

Entwurf vom 18.09.2014

Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)

Erläuternder Bericht

18. September 2014

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	2
Übersicht.....	5
A. Allgemeiner Teil.....	6
1. Grundzüge der Vorlage.....	6
1.1 Ausgangslage.....	6
1.1.1 Revision des WTO-Beschaffungsübereinkommens.....	6
1.1.2 Grundlagen des schweizerischen Beschaffungsrechts	7
1.1.3 Entwicklung	7
1.1.4 Gründe für die Revision.....	8
1.2 Die beantragte Neuregelung	8
1.2.1 Vorarbeiten	8
1.2.2 Zielsetzung des Entwurfs.....	9
1.2.3 Neue Struktur.....	10
2. Auswirkungen.....	10
2.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen auf die Kantone.....	10
2.2 Volkswirtschaftlicher Aspekt.....	10
3. Rechtliche Aspekte.....	11
3.1 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz.....	11
3.2 Umsetzung	11
B. Besonderer Teil.....	12
I. Kapitel Zweck und Begriffe	12
Art. 1 Zweck	12
Art. 2 Begriffe.....	12
II. Kapitel Geltungsbereich	12
1. Abschnitt: Subjektiver Geltungsbereich.....	12
Art. 3 Grundsatz.....	13
Art. 4 Auftraggeber	13
Art. 5 Anwendbares Recht.....	14
Art. 6 Anbieter	15
Art. 7 Befreiung der Sektorenauftraggeber	15
2. Abschnitt: Objektiver Geltungsbereich	16
Art. 8 Öffentlicher Auftrag	16
Art. 9 Auftragsarten	18
Art. 10 Schwellenwerte.....	18
Art. 11 Ausnahmen	19
III. Kapitel Allgemeine Grundsätze.....	20
Art. 12 Verfahrensgrundsätze.....	20

Art. 13 Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen.....	21
Art. 14 Ausstand.....	23
Art. 15 Vorbefassung.....	23
Art. 16 Bestimmung des Auftragswerts	24
IV. Kapitel Vergabeverfahren	25
Art. 17 Verfahrensarten.....	25
Art. 18 Offenes Verfahren	25
Art. 19 Selektives Verfahren.....	25
Art. 20 Einladungsverfahren.....	26
Art. 21 Freihändiges Verfahren.....	26
Art. 22 Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb	27
Art. 23 Elektronische Auktionen.....	28
Art. 24 Verhandlungen	29
Art. 25 Bekanntgabe und Protokollierung	31
Art. 26 Dialog	31
Art. 27 Rahmenverträge.....	33
V. Kapitel Vergabeanforderungen.....	35
Art. 28 Teilnahmebedingungen.....	35
Art. 29 Eignungskriterien.....	35
Art. 30 Verzeichnisse.....	36
Art. 31 Zuschlagskriterien.....	37
Art. 32 Technische Spezifikationen	37
Art. 33 Bietergemeinschaften und Subunternehmer	38
Art. 34 Lose und Teilleistungen.....	38
Art. 35 Varianten.....	39
Art. 36 Formerfordernisse	39
VI. Kapitel Ablauf des Vergabeverfahrens.....	40
Art. 37 Inhalt der Ausschreibung	40
Art. 38 Inhalt der Ausschreibungsunterlagen	40
Art. 39 Angebotsöffnung.....	40
Art. 40 Prüfung und Bewertung der Angebote	41
Art. 41 Zuschlag.....	43
Art. 42 Vertragsschluss	43
Art. 43 Abbruch.....	44
Art. 44 Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags	44
Art. 45 Sanktionen	45
VII. Kapitel Fristen und Veröffentlichungen, Statistik	47
Art. 46 Fristen	47
Art. 47 Fristverkürzung im Staatsvertragsbereich	47

Art. 48 Veröffentlichungen	48
Art. 49 Aufbewahrung der Unterlagen.....	49
Art. 50 Statistik.....	49
VIII. Kapitel Rechtsschutz.....	50
Art. 51 Eröffnung von Verfügungen.....	50
Art. 52 Beschwerde.....	51
Art. 53 Beschwerdeobjekte	51
Art. 54 Aufschiebende Wirkung.....	53
Art. 55 Anwendbares Recht.....	53
Art. 56 Beschwerdefrist und Beschwerdegründe	53
Art. 57 Akteneinsicht	54
Art. 58 Beschwerdeentscheid	54
Art. 59 Revision.....	55
IX. Kapitel Behörden	55
Art. 60 Organe	55
Art. 61 Kontrollen.....	56
X. Kapitel Schlussbestimmungen	56
Art. 62 Beitritt, Austritt, Änderung und Aufhebung	56
Art. 63 Übergangsrecht.....	56
Art. 64 Inkrafttreten.....	57

Übersicht

Grundlage des Vergaberechts der Schweiz ist das WTO-Beschaffungsübereinkommen (GPA). Es wird auf Ebene Bund durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und die zugehörige Verordnung (VöB) umgesetzt, während die Kantone ihre staatsvertraglichen Verpflichtungen durch eine Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) erfüllen. Aufgrund der 2012 abgeschlossenen Revision des GPA werden Anpassungen im nationalen Recht erforderlich. Gleichzeitig sollen die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen inhaltlich - so weit möglich und sinnvoll - einander angeglichen werden.

Ausgangslage

Das revidierte Übereinkommen der WTO 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 wurde. Zentral bei der Revision des Übereinkommens von 1994 (GPA 1994)¹, dem die Schweiz mit Wirkung ab 1. Januar 1996 beigetreten ist, sind insbesondere das Vereinfachen und Modernisieren der Texte, das Anpassen an die technische Entwicklung sowie der erweiterte Geltungsbereich. Sämtliche Vertragsstaaten sind verpflichtet, die Änderung des GPA ins nationale Recht umzusetzen. Die Schweiz wird das GPA 2012 erst ratifizieren, nachdem die Anpassungen des innerstaatlichen Rechts auf Stufe Bund und Kantone abgeschlossen sind.

Die Revision des GPA erfordert Anpassungen im kantonalen wie im Bundesrecht. Bund und Kantone setzen die internationalen Vorgaben parallel um. Dabei sollen die Beschaffungsordnungen im Bund und in den Kantonen im Interesse der Gesetzesadressaten - so weit möglich und sinnvoll - inhaltlich einander angeglichen werden. Die Gesetzgebungsverfahren des Bundes und der Kantone erfolgen je separat, basieren jedoch auf den Formulierungsvorschlägen einer paritätisch aus Vertretern des Bundes und der Kantone zusammengesetzten Arbeitsgruppe. Diese Arbeitsgruppe unter der Leitung einer externen juristischen Fachperson hat während eines Jahres nach Abschluss der GPA-Verhandlungen verschiedene Themen analysiert und den hier vorliegenden gemeinsamen Vorschlag verabschiedet.

Ziele und Inhalt der Vorlage

Die Vorlage hat zum Ziel, das GPA 2012 auf Stufe Bund bzw. Kantone umzusetzen und gleichzeitig einen Beitrag zur Harmonisierung des Beschaffungsrechts in der Schweiz zu leisten. Zu diesem Zweck sollen neue Begriffsdefinitionen eingeführt und die Vergaberichtlinien der Kantone (VRöB) in die interkantonale Vereinbarung möglichst integriert werden. Die materiellen Änderungen betreffen im Wesentlichen neue Instrumente und Folgebeschaffungen sowie die Themen Verhandlungen und Rechtsschutz. Bei den letzten Themen gilt es, die Ergebnisse der Beratungen im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren auf Stufe Bund und Kantone abzuwarten, bevor entsprechende Entscheide getroffen werden können.

Der vorliegende Entwurf der Vereinbarung unterscheidet wie bisher zwischen Aufträgen im Staatsvertragsbereich und solchen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (sogenannter Binnenmarkt).

¹ SR 0.632.231.422.

A. Allgemeiner Teil

1. Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Revision des WTO-Beschaffungsübereinkommens

Das plurilaterale² *Übereinkommen der WTO über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement, nachfolgend GPA 1994)*³ trat am 1. Januar 1996 in Kraft. Es gilt sowohl für den Bund als auch die Kantone und hält folgende Grundsätze der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens fest:

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

Auch enthält es Bestimmungen zum Beschaffungsverfahren und zu den Schwellenwerten. Während einige Bestimmungen des GPA wie Art. XII "Vergabeunterlagen" über den Inhalt einer Ausschreibung detailliert und unmittelbar anwendbar sind (self-executing), handelt es sich bei anderen wie z.B. Art. XX "Beschwerdeverfahren" um konkretisierungsbedürftige Grundsätze (non self-executing).

Gestützt auf Art. XXIV:7 a und b des GPA 1994 leiteten die Mitgliedstaaten im Jahr 1997 Revisionsverhandlungen ein, welche bis Dezember 2011 andauerten und am 30. März 2012 formell zum Abschluss kamen. Zentral bei der Revision waren einerseits das Vereinfachen und Klären des Textes, die Anpassung an die technischen Entwicklungen sowie die Erweiterung des persönlichen und sachlichen Geltungsbereichs. Das revidierte GPA deckt neu elektronische Auktionen ab, thematisiert die Korruptionsbekämpfung und Interessenkonflikte, anerkennt Umweltziele als Angebotskriterium und verbessert durch geänderte Beschwerdemöglichkeiten den Rechtsschutz der Anbieter. Ausserdem schafft es Klarheit hinsichtlich der Aufnahmeeregeln für neue Mitgliedstaaten.

Gemäss Schätzungen der WTO führt die Revision des GPA insgesamt zu einem erweiterten Marktzugang im Wert von 80 Milliarden USD. Den Schweizer Anbietern eröffnet das revidierte Übereinkommen folglich den Zugang zu neuem Markt, unter anderem in den kanadischen Provinzen, in gewissen Ballungsgebieten Japans, aber auch im öffentlichen Personennahverkehr in Israel und Korea. Die Schweiz unterstellt in Zukunft insbesondere die Beschaffungen der Bundesgerichte dem Abkommen und hat angesichts der Marktzugangsbegehren anderer Mitgliedstaaten auf Basis der Reziprozität einer Erweiterung der Ausschreibungspflicht auf gewisse Dienstleistungsaufträge zugestimmt (z.B. im Bereich der Satellitenkommunikation). Zugleich hat die Schweiz Vorbehalte beim Marktzugang gegen jene GPA-Mitgliedstaaten aufgehoben, die ihr eine Gleichbehandlung gewähren. Dadurch wird beispielsweise kanadischen Anbietenden der Zugang zu den internationalen 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 Das Abkommen ist nicht für sämtliche WTO-Mitgliedstaaten verbindlich, sondern nur für diejenigen, die ihm beigetreten sind. Es wird daher in der WTO-Terminologie nicht als multilateral, sondern als plurilateral bezeichnet.

³ SR 0.632.231.422.

Jeder Mitgliedstaat hat seine Gesetzgebung dem revidierten GPA anzupassen (Art. XXII:4 GPA 2012). Nachdem zwei Drittel der Mitgliedstaaten des GPA 1994 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.

1.1.2 Grundlagen des schweizerischen Beschaffungsrechts

Das GPA 1994 stellt die Grundlage des schweizerischen Vergaberechts dar: Die Kantone setzten das GPA autonom mit der *Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001* sowie entsprechenden kantonalen Ausführungserlassen um.

Das am 21. Juni 1999 abgeschlossene *Bilaterale Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BilatAbk)*⁴, in Kraft seit 1. Juni 2002, brachte Teilrevisionen der IVöB aber auch des Bundesrechts mit sich. Das BilatAbk erweiterte einerseits den Anwendungsbereich des GPA innerhalb der Schweiz auf Bezirks- und Gemeindeebene. Andererseits wurden Beschaffungen in den Sektoren Schienenverkehr, Telekommunikation, Gas- und Wasserversorgung sowie die Beschaffungen durch private Unternehmen in den Sektoren der Wasser-, Elektrizitäts- und Verkehrsversorgung dem GPA unterstellt. Mit dem ebenfalls von der Schweiz ratifizierten *Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandels-Assoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960*⁵, bzw. mit dessen revidierter Version vom 21. Juni 2001, wurde die mit dem BilatAbk angestrebte Öffnung der Beschaffungsmärkte zwischen der Schweiz und der EU auf die übrigen EFTA-Staaten ausgedehnt. Bis heute hat die Schweiz zudem eine beachtliche Zahl bilateraler Freihandelsabkommen abgeschlossen.

Relevant für das öffentliche Beschaffungswesen sind zudem das *Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; BGBM) vom 6. Oktober 1995*⁶, mit dem die mit den Staatsverträgen eingeführte Gleichberechtigung ausländischer gegenüber schweizerischen Anbietern um das Diskriminierungsverbot zwischen inländischen, ortsansässigen und ortsfremden Anbietern für die Kantone erweitert wurde, sowie das *Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; KG) vom 6. Oktober 1995*⁷, das im Zusammenhang mit Submissionskartellen und anderen Absprachen von Anbietern Bedeutung hat.

1.1.3 Entwicklung

Da das Schweizer Beschaffungsrecht föderal geregelt ist, setzen Bund und Kantone die internationalen Vorgaben autonom um. Es entstanden somit 27 Beschaffungsordnungen. Diese Vielfalt und die damit einhergehenden Probleme für Vergabestellen und Anbieter lieferten schon bald Grund für politische Vorstösse vor allem auf Bundesebene. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die *Motion Jenny*⁸. Der Bundesrat anerkannte in seiner Stellungnahme vom 21. November 2001 erstmals Handlungsbedarf in Bezug auf eine Reform des Beschaffungsrechts. Auch der *Bericht der Parlamenta-*

⁴ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, BilatAbk; SR 0.172.052.68.

⁵ SR 0.632.31.

⁶ SR 943.02.

⁷ SR 251.

⁸ Motion Jenny vom 3. Oktober 2001 (01.3515), Missbräuche und Willkür bei der Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen.

*rischen Verwaltungskontrolle zum öffentlichen Beschaffungswesen der Schweiz vom 11. März 2002*⁹ kam zum Schluss, dass die Normen des Beschaffungswesens der Schweiz nicht mehr den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten entsprechen und zu einer volkswirtschaftlich schädlichen Rechtsunsicherheit führen würden. Gestützt darauf wurden in der Folge die Ziele für eine Revision des BöB festgelegt, das Gespräch mit den Kantonen gesucht und die Gesetzgebungsarbeiten in die Hand genommen.

Im Mai 2008 eröffnete der Bundesrat schliesslich die Vernehmlassung über einen Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen. Er musste nach Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen jedoch feststellen, dass der vorgeschlagene Weg - namentlich auch aufgrund der ablehnenden Haltung der Kantone gegen die Zentralisierungstendenzen des Bundes - nicht zielführend war. Die Revisionsarbeiten wurden daraufhin sistiert, und der Bund beschränkte sich auf eine partielle Revision seiner *Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB)*.¹⁰

1.1.4 Gründe für die Revision

Die vorgeschlagene Revision der IVöB hat sowohl internationale als auch nationale Auslöser: Zum einen hat der Bundesrat am 21. März 2012 das GPA 2012 unter Vorbehalt der Genehmigung durch das Parlament verabschiedet. Die Hinterlegung der Ratifizierungsurkunde der Schweiz bei der WTO kann jedoch erst nach der Anpassung des einschlägigen Bundes- und Kantonsrechts erfolgen. Zum andern hat sich mittlerweile die Absicht festgesetzt, die gesetzlichen Grundlagen von Bund und Kantonen im Interesse der Schweizer Wirtschaft im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, wo möglich und sinnvoll, zu harmonisieren.

Entsprechend sollen anlässlich der Umsetzung des GPA 2012 ins nationale Recht die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone - unter Beachtung der föderalen Kompetenzen - inhaltlich möglichst einander angeglichen werden. Die Gesetzgebungsverfahren von Bund und Kantonen erfolgen separat, basieren jedoch auf den Vorschlägen einer paritätisch zusammengesetzten Arbeitsgruppe.

1.2 Die beantragte Neuregelung

1.2.1 Vorarbeiten

Zuständig für Anpassungen der IVöB und der dazugehörigen Vergaberichtlinien (Empfehlungen; VRöB) ist für die Kantone die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK). Die Federführung für die Revision des *Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994*¹¹ und der VöB liegt bei der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB). Das im Sommer 2012 gemeinsam von BPUK und BKB verabschiedete *"Konzept für die parallele Revision des Beschaffungsrechts des Bundes und der Kantone aufgrund der GPA-Revision 2012"*¹² sieht vor, dass nebst einer inhaltlich und formal konsistenten Umsetzung des revidierten GPA in den Kantonen und im Bund

⁹ Parlamentarische Verwaltungskontrolle: Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht, Bern 2002.

¹⁰ SR 172.056.11.

¹¹ SR 172.056.1.

¹² "Konzept für die parallele Revision des Beschaffungsrechts des Bundes und der Kantone aufgrund der GPA-Revision 2012", von der BPUK -Versammlung am 8. Juni 2012 verabschiedet.

auch die Beschaffungsordnungen der Kantone und des Bundes unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzaufteilung so weit, möglich und sinnvoll, aneinander angeglichen werden.

In der Folge wurde eine paritätisch zusammengesetzte Arbeitsgruppe mit dem Namen AURORA beauftragt, Vorschläge für die Revision der einschlägigen Erlasse von Bund und Kantonen zu erarbeiten. Vertreten in dieser Arbeitsgruppe waren das Bundesamt für Bauten und Logistik, das Bundesamt für Strassen, armasuisse, die Post, die SBB und die BKB sowie durch die BPUK mandatierte kantonale Delegierte. Auf Basis des GPA 2012 wurden von Oktober 2012 bis Ende 2013 unter der Leitung einer juristischen Fachperson Entwürfe für die Anpassung der Bundesgesetzgebung sowie der IVöB (inkl. Integration der VRöB¹³ zwecks weitgehender Vermeidung kantonaler Ausführungs-erlasse) erarbeitet. Im Rahmen von Hearings erhielten verschiedene Interessengruppen und Experten die Gelegenheit, ihre Anliegen einzubringen. Anfangs März 2014 präsentierte die Arbeitsgruppe einen bereinigten Formulierungsvorschlag und einen ersten Entwurf für den Erläuternden Bericht. Die Vorarbeiten der paritätischen Arbeitsgruppe bilden die Basis der interkantonalen Vorlage.

1.2.2 Zielsetzung des Entwurfs

Mit der vorgeschlagenen Revision soll das GPA 2012 auf Stufe Bund und Kantone möglichst zeitnah in nationales Recht umgesetzt werden.

