



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

**Eidgenössisches Finanzdepartement EFD**

## **Erläuternder Bericht**

Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

**30. Mai 2008**

## Übersicht

**Das Beschaffungsrecht des Bundes soll moderner, klarer und flexibler werden. Zudem wird im Rahmen der laufenden Totalrevision eine gesamtschweizerische Harmonisierung des Beschaffungsrechts angestrebt. Die Revision kann einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung des Wirtschaftswachstums in der Schweiz leisten.**

### Ausgangslage

Bund und Kantone setzten Mitte der 90er Jahre die internationalen Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (WTO-Übereinkommen, bilaterales Abkommen mit der EU) separat um. Mit der Vielzahl an Rechtsgrundlagen entwickelte sich eine Vielfalt an Beschaffungspraxen und Rechtssprechungen. Dies führte zu einer hohen Unsicherheit bei den Betroffenen. Daher werden die Modernisierung, die Klärung, die Flexibilisierung und die Harmonisierung des Beschaffungsrechts der Schweiz verlangt.

### Ziele und Inhalt der Vorlage

**Modernisieren:** Neue Informationstechnologien sollen auch im öffentlichen Beschaffungsprozess zum Einsatz kommen. Ein elektronisches Publikationsorgan erhöht die Transparenz und stärkt den Wettbewerb. Ausserdem werden die rechtlichen Rahmenbedingungen für die elektronische Abwicklung öffentlicher Beschaffungsverfahren geschaffen. Das Beschaffungsrecht wird so ausgestaltet, dass auch die öffentliche Hand ein modernes Beschaffungsmanagement (z.B. schlanke innerbetriebliche Abläufe und optimale Volumenbündelung) betreiben kann.

**Klären:** Bei der praktischen Anwendung des Beschaffungsrechts zeigte sich, dass gewisse Sachverhalte und Begriffe der Klärung bedürfen. Beispielsweise ist zu klären, welche Organisationen künftig als Beschaffungsstellen zu qualifizieren sind und was unter einer öffentlichen Beschaffung zu verstehen ist. Auch bedarf das Kernstück des Beschaffungsrechts - das System zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots - einer gewissen Klarstellung.

**Flexibilisieren:** Weitreichende Neuerungen gibt es bei der Ausgestaltung der Beschaffungsverfahren. Hier sollen die Anbieterinnen und Beschaffungsstellen deutlich mehr Freiraum erhalten, gerade für die Abwicklung komplexer Beschaffungen. Sie sollen beispielsweise bei Bedarf miteinander in einen Dialog treten dürfen, um gemeinsam die optimale Lösung erarbeiten zu können – natürlich unter Beachtung der beschaffungsrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, Transparenz, Wirtschaftlichkeit und der Förderung des Wettbewerbs.

**Harmonisieren:** Das neue Recht will die Zersplitterung im Beschaffungsrecht stark reduzieren, ohne in die verfassungsmässigen Rechte der Kantone einzugreifen. Das Harmonisierungsziel soll mittels Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts umgesetzt werden. Es wird deshalb vorgeschlagen, ein neu auch für Kantone und Gemeinden geltendes Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen zu erlassen. Das übergeordnete internationale WTO-Abkommen (sog. GPA) befindet sich

*ebenfalls in Revision und soll voraussichtlich im Jahr 2010 in Kraft gesetzt werden. Das Bundesgesetz trägt den darin enthaltenen Neuerungen bereits Rechnung, indem es insbesondere die direkt anwendbaren Bestimmungen dieses Abkommens einheitlich übernimmt. Des Weiteren werden gesamtschweizerisch geltende, einheitliche beschaffungsrechtliche Grundsätze und Regelungen für einen funktionierenden Binnenmarkt vorgeschlagen. Das Bundesgesetz regelt das Beschaffungsrecht jedoch nicht abschliessend, sondern lässt – gemäss den verfassungsmässigen Kompetenzen – den Kantonen gesetzgeberischen Spielraum in wichtigen Gebieten.*

#### *Volkswirtschaftliche Bedeutung der Revision des Beschaffungsrechts*

*Die Revision des Beschaffungsrechts des Bundes ist Bestandteil des vom Bundesrat verabschiedeten Pakets zur Förderung des schweizerischen Wirtschaftswachstums. Die Revision kann einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung des Wirtschaftswachstums in der Schweiz leisten. Mit der Revision ist zudem gemäss einer Studie ein gesamtwirtschaftliches Einsparpotenzial von gesamthaft rund 400 Millionen Franken pro Jahr (Teilvereinheitlichung) bzw. von bis zu 1.2 Milliarden Franken pro Jahr (Gesamtpaket: Teilvereinheitlichung plus Modernisierung) verbunden.*

**Wichtiger Hinweis:** *Sämtliche zitierten Berichte, Expertisen sowie die weiteren Grundlagen sind über [www.beschaffung.admin.ch](http://www.beschaffung.admin.ch) unter „Beschaffungswesen Bund“ / „Themen und Projekte“ / „Revision Beschaffungsrecht“ abrufbar.*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Übersicht</b>	<b>2</b>
<b>Erläuternder Bericht</b>	<b>7</b>
<b>1 Ausgangslage</b>	<b>7</b>
1.1 Einleitung	7
1.2 Anstoss zur Revision	8
1.2.1 Politische Vorstösse	8
1.2.2 Entwicklungen auf internationaler Ebene	8
1.3 Vorarbeiten	10
1.3.1 Stärken-Schwächen-Analyse	10
1.3.2 Einbezug der Kantone	10
1.3.3 Expertisen	11
1.3.4 Bericht über Ziele und Inhalte der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen	11
1.3.5 Untersuchte Lösungsmöglichkeiten zur Umsetzung des Harmonisierungsziels	12
1.3.6 Erarbeitung der Vorentwürfe	14
<b>2 Ziele und Inhalte</b>	<b>15</b>
2.1 Modernisieren	15
2.2 Klären	15
2.3 Flexibilisieren	17
2.4 Harmonisieren	18
<b>3 Vorteile der vorgeschlagenen Lösungsansätze</b>	<b>20</b>
3.1 Vorteile der Revision im Allgemeinen	20
3.2 Vorteile der Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts	20
3.3 Vor- und Nachteile der aufschiebenden Wirkung	21
3.4 Vor- und Nachteile der beiden Lösungsansätze für das Schicksal verfrüht abgeschlossener Verträge	22

<b>4 Abstimmung von Aufgaben und Finanzen</b>	<b>22</b>
<b>5 Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht</b>	<b>23</b>
5.1 Rechtsvergleich	23
5.2 Verhältnis zum europäischen Recht	23
<b>6 Umsetzung</b>	<b>23</b>
6.1 Geplante Umsetzung beim Bund	23
6.2 Umsetzung in den Kantonen	25
<b>7 Erledigung parlamentarischer Vorstösse</b>	<b>25</b>
<b>8 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen</b>	<b>26</b>
<b>9 Auswirkungen</b>	<b>87</b>
9.1 Auf den Bund, die Kantone und Gemeinden	87
9.1.1 Finanzielle Auswirkungen: Grosses Einsparpotenzial	87
9.1.2 Personelle Auswirkungen	89
9.2 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	89
9.2.1 Prüfpunkt 1: Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns	90
9.2.2 Prüfpunkt 2: Auswirkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen	90
9.2.3 Prüfpunkt 3: Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft	91
9.2.4 Prüfpunkt 4: Alternative Regelungen	91
9.2.5 Prüfpunkt 5: Zweckmässigkeit im Vollzug	92
<b>10 Legislaturplanung</b>	<b>92</b>
<b>11 Rechtliche Aspekte</b>	<b>92</b>
11.1 Übergeordnetes Staatsvertragsrecht	92
11.2 Verfassungsmässigkeit	93
11.2.1 Bundesbeschaffungen	93
11.2.2 Kantonale Beschaffungen	93
11.2.3 Verfassungsmässigkeit der Teilvereinheitlichung im Besonderen	94

<b>Anhang I:</b>	<b>Übersicht über die wichtigsten internationalen Abkommen</b>	<b>95</b>
<b>Anhang II:</b>	<b>Übersicht über weitere direkt oder indirekt beschaffungsrelevante Bundeserlasse</b>	<b>96</b>
<b>Anhang III:</b>	<b>Übersicht der kantonalen Erlasse betreffend das Beschaffungswesen</b>	<b>97</b>
<b>Anhang IV:</b>	<b>Übersicht der Beilagen</b>	<b>103</b>

# Erläuternder Bericht

## 1 Ausgangslage

### 1.1 Einleitung

Die öffentlichen Beschaffungen in der Schweiz decken einen bedeutenden Bereich der schweizerischen Volkswirtschaft ab. Im Jahr 2004 hat die öffentliche Hand für die Beschaffung von Bauten, Gütern und Dienstleistungen rund CHF 33,5 Mia. ausgegeben. Das entspricht 24,1 Prozent der gesamten Staatsausgaben und 7,5 Prozent des Bruttoinlandprodukts. Davon entfielen rund 19 Prozent auf den Bund, 38 Prozent auf die Kantone und über 43 Prozent auf die Gemeinden.

In der Schweiz entstanden in den 90er-Jahren 27 autonome Beschaffungsordnungen: Der Anlass zum Erlass des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (*BoeB*; SR 172.056.1) und der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (*VoeB*; SR 172.056.11) lag in der Umsetzung des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (*WTO-Übereinkommen; Agreement on Government Procurement, GPA*; SR 0.632.231.422). Die Kantone haben das WTO-Übereinkommen für ihre Beschaffungen selbst umgesetzt. Sie haben dazu die interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 (*Konkordat; IVöB*)<sup>1</sup> abgeschlossen und jeweils kantonales Regelwerk erlassen<sup>2</sup>. Zufolge des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG; SR 0.172.052.68)<sup>3</sup> haben die Kantone zudem die interkantonale Vereinbarung vom 15. März 2001<sup>4</sup> über das öffentliche Beschaffungswesen (revidiertes *Konkordat; revIVöB*) abgeschlossen. Neben diesen Erlassen bestehen zahlreiche Spezialgesetze mit beschaffungsrelevanten Bestimmungen<sup>5</sup>.

Die heutige schweizerische Rechtslandschaft im Beschaffungswesen ist zersplittert und vielschichtig. Mit den unterschiedlichen Rechtsgrundlagen hat sich eine Vielfalt an Beschaffungspraxen und Rechtsprechungen entwickelt. Diese Vielfalt führt zu hoher Komplexität, Unübersichtlichkeit und Orientierungsschwierigkeiten bei den Beschaffungsstellen und den Anbieterinnen und steht schliesslich im Widerspruch zu den Zielen des Beschaffungswesens: Gleichbehandlung, Transparenz, Förderung des Wettbewerbs bzw. Öffnung der Märkte und wirtschaftlicher Einsatz öffentlicher Mittel.

<sup>1</sup> Abrufbar unter: <https://www.simap.ch/> oder den Webseiten der kantonalen Gesetzes-sammlungen (vgl. Anhang III, Liste mit Hyperlinks).

<sup>2</sup> Vgl. Anhang III.

<sup>3</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemein-schaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG).

<sup>4</sup> Abrufbar unter: <https://www.simap.ch/> oder den Webseiten der kantonalen Gesetzes-sammlungen. (vgl. Anhang III, Liste mit Hyperlinks).

<sup>5</sup> Vgl. Anhang II.

## 1.2 Anstoss zur Revision

### 1.2.1 Politische Vorstösse

Ausgangspunkt für den Entscheid, das BoeB und die VoeB zu revidieren, waren Vorstösse aus dem Parlament:

Zufolge der *Motion Jenny*<sup>6</sup> erkannte der *Bundesrat* in seiner Stellungnahme vom 21. November 2001 erstmals Handlungsbedarf. Die Motion Jenny verlangte eine Revision des BoeB, da der Binnenmarkt bei Weitem noch nicht spiele, obwohl längst von einem Markt Europa gesprochen werde. Jeder Kanton interpretiere die Submissionsvorschriften auf seine Weise und vor allem nach den jeweiligen Empfindlichkeiten seiner Chefbeamten. Bei den Verwaltungsgerichten seien die Entscheide genauso unterschiedlich wie es Kantone gibt. Die unliebsamen Kostenfolgen für die öffentliche Hand und die Steuerzahler seien enorm. Vorsichtige Schätzungen würden von einigen hundert Millionen Franken pro Jahr sprechen. Der Bundesrat hielt in seiner Antwort zur Motion fest, dass es im öffentlichen Beschaffungsrecht Bereiche gebe, die zu optimieren seien. Er erteilte der Bundesverwaltung den Auftrag, die Erfahrungen aus der Praxis auszuwerten und die Stärken und Schwächen des aktuellen Beschaffungsrechts unter Einbezug sämtlicher Akteure, insbesondere auch der Anbieter- und Wirtschaftskreise, zu ermitteln. Gestützt darauf seien die Ziele für eine Revision des BoeB festzulegen und die Gesetzgebungsarbeiten an die Hand zu nehmen.

Einen weiteren wichtigen Anstoss zur Revision des BoeB gab sodann der *Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zum öffentlichen Beschaffungswesen der Schweiz vom 11. März 2002*.<sup>7</sup> Darin wurde im Auftrag der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz analysiert. Im Bericht wurde festgestellt, dass die Normen des Beschaffungswesens der Schweiz nicht mehr den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten entsprechen. Die Beschaffungsstellen seien öfter mit neuen Situationen konfrontiert, die nicht oder durch die verschiedenen Staatsebenen unterschiedlich geregelt seien. Dies führe zu einer volkswirtschaftlich schädlichen Rechtsunsicherheit. Die Mehrzahl der Betroffenen verlange deshalb die Klärung, die Vereinfachung und die Harmonisierung des Beschaffungswesens sowie die Regelung von neuartigen Sachlagen.

