

ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSRECHT

REVISION BöB 2019

von Dr. Christoph Meyer, Advokat, LL.M., christoph.meyer@neovius.ch
und MLaw Dominique Mia Meier, dominique.meier@neovius.ch

Am 21. Juni 2019 haben National- und Ständerat die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen verabschiedet. Parallel dazu hat das Parlament das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen genehmigt.

Der vorliegende Newsletter soll einen Überblick über die wichtigsten Neuerungen des öffentlichen Beschaffungsrechts auf Bundesebene geben.

RECHTLICHE GRUNDLAGEN

Grundlage des schweizerischen Beschaffungsrechts bildet das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA). Dieses wird auf Bundesebene durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und die dazugehörige Verordnung (VöB) sowie von den Kantonen durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und die jeweiligen kantonalen Erlasse umgesetzt.

URSPRUNG UND ZIELSETZUNG DER TOTALREVISION

Anlass für die Totalrevision des BöB ist das seinerseits im Jahr 2012 revidierte GPA (GPA 2012). Als Vertragsstaat ist die Schweiz verpflichtet, die Änderungen

des GPA im nationalen Recht nachzuvollziehen.

Kantone und Bund haben sich überdies zum Ziel gesetzt, gleichzeitig mit der Umsetzung des GPA 2012 ihre Beschaffungsordnungen – soweit möglich und sinnvoll – strukturell und inhaltlich anzugleichen und damit das eidgenössische und kantonale Beschaffungsrecht zu harmonisieren.

WESENTLICHE NEUERUNGEN

A. GELTUNGSBEREICH – ERWEITERUNG

Gemäss Art. 8 Abs. 1 des revidierten BöB (nachfolgend „E-BöB“ genannt) gelangt das Gesetz zur Anwendung, wenn immer zwischen Auftraggeberin und Anbieterin ein Vertrag abgeschlossen wird, der der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Als wesentliche Neuerung ist dabei zu vermerken, dass im neuen Gesetzestext zum ersten Mal überhaupt der Begriff des „öffentlichen Auftrages“ spezifisch definiert wird.

Darüber hinaus wird im Rahmen der Revision der Geltungsbereich über das bisher geltende Verständnis hinaus erweitert. Neu werden auch die Übertragung öffentlicher Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen durch den Bund

dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt (Art. 9 E-BöB). Diese Neuerung scheint konsequent: Mit Blick auf einen diskriminierungsfreien Marktzutritt kann es keinen Unterschied machen, ob der Staat eine Leistung einkauft oder ihre Erfüllung unter Auslagerung des Betriebsrisikos einem Dritten überlässt.

B. GELTUNGSBEREICH – EXPLIZITE EINSCHRÄNKUNG

Eine ausdrückliche Einschränkung erfährt der Geltungsbereich des Beschaffungsrechts in Art. 10 Abs. 3 E-BöB. Nicht unter das Beschaffungsrecht des Bundes fallen danach Geschäfte innerhalb einer öffentlichen Körperschaft („Inhouse“, lit. c), Geschäfte mit von der Auftraggeberin kontrollierten Anbietern („Quasi-Inhouse“, lit. d) sowie Geschäfte zwischen öffentlichen Auftraggeberinnen („Instate“, lit. b). Damit wird die bisherige Gerichtspraxis (insbesondere die vom EuGH entwickelte „Teckal-Praxis“) kodifiziert.