Die IVöB wurde neu gegliedert, sprachlich angepasst und mit Begriffsdefinitionen ergänzt. Gleichzeitig wurden die VRöB weitgehend in die IVöB integriert, um auch auf interkantonaler Ebene so weit als möglich eine zusätzliche Harmonisierung zu erzielen. Materiell betreffen die vorgeschlagenen Änderungen der IVöB einzelne Unterstellungsfragen, sowie neue Instrumente wie den Dialog, Rahmenverträge, elektronische Auktionen und Folgebeschaffungen. Nach längeren Diskussionen wurde auch zu den Themen Rechtsschutz unterhalb der staatsvertraglichen Schwellenwerte und Verhandlungen ein "Kompromissvorschlag" ausgearbeitet. Dieser Vorschlag ist so angedacht, dass die Kantone im Sinne eines weiteren Harmonisierungsbeitrags *Verhandlungen* unter bestimmten Bedingungen zulassen sollten, während im Gegenzug der Bund für den Binnenmarktbereich ebenfalls den *Rechtsschutz* bei einem Auftragswert ab 150'000 Franken vorsehen müsste. Dabei ist aber zu beachten, dass dieser Vorschlag nur zum Tragen kommt, wenn beide Bereiche gleichsam von Bund und Kantonen mit den entsprechenden Anpassungen angenommen werden. Die Bestrebungen der parallelen Harmonisierung wurden im Übrigen vom Ziel geleitet, am Bewährten festzuhalten. Mehrere Regelungen, die sich für die Kantone bisher bewährt haben, wurden folglich im vorliegenden Entwurf übernommen. Aufgrund der Tatsache, dass die Kantone auch das Binnenmarktgesetz anzuwenden haben, konnten hingegen nicht alle Abweichungen zwischen Bund und Kantonen bei den gesetzlichen Grundlagen beseitigt werden. So bestehen namentlich beim Gegenrecht, den Fristen, den Sprachen, den Schwellenwerten, dem Einladungsverfahren, der Lehrlingsausbildung, den militärischen Gütern und der Bagatellklausel für Bauaufträge weiterhin Unterschiede.

Die Grundsätze, die in jedem Beschaffungsverfahren zu berücksichtigen sind, werden konkretisiert, was zu einer Verwesentlichung des Beschaffungsrechts führt. Dies ist eine wichtige Voraussetzung für die Modernisierung und Flexibilisierung des Beschaffungsrechts. Die Gestaltungsfreiheit der Beschaffungsverfahren findet jedoch dort ihre Grenze, wo die grundlegenden beschaffungsrechtlichen Grundsätze (z.B. die Gleichbehandlung der Anbieter, die Transparenz oder die Unparteilichkeit

¹³ Vergaberichtlinien über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001 (unverbindliche Mustervorlage, siehe dazu BGE 129 I 313 E. 8.2).

des Verfahrens) verletzt werden. So entsteht ein flexiblerer Rahmen, der neue Entwicklungen aufnimmt und gleichzeitig vor willkürlicher Anwendung des Beschaffungsrechts schützen soll.

Grundsätzlich gilt es für die Kantone, den sogenannten Staatsvertragsbereich vom weiteren Anwendungsbereich des innerstaatlichen Beschaffungsrechts zu unterscheiden. Im Staatsvertragsbereich gilt der Vorrang des Völkerrechts. Eine „autonome“ Umsetzung oder Auslegung der staatsvertraglichen Vorgaben ist nicht möglich. Die Regeln des Beschaffungsrechts reichen jedoch nicht unerheblich über den Staatsvertragsbereich hinaus. Insbesondere sieht die IVöB im vom Staatsvertragsrecht nicht erfassten Bereich bei Bauaufträgen bereits ab einem Schwellenwert von 250 000 Franken (Baubengewerbe) bzw. ab 500 000 Franken (Bauhauptgewerbe) ein offenes oder selektives Verfahren vor. Diese "Öffnung" wird vom Binnenmarktgesetz gefordert, welches vorschreibt, dass Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben "umfangreiche" öffentliche Beschaffungen auf Stufe Binnenmarkt amtlich zu publizieren haben (vgl. Art. 5 Abs. 2 BGBM). Das Diskriminierungsverbot des GPA gilt als Grundsatz der schweizerischen Wirtschaftsverfassung auch gegenüber inländischen Anbietern. Öffentliche Auftraggeber dürfen daher im Rahmen ihrer Beschaffungen Anbieter aus der Schweiz untereinander und gegenüber Anbietern aus anderen Staaten nicht grundlos schlechter behandeln. So wäre beispielsweise die Bevorteilung eines ortsansässigen Anbieters gegenüber einem ortsfremden Anbieter mit der Wettbewerbsneutralität, die als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit Verfassungsrang genießt, nicht vereinbar. Mit dem BGBM wurde versucht, diesen verfassungsrechtlichen Grundsatz zu konkretisieren. Daraus ergeben sich indes unerwünschte Doppelspurigkeiten mit dem Vergaberecht der Kantone, das wesentlich über die inhaltlich offenen Bestimmungen des BGBM hinausreicht. Im Interesse der einheitlichen Rechtsanwendung sollen die inhaltlichen und verfahrensrechtlichen Vorgaben in der IVöB kanalisiert werden. Das BGBM wird auf öffentliche Beschaffungen im Geltungsbereich der IVöB daher nicht länger anwendbar sein. Im Bereich des Rechtsschutzes enthält Art. 52 Abs. 3 eine besondere Vorschrift zum Beschwerderecht, die im BGBM für den Rechtsschutz im Bund gespiegelt wird.

1.2.3 Neue Struktur

In Anlehnung an das GPA 2012 und mit der Absicht, die Anwendung möglichst zu harmonisieren bzw. zu erleichtern, wurde die IVöB neu strukturiert und zum Teil umformuliert. Der grössere Umfang im Vergleich zur geltenden IVöB ist darauf zurückzuführen, dass die bisher lediglich als Empfehlung zu qualifizierenden VRöB in der neuen IVöB weitestgehend integriert wurden.

2. Auswirkungen

2.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen auf die Kantone

Der Umfang der finanziellen Auswirkungen ist nicht genau bezifferbar. Vermutlich wird die Revision keine direkten Auswirkungen auf den Personalbedarf haben, da mit ihr weder neue Aufgaben noch Kontrollbehörden für die Kantone geschaffen werden. Allerdings ist nach Inkrafttreten der revidierten Vereinbarung bzw. in deren Anfangsphase erfahrungsgemäss mit einem erhöhten (Beratungs-)Aufwand sämtlicher betroffener Stellen zu rechnen.

2.2 Volkswirtschaftlicher Aspekt

Das öffentliche Beschaffungsrecht regelt ein wichtiges Segment der schweizerischen Volkswirtschaft. Gemäss Schätzungen aus dem Jahr 2004 wendeten Gemeinden, Kantone und Bund insgesamt rund 34 Milliarden Franken für öffentliche Beschaffungen auf (Bau-, Lieferungs- und Dienstleis-

tungsaufträge), was etwa 25 Prozent der gesamten Staatsausgaben und 8 Prozent des Bruttoinlandsprodukts entspricht. Gegenwärtig wird die Gesamtsumme des öffentlichen Beschaffungsvolumens in der Schweiz auf rund 40 Milliarden Franken geschätzt. Davon entfallen rund 80 Prozent auf die Kantone und Gemeinden. Aus diesen Zahlen lässt sich ableiten, dass die Ausgestaltung des Beschaffungsrechts einen wichtigen Faktor auch für die Kantone und Gemeinden sowie für den Wirtschaftsstandort Schweiz darstellt.

3. Rechtliche Aspekte

3.1 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

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

3.2 Umsetzung

Nach Verabschiedung der neuen IVöB durch die Mitglieder der BPUK haben die Kantone das Beitrittsverfahren gemäss ihrem jeweiligen kantonalen Recht zu initialisieren. Dieses bestimmt die für den Beitritt und Vollzug zuständigen Behörden und legt die Regeln für das Ratifikationsverfahren fest.

Art. 48 Abs. 3 BV sieht vor, dass Verträge zwischen den Kantonen dem Bund zur Kenntnis zu bringen sind. Entsprechend gilt dies auch für die vorliegende interkantonale Vereinbarung. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vereinbarung wird von den vertragsschliessenden Kantonen bestimmt.¹⁴ Dies kann bereits vor der Information des Bundes erfolgen, da die Kenntnisnahme nur deklaratorisch wirkt.

¹⁴ PETER HÄNNI, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, N 29.

B. Besonderer Teil

I. Kapitel Zweck und Begriffe

Art. 1 Zweck

Dieser Zweckartikel bringt eine systematische Ordnung der allgemeinen Grundsätze, die bei öffentlichen Beschaffungen zu beachten sind. Diese Grundsätze sind: Wirtschaftlichkeit, Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter, Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern sowie Nachhaltigkeit.

Die Reihenfolge der Aufzählung bedeutet nicht, dass der erste Grundsatz Priorität vor den nachstehend genannten Grundsätzen hätte. Alle Grundsätze verlangen gleichermaßen nach Beachtung. Zielkonflikte sind durch eine Abwägung aller Interessen zu lösen.

Diese Ziele werden durch weitere Bestimmungen des Entwurfs (z.B. zu den Anforderungen an eine Ausschreibung, zur Publikation oder zum Rechtsschutz) ausgeführt. Sie sind aber auch direkt anwendbar. Mit anderen Worten kann ein Anbieter in einem Beschwerdeverfahren die Verletzung der Grundsätze in Art. 1 rügen.

Art. 2 Begriffe

Im Einklang mit den Begriffsbestimmungen des GPA 2012 strebt der Entwurf eine konzise Verwendung der zentralen beschaffungsrechtlichen Begriffe an. Die Definitionen wurden weitgehend aus Art. I GPA 2012 übernommen und, soweit erforderlich, präzisiert. Auf eine Definition des Beschaffungsgeschäfts (vgl. dazu Art. II GPA 2012) wurde an dieser Stelle verzichtet. Der objektive Geltungsbereich der Vereinbarung wird direkt von den Art. 8 ff. normiert.

II. Kapitel Geltungsbereich

1. Abschnitt: Subjektiver Geltungsbereich

Der subjektive Geltungsbereich der Vereinbarung bestimmt sich nach Massgabe der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen. Im Vordergrund stehen die Annexe 1 – 7 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 sowie die Art. 2 und 3 des BilatAbk. Beide Übereinkommen unterscheiden zwischen der Unterstellung zentraler und subzentraler Verwaltungseinheiten auf der einen und sogenannten Sektorauftraggebern auf der anderen Seite.

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

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 zu sorgen, dass die Vorhaben für "umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten ..." 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. 3 Grundsatz

Der Geltungsbereich der interkantonalen Vereinbarung reicht über die staatsvertraglichen Verpflichtungen des GPA und des BilatAbk hinaus. Es werden auch Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs erfasst (vgl. Art. 10). Für diese Aufträge gilt eine Reihe von Besonderheiten. Insbesondere steht eine zusätzliche Verfahrensart (Einladungsverfahren; Art. 20) zur Verfügung. Anforderungen an Sprachen und Fristen sind flexibler. Ausländische Anbieter sind zu Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nur dann zugelassen, wenn ihr Sitzstaat Gegenrecht gewährt (Art. 6 Abs. 2).

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. Bereits unter geltendem Recht werden Aufträge ausserhalb der Staatsvertragsbereichs einer eingehenden vergaberechtlichen Ordnung unterstellt. Daran wird festgehalten.

Art. 4 Auftraggeber

Die subjektive Unterstellung erfolgt anhand der Legaldefinition des "Auftraggebers".

Abs. 1

Die allgemeine Unterstellung erfolgt in den Annexen 1 und 2 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 für den Bund und die Kantone je unterschiedlich. Entsprechend wird auch im ersten Teil der Definition ein zweigleisiger Ansatz gewählt. Während die unterstellten Bundesbehörden anhand einer Liste¹⁵ bestimmt werden, erfolgt die Unterstellung der kantonalen Behörden und der Behörden auf Bezirks- und Gemeindeebene generell-abstrakt. Dabei ist für die Unterstellung der dezentralen Stellen der Begriff der "Einrichtung des öffentlichen Rechts" zentral. Laut der Legaldefinition in Annex 3 zum Anhang I (Schweiz) 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 Definition der «gewerblichen Waren oder Dienstleistungen» (siehe dazu auch Art. 2 Bst. h) entspricht jener von Art. I Bst. a GPA 2012 und lässt Raum für eine Beurteilung im Einzelfall. In der Regel soll mit gewerblichen Waren oder Dienstleistungen ein (Erwerbs-)Einkommen erzielt respektive ein Umsatz generiert werden.

Abs. 2

Da die Sektorunterstellung im GPA und im BilatAbk einheitlich erfolgt, gilt der Text des zweiten Teils der Legaldefinition sowohl für den Bund als auch für die Kantone. 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, Um-

¹⁵ Anhang zur RVOV, SR 172.010.1.

schlagplätze, Terminals und ähnliche Einrichtungen, welche die Schnittstelle am Ende der jeweiligen Verkehrsverbindungen bilden.

Die Sektorunterstellung erfolgt unter dem Vorbehalt, dass in einem Tätigkeitsbereich kein Wettbewerb herrsche. Während das GPA 2012 den Begriff des "uneingeschränkten Wettbewerbs" verwendet und das BilatAbk darauf abstellt, ob andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Tätigkeiten "in demselben geographischen Gebiet zu den im Wesentlichen gleichen Bedingungen" anzubieten, wird hier in Übereinstimmung mit dem kartellrechtlichen Vokabular auf den "wirksamen Wettbewerb" abgestellt. Ob wirksamer Wettbewerb vorliegt oder nicht, ist anhand der indikativen Kriterien zu entscheiden, die der Beschaffungsausschuss der WTO für das öffentliche Beschaffungswesen in Anwendung von Art. XIX:8 Bst. b GPA dereinst festlegen wird.

Abs. 3

Der dritte Teil der Legaldefinition 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). Dieser Teil orientiert sich am bisherigen Art. 8 Abs. 2 IVöB.

Abs. 4

Diese Bestimmung dient der Klarstellung. Durch die Vorschaltung einer zentralen Beschaffungsstelle oder die Auslagerung dieser Arbeiten an einen Dritten kann die Vereinbarung nicht unterlaufen werden.

Art. 5 Anwendbares Recht

Abs. 1 und 2

Bereits das geltende Recht enthält in Art. 8 Abs. 3 und 4 IVöB Kollisionsregeln für gemeinsame Beschaffungen von Auftraggebern gleicher oder verschiedener Stufen. Diese Regeln werden hier ergänzt und systematisch neu geordnet. Allemal gilt der Grundsatz, dass in der Regel das Recht am Sitz des Hauptauftraggebers (Hauptanteil der Finanzierung oder Schwergewicht der Tätigkeit) zur Anwendung kommt. Überwiegt bei einer gemeinsamen Beschaffung von Bund und Kantonen der kantonale Anteil gesamthaft den Bundesanteil, so wird in Abs. 2 klargestellt, dass die IVöB zur Anwendung gelangt.

Abs. 3, 4 und 6

In den Abs. 3 und 4 wird eine Rechtswahl der beteiligten Auftraggeber statuiert, die der optimalen Ressourcennutzung dient. Beispiele für wahlberechtigte Unternehmen nach Abs. 6 sind: Flughafen Zürich AG, Privatbahn Bern-Lötschberg-Simplon BLS AG oder Kernkraftwerk Leibstadt AG. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte die Rechtswahl nicht von Fall zu Fall, sondern über eine gewisse Zeitspanne Bestand haben.

Abs. 7

Verschiedene Sektorerlasse des Bundes enthalten spezifische Vorschriften zum anwendbaren Vergaberecht, so z.B. Art. 8 ZEBG¹⁶, Art. 38 f. NSV¹⁷, Art. 15 Abs. 2 SVV¹⁸, Art. 3a und Art. 5

¹⁶ SR 742.140.2; Bundesgesetz über die künftige Entwicklung der Bahninfrastruktur vom 20. März 2009.

¹⁷ SR 725.111; Nationalstrassenverordnung vom 7. November 2007.

¹⁸ SR 913.1; Strukturverbesserungsverordnung vom 7. Dezember 1998.

Abs. 1 StromVG¹⁹ sowie Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG.²⁰ Diese spezialgesetzlichen Kollisionsregeln gehen den allgemeinen Bestimmungen von Art. 5 vor.

Art. 6 Anbieter

Abs. 1, 2 und 3

Im Rahmen der völkerrechtlichen Verpflichtungen, namentlich der im GPA 2012 und im BilatAbk bewirkten Marktöffnung, wird ausländischen Anbietern der rechtsgleiche Marktzutritt ermöglicht. Art. 6 enthält einen Gegenrechtsvorbehalt, entsprechend der bestehenden Bestimmung in Art. 9 IVöB. Der Marktzutritt reicht jeweils nur soweit, als gegenseitige Verpflichtungen eingegangen wurden.

Gegenrecht bedeutet vergleichbaren und effektiven Marktzutritt schweizerischer Anbieter zu ausländischen Beschaffungsmärkten. Zur besseren Orientierung ist dem Bund (SECO) aufgetragen, eine indikative Liste der Gegenrecht gewährenden Staaten zu führen, die von den Auftraggebern eingesehen werden kann.

Abs. 4

Die Kantone, nicht jedoch der Bund, können weitere Vereinbarungen mit den Grenzregionen und Nachbarstaaten für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs eingehen. Diese Möglichkeit entspricht dem geltenden Recht (Art. 2 Bst. b IVöB).

Art. 7 Befreiung der Sektorauftraggeber

Abs. 1

Das sogenannte Ausklinkverfahren bei wirksamem Wettbewerb zwischen den Auftraggebern ist bereits unter dem geltenden Recht bekannt.²¹ Dieses Verfahren stand bisher nur für Auftraggeber nach Art. 4 Abs. 2 Bst. c^{bis} IVöB (nach dem BilatAbk unterstellte Auftraggeber) zur Verfügung. Mit Rücksicht auf die Anmerkung 2 zum Annex 3 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 soll es auf alle Sektorauftraggeber bzw. deren Tätigkeiten erstreckt werden, soweit diese dem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sind. Dem Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen der Kantone (InöB) stehen Antrags- und Konsultationsrechte zu.

Abs. 2

Was unter "wirksamem Wettbewerb" zu verstehen ist, richtet sich nach der Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO). Der Bundesrat hat daher im Rahmen der Ausklinkung die WEKO zu konsultieren. Dabei sind die indikativen Kriterien, die gestützt auf Art. XIX:8 Bst. b GPA 2012 im Beschaffungsausschuss der WTO in Erarbeitung sind, zu berücksichtigen.

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

¹⁹ SR 734.7; Stromversorgungsgesetz vom 23. März 2007.

²⁰ SR 721.80; Wasserrechtsgesetz vom 22. Dezember 1916.

²¹ Verordnung des UVEK vom 18. Juli 2002 über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.111.

Die Befreiung von der Unterstellung tritt erst mit Abschluss des Verfahrens gemäss Art. XIX GPA 2012 ein. Dieses Verfahren sieht eine Notifikation der Vertragspartner sowie daran anschliessend ein Einwendungs- und Konsultationsverfahren vor. Können Differenzen nicht einvernehmlich ausgeräumt werden, kann jede Vertragspartei ein spezielles Schiedsgericht anrufen (vgl. Art. XIX: 3 und 7).

2. Abschnitt: Objektiver Geltungsbereich

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

Im Binnenrecht des Bundes und der Kantone 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 dem Entwurf beseitigt werden soll.

In Art. 2 Abs. 7 des Vorschlags für eine neue Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe vom 20. Dezember 2011 findet sich folgende Definition: *"Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck "öffentliche Aufträge" zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Produkten oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie."*

Diese Definition vermischt die verschiedenen Auftragsarten mit der Grundfrage, wann überhaupt eine öffentliche Beschaffung vorliege. Aus systematischen Gründen sind diese beiden Themen auseinander zu halten.

Art. 8 Öffentlicher Auftrag

Abs. 1

Eine öffentliche Beschaffung bzw. ein öffentlicher Auftrag ist ein Geschäft, mit welchem sich die öffentliche Hand gegen Bezahlung die Sachmittel und Leistungen beschafft, die sie für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Die beschaffte Leistung muss es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglichen oder erleichtern, eine ihm zugewiesene öffentliche Aufgabe zu erfüllen.