### 1.2.2 Entwicklungen auf internationaler Ebene

Die Entwicklungen auf internationaler Ebene verlangen ebenfalls eine Revision des inländischen Beschaffungsrechts:

Seit 1999 laufen Verhandlungen zur *Revision des WTO-Übereinkommens*<sup>8</sup>, an denen sich auch die Schweiz unter Federführung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) beteiligt. Diese Verhandlungen werden voraussichtlich Mitte 2008 abgeschlossen.

<sup>6</sup> Motion Jenny vom 3. Oktober 2001 (01.3515), Missbräuche und Willkür bei der Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen..

<sup>7</sup> Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht, Bern 2002, bestellbar bei: <http://www.parlament.ch/d/kommissionen/ko-kommissionen/ko-au-pvk/ko-au-pvk-veroeffentlichungen/seiten/ko-au-pvk-berichte.aspx>.

<sup>8</sup> Vgl. Beilage III.

sen. Das überarbeitete WTO-Übereinkommen soll ein weiterer Schritt zur Öffnung der Beschaffungsmärkte sein. Vorgesehen bzw. verhandelt werden etwa die Einführung elektronischer Beschaffungsmechanismen (bspw. elektronische Auktionen) sowie die Erweiterung des persönlichen und des sachlichen Geltungsbereiches.

Mit Ausnahme des Zieles der Harmonisierung decken sich die mit der Revision des WTO-Übereinkommens angestrebten Ziele mit den weiteren Zielen der vorliegenden Gesetzesrevision. Das revidierte WTO-Übereinkommen soll in der Tat die Modernisierung, die Klärung und die Flexibilisierung der internationalen Rechtsgrundlagen erwirken.

Die internationale Ebene umfasst beim Beschaffungswesen heute nicht mehr nur das WTO-Übereinkommen, den bilateralen Vertrag mit der EU und die Empfehlungen der OECD<sup>9</sup>, sondern auch die Freihandelsübereinkommen, welche ein zentraler Pfeiler der Aussenwirtschaftsstrategie des Bundesrates und des Marktzugangs schweizerischer Anbieterinnen im Ausland sind. So ist die Schweiz im Rahmen von Freihandelsverträgen mit Chile und Mexiko beschaffungsrechtlich relevante Verpflichtungen eingegangen. In Verhandlung sind derartige Verpflichtungen mit den Golfstaaten, Kolumbien, Peru und Japan.

Parallel zur Überarbeitung des WTO-Übereinkommens hat auch die EU für ihre Mitgliedstaaten *neue Vergaberichtlinien* erlassen bzw. bestehende Richtlinien überarbeitet.<sup>10</sup> Die EU-Mitgliedstaaten hatten diese bis Anfang 2006 umzusetzen. Die Reformen sollen das Beschaffungswesen vereinfachen und den Beschaffungsstellen mehr Flexibilität einräumen. Namentlich wurde die Möglichkeit des wettbewerblichen Dialogs eingeführt, welcher die Diskussion zwischen der Beschaffungsstelle und den Anbieterinnen in einem bestimmten Verfahrensstadium gestattet, ohne eine Vorbefassung zu begründen. Aufgrund der Verpflichtungen der Schweiz aus dem Bilateralen Abkommen Schweiz-EG und zufolge der Rechtsprechung der schweizerischen Gerichte, die gestützt darauf eine europakompatible Auslegung anstreben, beeinflussen die Entwicklungen im europäischen Beschaffungswesen diejenigen in der Schweiz zumindest indirekt.

Schliesslich hat die *OECD* im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eine *Empfehlung zur Antikorruptionsprävention* ausgearbeitet, wonach einem Unternehmen der Zugang zu öffentlichen Beschaffungsverfahren in der Schweiz verwehrt bleiben soll, wenn es der Korruption im In- oder Ausland überführt wurde. Gestützt

<sup>9</sup> Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) / Organisation de Coopération et Développement Économiques (OCDE).

<sup>10</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114 ff.

Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1 ff.

Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 33 ff.

Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. L 76 vom 23.3.1992, S. 14 ff.

darauf wird vorgeschlagen, dass eine Beschaffungsstelle ein der Korruption überführtes Unternehmen aus einem Beschaffungsverfahren zwingend ausschliessen bzw. den Zuschlag an dieses Unternehmen widerrufen muss (vgl. Art. 25 ff. und Art. 56 VE B6B).

### **1.3 Vorarbeiten**

#### **1.3.1 Stärken-Schwächen-Analyse**

Mittels der vom Bundesrat in Auftrag gegebenen, breit angelegten Erhebung wurden die praktischen Erfahrungen und die Bedürfnisse der Beschaffungsstellen sowie der Anbieterinnen erfragt. In diesem Zusammenhang sind über 500 Stellungnahmen eingegangen und ausgewertet worden. Auch die Spitzenverbände der Wirtschaft wie „economiesuisse“ und „Schweizerischer Gewerbeverband“, sowie Verbände wie „bauenschweiz“ und „Gewerkschaft Bau und Industrie“ haben sich an der Umfrage beteiligt. Ergebnis war der gemeinsame Wunsch nach Vereinfachung und Klärung, Flexibilisierung und Modernisierung der Vergabennormen. Ebenso wurde explizit eine Harmonisierung der Vorschriften von Bund und Kantonen verlangt.

Die Rechtsprechung, die Lehrmeinungen, die parlamentarischen Vorstösse, die Grundsatzentscheidungen des Bundesrates, verwaltungsinterne und -externe Berichte zum öffentlichen Beschaffungswesen wurden ausgewertet und das schweizerische mit ausländischen und internationalen Beschaffungsrechtsordnungen verglichen. Resultat dieser Untersuchungen ist eine „Stärken-Schwächen-Analyse“ des bestehenden Beschaffungswesens der Schweiz.<sup>11</sup>

In seinem *Vorstoss* „Harmonisierung und Vereinfachung des Vergaberechts“ vom 7. Oktober 2004<sup>12</sup> bestätigte Ständerat Jenny schliesslich die Erkenntnisse der Stärken-Schwächen-Analyse. Er hielt in seiner Interpellation fest: „Heute muss man ernüchtert feststellen, dass das geltende Recht so kompliziert und zersplittert ist, dass eine korrekte Anwendung selbst Juristen Schwierigkeiten bereitet. Der administrative Aufwand der Beschaffungsprozesse ist für die Anbieterinnen enorm. Es fehlen in der kleinen Schweiz nach wie vor einheitliche Form- und Submissionsvorschriften, was vor allem Klein- und Mittelunternehmen von einem Angebot abhält.“

Das Bundesamt für Umwelt (BAFU) nahm zudem auf eigene Initiative eine Stärken-Schwächen-Analyse betreffend Berücksichtigung ökologischer Gesichtspunkte bei der Beschaffung zu Händen der Beschaffungskommission des Bundes vor und legte einen entsprechenden Bericht vor.<sup>13</sup>

#### **1.3.2 Einbezug der Kantone**

Angesichts der Wichtigkeit des Harmonisierungsziels wurde den Kantonen von Beginn weg die Möglichkeit eingeräumt, im Revisionsprojekt mitzuwirken. Die Volkswirtschaftsdirektorenkonferenz und die Finanzdirektorenkonferenz übertrugen der *Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK)* ihre Interessenvertretung im Revisionsverfahren. Vertreter der BPUK bzw. der Kantone waren sowohl

<sup>11</sup> Das geltende Vergaberecht aus der Sicht der Praxis, Darstellung und Analyse der Antworten auf die Umfrage zu den Stärken und Schwächen des geltenden Vergaberechts, Bern, 15. März 2004.

<sup>12</sup> Interpellation Jenny vom 7. Oktober 2004 (04.3578), Harmonisierung und Vereinfachung des Vergaberechts.

<sup>13</sup> Die BoeB Stärken- und Schwächenanalyse BUWAL 2004 ist abrufbar unter: <http://www.bafu.admin.ch/produkte/02076/index.html?lang=de> (Grundlagendokumente).

im Projektausschuss als auch in der Arbeitsgruppe vertreten (vgl. Ziff. 1.3.6).

### 1.3.3 Expertisen

Um den materiellen Harmonisierungsbedarf und die Umsetzungsmöglichkeiten des Harmonisierungsziels zu erörtern, haben der Bund und die Kantone gemeinsam verschiedene Expertisen in Auftrag gegeben.<sup>14</sup> Zentral war die Frage nach der zweckmässigsten Verteilung der Rechtsetzungskompetenz im Beschaffungswesen zwischen dem Bund und den Kantonen unter volkswirtschaftlichen und staatspolitischen Gesichtspunkten. Die Experten haben zu folgenden Fragen Stellung genommen: Welche inhaltlichen Unterschiede bestehen zwischen dem Vergaberecht der Kantone und des Bundes?<sup>15</sup> Welche Modelle für eine Regelungsaufteilung zwischen Kantonen und Bund sind im öffentlichen Beschaffungsrecht möglich?<sup>16</sup> Welche Regelungsaufteilung ist künftig unter volkswirtschaftlichen<sup>17</sup> und staatspolitischen (insbesondere föderalistischen) Gesichtspunkten optimal?<sup>18</sup> Inwieweit ist der Bund aufgrund des bestehenden Verfassungsrechts berechtigt, das öffentliche Beschaffungsrecht gesamtschweizerisch zu regeln?<sup>19</sup> Schliesslich haben die Finanzdirektorenkonferenz (FDK) und der Bund gemeinsam eine Studie in Auftrag gegeben, die den gesamtwirtschaftlichen Nutzen einer Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts sowie des Gesamtpakets (Teilvereinheitlichung plus Modernisierung) quantifiziert.<sup>20</sup> Des Weiteren liegen Studien zu folgenden Themenbereichen vor: Zu den leistungsfremden Vergabekriterien,<sup>21</sup> zu den ökologischen Kriterien,<sup>22</sup> sowie zum vergaberechtlichen Schadenersatz.<sup>23</sup>

### 1.3.4 Bericht über Ziele und Inhalte der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

Zuhanden des Projektausschusses wurde am 7. April 2005 ein Bericht über Ziele und Inhalte der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen verabschiedet. Darin wurde über die Resultate der Stärken-Schwächen-Analyse informiert und die festgestellten Probleme und Herausforderungen auf ihre Relevanz für die Revision des Beschaffungsrechts untersucht. Ausserdem wurden dem Pro-

<sup>14</sup> Alle Studien sind auf [www.beschaffung.admin.ch](http://www.beschaffung.admin.ch) abrufbar.

<sup>15</sup> Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons, Fribourg 2003.

<sup>16</sup> Biaggini Giovanni, Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht sowie Darstellung möglicher Alternativen, Zürich 2003 (nachfolgend: Biaggini, Regelungsaufteilung).

<sup>17</sup> Frey René L./Kilchenmann Christoph/Krauter Nicolai, Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus volkswirtschaftlicher Sicht, Basel 2003.

<sup>18</sup> Biaggini Giovanni, Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus staatsrechtlicher Sicht, Zürich 2003.

<sup>19</sup> Biaggini Giovanni, Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, Zürich 2005 (nachfolgend: Biaggini, Verfassungsstudie).

<sup>20</sup> Ecoplan, Potenzialschätzung einer Teilvereinheitlichung des öffentlichen Beschaffungsrechts, Bern/Altdorf 2004 (nachfolgend: Ecoplan: Potenzialschätzung Teilvereinheitlichung).

<sup>21</sup> Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques, Ergänzungsstudie Vergaberecht des Bundes und der Kantone, sog. vergabefremde Kriterien, Fribourg 2004.

<sup>22</sup> Steiner Marc, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Aarau 2006.

<sup>23</sup> Beyeler Martin, Vergaberechtlicher Sekundärrechtsschutz im neuen Bundes-Vergaberecht, Bern 2005.

jektausschuss konkrete Vorschläge zur Lösung der geschilderten Probleme unterbreitet.<sup>24</sup>

### 1.3.5 Untersuchte Lösungsmöglichkeiten zur Umsetzung des Harmonisierungsziels

Von den vier Revisionszielen stellte namentlich die Umsetzung des Harmonisierungsziels eine Herausforderung dar. Die Notwendigkeit, das Beschaffungsrecht gesamtschweizerisch zu harmonisieren, ist unbestritten. Es sind verschiedene Wege denkbar, wie das Beschaffungsrecht harmonisiert werden kann. Auf der Suche nach der am besten geeigneten Form für die Umsetzung des Harmonisierungsziels haben die Gutachter *vier Modelle* untersucht.

Als Alternative zum geltenden Recht (*Status quo mit freiwilliger Harmonisierung*) standen folgende Möglichkeiten im Raum:<sup>25</sup>

*Modell A:* Weitergehende Angleichungen durch die Kantone mittels *Konkordat* - beispielsweise durch Fortentwicklung der IVöB (vom 25. November 1994/15. März 2001), allenfalls unter förmlicher Einbindung des Bundes.

*Modell B:* Angleichung durch eine *Grundsatzgesetzgebung des Bundes*, allenfalls unter Einbezug gewisser Mindestvorgaben des Bundes; die detaillierte Regelung bleibt den Kantonen vorbehalten.

*Modell C:* Angleichung durch *Teilvereinheitlichung* (Bund), d.h. in Gestalt einer Gesetzgebung des Bundes, die grundsätzlich auch für die kantonale Ebene gilt, jedoch bestimmte Regelungsfragen den Kantonen überlässt.

*Modell D:* *Einheitliche Bundesregelung* auf der Grundlage einer umfassenden Bundeskompetenz, die den Kantonen grundsätzlich keinen Spielraum für eigene Regelungen mehr belässt.