C. NEUE BEDEUTUNG VON QUALITÄTSKRITERIEN

Grosse Diskussionen im parlamentarischen Prozess haben die Bemühungen ausgelöst, der Qualität bei der Beurteilung der Angebote inskünftig ein stärkeres Gewicht einzuräumen. Neu soll denn

DR. CHRISTOPH MEYER, LL.M.

ist Partner bei NEOVIUS und Lehrbeauftragter an der Universität Basel. Er begleitet Klienten insbesondere bei der Konzeption und Durchführung von komplexen Ausschreibungsverfahren und vertritt Beschaffungsstellen bzw. Anbieter in beschaffungsrechtlichen Beschwerdeverfahren.



auch gemäss Art. 41 E-BöB das „vorteilhafteste“ statt wie bisher das „wirtschaftlich günstigste“ Angebot den Zuschlag erhalten. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass in der Angebotsbeurteilung neben dem Preis auch *qualitative* Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Demnach gilt, dass der Angebotspreis *immer*, aber nur *ausnahmsweise allein* ausschlaggebend sein darf. Hingegen ist es unzulässig, Angebote ausschliesslich anhand preisfremder Kriterien zu bewerten und auszuwählen.

Die inhaltliche Tragweite dieser Neuformulierung ist indes zu relativieren: Bereits unter geltendem „alten“ Recht war das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht mit dem „billigsten“ gleichzusetzen und wurde einerseits unter Berücksichtigung des Preises, andererseits aber auch der Qualität ermittelt. Mit der Neuformulierung wird deshalb wohl kein Paradigmenwechsel herbeigeführt.

Zur Auswertung des „vorteilhaftesten“ Angebotes zählt Art. 29 Abs. 1 E-BöB eine Reihe *leistungsbezogener* Zuschlagskriterien auf, welche die Auftraggeberin neben dem Preis und der Qualität einer Leistung berücksichtigen soll.

Zu erwähnen sind insbesondere die Folgenden:

- *Nachhaltigkeit*: Der Aspekt der Nachhaltigkeit findet als Zuschlagskriterium in Art. 29 Abs. 1 E-BöB sowie auch im Zweckartikel (Art. 2 E-BöB) Erwähnung. Die öffentlichen Mittel sollen gemäss Art. 2 lit. a E-BöB nicht nur wirtschaftlich, sondern gleichermassen auch volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial *nachhaltig* eingesetzt werden.
- *Verlässlichkeit des Preises und Plausibilität des Angebots*: Mit diesen Kriterien soll *es* der Beschaffungsstelle

erlaubt sein, die *Preisgestaltung* bzw. die angebotene Leistung auf ihre „Verlässlichkeit“ bzw. auf ihre „Plausibilität“ zu hinterfragen. Die Umsetzung dieser inhaltlich nicht vollständig geklärten Kriterien dürfte sich als höchst anspruchsvoll erweisen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf einen kürzlich ergangenen Bundesgerichtsentscheid, wonach die Berücksichtigung der „Plausibilität“ zwar hinsichtlich der qualitativen Bewertung der angebotenen Leistung, nicht aber hinsichtlich des Preises zulässig ist (BGE 143 II 553).

- *Unterschiedliche Preisniveaus („Heimatschutz-Artikel“)*: Um den sogenannten „Heimatschutz-Artikel“ hat in den parlamentarischen Beratungen ein regelrechtes Tauziehen stattgefunden. So waren sich die beiden Kammern nicht einig, ob inskünftig bei Auftragsvergaben die Kaufkraft im Land des jeweiligen Anbieters zu berücksichtigen sein soll oder nicht. Weil die Kaufkraft in der Schweiz hoch ist, würden damit ausländische Offerten künstlich verteuert werden, was praktisch einem Inländervorrang gleichkäme. Derartige Mechanismen laufen den Prinzipien des GPA 2012 jedoch eindeutig zuwider und sind nicht staatsvertragskonform. Der Heimatschutz-Artikel wurde dennoch in Art. 29 Abs. 1 E-BöB als mögliches Zuschlagskriterium *aufgenommen* („*die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird*“), steht jedoch unter dem Vorbehalt der internationalen Verpflichtungen der Schweiz. Hierbei mag es sich um einen gesetzgeberischen Kompromiss handeln; im Ergebnis bleibt der „Heimatschutz-Artikel“ aufgrund des Vorbehalts internationaler Verpflichtungen wohl wirkungslos.