Erstes Begriffselement ist die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe. Staatliche Aufgaben sind all jene Aufgaben, die der Staat aufgrund eines Rechtssatzes zu erfüllen hat. Sie reichen von polizeilichen Aufgaben bis zur Daseinsvorsorge und dem Umweltschutz. Demgegenüber fallen Aufgaben, die rein privaten Interessen dienen, nicht in den Geltungsbereich des Beschaffungsrechts.²²

Nur entgeltliche Verträge unterstehen dem Gesetz. Dies ist nach zwei Seiten hin zu präzisieren: Zum einen ist es nicht erforderlich, dass die Gegenleistung regelmässig in Form von Geld erfolgt. Auch geldwerte Vorteile (wie die Möglichkeit, ein ausschliessliches Recht zu nutzen) fallen unter die Legaldefinition. Zum anderen muss die (geldwerte) Gegenleistung nicht notwendigerweise

²² Statt vieler: BGer, Entscheid 2C_198/2012 (16.10.2012).

vom Auftraggeber erbracht werden. Auch das seitens Dritter erhaltene Entgelt, das in direktem Konnex zum öffentlichen Auftrag steht, erfüllt die Anforderung der Entgeltlichkeit.

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

Schliesslich kann nur dann von einem öffentlichen Auftrag gesprochen werden, wenn der Auftraggeber die charakteristische Leistung beschafft, nicht aber, wenn er sie zur Verfügung stellt. Charakteristisch ist immer diejenige Leistung, die (mit Geld oder geldwerten Vorteilen) entgolten wird. Nicht erforderlich ist indessen, dass der öffentliche 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

Die Frage, ob auch Vergaben von Konzessionen dem Beschaffungsrecht zu unterstellen sind, ist komplex und wird kontrovers diskutiert. Art. 2 Abs. 7 BGBM sieht zwar für die Kantone und Gemeinden eine "Ausschreibung" vor, die ohne Diskriminierung erfolgen soll. Der unklare Geltungsbereich und auch das Fehlen operativer Vorschriften zum Verfahren haben dazu geführt, dass diese Bestimmung bis heute ohne grosse Bedeutung blieb. Sie soll daher aufgehoben und durch eine besser abgegrenzte Norm zur vollen objektiven Unterstellung von Konzessionen unter das Beschaffungsrecht ersetzt werden. Damit bewegt sich die Schweiz im Einklang mit dem Recht der Europäischen Union, die sogenannte Bau- und Dienstleistungskonzessionen unter der neuen Richtlinie 2014/23/EU ebenfalls den beschaffungsrechtlichen Regeln unterstellt. Da die Begriffe und das Instrument der Bau- und Dienstleistungskonzession in der Schweiz nicht bekannt sind, wurde eine andere Formulierung gewählt.

Konzessionen sind vielgestaltig. "Die" Konzession gibt es nicht. Die Unterstellung erfolgt immer dann, wenn eine staatliche Aufgabe infrage steht. Dabei spielt es keine Rolle, ob gesetzliche Monopole oder ganz einfach Aufgaben übertragen (und durch Abgeltungen oder auf andere Weise finanziert) werden, die dem Staat vorbehalten sind. Damit sind nicht irgendwelche inzidente oder diffuse öffentliche Interessen angesprochen, sondern Bereiche, in denen der Staat eine Erfüllungsverantwortung trifft. Als Beispiele mögen Politikbereiche wie die Polizei, die dem Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, der Gesundheits- oder der Sozialpolitik dienen. Ist der Staat etwa von Gesetzes wegen gehalten, Arbeitslosen die Wiedereingliederung in das Erwerbsleben zu erleichtern (durch sogenannte arbeitsmarktliche Massnahmen), und lässt er diese Aufgabe durch Dritte erbringen und aus den Mitteln der Arbeitslosenversicherung finanzieren, dann ist die Übertragung dieser staatlichen Aufgabe öffentlich nach den Regeln der IVöB auszuschreiben. Dies erlaubt einen Wettbewerb unter den Anbietern solcher Leistungen und sichert einen wirtschaftlichen Umgang mit den Geldern der Arbeitslosenversicherung.

Konzessionen, die nicht im Zusammenhang mit staatlichen Aufgaben stehen (z.B. Sondernutzungskonzessionen) werden nicht erfasst. Auch bei Monopolkonzessionen und Konzessionen öffentlicher Dienste bietet das Beschaffungsrecht mit seinem Fokus auf Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit nicht in allen Fällen den passenden Rahmen für eine Konzessionsvergabe. Spezialgesetzliche Regeln gehen daher vor und werden vorbehalten (vgl. z.B. Art. 3a und 5 Abs. 1 StromVG, Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG).

Art. 9 Auftragsarten

Abs. 1

Öffentliche Aufträge gemäss diesem Entwurf sind Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (sowie gemischte Aufträge). Diese Gliederung wird bereits in der geltenden IVöB (Art. 6) und in den Vergaberichtlinien zur IVöB vom 15. März 2001 (§ 3 und 4 VRöB) verwendet.

Das kantonale Recht unterschied hinsichtlich der anwendbaren Verfahren schon bisher zwischen Bauhaupt- und Baunebengewerbe. Für letzteres gelten tiefere Schwellenwerte. Nach § 3 Abs. 1 VRöB fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks unter den Begriff des „Bauhauptgewerbes“. Alle übrigen Arbeiten gehören zum „Baunebengewerbe“. Da diese Abgrenzung unscharf ist, orientieren sich einige Auftraggeber am betrieblichen Geltungsbereich des Landesmantelvertrags für das schweizerische Bauhauptgewerbe (vgl. insbesondere Anhang 7 zum LMV). Diese Abgrenzung erscheint freilich nicht als zwingend, verfolgen das kollektive Arbeitsrecht und das Vergaberecht doch je verschiedene Regelungszwecke. Dem Wettbewerbsgedanken des Vergaberechts folgend sollte der engen Definition der VRöB gefolgt und im Zweifel die tieferen Schwellenwerte für das Baunebengewerbe beachtet werden.

Abs. 2

Unter gemischten Leistungen sind öffentliche Aufträge zu verstehen, welche sich aus verschiedenen Auftragsarten zusammensetzen. Die Zuordnung gemischter Leistungen ist für die Bestimmung des Schwellenwertes (vgl. Art. 10) relevant. Entsprechend der von der Rechtsprechung entwickelten Schwergewichtstheorie soll sich auch hier bei einer gemischten Leistung die vergaberechtliche Natur des Gesamtgeschäftes nach der in finanzieller Hinsicht überwiegenden Teilleistung richten.²³

Als Pendant zum Zerstückelungsverbot in Art. 16 Abs. 2 wird hier ein Misch- und Bündelungsverbot statuiert. So ist es beispielsweise nicht zulässig, im Schatten der nach Art. 11 vom Beschaffungsrecht ausgenommenen Tatbestände weitere – unterstellte – Dienstleistungen und Güter zu beschaffen, wenn dadurch das Gesetz umgangen wird. Eine rechtswidrige Absicht der Vergabestelle wird nicht vorausgesetzt.

Art. 10 Schwellenwerte

Abs. 1

Die Schwellenwerte des Staatsvertragsbereichs sind in Annex 1 und 2 zum Anhang I der Schweiz zum GPA 2012 und in Art. 3 Abs. 4 des BilatAbk enthalten.

Während es den Vertragsstaaten erlaubt ist, tiefere Schwellenwerte vorzusehen, dürfen sie ihre Schwellenwerte nicht über die staatsvertraglichen Vorgaben hinaus erhöhen. Die interkantonale Vereinbarung findet (mit den in den jeweiligen Bestimmungen enthaltenen Einschränkungen) auch auf unterschwellige Beschaffungen Anwendung, wobei dort zusätzliche Verfahren (Einladungsverfahren, Art. 20; freihändiges Verfahren, Art. 21 Abs. 1) zur Verfügung stehen.

Abs. 2

Da die Schwellenwerte des GPA in Sonderziehungsrechten (SZR), die Schwellenwerte des BilatAbk in EUR ausgedrückt sind, unterliegen die Werte in Schweizer Franken einer periodischen Anpassung. Sie werden daher nicht im Text der IVöB wiedergegeben, sondern in einer speziellen

²³ Vgl. BVer B_5084/2007 (28.10.2008), E. 1.2; BVer B_1773/2008 (25.09.2008), E. 4.3; BVer B_1470/2010 (29.09.2010), E. 1.3.

Verordnung für den Bund²⁴ bzw. im Anhang 2 der Vereinbarung für die Kantone. Der Bundesrat passt die Schwellenwerte alle zwei Jahre den veränderten Wechselkursen an, wobei die Kantone (InöB) vorgängig zu konsultieren sind.

Abs. 3

Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (vgl. Art. 7 Abs. 2 IVöB). Im Staatsvertragsbereich ist für die Ermittlung des Auftragswerts bei einem Bauwerk jeweils der Gesamtwert aller Bauarbeiten (Hoch- und Tiefbau) massgebend. Bei Lieferungen und Dienstleistungen sowie bei sämtlichen Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gilt hingegen der jeweilige Wert des einzelnen Auftrags. Die spezielle Bauwerkregel, die sogenannte "Bagatellklausel" im Staatsvertragsbereich, die eine Erleichterung für die Vergabe von Bauaufträgen bedeutet, die je einzeln den Wert von zwei Millionen Franken nicht erreichen und zusammengerechnet 20 Prozent des Wertes des gesamten Bauwerkes nicht überschreiten, hat für die Kantone nun aber nicht zur Folge, dass die entsprechenden Aufträge etwa freihändig vergeben werden können. Dem steht Art. 5 Abs. 2 BGBM entgegen. In diesem Falle müssen die Kantone die als "Bagatellfälle" ausgeschiedenen Einzelaufträge - im Gegensatz zum Bund - nach den massgebenden Schwellenwerten des Binnenmarktes behandeln (vgl. hierzu die Schwellenwerte gemäss Anhang 2).

Art. 11 Ausnahmen

Art. 11 sieht einen Katalog von Leistungen vor, die vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausgenommen sind. Es handelt sich dabei nicht um eine abschliessende Aufzählung. Alle Ausnahmen sind bereits im Staatsvertragsbereich enthalten oder ergeben sich aus einem Vorbehalt der Schweiz anlässlich ihres Beitritts zum Staatsvertrag.

Die folgende Aufzählung lehnt sich an den Katalog der Ausnahmen in Art. II:3 GPA 2012 an, wobei die bewährten Formulierungen von Art. 10 IVöB nach Möglichkeit beibehalten werden:

Abs. 1

Bst. a bis f:

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

Abs. 2

Diese Formulierung entspricht geltendem Recht (vgl. Art. 10 Abs. 2 IVöB).

Abs. 3

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

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

²⁴ SR 172.056.12; Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen.

Bst. b: Die „Instate“-Ausnahme bedeutet, dass eine Beschaffung zwischen (unterstellten) Auftraggebern nicht öffentlich ausgeschrieben werden muss. Es besteht eine Nähe zum Postulat der "einmaligen Ausschreibung". Diese Ausnahme ist bereits in Ziff. I B.1 des Annex 7 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 vorgesehen. Das EU-Recht ist in diesem Punkt strenger.²⁵

Bst. c: Eine Beschaffung erfolgt dann "Inhouse", wenn die Leistung durch eigene Ressourcen des Auftraggebers erbracht wird. Die Ausnahme solcher Aufträge versteht sich von selbst.

Bst. d: Schwieriger waren bisher Leistungen zu beurteilen, die von ausgelagerten, unter öffentlichem Einfluss stehenden Anbietern erbracht wurden. Als Beispiele mögen die kantonal kontrollierten IT-Anbieter Abraxas AG und Bedag AG dienen. Für solche Konstellationen hat die Lehre eine Übernahme der vom EuGH entwickelten Kriterien empfohlen. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung ist der "Teckal"-Entscheid.²⁶ Die Formulierung von Bst. d kodifiziert die wesentlichen Entscheidungsgründe dieser Praxis. Allerdings erfolgt eine autonome, GPA-konforme und nicht notwendigerweise dynamische Kodifikation der Teckal-Praxis.

Hinsichtlich der Kontrollanforderungen wird sich die Praxis an der indikativen Kriterienliste orientieren, die der Beschaffungsausschuss der WTO in Anwendung von Art. XIX:8 Bst. b GATT 2012 verabschiedet wird. In Übereinstimmung mit der Note 2 zum Annex 4 des GPA 1994 ist ein Anbieter im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig, wenn er 80 Prozent oder mehr der Leistungen in einem bestimmten Markt für diesen Auftraggeber erbringt.

III. Kapitel Allgemeine Grundsätze

Art. 12 Verfahrensgrundsätze

Das GPA 2012 führt in Art. IV einen Abschnitt über die Grundsätze ein, 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 enthalten die Vergaberichtlinien der Europäischen Union. Die staatsvertraglichen Vorgaben finden sich in verschiedenen Bestimmungen des Binnenrechts wieder, u.a. in Art. 1 und 11 IVöB. Mit der Revisionsvorlage sollen diese Grundsätze in einer Bestimmung zusammengeführt werden.

Auch bei den Verfahrensgrundsätzen besteht Gleichwertigkeit. Die Reihenfolge der Aufzählung bedeutet keine Prioritätsordnung. Die Grundsätze sind allesamt zu beachten.

Bst. a: Von den allgemeinen Zielen in Art. 1 sind die (ebenfalls justiziablen) Grundsätze des Verfahrens zu unterscheiden. Während die Ziele nach Art. 1 materiell-finalen Charakter aufweisen, befasst sich Art. 12 mit den Anforderungen an das Vergabeverfahren. Diese Grundsätze stehen im Dienste der übergeordneten Ziele.

Bst. b: Korrupte Praktiken stehen nicht nur im Widerspruch zu den Grundprinzipien des Vergaberechts, sie verursachen auch erhebliche volkswirtschaftliche Kosten. Gemäss einer Mitteilung der Europäischen Kommission vom 6. Juni 2011 werden allein in den Ländern der EU die jährlichen Kosten auf rund 120 Milliarden EUR veranschlagt.

²⁵ vgl. EuGH, Rs. C_159/11.

²⁶ BGer, Entscheid C_107/98 (18.11.1999).

Die Vermeidung von Korruption und Interessenskonflikten stellt eines der Kernanliegen der GPA-Revision dar. Es wird bereits in der Präambel des GPA 2012 thematisiert und findet in Art. IV:4 (Allgemeine Grundsätze) eine eingehende Regelung. Im EU-Recht sind parallele Bestrebungen im Gange, die Korruptionsbekämpfung zu verstärken. Eine neue Richtlinie soll explizit die bestehenden Sicherheitsvorkehrungen zur Abwendung derartiger Risiken verbessern und einen zusätzlichen Schutz gewährleisten.

Grundlage der internationalen Bemühungen zur Korruptionsbekämpfung bildet das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31. Oktober 2003. Im Kapitel II über "Vorbeugende Massnahmen" enthält dieses Übereinkommen eine Vielzahl von Vorgaben und Vorschlägen, so die Einführung vorbeugender politischer Konzepte (Art. 5), Schaffung von Stellen für Korruptionsverhütung (Art. 6), Vorgaben für die Anwerbung, Einstellung, Beschäftigung, Beförderung und das Ausscheiden von Beamten und Amtsträgern im öffentlichen Sektor (Art. 7), Verhaltenskodizes für Amtsträger (Art. 8), Massnahmen zur Förderung der Transparenz in der öffentlichen Verwaltung (Art. 10), Massnahmen zur Stärkung der Integrität und zum Ausschluss von Gelegenheiten zur Korruption in der Richterschaft und in den Staatsanwaltschaften (Art. 11) sowie Massnahmen zur Korruptionsverhütung im privaten Sektor (Art. 12).

In Art. 9 enthält das Übereinkommen gegen Korruption schliesslich eine Bestimmung für 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.

Bst. c: Die Gleichbehandlung von in- und ausländischen Anbietern gilt nur im Staatsvertragsbereich. Im unterschweligen Bereich gelten für die Kantone einzig die Vorgaben des BGBM, nämlich das Herkunftsortprinzip.

Bst. d: Anbieter haben Anspruch auf Schutz ihrer Daten und Geschäftsgeheimnisse. Werden diese Daten nicht konsequent geschützt, kann sich kein funktionierender Anbieterwettbewerb einstellen. Zu leichtfertig praktizierte Transparenz begünstigt abgestimmte Verhaltensweisen und kann eine antikompetitive Wirkung ausüben.

Art. 13 Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen

Abs. 1 und 2

Während Sozialstandards auf der einen und die Grundsätze der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung auf der anderen Seite in einem Spannungsverhältnis stehen, hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass minimale Arbeitsschutzbestimmungen für einen funktionierenden Wettbewerb unverzichtbar sind. Im Inland sind insbesondere die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes sowie seiner Ausführungsverordnungen beachtlich. Darüber hinaus sind auch die Bestimmungen von Gesamt- und Normalarbeitsverträgen sowie, wo solche Instrumente fehlen, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten. Sozialdumping darf nicht durch die Vergabe öffentlicher Aufträge belohnt werden.

Die Einhaltung minimaler Arbeits- und Sozialstandards hat aufgrund von Missständen in Produktionsbetrieben in den vergangenen Jahren zu Recht Beachtung gefunden. Während sich das GPA 2012 nicht explizit mit dieser Frage befasst, gehört die Berücksichtigung minimaler Arbeitsstandards schon lange zum Acquis sowohl der EU als auch der Schweiz. Bereits heute entspricht es der Praxis vieler Kantone und des Bundes, bei innerschweizerischen Vergaben die Ein-

haltung der inländischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen und bei internationalen Vergaben die Einhaltung der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zu verlangen.

Kernübereinkommen der ILO sind:

- Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit (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).

Die grosse Mehrheit der 185 Vertragsstaaten, inklusive der Schweiz, hat sämtliche ILO-Kernübereinkommen ratifiziert. Weiter sind gemäss der ILO-Erklärung von 1998 über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit²⁷ 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.

Art. 2 des *Entsendegesetzes (EntsG) vom 8. Oktober 1999*²⁸ schreibt vor, dass die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Artikel 360a des *Obligationenrechts (OR) vom 30. März 1911*²⁹ in den folgenden Bereichen vorgeschrieben sind:

- minimale Entlohnung inklusive Zuschläge;
- Arbeits- und Ruhezeit;
- Minstdauer der Ferien;
- Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz;
- Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;

²⁷ BBl 2000 292.

²⁸ SR 823.20.

²⁹ SR 220.

- Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann.

Abs. 2

Diese Regelung besagt, dass für inländische Anbieter die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung oder des Sitzes des Anbieters gelten, d.h. dass alle massgebenden Bestimmungen in der Schweiz als gleichwertig zu betrachten sind (Herkunftsprinzip gemäss Art. 2 BGBM).

Abs. 3 und 4

Auf Verlangen hat der Anbieter nachzuweisen, dass er die Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frau und Mann einhält. Der Auftraggeber kann die Einhaltung der Minimalstandards entweder selber überwachen oder durch Dritte überwachen lassen. Durch geeignete Vereinbarungen oder Bestimmungen in den Beschaffungsverträgen, insbesondere durch Konventionalstrafen oder Androhung von Sanktionen, soll abweichendes Verhalten verhindert werden.