Der politische Entscheidungsprozess setzte vertiefte Kenntnisse der *verfassungsrechtlichen Kompetenzlage* voraus. Für die Realisierung von Modell D wäre eine umfassende Bundeskompetenz mittels Verfassungsänderung zu schaffen. Zur Klärung der offenen verfassungsrechtlichen Fragen, insbesondere zu Modell C, haben der Bund und die Kantone gemeinsam ein Gutachten in Auftrag gegeben.<sup>26</sup> Zusammengefasst ergab sich folgende *Kompetenzlage für Modell C*: Der Bund ist aufgrund von Art. 95 (Binnenmarktartikel) der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) berechtigt, das Beschaffungsrecht bis zu einem gewissen Grad gesamtschweizerisch zu regeln. Dies gilt für jene Regelungsinhalte, welche die Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung betreffen, jedoch nicht für diejenigen (strategischen) Grundsatzentscheide, die den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel betreffen. Im Einzelnen wird nachstehend unter Ziffer 11.2 sowie bei der Einzelnormkommentierung auf die verfassungsrechtliche Kompetenzlage Bezug genommen.

Die Modelle wurden aus volkswirtschaftlicher und staatsrechtlicher Sicht bewertet. Die befragten Experten bestätigten, dass sich kaum stichhaltige Argumente finden, die für die heutige föderative Vielfalt sprechen. Eine Harmonisierung sei aus diesem

<sup>24</sup> BKB/KBOB, Ziele und Inhalte der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB), Bern 2005.

<sup>25</sup> Biaggini, *Regelungsaufteilung*, a.a.O.

<sup>26</sup> Biaggini, *Verfassungsstudie*, a.a.O.

Grund zu bejahen und unter dem Aspekt des verfassungsmässig verankerten Subsidiaritätsprinzips gerechtfertigt. *Einhellig* gelangten die Gutachter zur Überzeugung, dass das Modell der *Teilvereinheitlichung des Beschaffungswesens durch ein Bundesgesetz* die am besten geeignete Form einer verfassungs- und GPA-konformen Umsetzung der Revisionsziele ist.<sup>27</sup> Zumal mit diesem Modell auch problemlos effektive Kontrollmechanismen zur Gewährung einer einheitlichen Rechtsanwendung eingeführt, eine einheitliche Rechtsprechung sichergestellt sowie die Rahmenbedingungen für das E-Procurement geschaffen werden können. Für eine möglichst umfassende Teilvereinheitlichung im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kompetenz des Bundes spricht auch das grosse Einsparpotenzial, das mit einer solchen Teilvereinheitlichung einhergeht.<sup>28</sup>

Das Modell A des *gesamtschweizerischen Konkordats* – unter Einbezug des Bundes – haben die Experten verworfen. Es bestehen Zweifel, dass alle Kantone einem umfassenden Konkordat beitreten würden. Zumindest sei zu befürchten, dass viel Zeit verstreiche, bis die 26 Kantone das Konkordat unterzeichnet haben (vgl. Umsetzung des Bilateralen Abkommens Schweiz-EG in der revIVöB bzw. deren verzögerte Ratifizierung).

Auch das Modell B des *Rahmengesetzes des Bundes* lehnten die Experten ab. Es löse das bestehende Hauptproblem der Rechtszersplitterung nicht: Die 27 Beschaffungsordnungen und die damit einhergehenden unterschiedlichen Praxen würden weiter bestehen. Die angestrebte Vereinfachung bzw. Transparenz könnte folglich nicht erreicht werden.

Schliesslich geht – nach Ansicht der Gutachter – das Modell D der *umfassenden Rechtsvereinheitlichung* des Beschaffungswesens durch ein Bundesgesetz zu weit, weil dem Bund gegenwärtig die umfassende Rechtsetzungskompetenz im Bereich des Beschaffungswesens fehle.

Nebst den Expertisen wurden auch weitere Stimmen gewichtet und gewürdigt. So fordern *massgebende Wirtschaftsverbände der Schweiz*, dass die Vielzahl der beschaffungsrechtlichen Erlasse abgelöst und die massgebenden Bestimmungen zur Regelung der Beschaffungsverfahren in einem einzigen Erlass gesamtschweizerisch geregelt werden. Trotz dieser Forderung nach einer vollständigen Vereinheitlichung des Beschaffungsrechts wurde indes die Schaffung einer neuen Verfassungsgrundlage mit Einschränkung der kantonalen Kompetenzen im gegenwärtigen Zeitpunkt als nicht opportun angesehen, würde sich damit doch der Erlass des neuen Beschaffungsrechts um Jahre verzögern.

Um dem Harmonisierungsziel hinreichend Rechnung zu tragen, stand die Teilvereinheitlichung im Sinne von *Modell C (Teilvereinheitlichung)* im Vordergrund.

<sup>27</sup> Biaggini Giovanni, *Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus staatsrechtlicher Sicht*, Zürich 2003, S. 65; Frey René L./Kilchenmann Christoph/Krauter Nicolai, *Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus volkswirtschaftlicher Sicht*, Basel 2003, S. 83; Ecoplan, *Potenzialschätzung*, S. 43 f.

<sup>28</sup> Ecoplan, *Potenzialschätzung Teilvereinheitlichung*, a.a.O.

### 1.3.6 Erarbeitung der Vorentwürfe

Gestützt auf diese Gutachten und Grundlagen und nachdem sich auch die BPUK an ihrer Generalversammlung vom 20. April 2006 grundsätzlich für eine Teilvereinheitlichung des öffentlichen Beschaffungswesens durch Bundesgesetz ausgesprochen hatte, wurde ein Vorgehen nach Modell C gewählt. Eine gemischte, breit abgestützte Arbeitsgruppe mit Vertretern des Bundes und der Kantone erarbeitete Vorentwürfe für ein Bundesgesetz sowie eine Verordnung. Diese schlug vor, dass das Bundesgesetz und die Verordnung sowohl für den Bund als auch für die Kantone gelten sollten. Inhaltlich stellte die Arbeitsgruppe auf die bestehende verfassungsrechtliche Kompetenz gemäss Art. 95 BV ab. Im Gesetz sollten die international geltenden beschaffungsrechtlichen Grundsätze übernommen und die binnenmarktrelevanten Grundsätze für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ins Bundesgesetz überführt werden. In der Verordnung wären vorab die direkt anwendbaren übergeordneten Normen des WTO-Übereinkommens übernommen worden, wo ohnehin kein oder nur marginaler Spielraum zur Umsetzung besteht.

Die BPUK lehnte diese Vorentwürfe ab. Sie betrachtete das Gesamtpaket nicht als zielführend und teilte mit, dass die Kantone weiterhin sowohl die Umsetzung der staatsvertraglichen Bestimmungen als auch das interkantonale Beschaffungsrecht selber mittels Konkordat regeln wollten. Im Rahmen einer Aussprache auf politischer Führungsebene zwischen Vertretern des Bundes und der Kantone wurden indes die grossen volkswirtschaftlichen Vorteile einer Teilvereinheitlichung gewürdigt. Gestützt darauf wurde entschieden, die Vernehmlassung über einen Vorentwurf für ein Bundesgesetz durchzuführen, das sowohl für den Bund als auch für die Kantone gelten würde (Modell der Teilvereinheitlichung). Den von der BPUK vorgebrachten inhaltlichen Hauptanliegen der Kantone wurde durch eine Überarbeitung der Vorentwürfe Rechnung getragen.

Die neuen Vorentwürfe überführen insbesondere die direkt anwendbaren Bestimmungen des übergeordneten WTO-Übereinkommens ins schweizerische Recht mit einheitlicher Geltung für Bund und Kantone. Es werden zudem gesamtschweizerisch einheitliche beschaffungsrechtliche Grundsätze und Regelungen für einen funktionierenden Binnenmarkt vorgeschlagen. Den Kantonen verbleibt gemäss den jeweiligen verfassungsmässigen Kompetenzen in wichtigen Gebieten gesetzgeberischer Spielraum.<sup>29</sup> Die Verordnung enthält Ausführungsbestimmungen, die sich lediglich an die Bundesbeschaffungsstellen richten. Die Kantone sind in den ihnen vorbehaltenen Bereichen autonom und können hierzu ein Konkordat abschliessen.

Die Teilvereinheitlichung für Bund und Kantone bringt mit sich, dass viele Regelungen, die sich bisher in der VoeB befanden, neu auf Gesetzesstufe festgelegt werden. Dies führt im Vergleich zum heutigen BoeB im vorliegenden Vorentwurf BÖB (VE BÖB) zu einer Verdichtung der Normen (neu ca. 85 Artikel statt wie bisher 35 Artikel). Die Verordnung wird aber voraussichtlich entsprechend verkürzt (ca. 25-30 Artikel statt wie bisher 70 Artikel). Zudem werden durch die Teilvereinheitlichung mehrere hundert kantonale Normen hinfällig.

<sup>29</sup> Zum Konzept, s.a. Ziffer 2.4.

## 2 Ziele und Inhalte

Gestützt auf die Stärken-Schwächen-Analyse hat der Bundesrat vier übergeordnete Revisionsziele festgelegt: Angestrebt wird die *Modernisierung, Klärung, Flexibilisierung* und eine *gesamtschweizerische Harmonisierung*. An den bisherigen Zielen des Beschaffungswesens – *wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel, Gleichbehandlung der Anbieterinnen, Förderung des Wettbewerbs* sowie *Transparenz der Verfahren* – soll festgehalten werden. Diese Ziele verfeinerte der Projektausschuss in seinem Bericht vom 7. April 2005 über die Ziele und Inhalte der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.<sup>30</sup>

### 2.1 Modernisieren

Modernisiert werden soll das Beschaffungswesen, indem es an die heutigen Gegebenheiten angepasst wird. Es sollen der Einsatz *neuer Informationstechnologien*, die *Zusammenarbeit zwischen Privaten und der öffentlichen Hand* geregelt und die rechtlichen Rahmenbedingungen für nationale und internationale *Einkaufskooperationen* geschaffen werden. Schliesslich soll eine Beschaffungspraxis gefördert werden, die den wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Standards genügt (sog. *nachhaltige Beschaffungspraxis*) und die *Innovationen* auf dem Markt unterstützt.

Die Vorlage verankert die dafür notwendigen gesetzlichen Grundlagen. Als *elektronisches Publikationsorgan* für das öffentliche Beschaffungswesen des Bundes ist das Schweizerische Handelsamtsblatt (SHAB) vorgesehen (vgl. Art. 55). Die Kantone können ein anderes Publikationsorgan bezeichnen, wobei aber eine gemeinsame Informationsplattform auf freiwilliger Basis möglich bleibt. Die Vorlage führt die Möglichkeit von *elektronischen Auktionen* ein und fördert die Zusammenarbeit zwischen Privaten und der öffentlichen Hand mit dem Instrument „*Dialog*“. In Bezug auf die Zusammenarbeit wird zudem bestimmt, unter welchen Voraussetzungen auch ein Privater als *Beschaffungsstelle* im Sinn des Gesetzes gilt. Für *nationale und internationale Beschaffungsk Kooperationen* werden Kollisionsnormen und mit den *monetären und nicht-monetären Zuschlagskriterien* die Rahmenbedingungen für eine nachhaltige Beschaffungspraxis geschaffen. Schliesslich sollen mit den *Wettbewerben* und der Möglichkeit, *Varianten* jeweils unabhängig vom Vorschlag der Beschaffungsstelle einzureichen, die Innovationen auf dem Markt gefördert werden.

### 2.2 Klären

Die Fragen betreffend Umfang des *persönlichen und sachlichen Geltungsbereiches*, die Voraussetzungen für den *Ausschluss vorbefasster Anbieterinnen*, das Vorgehen der Beschaffungsstellen bei *ungewöhnlich tiefen Angeboten* und die Ermittlung des *wirtschaftlich günstigsten Angebots* führten in der Praxis mangels Normierung zu Unsicherheiten. Hierzu werden mit der Vorlage klärende Regelungen eingeführt.

Den politischen Entscheidungsträgern wird der Fragenkomplex rund um die *Berücksichtigung sozialer Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen* vorgelegt. Sollen beispielsweise auf schweizerischen Baustellen die inländischen Standards auch von ausländischen Anbieterinnen verlangt werden, womit allenfalls ein Verzicht auf Preisvorteile ausländischer Anbieterinnen in Kauf genommen würde? Oder genügt

<sup>30</sup> Siehe: ><http://www.bbl.admin.ch/bkb/00235/00362/00375/index.html?lang=de><

die Beachtung der durch das Entsendegesetz<sup>31</sup> festgehaltenen Bestimmungen, wodurch möglicherweise inländische Anbieterinnen benachteiligt würden? Und welche Regelung soll im Binnenmarkt gelten? Muss eine Anbieterin aus dem Kanton Aargau auf der Baustelle im Kanton Basel Land ihre eigenen oder (auch) diejenigen Vorschriften des Kantons Basel Land einhalten? Die Vorlage schlägt vor, dass für Anbieterinnen ohne Sitz oder Niederlassung in der Schweiz grundsätzlich die Bestimmungen am Ort der Leistung oder mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) gelten sollen. Für Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz ist grundsätzlich das Herkunftsprinzip anwendbar. Diese bereits heute geltende Binnenmarktregelung der Kantone dehnt sich somit auf den Bund aus (vgl. Art. 25 Abs. 3 VE BöB).

Einer Klärung bedarf die Frage, ob und gegebenenfalls welchen gesellschaftlich relevanten Kriterien ohne direkten Bezug zur Leistung (sog. *leistungsfremde Kriterien*) mit dem Beschaffungsrecht mehr Gewicht verliehen werden soll. Sollen beispielsweise Unternehmen belohnt werden, die Lehrlinge ausbilden?<sup>32</sup> Die Vorlage schlägt vor, dass die Beschaffungsstelle dann die Lehrlingsausbildung berücksichtigen soll, wenn gleichwertige Angebote vorliegen (vgl. Art. 39 Abs. 5 VE BöB).