Hinzuweisen ist schliesslich auf die

Neuerung, wonach die Auftraggeberin gemäss Art. 29 Abs. 3 E-BöB – im Sinne der Transparenz – die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekanntzugeben hat. Unter geltendem „alten“ Recht waren die Zuschlagskriterien (als Minimalvorgabe) lediglich in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung (d.h. ohne konkrete Gewichtung) aufzuführen (Art. 9 Abs. 2 BöB).

D. ELEKTRONISCHES VERGABEVERFAHREN

Das totalrevidierte BöB ermöglicht neu ein *durchgängig* elektronisches Vergabeverfahren. Wie bisher wird die Ausschreibung wie auch der Zuschlag auf der von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform veröffentlicht (Art. 48 Abs. 1 E-BöB). Die Ausschreibungsunterlagen können zudem elektronisch zur Verfügung gestellt werden (Art. 48 Abs. 2 E-BöB). Neu wird gemäss Art. 34 Abs. 2 E-BöB die elektronische Eingabe von Angeboten und Teilnahmeanträgen möglich sein.

E. ERSTE ANGEBOTSPRÜFUNG

Basierend auf Wirtschaftlichkeitsüberlegungen sieht Art. 40 Abs. 2 E-BöB speziell für *komplexe* Beschaffungsvorhaben neu die Möglichkeit vor, mittels einer ersten Prüfung der eingegangenen Angebote deren Anzahl zu reduzieren, um diese in einer zweiten Bewertungsrunde einer umfassenden Prüfung zu unterziehen (sogenannte „short list“). Beabsichtigt die Auftraggeberin dieses Vorgehen, hat sie dieses – idealerweise verbunden mit der Angabe der Anzahl Anbieterinnen, welche nach der ersten Prüfung einer weiteren Evaluation unterzogen werden – stets in der Ausschreibung anzukündigen.

Die unberücksichtigt gebliebenen Anbieterinnen werden über den Vorentscheid informiert, wobei dieser Entscheid nicht

selbständig anfechtbar ist. Dieser Umstand vermag in rechtsstaatlicher Hinsicht nicht zu überzeugen.

F. RECHTSSCHUTZ

Als massvolle Stärkung des Rechtsschutzes steht künftig der Beschwerdeweg auch gegen Entscheide *ausserhalb* des Staatsvertragsbereichs (d.h. bei öffentlichen Aufträgen, die nur den Regeln des Binnenrechts unterstehen) offen (Art. 52 Abs. 2 E-BöB). Einschränkend gilt, dass damit lediglich der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer anfechtbaren Verfügung (sog. Sekundärrechtsschutz), verbunden mit einem Schadenersatzbegehren im Umfang der getätigten Offertaufwendungen gestellt werden kann. Der unterlegene Anbieter kann in diesen Fällen folglich nicht den Zuschlag für sein Angebot beantragen.

Aufgrund der einschränkenden Ausgestaltung der Beschwerdemöglichkeit ist wohl davon auszugehen, dass das Interesse der Anbieter an einer Beschwerdeerhebung bei Vergabeverfahren *ausserhalb* des Staatsvertragsbereichs sehr zurückhaltend ausfallen wird.

G. VERBOT VON ABGEBOTSRUNDEN

Abgebotsrunden sind Verhandlungen mit dem einzigen Zweck, den Angebotspreis zu senken. Gemäss aktuellem Bundesrecht sind solche Preisverhandlungen zulässig, wohingegen nach interkantonalem Recht ein diesbezügliches Verbot gilt. Das Verbot wird unter anderem mit der Befürchtung begründet, dass Anbieter im Hinblick auf potenzielle Preisverhandlungen Margen in ihren Angeboten vorsehen, um diese später (möglicherweise) preiszugeben. Um derartige Vorgänge zu verhindern, sieht das Bundesrecht neu ebenfalls von Abgebotsrunden ab (Art. 11 lit. d E-BöB) und gleicht sich damit interkantonalem Recht an. Einzig im Rahmen von Angebotsvereinbarungen sind Preis-

anpassungen unter den Bedingungen von Art. 39 Abs. 2 E-BöB – und damit nur aus begründetem Anlass und innerhalb enger formaler Schranken – weiterhin zulässig.

