



Aktualitäten – November 2014 / Bulletin d'actualités – Novembre 2014

Gesetzgebung / Législation

E-IVöB: Lasst euch vernehmen!

Martin Beyeler, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern/Zürich

Am 22. September 2014 hat das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) einen Entwurf für eine neue Interkantonale Vereinbarung für das öffentliche Beschaffungswesen (E-IVöB) veröffentlicht.¹ Kantonsregierungen und weitere interessierte Kreise sind zur Vernehmlassung bis am 19. Dezember 2014 eingeladen. Dieser Entwurf stellt die Umsetzung der GPA-Revision von 2012 dar und soll zugleich einen „Beitrag zur Harmonisierung“² der Vergaberechtsordnungen des Bundes und der Kantone leisten, zumal er durch eine „Expertengruppe“³ und „in intensiver Zusammenarbeit zwischen den Kantonen und dem Bund erarbeitet“⁴ worden ist. Der entsprechende Entwurf für ein revidiertes BöB, den der Bundesrat Anfang Sommer in die interne Ämterkonsultation gesandt hatte,⁵ ist hingegen noch nicht öffentlich bekanntgemacht worden.

Um die am öffentlichen Beschaffungswesen Interessierten anzustiften, den E-IVöB zu prüfen und ihre Meinung vernehmen zu lassen, werden im Folgenden einige Punkte aus dem Entwurf aufgegriffen, von denen viele erfreulich sind und manche weniger.

1. Harmonisierung

Dass Bund und Kantone sich die Angleichung ihrer Vergaberechtsordnungen zum Ziel gemacht haben, ist zu begrüssen. Gleiche Grundlagen sind die Basis für eine einheitliche Praxis und erweitern den Bezugsraum und damit die Effektivität der rechtsdogmatischen Diskussion. Nicht zu unterschätzen ist auch, dass der E-IVöB weit mehr und dazu auch detailliertere Vorschriften enthält

¹ Mitsamt Erläuterndem Bericht und weiteren Unterlagen herunterladen unter: <www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/e-ivoeb/>.

² Erläuternder Bericht vom 18.09.2014 zur Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend: „Erläuternder Bericht E-IVöB“), S. 5.

³ BBI 2014 1266.

⁴ Medienmitteilung des Bundesrats vom 02.07.2014: „Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB): Bundesrat steht hinter der Angleichung der Beschaffungsordnungen der Kantone und des Bundes“; vgl. auch BBI 2014 1266.

⁵ Medienmitteilung vom 02.07.2014 (Fn. 4): „Der Bundesrat hat das Eidgenössische Finanzdepartement (EDF) beauftragt, gemeinsam mit dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) das Gesetzgebungsverfahren mit Ämterkonsultation und Vernehmlassung zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) auf der Grundlage der gemeinsam mit den Kantonen erarbeiteten Revisionstexte zu starten“.

als das bisherige Konkordat:⁶ Das wird zu einer beachtlichen Harmonisierung der kantonalen Ordnungen untereinander führen (beispielsweise soll die Publikation der Gewichtung der Zuschlagskriterien nun überall obligatorisch werden; Art. 31 Abs. 3 E-IVöB), was mindestens ebenso wertvoll ist wie die Angleichung zwischen der Bundes- und der Konkordatebene.

Inkonsequent ist es jedoch, dass der BöB-Entwurf nicht gleichzeitig mit dem E-IVöB veröffentlicht worden ist und dass keine Anzeichen für eine Publikation noch während der den E-IVöB betreffenden Vernehmlassungsfrist bestehen. Mit nur einem von zwei einander angenäherten Texten ist es nicht möglich, die Harmonisierung zu erfassen und zu beurteilen; so bleibt vorderhand unbekannt, wie weit die entsprechenden Bemühungen geglückt sind (klar ist heute lediglich, dass die Kantone die Führung von Offertverhandlungen und Dialogen zulassen wollen, falls der Bund seine Beschaffungen bis zu Fr. 150'000 einem Rechtsschutzverfahren unterstellt und zugleich die kantonalen und kommunalen Beschaffungen bis zu diesem Betrag von der binnenmarktgesetzlichen Rechtsschutzpflicht⁷ freistellt⁸).

Schliesslich enthalten weder der E-IVöB noch der dazugehörige Erläuternde Bericht Hinweise darauf, dass die Kompetenzen des Bundesgerichts in Vergabesachen erweitert werden sollten, doch kann eine wirkliche Rechtsharmonisierung (auch zwischen den Kantonen) ohne eine obere Beschwerdeinstanz, die über umfassende Überprüfungsbefugnissen verfügt, nicht erreicht werden. Eine Abschaffung von Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG sowie eine Überprüfung der IVöB durch das Bundesgericht wie ein Bundesgesetz, soweit harmonisierte Vorschriften infrage stehen, sollten m.E. geprüft werden.

