



Das revidierte Beschaffungsrecht in der Schweiz

David Mamane, Eva Peter, Dr. Frank Bremer

Key Take-aways

- 1.** Die Revision bezweckt, die zum Teil heterogenen Beschaffungserlasse von Bund und Kantonen so weit wie möglich zu harmonisieren.
- 2.** Mit neuen Sanktionsinstrumenten können die Auftraggeberinnen gegen fehlbare Anbieter Verwarnungen, Vergabesperrn und auf kantonaler Ebene auch Bussen aussprechen.
- 3.** Mit der Revision findet eine stärkere Fokussierung auf den Qualitätswettbewerb statt. Neu hält nicht mehr das "wirtschaftlich günstigste", sondern das "vorteilhafteste" Angebot den Zuschlag.

1 Einleitung

Am 1. Januar 2021 ist in der Schweiz das **revidierte Beschaffungsrecht** in Kraft getreten. Auf Ebene des Bundes wurde das Bundesgesetz sowie die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (**BöB** und **VöB**) revidiert. Auf kantonaler Ebene wurde am 15. November 2019 die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (**IVöB**) verabschiedet; sie tritt in Kraft, wenn ihr zwei Kantone beigetreten sind.

2 Hintergründe und erhoffte Vorteile

Ausschlaggebend für die Änderungen war die im Jahr 2012 abgeschlossene **Revision des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012)**. Die Umsetzung des GPA 2012 eröffnet der Schweizer Wirtschaft den Zugang zu einem erweiterten Beschaffungsmarkt. Die neuen GPA 2012-Regeln sollen auch zu Kostensenkungen führen, da der Wettbewerb unter den Anbieter gestärkt und dadurch eine grössere Auswahl an Angeboten herbeigeführt wird. Die verbesserte Anwenderfreundlichkeit, Klarheit und Rechtssicherheit versprechen auch bei den Anbieter Sparpotenzial.

Ein Hauptziel der Totalrevision des BöB war es zudem, die zum Teil **heterogenen Beschaffungserlasse** von Bund und Kantonen – unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzaufteilung – so weit als möglich zu harmonisieren. **Weitere Ziele** der Revision waren die systematische Regelung der Ausschluss- und Sanktionstatbestände, die Unterstellung der Verleihung bestimmter Konzessionen und der Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben, das Verbot von Abgebotsrunden, die Korruptionsprävention, die Flexibilisierung des Beschaffungsvorgangs und ein (moderater) Ausbau des Rechtsschutzes.

Stärkerer Fokus auf Qualitätswettbewerb.

3 Praxisrelevante Änderungen

Das neue Vergaberecht bringt teils **weitgehende Änderungen** mit sich. Einige für die Praxis wichtige Änderungen betreffen die nachfolgenden Themen.

3.1 Neuer Fokus auf Qualitätswettbewerb

Im revidierten Beschaffungsrecht wird ein **stärkerer Fokus auf den Qualitätswettbewerb** gelegt. Neu wird das "vorteilhafteste Angebot" und nicht mehr das "wirtschaftlich günstigste Angebot" den Zuschlag erhalten. Dieser Ausdruck orientiert sich an der Vorgabe des GPA 2012 ("*more advantageous*") und bringt zum Ausdruck, dass eine umfassende Würdigung des Angebots unter Einbezug der qualitativen Aspekte erfolgen

soll. Die Fokussierung auf einen stärkeren Qualitätswettbewerb zeigt sich an weiteren neuen Bestimmungen, etwa den neuen Zuschlagskriterien der Nachhaltigkeit, des Innovationsgehalts, der Plausibilität des Angebots oder der Verlässlichkeit des Preises sowie der Überprüfungspflicht bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten.

3.2 Sanktionsinstrumente

Im Rahmen der Revision wurden zusätzliche Sanktionsinstrumente eingeführt. Gemäss der bisherigen und weiterhin geltenden Regelung kann eine Auftraggeberin (i) Anbieter **vom Verfahren ausschliessen** (z.B. bei Nichterfüllen der Eignungskriterien, falschen Angaben, oder Abreden, die wirksamen Wettbewerb beseitigen), (ii) den **Zuschlag widerrufen** (z.B. bei nachträglich entdecktem Ausschlussgrund) sowie (iii) **die Anbieter aus Verzeichnissen streichen**.

Neu ist einheitlich geregelt, dass die Auftraggeberinnen gegen fehlbare Anbieter eine **Verwarnung**, eine **Vergabesperre** oder auf kantonaler Ebene auch Bussen aussprechen können. Mit der **Vergabesperre** können Anbieter während einer Dauer von bis zu fünf Jahren von künftigen, öffentlichen Ausschreibungen ausgeschlossen werden. Während die Vergabesperre grundsätzlich nur bezüglich der verfügenden Auftraggeberin gilt, kann auf Bundesebene bei Verstössen gegen die Korruptionsbestimmungen eine Vergabesperre auch bezüglich allen Auftraggeberinnen des Bundes verhängt werden.