Zur Diskussion steht die Frage nach dem Schicksal eines *vorzeitig*, also vor Rechtskraft des Entscheids über die aufschiebende Wirkung, *abgeschlossenen Vertrages*. Richtet sich das Schicksal eines solchen Vertrags ausschliesslich nach den zivilrechtlichen Normen? Oder soll – nach dem Muster des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht (SR 211.412.11) – ein solcher Vertrag nichtig oder ungültig sein? Die Vorlage schlägt zwei Varianten zur Diskussion vor (Art. 43, Art. 43a und vgl. auch Art. 78 Abs. 2 VE BöB).

Auf Stufe der *Bundesbeschaffungen* wird schliesslich das Rechtsschutzsystem hervorgehoben, insbesondere die Frage nach der *aufschiebenden Wirkung*, die einer politischen Meinungsbildung bedarf. Obwohl das geltende Recht den Grundsatz enthält, dass einer Beschwerde gegen einen Zuschlag keine aufschiebende Wirkung zukommt, wurde zufolge übergeordneten WTO-Rechts den Beschwerden oftmals die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Dies führte in der Praxis teilweise zu unbefriedigenden Situationen mit hohen Kostenfolgen für die öffentliche Hand. Gerade im Zug der Erstellung der NEAT-Alpentransversale führten die Rechtsmittelverfahren, im Besonderen die Frage der Erteilung der aufschiebenden Wirkung, zu grossen zeitlichen Verzögerungen und damit zu ausgesprochen hohen Folgekosten. Diese Ausgangslage gab und gibt aus volkswirtschaftlicher Sicht Anlass zu kritischen Fragen. Diese Vorlage schlägt deshalb *für den Bund* ein neues System der aufschiebenden Wirkung vor:

- Die Regel ist, dass einer Beschwerde von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zukommt.
- Die Beschaffungsstelle kann diese gemäss Art. 55 des Verwaltungsverfah-

<sup>31</sup> Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer SR 823.20).

<sup>32</sup> Motion Galladé vom 10. März 2004 (04.3061), Lehrlingsausbildung als Vergabekriterium für öffentliche Aufträge.

rensgesetzes<sup>33</sup> aber entziehen, wenn überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Erhebt eine Anbieterin Beschwerde gegen diesen Entzug, hat das Gericht innert 30 Tagen über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden. Entscheidet es nicht innert dieser Frist, tritt der Entzug der aufschiebenden Wirkung in Kraft. Dieses System zielt darauf ab, das Rechtsmittelverfahren abzukürzen, ohne aber die Rechtsmittelfristen der Anbieterinnen zu verkürzen. Eine Beschleunigung wird einerseits dadurch erreicht, dass die Beschaffungsstelle ihre Position bereits beim Zuschlagsentscheid bekannt macht und somit nur eine Rechtsschrift (Beschwerde) vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung notwendig ist. Andererseits wird das Verfahren beschleunigt, weil das Gericht die Frage der aufschiebenden Wirkung innert einer bestimmten Frist zu beurteilen hat.

- Für gewisse Grossprojekte im Interesse des Landes oder eines grossen Teils davon, deren Erfüllung innert einer Frist verlangt wird und bei denen deshalb ein Aufschub des Vertragschlusses zum Vornherein als unverhältnismässig beurteilt werden müsste, sowie bei Beschaffungen im sicherheits- oder rüstungspolitischen Bereich soll der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung erteilt werden können.

### 2.3 Flexibilisieren

Das geltende Beschaffungswesen beruht auf der Beschaffung standardisierter Güter und Dienstleistungen. Für Beschaffungen, die eine intensive Kommunikation zwischen der Beschaffungsstelle und den Anbieterinnen erfordern (bspw. komplexe Informatikdienstleistungen, Bauplanungs-, Forschungs- und Entwicklungsleistungen), hat sich das formalisierte *Verfahren* als *zu rigide* erwiesen. Eine Flexibilisierung soll nun zu *mehr Spielraum bei der Durchführung komplexer Beschaffungen* und teils auch zu *kürzeren Verfahren* führen. Den Beschaffungsstellen werden verschiedene, teilweise neue Elemente zur Ausgestaltung der jeweiligen Beschaffungsverfahren zur Verfügung gestellt (vgl. Art. 44 ff. VE BöB).

Zur Erarbeitung von Lösungen oder Vorgehensweisen wird das Element des *Wettbewerbs* neu im Gesetz verankert. Die möglichen Formen des Wettbewerbs werden indessen nicht mehr bestimmt. Um flexibel und spartengerecht zu bleiben, wird deren Ausgestaltung der Praxis bzw. den jeweiligen Verbänden überlassen. Zudem wird das Element des *Dialogs* geschaffen. Dieser bietet sich beispielsweise für die Beschaffung von intellektuellen Dienstleistungen an. Bei einem Dialog können die vorgeschlagenen Lösungswege und Vorgehensweisen mit der einzelnen Anbieterin diskutiert und weiter entwickelt werden. Eine Beschaffungsstelle kann auch lediglich das Ziel, welches mit einer Beschaffung erreicht werden soll, in der Ausschreibung umschreiben (sog. *funktionale* bzw. *finale Ausschreibung*, vgl. Art. 21 Abs. 2 VE BöB). Damit kann den laufenden Entwicklungen auf dem Markt besser Rechnung getragen werden. Zur Klärung der offenen Fragen und zwecks Optimierung des Angebots steht das Element der *Verhandlungen* zur Verfügung.

Diese Elemente, die den Beschaffungsstellen zu mehr Flexibilität bei den Beschaffungen verhelfen sollen, berühren das den *Kantonen* verfassungsrechtlich vorbehaltenene Gebiet des wirtschaftlichen Einsatzes ihrer öffentlichen Mittel. Deshalb können

<sup>33</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

die Kantone insbesondere hier für ihren Zuständigkeitsbereich Einschränkungen vornehmen oder auch einzelne Elemente ausschliessen.

## 2.4 Harmonisieren

Die *Beschaffungsordnungen* von Bund und Kantonen, aber auch diejenigen der Kantone untereinander, weisen *zahlreiche Unterschiede* auf. Besonders grosse Differenzen finden sich in den Bereichen: Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich, Schwellenwerte, Anforderungen an die Ausschreibung, Auswahlkriterien (Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien, Gewichtung), Preisverhandlungen (Zulässigkeit, Wichtigkeit des Kriteriums Preis), Rechtsschutz (Umfang Schadenersatz, Anfechtbarkeit unerschweilter Vergaben)<sup>34</sup>, Ausschluss von laufenden und künftigen Verfahren, Berücksichtigung vergabefremder wie sozialpolitisch motivierter Kriterien in einer Beschaffung.<sup>35</sup> Derartige Differenzen machen das Beschaffungswesen der Schweiz hoch komplex, schwer überblickbar und führen zu Unsicherheiten bei den Verfahrensbeteiligten. Eine weitere Folge der bestehenden Rechtszersplitterung ist eine sich teilweise widersprechende Rechtsprechung. All das steht im Widerspruch zum Grundsatz der Transparenz und verursacht etwa bei den Anbieterinnen hohe Kosten.

Ein wichtiges – aber auch das in Bezug auf die Umsetzung wohl am meisten diskutierte – Ziel der Revision ist daher eine *harmonisierte Rechtsanwendung und Rechtsprechung* (vgl. oben Ziffern 1.3.5 und 1.3.6).

Eine erste Voraussetzung für die harmonisierte Rechtsprechung im Beschaffungswesen wurde mit dem Inkrafttreten des BGG<sup>36</sup> geschaffen. Seither steht der Weg ans *Bundesgericht als gemeinsame letzte Gerichtsinstanz* offen. Mit der Revision des Beschaffungsrechts des Bundes wird zusätzlich eine Harmonisierung des materiellen Beschaffungsrechts zwischen Bund und Kantonen angestrebt.

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf wird vorgeschlagen, die Harmonisierung auf dem Weg einer *Teilvereinheitlichung* des Beschaffungsrechts zu bewirken. Das *neue Bundesgesetz* gilt demnach sowohl für den Bund als auch für die Kantone, belässt den Kantonen jedoch in den ihnen vorbehaltenen Gebieten eigenen Gestaltungsspielraum.

*Inhaltlich* legt das neue Bundesgesetz die beschaffungsrechtlichen Grundsätze fest. Es überführt zudem die direkt anwendbaren Vorschriften des WTO-Abkommens für Bund und Kantone einheitlich ins schweizerische Recht. Dasselbe gilt für die übergeordneten Staatsvertragsnormen, die den Mitgliedstaaten zwar noch gewissen Gestaltungsspielraum belassen, über deren Umsetzung in der Schweiz aber grundsätzlich Konsens besteht. Dies geschieht allerdings nur insoweit, als der Bund die notwendige verfassungsrechtliche Kompetenz genießt. Schliesslich werden Regelungen vorgeschlagen, welche für einen funktionierenden Binnenmarkt notwendig sind. Diese binnenmarktrelevanten Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens lösen die entsprechenden Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes<sup>37</sup> ab.

<sup>34</sup> Zum Rechtsschutz siehe auch Ziffer 2.2 oben.

<sup>35</sup> Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques, *Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons*, Fribourg 2003.

<sup>36</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110).

<sup>37</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02).

Das Gesetz will den Beschaffungsstellen und den Anbieterinnen – unter Vorbehalt der beschaffungsrechtlichen Grundsätze wie Transparenz und Gleichbehandlung der Marktteilnehmer – möglichst grossen Handlungsspielraum eröffnen. Deshalb sollen die vom übergeordneten Recht eingeräumten Möglichkeiten weitestgehend genutzt werden können. Wo eine Einschränkung dennoch vorgeschlagen wird, steht es den Kantonen frei, dieser Empfehlung nicht oder nur teilweise zu folgen.

Dementsprechend tangiert das vorliegende Bundesgesetz die den Kantonen verfassungsrechtlich vorbehaltenen Regelungskompetenzen nicht (Ausnahme: Art. 27 Bst. d VE BöB, Ausschlussgrund bei Wettbewerben). Die Kantone sind autonom bei ihrer Organisation und Verfahrensgestaltung sowie beim Einsatz ihrer öffentlichen Gelder.<sup>38</sup> Mit anderen Worten: Es steht den Kantonen frei, wie sie ihre Beschaffungsstellen organisieren und wie sie im Rahmen der übergeordneten, internationalen Mindestvorgaben den Rechtsschutz und die kantonalen Rechtsmittelverfahren ausgestalten wollen. Die Kantone dürfen gestützt auf die „kann-Normen“ in gewissen Regelungsbereichen vom Gesetz abweichen und eigene Vorschriften erlassen. Bei weiteren Themenbereichen können die Kantone die vom Gesetz eingeräumten Möglichkeiten und Elemente einschränken oder ausschliessen. Dies gilt insbesondere für Verfahrenselemente, bei denen der Einsatz öffentlicher Gelder der Kantone betroffen ist. Beispielsweise können Verhandlungen und sog. „Abgebotsrunden“ von den Kantonen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.

Eines der Harmonisierungsziele bezieht sich auf die Schwellenwerte. Vielenorts wurde gewünscht, eine Erhöhung der Schwellenwerte im Dienstleistungsbereich auf internationaler Ebene anzustreben. Im Zeitpunkt der Vernehmlassungseröffnung war noch offen, ob diese erhöht werden können. Die Handelspartner der Schweiz sind nicht gewillt, die international erreichte Harmonisierung der Schwellenwerte bei den Vergabestellen der Zentralregierungen in Frage zu stellen. Viele betrachten aber eine Erhöhung der Schwellenwerte als Abschottung und Einschränkung des im Jahre 1994 erreichten Marktzugangs. Eine Erhöhung der Schwellenwerte wird bei den Handelspartnern zumindest eine gleichwertige Erhöhung gegenüber schweizerischen Anbieterinnen auslösen. Die innerschweizerische Vereinheitlichung der Schwellenwerte hängt aber nicht zuletzt vom Ausgang der GPA-Verhandlungen ab. Der Vorwurf basiert zwar weitgehend auf den heute geltenden internationalen Schwellenwerten, schlägt aber dennoch eine gewisse innerschweizerische Vereinheitlichung vor. Dabei werden mehrmals die heute kantonal massgebenden Schwellenwerte für die schweizweite Harmonisierung herangezogen. Den Kantonen und dem Bundesrat bleibt die Senkung der Schwellenwerte vorbehalten (Art. 15 VE BöB).

Zur weiteren Förderung der Harmonisierung wird die „Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz“ als *Koordinationsstelle* eingesetzt. Zudem werden einheitliche Minimalanforderungen an die Aufsicht über das öffentliche Beschaffungswesen festgelegt.

<sup>38</sup> Verfassungsmässige Ausgangslage, vgl. unten Ziffer 11.2, sowie Biaggini, Verfassungsstudie, a.a.O.

### **3 Vorteile der vorgeschlagenen Lösungsansätze**

#### **3.1 Vorteile der Revision im Allgemeinen**

Die Revision des Beschaffungsrechts kann einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung des Wirtschaftswachstums in der Schweiz leisten:

- Die erhöhte Orientierungssicherheit bei den Anbieterinnen und die Harmonisierung des Beschaffungsrechts bewirken für die Unternehmen eine Vereinfachung und Kostenreduktion bei der Informationsbeschaffung und bauen Wettbewerbshemmnisse ab.
- Auch für die öffentliche Hand werden Beschaffungsabläufe vereinfacht. Komplexe Beschaffungsvorhaben können angemessen ausgestaltet werden. Durch zusätzliche Volumenbündelungen können tiefere Preise bewirkt werden.
- Die Stärkung der Transparenz erleichtert den Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt und fördert den Wettbewerb.
- Die unternehmensübergreifende elektronische Abwicklung des gesamten Beschaffungsablaufs von der Bedarfsmeldung bis zur Fakturierung sowie die strategische Ausrichtung des öffentlichen Einkaufs sollen rechtlich möglich werden. Damit sind grosse betriebsinterne und volkswirtschaftliche Sparpotenziale verbunden.
- Die Möglichkeit des rechtssicheren Einsatzes moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen stellt gleichzeitig eine indirekte Massnahme zur Technologieförderung dar.
- Der Binnenmarkt wird revitalisiert durch gesamtschweizerisch einheitliche beschaffungsrechtliche Grundsätze und Regelungen. Das revidierte Beschaffungsrecht soll die entsprechenden Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes ablösen.
- Die Revision des Beschaffungsrechts stellt eine Chance dar. Einige der zentralen Änderungen sind bereits im revidierten WTO-Übereinkommen enthalten. Sie können von Beginn weg einheitlich umgesetzt werden. Dabei bleiben den Kantonen ihre verfassungsmässigen Kompetenzen vorbehalten.

#### **3.2 Vorteile der Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts**

Die vorgeschlagene Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts zeichnet sich zusammengefasst durch folgende Vorteile aus:

- Sie führt zu einer, wenn auch nicht vollständigen, so doch deutlich weiter als bisher gehenden einheitlichen Rechtsanwendung und –sprechung.
- Für Bund, Kantone und die schweizerische Volkswirtschaft besteht die grosse Chance, mit einer gemeinsam getragenen Revision das Beschaffungsrecht zu harmonisieren und damit für alle Beteiligten übersichtlicher zu machen.
- Der Bund schöpft seine Verfassungskompetenz in der Harmonisierungsfrage mehrheitlich aus, ohne eine Verfassungsänderung vornehmen zu

müssen. Den föderalistischen Bedenken der Kantone wird im Rahmen der bestehenden verfassungsrechtlichen Kompetenzlage Rechnung getragen.

- Die Mehrzahl der Grundanliegen der Kantone konnte aufgenommen werden. Dort, wo dies nicht möglich war, wird den Kantonen die Möglichkeit eingeräumt, für ihren Bereich abweichende Regelungen zu erlassen.
- Den Anliegen der Wirtschaft und der Lehre, die eine möglichst weitgehende Harmonisierung des schweizerischen Beschaffungsrechts unterstützen, wird ebenfalls Rechnung getragen.
- Das zufolge einer Teilvereinheitlichung geschätzte wirtschaftliche Einsparungspotenzial von jährlich ca. 400 Mio. Franken für Bund, Kantone und Gemeinden (vgl. hinten Ziffer 9.1.1) kann weitgehend ausgeschöpft werden.
- Ein rasches Inkrafttreten des revidierten Rechts kann in Aussicht gestellt werden. Der Zeitfaktor ist dabei in zweifacher Hinsicht von Bedeutung. Erstens wird das Wirtschaftswachstum früher angekurbelt, was dem bundesrätlichen Ziel entspricht, und zweitens wird das revidierte WTO-Übereinkommen zeitgerecht ins nationale Recht umgesetzt, was der Schweiz erlaubt, ihre internationalen Verpflichtungen einzuhalten.

### **3.3 Vor- und Nachteile der aufschiebenden Wirkung**

Im Allgemeinen sprechen wichtige öffentliche Interessen, vor allem Praktikabilitätsüberlegungen, gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bei Rechtsmittelverfahren im öffentlichen Beschaffungswesen:

- Die aufschiebende Wirkung verhindert einen beschaffungsrechtskonformen Vertragsschluss bis zum Zeitpunkt des rechtskräftigen Entscheides (vgl. Art. 43 VE BöB).
- Damit besteht die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten bei der Beschaffung.

Argumente für die aufschiebende Wirkung sind:

- Ein rechtswidriger Entscheid (z.B. Zuschlag) kann aufgehoben werden.
- Die Beschwerdeführerin wird nicht lediglich auf den Schadenersatzweg verwiesen. Die Beschwerdeführerin hat in der Regel ein grösseres Interesse, weiterhin am Beschaffungsverfahren teilzunehmen und allenfalls die Leistung zu erbringen, als rein finanziell entschädigt zu werden.
- Die Beschaffungsstelle kann ebenfalls ein Interesse daran haben, dass ein Entscheid aufgehoben und das Verfahren wiederholt wird. Sie darf in einem neuen Entscheid die besser qualifizierte Anbieterin, beziehungsweise das wirtschaftlich günstigere Angebot berücksichtigen und muss der Beschwerdeführerin keinen Schadenersatz zahlen.

Gestützt darauf wird vorgeschlagen, dass bei Bundesbeschaffungen auf einen lediglich auf Schadenersatz abzielenden Rechtsschutz verzichtet wird. Wie sich aber bei Beschaffungen im Zusammenhang mit der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale NEAT gezeigt hat, fallen vorab bei Grossprojekten die Nachteile der aufschiebenden Wirkung ausserordentlich stark ins Gewicht. Deshalb wird hierfür eine differenzierte Lösung vorgeschlagen (vgl. Ziffer 2.2, letzter Abschnitt sowie Ziffer 8, Erläute-

rungen zu Art. 76 VE BöB). Das Rechtsmittelverfahren und damit auch die Frage der aufschiebenden Wirkung werden nur für Bundesbeschaffungen geregelt. Die Kantone können für kantonale Beschaffungen andere Lösungsansätze wählen (vgl. Art. 6 Abs. 2 VE BöB).

### **3.4 Vor- und Nachteile der beiden Lösungsansätze für das Schicksal verfrüht abgeschlossener Verträge**

Ein Vertrag, der vor dem beschaffungsrechtlich zulässigen Zeitpunkt abgeschlossen wird, hindert die Beschaffungsstelle nicht, den Zuschlag zu widerrufen. Er hindert auch das Gericht nicht, den angefochtenen Zuschlag aufzuheben.<sup>39</sup> Andernfalls könnte die Beschaffungsstelle durch einen vorzeitigen Vertragsabschluss (so genannter „verfrüht“ abgeschlossener Vertrag) die Schranken des Beschaffungsrechts umgehen. Eine wirksame Durchsetzung des Beschaffungsrechts könnte nicht gewährleistet werden.

Wird ein Vertrag dennoch „verfrüht“ abgeschlossen und in der Folge der Zuschlag aufgehoben, stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit dieses Vertrages und dessen Abwicklung. Soll das Beschaffungsrecht klären, welchem Schicksal ein Vertrag unterliegt, der unter Missachtung der beschaffungsrechtlichen Normen vorzeitig abgeschlossen wurde? Diese Frage wird mittels Varianten (vgl. Art. 43 und Art. 43a VE BöB) zur Diskussion gestellt.

Gegen eine Regelung im Beschaffungsrecht spricht vor allem:

- Es ist nicht Aufgabe des Beschaffungsrechts, diese Frage zur regeln.<sup>40</sup>

Dafür spricht vor allem:

- Die Rechtssicherheit wird für alle Beteiligten erhöht.

Wird eine Bestimmung gemäss der Variante von Art. 43a VE BöB eingeführt, sind konsequenterweise auch die ähnlich gelagerten offenen Fragen im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss zu klären: Was soll beispielsweise gelten, wenn ein Vertrag in wesentlichen Punkten vom Zuschlag abweicht oder wenn der Zuschlag widerrufen wird? Schliesslich gilt es festzulegen, welche Rechtsfolgen (Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, andere Folgen) in welchem Fall angemessen sind.

Für weitergehende Erläuterungen wird auf Ziffer 8, Art. 43a VE BöB verwiesen.

## **4 Abstimmung von Aufgaben und Finanzen**

Es ist zu erwarten, dass die Beschaffungsstellen und die mit dem Beschaffungsverfahren befassten Behörden keine oder lediglich nicht ins Gewicht fallende zusätzliche Aufgaben wahrnehmen müssen.

Vorbehalten bleibt die Schaffung einer gesamtschweizerischen Statistik. Das zuständige Amt soll auf Verordnungsstufe noch bestimmt werden. Das Bundesamt für Statistik hat darauf verzichtet, diese Aufgabe in das statistische Mehrjahresprogramm des Bundes 2008-2011 aufzunehmen. Der Bundesrat könne jedoch neue Erhebungen der Bundesstatistik jederzeit in den Anhang der Statistikerhebungsverordnung vom 30. Juni 1993 (SR 431.012.1) aufnehmen, auch wenn sie nicht im Statistischen Mehrjahresprogramm bereits geplant sind.

<sup>39</sup> Vgl. den Entscheid des Verwaltungsgerichtes Zürich vom 20. April 2005, VB.2005.00068.

<sup>40</sup> Vgl. den Entscheid des Verwaltungsgerichtes Zürich vom 20. April 2005, VB.2005.00068.

## 5 Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht

### 5.1 Rechtsvergleich

Im öffentlichen Beschaffungswesen bestehen zahlreiche internationale Abkommen, allen voran das WTO-Übereinkommen. Dieses Abkommen gibt nicht nur Grundsätze vor, sondern konkretisiert diese auch in einem hohen Detaillierungsgrad. Die nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten unterscheiden sich aber immerhin in denjenigen Punkten, welche das WTO-Übereinkommen bewusst offen liess oder deren Regelung es an die Mitgliedsstaaten delegierte. Gesichtet wurden deshalb die Rechtserlasse zahlreicher Industriestaaten. Aus diesem Vergleich ergaben sich vielfältige Impulse für den vorliegenden Vorentwurf. Mitberücksichtigt wurden sodann auch die Inhalte der laufenden Revision des WTO-Übereinkommens.

### 5.2 Verhältnis zum europäischen Recht

Die Schweizerische Eidgenossenschaft hat am 21. Juni 1999<sup>41</sup> mit der europäischen Gemeinschaft das Bilaterale Abkommen Schweiz-EG<sup>42</sup> abgeschlossen. Es trat für die Schweiz am 1. Juni 2002 in Kraft. Das Abkommen verfolgt zwei Stossrichtungen: Einerseits wurde der Geltungsbereich des GPA auf die Bezirke und Gemeinden ausgeweitet und andererseits wurden zusätzlich bestimmte Sektoren liberalisiert. Das Abkommen wurde autonom vom Bund (Anpassung VoeB) und den Kantonen (Revision IVöB) umgesetzt. Der vorliegende Revisionsentwurf führt die Umsetzung in einen Erlass zusammen.

Das GPA und damit das schweizerische Beschaffungsrecht sind stark von den *Richtlinien*<sup>43</sup> der EU geprägt. Die vier Beschaffungsrichtlinien wurden im Jahre 2004 revidiert und enthalten zahlreiche Neuerungen. Sie traten für alle Mitgliedsstaaten spätestens am 1. Februar 2006 in Kraft. Ausserdem wurden die beiden Rechtsmittelrichtlinien im Beschaffungsrecht punktuell geändert.

## 6 Umsetzung

### 6.1 Geplante Umsetzung beim Bund

Die Umsetzung des revidierten Gesetzes erfolgt auf Bundesebene, soweit erforderlich, mittels Ausführungsbestimmungen in einer Verordnung. Der provisorische Vorentwurf für diese Verordnung (Vorentwurf VöB; VE VöB) umfasst zurzeit weniger als 30 Artikel. Er ist somit wesentlich kürzer als die heute bestehende Verordnung, welche 81 Artikel umfasst. Dies ist eine Folge der Teilvereinheitlichung: Alles was den Bund und die Kantone betrifft, wird nun auf Gesetzesstufe geregelt. Der VE VöB betrifft somit nur die Beschaffungsstellen des Bundes. Die Kantone können in dem vom VE VöB geregelten Bereich eigenständig Bestimmungen erlassen. Der provisorische Inhalt des VE VöB umfasst im Wesentlichen Folgendes:

<sup>41</sup> Da sich der Abschluss verzögerte, brachten die EU und die EFTA-Staaten in ihrem Annex 2 GPA entsprechende Vorbehalte an, womit den schweizerischen Unternehmen zwischenzeitlich für bestimmte Vergaben der Rechtsmittelweg versperrt blieb.

<sup>42</sup> Vgl. Fn 3.

<sup>43</sup> Vgl. Fn 10.

Er regelt zunächst die von der Unterstellung befreiten Aufgabenbereiche (vgl. Art. 5 VE B6B). So sind z.B. Versicherungsunternehmen sowie Pensionskassen des 6ffentlichen Rechts f6r Beschaffungen im Zusammenhang mit der Anlage von Geldern ihrer Versicherten nicht dem 6ffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt. Gleiches gilt f6r die Schweizerische Post und andere konzessionierte Postunternehmen f6r Beschaffungen in Bereichen, in denen sie kein ausschliessliches Recht besitzen.

Das so genannte „Ausklinkverfahren“ wird im VE V6B analog zum heutigen Verfahren festgelegt (vgl. Art. 2b VoeB): Das Eidgen6ssische Departement f6r Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation kann aufgrund eines Gesuches Aufgabenbereiche befreien, wenn es vorher die Wettbewerbskommission und andere betroffene Bundesstellen, Kantone und Wirtschaftskreise konsultiert.

Des Weiteren legt der VE V6B das Verfahren der verschiedenen im VE B6B neu eingef6hrten Elemente des Ausschreibungsverfahrens (Dialog, elektronische Auktionen) und der schon bestehenden Elemente (Wettbewerb, Verhandlungen) fest (vgl. Art. 45 bzw. 47 VE B6B): Die Ausf6hrungsbestimmungen des Wettbewerbs und der Verhandlungen lehnen an die bestehenden VoeB-Bestimmungen an (vgl. Art. 26 und 40 ff. VoeB), wobei auf eine eingehende Regelung des Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbs verzichtet werden soll. Stattdessen soll grundsatzlich auf branchen6bliche Bestimmungen verwiesen werden, soweit diese nicht dem Beschaffungsrecht widersprechen. Auch beim Dialog (Art. 46 VE B6B) verweist der VE V6B auf die einschlagigen Bestimmungen von Fachverbanden. Will eine Beschaffungsstelle eine elektronische Auktion (Art. 48 VE B6B) durchf6hren, muss sie bereits in der Ausschreibung bekannt geben, welche Angebotsbestandteile Gegenstand der Auktion sein k6nnen und nach welcher mathematischen Formel die automatische Rangierung der Angebote erfolgt. Ferner werden die Mindestangaben f6r die Auktionsteilnehmerinnen festgelegt.

