

NEWS

NEUERUNGEN IM SCHWEIZERISCHEN ÖFFENTLICHEN BESCHAFFUNGSRECHT

EINLEITUNG

Die öffentliche Hand als Auftraggeberin hat im heutigen wirtschaftlichen Umfeld eine grosse Bedeutung. Vor diesem Hintergrund bestehen seit Jahren Regelungen, wie öffentliche Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge zu vergeben sind. Die aktuell anwendbaren Bestimmungen im Zusammenhang mit der Vergabe solcher Aufträge finden sich, für Beschaffungen auf Bundesebene, im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen („BöB“) und auf kantonaler Ebene in der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen („IVöB“) bzw. den zugehörigen kantonalen und kommunalen Erlassen. Diese Bestimmungen werden durch Rahmenordnungen, insbesondere das WTO-Übereinkommen aus dem Jahr 1994 sowie das Bundesgesetz über den Binnenmarkt („BGBM“), überlagert, welche vorwiegend die Nichtdiskriminierung auswärtiger Anbieter bezwecken.

Am 21. Juni 2019 hat das Parlament die Totalrevision des BöB („rev-BöB“) verabschiedet, welche per 1. Januar 2021 in Kraft treten wird. Die revidierte IVöB („rev-IVöB“), die weitgehend deckungsgleich mit den Regelungen des rev-BöB ist¹, wurde von der Sonderplenarversammlung vom 15. November 2019 durch die Kantone verabschiedet und tritt voraussichtlich ebenfalls anfangs 2021 in Kraft.

Ziel der Revision des Beschaffungsrechts war einerseits die Umsetzung des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) und andererseits die sinnvolle Anglei-

Auf den 1. Januar 2021 tritt das totalrevidierte öffentliche Beschaffungsrecht in Kraft. Dieses setzt im Wesentlichen das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) um und führt zur Vereinheitlichung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen. Mit der Revision sollen Nachhaltigkeit und Korruptionsbekämpfung Eingang in öffentliche Ausschreibungen finden.

chung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen.

Im Folgenden werden die aus Sicht der Autoren zentralsten Neuerungen des revidierten Beschaffungsrechts dargestellt.

QUALITÄTSWETTBEWERB STATT PREISWETTBEWERB

Im GPA 2012 wurde mit der Zuschlagserteilung an das vorteilhafteste Angebot (*most advantageous tender*) ein zentraler Grundsatz geschaffen. Dieser Formulierung ist der Gesetzgeber in Art. 41 rev-BöB gefolgt. Ob diese Neuformulierung tatsächlich einen Paradigmenwechsel hin zu mehr Qualität und Nachhaltigkeit bei öffentlichen Vergaben bewirken wird, ist Gegenstand vieler Diskussionen. Nach Auffassung des Bundesrates entspricht das wirtschaftlich günstigste Angebot gemäss der aktuell gültigen Fassung des BöB bereits der Terminologie des GPA 2012. Nach anderer Auffassung stellt die Neuformulierung einen Sinneswandel weg vom Preis- und hin zum Qualitätswettbewerb dar. Wie dem auch sei, dürfte mit der Einführung neuer Zuschlagskriterien die stärkere Gewichtung qualitativer Grössen zum Ausdruck kommen.

NEUE ZUSCHLAGSKRITERIEN

Der neue Art. 29 rev-BöB nennt, wie bereits unter geltendem Recht, eine nicht abschliessende Anzahl verschiedener Zuschlagskriterien. Die im Gesetz

¹ Sofern im Folgenden die Artikelnummern sowie Regelungsinhalte von rev-BöB sowie rev-IVöB übereinstimmen, wird auf die Zitierung der rev-IVöB verzichtet.

explizit erwähnten Zuschlagskriterien werden neu insbesondere durch die Kriterien Nachhaltigkeit, Lebenszykluskosten, Lieferbedingungen, Kreativität sowie Innovationsgehalt ergänzt.

Nachhaltigkeit

Unter dem Zuschlagskriterium Nachhaltigkeit sollen drei Dimensionen verstanden werden. Erstens wird darunter die Wirtschaftlichkeit verstanden, wonach innovative und ressourcenschonende Technologien langfristig betrachtet wirtschaftlicher sind, als veraltete und ressourcenintensive Beschaffungsgüter. Zweitens beinhaltet die ökologische Dimension Aspekte der Umweltverträglichkeit, der Ressourcenschonung sowie der Ressourceneffizienz, welche jeweils über die gesamte Lebensdauer betrachtet werden. Dabei können insbesondere Aspekte wie Schadstoffgehalte, Wasser-, Boden- und Luftbelastungen oder Energie- und Wasserverbrauch beigezogen werden. Drittens ermöglicht die soziale Komponente der Nachhaltigkeit beispielsweise die Beschaffung von Fair-Trade Produkten oder die Berücksichtigung der Beschäftigung gesundheitlich eingeschränkter Personen. Im Zusammenhang mit der Prüfung der Umwelt- und Sozialaspekte kann sich die jeweilige Auftraggeberin auf international anerkannte Zertifizierungen abstützen.