2. Nachhaltigkeit

Der vergaberechtliche Begriff der Wirtschaftlichkeit ist gemäss Art. 1 lit. a E-IVöB „unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeit“ zu verstehen. Ob diese Nachhaltigkeit wiederum allein in wirtschaftlicher Hinsicht (qualitative Langlebigkeit und über den gesamten Lebenszyklus betrachtete Kosten) zu verstehen ist oder ob sie auch die ökologischen bzw. an den Naturressourcen orientierten sowie die sozialen bzw. an den gesellschaftlichen Auswirkungen ausgerichteten Aspekte einschliesst, lässt der E-IVöB grundsätzlich ebenso offen wie der Erläuternde Bericht.

Immerhin wird in Art. 32 Abs. 4 E-IVöB (gemäss der Vorgabe in Art. X:6 GPA 2012) präzisiert, dass technische Spezifikationen (vgl. dazu auch Art. 2 lit. n E-IVöB) „zur Förderung oder Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder des Umweltschutzes“ aufgestellt werden dürfen. Nach Art. 31 Abs. 1 E-IVöB kann als Zuschlagskriterium die (auch hier nicht näher bestimmte) „Nachhaltigkeit“ berücksichtigt werden. Und endlich wird explizit bestimmt, dass im Ausland erbrachte Leistungen mindestens in Übereinstimmung mit den ILO-Kernübereinkommen (vgl. Anhang 3 E-IVöB) erbracht werden müssen („mindestens“ impliziert hier nach meinem Verständnis, dass grundsätzlich die Einhaltung des am Produktionsort geltenden Rechts zu fordern ist, soweit dieses über die Kernübereinkommen hinausgeht).

⁶ Vgl. Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 5, S. 9, wo von der Integration der Regeln der bisher fakultativen Vergaberichtlinien VRöB die Rede ist.

⁷ Vgl. Art. 9 Abs. 1 BGBM. Vgl. allerdings bereits BGE 131 I 137, E. 2.

⁸ Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 5, S. 9 (Zitat in Fn. 12).

Diese Regelungslage lässt, jedenfalls indirekt und auf den ersten Blick, darauf schliessen, dass zwar ökologisch orientierte technische Spezifikationen und auch solche Zuschlagskriterien grundsätzlich zugelassen werden, dass aber zwingende soziale Anforderungen (in Bezug auf den Produktionsprozess und auf die Art des Handels der betreffenden Güter), die über die Regeln der ILO-Kernübereinkommen sowie über die Einhaltung des geltenden Rechts des Produktionsorts hinausgehen (z.B. die Forderung nach lebenskostendeckenden Löhnen), sowie sozial orientierte Zuschlagskriterien⁹ nach wie vor nicht zulässig sein sollen. Begreift man allerdings die gesundheits- und sozialverträgliche Herstellung von Produkten nicht zuletzt im Interesse der Reputation öffentlicher Auftraggeberinnen als ideelle Qualitätseigenschaft des Produktes selbst (wie das mutatis mutandis etwa in Bezug auf „grünen“ bzw. umweltverträglich hergestellten Strom bereits anerkannt wird, obschon sich die Herstellungsart im Ergebnis auch hier nicht in der physikalisch feststellbaren Produktqualität niederschlägt), kann man zwanglos davon ausgehen, dass bestimmte besonders gewichtige soziale Fragen der Herstellung des Produkts unter den klassischen Wirtschaftlichkeitsbegriff zu subsumieren sind, weil sie die relevante Produktqualität beeinflussen. Die neue europäische Vergaberichtlinie¹⁰ zeigt, dass das GPA durchaus in eine solche Richtung ausgelegt werden kann (vgl. insb. Art. 67 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU). Ohnehin ist nicht zu verstehen, warum das Vergaberecht es zulassen sollte, bei der Produktherstellung auf umweltschonenden Methoden zu bestehen, nicht aber, bei der Herstellung auch etwa auf die Gesundheit der am Produktionsprozess direkt beteiligten Menschen zu achten.

3. Verhandlungen und Dialog

Aus beschaffungspraktischer Sicht ist es trotz der damit verbundenen Risiken zu begrüßen, dass gemäss Art. 24 f. E-IVöB Verhandlungen über die ausgeschriebenen Leistungen, die entsprechenden Angebote und (zumindest in der Folge) die dafür offerierte Vergütung zulässig sein sollen. Bis anhin war nämlich unklar, wie weit das Verbot von Abgebotsrunden (Art. 11 lit. c IVöB) reicht und ob es auch rein technisch motivierte Verhandlungen (allenfalls Konsequenzen bezüglich der offerierten Vergütung) untersagt. Gleichermassen ist es erfreulich, dass der Dialog (vgl. Art. 26 E-IVöB), also die Verhandlung über Lösungsansätze, welche Schritt für Schritt zu zuschlagsfähigen Angeboten führt, auf kantonaler und kommunaler Ebene (vgl. bereits Art. 26a VöB) erlaubt werden soll. Nur mit diesen Instrumenten lassen sich komplexe oder neuartige Vorhaben ohne Verfahrensabbruch und auch ohne „Bereinigungsgespräche“ bewältigen, die tatsächlich unregulierte und daher rechtsunsichere Verhandlungen sind. Nicht alle Beschaffungen können auf Anhieb so beschrieben werden, dass die darauf gerichtete Antwort des Marktes befriedigenden bzw. brauchbaren Angeboten entspräche, und nicht selten können erst klärende Gespräche mit entsprechenden Angebotsanpassungen eine sinnvolle Grundlage für einen Vergabeentscheid schaffen.¹¹

Umso weniger ist vor diesem Hintergrund verständlich, dass die Bereitschaft der Kantone zur Zulassung von Verhandlungen und Dialogen davon abhängen soll, ob der Bund den Anwendungsbereich seines Submissionsrechtsschutzes auf alle Aufträge mit einem Mindestwert von

⁹ Ausserhalb des Lehrlingskriteriums; vgl. Art. 31 Abs. 2 E-IVöB.