Die **Verwarnung** stellt die mildeste Sanktion dar und besteht in der förmlichen Ermahnung des Anbieters, künftig die rechtlichen Vorschriften einzuhalten. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass bei einer erneuten Wiederhandlung eine vorgängig erfolgte Verwarnung Berücksichtigung findet und zu einer einschneidenderen Sanktion führen kann.

Die neu (einzig auf kantonaler Ebene) eingeführten **Bussen** können bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme betragen. Sie verfolgen spezial- und generalpräventive Ziele, die den Rechtsgehorsam aller Anbieter fördern und gebüsste Anbieter von weiteren Rechtsverstössen abhalten sollen. Voraussetzung für die Verhängung einer Busse ist (i) die rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers oder wegen eines Verbrechens, (ii) die Verletzung der Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption, (iii) die Missachtung von Arbeitsbestimmungen oder (iv) das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede.

3.3 Neuerungen im Rechtsschutz

Im Rechtsschutz wurden ebenfalls für die Praxis bedeutende Neuerungen vorgenommen, so insbesondere eine **Vereinheitlichung der Beschwerdefrist**, die nun sowohl auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene 20 Tage beträgt.

Weiter wurde das mögliche **Anfechtungsobjekt erweitert**. Gemäss den revidierten Rechtsschutzbestimmungen des Bundes können neu auch Verfügungen für Aufträge unterhalb des Staatsvertragsbereichs gerichtlich überprüft werden. Bisher galt dies nur für Aufträge innerhalb des Staatsvertragsbereichs. Jedoch kann bei Aufträgen unterhalb des Staatsvertragsbereichs mit einer Beschwerde nicht die Aufhebung der betroffenen Verfügung, sondern – je nach Art des Auftrags ab dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren oder des offenen Verfahrens – nur die Feststellung von deren Rechts-

widrigkeit verlangt werden. Mit dem Begehren auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Verfügung ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann der Antrag verbunden werden, der Beschwerdeführerin einen Schadenersatzanspruch zuzusprechen. Ein solcher Schadenersatzanspruch ist beschränkt auf die erforderlichen Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung ihres Angebots erwachsen sind. Die angefochtene Zuschlagsverfügung kann durch den gerichtlichen Entscheid demnach nicht aufgehoben werden, was zu einem beschränkten Anwendungsbereich und somit ungenügendem Rechtsschutz führt. Auf kantonaler Ebene gilt ab dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren ein umfassender Rechtsschutz. Ausländische Anbieter sind jedoch bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs zur Beschwerde nur zugelassen, soweit der Staat, in dem sie ihren Sitz haben, Gegenrecht gewährt.

Eine weitere **Neuerung betrifft die aufschiebende Wirkung der Beschwerde**. Die bisherige Regelung, wonach einer Submissionsbeschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt, soll sich für Aufträge im Staatsvertragsbereich sowohl im Bund als auch auf kantonaler Ebene nicht ändern. Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs stellt sich die Frage der aufschiebenden Wirkung nicht, da in diesem Bereich die angefochtene Verfügung nicht aufgehoben werden kann. Wird also die aufschiebende Wirkung vom Gericht nicht auf besonderen Antrag angeordnet, kann die Vergabestelle den Vertrag nach wie vor mit der Zuschlagsempfängerin schon vor Abschluss eines allfälligen Beschwerdeverfahrens abschliessen. In diesem Fall können bei einer allfälligen Gutheissung der Beschwerde nur noch die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festgestellt und Schadenersatzansprüche zugesprochen werden. Problematisch erscheint die neue Regelung betreffend den Schriftenwechsel zur aufschiebenden Wirkung. Hier wird neu gesetzlich geregelt, dass zur Frage der aufschiebenden Wirkung nur noch ein einziger Schriftenwechsel stattfindet. Dies führt im Resultat dazu, dass ein unterlegener Anbieter schon mit seiner (ersten) Beschwerdeschrift abschliessend darlegen muss, weshalb seine Beschwerde ausreichend begründet und nicht aussichtslos ist – was zu diesem Zeitpunkt (meistens ohne die vollständigen Verfahrensakten) sehr schwer ist und eher zu einer Reduzierung des Rechtsschutzes führt.

