz 1 (vgl. S. 44) erwähnt, geht das BGBM grundsätzlich vom sogenannten Herkunftsortsprinzip aus, indem es auf der Vermutung der Gleichwertigkeit unterschiedlicher Arbeitsbedingungen basiert. Dieses Herkunftsortsprinzip gilt allerdings nicht absolut. Das Prinzip kann im Einzelfall zugunsten des Leistungsortsprinzips eingeschränkt werden. Dies aber nur, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies zwingend erfordern und der Schutz dieser Interessen nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts gewährleistet ist (Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM).

Art. 64 Übergangsrecht

Abs. 1

Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, werden nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (Art. 22 Abs. 1 IVöB).

Abs. 2

Ein Kanton kann auf Ende eines Kalenderjahres aus der Vereinbarung austreten. Daher gilt diese Vereinbarung für alle Vergaben von Aufträgen, die im Kalenderjahr ausgeschrieben werden, auf das der Austritt wirksam wird.

Art. 65 Inkrafttreten

Gemäss Art. 48 Abs. 3 BV dürfen Verträge zwischen Kantonen dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen. Sie sind dem Bund zur Kenntnis zu bringen.

Die Vertragskantone sind gemäss Art. 61*c* des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) vom 21. März 1997[81] nur noch zur Kenntnisgabe an den Bund verpflichtet. Der Bund orientiert gemäss Art. 62 Abs. 1 RVOG über die Verträge, die ihm zur Kenntnis gebracht wurden, anschliessend im Bundesblatt.

Abs. 1

Das Inkrafttreten der Vereinbarung erfolgt gemäss geltender Regelung, sobald ihr zwei Kantone beigetreten sind. Alle weiteren Kantone können jederzeit beitreten.

Abs. 2

Tritt ein Kanton der revidierten Vereinbarung bei, ist er sowohl Vertragspartei der alten als auch der revidierten Vereinbarung. Im Verhältnis zu den Kantonen, die dem revidierten Konkordat beigetreten sind, gilt der Text der neuen Vereinbarung, im Verhältnis zu den übrigen Kantonen der Text der alten IVöB. Ziel soll sein, den neuen Geltungsbereich so bald als möglich auf alle 26 Kantone auszuweiten.

[81] SR **172.010**

4 Auswirkungen auf die Kantone

Die Harmonisierung der nationalen Beschaffungsrechtsordnungen bringt auch auf kantonaler und kommunaler Ebene Vorteile mit sich. Es wird erwartet, dass sich die angestrebte Rechtsangleichung einerseits im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen sowie anderseits auch im Verhältnis der Kantone und Gemeinden unter sich positiv auswirkt, sobald die revidierte IVöB für sie in Kraft getreten ist. Gründe dafür sind z. B. eine einheitlichere Rechtsprechung, Erfahrungsaustausch, gemeinsame Vorlagen, ähnliche Hilfs- und Lehrmittel sowie abgestimmte Aus- und Weiterbildungen.

4.1 Finanzielle Auswirkungen

Die Revision dürfte für die Schulung von kantonalen und kommunalen Stellen sowie für die Bereitstellung der Hilfsmittel geringfügige finanzielle Auswirkungen haben, die mit den vorhandenen Mitteln zu bewältigen sein sollten. Mittel- und langfristig dürften aber die Änderungen der Vereinbarung zu überschaubaren monetären Auswirkungen führen. Die Flexibilisierung des Vergabeprozesses, wie etwa die Einführung neuer Beschaffungsinstrumente, kann anderseits Kosten mit sich bringen. Da es sich meist um Kann-Bestimmungen handelt, entscheidet jeder Kanton eigenständig, ob und wie er diese Bestimmungen umsetzen will. Die aus der Revision resultierenden Kosten hängen damit stark vom konkreten Vollzug ab und sind demnach nicht genau quantifizierbar.