¹⁰ Vgl. insb. Erwägungsgründe 97–99, Art. 42 Abs. 1, Art. 67 Abs. 2 und Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU; vgl. zur Gütezeichen- bzw. Nachweisproblematik im Übrigen Art. 43 der Richtlinie 2014/24/EU.

¹¹ Allerdings sollte in Art. 24 Abs. 2 lit. c E-IVöB auf das Erfordernis der Komplexität der zu beschaffenden Leistungen verzichtet werden, weil es auch bei nicht komplexen Leistungen unerwartet dazu kommen kann, dass ohne Verhandlung kein einziges Angebot ohne weiteres annehmbar wäre.

Fr. 150'000 ausdehnt oder nicht.¹² Wer den Wert von – in Bezug auf die Voraussetzungen und die Formalien notabene einschränkend regulierten – Verhandlungen und Dialogen für das öffentliche Beschaffungsverfahren anerkennt, sollte diese Instrumente aus Überzeugung und nicht als Gegengeschäft einführen.

Abgesehen davon ist zu überdenken, ob das interkantonale Vergaberecht tatsächlich hinter die Erkenntnis¹³ zurückgehen soll, wonach ungeachtet der Rechtslage bezüglich eigentlicher Verhandlungen (unwesentliche) Änderungen des Ausschreibungsgegenstands und in der Folge entsprechende Nachofferten bereits bei Vorliegen von sachlichen Gründen¹⁴ zulässig sind. Mit dem Art. 24 Abs. 2 lit. a E-IVöB würde ein solcher Rückschritt aber gemacht, da hiernach für (typischerweise nicht vorhergesehene) Änderungen nicht nur sachliche Gründe erforderlich sind, sondern zunächst verlangt wird, dass die Ausschreibung Verhandlungen vorbehalten hat (vgl. im Kontrast dazu die ausserhalb des Verhandlungsthemas stehende Änderungs-Bestimmung des Art. X:11 GPA 2012).

4. Wettbewerbstätigkeiten

In konsequenter Umsetzung der durch Art. II:2:a:ii GPA 2012 unterschiedslos allen Vergabestellen zugestandenen Freiheit sieht der Art. 11 Abs. 1 lit. a E-IVöB vor, dass Aufträge über Leistungen,¹⁵ die eine Vergabestelle „im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf“ oder „zur Verwendung in der Produktion oder im Angebot [von Leistungen] ... für einen gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf“ erwerben will, dem Vergaberecht nicht unterstellt sind. Jegliche Vergaben also, die eine öffentliche Auftraggeberin vornimmt, um Leistungen zu erwerben, welche sie auf gewerbliche Weise¹⁶ verwerten (d.h. mit oder ohne Verarbeitung gewerblich veräussern) will, unterstehen selbst dann keinem Vergaberecht, wenn die Auftraggeberin eine staatliche Behörde ist. Damit werden manche schwierige Vergaberechtsdebatten auf einen Schlag beendet.

¹² Vgl. Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 9: „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.“

¹³ Vgl. etwa VGer ZH VB.2012.00714, 09.05.2012, E. 3.1.

¹⁴ Der Art. 24 Abs. 2 lit. a E-IVöB verlangt dass die Leistungsänderungen „objektiv und sachlich geboten“ sind – das ist nach meinem Verständnis redundante Formulierung, da das Kriterium der Sachlichkeit jenes der Objektivität einschliesst.

¹⁵ Nach meinem Dafürhalten spricht der Art. 11 Abs. 1 lit. a E-IVöB unzutreffend nur von „Waren und Dienstleistungen“ (welche für gewerbliche Zwecke erworben werden und daher vergaberechtsfrei beschafft werden können). Bauleistungen werden damit ausgeschlossen, obschon gerade auch solche mitunter für gewerbliche Tätigkeiten öffentlicher Auftraggeberinnen beschafft werden. Der Art. II:2:a:ii GPA 2012, auf den der Art. 11 Abs. 1 lit. a E-IVöB zurückgeht, spricht zwar in der Tat von „goods, services, or any combination thereof“ (und nicht ausdrücklich von „construction services“), doch sind unter „services“ im Sinne des GPA 2012 gemäss dessen Art. I:r auch Bauleistungen („construction services“) zu verstehen, soweit nichts anderes bestimmt wird („services includes construction services, unless otherwise specified“). Dieser höchst bedeutsame Punkt sollte vor dem Erlass der neuen IVöB korrigiert werden.