Art. 14 Ausstand

Abs. 1

Anbieter haben Anspruch auf die Beurteilung ihrer Angebote durch eine unabhängige Instanz. Die Ausstandsregeln des allgemeinen Verfahrensrechts gelten auch für die öffentlichen Auftraggeber. 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 personelle Wechsel zwischen Anbietern und öffentlichen Auftraggebern nicht ausschliessen. Kontakte in Fachgremien sind je nach Umständen positiv zu bewerten, da sie die Fach- und Branchenkompetenz der Auftraggeber schärfen. Die Unabhängigkeit ist nicht abstrakt, sondern immer vor dem Hintergrund der Aufgaben und Funktionen des Beschaffungsrechts zu beurteilen.

Abs. 2 und 3

Mit einer Befangenheitsrüge kann 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.

Art. 15 Vorbefassung

Abs. 1 und 2

Eine Vorbefassung einzelner Anbieter lässt sich nicht immer vermeiden. Gerade bei Daueraufträgen, die periodisch neu ausgeschrieben werden, bringt es die Natur der Sache mit sich, dass der bereits mit den Leistungen befasste Anbieter über einen Informationsvorsprung verfügt. Daher kommt dem Ausgleich der Informationsasymmetrien ebenso grosses Gewicht zu wie deren Vermeidung. Das Transparenzgebot verlangt nicht nur eine Anzeige dieser Asymmetrien, sondern auch eine Offenlegung aller relevanten Informationen mit dem Ziel, dass alle Anbieter über gleich lange Spiesse verfügen. Unter Umständen sind den anderen Anbietern auch genügende Fristen zuzugestehen, um den Informationsrückstand wettzumachen.

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 ange-

botenen Lösungen zu verschaffen. Zu diesem Zweck kann es erforderlich sein, Anbieter anzuschreiben, Abklärungen durchzuführen oder Betriebsbesuche abzuhalten. Solange die Resultate dieser Erkundungen in den Ausschreibungsunterlagen reflektiert werden, führen solche Markt- abklärungen nicht zur Vorbefassung der im Vorfeld der Ausschreibung allenfalls kontaktierten Anbieter.

Art. 16 Bestimmung des Auftragswerts

Die Bestimmung entspricht weitgehend der bisherigen Regelung. Für die verschiedenen Auftragsarten gelten je verschiedene Schwellenwerte, die für die Kantone in den Anhängen 1 und 2 geregelt werden. Die aktuellen Umrechnungskurse zu den Sonderziehungsrechten des GPA bzw. den EUR-Beträgen des BilatAbk können der jeweils aktuellen Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen³⁰ entnommen werden.

Abs. 1

Dieser Absatz befasst sich mit der Bestimmung des Auftragswerts. Ob der massgebende Schwellenwert erreicht wird oder nicht, beurteilt sich nach einer pflichtgemässen Schätzung der Vergabestelle, die auf eigenen Kenntnissen oder spezifischen Markt- abklärungen basiert. Keine Rolle spielt, zu welchem (allenfalls auch höherem) Wert schliesslich der Zuschlag erfolgt.³¹

Abs. 2

Bei mehreren gleichartigen 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 diese Vereinbarung zu umgehen. Dieses Zerstückelungsverbot ist bereits im geltenden Recht verankert. Es bildet ein Kernstück des Vergaberechts (Art. II:6 GPA 2012). Eine unzulässige Aufteilung setzt nicht eine rechtswidrige Absicht der Vergabestelle 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 vor, wenn die Leistungen vernünftigerweise im Geschäftsverkehr nicht unabhängig voneinander beschafft werden, insbesondere, wenn diese demselben Zweck dienen, von derselben Person erbracht werden sollen oder wenn die Aufteilung der Verantwortlichkeiten unerwünscht ist.

Abs. 4

Entgegen der Regelung des Staatsvertragsbereichs werden für Bauaufträge im unterschwelligem Bereich die Werte der einzelnen Aufträge für die Bestimmung des massgeblichen Verfahrens nicht zusammengezählt (vgl. dazu auch die Bemerkungen zu Art. 10, Schwellenwerte).

Abs. 5

Bei Dauerverträgen ist vorab zu unterscheiden, ob eine feste oder unbestimmte Laufzeit vereinbart ist. Verträge mit fester Laufzeit sind in der Regel auf vier Jahre zu begrenzen. Ihr Auftragswert entspricht den kumulierten Vergütungen über die feste Laufzeit, auch wenn eine vorzeitige Kündigung unter Umständen vertraglich vorbehalten wird.

³⁰ SR 172.056.12.

³¹ Vgl. BVGer B_3311/2009 (16.07.2009), E. 3.5; BVGer B_2778/2008 (20.05.2009), E. 2.4.

Abs. 6

Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit (die regelmässig nach spätestens vier Jahren durch Kündigung beendet werden sollten) ist die geschätzte monatliche Vergütung mit 48 zu multiplizieren. Diese Berechnungsmethode gilt nicht nur für die Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen in der Form von Leasing, Miete oder Mietkauf, sondern ganz allgemein immer dann, wenn ein Auftrag ohne Angabe eines Gesamtpreises oder ohne ein Kostendach vergeben werden soll (Art. II:8 GPA 2012).

Von den Dauerverträgen sind die sogenannten wiederkehrenden Verträge zu unterscheiden, d. h. eine Mehrzahl von Aufträgen oder Teilaufträgen zur Deckung desselben Bedarfs (vgl. Art. II:7 GPA 2012). Hier bilden die tatsächlichen Vergütungen der vergangenen zwölf Monate oder die geschätzten Vergütungen für die zwölf Monate nach dem Erstauftrag die Grundlage für die Schätzung des Auftragswerts. Sobald indessen Dauerverträge geschlossen werden, berechnet sich der Auftragswert entweder nach Abs. 5 (bestimmte Laufzeit) oder nach Abs. 6 (unbestimmte Laufzeit).

IV. Kapitel Vergabeverfahren

Art. 17 Verfahrensarten

Es besteht auch künftig eine festvorgegebene Zahl zulässiger Vergabeverfahren. Neubildungen oder Mischformen sind nicht erlaubt. Dies bedeutet indessen nicht, dass die idealtypischen Verfahrensarten nicht mit ausschreibungsspezifischen Elementen ergänzt werden können. Grenze und Bedingung bildet der Grundsatz, dass jederzeit erkennbar bleiben muss, welches gesetzlich vorgesehene Verfahren zur Anwendung gelangt. Die typenbestimmenden Elemente des Verfahrens müssen kenntlich bleiben. Ebenso müssen sich die ausschreibungsspezifischen Elemente an den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Gleichbehandlung und Transparenz messen lassen.

Die Wahl des Verfahrens steht, soweit sie nicht in der Vereinbarung vorgegeben ist, dem Auftraggeber zu. Er darf freiwillig stets ein höherrangiges Verfahren wählen (d.h. offenes oder selektives Verfahren statt Einladungsverfahren; Einladungsverfahren statt freihändiges Verfahren), auch wenn die Vereinbarung nur eine einfachere Verfahrensform verlangt. Ebenso entscheidet er zwischen offenem und selektivem Verfahren nach praktischen Gesichtspunkten, insbesondere mit Rücksicht auf die Komplexität der zu beschaffenden Leistungen und die Anzahl der zu erwartenden Angebote.

Art. 18 Offenes Verfahren

Beim offenen Verfahren werden Leistungen direkt ausgeschrieben, ohne dass eine Vorselektion der Anbieter erfolgt. Das Verfahren entspricht der bisherigen Regelung von Art. 12 Abs. 1 Bst. a IVöB.

Art. 19 Selektives Verfahren

Beim selektiven Verfahren, das als Präqualifikationsverfahren grundsätzlich für komplexe und anspruchsvolle Aufträge vorbehalten bleiben sollte, wird die Zahl der Anbieter in einem strukturierten Eignungstest reduziert. Diese Regelung entspricht dem geltenden Recht (vgl. Art. 12 Abs. 1 Bst. b IVöB).

Art. 20 Einladungsverfahren

Das Einladungsverfahren ist in den Staatsverträgen nicht vorgesehen. Es findet nur ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung. Um einen minimalen Wettbewerb zu garantieren, sind nach Möglichkeit mindestens drei Angebote einzuholen. Die Wahl bzw. Beschränkung der zugelassenen Anbieter beim Einladungsverfahren liegt im Ermessen des Auftraggebers. Diese Regelung entspricht dem geltenden Recht (Art. 12 Abs. 1 Bst. b^{bis} IVöB). Das Einladungsverfahren unterscheidet sich im Übrigen vom offenen Verfahren nur insoweit, als es ohne öffentliche Ausschreibung erfolgt.

Art. 21 Freihändiges Verfahren

Abs. 1

Beim freihändigen Verfahren vergibt die Vergabestelle den Beschaffungsauftrag direkt und ohne Ausschreibung einem Anbieter. Die Vergabestelle tritt direkt mit einem Anbieter oder allenfalls mit mehreren in Verhandlungen. Entsprechend handelt es sich bei der freihändigen Vergabe nicht um ein mit dem offenen, selektiven oder Einladungsverfahren gleichwertiges Instrument, da ein Wettbewerb zwischen den Anbietern nicht notwendigerweise stattfindet. Das Einholen von Vergleichsofferten ist erlaubt, wobei diese Möglichkeit vorgängig klar zu kommunizieren ist. Für dieses Verfahren sind Verhandlungen wie bisher ausdrücklich zugelassen. Das freihändige Verfahren ist bereits im GPA 1994 in Art. XV vorgesehen, ebenso im Gemeinschaftsrecht (Art. 40 der Richtlinie 2004/17/EG bzw. Art. 28 der Richtlinie 2004/18/EG). Auch der Ingress zu Art. XIII des GPA 2012 ("Freihändige Vergabe") enthält den Vorbehalt, dass die Auftraggeber solche Verfahren nicht mit der Absicht anwenden dürfen, den Wettbewerb unter den Anbietern zu verhindern oder Anbieter eines anderen Vertragsstaates zu diskriminieren.

Abs. 2

In Anlehnung an Artikel XIII:1 Bst. a bis h GPA 2012 enthält der Entwurf eine abschliessende Liste von Tatbeständen, die eine freihändige Vergabe auch ausserhalb des durch die Schwellenwerte definierten Anwendungsbereichs erlauben. Diese Tatbestände sind nach ständiger Praxis der Gerichte aufgrund ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen.

Abs. 2 überführt die Liste der Ausnahmetatbestände von Art. XIII:1 Bst. a bis h GPA 2012 in das nationale Recht. Eine autonome Erweiterung der Liste ist nicht möglich. Bei den Tatbeständen von Abs. 2 handelt es sich durchwegs um Fälle, in welchen das offene und das selektive Verfahren nicht durchführbar oder nicht zweckmässig wären. Gleiches gilt für Folgebeschaffungen oder aus unvorhersehbaren Gründen dringliche Beschaffungen. Die Liste entspricht mit wenigen Modifikationen dem geltenden Recht.

Bst. e (Folgebeschaffungen) sieht neu vor, dass Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden dürfen, wenn ein Wechsel des Anbieters aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, erhebliche Schwierigkeiten bereitet oder substantielle Mehrkosten mit sich bringen würde. Solche Gründe können etwa darin liegen, dass Materialien, Anlagen und Leistungen (wie z.B. Computerprogramme, Software), nicht beliebig austauschbar sind. In diesem Sinne kann sich, wenn die Kompatibilität mit bestehenden Komponenten gesichert sein muss, eine offene oder selektive Ausschreibung ausnahmsweise als nicht zielführend erweisen.

In Art. XV GPA 1994 waren noch drei verschiedene Tatbestände der Folgebeschaffung vorgesehen (Bst. d "zusätzliche Lieferungen"; Bst. f „zusätzliche Baudienstleistungen“; Bst. g "neue Bau-

dienstleistungen"). Diese drei Tatbestände sind im GPA 2012 in Art. XIII:1 Bst. c in einer einzigen Bestimmung zusammengeführt. Die Schlussredaktion von Art. XIII:1 Bst. c ist aber insofern nicht geglückt, als sie zwei inkompatible Voraussetzungen zu kombinieren versucht: die Unmöglichkeit des Anbieterwechsels aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen einerseits und die erheblichen Schwierigkeiten und Mehrkosten andererseits. Die geforderte Kumulation dieser zwei Gesichtspunkte ist nicht logisch: Wenn ein Anbieter- oder Produktwechsel unmöglich ist, dann bleibt er dies auch dann, wenn die Mehrkosten nicht substantiell sind. Ebenso lässt die Unmöglichkeit eines Wechsels für das Zusatzkriterium der "erheblichen Schwierigkeiten" keinen Raum. Diesen Inkonsistenzen wurde mit der modifizierten Formulierung in Bst. e des Entwurfes Rechnung getragen, ohne den Sinngehalt des GPA 2012 zu missachten.

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

Abs. 3

Wie bereits Art. XIII:2 GPA 2012 vorsieht, hat der Auftraggeber über jeden freihändig vergebenen Auftrag im Staatsvertragsbereich einen Bericht zu erstellen.

Art. 22 Planungs- und Gesamleistungswettbewerb

Planungs- und Gesamleistungswettbewerbe spielen bei öffentlichen Beschaffungen eine wichtige Rolle. Planungswettbewerbe können zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen als Ideenwettbewerb zu allgemein umschriebenen und abgegrenzten Aufgaben oder als Projektwettbewerb zu konkret umschriebenen Aufgaben und zur Vergabe der teilweisen oder umfassenden Realisierung der Lösung durchgeführt werden. Gesamleistungswettbewerbe werden zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu konkret umschriebenen Aufgaben und zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung durchgeführt. Planungs- und Gesamleistungswettbewerbe stellen keine eigene Verfahrensart dar. Wie bisher (vgl. Art. 12 Abs. 3 IVöB) kann der Auftraggeber zur Regelung des Verfahrens auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verweisen.

Das Staatsvertragsrecht enthält keine Regeln für die Durchführung von Wettbewerben. Immerhin findet sich in Art. XIII:1(h) GPA 2012 der Hinweis, dass eine freihändige Vergabe an den Gewinner eines Wettbewerbs nur dann zulässig ist, wenn die Organisation des Wettbewerbs – insbesondere in Bezug auf die Publizität – den Grundsätzen dieses Übereinkommens entspricht, die Teilnehmer bzw. deren Projekte von einer unabhängigen Jury beurteilt werden und dem Gewinner ein Vertrag in Aussicht gestellt wird. Das Staatsvertragsrecht setzt mithin erst auf einer zweiten Stufe, nach Abschluss des Wettbewerbs ein. Es wirkt indessen auf die Gestaltung des Wettbewerbs zurück. Wird der Auftrag nicht an den Gewinner des Wettbewerbs vergeben oder entspricht das Wettbewerbsverfahren nicht den Grundsätzen des GPA 2012, muss ein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden. Der Planungs- und Gesamleistungswettbewerb

ist kein eigener submissionsrechtlicher Verfahrenstyp.³² Vielmehr ist der Wettbewerb, wenn er in eine freihändige Vergabe an den Gewinner münden soll, in einem GPA-konformen (in der Regel offenen oder selektiven) Verfahren durchzuführen.

Die SIA Ordnungen 142/2009 (Wettbewerbe) und 143/2009 (Studienaufträge) haben eine grosse praktische Bedeutung. Dabei gilt es zu beachten, dass es sich bei den SIA-Normen um private Regelwerke handelt. Zum einen finden diese Regelwerke nur dann Anwendung, wenn in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen wird. Zum anderen können sie die (zwingenden) Bestimmungen des anwendbaren Beschaffungsrechts nicht derogieren. Sie können aber im Rahmen der Auslegung und Lückenfüllung Beachtung finden.³³

Art. 23 Elektronische Auktionen

Die Möglichkeit für die Durchführung von elektronischen Auktionen war im GPA 1994 nicht vorgesehen. Demgegenüber enthielt das Gemeinschaftsrecht bereits eine Grundlage für entsprechende Instrumente der Mitgliedstaaten.³⁴

Im GPA 2012 wird die Absicht, elektronische Vorrichtungen für die dafür passenden Beschaffungen zu fördern, in der Präambel erwähnt. Definiert werden die elektronischen Auktionen im GPA 2012 als *"iterative Verfahren, bei denen Bieter mittels elektronischer Vorrichtungen neue Preise und/oder für nicht preisliche, quantifizierbare Komponenten des Angebots neue Werte im Verhältnis zu den Evaluationskriterien oder beides vorlegen, wodurch eine Rangliste oder Neuordnung der Angebote entsteht."*

Um eine niederschwellige sowie sichere Benützung durch die Anbieter sicherzustellen, sieht das GPA 2012 in Art. IV:3 zusätzlich vor, dass die Auftraggeber bei der elektronischen Abwicklung eines Beschaffungsvorhabens dafür sorgen müssen, allgemein verfügbare und kompatible Systeme und Software zu verwenden sowie Sicherungsmechanismen aufzustellen, um die eingereichten Angebote vor unbefugten Zugriffen zu schützen. Aus Transparenzgründen muss jede Bekanntmachung einer Beschaffung über die eingesetzte Beschaffungsmethode Auskunft geben sowie einen Hinweis enthalten, ob Verhandlungen oder eine elektronische Auktion stattfinden (Art. VII:2 Bst. f GPA 2012). Das GPA 2012 versteht die elektronische Auktion nicht als besondere Form der Verhandlungen, sondern als ein eigenständiges Instrument.

Abgesehen vom Betrieb elektronischer Plattformen und der Einreichung der Angebote auf elektronischem Wege fehlen bisher eine gesetzliche Regelung und damit Erfahrungen zur Anwendung dieses Instruments. Diese Regelungslücke soll mit Art. 23 geschlossen werden.

Abs. 1 und 2

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

Elektronische Auktionen sind per Definition auf die Beschaffung standardisierter Leistungen beschränkt. Die elektronische Auktion erstreckt sich auf die Preise, wenn der Zuschlag für den nied-

³² Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 990.

³³ BRK, VPB 64/2000 Nr. 63, E. 4d/bb.

³⁴ Art. 56 der Richtlinie 2004/17/EG bzw. Art. 54 der Richtlinie 2004/18/EG.

rigsten Preis erteilt wird, oder auf die Preise und/oder die Werte für quantifizierbare Komponenten, wenn der Zuschlag für das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt wird.

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 Teilnehmer in anonymisierter Form erfolgen.

Abs. 3 und 4

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

Kommen elektronische Auktionen zur Anwendung, ist die vollständige und periodische Information der Anbieter durch den Auftraggeber ein wichtiges Element zur Herstellung von Transparenz und 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 seiner 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.

Abs. 5

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.

Art. 24 Verhandlungen

Anders als die Instrumente des Dialogs und der elektronischen Auktion bildete die Möglichkeit von Verhandlungen in Vergabeverfahren bereits Gegenstand des GPA 1994. Diese Möglichkeit ist auch im GPA 2012 - wenn auch sprachlich in gestraffter Form - wieder vorgesehen. Von grundlegender Bedeutung im Zusammenhang mit der Durchführung von Verhandlungen ist zum einen der Grundsatz der Transparenz, zum anderen die Gleichbehandlung der Anbietenden. Verhandlungen dürfen nicht mit der Absicht oder der Wirkung eingesetzt werden, einzelne Anbieter zu bevorzugen oder andere zu benachteiligen, indem zum Beispiel einem willkürlich ausgewählten Anbieter eine Nachbesserung seiner Offerte zugestanden wird. Klare Vorgaben für das Führen von Verhandlungen sind deshalb unverzichtbar.