Der VE V6B regelt die Verg6tigungsanspr6che der Anbieterinnen f6r die Ausarbeitung der Offerten und f6r Immaterialg6terrechte: Anbieterinnen haben grundsatzlich keinen Anspruch auf Verg6tung ihrer Aufwendungen. Vorleistungen werden nur bezahlt, wenn es nach Treu und Glauben 6blich ist. Immaterialg6terrechte verbleiben grundsatzlich beim Inhaber. Vorbehalten bleibt die M6glichkeit f6r die Beschaffungsstelle, im Voraus anzuk6ndigen, dass diese Rechte an sie 6bergehen.

Im Anhang des VE V6B befindet sich die Liste der milit6rischen G6ter (vgl. Art. 58 VE B6B), f6r deren Beschaffung – unabh6ngig vom Erreichen des Schwellenwertes – das Einladungsverfahren angewendet werden kann.

Die heute bestehende Bestimmung, wonach diejenigen Beschaffungen, die im milit6rischen Bereich ordentlicherweise im Einladungsverfahren durchgef6hrt werden, stattdessen freih6ndig erfolgen k6nnen, wenn dies zum Erhalt von inl6ndischen Unternehmen, die f6r die Landesverteidigung wichtig sind, unerl6sslich ist (vgl. Art. 36 Abs. 2 Bst. f VoeB), wird in die neue Verordnung 6berf6hrt.

Ebenso wird die bestehende Regelung des Einsichtsrechts in die Kalkulationsunterlagen von Monopolunternehmen (vgl. Art. 5 VoeB) in den VE B6B 6bernommen (vgl. Art. 61 Abs. 3 VE B6B).

Neu wird in den VE VöB oder in eine separate Ausführungsverordnung eine Liste von öffentlichen Werken und weiteren Bundesaufgaben aufgenommen, bei denen die Beschwerdeinstanz keine aufschiebende Wirkung erteilen, sondern einzig feststellen kann, inwiefern der angefochtene Entscheid das anwendbare Recht verletzt (vgl. Art. 77 VE BöB).

Der VE VöB soll schliesslich Ausführungsbestimmungen zur Statistik und zur Dauer der Aufbewahrungszeit von Unterlagen im Zusammenhang mit dem Beschaffungsverfahren enthalten.

## **6.2 Umsetzung in den Kantonen**

Das vorliegende Bundesgesetz belässt den Kantonen die im Gesetz genannten Regelungskompetenzen. Die Art der Umsetzung dieser Regelungskompetenzen bleibt den Kantonen vorbehalten und wird von dieser Gesetzesrevision nicht berührt.

Der VE BöB belässt den Kantonen in wichtigen, abschliessend aufgeführten Bereichen des Beschaffungsrechts die Möglichkeit, eigene Vorschriften zu erlassen (vgl. dazu Art. 6 VE BöB). Dies ist vorgesehen in: Art. 7 Abs. 3 VE BöB (Beschaffungsk Kooperationen); Art. 8 VE BöB (Verfahrensrecht); 15 Abs. 2 VE BöB (Senkung der Schwellenwerte); Art. 15 Abs. 4 VE BöB (implizit: Regelung der Schwellenwerte für Kooperation zwischen kantonalen Beschaffungsstellen); Art. 29 Abs. 1 Bst. b VE BöB (Nichtbezahlung kantonalen Steuern als zwingender Ausschlussgrund); Art. 37 Abs. 2 VE BöB (Bereinigung der Angebote); Art. 39 Abs. 2–5 und 40 VE BöB (Zuschlagsregelungen) in Verbindung mit Art. 41 VE BöB (Abweichendes kantonales Recht); Art. 44–49 VE BöB (die besonderen Elemente des Ausschreibungsverfahrens) in Verbindung mit Art. 50 VE BöB (Modalitäten sowie Ausschluss oder die Einschränkung dieser Elemente); Art. 45 Abs. 5 VE BöB (Zusammensetzung und Aufgaben der Jurs); Art. 55 Abs. 4 VE BöB (Amtliches Publikationsorgan), Art. 59 VE BöB (Anwendbare Bestimmungen im Einladungsverfahren), Art. 67 Abs. 3 VE BöB (Anwendbare Bestimmungen im freihändigen Verfahren), Art. 82 VE BöB (Aufsicht), Art. 83 Abs. 2 VE BöB (Behördenbeschwerde gegen die Ausschreibung), Art. 85 VE BöB (Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz), Art. 86 VE BöB (Beschaffungsstatistiken).

Sodann sind die Kantone frei, in ihrem Zuständigkeitsbereich Organisations- und Zuständigkeitsbestimmungen zu erlassen. Sie erlassen das allgemeine Verfahrensrecht, regeln den kantonalen Rechtsschutz und den Vollzug ihrer Beschaffungen (vgl. Art. 8 VE BöB).

## **7 Erledigung parlamentarischer Vorstösse**

Folgende parlamentarischen Vorstösse sind hängig und können mit der Revision als erledigt abgeschrieben werden:

- Motion Jenny: Missbräuche und Willkür bei der Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Motion Jenny vom 03. Oktober 2001 (01.3515), Missbrauch und Willkür bei der Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen.

- Motion Meier-Schatz: Öffentliches Beschaffungswesen.<sup>45</sup> Es wird auf die neuen Normen zur Beschaffungsstatistik verwiesen (Art. 86 VE BöB, Ausführungsbestimmung in der Verordnung).
- Der Motion Galladé<sup>46</sup> wird durch Art. 39 Abs. 5 VE BöB Rechnung getragen.
- Die fünf Empfehlungen der NEAT-Aufsichtsdelegation<sup>47</sup> wurden gewürdigt und weitgehend aufgenommen. Zu den einzelnen Empfehlungen wird im Rahmen der Einzelnormkommentierung soweit notwendig Stellung genommen.
- Empfehlung 6 der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats (GPK-N)<sup>48</sup> zum Rechtsschutz, wonach die laufende Revision des Beschaffungsrechts zu nutzen sei um zu prüfen, inwieweit und gegebenenfalls in welcher Form der Rechtsschutz der Anbieterinnen im Bereich der Rüstungsbeschaffung verbessert werden kann (vgl. dazu auch Motion Kiener Nellen<sup>49</sup>): Es wird auf Art. 58 Abs. 2 VE BöB verwiesen. Das Führen der Liste der militärischen Güter<sup>50</sup> wird für den Bund an den Bundesrat delegiert. Damit kann der Bundesrat rascher auf internationale und nationale Entwicklungen reagieren. Die Kantone sind frei, ob sie diese Liste auch für sich verwenden wollen.

## 8 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

1. Titel: *Allgemeine Bestimmungen*

1. Kapitel: *Gegenstand und Zweck*

Art. 1 *Gegenstand*

Beschaffungsrecht ist Verfahrensrecht. Durch die Regelung der Beschaffungsverfahren setzt das Gesetz die Verpflichtungen aus dem GPA, anderen Übereinkommen sowie bilateralen Abkommen mit der EU oder Drittstaaten über das öffentliche Beschaffungswesen in das Landesrecht um (vgl. Kap. 5). Das Gesetz will aber nicht nur den Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt auf internationaler Ebene öffnen, sondern darüber hinaus auch den Schweizer Binnenmarkt liberalisieren. Zugunsten einer innerstaatlichen Revitalisierung soll hierfür das Beschaffungsrecht von Bund und Kantonen (und damit automatisch auch der Gemeinden) teilweise vereinheitlicht werden. Eine umfassende Vereinheitlichung ist aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung nicht möglich.

Art. 2 *Zweck*

Das Gesetz nimmt die bereits in der Präambel des GPA genannten Ziele der Transparenz und der Gleichbehandlung zwischen In- und Ausländern auf. Es weitet das Gleichbehandlungsgebot zudem (wie bisher) auch auf die inländischen Anbieterin-

<sup>45</sup> Motion Meier-Schatz vom 03. Oktober 2003 (03.3535), Öffentliches Beschaffungswesen.

<sup>46</sup> Motion Galladé vom 10. März 2004 (04.3061), Lehrlingsausbildung als Vergabekriterium für öffentliche Aufträge.

<sup>47</sup> <http://www.parlament.ch/SiteCollectionDocuments/ed-pa-berichte-nad-07-005.pdf>.

<sup>48</sup> 103-04/GPK--CdG-06-015/GPK—CdG.

<sup>49</sup> Motion Kiener Nellen vom 23. März 2007 (07.3268), Rechtsschutz für Anbieter militärischer Güter im Beschaffungsverfahren.

<sup>50</sup> Vgl. Annex 1 zum WTO-Übereinkommen (Vgl. Ziffer 1.1).

nen untereinander aus. Die Beschaffungsstelle ist somit verpflichtet, sowohl in- als auch ausländische Anbieterinnen gleich zu behandeln und darf insbesondere keiner Anbieterin Nachteile auferlegen oder Vorteile gewähren, die für andere Anbieterinnen nicht gelten. Das Gesetz schafft zudem die Voraussetzungen für einen funktionierenden Wettbewerb und wirtschaftliche Beschaffungen. Die einzelnen Ziele sind gleichwertig. Sie werden durch Mindestvorgaben an das Beschaffungsverfahren konkretisiert. Die Betroffenen können daraus resultierende subjektive Rechte und Pflichten gerichtlich durchsetzen, soweit ein Rechtsmittelverfahren zur Verfügung steht.

## *2. Kapitel: Geltungsbereich*

### *Art. 3 Beschaffungen*

#### *Abs. 1:*

Das Gesetz kommt zur Anwendung, wenn die Beschaffungsstelle eine Anbieterin auf vertraglicher Basis veranlasst, geldwerte Leistungen zu erbringen. Nicht entscheidend ist, ob die Leistung direkt der Beschaffungsstelle als unmittelbarer «Konsumentin» oder zugunsten Dritter erbracht wird (z.B. Auftrag zur Beratung von start-up Unternehmen). Ob die Leistungen direkt von der Beschaffungsstelle oder von Drittpersonen vergütet werden, spielt ebenfalls keine Rolle. Die von der Anbieterin erbrachte Leistung muss hingegen zur Erfüllung einer Staatsaufgabe beitragen. Die Erteilung von Finanzhilfen (vgl. Art. 3 Abs. 1 Subventionsgesetz<sup>51</sup>) ist keine Beschaffung gemäss diesem Gesetz, weil diese geldwerten Vorteile einzig zur Förderung oder zum Erhalt einer vom Empfänger gewählten Aufgabe dienen (vgl. Entscheidung der BRK vom 26. Februar 2000, BRK 1999-010, E. 1b). Auch Abgeltungen (vgl. Art. 3 Abs. 2 Subventionsgesetz), denen kein Leistungsaustausch zugrunde liegt, gelten nicht als Beschaffungen gemäss diesem Gesetz. Ebenso wenig diesem Gesetz unterstellt ist die Übertragung einer Staatsaufgabe als solche. Sie richtet sich nach dem jeweiligen Spezialgesetz (vgl. Art. 178 Abs. 3 BV). Eine Beschaffung kann hingegen vorliegen, wenn eine Beschaffungsstelle nicht nur eine Staatsaufgabe an eine Dritte auslagert, sondern dies mit der Erbringung von Leistungen verbindet (vgl. den Entscheid der BRK vom 3. September 1999, BRK 1999-006, E. 1). Will die Dritte, die den Zuschlag erhalten hat, für die Erbringung dieser Leistungen ihrerseits Dritte beiziehen, muss sie diese Beschaffung nicht mehr nach diesem Gesetz durchführen (so genanntes „Prinzip der einmaligen Ausschreibung“). Dasselbe wie für die Übertragung von Staatsaufgaben gilt sinngemäss für die Suche nach strategischen Partnern (z.B. Investoren).

Das Gesetz gilt unabhängig von der Art der Leistung, welche die Anbieterin erbringt. Neu werden nicht mehr nur einzelne, sondern alle Arten von Dienstleistungen erfasst, wie dies bei den Kantonen gemäss revidiertem Konkordat bereits nach geltendem Recht der Fall ist (vgl. Art. 6 Abs. 2 revIVöB). Unterstellt sind zudem auch alle militärischen Güter, welche jedoch im Einladungsverfahren beschafft werden dürfen (Art. 58 Abs. 2). Nicht erfasst ist die Erteilung von Rechten, weshalb Konzessionen grundsätzlich keine Beschaffungen gemäss diesem Gesetz sind. Die Konzession überträgt nämlich in erster Linie ein dem Staat vorbehaltenes wirtschaftliches Recht zur Nutzung (z.B. Taxikonzession, Wasserrechtskonzession). Selbst

<sup>51</sup> Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1).

wenn die Konzessionserteilung mit einer Leistungspflicht gegenüber Dritten verbunden ist, liegt regelmässig keine Beschaffung vor, da diese Leistungen meistens nicht der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen. Bei der Vergabe von Konzessionen sind die entsprechenden Normen in Sondergesetzen zu beachten. Eine Beschaffung gemäss diesem Gesetz kann hingegen vorliegen, wenn die Anbieterin eine konkrete, projektspezifische Tätigkeit erbringt, die in den Eckpunkten vertraglich mit der Beschaffungsstelle vereinbart wurde.

*Abs. 2:*

Dem Gesetz nicht unterstellt sind bestimmte, abschliessend aufgezählte Rechtsgeschäfte, welche definitionsgemäss eine Beschaffung wären, sich aber ihrer Besonderheit wegen nicht für ein Beschaffungsverfahren eignen (vgl. Art. II:2 und 3 rev. GPA).