¹⁶ „Gewerblich“ im Sinne der Bestimmung ist m.E. streng auszulegen und im Allgemeinen mindestens so zu verstehen, dass eine Abschottung der Finanzierung und der Buchhaltung (gegenüber nicht-gewerblichen Tätigkeiten der gleichen Körperschaft) gesichert ist, so dass eine Subventionierung (irgendwelcher Art) des anbietenden Marktauftritts ausgeschlossen ist, und dass mit Gewinnstreben sowie unter Tragung der entsprechenden Risiken in den Wettbewerb getreten wird. Nur wenn keine staatliche Behörde infrage steht, kann allerdings unter gewerblicher Tätigkeit auch die Tragung des Konkursrisikos gefordert werden.

Nicht tangiert von dieser Vergaberechtslage ist die Frage, ob die entsprechende Einheit über eine hinreichende gesetzliche Grundlage verfügt, um Leistungen im Markt anzubieten. Und potentielle Quasi-in-house-Subjekte (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB), die mehr als unwesentliche Wettbewerbstätigkeiten entfalten, fallen für eine vergaberechtsfreie Quasi-in-house-Beauftragung ausser Betracht. Entsprechendes muss m.E. auch für interne Stellen (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. c E-IVöB) gelten – diese können nur dann vergaberechtsfrei in-house beauftragt werden, wenn sie nicht in nennenswertem Umfang im Wettbewerb tätig sind.

5. Konzessionen

Nach dem Erläuternden Bericht E-IVöB soll der Art. 2 Abs. 7 BGBM betreffend Ausschreibungspflicht für die Übertragung von kantonalen und kommunalen Monopolen aufgehoben werden (was allerdings nur durch die Bundesgesetzgebung beschlossen werden kann).¹⁷ Im Gegenzug soll der Art. 8 Abs. 2 E-IVöB¹⁸ eingeführt werden, welcher gemäss dem Bericht „zur vollen objektiven Unterstellung von Konzessionen unter das Beschaffungsrecht“ führe.¹⁹

Die Vergabe von kantonalen und kommunalen Monopolkonzessionen (Einräumung des Rechts zur Ausübung einer juristisch dem Staat vorbehaltenen Wirtschaftstätigkeit) soll also künftig nach gewöhnlichen vergaberechtlichen Regeln und Kriterien ablaufen. Allerdings geht es nicht schlechterdings um alle Monopolkonzessionen, sondern nur um solche, die „im Zusammenhang mit staatlichen Aufgaben stehen“²⁰, wobei der Begriff der staatlichen Aufgabe eng verstanden werden soll: „Damit sind nicht irgendwelche inzidente oder diffuse öffentliche Interessen angesprochen, sondern Bereiche, in denen de[n] Staat eine Erfüllungsverantwortung trifft. Als Beispiele mögen Politikbereiche wie die Polizei, [der] Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, [sowie die] Gesundheits- oder ... Sozialpolitik dienen“²¹. Abgesehen davon sollen spezialgesetzliche Regeln vorbehalten bleiben.²²

Wiewohl die Unterstellung der so eingegrenzten Monopolkonzessionen grundsätzlich zu begrüssen ist, kann nicht verkannt werden, dass verschiedene vergaberechtliche Regeln, namentlich jene über die streng an der Wirtschaftlichkeit ausgerichteten Zuschlagskriterien, auf die Vergabe von Monopolkonzessionen häufig nicht passen dürften – es sollte daher ausgeleuchtet werden, inwieweit sich für die Monopolkonzessionsvergabe gewisse Ausnahmebestimmungen oder Sonderregelungen innerhalb des E-IVöB rechtfertigen.²³ Abgesehen davon ist es im Interesse des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität abzulehnen, dass bei Abschaffung von Art. 2 Abs. 7 BGBM zahlreiche kantonale und kommunale Monopolkonzessionsvergaben, die durch den Art. 8 Abs. 2 E-IVöB nicht erfasst werden, wiederum in einen gesetzlich nicht regulierten Zustand zurückgeführt werden und eine Ausschreibungspflicht insoweit nicht mehr gelten soll.

¹⁷ Vgl. Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 17.

¹⁸ Im Wortlaut: „Die Verleihung einer Konzession oder die Übertragung einer staatlichen Aufgabe gilt als öffentlicher Auftrag, wenn dem Anbieter ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen vor.“

¹⁹ Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 17.

²⁰ Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 17.

²¹ Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 17.

²² Sollten zu diesen vorbehaltenen Gesetzesregeln auch kantonale Gesetze zählen, hiesse dies, dass jeder Kanton von Art. 8 Abs. 2 E-IVöB abweichen könnte, wenn er nur entsprechende Normen erliesse. Damit wöge die Abschaffung von Art. 2 Abs. 7 BGBM noch schwerer.

²³ Nicht von ungefähr hat die EU für die Konzessionsvergaben eine eigene Richtlinie erlassen (2014/23/EU).