3.4 Angleichung der Schwellenwerte

Durch die Revision findet eine **Angleichung der Schwellenwerte** auf kantonaler Ebene und Bundesebene statt. Die Schwellenwerte sind massgeblich für die Wahl des Vergabeverfahrens, da öffentliche Aufträge, die einen gewissen Schwellenwert erreichen, grundsätzlich öffentlich auszuschreiben sind. Neu ist das offene Vergabeverfahren für Lieferungen und Dienstleistungen auf Bundesebene ab CHF 230'000 und auf kantonaler Ebene ab CHF 250'000 vorgeschrieben. Für Bauleistungen ist die öffentliche Ausschreibung beim Bund ab CHF 2 Mio. und in den Kantonen ab CHF 500'000 (Bauhauptgewerbe) vorgesehen. Im Staatsvertragsbereich ist eine analoge Anpassung nicht möglich, da die Schwellenwerte auf internationaler Ebene (GPA 2012) festgelegt sind.

3.5 Einführung der elektronischen Auktion

Eine weitere Neuerung stellt die Einführung **elektronischer Auktionen** dar, wonach die Auftraggeberinnen für die Beschaf-

fung standardisierter Leistungen anhand eines iterativen, automatisierten und elektronischen Verfahrens Auktionen durchführen kann. Die elektronische Auktion ist kein eigenständiges Vergabeverfahren, sondern ein Instrument, mit dem sich die Anbieter gegenseitig über- oder unterbieten können.

Der eigentlichen Auktion geht eine Präqualifikation voraus: In einer ersten Phase prüft die Auftraggeberin die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen und nimmt eine erste Bewertung vor. Erst in einem zweiten Verfahrensschritt kommt es zur elektronischen Auktion. Dabei müssen den Anbieter zuvor das Ergebnis der ersten Bewertung des Angebots, die automatische Bewertungsmethode, einschliesslich der auf den genannten Zuschlagskriterien beruhenden mathematischen Formeln, sowie alle weiteren relevanten Informationen zur Abwicklung der Aktion mitgeteilt werden. Die Auktion erstreckt sich auf die Preise, wenn der Zuschlag für den niedrigsten Preis erteilt wird, oder auf die Preise und die Werte für quantifizierbare Komponenten wie Gewicht, Reinheit oder Qualität, wenn der Zuschlag für das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt wird.

Vor der Durchführung der Auktion werden alle zugelassenen Anbieter gleichzeitig und auf elektronischem Weg aufgefordert, neue beziehungsweise angepasste Angebote einzureichen. Dabei ist sicherzustellen, dass die Eingaben der Teilnehmenden zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen sowie zur Verhinderung eines Preisaustausches in pseudonymisierter Form erfolgen, sodass die Teilnehmenden nicht erkennen können, welche Mitbewerberinnen welche Angebote abgeben.

Die neu eingeführten Bussen können bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme betragen.

3.6 Verbot von Abgebotsrunden

Abgebotsrunden sind Verhandlungen mit dem Ziel, den Preis zu senken. Im neuen BöB wurde die Möglichkeit zur Preisverhandlung grundsätzlich aufgegeben. Was jedoch möglich bleibt, ist die Bereinigung der Angebote. Die Vergabestelle darf also nach wie vor technische Verhandlungen mit dem Ziel führen, den Auftrag oder die Angebote zu klären bzw. die Angebote miteinander objektiv vergleichbar zu machen. Dabei dürfen die Leistungen in Schranken auch verändert werden, solange die Leistung nicht einen anderen Charakter erhält oder der potenzielle Anbieterkreis verändert wird. Als Folge solcher Änderungen darf auch der Angebotspreis angepasst werden. Die gleiche Bestimmung gilt nun auch auf kantonaler Ebene, was in gewissen Kantonen zu einer Liberalisierung führt.

4 Ausblick

Das neue Beschaffungsrecht bringt teilweise weitgehende Neuerungen mit sich und hat den Anspruch, die Vergabekultur zu vereinheitlichen und transparenter auszugestalten. Sowohl Anbieter als auch Vergabebehörden müssen sich mit dem neuen Recht auseinandersetzen und ihre Prozesse (Vergabehandbücher, Richtlinien) bzw. Angebotstaktiken überarbeiten und anpassen.



David Mamane
Partner Zürich
david.mamane@swlegal.ch



Dr. Frank Bremer
Counsel Zürich
frank.bremer@swlegal.ch



Yves Jeanrenaud
Partner Genf
yves.jeanrenaud@swlegal.ch



Grégoire Wuest
Partner Genf
grégoire.wuest@swlegal.ch

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der oben genannten Personen.

Schellenberg Wittmer AG ist Ihre führende Schweizer Wirtschaftskanzlei mit mehr als 150 Juristinnen und Juristen in Zürich und Genf sowie einem Büro in Singapur. Wir kümmern uns um alle Ihre rechtlichen Belange – Transaktionen, Beratung, Prozesse.



Schellenberg Wittmer AG
Rechtsanwälte

Zürich
Löwenstrasse 19
Postfach 2201
8021 Zürich / Schweiz
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genf
15bis, rue des Alpes
Postfach 2088
1211 Genf 1 / Schweiz
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapur
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapur 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg