

ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSRECHT

DIE REVIDIERTE IVÖB – EINFÜHRUNG IN DEN KANTONEN BASEL-STADT UND BASEL-LANDSCHAFT

von Dr. Christoph Meyer und Rafael Navarro

1. REVIDIERTES BESCHAFFUNGSRECHT

Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz befindet sich auf den letzten Metern eines längeren Revisionsprozesses. Angestossen wurde dieser durch die bereits einige Jahre zurückliegende Revision des Government Procurement Agreement (GPA) im Jahre 2012. Dies erforderte Anpassungen beim Bund und bei den Kantonen. Kantone und Bund hatten sich in der Folge darauf geeinigt, im Rahmen der Revisionsarbeiten zugleich eine Harmonisierung der Beschaffungsregeln auf Bundes- und kantonaler Ebene anzugehen. Ausserdem sollte das Beschaffungsrecht der 26 Kantone unter sich ebenfalls einer Harmonisierung zugeführt werden.

Diese Arbeiten sind insoweit abgeschlossen, als das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) in paralleler Erarbeitung inhaltlich weitgehend angeglichen worden sind. Das BöB des Bundes ist am 1. Januar 2021 in Kraft getreten. Auf dasselbe Datum wurde auch das revidierte GPA 2012 in Kraft gesetzt.

Die Kantonsvertretungen haben, nachdem das BöB vom Parlament verabschiedet worden ist, die Arbeiten an der IVöB zu Ende geführt. Sie haben dabei allerdings einige inhaltliche Anpassungen, die erst im Rahmen der parlamentarischen Behandlung in das Bundesgesetz aufgenommen worden sind, nicht in die IVöB übernommen. Von Bedeutung ist dabei in erster Linie die abweichende Formulierung in Art. 29 der beiden Erlasse. Konkret haben die Kantonsvertreter darauf verzichtet, die auf Bundesebene genannten möglichen Zuschlagskriterien des «Preisniveaus im Ausland» sowie der «Verlässlichkeit des Preises» in die IVöB aufzunehmen.

2. DIE REVIDIERTE IVÖB

Die revidierte IVöB trat am 1. Juli 2021 in Kraft, nachdem ihr die Kantone Aargau und Appenzell Innerrhoden beigetreten sind. Der Beitritt eines Kantons ist Voraussetzung dafür, dass die Bestimmungen der revidierten IVöB im betreffenden Kanton als geltende beschaffungsrechtliche Regeln zu qualifizieren sind.

Die IVöB regelt mit ihren 64 Artikeln auf kantonaler und kommunaler Ebene das Beschaffungsrecht beinahe umfassend.

Die Kantone sollen im Grunde mit Einführungsgesetzen lediglich ihren Beitritt bekunden. Für eigenständige Regelungen besteht bewusst nur wenig Handlungsspielraum.

Mit der revidierten IVöB entsteht für die Kantone kein grundlegend neues Vergaberecht. Vieles bleibt so, wie es bisher war. Auf einige wichtige Änderungen ist dennoch hinzuweisen:

Inhaltlich neu ist der Zweckartikel der revidierten IVöB. Das Beschaffungsrecht soll nicht auf den wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Mittel beschränkt sein, sondern erfasst neu auch den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz öffentlicher Mittel. Allerdings darf die Nachhaltigkeit nicht zur Beschränkung des Marktzutritts ausländischer oder ausserkantonaler Anbieter führen. Das Binnenmarktgesetz des Bundes und das revidierte GPA setzen hierbei enge Grenzen.

Neu sieht die IVöB ausdrücklich vor, dass auch für die Übertragung öffentlicher Aufgaben oder die Verleihung von Konzessionen das öffentliche Beschaffungsrecht gilt (Art. 9 IVöB). Grössere

DR. CHRISTOPH MEYER, LL.M.

ist Partner bei NEOVIUS, Fachanwalt SAV im Bau- und Immobilienrecht und Lehrbeauftragter an der Universität Basel. Er begleitet Klienten insbesondere bei der Konzeption und Durchführung von Ausschreibungsverfahren und vertritt Beschaffungsstellen bzw. Anbieter in beschaffungsrechtlichen Beschwerdeverfahren. (christoph.meyer@neovius.ch)



RAFAEL NAVARRO, MLAW

ist Advokat bei NEOVIUS. Zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten zählt das öffentliche Beschaffungswesen. Er berät Beschaffungsstellen unter anderem bei der Bereitstellung von Ausschreibungsunterlagen und vertritt Klienten in beschaffungsrechtlichen Gerichtsverfahren. (rafael.navarro@neovius.ch)



Veränderungen dürften aber nicht zu erwarten sein, da bereits heute in vielen Fällen die Aufgabenübertragung und Konzessionsverleihung aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dem Beschaffungsrecht unterstellt ist oder es im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einer öffentlichen Ausschreibung bedarf.

Eine weitere Änderung liegt bei den Schwellenwerten. Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs sind Vergaben für Lieferungen und Dienstleistungen einheitlich bis zu einem Schwellenwert von CHF 150'000.- im freihändigen Verfahren möglich. Bisher galt für Lieferungen ein Schwellenwert von CHF 100'000.-.

Ausdrücklich festgehalten wird, dass die Vergabestelle beim freihändigen Verfahren Vergleichsangebote einholen und Verhandlungen durchführen kann (Art. 21 Abs. 1 IVöB).

Wichtig erscheint die neue Regelung, wonach beim Beizug von Subunternehmern die charakteristische Leistung grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen ist (Art. 31 Abs. 3 IVöB). Es ist inskünftig folglich nicht mehr erlaubt, sämtliche vom Anbieter zu erbringende Leistungen an Dritte zur Ausführung weiterzugeben.

Interessant ist auch die neue Regelung von Art. 31 Abs. 2 IVöB. Danach ist die Mehrfachbewerbung von Subunternehmern sowie von Mitgliedern von Bietergemeinschaften nur zulässig, wenn die Vergabestelle sie in der Ausschreibung ausdrücklich zugelassen hat.

Neu ist überdies die Bestimmung, wonach die Vergabestelle nicht verlangen darf, dass eine Anbieterin bereits öffentliche Aufträge erhalten hat. Vergleichbare private Aufträge müssen ebenfalls zugelassen werden (Art. 27 Abs. 4 IVöB).

Gesetzlich ausdrücklich geregelt ist nun

auch die Möglichkeit, die Angebotseinreichung betreffend Preis und Leistung in zwei separaten Couverts vorzusehen (Art. 37 Abs. 3 IVöB).

Interessant ist auch die Möglichkeit von sogenannten «short lists». Dabei werden nach einer ersten Prüfung die drei bestrangierten Angebote ausgewählt und nur diese einer umfassenden Prüfung unterzogen (Art. 40 Abs. 2 IVöB).

Mit der neuen IVöB finden auch zusätzliche Instrumente (offiziellen) Eingang ins kantonale Beschaffungsrecht: Die elektronische Auktion (Art. 23 IVöB), der Dialog (Art. 24 IVöB) und die Rahmenverträge (Art. 25 IVöB).

Die Zuschlagskriterien werden in der revidierten IVöB in Art. 29 geregelt. Abs. 1 definiert dabei die möglichen Kriterien innerhalb des Staatsvertragsbereichs, Abs. 2 die zusätzlichen Kriterien ausserhalb. Vorgeschrieben ist neu die Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen (Abs. 3). Nur für standardisierte Leistungen kann der Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen (Abs. 4).

Was die Wahl der Zuschlagskriterien betrifft, gilt unter der revidierten IVöB, dass die Kriterien Preis und Qualität immer abzufragen sind. Neben diesen Zuschlagskriterien dürfen weitere leistungsbezogene Kriterien Verwendung finden. Die Aufzählung im Gesetz ist nicht abschliessend. Genannt werden 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 (Art. 29 Abs. 1 IVöB). Bereits erwähnt wurde, dass die Kriterien «Verlässlichkeit des Preises» und die «Preisniveau-klausel» anders als beim Bund keinen

Eingang in Art 29 IVöB gefunden haben.

Den Zuschlag soll neu zudem nicht das wirtschaftlich günstigste, sondern das vorteilhafteste Angebot erhalten (Art. 41 IVöB). Dabei handelt es sich aber immer noch um das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis, also jenes Angebot, welches die höchste Punktzahl bei der Bewertung der vorgegebenen Kriterien erreicht.

Um unseriöse, unverlässliche oder vertrauensunwürdige Anbietende nicht mehr berücksichtigen zu müssen, sieht die neue IVöB in Art. 44 eine ausführliche Liste von Ausschluss- und Widerrufsgründen vor. Dabei ist nicht in allen Fällen sichere Kenntnis dieser Gründe nötig, sondern es können auch bereits hinreichende Anhaltspunkte für einen Ausschluss genügen, so zum Beispiel bei unzulässigen Wettbewerbsabreden oder bei Missachtungen der Arbeitsschutz- und Lohnleichheitsbestimmungen. Anbietende und Subunternehmen, die in schwerwiegender Weise gewisse Tatbestände von Art. 44 IVöB erfüllt haben, können bis zu fünf Jahre von künftigen öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen oder mit einer Busse von bis zu zehn Prozent der Auftragssumme bestraft werden.

Im Bereich des Rechtsschutzes erfolgen durch die neue IVöB gerade auch für die Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft relevante Änderungen. Damit eine Rechtsmittelfrist ausgelöst wird, müssen neu alle Verfügungen summarisch begründet werden. Eine Veröffentlichung des Zuschlags ohne Begründung und der Möglichkeit, innert fünf Tagen eine erweiterte Begründung zu verlangen, ist nicht mehr möglich. Folglich muss die summarische Begründung mit der Zuschlagserteilung publiziert werden, was das Vergabeverfahren grundsätzlich beschleunigen dürfte. Die Anbietenden müssen durch die summarische Begründung in der Lage

sein, den Entscheid im Grundsatz nachzuvollziehen. Eröffnet werden können die Verfügungen entweder individuell schriftlich oder aber mittels Publikation auf simap.ch. Des Weiteren wird neu nicht mehr von Rekurs, sondern von Beschwerde die Rede sein (Art. 52 IVöB) und die Beschwerdefrist wird von zehn auf zwanzig Tage verlängert (Art. 56 IVöB). Art. 53 IVöB enthält einen abschliessenden Katalog von anfechtbaren Verfügungen. Zudem sind neu in Art. 54 ff. IVöB umfassende Verfahrensbestimmungen enthalten, welche das bisher zur Anwendung gekommene kantonale Verwaltungsverfahren ablösen.

3. EINFÜHRUNG DER IVÖB IN DEN KANTONEN BASEL-STADT UND BASEL-LANDSCHAFT

Im Kanton Basel-Stadt wurde das Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom Grossen Rat am 23. Juni 2022 beschlossen. Im Kanton Basel-Landschaft hat der Landrat das Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB und Beitritt zum Konkordat IVöB am 5. Mai 2022 verabschiedet. Die Erlasse (EG IVöB) treten voraussichtlich (nachdem auch die entsprechenden Verordnungen verabschiedet worden sind) Ende dieses oder zu Beginn des nächsten Jahres in Kraft.

In Rahmen ihrer ausführenden Gesetzgebung sehen beide Kantone (jeweils in § 2 EG IVöB) vor, dass auch Zuschläge, die ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gestützt auf eine Ausnahmebestimmung (Art. 21 Abs. 2 IVöB) freihändig vergeben werden, zu veröffentlichen sind. Weiter sehen beide Kantone den Rechtsschutz (Art. 52 IVöB) ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert vor.