Gemäss dem Erläuternden Bericht E-IVöB sollen nicht nur Monopolkonzessionen, sondern daneben auch Bau- und Dienstleistungskonzessionen im Sinne des europäischen Rechts durch den Art. 8 Abs. 2 E-IVöB erfasst und daher dem öffentlichen Vergaberecht unterstellt werden.²⁴ Dabei geht es gemäss Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23/EU um grundsätzlich gewöhnliche Bau- und Dienstleistungsaufträge, welche die Besonderheit aufweisen, dass das Entgelt, welches der Leistungserbringer vom Auftraggeber erhält, nicht (oder nur untergeordnet) in einer Zahlung, sondern in der Einräumung des Rechts zur Verwertung der auftragsgegenständlichen Bau- oder Dienstleistungen gegenüber Dritten besteht (wobei der Leistungserbringer ein echtes Betriebsrisiko trägt).

Die Unterstellung von so verstandenen Bau- und Dienstleistungskonzessionen unter das Vergaberecht ist zu begrüssen, weil es sich dabei um nichts anderes als atypisch vergütete öffentliche Aufträge handelt. Nun fällt aber auf, dass der Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 E-IVöB, der diese Geschäfte erfassen sollte, durch die Tatbestandsvoraussetzung der Übertragung von „ausschliessliche[n] oder besondere[n] Rechte[n]“ – das ist ein europarechtlicher Begriff, der ein rechtliches Monopol oder ähnliche Sonderrechte impliziert,²⁵ der im Rahmen der europarechtlichen Definition der Bau- und Dienstleistungskonzessionen jedoch keine Rolle spielt (Art. 5 Abs. 1 RL 2014/23/EU) – die meisten Bau- und Dienstleistungskonzessionen gerade ausschliesst, weil es bei diesen nur selten um die Übertragung von Monopolen oder ähnlichen Rechten geht.

Überhaupt weicht der E-IVöB vom europarechtlichen Konzept, das er sich doch zu eigen machen will,²⁶ deutlich ab, wenn gemäss Erläuterndem Bericht nur Geschäfte betreffend öffentliche Aufgabenerfüllung in Bereichen, in denen den Staat eine eigentliche Erfüllungsverantwortung trifft, dem Art. 8 Abs. 2 E-IVöB unterworfen werden sollen.²⁷ Eine kommunale Baukonzession betreffend Bau und Betrieb eines Schwimmbads wird bei solch engem Verständnis im Unterschied zum Unionsrecht (welches für den Begriff der Bau- und der Dienstleistungskonzession nicht auf die Art der damit erfüllten Aufgabe abstellt) voraussichtlich nicht erfasst, ohne dass dafür materielle Gründe erkennbar wären.

Insgesamt bleibt fraglich, ob der Art. 8 Abs. 2 E-IVöB tatsächlich zum Ausdruck bringt, was gemäss Erläuterndem Bericht durch diese Bestimmung geregelt werden sollte, und es ist anzuregen, der Klarheit halber die europarechtliche Terminologie zu verwenden, um Bau- und Dienstleistungskonzessionen vergaberechtlich zu erfassen: „Vertrag, mit dem ein ... öffentliche[r] Auftraggeber einen ... Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Bauleistungen [oder Dienstleistungen] beauftrag[t], wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht“ (vgl. Art. 5 Abs. 1 RL 2014/23/EU).

Nach dem Erläuternden Bericht E-IVöB sollen schliesslich Sondernutzungskonzessionen, also Einräumungen des Rechts zur ausschliesslichen Nutzung öffentlichen Grundes, durch den Art. 8

²⁴ Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 17: „Damit bewegt sich die Schweiz im Einklang mit dem Recht der Europäischen Union, [das] sogenannte Bau- und Dienstleistungskonzessionen unter der neuen Richtlinie 2014/23/EU ebenfalls den beschaffungsrechtlichen Regeln unterstellt“.

²⁵ Vgl. EuGH C-327/12 (12.12.2013; Ministero dello Sviluppo economico), Rn. 41.

²⁶ Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 17.

²⁷ Vgl. Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 17.

Abs. 2 E-IVöB nicht erfasst werden,²⁸ so dass im Falle der Abschaffung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf diesem Wege die Unsicherheit beendet wird, ob diese Konzessionen von einer Ausschreibungspflicht beschlagen sind oder nicht.²⁹ Hiervon unberührt (und dem Vergaberecht unterstellt) bleiben Fälle, in denen ein öffentlicher Auftrag oder eine Bau- oder Dienstleistungskonzession vergeben wird und im Rahmen des Gesamtgeschäfts auch eine Sondernutzungskonzession enthalten ist, zum Beispiel zur Ermöglichung der geschäftsgegenständlichen Bauarbeiten.

6. Rechtsschutz

Neu ist eine Beschwerde nur noch dann zulässig, wenn der (geschätzte) Wert des Auftrags, um den es geht, Fr. 150'000 oder mehr beträgt (Art. 52 Abs. 1 und Art. 53 Abs. 4 E-IVöB; schon bislang konnten einige Kantone ähnliche Rechtsschutzschranken³⁰). Diese Regelung dürfte zum einem dem Wunsch mancher Kantone und Gemeinden entsprechen und zum anderen den mit dem Bund gefundenen Kompromiss betreffend die Frage der Reichweite des Vergaberechtsschutzes³¹ widerspiegeln.³²

Ebenso neu wird die Dauer der Beschwerdefrist auf zwanzig Tage erweitert (Art. 56 Abs. 1 E-IVöB) – das verlängert den gesamten Beschaffungsprozess nicht nennenswert und ist uneingeschränkt zu begrüssen, zumal so Abklärungen und Nachgespräche mit deutlich weniger Druck durchgeführt werden können, so dass namentlich mit einer Abnahme von rein vorsorglich (und letztlich häufig unnötig) erhobenen Beschwerden gerechnet werden darf. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist neben dieser formalen Fristverlängerung auch die Präzisierung des Art. 51 Abs. 3 E-IVöB, wonach der Text der Zuschlagsverfügung die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots summarisch nennen muss (und dass Leerformeln wie „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ ungenügend sind). Das führt dazu, dass die Beschwerdefrist in ihrer vollen Dauer nutzbar ist und nicht erst ab dem Erhalt von ersten Erklärungen zum Zuschlag.³³

Den Beschwerdeinstanzen soll allerdings die Kompetenz entzogen werden (vgl. Art. 17 Abs. 2 IVöB), einer Beschwerde von Amtes wegen aufschiebende Wirkung zu erteilen.³⁴ Überdies soll das Begehren um Schadenersatz, das im Beschwerdefall dann aktuell wird, wenn nach Ablehnung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung der Vertrag geschlossen wird, bereits im Vergabebeschwerdeverfahren³⁵ abgehandelt werden können (Art. 58 Abs. 3 E-IVöB), was

²⁸ Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 17.

²⁹ Vgl. BGer 2C_198/2012, 16.10.2012, E. 6.2.

³⁰ Vgl. insb. Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 3 ÖBG-BE; § 24 Abs. 2 SubmD-AG. Vgl. auch BGE 131 I 137, E. 2.

³¹ Bislang gewährt das Bundesvergaberecht Rechtsschutz (abgesehen von anderen Voraussetzungen) nur oberhalb der staatsvertraglichen Schwellenwerte, welche allesamt oberhalb von Fr. 150'000 liegen.

³² Vgl. Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 9, S. 50.

³³ Vgl. Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 50: „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“; im gleichen Sinne Art. XVIII:3 GPA 2012, wo allerdings eine 10-Tages-Frist als genügend bezeichnet wird.

³⁴ Das ist insoweit wenig bedauerlich, als auf diese Weise aufschiebende Wirkung m.W. kaum je erteilt worden ist und als m.E. davon auszugehen ist, dass ein (Laien-)Begehren um Aufhebung der Zuschlagsverfügung unter Umständen nach Treu und Glauben dahin auszulegen ist, dass der Beschwerdeführer auch aufschiebende Wirkung verlangen will (so VGer SG B 2014/210, Verfügung vom 27.10.2014).

³⁵ So schon heute Art. 4 Abs. 2 des St. Galler Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 02.04.1998 (Nr. 841.1).

prozessökonomisch und darum wünschenswert ist, sofern man vom Beschwerdeführer nicht verlangt, dass er das Schadenersatzbegehren beziffert und begründet, bevor klar ist, dass Primärrechtsschutz nicht mehr infrage kommt.³⁶

Als in der Sache richtige Präzisierung gutzuheissen ist auch die Regel, dass vor dem Erlass einer vergaberechtlichen Sanktion (insb. Ausschluss von künftigen Vergaben; vgl. Art. 45 Abs. 1 E-IVöB) rechtliches Gehör zu gewähren ist, dass Beschwerden, die sich gegen Sanktionsentscheide richten, von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung entfalten (vgl. Art. 54 Abs. 1 E-IVöB) und dass die Beschwerdeinstanz solche Entscheide auch auf Angemessenheit überprüfen darf (Art. 53 Abs. 3 E-IVöB).

7. Weitere Neuigkeiten

Nebst den bereits erwähnten Verhandlungen und Dialogen werden im E-IVöB insbesondere auch elektronische Auktionen (elektronisch geführte Absteigerungsverfahren betreffend den Preis oder andere quantifizierbare Angebotsparameter; Art. 23 E-IVöB) zugelassen, und überhaupt sollen elektronische Angebote (und Teilnahmeanträge) möglich werden (Art. 36 Abs. 2 E-IVöB).

Die Vorbefassungsproblematik soll entsprechend dem bisherigen Art. 21a VöB geregelt werden (Art. 15 E-IVöB),³⁷ und es soll überdies eine spezielle Bestimmung zum Ausstand der Mitglieder und Beauftragten der Vergabestelle erlassen werden – dies mit dem Ziel, dass im öffentlichen Vergabeverfahren nur tatsächliche Befangenheit, nicht jedoch schon ein blosser Anschein von Befangenheit zur Ausstandspflicht führen kann (Art. 14 Abs. 1 lit. e E-IVöB). Diese Vorschrift scheint eine direkte Reaktion auf BVGer B-4852/2012 (15.11.2012), E. 5, zu sein und dem Problem Rechnung tragen zu wollen, dass in bestimmten hochspezialisierten Bereichen die Vergabestelle um die Einholung von Ratschlägen oder Hilfsdiensten von als befangen erscheinenden Personen schlechterdings nicht herumkommt, weil es keine anderen Personen mit dem erforderlichen Fachwissen gibt. Warum jedoch aufgrund einzelner Extremfälle (für die eine Ausnahmenvorschrift geschaffen werden könnte) nun flächendeckend für alle Beschaffungen die Anforderungen an die Neutralität der Behörde und ihrer Verwaltungshelfer heruntergeschraubt werden sollen, ist nicht einsichtig; für alle gewöhnlichen Fälle ist m.E. an den gewöhnlichen Ausstandsvorschriften festzuhalten.

Im Einladungsverfahren wird das Einholen (und nicht nur: das Anfragen) von drei Angeboten zur Regel erklärt (Art. 20 Abs. 3 E-IVöB), und die Veranstaltung freihändiger Verfahren (wo zugelassen) mit mehreren Anbietern (Freihandverfahren mit Konkurrenzofferten) wird ausdrücklich erlaubt (Art. 21 Abs. 1 E-IVöB; vgl. auch Art. I:h GPA 2012; das kann da nicht gelten, wo ein Ausnahmetatbestand angerufen wird, der auf der Absenz von Wettbewerb beruht). Nicht nachvollziehbar ist allerdings, warum selbst im Falle eines unter Konkurrenz durchgeführten

³⁶ In diesem Sinne ist die Forderung nach einer Bezifferung und Begründung des Schadenersatzbegehrens schon in der Beschwerdeschrift grundsätzlich abzulehnen.

³⁷ Der Art. 15 Abs. 2 lit. b E-IVöB übernimmt auch die unzutreffende Feststellung des Art. 21a Abs. 2 lit. b VöB, wonach schon die Bekanntgabe der Identität der vorbefassten Unternehmen ein Mittel zum Ausgleich von Wettbewerbsvorteilen sei (vgl. auch BVGer B-1358/2013, 23.07.2013, E. 4.4). – Neu ist allerdings die Regel des Art. 15 Abs. 3 E-IVöB, wonach eine „der öffentlichen Ausschreibung vorgelagerte Marktabklärung keine Vorbefassung des angefragten Unternehmens zu erzeugen vermöge. Diese apodiktisch formulierte Regel ist nur dann nachvollziehbar und gerechtfertigt (bzw. stellt nur dann keine im Lichte der Gleichbehandlung inakzeptable Fiktion dar), wenn der Begriff der „Marktabklärung“ funktional so verstanden wird, dass es sich dabei immer um solche Tätigkeiten handelt, welche mit Gewissheit keinem potentiellen Bieter irgendeinen Vorteil verschaffen können.

Freihandverfahrens die einzig mögliche Beschwerderüge die Wahl des Freihandverfahrens an sich betreffen kann (Art. 56 Abs. 5 E-IVöB) – zum Beispiel eine auf Korruption zurückgehende krasse Verletzung fundamentaler Gleichbehandlungsregeln sollte auch im Freihandverfahren justitiabel sein.

Der Freihand-Ausnahmetatbestand des Folgeauftrags, der aus Kompatibilitäts- bzw. Interoperabilitätsgründen dem bisherigen Leistungserbringer erteilt werden muss, ist in Übereinstimmung mit Art. XIII:1:c GPA 2012 aufgelockert worden (vgl. bislang Art. XV:1:d GPA 1994); fortan wird nicht mehr zwingend (nahezu) technische Unmöglichkeit eines Anbieterwechsels verlangt sein, sondern werden erhebliche technische bzw. operationelle Schwierigkeiten oder (!) substantielle Mehrkosten ausreichen (Art. 21 Abs. 2 lit. e E-IVöB). Umso mehr wird, namentlich zur Abgrenzung der lit. c und der lit. e von Art. 21 Abs. 2 E-IVöB, der Begriff des Folgeauftrags (Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen) streng zu handhaben sein: Dem Art. 21 Abs. 2 lit. e E-IVöB wird m.E. die Anwendung zu versagen sein, falls es um Zusätze oder Weiterentwicklungen geht, die nicht mehr nur das Bisherige reparieren, komplettieren oder aktualisieren, sondern darüber hinausgehen (solche Fälle werden am Art. 21 Abs. 2 lit. c E-IVöB zu messen sein), und gleichermassen, falls die Vergabestelle trotz entsprechender Möglichkeiten nichts oder zu wenig unternimmt, auf dass mittelfristig eine Ausschreibung wieder möglich wird.

Ob schliesslich die Neuigkeit einer allgemeinen, vorangestellten Begriffsbestimmungs-Norm (Art. 2 E-IVöB) nützlich ist, steht dahin, zumal manche der definierten Begriffe im weiteren Text des Entwurfs nur gerade in einer einzigen Bestimmung vorkommen (insb. der „Rahmenvertrag“ gemäss Art. 2 lit. k und Art. 27 E-IVöB), andere wichtige Begriffe nicht in Art. 2 E-IVöB, sondern direkt am Ort der Sachregulierung definiert werden (insb. der „öffentliche Auftrag“ gemäss Art. 8 E-IVöB) und bestimmte Definitionen zumindest angesichts der übrigen einschlägigen Regulierungen auch als solche verzichtbar wären (insb. der „Anbieter“, die „Ausschreibung“ und die „Ausschreibungsunterlagen“ nach Art. 2 lit. c–e E-IVöB). Insgesamt gewänne der Text wohl an Qualität, wenn die erforderlichen Definitionen an die jeweiligen Orte der entsprechenden Sachregeln verschoben würden.