H. SANKTIONEN

Art. 44 E-BöB enthält eine Liste von Tatbeständen, die einen Ausschluss vom Vergabeverfahren, die Streichung aus einem Verzeichnis oder den Widerruf eines bereits erteilten Zuschlags rechtfertigen (bspw. rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil der Auftraggeberin oder wegen eines Verbrechens [lit. c], laufendes Pfändungs- oder Konkursverfahren [lit. d], ausstehende Zahlungen von Steuern oder Sozialabgaben [lit. g]). Der Tatbestandskatalog wurde im Vergleich zum alten BöB erweitert und darin etwa die Verletzung von Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption – ein Kernthema des GPA 2012 – aufgenommen. Die in Art. 44 E-BöB aufgeführten Ausschlussgründe können derweil nicht nur durch die Anbieterin selbst erfüllt werden; vielmehr hat sich diese auch das Verhalten von Dritten, insbesondere Subunternehmern, entgegenhalten zu lassen.

Art. 45 E-BöB erlaubt des Weiteren den Ausschluss von künftigen öffentlichen Aufträgen für die Dauer von bis zu fünf Jahren, wenn die Anbieterinnen oder Subunternehmer gewisse Tatbestände von Art. 44 E-BöB in *schwerwiegender* Weise erfüllen. Der jeweiligen Auftraggeberin steht in der Auswahl der Sanktion ein Ermessen zu, wobei sie in leichten Fällen lediglich eine Verwarnung aussprechen kann. Der Ausschluss von künftigen Vergaben hingegen stellt eine schwerwiegende Massnahme dar, deren Ergreifung bei einem einmaligen leichten Verstoss wohl nicht gerechtfertigt ist.

Grundsätzlich wirkt der Ausschluss von

künftigen Aufträgen nur für die betroffene Auftraggeberin. Wird die Anbieterin hingegen wegen Korruptionsdelikten von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen, gilt der Ausschluss gegenüber *allen* Auftraggeberinnen des Bundes.

Auftraggeberinnen sollen künftig einen rechtskräftigen Ausschluss gemäss Art. 45 Abs. 1 E-BöB einer vom Bundesrat bezeichneten Stelle melden. Art. 45 Abs. 3 E-BöB bildet sodann die gesetzliche Grundlage für die Führung einer zentralen, nicht öffentlichen Liste der von künftigen öffentlichen Aufträgen ausgeschlossenen Anbieterinnen und Subunternehmern. Auftraggeberinnen sollen daraus die relevanten Informationen beziehen können, wobei entsprechende Anfragen nur mit Bezug auf eine spezifische Anbieterin, die an einer konkreten Ausschreibung teilnimmt, erfolgen können. Gemäss bundesrätlicher Botschaft zum E-BöB ist auch auf kantonaler Ebene eine entsprechende Liste sowie ein diesbezüglicher Datenaustausch zwischen Bund und Kantonen vorgesehen.

AUSBLICK

Das fakultative Referendum gegen das totalrevidierte BöB ist nicht ergriffen worden. Die Inkraftsetzung ist per 1. Januar 2021 geplant.

Der Harmonisierungsprozess des nationalen Beschaffungsrechts wird nun auf kantonaler Ebene fortgesetzt werden. Die Arbeiten zur Revision der IVöB wurden bereits im Jahr 2012 aufgenommen und verliefen parallel zur Revision des Bundesrechts. Der Beschluss der revidierten IVöB durch die Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) soll in Kürze erfolgen.

Basel, Oktober 2019