Lebenszykluskosten

Im Rahmen des neu in Art. 29 rev-BöB verankerten Kriteriums der Lebenszykluskosten kann bei der Zuschlagserteilung eine globale Kostenbetrachtung bezüglich der gesamten Lebensdauer des Beschaffungsgegenstands berücksichtigt werden. Hierbei kommen sämtliche Kosten im Zusammenhang mit der Beschaffung, dem Betrieb, dem Rückbau sowie der Entsorgung zum Tragen. Im Rahmen der dadurch entstehenden gesamtheitlicheren Betrachtungsweise der Beschaffungskosten können beispielsweise in der Anschaffung teurere, aber wartungsfreundlichere oder langlebigere Produkte insgesamt als vorteilhafter erscheinen, als Beschaffungsalternativen mit lediglich tiefem Anschaffungspreis.

Unterschiedliche Preisniveaus

Mit dem Zuschlagskriterium der unterschiedlichen Preisniveaus der Länder, in denen die wirtschaftliche Leistung erbracht wird, schafft der Gesetzgeber eine Grundlage, den, im Ausland in der

Regel tieferen, Lohn- und Preisniveaus im Rahmen öffentlicher Beschaffungen Rechnung zu tragen. So sollen ausländische Anbieter, welche sich an öffentlichen Beschaffungsverfahren in der Schweiz beteiligen, aus den Preis- und Lohnniveauunterschieden keine Vorteile ziehen. Ob dieses Zuschlagskriterium tatsächlich Eingang in zukünftige Beschaffungen finden wird, ist aus staatsvertraglicher Perspektive umstritten und wurde auch im Rahmen der parlamentarischen Beratungen verschiedentlich kritisiert.

MASSNAHMEN GEGEN KORRUPTION UND WETTBEWERBSABREDEN

Die Vermeidung von Korruption und Interessenkonflikten stellte eines der Kernanliegen bei der Umsetzung des GPA 2012 dar. Folglich hat der Gesetzgeber sowohl im Zweckartikel (Art. 2 lit. d rev-BöB) als auch in der Regelung der Verfahrensgrundsätze bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Art. 11 rev-BöB) neu die Bekämpfung unzulässiger Wettbewerbsabreden und Korruption mittels Massnahmen und Sanktionen verankert, welche in den Art. 44 und 45 rev-BöB geregelt werden.

Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags

Nach Art. 44 Rev-BöB können Anbieter insbesondere dann von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, aus einem Verzeichnis geeigneter Anbieter gestrichen werden oder ein ihnen bereits erteilter Zuschlag kann widerrufen werden, wenn der Anbieter Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption verletzt (Art. 44 Abs. 1 lit. e rev-BöB) oder hinreichende Anhaltspunkte bestehen, dass unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen wurden (Art. 44 Abs. 2 lit. c). Die Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption finden sich in der Schweiz namentlich im Strafgesetzbuch („StGB“) sowie im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb („UWG“).

In Bezug auf die Bestrafung aufgrund einer Verletzung der Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption verlangt das Gesetz die sichere Kenntnis, eine rechtskräftige Verurteilung des Anbieters ist nicht erforderlich. Im Zusammenhang mit unzulässigen Wettbewerbsabreden genügen für eine Sanktionierung bereits hinreichende Anhaltspunkte. Folglich muss die Auftraggeberin bei einementsprechenden Verdacht nicht den Abschluss

eines Verfahrens der Wettbewerbskommission abwarten, bevor sie Massnahmen treffen kann.

Die Massnahmen des Art. 44 rev-BöB liegen im Ermessen der Vergabestelle, wodurch nicht jedes Fehlverhalten eines Anbieters sanktioniert werden muss. So wäre ein Ausschluss vom Vergabeverfahren beispielweise bei Bagatellverstössen, welche sofort korrigiert werden können, kaum gerechtfertigt. Liegt allerdings ein rechtskräftiges Urteil wegen schwerer Delikte vor, dürfte ein Verfahrensausschluss regelmässig unumgänglich sein.

Ausschluss von künftigen öffentlichen Aufträgen

Auf Grundlage von Art. 45 rev-BöB kann eine Auftraggeberin einen Anbieter für bis zu fünf Jahre von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausschliessen, wenn (i) ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Vergehens zum Nachteil der jeweiligen Auftraggeberin oder ein Verbrechen vorliegt, (ii) die Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption verletzt werden, (iii) unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen wurden, (iv) Arbeitsschutzbestimmungen (insbesondere zur Lohngleichheit) verletzt wurden oder (v) Meldepflichten des Bundesgesetzes über die Schwarzarbeit verletzt wurden. Bei leichten Verletzungen kann die Auftraggeberin eine Verwarnung aussprechen.