8. Weitere Klärungen

Der E-IVöB anerbietet willkommene Klärungen in Bezug auf bereits etablierte, bislang aber nicht regulierte Institute. So werden die innerhalb der Sphäre des Staates bzw. der öffentlichen Auftraggeberinnen bleibenden Geschäfte (In-house- und Quasi-in-house- und In-state-Vergaben) erstmals einer ausdrücklichen (und zudem weitgehend klaren) Regelung zugeführt (Art. 11 Abs. 3 lit. b–d E-IVöB). In-house-Vergaben (Art. 11 Abs. 3 lit. c E-IVöB) bleiben wie gehabt vergaberechtsfrei. Quasi-in-house-Vergaben (Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB) sollen gemäss heutigem Stand der europäischen Rechtsprechung³⁸ (das heisst, formal betrachtet, ohne die im Jahr 2014 erlassenen Richtlinien)³⁹ erlaubt sein, und In-state-Vergaben (Art. 11 Abs. 3 lit. b E-IVöB), d.h.

³⁸ Vgl. Erläuternder Bericht E-IVöB, S. 20: „Für solche Konstellationen hat die Lehre eine Übernahme der vom EuGH entwickelten Kriterien empfohlen. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung ist der "Teckal"-Entscheid. 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“.

³⁹ Die Berücksichtigung des Erwägungsgrunds 32 und des Art. 12 Abs. 1–3 und Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU im Rahmen der Auslegung des Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB wäre jedoch inhaltlich und in Bezug auf die Rechtssicherheit ein uneingeschränkter Gewinn und ist daher zu befürworten.

Leistungsbeziehungen zwischen verschiedenen öffentlichen Auftraggeberinnen (gleichviel, welcher schweizerischen Vergaberechtsordnung sie unterworfen sind⁴⁰), sollen gemäss europarechtlich inspirierten, aber über das europarechtliche Korsett der „echten“ öffentlichen Zusammenarbeit hinausgehenden Kriterien zugelassen sein – nicht nur die Zusammenarbeit, sondern auch die reine Auftragsbeziehung kann also unter den In-state-Tatbestand fallen. Das ist eine m.E. richtige Erweiterung gegenüber dem engen europarechtlichen Konzept der „öffentlichen Zusammenarbeit“ (zumal eine vergaberechtsfreie In-state-Vergabe gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. b E-IVöB nur dann zulässig ist, wenn Leistungen der geschäftsgegenständlichen Art von keiner beteiligten Auftraggeberin auch auf dem Markt angeboten werden dürfen, und so die Wettbewerbsneutralität des Geschäfts sichergestellt ist⁴¹). Weil sie aber eine Abweichung vom Europarecht bedeutet, ist sie auch mutig und dürfte noch Diskussionen auslösen.

Abgesehen davon enthält der Art. 27 E-IVöB erstmals detaillierte Regeln zum Institut der Rahmenverträge (ob mit einem oder parallel mit mehreren Leistungserbringern abgeschlossen) und namentlich zur Durchführung der hierauf gestützten Einzelbestellungen. Umso mehr ist zu bedauern, dass der E-IVöB sich zur dringenden Frage ausschweigt, inwiefern im Falle von mit mehreren Anbietern betreffend denselben Bedarf geschlossenen Rahmenverträgen und der Veranstaltung eines Angebotsverfahrens unter den Rahmenvertragspartnern für die Finalisierung der Einzelbestellung (sog. „Mini-Tender“) der vergaberechtliche Rechtsschutz (für die in der Einzelbestellung nicht berücksichtigten Rahmenvertragspartner) offensteht.

Redaktion/Rédaction: Prof. Dr. Jean-Baptiste Zufferey, Dr. iur. Hedwig Dubler
www.unifr.ch/baurecht

⁴⁰ Der Art. 11 Abs. 3 lit. b E-IVöB lässt In-state-Vergaben zwischen Auftraggeberinnen aus verschiedenen Kantonen sowie zwischen Auftraggeberinnen verschiedener Staatsebenen (insb. zwischen Bund und Kantonen) dadurch zu, dass er offen davon spricht, dass beide beteiligten Auftraggeberinnen „dem Beschaffungsrecht unterstellt“ sein müssen. Das heisst aber umgekehrt auch, dass In-state-Vergaben zugunsten von Bundesstellen, welche der Bund seinem Vergaberecht nicht unterstellt (heute bspw. trifft das auf die Suva zu), ausgeschlossen sind.

⁴¹ Im Sinne der Wettbewerbsneutralität ist allerdings m.E. überdies zu fordern, dass kommerzielle Motive und Mechanismen der beteiligten Stellen im betreffenden Geschäft ausgeschlossen sein müssen.