In beiden Kantonen haben die vorberatenden Kommissionen allerdings auch Änderungen am Mustertext beantragt,

welche von den Parlamenten sodann beschlossen worden sind.

Im Kanton Basel-Landschaft wurde auf Antrag der Bau- und Planungskommission zusätzlich ein § 4 Abs. 1 Bst. g EG IVöB in den Erlass aufgenommen. Danach wird der Regierungsrat ermächtigt, zusätzlich zu den in der IVöB erwähnten Zuschlagskriterien, unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz, die Kriterien «Verlässlichkeit des Preises» und «Unterschiedliches Preisniveau in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird», vorzusehen.

Im Kanton Basel-Stadt wurde aufgrund des Antrags der vorberatenden Kommission zwei neue Bestimmungen in den Erlass eingefügt. So sieht § 2 unter dem Titel Zuschlagskriterien vor, dass zusätzlich zu den in der IVöB erwähnten Zuschlagskriterien das Kriterium «Verlässlichkeit des Preises» berücksichtigt werden kann. Eingefügt wurde überdies § 5 Abs. 1 lit. i EG IVöB, wonach der Regierungsrat ermächtigt wird, im Rahmen der staatsvertraglichen Verpflichtungen Bestimmungen zu erlassen, um insbesondere die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen sowie den Klima- und Umweltschutz bei öffentlichen Beschaffungen zu fördern.

Ob die Kantone die Zuschlagskriterien «Preisniveau im Ausland» und «Verlässlichkeit des Preises» überhaupt zum Inhalt ihrer Einführungsgesetzgebung machen dürfen, ist umstritten. Unseres Erachtens ist die Aufnahme zwar nicht sinnvoll (vgl. unten), aber nicht grundsätzlich unzulässig. Die Diskussion erscheint allerdings zweitrangig. In Anbetracht der nicht abschliessenden Aufzählung der möglichen Zuschlagskriterien in Art. 29 IVöB ist eine Vergabestelle im Rahmen einer konkreten Ausschreibung nämlich nicht strikt an die dort genannten Beispiele gebunden. Sie darf grundsätzlich auch weitere Kriterien verwenden, auch wenn diese nicht im

Kantonalen Einführungsgesetz enthalten sind, soweit sie sich dabei im Rahmen von Art. 29 IVöB bewegt.

Wesentlich ist allerdings die Frage, ob die beiden Kriterien («Verlässlichkeit des Preises» sowie die «Preisniveaunklausel») in den künftigen öffentlichen Ausschreibungen der Kantone Basel-Stadt bzw. Basel-Landschaft in zulässiger Weise Anwendung finden können.

Das Zuschlagskriterium der Preisniveaunklausel folgt der Idee, dass die Vergabestellen die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die angebotene Leistung ihren Ursprung hat, bei der Bewertung des Angebots berücksichtigen kann. Ist somit das Preisniveau in einem Land gegenüber demjenigen in der Schweiz um einen gewissen Prozentsatz tiefer, würde dieser Vorteil im Rahmen der Angebotsbewertung zu Lasten dieses Angebots ausnivelliert.

Es ist im Grunde unbestritten, dass das «Preisniveau im Ausland» als staatsvertragswidriges und vergabefremdes Kriterium mit protektionistischer Zielsetzung weitgehend unzulässig ist und auch im theoretisch zulässigen Binnenbereich (nicht-Staatsvertragsbereich) mit praktisch unüberwindbaren Umsetzungsschwierigkeiten verbunden ist. So wird es gerade bei Lieferaufträgen kaum je möglich sein, die einzelnen Anteile an der Wertschöpfung abschliessend einem bestimmten Staat zuzuordnen.

Was das Kriterium der Verlässlichkeit des Preises angeht, lässt sich dahinter grundsätzlich eine an sich legitime beschaffungsrechtliche Problematik erkennen. Die Gefahr besteht tatsächlich, dass ein Anbieter seinen tiefen Preis nur auf Kosten ungenügender Qualität entsprechend kalkulieren kann. Dass eine Vergabestelle die betreffende Problematik im Rahmen einer Ausschreibung besonders beleuchten möchte, ist a priori nicht unrichtig.

Problematisch ist allerdings, dass sich aktuell unter dem betreffenden Kriterium das Verständnis entwickelt hat, ein tiefer Preis könne ganz grundsätzlich nicht Teil eines seriösen Angebotes sein und müsse deshalb in der Bewertung automatisch einen Malus nach sich ziehen. Dieses Verständnis wird z.B. im Kanton Tessin in einem mathematischen Modell umgesetzt und so zur Anwendung gebracht.

Ein derart verstandenes Preisverlässlichkeitskriterium ist unzulässig. Ein besonders tiefer Preis eines Angebots kann zwar sehr wohl Indiz für ein mangelhaftes Angebot sein, er ist dafür aber nie abschliessender Beweis. Eine derartige Vermutung wäre sachlich falsch und könnte sich auch nicht auf eine gesetzliche Grundlage stützen. Es ist das Recht eines Anbieters, sein Angebot frei und allenfalls tief zu kalkulieren, was letztlich ja auch durchaus im Interesse des ausschreibenden Gemeinwesens ist. Dies sieht auch das Bundesgericht so, welches mit einiger Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft die Meinung vertreten wird, dass ungewöhnlich niedrige Angebot

nicht allein aufgrund ihres tiefen Preises sanktioniert werden dürfen (BGE 143 II 553 E. 7.1).

Wir gehen deshalb davon aus, dass ein automatischer Abzug in der Bewertung infolge eines besonders tiefen Preises rechtlich nicht zulässig ist. Eine solche Bewertung erfolgt bei Lichte betrachtet ohne genügenden sachlichen Grund. Wir empfehlen den Vergabestellen entsprechend, das Kriterium der Verlässlichkeit des Preises nicht zur Anwendung zu bringen. Soweit allerdings das Bedürfnis besteht, sich vor Angeboten zu schützen, deren tiefer Preis mit mangelhafter Leistung bzw. Qualität einhergehen würde, sehen wir durchaus wirksame alternative Möglichkeiten:

Spezifiziert die Vergabestelle im Rahmen der Ausschreibung ihre Anforderungen an Qualität und Leistung sehr präzise, wird sie im Rahmen der Evaluation auch in der Lage sein zu identifizieren, ob ein Angebot die gestellten Anforderungen erfüllt oder nicht.

Nach der neuen IVöB ist es explizit zulässig, das Angebot im Rahmen des Zuschlagskriteriums «Plausibilität des Angebots» zu bewerten. Hierbei kann beispielsweise der geschätzte Stundenaufwand im Angebot mit individuellen Qualitätsprognosen, interner Aufwandschätzung oder durch Gegenüberstellung mit den konkurrierenden Angeboten überprüft werden. In den Ausschreibungsunterlagen ist neben der Gewichtung dieses Zuschlagskriteriums ebenfalls anzugeben, wie diese Bewertung konkret erfolgt.

Wird die Vergabestelle mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten konfrontiert, ist diese nach der revidierten IVöB im Übrigen verpflichtet, ergänzende Erkundigungen zur Einhaltung der Teilnahmebedingungen und zu den Leistungsanforderungen einzuholen (Art. 38 Abs. 3 IVöB). Sind diese nicht in der geforderten Weise eingehalten, sind Anbieter bereits deshalb vor deren Bewertung vom Verfahren auszuschliessen (Art. 44 Abs. 2 lit. c IVöB).

Basel, September 2022