Durch den Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge wird der Anbieter grundsätzlich nur für künftige Ausschreibungen der betreffenden Auftraggeberin ausgeschlossen. Wird die Sanktion allerdings aufgrund eines Verstosses gegen die Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption durch eine Auftraggeberin des Bundes ausgesprochen, wirkt der Ausschluss in Bezug auf sämtliche Auftraggeber des Bundes. Auf kantonaler Ebene kann gemäss Art. 45 rev-IVöB alternativ zum Ausschluss von der Vergabe eine Busse in Höhe von bis zu 10% der bereinigten Angebotssumme auferlegt werden.

Der Ausschluss von künftigen öffentlichen Aufträgen setzt das Vorliegen von schwerwiegenden Widerhandlungen voraus, ist allerdings nicht an eine vorgängige Verwarnung gebunden. Ebenfalls ist auf Grundlage des Gesetzestextes nur in Bezug auf Vergehen zum Nachteil des Auftraggebers ein rechtskräftiges Urteil notwendig. Die Ausführungen der Botschaft zum rev-BöB lässt allerdings

vermuten, dass ein entsprechender Ausschluss nur in schwerwiegenden und wiederholten Fällen ausgesprochen wird.

PREISVERHANDLUNGEN UND ANGEBOTSBEREINIGUNG

Nach aktuell geltendem Vergaberecht ist es Vergabestellen des Bundes gestattet, Verhandlungen, insbesondere Preisverhandlungen (sog. Angebotsrunden), zu führen. Nach interkantonalem Recht gilt ein Verbot der Angebotsrunden. Das interkantonale Verbot begründet sich unter anderem durch die Befürchtung, dass Anbieter im Hinblick auf Preisverhandlungen zusätzliche Margen in ihre Angebote einbauen, um diese anschliessend wieder (teilweise) preiszugeben. Aus dieser Überlegung, sowie zur Vereinheitlichung der Regelungen von Bund und Kantonen, schliesst Art. 11 lit. d rev-BöB neu die Durchführung von Angebotsrunden aus.

Diese Neuerung bedeutet allerdings nicht, dass Preisanpassungen nach Einreichung des Angebots per se ausgeschlossen sind. Insbesondere im Rahmen der sog. Angebotsbereinigung (Art. 39 rev-BöB) kann es auch unter neuem Recht noch zu Preisanpassungen kommen.

Die Angebotsbereinigung soll zur Gewährleistung der Vergleichbarkeit der Angebote, der Klärung von Missverständnissen und der Füllung von Lücken in den Ausschreibungsunterlagen führen. Dabei werden Gespräche zwischen der Vergabestelle und den Anbietern geführt, um den Auftrag zu klären, zu präzisieren sowie die Angebote miteinander vergleichbar zu machen. Eine entsprechende Anpassung oder Konkretisierung des Leistungsgegenstandes rechtfertigt Preisanpassungen seitens der Anbieter (Art. 39 Abs. 3 rev-BöB).

RECHTSSCHUTZ

Nach aktuell geltendem Recht können Verfügungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nicht mittels Beschwerde angefochten werden. Mit der Revision des Beschaffungsrechts führt der Gesetzgeber den sog. Sekundärrechtsschutz (Art. 52 Abs. 2 rev-BöB) ein. Dieser gibt dem Anbieter die Möglichkeit, sofern die notwendigen Schwellenwerte (bei Lieferungen und Dienstleistungen: CHF 150'000, bei Bauleistungen: CHF 2'000'000)

überschritten werden, die Rechtswidrigkeit einer Verfügung feststellen zu lassen sowie Schadenersatz zu fordern. Die Schadenersatzforderung ist dabei auf die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Offertenstellung beschränkt.

Folglich ist es auch unter der neuen Gesetzgebung ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nach wie vor nicht möglich, weder einen ergangenen Zuschlag aufzuheben, noch Schadenersatz in Höhe des positiven Interesses (im Sinne eines hypothetischen Zuschlags zugunsten des Beschwerdeführers) zu fordern.

—



MARC METZGER
Rechtsanwalt
LL.M. University of London
Partner



ANDREAS SUTER
Rechtsanwalt, M.A. HSG
Associate



SAMUEL STREULI
M.A. HSG
Junior Associate

BIANCHISCHWALD GMBH

mail@bianchischwald.ch
bianchischwald.ch

GENÈVE

5, rue Jacques-Balmat
Postfach 5839
CH-1211 Genève 11
T +41 58 220 36 00
F +41 58 220 36 01

ZÜRICH

St. Annagasse 9
Postfach 1162
CH-8021 Zürich
T +41 58 220 37 00
F +41 58 220 37 01

LAUSANNE

12, avenue des Toises
Postfach 5410
CH-1002 Lausanne
T +41 58 220 36 70
F +41 58 220 36 71

BERN

Elfenstrasse 19
Postfach 1208
3000 Bern 16
T +41 58 220 37 70
F +41 58 220 37 71