4.2 Personelle Auswirkungen

Durch einzelne neue Aufgaben oder zusätzlichen Aufwand bei bestehenden Aufgaben nach Inkrafttreten der revidierten Vereinbarung dürfte bei den Kantonen ein leichter Mehraufwand zu erwarten sein, der jedoch mit den vorhandenen Ressourcen sollte bewältigt werden können. Dabei sind verschiedene organisationsbedingte Anpassungen vorgesehen, wie beispielsweise die Zuständigkeit des kantonalen Verwaltungsgerichts als erste und einzige Instanz (Art. 52 IVöB). Diese Änderung sollte in den betroffenen Kantonen sogar zu personellen Einsparungen führen.

Die revidierte Vereinbarung wird anderseits einen Einführungsaufwand in Form von Schulungen und Beratungen zur Folge haben. Zu einer Erhöhung des personellen Aufwands dürfte es dabei aber nicht kommen. Kantone, die sich dafür entscheiden, eine IT-Infrastruktur für elektronische Auktionen aufzubauen, werden hingegen die Aufstockung ihrer Personalbestände prüfen müssen.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungsmässigkeit

Die Rechtssetzungskompetenz der Kantone auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens leitet sich aus verschiedenen Bestimmungen der Bundesverfassung ab (Art. 3, 43, 47 und 48 BV). Die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen wird durch die Vorlage nicht berührt.

5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen

Die Umsetzung der staatsvertraglichen Vorgaben des GPA 2012 in nationales bzw. kantonales Recht war Anstoss für die vorliegende Revision. Gleichzeitig bestand das Ziel darin, eine möglichst weitgehende parallele Harmonisierung des Beschaffungsrechts zwischen Bund und Kantonen zu ermöglichen. Die Revision der IVöB ist mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen vereinbar.

6 Anhänge

6.1 Konkordatstext

Revidierte IVöB vom 15. November 2019.

6.2 Anhänge 1 - 4

Die revidierte Vereinbarung enthält insgesamt 4 Anhänge.

In *Anhang 1* sind die Schwellenwerte des Staatsvertragsbereichs aufgelistet. In *Anhang 2* werden die Schwellenwerte ausserhalb des Staatsvertragsbereichs aufgeführt. *Anhang 3* nennt die Kernübereinkommen der ILO. Als wesentliche internationale Arbeitsstandards kann der Auftraggeber neben den Kernübereinkommen gemäss diesem Anhang die Einhaltung von Prinzipien aus weiteren Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) verlangen, soweit die Schweiz sie selbst ratifiziert hat. In *Anhang 4* finden sich schliesslich die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutze der Umwelt und der natürlichen Ressourcen. Ihre Einhaltung ist eine Mindestvoraussetzung, wenn Leistungen im Ausland erbracht werden (Art. 12 Abs. 3).

6.3 Musterbeitrittsgesetz mit Beispielen (separate Vorlage)

Im Rahmen des Rechtsetzungsprojekts AURORA hat das InöB beschlossen, zusätzlich zur Umsetzung des GPA 2012 auf Stufe Kantone die bisher als Empfehlung geltenden Vergaberichtlinien (VRöB) soweit als möglich in die neue Vereinbarung zu integrieren. Dadurch soll ein weiterer wichtiger Harmonisierungsschritt zwischen den Kantonen bei den öffentlichen Beschaffungen ermöglicht werden. Die Ausführungsbestimmungen betreffen vor allem Vollzugsregelungen, welche die Kantone unter Beachtung des Harmonisierungsziels und den damit eingegangenen Verpflichtungen mit dem Beitritt zur revidierten IVöB treffen müssen.

Das Musterbeitrittsgesetz dient mit Beispielen als denkbare Vorlage für die durch die Kantone noch zu tätigenden Abschlussarbeiten für den Beitritt zur revidierten IVöB. Die Kantone sind zuständig, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26.

6.4 Vergleichsdokument BöB/IVöB (separate Vorlage)

(Stand 15. November 2019; farbige Vorlage)

KANTON
LUZERN

Staatskanzlei
Bahnhofstrasse 15
6002 Luzern

Telefon 041 228 50 33
staatskanzlei@lu.ch
www.lu.ch