Während der Bund seit Inkrafttreten des BöB Verhandlungen (auch reine Preisverhandlungen) durchführen darf, sind Verhandlungen (bzw. Abgebotsrunden) in den Kantonen ausser im freihändigen Verfahren bisher nicht erlaubt (Art. 11 Bst. c IVöB; Art. 30 VRöB). Die Kantone haben die Einführung der Verhandlungsmöglichkeit bisher denn auch entschieden und nahezu ausnahmslos abgelehnt. Im Vordergrund steht dabei einerseits die Befürchtung, dass Anbieter in ihren Offerten Verhandlungsmargen einbauen, welche durch das Führen von im Voraus anzukündigenden Verhandlungen wieder eliminiert werden müssten. Andererseits sind Verhandlungen aufwändig und setzen hohe Ansprüche an die Kompetenzen der beteiligten Personen. Die Kanto-

ne sind der Meinung, dass Verhandlungen einem Risiko für unerwünschte "Beziehungskorruption" zwischen Auftraggebern und Anbietern Vorschub leisten können. Anbieter verweisen ferner auf die Gefahren fehlender Transparenz und des Missbrauchs der Nachfragemacht durch die Auftraggeber. Sie befürchten in diesem Zusammenhang einen zunehmend ruinösen Preiswettbewerb. Schliesslich ist aus Sicht der Kantone zu bedenken, dass durch Preisverhandlungen das Zuschlagsverfahren unterlaufen werden kann, indem alle Kriterien - mit Ausnahme des Preises - praktisch bedeutungslos werden.

Die Befürworter der Verhandlungsmöglichkeit betonen demgegenüber den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Beschaffungen. Durch Verhandlungen liessen sich Einsparungen beim Einkauf von Leistungen erzielen. Auch sollte es einer Vergabestelle im Sinne der Flexibilisierung erlaubt sein, während laufender Ausschreibung klüger zu werden und den Leistungsgegenstand (innerhalb vorgegebener Schranken) zu optimieren. Gerade bei komplexen Vergaben bzw. Leistungen sei die Verhandlungsmöglichkeit ein unverzichtbares Instrument.

Im Sinne eines Kompromissvorschlages sieht der Vernehmlassungsentwurf auf Anregung des Bundes nunmehr vor, diesen grundlegenden Unterschied zwischen den Rechtsordnungen des Bundes und der Kantone zu beseitigen und die Verhandlungsmöglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen neu auch für die Kantone zu ermöglichen. Dieser Kompromissvorschlag setzt aber voraus, dass gleichzeitig auch eine Angleichung beider Rechtssysteme in Bezug auf den Rechtsschutz als Beitrag des Bundes zur angestrebten Harmonisierung stattfindet (vgl. S. 9 oben und Bemerkungen zum Rechtsschutz, S. 50).

Abs. 1

Verhandlungen können sowohl die Leistungen (Volumen) und die Modalitäten ihrer Erbringung (Qualität) als auch den Preis betreffen. Die Änderung eines Parameters wird regelmässig eine Änderung des oder der anderen Parameter nach sich ziehen. Verhandlungen sind aber immer nur unter der alternativen Voraussetzung von Art XII:1 GPA 2012 zulässig: Entweder erfolgte in der Ausschreibung ein ausdrücklicher Vorbehalt; oder die Bewertung ergibt, dass keines der Angebote nach den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist. Von Bedeutung ist auch, dass Verhandlungsrunden ohne vorgängige Ankündigung ausgeschlossen sind.

Abs. 2

Neben einem Vorbehalt in der Ausschreibung setzen Verhandlungen regelmässig einen begründeten Anlass voraus. Gründe, die eine Verhandlung motivieren, sind:

Bst. a: Aufgrund der eingegangenen Angebote erweisen sich Leistungsänderungen als erforderlich. Zum Beispiel ist es denkbar, dass ein Anbieter eine Unternehmervariante einbringt, die in der Folge allen Anbietern zur Nachtragsofferte unterbreitet wird. Gegenüber einem Abbruch oder einer Neuauflage erweist sich die Verhandlung in diesem Fall als bevorzugte Vorgehensvariante. Sie findet jedoch dort ihre Grenze, wo der Leistungsgegenstand so stark verändert wird, dass sich ein neuer Anbieterkreis ergeben würde. In diesem Fall ist immer neu auszuschreiben.

Bst. b: Wenn nur ein Anbieter eine Offerte einreicht, kann ihm der Auftrag freihändig zugeschlagen werden. Da im freihändigen Verfahren (Bund und Kantone) Verhandlungen schon bisher zulässig waren und es auch künftig sind, erweist sich dieser Tatbestand als blosser Verdeutlichung der aktuellen Praxis. Überdies ist die Verhandlungsmöglichkeit dann gegeben, wenn ein wirksamer Wettbewerb aus anderen Gründen nicht gegeben ist.

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

Abs. 3

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

Abs. 4

Abs. 4 statuiert allgemeine Anforderungen an die Transparenz und Fairness der Verhandlungen im Allgemeinen und der Verhandlungsführung im Besonderen. Die Auftraggeber müssen alle vorgenommenen Schritte hinreichend dokumentieren.

Art. 25 Bekanntgabe und Protokollierung

Abs. 1 und 2

Diese Bestimmung hält die formalen Anforderungen an die Verhandlungsführung fest. Verhandlungen unterstehen den Anforderungen dieser Vereinbarung sowie den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und Fairness. Mit den vorgehenden Hinweisen (Art. 24) und der Protokollierung der Voten soll sichergestellt werden, dass die rechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Die Protokolle sind jeweils von beiden Seiten zu unterzeichnen.

Art. 26 Dialog

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

In der EU wurde der wettbewerbliche Dialog als Instrument zur Erhöhung der Flexibilität bei besonders komplexen Vorhaben bereits mit Art. 29 der Richtlinie 2004/18/EG eingeführt. Art. 48 der neuen Richtlinien 2014/24/EU soll dazu dienen, das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs zu optimieren und zu vereinfachen, so etwa bei innovativen Projekten, bei der Realisierung grosser, integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte oder grosser Computer-Netzwerke sowie bei Projekten mit einer komplex strukturierten Finanzierung. Die hier zur Diskussion stehende "*helvetische Variante*" des wettbewerblichen Dialogs der EU wurde auf Bundesebene bereits mit der Revision der VöB im Jahre 2009 eingeführt. Anders als in der EU wird der Dialog nicht als eigenständiges Verfahren ausgestaltet, sondern als Instrument, das im offenen oder selektiven Verfahren eingesetzt werden kann. Dieser Ansatz wird auch in der vorliegenden Revisionsvorlage auf Anregung des Bundes weiterverfolgt. Im Recht der Kantone findet der Dialog bisher keine Entsprechung.

Der Auftraggeber kann im Wettbewerbsdiallog 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 zur Hand, mit dem er auf das spezifische Fachwissen der Anbieter in einem konkreten Beschaffungsmarkt zurückgreifen kann. Für die Anbieter hat der Dialog den Vorteil, dass sie ihre Angebote zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht bis in die letzten Details erarbeiten müssen, sondern diese in einem fortlaufenden Prozess weiter vertiefen können. Verfahrensabbrüche mit anschließender zeit- und kostenintensiver Wiederholung des Verfahrens können so gemäss Aussagen des Bundes vermieden werden.³⁵

Abs. 1

Bei komplexen Vorhaben oder bei der Beschaffung innovativer Leistungen 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 favorisiert, kann dies zur Folge haben, dass die Ressourcen und das Innovationspotential des Marktes nicht voll erschlossen werden.

Die Komplexität kann in technischen oder rechtlichen Eigenarten gründen oder Folge der gewählten Finanzierungslösung (insbesondere bei Public-Private-Partnerships) sein.³⁶ In solchen Fällen ist die Suche nach Lösungswegen oder Vorgehensweisen idealerweise Teil der Beschaffung (und nicht der vorgelagerten Marktklärung), da es mangels spezifischer Kenntnisse des Auftraggebers sich aufdrängt, die möglichen Lösungswege und Vorgehensweisen mit den Anbietern in einem strukturierten Verfahren zu besprechen und gemeinsam weiter zu entwickeln.

In der Ausschreibung ist in geeigneter Form darauf hinzuweisen, dass sich der Auftraggeber einen Wettbewerbsdiallog vorbehält. Ein Anbieter soll bereits zu diesem frühen Zeitpunkt wissen, worauf er sich einlässt. Die Durchführung des Dialogs liegt in der Folge im Ermessen des Auftraggebers.

Abs. 2

Das allgemeine Transparenzgebot ist auch beim Wettbewerbsdiallog zu beachten. Der Auftraggeber gibt in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, welches seine Wünsche und Anforderungen sind und aufgrund welcher (Eignungs-)Kriterien er die Dialogpartner auswählt. Den ausgewählten Anbietern gibt er bestimmte Mindestangaben zum Ablauf des Wettbewerbsdiallogs ausreichend früh (spätestens in den Ausschreibungsunterlagen) bekannt, so dass sie sich angemessen vorbereiten können. Der Wettbewerbsdiallog wird in erster Linie bilateral mit den einzelnen Anbietern geführt und soll sich auf deren Lösungen und Vorschläge stützen (vgl. hierzu die Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der klassischen Richtlinie, S. 7f.).

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

³⁵ Vgl. Erläuternder Bericht des EFD vom 1. Januar 2010, S. 18 f.

³⁶ Siehe hierzu auch die Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der klassischen Richtlinie, S. 1-4.

Abs. 3

Ziel des Dialogs ist es, die seitens des Auftraggebers formulierten funktionalen Anforderungen bzw. die Lösungswege oder Vorgehensweisen anhand der Fachkenntnisse und der Erfahrungen der Anbieter zu konkretisieren. Dazu kann es erforderlich sein, das Verfahren in Phasen zu untergliedern. Zeigt es sich im Verlauf 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 im Zeitpunkt des Zuschlags erfolgen.

Abs. 4

In diesem Absatz werden das Gleichbehandlungs-, das Vertraulichkeits- und das Transparenzprinzip wiederholt. Die Weitergabe vertraulicher Informationen erfordert grundsätzlich die Zustimmung der betroffenen Anbieter. Insbesondere muss gewährleistet sein, dass das Urheberrecht und das Lauterkeitsrecht gewahrt bleiben.³⁷

Abs. 5

Aus Gründen der Nachvollziehbarkeit und der gerichtlichen Überprüfung sind alle Stufen des Dialogs zu dokumentieren. Falls eine Entschädigung an die Dialogpartner erfolgt, sollte auch der Aufwand für die Anbieter angemessen festgehalten werden.

Abs. 6

Die im Dialog verbliebenen Anbieter werden über den Abschluss des Dialogs und der relevanten Inhalte orientiert und aufgefordert, innert Frist ihr endgültiges, vollständiges Angebot einzureichen.

Art. 27 Rahmenverträge

Das Institut der Rahmenverträge ist weder im GPA 1994 noch im revidierten GPA 2012 vorgesehen. Art. XV:7 des GPA 2012 erwähnt lediglich, dass "Optionen" nicht dafür eingesetzt werden dürften, "um die Verpflichtungen nach diesem Übereinkommen zu umgehen". Rahmenverträge und Optionen weisen Gemeinsamkeiten auf: In beiden Fällen wird nicht ein abschliessend bestimmtes Leistungsvolumen ausgeschrieben, sondern das Recht des Auftraggebers, gewisse Leistungen über einen bestimmten Zeitraum zu beziehen. Zum Beispiel im Bereich der Arzneimittelbeschaffung wird der Rahmenvertrag heute angewendet.

Der Begriff der Rahmenvereinbarung wurde im Gemeinschaftsrecht in den Richtlinien 2004/17/EG (Art. 14 und 29) und 2004/18/EG (Art. 32) eingeführt und neu definiert. Das Instrument ist auch in den neuen Richtlinien 2014/24 EU (Art. 33) und 2014/25/EU (Art. 51) vorgesehen. Demgemäss ist eine "Rahmenvereinbarung" eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Anbietern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Einzelaufträge, die während der Laufzeit des Rahmenvertrags vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und allenfalls in Bezug auf die Mengen.

Abs. 1

Beim Abschluss eines Rahmenvertrags mit einem oder mehreren Anbietern soll nicht ein besonderes Verfahren zur Anwendung gelangen. Vielmehr beanspruchen die allgemeinen Verfahren auch für die Ausschreibung und den Abschluss eine Rahmenvertrags-Geltung. Gleiches gilt für

³⁷ Vgl. das Urteil des Zürcher Obergerichts vom 24. Mai 2012, Geschäfts-Nr. LK020010, durch das Bundesgericht bestätigt mit Entscheid 4A_397/2012 (11.01.2013).

die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens, die sowohl für den Abschluss des Rahmenvertrags als auch für den individuellen Abruf der Leistungen zu beachten sind.

Inhalt und Umfang des Einzelauftrags sowie das Verfahren zu dessen Erteilung hängen direkt vom Rahmenvertrag ab. Wurden sämtliche Bedingungen bereits im Rahmenvertrag festgelegt, gelten dieselben Bedingungen selbstredend auch für den darauf basierenden Einzelauftrag. Dieser wird nur noch Liefermengen und Termine sowie allenfalls besondere kommerzielle Bedingungen (Rabatte) enthalten.

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

Sind 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 Art. 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. Ist die vorgesehene Laufzeit erreicht (inkl. allfälliger Option) bzw. rechtzeitig vor diesem Zeitpunkt, sind die Leistungen neu auszuschreiben.

Abs. 2

Ein Rahmenvertrag für eine Dienstleistung, die ein dauerndes oder langwährendes Bedürfnis der Vergabebehörde befriedigen soll, soll nur für eine begrenzte Dauer vergeben werden. Die Leistungen sollen in periodischen Zeitabständen wieder neu ausgeschrieben werden. Entsprechend der Berechnungsformel in Art. 16 soll die Laufzeit eines Rahmenvertrags höchstens vier Jahre betragen. Eine automatische Verlängerung ist ausgeschlossen. Ein Rahmenvertrag mit unbestimmter Dauer, der während Jahren nicht gekündigt werden kann, räumt dem Zuschlagsempfänger einen Wettbewerbsvorteil ein und kann den Marktzutritt der Konkurrenten und damit den Wettbewerb beeinträchtigen. Eine längere Vertragsdauer darf daher nur in Ausnahmefällen vorgesehen werden.

Eine Ausnahme von der vierjährigen Maximaldauer ist zum Beispiel dann gerechtfertigt, wenn wegen der Komplexität des Leistungsgegenstandes, 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. Eine längere Vertragsdauer lässt sich auch dann rechtfertigen, wenn mehrere Rahmenverträge zugeschlagen werden und zwischen den Anbietern über ein sogenanntes "Mini-Tender"-Verfahren weiterhin ein gewisser Wettbewerb besteht.

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

Abs. 3

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

Abs. 4

Schliesst ein Auftraggeber (z.B. aus Gründen des Ressourcenbedarfs, der Versorgungssicherheit, der Vermeidung einer Abhängigkeit von einem einzelnen Lieferanten oder aus anderen zureichenden Gründen) Rahmenverträge mit mehreren Anbietern ab, kann er im Hinblick auf die Vergabe des Einzelauftrags den Wettbewerb gemäss dem in Abs. 4 Bst. b vorgesehenen Verfahren der "kleinen Ausschreibung" bzw. einem sogenannten "Mini-Tender" neu eröffnen. Dabei ist die Einhaltung der allgemeinen Grundsätze, insbesondere das Prinzip der wirtschaftlichen Beschaffung, durchgehend zu gewährleisten.

Alternativ können Leistungen auch ohne "Mini-Tender" anhand der Kriterien abgerufen werden, die im Rahmenvertrag festgelegt wurden. Dies kann sich zum Beispiel bei kleinen Beschaffungsvolumen mit Rücksicht auf die Transaktionskosten rechtfertigen. Bei solchen direkten Abrufen sind die allgemeinen Grundsätze (Gleichbehandlung, Transparenz, Wirtschaftlichkeit, Wettbewerb unter den Anbietern) zu berücksichtigen. Die Abrufkriterien sind allemal transparent bekannt zu machen und rechtsgleich anzuwenden.

V. Kapitel Vergabeanforderungen

Sowohl das GPA 1994 als auch das GPA 2012 verwenden eine Reihe sich teils überschneidender Begriffe für die Anforderungen, die bei einer öffentlichen Ausschreibung in persönlicher, formeller und sachlicher Hinsicht zu erfüllen sind. Die Vereinbarung straft und klärt die Begriffe. In der Praxis hat es sich bewährt, formalisierte Teilnahmebedingungen aufzustellen, die immer und unabhängig von der konkreten Ausschreibung einzuhalten sind.

Art. 28 Teilnahmebedingungen

Abs. 1 und 2

Teilnahmebedingungen sind von den Anbietern unabhängig vom konkreten Leistungsgegenstand immer zu erfüllen und gegebenenfalls nachzuweisen. In der Praxis hat sich die Selbstdeklaration anhand formalisierter Nachweise bewährt. Falschdeklarationen können strafrechtliche und vergaberechtliche Sanktionen nach sich ziehen.

Art. 29 Eignungskriterien

Abs. 1

Abs. 1 definiert die Eignungskriterien als die für die Auftragserfüllung wesentlichen objektiven und überprüfbaren Kriterien. Obwohl diese Kriterien stets auf die Person des Anbieters bezogen sind, sind sie mit Rücksicht auf den konkreten Leistungsgegenstand zu definieren.

Abs. 2

Abs. 2 sieht für die Aufstellung der Eignungskriterien eine Kann-Vorschrift vor. Es folgt eine nicht abschliessende Aufzählung der Themen, die durch die Eignungskriterien abzudecken sind. Es handelt sich dabei um anbieterbezogene Anforderungen, wie die fachliche, finanzielle, wirt-

schaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit und Erfahrung der Anbieter (vgl. auch § 21 VRöB).

Abs. 3

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

Abs. 4

In Abs. 4 wird die Regelung von Art. VIII:2 GPA 2012 umgesetzt, wonach der Auftraggeber bei der Festlegung der Bedingungen für die Teilnahme an der Beschaffung nicht verlangen darf, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere Aufträge von einer Beschaffungsstelle erhalten hat. Dies dient der Sicherung der Transparenz und der Nichtdiskriminierung und soll den Marktzutritt nicht gefährden. Einerseits sollen damit langjährige "Seilschaften" zwischen Auftraggeber und Anbietern verhindert werden. Andererseits soll etwa Jungunternehmern die Möglichkeit zur Teilnahme am Wettbewerb nicht verschlossen werden. Die Einholung von Referenzen anderer Auftraggeber bleibt weiterhin zulässig (vgl. Art. VIII:2b GPA 2012). Allemaal müssen jedoch Aufträge vergleichbarer öffentlicher oder privater Auftraggeber als Referenz zugelassen werden.

Art. 30 Verzeichnisse

Die vorliegende Regelung entspricht weitestgehend § 22 VRöB. Verzeichnisse dienen der effizienten Abwicklung einer Ausschreibung, indem die Eignung eines Anbieters nicht jedes Mal wieder von neuem geprüft werden muss. Gleichzeitig bergen Verzeichnisse aber eine gewisse Gefahr einer Bevorzugung der verzeichneten Anbieter. Diese beiden Gesichtspunkte sind abzuwägen. Vergleichbare Effizienzgewinne lassen sich etwa auch mit der zwischenzeitlich erfolgten Einführung von Anbieterprofilen auf der elektronischen Plattform simap.ch realisieren. Auch dort muss aber sichergestellt werden, dass die hinterlegten Angaben jederzeit aktuell sind und Anbieter ohne entsprechendes Profil nicht benachteiligt werden. Die geforderten Angaben und Nachweise müssen auch auf andere Weise beigebracht werden können, z.B. durch Selbstdeklaration.

Abs. 1 und 2

Abs. 1 räumt den Auftraggebern die Möglichkeit ein, ein Verzeichnis über geeignete Anbieter zu führen. Das Transparenzgebot gilt auch für die Führung solcher Verzeichnisse. Die Angaben, die zu den Verzeichnissen zu publizieren sind, werden in Abs. 2 abschliessend aufgeführt. Die Veröffentlichung erfolgt periodisch auf der elektronischen Plattform simap.ch von Bund und Kantonen. Die Angaben sind laufend nachzuführen.

Abs. 3

Zur Qualitätssicherung muss gemäss Abs. 3 ein Verfahren die Eintragung sowie die Überprüfung der Eignung jedes Bewerbers jederzeit garantieren können. Ein solches Prüfungsverfahren soll nicht nur im Zeitpunkt der Gesuchstellung, sondern jederzeit stattfinden können und notfalls auch zur Streichung eines Anbieters aus dem Verzeichnis führen.

Abs. 4 und 5

Unabhängig vom Eintrag in einem Verzeichnis muss es jedem Anbieter offenstehen, fallweise seine Eignung im Hinblick auf eine konkrete Ausschreibung durch individuelle Nachweise (Selbstdeklaration) zu belegen. Wird das Verzeichnis nicht mehr weitergeführt, informiert der Auftraggeber die darin aufgeführten Anbieter.

Art. 31 Zuschlagskriterien

Abs. 1

Abs. 1 führt neu u.a. den Gedanken der Lebenszyklus-Bewertung ein. In Anlehnung an § 32 Abs. 1 VRöB wird eine Reihe von Zuschlagskriterien aufgezählt, die teilweise als sogenannte Sekundärziele zu qualifizieren sind. Ihre Berücksichtigung darf nicht zu einer versteckten Diskriminierung einzelner Anbieter führen.

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. In besonderen Situationen kann es - ausserhalb des Staatsvertragsbereichs - gleichwohl gerechtfertigt sein, den Beitrag der Anbieter zur Fachausbildung junger Mitarbeiter 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.

Abs. 3

Die Zuschlagskriterien und ihre relative Gewichtung sind im Sinne der Transparenz in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Bei funktionalen Ausschreibungen (insbesondere auf dem Weg des Dialogs) kann auf eine Vorausmitteilung der Gewichtung verzichtet werden. Diese Regelungen entsprechen dem bisherigen Recht.

Art. 32 Technische Spezifikationen

Abs. 1

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

Abs. 2

In Übereinstimmung sowohl mit Art. VI:2 GPA 1994 als auch mit Art. X:2 GPA 2012 definiert der Auftraggeber die technischen Spezifikationen bezüglich Leistung und Funktionsanforderungen und bezieht sich dabei auf internationale Normen oder 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 *Bundesgesetz über Bauprodukte (BauPG) vom 8. Oktober 1999*³⁸. Als vorhanden gelten internationale Normen oder Standardisierungsdokumente im Sinne dieser Vorschrift insbesondere dann, wenn sie gemäss den technischen Vorschriften in der Schweiz bezeichnet worden sind.

Abs. 3

Abs. 3 enthält die in Art. VI:3 GPA 1994 und Art. X:4 GPA 2012 wie auch in § 15 VRöB vorgesehene Leitproduktklausel.

³⁸ SR 933.0.

Abs. 4

Entsprechend Art. X:6 GPA 2012 werden in Abs. 4 die technischen Spezifikationen zur Förderung oder Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder des Umweltschutzes gesondert vorgesehen. Diese Regelung steht unter dem Vorbehalt der Schranken gemäss Abs. 3 (vgl. Art. X:1-5 GPA 2012).

Art. 33 Bietergemeinschaften und Subunternehmer

Abs. 1

Bietergemeinschaften sind grundsätzlich zulässig. Ein (justiziabler) Anspruch der Anbieter auf Bildung einer Bietergemeinschaft besteht indessen nicht. Der Auftraggeber verfügt diesbezüglich über ein weites Ermessen. Häufig können die zu beschaffenden Leistungen ohne Weiteres aus einer Hand angeboten werden. Sofern genügend Anbieter die Gesamtleistung anzubieten in der Lage sind und ein funktionierender Anbieterwettbewerb besteht, fehlen vergaberechtliche Gründe für die Zulassung von Bietergemeinschaften.

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

Abs. 2

Ähnliche Überlegungen leiten die Zulassung oder den Ausschluss von Subunternehmern. Bereits die Prüfung der Eignungskriterien kann den Auftraggeber bei einer Vielzahl von Subunternehmern vor Schwierigkeiten stellen. Die Zulassung von Subunternehmern kann das Verbot einer Bietergemeinschaft teilweise wieder aufwiegen.

Abs. 3

Mehrfachbewerbungen von Subunternehmern sind wettbewerbsrechtlich grundsätzlich unerwünscht. Zum einen erleichtern sie die Kollusion zwischen den Anbietern. Zum anderen wird ein (u.U. massgeblicher Teil) der Angebote vergaberechtlich (da identisch) neutralisiert. Der Anbieterwettbewerb wird dadurch geschwächt. Daher bedarf es eines zureichenden Grundes (z.B. besondere Kenntnisse und Erfahrungen, Immaterialgüterrechte oder ähnliche Situationen, stark eingeschränkte Anzahl von möglichen Fachspezialisten), um Mehrfachbewerbungen zuzulassen.

Abs. 4

Diese Bestimmung will Angebote "virtueller" Anbieter, die selber keine oder nur marginale Aufgaben übernehmen, verhindern. Die Zwischenschaltung solcher Anbieter, die primär ihren Namen zur Verfügung stellen, resultiert zwangsläufig in Zusatzkosten. Auftraggeber sollen die Leistungen direkt von den Leistungserbringern beschaffen.

Art. 34 Lose und Teilleistungen

Abs. 1

Als Grundsatz wird festgehalten, dass ein Anbieter die ausgeschriebenen Leistungen insgesamt anbieten muss. Teilangebote für einzelne Leistungsteile müssen grundsätzlich nicht berücksichtigt werden.

Abs. 2

Eine Leistung kann nach Ermessen des Auftraggebers gesamthaft oder in Teilen (Losen) ausge-

geschrieben werden. Anbieter verfügen über kein Recht zur Entbündelung. Eine Aufteilung kann sich indessen infolge Terminvorgaben oder der Vermeidung von Abhängigkeiten empfehlen. Lose können nach geographischen, sachlichen oder zeitlichen Gesichtspunkten gebildet werden. Evaluation und Zuschlag erfolgen für jedes Los je separat. Es gilt der Grundsatz, dass durch die Aufgliederung der Gesamtleistung in Lose die massgebende Verfahrensart nicht umgangen wird.

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

Abs. 3

Den Anbietern steht es grundsätzlich frei, ob sie Angebote für ein Los oder für mehrere Lose einreichen. Diese Wahlfreiheit kann 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.

Abs. 4

Durch eine Aufteilung der Leistungen entsteht Abstimmungsbedarf an den Schnittstellen. Will der Auftraggeber die verschiedenen Zuschlagsempfänger verpflichten, bei der Leistungserbringung zusammenzuarbeiten, kündigt er das in der Ausschreibung an.

Abs. 5

Den Zuschlag von Teilleistungen, auch wenn ein Gesamtangebot eingereicht wird, kann der Auftraggeber in der Ausschreibung vorbehalten.

Art. 35 Varianten

Abs. 1

Sogenannte Unternehmervarianten weisen Vor- und Nachteile auf. Zum einen ermöglichen sie bessere Lösungen (Innovation), als sie in der Ausschreibung definiert wurden. Zum anderen erschweren sie den Vergleich der verschiedenen Angebote und erhöhen den Transaktionsaufwand einer Ausschreibung. Daher kann der Auftraggeber Unternehmervarianten beschränken (z.B. auf einen einzelnen Bereich) oder ganz ausschliessen. Eine Begründung ist dafür nicht erforderlich. Erfolgt keine Beschränkung oder kein Ausschluss, sind Variantenvorschläge zulässig. Es muss aber stets ein Angebot zum Amtsvorschlag unterbreitet werden. Varianten sind ein fakultatives Akzessorium des Grundangebots, kein Substitut. Diese Regelung entspricht der bisherigen Praxis.

Abs. 2

Varianten zielen nicht darauf, eine andere Leistung als die ausgeschriebene zu beschaffen. Vielmehr kann durch Varianten ein anderer Lösungsansatz oder ein anderer Lösungsweg beschrieben werden. Daher sind lediglich andere Vergütungsformen nicht als Varianten zu qualifizieren. Varianten müssen mit dem Beschaffungsgegenstand funktional gleichwertig sein. Bewegen sie sich ausserhalb des ausgeschriebenen Leistungsgegenstands, sind sie unbeachtlich.

Art. 36 Formerfordernisse

Abs. 1 und 2

Die Angebote müssen stets schriftlich eingereicht werden (Art. XV:4 GPA). Für die elektronische Abgabe von Angeboten unter Verwendung einer unbestreitbaren Identifikation der Anbieter lässt das Gesetz Raum. Die Formerfordernisse, insbesondere für die Einhaltung der Angebotsfrist und

die Vollständigkeit der Unterlagen, sind in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen zu definieren.

VI. Kapitel Ablauf des Vergabeverfahrens

Art. 37 Inhalt der Ausschreibung

Die Ausschreibung soll allfälligen Anbietern klare Aufschlüsse über Art und Umfang des Auftrags und über die mit dem Auftrag verbundenen Formalitäten geben. In diesem Artikel werden die Anforderungen von Art. VII:2 und 3 GPA 2012 hinsichtlich des Mindestinhalts der öffentlichen Ausschreibung umgesetzt. Die Bestimmung entspricht weitestgehend dem geltenden Recht in den Kantonen (§ 12 sowie § 13 VRöB). Neu hinzugekommen sind im Wesentlichen die Ankündigungspflicht von allfälligen Verhandlungen und elektronischen Auktionen sowie der Dialogführung. Soweit ein Hinweis publikationspflichtig ist, gilt dies auch für dessen Berichtigung.

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 unterbleiben, wenn der Auftrag in der Schweiz bereits in französischer Sprache ausgeschrieben wird.

Die öffentlichen Ausschreibungen sind auf einer gemeinsamen Internetplattform von Bund und Kantonen zu publizieren. Zusätzlich können die Kantone weitere Publikationsorgane wie Kantonsamtsblätter und dergleichen vorsehen.

Art. 38 Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

Mit den Ausschreibungsunterlagen legt der Auftraggeber die wichtigsten Grundlagen für das Vergabeverfahren und den anschliessenden Vertragsschluss fest. Die Ausschreibungsunterlagen müssen daher alle Angaben enthalten, die notwendig sind, um entsprechend aussagekräftige, überprüfbare und vergleichbare Angebote einreichen zu können. Jeder Anbieter soll wissen, welche Leistung er zu erbringen hat, und sich darauf verlassen können, dass der Auftraggeber nicht einen von der Ausschreibung abweichenden Auftrag vergibt. Die Ausschreibungsunterlagen werden in der Regel zeitgleich mit der Ausschreibung und ebenfalls in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.

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. Ebenso 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.

Art. 39 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 In-

teresse 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. Der Verzicht auf eine öffentliche Offertöffnung drängt sich insbesondere bei vorgängig angekündigten Verhandlungen sowie für die erste Phase des selektiven Verfahrens auf, da sie einen wirksamen Wettbewerb behindern könnte.

Abs. 2 und 3

Die eingegangenen Angebote werden nach deren Öffnung in einem Protokoll festgehalten. Dabei erfolgt lediglich eine formelle Prüfung und Erwahrung der Angaben. Inhaltliche Bemerkungen zu den Angeboten gehören nicht in das Offertöffnungsprotokoll. Die Bereinigung und Prüfung der Angebote erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt. Das Protokoll wird zu den Verfahrensakten genommen.

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. 40 Prüfung und Bewertung der Angebote

Abs. 1 und 2

Die Grundsätze von Abs. 1 und 2 finden sich weitgehend bereits in § 28 und § 29 VRöB.

Zunächst sind die eingereichten Angebote auf die Einhaltung der Formvorschriften zu überprüfen (rechtzeitige Eingabe, Vollständigkeit, Unterschriften, etc.). Danach sind die Angebote technisch und rechnerisch zu bereinigen und im Lichte der Eignungs- und Zuschlagskriterien zu prüfen (vgl. auch Art. XV:5 GPA). Anschliessend ist eine bereinigte Vergleichstabelle über die Angebote zu erstellen, welche die Grundlage für den Zuschlagsentscheid bilden soll.

Besonders hervorzuheben ist die Bestimmung, wonach "offensichtliche Rechenfehler" zu berichtigen sind. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass solche Fehler einer Berücksichtigung des Angebotes nicht entgegenstehen. Das korrigierte Angebot ist vielmehr in die Evaluation einzubeziehen. Der hier verwendete Begriff des "Rechenfehlers" entspricht dem zivilrechtlichen Begriff von Art. 24 Abs. 3 OR. Es handelt sich demnach um eine fehlerhaft durchgeführte arithmetische Operation mit im Angebot richtig aufgeführten Grössen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn beispielsweise für eine Materiallieferung von 1 000 m³ bei einem Preisangebot von 2 Franken/m³ schliesslich der Gesamtpreis mit 200 Franken anstatt 2'000 Franken berechnet wird. Ein solcher Fehler ist zu korrigieren und hindert die Verbindlichkeit des Angebotes nicht.

Klar davon zu unterscheiden sind hingegen absichtliche oder versehentliche Kalkulationsfehler (z.B. Liefern und Einbringen einer bestimmten Betonqualität à 150 Franken anstatt 250 Franken, weil die Transportkosten vergessen wurden) oder Fehler in der Preiserklärung des Anbieters (z.B. Kantholz ab Sägewerk à 35 Franken pro m³ anstatt 350 Franken pro m³). In diesen Fällen ist eine Berichtigung unzulässig.

Abs. 3

Abs. 3 ermächtigt den Auftraggeber, im Falle ungewöhnlich niedriger Angebote beim Anbieter rückzufragen, ob die Teilnahmebedingungen und die Modalitäten der Auftrags Erfüllung richtig

verstanden wurden. Kann der Anbieter die Einhaltung dieser Bedingungen nicht oder nicht überzeugend garantieren und die entsprechenden Zweifel an einer seriösen Auftragserfüllung nicht ausräumen, kann das Angebot ausgeschlossen werden.

Diese Bestimmung findet in Art. XV:6 GPA 2012 eine Grundlage und ist bereits unter dem geltenden Recht bekannt (§ 31 VRöB). Ungewöhnlich tiefe Angebote stellen per se keine vergaberrechtlichen Probleme. Ganz im Gegensatz fördern sie den (Preis-)Wettbewerb und sind daher unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit willkommen. Unzulässig sind dagegen so genannte unlautere Unterangebote im Sinne des *Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986*³⁹. Unlauter ist ein Angebot dann, wenn der Unternehmer die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- oder Abgabehinterziehungen resultieren. Der Ausschluss eines ungewöhnlich tiefen Angebots kann zudem im Einzelfall geboten sein, wenn infolge Preisumlagerungen von Einheits- in Pauschalpreispositionen der öffentlichen Hand ein erhebliches Vergaberisiko entsteht.

Abs. 4

Die Bewertung der Angebote darf nur nach Massgabe der in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilten Zuschlagskriterien sowie ihrer Gewichtung erfolgen. Zur besseren Vergleichbarkeit der Angebote sind die Resultate der Prüfung in einer Bewertungsmatrix festzuhalten.

Wie bei der Auswahl der Kriterien kommt dem Auftraggeber bei der Bewertung der eingereichten Angebote ein weiter Ermessensspielraum zu. Trotzdem hat die Bewertung der eingereichten Offerten in objektiver und sachlich haltbarer Weise zu erfolgen. Das Bewertungs- bzw. Benotungssystem muss auf alle Anbieter in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben angewendet werden. Allzu grobe Skalen - insbesondere beim Preiskriterium - gilt es zu vermeiden.

Wie eine Bewertungsskala hinsichtlich der Angebotspreise festzulegen ist, lässt sich nicht in allgemein gültiger Weise bestimmen, sondern hängt stark von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Die Bewertung der Angebotspreise muss aber der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit die im Voraus bekannt gegebene Bedeutung tatsächlich zum Tragen kommt. Das bedeutet insbesondere, dass beim Kriterium Preis ebenso wie bei andern Kriterien nur die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Offertsummen zu berücksichtigen ist.

Abs. 5

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

³⁹ SR 241.

Art. 41 Zuschlag

Abs. 1

Ein kardinaler Grundsatz des Beschaffungswesens verlangt, dass der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt (vgl. Art. 13 lit. f IVöB und § 32 Abs. 1 VRöB). Dies wird ermittelt, indem Qualität und Preis einer Leistung sowie je nach Leistungsgegenstand weitere Kriterien berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung sogenannter Sekundärziele darf jedoch nicht in einer versteckten Diskriminierung oder einer ungerechtfertigten Verweigerung des Marktzutritts resultieren. Während Anliegen des Umweltschutzes sowie Sozialziele zunehmende Bedeutung in der Vergabepaxis einnehmen, ist ihr diskriminierendes Potential nicht zu unterschätzen. Aus diesem Grund haben die Parteien des GPA 2012 in Art. XXII und Annex E ein Arbeitsprogramm vereinbart, das die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit im Rahmen von Beschaffungen in Übereinstimmung mit den internationalen Handelsverpflichtungen klären soll.

Abs. 2

Für die Beschaffung weitgehend standardisierter Güter kann in Anlehnung an das geltende Recht ausschliesslich auf deren Preis abgestellt werden (§ 32 Abs. 2 VRöB). Bereits Art. X:7 Bst. d und Art. XV:5 Bst. b GPA 2012 lassen es zu, dass Angebote allein nach ihrem Preis bewertet werden. Falls der Auftraggeber keine Zuschlagskriterien bekannt gibt, ist der Auftrag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises zu vergeben.

Eine generelle vorrangige Bedeutung des Preises lässt sich selbst für standardisierte Güter nicht per se ableiten. Sofern es für eine möglichst nachhaltige Beschaffungspraxis notwendig ist, kann dem Preiskriterium auch bei einfacheren Beschaffungen im Vergleich zu den übrigen anwendbar erklärten Zuschlagskriterien durchaus auch eine untergeordnete Gewichtung zukommen. Voraussetzung ist dabei, dass der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel, unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit, gemäss dem Zweckartikel im konkreten Einzelfall gewahrt bleibt. Schliesslich hängt die Bedeutung des Preises auch vom angewendeten Bewertungssystem ab.

Art. 42 Vertragsschluss

Abs. 1

Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (Art. 14 Abs. 1 IVöB). Obwohl einer allfälligen Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Art. 54), darf der Beschaffungsvertrag erst nach Ablauf der Beschwerdefrist bzw. nach dem abschlägigen Entscheid eines Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch das kantonale Verwaltungsgericht geschlossen werden.

Der vorzeitig abgeschlossene Beschaffungsvertrag ist nicht schlechthin nach Art. 20 OR nichtig. Das Vergaberecht, das primär der wirtschaftlichen Beschaffungstätigkeit verpflichtet ist, gebietet keine derart weitgehende Sanktion. Der Inhaltmangel besteht nicht im verfrühten Vertragsschluss, sondern in einem allfälligen, im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zu klärenden Verstoss gegen die Regeln und Grundsätze des Vergaberechts. Bei erfolgreichem Ausgang des Beschwerdeverfahrens ist eine Anweisung des Gerichts an den Auftraggeber denkbar, die Leistungen (bei deren weiterem Bedarf) neu auszuschreiben und den verfrüht geschlossenen Vertrag nach Massgabe dessen Kündigungsregeln auf einen Termin nach Abschluss der erneuten Ausschreibung zu kündigen.

Abs. 2

Wurde das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt, darf der Beschaf-

fungsvertrag mit dem Zuschlagsempfänger ohne Weiteres geschlossen werden. Einem allfälligen Weiterzug des Massnahmenentscheids ans Bundesgericht (der nur bei Verletzung verfassungsmässiger Rechte, und zwar nur solcher von grundsätzlicher Bedeutung, möglich ist; Art. 83 lit. f Ziff. 2 i.V.m. Art. 98 des *Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) vom 17. Juni 2005*⁴⁰ kommt mangels gesetzlicher Anordnung keine aufschiebende Wirkung zu. Immerhin ist der Vertragsschluss dem befassen Gericht anzuzeigen. Damit ist der Beschwerdeführer auf den sogenannten Sekundärrechtsschutz verwiesen. Diese Bestimmung entspricht ebenfalls bisherigem Recht (Art. 14 Abs. 2 IVöB).

Art. 43 Abbruch

Abs. 1

Ein Beschaffungsverfahren wird entweder durch einen Zuschlag oder durch einen Abbruch abgeschlossen. Ein Abbruch ist aus zureichenden Gründen in jedem Verfahrensstand möglich (vgl. Art. XV:5 GPA 2012). Die Aufzählung möglicher Abbruchgründe in Abs. 1 ist exemplarisch. Massgebend ist einzig, dass ein Abbruch zu keiner Verhinderung des Wettbewerbs und zu keiner unerlaubten Diskriminierung eines Anbieters führt.

Abs. 2

Bei einem Abbruch haben Anbietende keinen Anspruch auf Entschädigung ihrer Auslagen für die Einreichung des Angebots.

Art. 44 Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags

Diese Bestimmung zählt beispielhaft einige Tatbestände auf, die zum Verfahrensausschluss, zur Streichung eines Anbieters von einer Liste oder zu einem Zuschlagswideruf führen können. Daher ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine Sanktion begründet und verhältnismässig ist. Gegenüber dem bisherigen Recht (vgl. § 27 VRöB) werden aufgrund des breiter gefassten Art. VIII:4 GPA 2012 sowie der allgemeinen Rechtsentwicklung gewisse Ergänzungen bzw. Präzisierungen vorgenommen. So kann ein Verfahrensausschluss eines Anbieters neuerdings namentlich dann verfügt werden, wenn dieser wegen eines Verbrechens im Zusammenhang mit einem öffentlichen Auftrag rechtskräftig verurteilt wurde (Bst. d). Obwohl es sich bei diesem Tatbestand um eine Kann-Formulierung handelt, dürfte bei einer Verurteilung wegen schwerer Delikte ein Ausschluss regelmässig geboten sein. Ebenso kann ein Angebot ausgeschlossen werden, wenn der Anbieter Bestimmungen zur Korruptionsbekämpfung oder gegen die Schwarzarbeit verletzt hat (Bst. h und i). Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit bildet auch in diesen Fällen eine rechtskräftige Verurteilung bzw. ein entsprechendes Geständnis des fehlbaren Anbieters Voraussetzung für einen Verfahrensausschluss. Dabei werden unter einer Verletzung der Bestimmungen zur Korruptionsbekämpfung Verstösse gegen die Bestechungstatbestände von Art. 322ter ff. des *Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) vom 21. Dezember 1937*⁴¹ und unter der Verletzung der Schwarzarbeitsvorschriften Verfehlungen gegen das *Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA) vom 17. Juni 2005*⁴² sowie die kantonale Ausführungsgesetzgebung verstanden. Mit der offenen Formulierung sollen aber künftigen Entwicklungen in diesen Rechtsgebieten Rechnung getragen werden.

⁴⁰ SR 134.110.

⁴¹ SR 311.

⁴² SR 811.14.

Verweigert ein Anbieter bei den von den zuständigen Instanzen durchgeführten Kontrollen seine Mitwirkung, so kann ihn der Auftraggeber ebenfalls aus dem Verfahren weisen (Bst. j). Weiter wird unter Bst. n in Nachführung von § 8 VRöB festgehalten, dass ein vorbefasster Anbieter, dessen Wissensvorsprung gegenüber den andern Wettbewerbsteilnehmern nicht mehr ausgeglichen werden kann, auszuschliessen ist.

Eine sich aus Art. VIII:4 GPA 2012 ergebende zentrale Neuerung besteht darin, dass die Vergabestelle negative Erfahrungen aus früheren Aufträgen (Bst. m) ebenso wie die Resultate aus einer Abklärung durch die Wettbewerbskommission (Submissionsabreden, Kollusion) berücksichtigen kann (Bst. l).

Nach dem Wortlaut des GPA 2012 berechtigt eine frühere Vertragsverletzung in einem untergeordneten Punkt allerdings auch dann nicht zum Ausschluss, wenn diese Vertragsverletzung wiederholt erfolgte.⁴³

Der "Unrechtsgehalt" der einzelnen Ausschlussstatbestände kann dabei sehr unterschiedlich sein. Erfasst wird nicht nur die rechtskräftige Verurteilung des Anbieters oder seiner Organe wegen eines Verbrechens (Bst. d), sondern auch der Fall, dass der Anbieter in anderer Weise erkennen liess, kein verlässlicher und vertrauenswürdiger Vertragspartner zu sein (Bst. m Satz 2). Letzteres ist ein klassischer Auffangtatbestand. Seine Anwendung bedarf einer sorgfältigen Interessenabwägung. Auch bei den anderen Tatbeständen sind stets der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Verbot des überspitzten Formalismus zu beachten. Dies gilt im Besonderen für die aufgrund eines Formfehlers auszuschliessenden Angebote (Bst. b).

Art. 45 Sanktionen

Sanktionen im Rahmen von öffentlichen Vergaben erschöpfen sich nicht in der Möglichkeit, einen Anbieter von einem Verfahren auszuschliessen und ihn zu büssen. 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. Ebenso kann es sich von Fall zu Fall empfehlen, die betroffene Ausschreibung abzubrechen.

Abs. 1 und 2

Bei schwerwiegenden Widerhandlungen bedarf es zusätzlich der Möglichkeit, den fehlbaren Anbieter zu verwarnen, zu büssen oder ihn von künftigen Vergaben ausschliessen zu können, wobei diese Massnahmen einzeln oder auch kumulativ zur Verfügung stehen sollen. Diese Sanktionsmöglichkeiten bestehen unbeschadet weiterer rechtlicher Schritte gegen den fehlbaren Anbieter. 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.

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

Bei Auferlegung einer Busse sind sowohl der Grundsatz *ne bis in idem* (es bestehen zu einigen Tatbeständen bereits spezialgesetzliche Strafnormen) als auch die allgemeinen Untersuchungsgrundsätze zu beachten. Im Weiteren setzt die Verhängung einer Sanktion ein Verschulden des

⁴³ Vgl. Stöckli/Beyeler, Neues GPA, neue Urteile, neue Tendenzen, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, S. 36.

Fehlbaren voraus, wobei die fahrlässige Verletzung in den häufigsten Fällen ausreichend sein dürfte (z.B. bei Verletzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften). Dem Anbieter bleiben gegen die Sanktionierung die in diesem Erlass genannten Rechtsmittelmöglichkeiten (vgl. Art 53 Abs. 1 Bst. g). Bei der Verhängung einer Massnahme hat der Auftraggeber dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Schwere der Verfehlung Rechnung zu tragen.

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.

Abs. 3

Sofern die Tatbestände von Abs. 1 und 2 durch Dritte (Konsortialpartner, Subunternehmer) oder deren Organe erfüllt werden, treffen sie die gleichen Sanktionen wie den Anbieter.

Abs. 4

Mit dieser Bestimmung wird die gesetzliche Grundlage für eine zentrale Liste der sanktionierten Anbietenden geschaffen. Die Kantone sehen in der IVöB eine entsprechende Liste vor. Die Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständigen Behörden (z.B. Kantonsregierung) melden dem InöB die fehlbaren Anbieter. Die Liste, welche vom InöB geführt wird, ist nicht öffentlich, der Datenschutz wird gewahrt. Anfragen seitens der Auftraggeber können nur mit Bezug auf einen spezifischen Anbieter erfolgen, der in einer konkreten Ausschreibung teilnimmt. Nach Ablauf der Sanktion wird der Anbieter aus der Liste gestrichen. Über abgelaufene Sanktionen wird keine Auskunft erteilt. Bund und Kantone werden die so erhobenen Daten in geeigneter Weise austauschen. Damit wird es möglich, Vergaberechtsverstösse schweizweit zu ahnden.

Abs. 5

Der Hinweis auf die Aufsichts- und Weisungskompetenz der übergeordneten Behörde hat bei öffentlichen Auftraggebern, die der Verwaltungs- oder Verbandsaufsicht unterstehen, nur deklaratorische Bedeutung. Bei privaten Auftraggebern, die infolge öffentlicher Finanzierung oder Leistungsauftrags dem Vergaberecht unterstehen, bildet Abs. 5 eine gesetzliche Grundlage für den Erlass und die Durchsetzung verbindlicher Weisungen. Der Inhalt der Weisungen ist durch die Vereinbarung vorgegeben. Missachtet ein Auftraggeber eine oder mehrere Bestimmungen der Vereinbarung, ist die nach dem jeweiligen Einführungsgesetz zuständige kantonale Behörde berechtigt und verpflichtet, einzuschreiten. Neben der Weisung, eine gesetzeskonforme Ausschreibung durchzuführen, kommt auch die Aufforderung in Betracht, einen unter Missachtung der Vereinbarung geschlossenen Vertrag unter Beachtung der massgeblichen Fristen zu kündigen.

Abs. 6

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, sondern auch bei Vergaben des Kantons oder der Gemeinden Disziplinar-massnahmen (unter Umständen sogar strafrechtliche Verfolgungen) gegen die verantwortlichen Personen vorbehalten.

VII. Kapitel Fristen und Veröffentlichungen, Statistik

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

Zur Verbesserung der Transparenz führt das GPA 2012 einen separaten Artikel VI über die "Information über das Beschaffungswesen" ein. Darin wird vorgesehen, dass die Vertragsstaaten im Publikationsorgan gemäss Anhang III Bekanntmachungen (in elektronischer oder Papierform) gemäss Art. VII, Art. IX:7 und Art. XVI:2 GPA 2012 veröffentlichen, also die Bekanntmachungen betreffend Beschaffungen, die Anzeigen zur Aufnahme auf die mehrfach verwendbare Anbieterliste und die Bekanntmachungen betreffend Zuschlagserteilung und damit zusammenhängende Informationen. Art. VII:1 GPA 2012 stipuliert zudem, dass die Publikation in einem weit verbreiteten und zumindest für die angekündigte Dauer der Publikation leicht zugänglichen Publikationsorgan erfolgen soll. Art. XVI:3 GPA 2012 enthält Bestimmungen zur Aufbewahrung der Unterlagen, Berichte und Daten für zur Rückverfolgbarkeit der elektronischen Abwicklung.

Im geltenden Recht fehlt eine übersichtliche Darstellung, welche Entscheide und Mitteilungen zu veröffentlichen sind. Die Art. 37 und 38 sowie Art. 48 und sollen diesbezüglich Abhilfe schaffen und gleichzeitig die Transparenzerfordernisse des GPA 2012 umsetzen. Gleichzeitig werden in Art. 47 die Vorgaben von Art. XI GPA 2012 zur Verkürzung der Minimalfristen umgesetzt.

Art. 46 Fristen

Abs. 1

Unterstellte Beschaffungen können sich hinsichtlich Volumen und Komplexität erheblich unterscheiden. Die Vereinbarung sieht daher nur Mindestfristen vor. Bei umfangreichen Beschaffungen sollten diese Fristen angemessen verlängert werden. Diese Vorschrift findet sich bereits in § 19 VRöB.

Abs. 2

Die Minimalfristen im Staatsvertragsbereich für das offene Verfahren richten sich nach der Bestimmung in Art. XI:3 Bst. a GPA 2012. Die Frist von 40 Tagen gilt auch ab dem Zeitpunkt der Publikation von Berichtigungen und beginnt in diesem Falle noch einmal neu zu laufen. Diese Bestimmung findet sich bereits in § 19 VRöB.

Abs. 3

Im Gegensatz zu Fristverkürzungen sind Fristverlängerungen im Ermessen der Vergabestelle ohne Einschränkungen möglich, solange sie rechtsgleich angewendet werden. Diese Bestimmung 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. Dieselbe Vorschrift findet sich bereits in § 20 VRöB.

Art. 47 Fristverkürzung im Staatsvertragsbereich

Abs. 1

Bei elektronischer Publikation einer Beschaffung, bei elektronischer Publikation der Ausschreibungsunterlagen sowie bei elektronischer Entgegennahme der Angebote kann die Minimalfrist

von 40 Tagen für die Einreichung der Angebote um je fünf Tage, also um insgesamt 15 Tage, verkürzt werden (Art. XI:5 GPA 2012).

Abs. 2 bis 4

Weitere Verkürzungen auf bis zu 10 Tage für die Einreichung der Angebote sind möglich, wenn spätestens 40 Tage und frühestens 12 Monate vor der Publikation der Ausschreibung eine Vorankündigung ergangen ist bzw. bei wiederkehrenden Leistungen der Auftraggeber auf die Fristverkürzung hingewiesen hat. Diese Bestimmung findet sich bereits in § 19 Abs. 2 VRöB.

Abs. 5

Diese singuläre Bestimmung, die auf den Einkauf gewerblicher Waren und Dienstleistungen Anwendung findet, rezipiert Art. XI GPA 2012. Soweit aus anderen Gründen eine Verkürzung auf 10 Tage zulässig ist, steht dies Art. XI:7 GPA 2012 nicht entgegen.

Art. 48 Veröffentlichungen

Abs. 1

Der Einsatz moderner Informationstechnologien verbessert die Transparenz des öffentlichen Beschaffungswesens und erleichtert den Marktzutritt. Die Ausschreibung, der Zuschlag sowie der Abbruch eines Verfahrens werden künftig auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen publiziert. Heute ist das die Plattform simap.ch. Aufgrund der raschen Entwicklung im Bereich der Domainnamen und der E-Government wird darauf verzichtet, die Publikationsplattform im Gesetz namentlich zu benennen.

Träger und Verantwortliche der Plattform simap.ch ist der Verein für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (Verein simap.ch). Der Bund und alle Kantone sind Vereinsmitglieder. Letztere leisten Beiträge nach Massgabe ihrer Bevölkerungszahl. Nahezu alle Kantone und zahlreiche Städte der Schweiz verwenden bereits diese Internetplattform als Publikationsorgan. Die Vorgaben von Art. VII:1 GPA 2012 werden damit eingehalten.

Die Ausschreibungsunterlagen werden in der Regel zeitgleich mit der Ausschreibung und ebenfalls elektronisch zur Verfügung gestellt. Werden die Ausschreibungsunterlagen bei der Veröffentlichung der Ausschreibung gemäss Abs. 1 nicht öffentlich zugänglich gemacht, hat der Auftraggeber dafür zu sorgen, dass diese Unterlagen allen Anbietern zeitgleich zugehen.

Der Zugang zu den Ausschreibungen und Zuschlägen ist unentgeltlich. Für Zusatzleistungen (z.B. Hinterlegung gewisser Eignungsnachweise oder elektronisches Filing der Angebote) können kostendeckende Gebühren erhoben werden.

Abs. 2

Für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs entfällt die Zusammenfassung in einer Amtssprache der WTO. Gleichzeitig ist auf die sprachlichen Verhältnisse am Ort der Auftragsausführung Rücksicht zu nehmen.

Abs. 3

Im Staatsvertragsbereich ist mindestens eine Zusammenfassung der Ausschreibung in französischer Sprache (Amtssprache der WTO) beizufügen, wenn die Ausschreibung nicht bereits in dieser Sprache erfolgt.

Abs. 4

Die Publikation des im Staatsvertragsbereich erteilten Zuschlags hat auch unter der Geltung des

GPA 2012 innert 72 Tagen nach dem Erlass der Zuschlagsverfügung zu erfolgen. Die Vorschrift von Art. XVI:2 GPA 2012 will eine minimale Transparenz über erfolgte Zuschläge garantieren. Sie steht nicht im Dienste des Rechtsschutzes. Demgegenüber hat sich in der Schweiz die Praxis eingebürgert, Zuschläge zeitgleich zu publizieren bzw. individuell zu eröffnen. Diese Bestimmung findet sich für die Kantone bereits in § 34 VRöB.

Abs. 5

Die Kantone können zusätzliche Publikationsorgane, wie kantonale Amtsblätter, vorsehen.

Art. 49 Aufbewahrung der Unterlagen

Abs. 1 und 2

Bereits in Art. XX:4 GPA 1994 war eine Aufbewahrungsfrist von drei Jahren für "die Unterlagen zu sämtlichen Aspekten des Beschaffungsverfahrens" vorgesehen. Art. XVI:3 GPA 2012 weist in die gleiche Richtung. Von der Aufbewahrungspflicht erfasst werden alle Dokumente, welche den Ablauf des Verfahrens und die Rechtmässigkeit des Zuschlags nachvollziehbar dokumentieren. Die dreijährige Frist beginnt ab Rechtskraft des Zuschlagsentscheids oder ab der das Verfahren abschliessenden Verfügung zu laufen. Diese Bestimmung findet sich sinngemäss bereits in § 40 VRöB.

Art. 50 Statistik

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

Die staatsvertraglichen Anforderungen an statistische Erhebungen der zentralen und subzentralen Vergabestellen sind je unterschiedlich. Art. XVI:4 GPA 2012 normiert den Mindestinhalt. Die Berichte erstrecken sich jeweils auf ein Jahr und müssen innerhalb von zwei Jahren nach dem Ablauf des Berichtszeitraums eingereicht werden. Für die Beschaffungsstellen der Kantone nach Annex 2 und 3 GPA 2012 enthalten die Berichte Anzahl und Gesamtwert der einschlägigen, von allen Beschaffungsstellen vergebenen Aufträge je Annex.

Abs. 1

Die Bestimmung sieht vor, dass die Kantone - auch für die Sektorenauftraggeber - innerhalb von zwölf Monaten nach Ablauf eines Kalenderjahres zuhanden des SECO eine Statistik über die Beschaffungen des Vorjahres erstellen. Eine solche Statistik betrifft nur Beschaffungen im Staatsvertragsbereich. Diese Statistik wird elektronisch geführt und dem Ausschuss für das öffentliche Beschaffungswesen (Art. XXI GPA 2012) periodisch übermittelt.

Abs. 2 und 3

Die Statistik der Beschaffungen enthält neben den Angaben zur Anzahl und zum Gesamtwert der Aufträge auch Anzahl und Gesamtwert der öffentlichen Aufträge, die im freihändigen Verfahren für Aufträge im Staatsvertragsbereich (Ausnahmetatbestände gemäss Art. 21 Abs. 2) vergeben werden.

Abs. 4

Das SECO veröffentlicht die Statistik, wobei Amts- und Geschäftsgeheimnisse zu schützen sind.

VIII. Kapitel **Rechtsschutz**

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

Der Bund kennt mangels Unterstellung unter das BGBM ausserhalb des Staatsvertragsbereich bisher keinen Rechtsschutz. Der Gesetzesentwurf eröffnet neu demgegenüber den Zugang zum Gericht für alle Beschaffungsvorhaben mit einem Auftragswert ab 150'000 Franken. Im Sinne einer Harmonisierung wird damit der Rechtsschutz beim Bund erheblich erweitert.

Art. 51 Eröffnung von Verfügungen

Abs. 1

An offenen und selektiven Vergabeverfahren beteiligt sich eine Vielzahl von Parteien. Die Eröffnung der Ausschreibung, des Zuschlags (auch für freihändige Vergaben gemäss Art. 21 Abs. 2) und des Abbruchs (Art. 43) erfolgt immer auch durch Publikation. Alle anderen Verfügungen werden nach Wahl des Auftraggebers individuell oder durch Publikation auf der elektronischen Plattform 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 (Art. XVI:1 GPA 2012) verlangt auf Ersuchen eines Anbieters die summarische Begründung des Zuschlags. Der blosser Hinweis, wonach der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, genügt nicht.

Neu werden alle Verfügungen summarisch begründet, ohne dass es eines konkreten Ersuchens bedarf. Als Teil der Begründung des Zuschlags sind z.B. die Gründe kurz darzulegen, weshalb das Angebot 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 simap.ch keine summarische Begründung enthält, wird die Beschwerdefrist nach Art. 56 Abs. 1 nicht ausgelöst. Die Frist beginnt dann ab der individuellen Eröffnung des begründeten Entscheids.

Abs. 3

Der Mindestinhalt der Zuschlagsbegründung wird von Art. XVI:1 GPA 2012 vorgegeben. Jeder Anbieter hat Anspruch auf Kenntnis der "Gründe, aus denen sein Angebot nicht berücksichtigt wurde" und der "relativen Vorteile des Angebots des erfolgreichen Anbieters". Dies sind zwei Seiten derselben Medaille. Im Rahmen der regelmässig zu publizierenden Zuschlagsverfügung wird man sich auf die Vorteile des berücksichtigten Angebots beschränken. In individuellen Zustellungen können auch die relativen Schwächen der Angebote der unterlegenen Anbieter zu Sprache kommen.

Abs. 4

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

Art. 52 Beschwerde

Abs. 1

In den Kantonen soll künftig das kantonale Verwaltungsgericht als einzige Instanz zuständig sein. Aufgrund der Verrechtlichung der Beschaffungsverfahren und der zeitlichen Dimension von Beschwerdeverfahren ist ein zweistufiger kantonaler Instanzenzug nicht erwünscht. In den besonderen Fällen von Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichte ist das Bundesgericht direkt zuständig. Eine Beschwerde ist neuerdings bei einem Auftragswert ab 150'000 Franken zulässig.

Abs. 2

Unabhängig vom Auftragswert steht Anbietenden der Rechtsweg immer dann offen, wenn sie aus einem Verzeichnis gestrichen oder in ein solches aufgenommen werden oder wenn sie nach Art. 45 sanktioniert werden, zum Beispiel durch eine Sperre von künftigen Aufträgen.

Abs.3

Nach Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG ist das zuständige Departement zur Beschwerde vor Bundesgericht berechtigt, wenn ein Entscheid Bundesrecht im Aufgabenbereich des jeweiligen Departements verletzt. Art. 9 Abs. 2bis BGBM hat dieses Beschwerderecht der Wettbewerbskommission zugewiesen und auf kantonale Beschwerdeverfahren erweitert. Diese Bestimmung hat in den vergangenen Jahren keine grosse Bedeutung erlangt. Da sowohl die materiell-rechtlichen als auch die verfahrensrechtlichen Anforderungen an Beschaffungen künftig in der IVöB kanalisiert werden, rechtfertigt es sich, auch den Rechtsschutz einheitlich zu regeln. Die Vorlage sieht daher ein Behördenbeschwerderecht vor, das je nach Variantenentscheid von der Wettbewerbskommission oder vom Interkantonalen Organ (INöB) wahrgenommen werden kann. Behördenbeschwerden dienen der rechtsgleichen Umsetzung des materiellen Rechts und sind gerade bei dezentralen Vollzugsaufgaben ein geeignetes Instrument, um eine einheitliche Vollzugspraxis sicherzustellen. Da das Beschwerderecht auf Feststellungsbegehren beschränkt ist, werden Vergabeentscheide dadurch nicht verzögert.

Abs.4

Werden Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden eingereicht, ist das Bundesgericht direkt zuständig.

Art. 53 Beschwerdeobjekte

Abs. 1

Die Beschwerdeobjekte werden in Abs. 1 abschliessend aufgezählt. Weitere Zwischenverfügungen können nicht 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 anfechtbar.

Die Ausschreibung (Bst. a) umfasst auch deren Berichtigung. Der Ausschluss aus dem Verfahren (Bst. f) umfasst auch die Reduktion der Anbieter im Rahmen eines Dialogs oder einer elektronischen Auktion.

Abs. 2

Es entspricht dem Gebot der Fairness, 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 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 nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als «integrierender Bestandteil der Ausschreibung» betrachtet werden⁴⁴ (anders noch die Praxis der ehemaligen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen⁴⁵).

Zum einen entspricht es einem Bedürfnis der Vergabestelle, die Anbietenden auf Anordnungen zu behaften, wenn sie diese nicht sofort in Frage stellen. Dazu dient u. a. die Rügeobliegenheit der am Verfahren teilnehmenden Anbietenden (als Ausfluss des Verhaltens nach Treu und Glauben). Zum andern sollen die Anbietenden aus der öffentlichen Ausschreibung erkennen können, ob ein publizierter Auftrag für sie interessant ist. Nach aktueller Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfolgen Rügen daher verspätet, soweit Bedeutung und Tragweite der fraglichen Anordnung der Vergabestelle bereits zu einem früheren Zeitpunkt ohne Weiteres erkennbar waren. Immerhin gilt diese Praxis nur dann, wenn nicht ungewöhnliche «Spielregeln» ohne ausdrücklichen Verweis in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen werden. Einem Anbieter kann nicht zugemutet werden, diese Unterlagen bereits zu einem frühen Zeitpunkt einer umfassenden Rechtsprüfung zu unterziehen.⁴⁶

Abs. 3

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

Daher finden bei Beschwerden gegen die Verhängung einer Sanktion nach Art. 45 die Bestimmungen dieser Vereinbarung zum rechtlichen Gehör im Verfügungsverfahren, zur aufschiebenden Wirkung und zur Beschränkung der Beschwerdegründe keine Anwendung. Stattdessen gelten das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht sowie die verfahrensrechtlichen Regeln des Verwaltungsstrafrechts.

Die Rechtsmittelfrist gegen Sanktionen bestimmt sich ebenfalls nach Art. 56 und beträgt 20 Tage.

Abs. 4

In Beschaffungsverfahren mit einem Auftragswert von weniger als 150 000 Franken besteht kein Rechtsschutz. Aus der Sicht der Anbietenden macht es keinen Unterschied, ob eine Beschaffung nach Massgabe des BöB oder der IVöB ausgeschrieben wird. Der Rechtsschutz wird im Sinne der Harmonisierung bei Bund und Kantonen gleich ausgestaltet. Entsprechend sieht der Bund Anpassungen beim BGBM vor.

⁴⁴ Vgl. BGE 129 I 313; BGer-Urteil 2C_225/2009 vom 16. Oktober 2009, E. 4.2.

⁴⁵ Vgl. BRK 2001-011 vom 16. November 2001, E. 3b.

⁴⁶ Vgl. BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012, E. 3.1 und 4.4.

Art. 54 Aufschiebende Wirkung

Abs. 1

Das GPA 2012 (Art. XVI:7) überlässt es dem Ermessen der Vertragsstaaten zu bestimmen, ob dem Überprüfungsverfahren ein automatischer Suspensiveffekt zukommt oder nicht. Dagegen sprechen primär Praktikabilitätsüberlegungen. Würde eine Beschwerde automatisch die Vollstreckbarkeit des Zuschlagsentscheids aufschieben und den Vertragsschluss bis zum Entscheid der Beschwerdeinstanz verhindern, so bestünde die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten bei der Beschaffung. Ebenso unvorteilhaft würde sich die Situation für den berücksichtigten Anbieter auswirken. Bereits das geltende Recht sieht daher von diesem Automatismus ab (Art. 17 IVöB).

Abs. 2

Unter der Geltung der IVöB hat sich die Praxis herausgebildet, während der Dauer der Beschwerdefrist auf den Abschluss des Beschaffungsvertrags zu verzichten. Diese Sperrperiode dauert bis zu dem Zeitpunkt, an dem eine Vergabestelle vernünftigerweise davon ausgehen darf, dass keine Beschwerde erhoben und kein Gesuch um aufschiebende Wirkung gestellt wurde. Bei Zweifeln empfiehlt sich eine Rückfrage beim zuständigen Gericht (vgl. auch Art. 42 Abs. 1).

Abs. 3

Ein Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird von den Gerichten oft superprovisorisch bis zur Stellungnahme der Vergabestelle gewährt. Während dem Superprovisorium darf kein Vertrag geschlossen und keine den Zuschlagsentscheid präjudizierende Handlung vorgenommen werden. Nach Eingang der Stellungnahme wird über die Aufrechterhaltung des Massnahmenentscheids verfügt.

Abs. 4

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

Art. 55 Anwendbares Recht

Das Verfügungs- und Beschwerdeverfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des jeweiligen kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege für Verfahren auf der Stufe der Kantone, 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 dies mit Rücksicht auf das Vergabeverfahren unbedingt erforderlich ist.

Art. 56 Beschwerdefrist und Beschwerdegründe

Abs. 1

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

Die Länge der Frist wird einerseits begrenzt durch das Beschleunigungsgebot und das Bestreben, den Beschaffungsvorgang zeitnah abzuschliessen. Andererseits besteht bei zu kurzer Frist das Risiko unbegründeter "Spontanbeschwerden". In Abwägung aller Umstände scheint deshalb eine Frist von 20 Tagen auch aus Sicht der Kantone als angemessen. Damit wird diese Frist an die bestehende Regelung des Bundes angeglichen.

Abs. 2

Für das Beschwerdeverfahren gelten in Vergabesachen keine Gerichtsferien. Damit laufen die Fristen unbeschadet allfälliger Sperrzeiten. Diese Bestimmung entspricht der geltenden Regelung (vgl. Art. 15 Abs. 2^{bis} IVöB).

Abs. 3 und 4

Im Beschwerdeverfahren sind die Rügen auf Rechtsverletzungen und Ermessensfehler (Über- und Unterschreitung sowie Missbrauch des Ermessens der Vergabestelle) beschränkt. Die Unangemessenheit des Zuschlags kann im Beschwerdeverfahren nicht geltend gemacht werden. Diese Regelung entspricht geltendem Recht (Art. 16 IVöB). Ein Zuschlag ist z.B. dann rechtswidrig, wenn ein Anbieter aus Gründen seiner Herkunft nicht berücksichtigt wird. Weiter kann eine dem Gesetz widersprechende Ausschreibung gerügt werden, sei es, dass formale Voraussetzungen nicht erfüllt sind, sei es, dass eine falsche Gewichtung der Kriterien erfolgt. Die Überprüfung der Angemessenheit des Zuschlags, insbesondere des Bewertungsvorgangs, ist hingegen (mangels Justiziabilität technischer und wirtschaftlicher Kriterien) nicht möglich.

Abs. 5

Die einzige Rüge, die im freihändigen Verfahren gemäss Art. 21 vorgebracht werden kann, betrifft die Wahl des falschen Verfahrens.

Art. 57 Akteneinsicht

Abs. 1

Für das Verfügungsverfahren besteht kein Anspruch auf Akteneinsichtsrecht. Dies rechtfertigt sich im Hinblick auf die Geschäftsgeheimnisse und den Schutz des wirksamen Anbieterwettbewerbs. Spätestens nach dem Zuschlag kann den Anbietern auf Verlangen Einsicht in das Offeröffnungsprotokoll gewährt werden.

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 entscheidungsrelevante Verfahrensakten. Die besondere Interessenlage, die bereits im Verfügungsverfahren bestand, gilt es auch hier zu beachten. Insbesondere sind Rechte Dritter angemessen, etwa durch Abdeckung, wirksam zu schützen.

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, wird eine Aufhebung und eine Wiederholung der Ausschreibung (von dem Zeitpunkt an, an dem der Fehler seinen Ausgang nahm) kaum zu vermeiden sein. Eine Zuschlagserteilung an den Beschwerdeführer wird nur in liquiden Fällen

möglich sein. Bedarf es zusätzlicher Abklärungen des Sachverhalts, bleibt wiederum nur die Rückweisung.

Abs. 2

Ist der Vertrag abgeschlossen und heisst das Gericht anschliessend die Beschwerde gut, kann es nur noch die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung feststellen (sogenannter Sekundärrechtsschutz). Die Aufhebung des Zuschlags, der bereits durch einen privatrechtlichen Vertrag konsumiert wurde, führt in diesem Fall nicht zum Ziel. Dem Verwaltungsrichter ist ein Eingriff in den privatrechtlichen Vertrag bereits aus Gründen der Zuständigkeit verwehrt. In einem solchen Fall bleibt dem Beschwerdeführer lediglich noch die Möglichkeit, Schadenersatz geltend zu machen. Wurde der Vertrag verfrüht geschlossen oder ging dem Vertragsschluss zu Unrecht keine Ausschreibung voraus, kann der Richter die Vergabestelle etwa anweisen, den Vertrag (nach Massgabe der darin enthaltenen Bestimmungen) auf den nächsten Zeitpunkt hin zu kündigen und den Beschaffungsgegenstand ordentlich auszuschreiben.

Abs. 3

Bisher waren Schadenersatzbegehren im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes in einem separaten Verfahren nach Massgabe des kantonalen oder eidgenössischen Verantwortungsrechts zu verfolgen. Neu erlaubt Abs. 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 wird beibehalten. Ersetzt werden lediglich die Offertkosten, d.h. die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung seines Angebots erwachsenen Kosten. Dies umfasst nicht das gesamte negative Interesse. Weitere Schadenspositionen können von der Beschwerdeinstanz nicht zugesprochen werden. Jedoch verfügt ein Anbieter allenfalls – bei gegebenen Voraussetzungen – über einen von den Zivilgerichten zu beurteilenden Anspruch aus culpa in contrahendo.

Art. 59 Revision

Kommt es zu einem Revisionsgesuch, wurde der Vertrag in der Regel bereits geschlossen. Dem Gericht verbleibt somit analog zu Art. 58 Abs. 2 nur noch die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. Auch im Rahmen des Revisionsverfahrens kann daher nur Sekundärrechtsschutz beansprucht werden.

IX. Kapitel Behörden

Art. 60 Organe

Abs. 1

Das Interkantonale Organ (InöB) ist wie bisher Leitorgan der IVöB. Ebenso sollen die entsprechenden Mitglieder der BPUK, welche die IVöB unterzeichnet haben, das Interkantonale Organ bilden. Sie sprechen denn auch namens der angeschlossenen und von ihnen vertretenen Kantone.

Abs. 2

Dem Interkantonalen Organ obliegen verschiedene Aufgaben. Neben dem Erlass (Bst. a) ist es auch für die Änderungen (Bst. b) – unter Vorbehalt der Zustimmung der beteiligten Kantone – der IVöB verantwortlich. 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 für die Entgegennahme und Erstbearbeitung der Gesuche zur Befreiung von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht zuständig (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. Das Interkantonale Organ regelt ausserdem die Organisation und das Verfahren für die Anwendung dieser Vereinbarung (Bst. f), fungiert als Kontaktstelle (Bst. g) und bezeichnet schliesslich die Delegierten für nationale und internationale Gremien bzw. Konferenzen (Bst. h).

Abs. 3

Wie bisher erfordern Beschlüsse des Interkantonalen Organs eine Dreiviertelmehrheit. Dabei muss mindestens die Hälfte der angeschlossenen Kantone vertreten sein.

Abs. 4

Das öffentliche Beschaffungswesen umfasst die meisten Tätigkeitsbereiche in den Kantonen und Gemeinden. Deshalb wird dem Interkantonalen Organ die Verpflichtung auferlegt, die Interessen aller Direktorenkonferenzen zu berücksichtigen bzw. diese einzubeziehen. Auch der Koordinationsauftrag mit dem Bund wird weitergeführt.

Art. 61 Kontrollen

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 zu bezeichnen.

X. Kapitel Schlussbestimmungen

Art. 62 Beitritt, Austritt, Änderung und Aufhebung

Abs. 1

Jeder Kanton kann der Vereinbarung durch Erklärung gegenüber dem Interkantonalen Organ beitreten. Vorgängig 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 sechs Monate im Voraus anzuzeigen.

Abs. 3

Sowohl der Beitritt wie auch der Austritt der Kantone sowie die Änderung oder die Aufhebung dieser Vereinbarung werden der Bundeskanzlei durch das Interkantonale Organ zur Kenntnis gebracht.

Art. 63 Übergangsrecht

Abs. 1

Sobald ein Kanton der revidierten Vereinbarung beigetreten ist, findet diese auf alle Aufträge Anwendung, die nach dem Inkrafttreten öffentlich ausgeschrieben werden oder, soweit keine öf-

fentliche Ausschreibung erfolgt ist, die nach dem Inkrafttreten vergeben werden. 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. 64 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. 61c des *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) vom 21. März 1997*⁴⁷ nur noch zur Kenntnisgabe an den Bund verpflichtet. Diese Informationspflicht bildet die Grundlage für ein allfälliges Einspracheverfahren.⁴⁸ Einsprache erheben kann einerseits der Bundesrat gemäss Art. 186 Abs. 3 BV und andererseits ein Kanton gemäss Art. 172 Abs. 3 BV. 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, sobald ihr zwei Kantone beigetreten sind. Weitere Kantone können jederzeit beitreten.

Abs. 2

Tritt ein Kanton der revidierten Vereinbarung bei, ist er sowohl Vertragspartei der alten wie 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. Hier findet das Völkerrecht analoge Anwendung.⁴⁹ Ziel soll sein, so bald als möglich den neuen Geltungsbereich auf alle 26 Kantone auszuweiten.

Anhänge:

Anhang 1: Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich

Anhang 2: Schwellenwerte ausserhalb des Staatsvertragsbereichs

Anhang 3: Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)

⁴⁷ SR 172.010.

⁴⁸ Biaggini, Kommentar BV, Art. 48 N 13.

⁴⁹ Vgl. Art. 40 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 30 Abs. 4 des *Wiener Abkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969*; SR 0.111.