*Bst. a:*

Die Arbeitsleistung durch eigene angestellte Mitarbeiter ist ebenso wenig von diesem Gesetz erfasst wie die Erbringung von Leistungen von anderem Personal, das von der Beschaffungsstelle in einem Rechtsverhältnis angestellt ist, das einem Arbeitsvertrag praktisch gleichkommt. Zur Beurteilung, ob eine dem Gesetz unterstehende Beschaffung vorliegt, können folgende Kriterien herangezogen werden: Das Ausmass der Weisungs- und Kontrollrechte, die Einbindung in den Betrieb der Beschaffungsstelle, die Gefahrtragung bei Schlechterfüllung etc. Die Leistungen im Rahmen dieser rein inneradministrativen Beziehungen werden als der Beschaffungsstelle zugehörig erachtet. Da das eigene Personal erst nach Stellenantritt Leistungen erbringt, wird konsequenterweise auch dessen Anstellung vom Geltungsbereich ausgenommen (vgl. Art. II:3 Bst. d rev. GPA).

*Bst. b:*

Vom Geltungsbereich ausgenommen ist die Delegation von Leistungen an Personen, die rechtlich ein Teil der öffentlichen Beschaffungsstelle sind. Wie bei rein inneradministrativen Beziehungen bezieht die Beschaffungsstelle die Leistungen innerhalb ihrer eigenen Verwaltungssphäre (z.B. Erbringung von Leistungen durch Mitarbeiter der eigenen Niederlassungen). Das gilt selbst dann, wenn die Leistung von einer juristisch selbstständigen Person erbracht wird (z.B. Erbringung von Leistungen durch Tochtergesellschaft). Bei diesen Beschaffungen liegt ein so genanntes «In-House»-Geschäft vor, das nicht in den Geltungsbereich des Gesetzes fällt. Die Beschaffungsstelle verzichtet auf den Beizug so genannter Dritter und zieht es vor, die Leistungen intern zu erhalten («make not buy»). Dadurch, dass dieser Begriff vorliegend weit gefasst wird, werden auch Kooperationen zwischen unterschiedlichen Beschaffungsstellen erleichtert (z.B. Gemeindekooperationen), weil die innerhalb der Kooperationspartner erbrachten Leistungen nicht ausgeschrieben werden müssen.

*Bst. c:*

Ist die zu beschaffende Leistung ortsgebunden, wäre eine Einschränkung der Wahlfreiheit der Beschaffungsstelle nicht sachgerecht. Letztere soll nicht gezwungen werden dürfen, auf eine andere als die von ihr gewünschte Liegenschaft auszuweichen (vgl. Art. II:3 Bst. a rev. GPA). Sie darf ihrerseits diese Ausnahme nicht verwenden, um die Ausschreibung der auf der Liegenschaft zu errichtenden Bauwerke zu umgehen (z.B. Kaufvertrag mit Klauseln zugunsten bestimmter Architekten).

*Bst. d:*

Dieses Gesetz gilt nicht, falls eine Beschaffungsstelle Güter oder Dienstleistungen erwirbt, um sie auf dem Markt zu verkaufen oder wiederzuverkaufen. Selbst Leistungen, die sie zur Produktion und Lieferung ihrer Leistungen auf dem Markt benötigt, kann sie von ihren Lieferanten beziehen, ohne dieses Gesetz beachten zu müssen (vgl. Art. II:2 Bst. a/ii rev. GPA). Diese Ausnahme ist gerechtfertigt, weil bereits der Markt, an dem die Beschaffungsstelle ihre Leistungen absetzen will, sie zu einem wirtschaftlichen Handeln zwingt. Dieses Gesetz kommt hingegen zur Anwendung, wenn die Beschaffungsstelle an Dritte weiterzugebende Leistungen beschafft, diese Weitergabe aber im Rahmen der Ausführung einer öffentlichen Aufgabe erfolgt (z.B. Beschaffung von Papier für die Herstellung von amtlichen Gesetzesausgaben).

*Bst. e*

Das Gesetz ist nicht auf Beschaffungen anwendbar, die basierend auf dem Bundesgesetz über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe vom 19. März 1976 (SR 974.0) und dem Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit den Staaten Osteuropas vom 24. März 2006 (SR 974.1) erfolgen. Das Gesetz ist ebenfalls nicht anwendbar auf Beschaffungen, die basierend auf dem Bundesgesetz über Massnahmen zur zivilen Friedensförderung und Stärkung der Menschenrechte vom 19. Dezember 2003 (SR 193.9) getätigt werden, soweit sie gemäss den Kriterien der OECD als offizielle Entwicklungshilfe gelten (vgl. Art. II:3 Bst. e/ii rev. GPA). Eine Unterstellung dieser Beschaffungen würde die häufig praktizierte Delegation von Beschaffungen im Rahmen der Ost- und Entwicklungshilfe an Partnerländer und internationale Organisationen erheblich erschweren. Vorbehalten bleibt die Möglichkeit, dass in bilateralen Abkommen auch diese Beschaffungen unterstellt werden.

*Art. 4 Beschaffungsstellen*

*Abs. 1:*

Das Gesetz gilt für alle Behörden, insbesondere auch rechtsetzende oder –anwendende Behörden (z.B. Parlamentsdienste, Gerichte). Ebenso unterstellt sind die zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten. Der Ausgang der Verhandlungen zum revidierten GPA, der diesbezüglich noch offen ist (vgl. unten, Abs. 2), bleibt vorbehalten.

Der Bund und die Kantone bezeichnen die Behörden und Verwaltungseinheiten in ihren Organisationserlassen. Auf Bundesebene erstellt der Bundesrat in einem Anhang zur Verordnung eine exemplarische Liste der Verwaltungseinheiten, die dem Gesetz unterstellt sind. Diese Liste wird sich, wie bereits unter geltendem Bundesrecht, am Anhang der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) orientieren: Unterstellt werden sollen beispielsweise das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE), das Schweizerische Heilmittelinstitut (swissmedic), die Pensionskasse des Bundes (PUBLICA) und die eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB). Zudem werden Behörden und Verwaltungseinheiten erfasst, die bis zum oder auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes entstehen und deshalb noch nicht im Anhang zur RVOV aufgeführt sind. Darunter

fallen beispielsweise das Eidgenössische Nuklear-Sicherheitsinspektorat (vgl. EN-SIG, BBl 2006 8855), die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (vgl. FINMAG, BBl 2007 4625) oder das Schweizerische Nationalmuseum (vgl. MSG, BBl. 2007 6829).

Zudem gilt das Gesetz für sämtliche Organisationen öffentlich- oder privatrechtlicher Natur, auf welche diese Beschaffungsstellen des Bundes oder der Kantone einen beherrschenden Einfluss ausüben. Vorbehalten bleiben befreite Aufgabenbereiche gemäss Art. 5. In welchen Sektoren diese Beschaffungsstellen tätig sind, ist nicht relevant. Für diese Organisationen gelten höhere Schwellenwerte (Art. 15 Abs. 1). Eine ähnliche Regelung besteht heute schon auf kantonaler Ebene (Art. 8 Abs. 2 Bst. a revIVöB), wo sämtliche Organisationen unterstellt werden, die Träger öffentlicher Aufgaben sind.

Bezüglich des beherrschenden Einflusses genügt, dass dieser indirekt ausgeübt wird (z.B. über eine Tochtergesellschaft einer vom Bund beherrschten Organisation).

*Abs. 2:*

Unter welchen Voraussetzungen ein beherrschender Einfluss vorliegt, wird noch im Rahmen der Revision des GPA verhandelt. Die indikative Auflistung steht deshalb unter dem Vorbehalt entsprechender Anpassungen an die internationalen Verhandlungsergebnisse. Diese werden ausschlaggebend sein, ob beispielsweise Organisationen wie die Skyguide, die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA), die schweizerische Zentrale für Handelsförderung (OSEC) oder die Schweizerische Exportrisikoversicherung (SERV, vgl. BBl 2004 5841) dem Gesetz unterstellt sein werden.

Der beherrschende Einfluss kann insbesondere durch die mehrheitliche Finanzierung ausgeübt werden. Wie die Finanzierung erfolgt, ist dabei ebenso irrelevant wie die Tatsache, ob die Beschaffungsstelle als solche oder die konkrete Beschaffung finanziert wird. Das revidierte Konkordat unterstellt bereits nach geltendem Recht auch Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden (Art. 8 Abs. 2 Bst. b revIVöB). Die mehrheitliche Finanzierung kann sich durch die Summe der Beteiligungen von mehreren Beschaffungsstellen ergeben. Beteiligen sich dabei Behörden oder Verwaltungseinheiten, die zusätzlich dem kantonalen Recht unterliegen, gelten zur Bestimmung des anwendbaren Rechts sinngemäss die Regeln, die bei Beschaffungskoperationen (Art. 7) anwendbar sind.

*Abs. 3:*

Bereits aufgrund des internationalen Rechts werden auch Organisationen erfasst, die derart eng mit der unterstellten Beschaffungsstelle verbunden sind, dass sie beide rechtlich als Einheit betrachtet werden oder füreinander handeln können (Panel-Entscheid Korea – Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163R, angenommen mit WT/DSB/M/84 am 15. Juni 2000, 7.72). Deshalb gilt das Gesetz auch für Dritte, die stellvertretend für eine unterstellte Beschaffungsstelle eine Beschaffung durchführen, unabhängig davon, ob sie diese Aufgabe nur einmal oder dauerhaft vornehmen und in wessen Namen sie nach aussen hin auftreten. Sie werden den von ihnen vertretenen Beschaffungsstellen gleichgestellt, insbesondere betreffend der im Einzelfall anwendbaren Schwellenwerte (vgl. Art. 15).

## *Art. 5 Befreiung von der Unterstellung*

### *Abs. 1:*

Das Bilaterale Abkommen mit der EU lässt es bereits heute zu, liberalisierte Sektoren von der Anwendung des Beschaffungsrechts zu befreien (Art. 3:5). Voraussetzung für diese so genannte Ausklinkung eines Aufgabenbereiches ist, dass im entsprechenden Markt sowohl rechtlicher als auch faktischer Wettbewerb herrscht. Der revidierte Annex der Schweiz zum GPA weitet die Möglichkeit der Ausklinkung auf alle Beschaffungsstellen bzw. deren Aufgabenbereiche aus.

### *Abs. 2:*

Der Bundesrat regelt das Verfahren und damit auch die Zuständigkeit für Gesuche um Befreiung von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht. Dies gilt für alle Beschaffungsstellen unabhängig davon, ob sie nur dem Bundes- oder ergänzend auch dem kantonalen Recht unterstellt sind. Diese pragmatische Lösung wurde bereits im Rahmen der Umsetzung des bilateralen Abkommens mit der EU gefunden. Die Zuständigkeit einer Instanz für die Ausklinkung ist aus Gründen der Rechtssicherheit sinnvoll. Reicht eine kantonale Beschaffungsstelle ein Gesuch ein (z.B. kantonale Elektrizitätswerke), sind die betroffenen Kantone wie bis anhin in das Verfahren einzubeziehen (vgl. Verordnung des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht; SR 172.056.111). Der Bundesrat legt die mit Inkrafttreten des Gesetzes befreiten Aufgabenbereiche fest (vgl. 6.1). Er kann befreite Beschaffungsstellen auch wieder diesem Gesetz unterstellen, sobald die Voraussetzungen für die Befreiung wegfallen.

## *3. Kapitel: Anwendbares Recht*

### *Art. 6 Kantonales Recht*

#### *Abs. 1:*

Das Gesetz gilt grundsätzlich für Beschaffungen des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden. Die Bundesverfassung ermächtigt den Bund jedoch nicht, die Kantone zu verpflichten, ihre Beschaffungspraxis in verbindlicher Weise auf den Grundsatz des wirtschaftlichen Einsatzes ihrer Gelder auszurichten.<sup>52</sup> Das Gesetz weist deshalb explizit darauf hin, bei welchen Normen die Kantone abweichende Bestimmungen erlassen können. Die wichtigsten Bestimmungen zählt bereits Art. 6 explizit auf (zur Übersicht vgl. Kap. 6.2).

#### *Abs. 2:*

Die Regelung des Rechtsschutzes fällt in den Zuständigkeitsbereich der Kantone. Sie haben bei der Ausgestaltung ihres Rechtsschutzes die Mindestanforderungen an den nationalen Rechtsschutz zu beachten, welche das GPA vorgibt (Art. XVIII rev. GPA). Die Gerichtsorganisation und die richterlichen Zuständigkeiten bestimmen die Kantone hingegen frei.

<sup>52</sup> Vgl. Biaggini, Verfassungsstudie, a.a.O., S. 25.

*Abs. 3:*

Bei der Weiterentwicklung der gesetzlichen Grundlagen des öffentlichen Beschaffungsrechts des Bundes oder der Kantone stehen die üblichen verfassungsrechtlich garantierten Mitwirkungsrechte zur Verfügung. Die Kantone haben insbesondere die Möglichkeit des Kantonsreferendums (Art. 141 BV), der Standesinitiative (Art. 160 BV) oder die Anhörungsrechte im Vernehmlassungsverfahren (Art. 147 BV). Darüber hinaus wird die partnerschaftliche Weiterentwicklung des Bundes- und des kantonalen Beschaffungsrechts gefördert, indem der gegenseitige Einbezug bereits für die Vorarbeiten gesetzlich verankert wird. Die Verfassung bietet hingegen keine Möglichkeit, die Entscheidungsfreiheit des Bundesgesetzgebers zu beschränken (z.B. durch Vetomöglichkeiten der Kantone).

*Art. 7 Beschaffungsk Kooperationen*

*Abs. 1:*

Der Finanzierungsgrad der einzelnen Beschaffungsstelle ist entscheidend, ob Bundes- oder (ergänzend) kantonales Beschaffungsrecht anwendbar ist (z.B. Gerichtsbarkeit, Schwellenwerte). Beteiligen sich beispielsweise eine Beschaffungsstelle des Bundes zu 40%, eine kantonale Verwaltungseinheit zu 35% und eine Beschaffungsstelle einer Gemeinde zu 25% an einer Beschaffung, gilt nur Bundesrecht, weil die Beschaffungsstelle des Bundes den verhältnismässig grössten Anteil an der Beschaffung trägt.

*Abs. 2:*

Finanziert sowohl eine dem Bundesrecht, als auch eine dem kantonalen Recht unterstellte Beschaffungsstelle zu gleichen Prozentsätzen den grössten Beschaffungsanteil, gilt Bundesrecht.

*Abs. 3:*

Der Bund hat keine Kompetenz, das anwendbare Recht für rein innerkantonale Kooperationen zu regeln. Die Kantone können für diesen Fall abweichende Bestimmungen für die Festlegung des anwendbaren kantonalen Rechtes vorsehen.

*Abs. 4:*

Eine abweichende Vereinbarung zwischen den Kooperationspartnern derogiert grundsätzlich nicht das anwendbare Recht. Vorbehalten bleiben internationale Kooperationen (z.B. gemeinsamer Brückenbau der Schweiz und Deutschland über den Rhein), bei denen mit Vereinbarung das anwendbare Recht eines Kooperationspartners vereinbart wird.

*Abs. 5*

Das Beschaffungsrecht soll Raum lassen für innovative Lösungen wie etwa die Zusammenarbeit von Beschaffungsstellen mit Privaten (sogenannte Public Private Partnerships, PPP). Diese dürfen aber nicht dazu dienen, die beschaffungsrechtlichen Vorschriften zu umgehen. Beteiligen sich Private oder auch öffentliche Organisationen, die nicht dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, an einer Kooperation mit einer unterstellten Beschaffungsstelle, müssen für den Anteil der Beschaffungsstelle die beschaffungsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Dies gilt selbst dann,

wenn die nicht unterstellten Organisationen den höchsten Finanzierungsanteil tragen. Vorbehalten bleibt das „Prinzip der einmaligen Ausschreibung“ (vgl. die Erläuterungen zu Art. 3 Abs. 1).

## *Art. 8            Verfahrensrecht*

Vom geltenden Verwaltungsverfahrensgesetz (für den Bund: VwVG; SR 172.021) wird nur abgewichen, soweit die Bestimmungen des VwVG den Bedürfnissen einer effizienten Beschaffung nicht hinreichend Rechnung tragen.

Für die Beschaffungsstellen der Kantone gelten die entsprechenden Rechtsgrundlagen des kantonalen Verwaltungsverfahrenrechts oder davon abweichende kantonale Gesetzesgrundlagen. Vorbehalten bleiben die Regelungen dieses Gesetzes.

Das Organisationsrecht für Beschaffungen wird nicht in diesem Gesetz geregelt (für den Bund bleibt unverändert die Verordnung vom 22. November 2006 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes (Org-VoeB; SR 172.056.15).

## *2. Titel:            Beschaffungsverfahren*

### *1. Kapitel:        Verfahrensarten und Verfahrensgrundsätze*

#### *Art. 9            Übersicht*

Das GPA kennt drei Verfahrensarten (Art. I Bst. h, m und q rev. GPA): Das offene, das selektive und das „beschränkte“ Verfahren („limited tendering“). Das Schweizer Recht übernimmt diese Verfahrensarten, wobei das „beschränkte“ Verfahren in das Einladungs- und das freihändige Verfahren unterteilt wird. Dieser gesetzliche Numerus clausus der Verfahrensarten dient der Voraussehbarkeit für die Anbieterinnen und damit der Transparenz: Der Ablauf eines Beschaffungsverfahrens ist in seinen Grundzügen klar. Die Verfahrensarten dürfen nicht miteinander vermischt werden. Es besteht jedoch die Möglichkeit, mehrere in sich geschlossene Verfahren nacheinander durchzuführen, sofern dies nicht mit der Absicht geschieht, eine Ausschreibung zu umgehen. Die Beschaffungsstelle kann beispielsweise eigenständig entscheiden, ob sie Planungs- und Realisierungsleistungen gemeinsam in einem Verfahren beschaffen will (Totalunternehmer) oder diese Leistungen getrennt dem Wettbewerb unterstellt (zuerst ein Verfahren für die Planerleistungen und anschliessend ein eigenes Verfahren für die Bauunternehmer).

#### *Art. 10           Offenes und selektives Ausschreibungsverfahren*

Sowohl das offene als auch das selektive Verfahren beginnt mit einer Ausschreibung. Im offenen Ausschreibungsverfahren reichen die Anbieterinnen ihre Angebote direkt ein. Im selektiven Ausschreibungsverfahren müssen die Anbieterinnen zuerst die Teilnahme am Verfahren beantragen. Die Beschaffungsstelle prüft daraufhin deren Eignung. Der Eignungsentscheid („Präqualifikation“) ist selbstständig anfechtbar (Art. 69 Abs. 1 Bst. b). Nur präqualifizierte Anbieterinnen werden eingeladen, eine Offerte einzureichen. Im selektiven Ausschreibungsverfahren besteht zusätzlich zur vorgezogenen Eignungsprüfung die Möglichkeit, die Anzahl derjenigen, die Angebote einreichen dürfen, zu beschränken (Art. 33 Abs. 1). Im offenen Ausschreibungsverfahren können ungeeignete Anbieterinnen von der Beschaffungsstelle entweder mit einem selbstständig anfechtbaren Entscheid vom Verfahren ausgeschlossen (Art. 69 Abs. 1 Bst. e), oder beim Zuschlagsentscheid nicht berücksichtigt werden.

Beide Verfahrensarten gewähren den vollen Marktzugang. Die Beschaffungsstelle kann frei zwischen dem offenen und dem selektiven Ausschreibungsverfahren wählen. Die Gründe für die Wahl des offenen oder des selektiven Ausschreibungsverfahrens sind unterschiedlich (z.B. Zeit, Marktkenntnis, Anzahl möglicher Offerten, Komplexität des Beschaffungsvorhabens). Bei Standardgütern zeigt die Praxis, dass das offene Ausschreibungsverfahren grundsätzlich das Erfolg versprechende Verfahren ist.

#### *Art. 11 Einladungsverfahren und freihändiges Verfahren*

Beim Einladungs- und freihändigen Verfahren besteht keine Ausschreibungspflicht. Die Beschaffungsstelle wendet sich an einen beschränkten, von ihr frei wählbaren Kreis von Anbieterinnen.

##### *Abs. 1:*

Die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens (Art. 15) legen fest, ab welchem Bereich eine Beschaffung als binnenmarktrelevant zu betrachten ist. Dem Bund obliegt verfassungsmässig die Kompetenz, Mindestanforderungen für das Einladungsverfahren aufzustellen (Art. 95 BV), um den Binnenmarkt zu realisieren und den Wettbewerb zu fördern (vgl. unten Ziff. 11.2.3).

Die Beschaffungsstelle kann grundsätzlich frei wählen, wen und wie viele Anbieterinnen sie einladen will, sofern sie mindestens drei und davon mindestens eine Ortsfremde zur Angebotsabgabe einlädt. Von diesen Vorschriften darf nur abgewichen werden, wenn faktisch keine weiteren bzw. keine ortsfremden Anbieterinnen die gewünschte Leistung erbringen können. Die Mindestzahl soll verhindern, dass der Wettbewerb übermässig eingeschränkt wird. Die Obligation, dass zumindest eine ortsfremde Anbieterin eingeladen werden soll, will einerseits der Gefahr von Abreden und andererseits der Korruptionsgefahr entgegen wirken. Einzelne Kantone kennen diese Obligation bereits (z.B. langjährige Praxis der kantonalen Beschaffungsstellen des Kantons Wallis). Was als ortsfremd gilt, ist je nach der zu beschaffenden Leistung und je nach Anbietermarkt im Einzelfall festzulegen. In der Regel bedeutet ortsfremd, dass mindestens eine Anbieterin „nicht einheimisch“ sein soll, also ihren Sitz oder ihre Niederlassung nicht am Ort bzw. in der Region, in der Beschaffungsstelle ihren hat. Bei Bauten kann ortsfremd auch bedeuten, dass mindestens eine Anbieterin nicht vom Ort der Leistungserbringung (z.B. Ort der Baustelle) stammen soll. Ortsfremd bedeutet hingegen weder für Beschaffungsstellen des Bundes noch für andere Beschaffungsstellen, dass zwingend eine ausländische Anbieterin einzuladen wäre.

##### *Abs. 2*

Im Gegensatz zu den anderen Verfahrensarten stehen sich im freihändigen Verfahren grundsätzlich keine Anbieterinnen konkurrenzierend gegenüber. Die Beschaffungsstelle kann zwar im freihändigen Verfahren ebenfalls mehrere Anbieterinnen zur Angebotsabgabe auffordern. Sie ist hierzu jedoch nicht verpflichtet und selbst wenn die Beschaffungsstelle mehrere Anbieterinnen zur Angebotsabgabe auffordert, muss sie die Vorschriften der anderen Verfahrensarten nicht einhalten.

## *Art. 12            Ausgestaltung der Verfahren*

Jede einzelne Beschaffung kann unterschiedliche Anforderungen an das Beschaffungsverfahren stellen. Das Gesetz belässt (im Rahmen des numerus clausus der Verfahrensarten) absichtlich hinreichend Spielraum, um die Gestaltung des Verfahrens an die jeweilige Beschaffung anzupassen. Die Gestaltungsfreiheit findet hingegen dort ihre Grenze, wo zugunsten von Transparenz und Gleichbehandlung die diesbezüglich gefährdeten Verfahrensabschnitte geregelt werden.

## *Art. 13            Vertraulichkeit und Datensicherheit*

### *Abs. 1*

Bei der Frage nach dem Einsichtsrecht in Unterlagen geraten zwei Grundsätze des Beschaffungsrechts miteinander in Konflikt: Einerseits gefährdet eine zu weit gehende Akteneinsicht den lautereren Wettbewerb und damit die Gleichbehandlung der Anbieterinnen, andererseits ist eine minimale Transparenz für einen effektiven Rechtsschutz unabdingbar. Dieser Konflikt wird gelöst, indem je nach Verfahrensstand das Akteneinsichtsrecht unterschiedlich weit zulässig ist. Während eines laufenden Beschaffungsverfahrens ist die Einsicht in die Entscheidunterlagen nicht erwünscht. Freiwillig darf die Beschaffungsstelle zwar durchaus Informationen weitergeben, sofern sie das Gebot der Gleichbehandlung respektiert und sofern diese Informationen keine vertraulichen Angaben der einzelnen Anbieterinnen preisgeben (vgl. Art. XV:1 GPA). Damit soll verhindert werden, dass die von einer Anbieterin gemachten Angaben von Konkurrentinnen schädigend verwendet werden können. Liegt ein anfechtbarer Entscheid (Art. 69) vor, erhalten die Anbieterinnen aufgrund der Begründungspflicht (Art. 71) einen Anspruch auf bestimmte zusätzliche Informationen. Reicht eine Anbieterin eine Beschwerde ein, wird das Einsichtsrecht noch weiter ausgedehnt. Grundsätzlich gilt aber selbst dann: Es ist nur Akteneinsicht zu gewähren, sofern nicht wesentliche öffentliche oder private Interessen entgegenstehen, die eine Geheimhaltung erfordern.

### *Abs. 2*

Beim elektronischen Datenaustausch hat die Beschaffungsstelle dafür zu sorgen, dass Ungleichbehandlungen verhindert und notwendige und angemessene Sicherheitsvorkehrungen eingehalten werden. Wird eine Beschaffung elektronisch abgewickelt hat die Beschaffungsstelle dafür zu sorgen, dass das die zum Einsatz kommende Informatiksystem und die Software (inklusive diejenige für die Verschlüsselung und Authentifizierung) allgemein verfügbar oder zumindest kompatibel mit anderen allgemein verfügbaren Systemen und Software ist. Die Beschaffungsstelle hat zudem Mechanismen einzurichten, welche die Unversehrtheit der Eingaben der Anbieterinnen gewährleisten und unter anderem die Eingangszeit feststellen und unbefugte Zugriffe verhindern (Art. V:3 rev. GPA). Die Beschaffungsstelle kann dies jedoch nur solange gewährleisten, wie sich die Daten in ihrem Herrschaftsbereich befinden. Die Anbieterin ist insbesondere verantwortlich für die Unversehrtheit ihrer Daten bis zum Eintritt in den Herrschaftsbereich der Beschaffungsstelle, für die Verschlüsselung ihrer Daten, sowie für den fristgerechten Zugang des (Entschlüsselungs-) Codes bei der Beschaffungsstelle (vgl. Erläuterungen zu Art. 19 Abs. 1).

## *Art. 14 Wiederkehrende Leistungen*

Die Rechtsprechung hat darauf hingewiesen, dass sich der Bundesgesetzgeber der speziellen Problematik von Verträgen mit einer (über)langen Dauer offenbar nicht bewusst gewesen sei, so dass er ins BoeB keine Bestimmung aufgenommen hat, welche die Dauer solcher Verträge begrenzen würde (Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 3. November 2000, BRK 2000-007, E. 3 Bst. c/ii). Diese Lücke wird hiermit geschlossen. Die Beschaffungsstelle soll eine Beschaffung grundsätzlich auf vier Jahre befristen, wenn der Beschaffungsgegenstand aus Leistungen besteht, die über einen längeren Zeitraum immer wieder benötigt werden (z.B. Kopierpapier). Ausnahmen sind gegebenenfalls gegenüber Aufsichtsbehörden zu begründen. Ein längerer Zeitraum ist insbesondere verhältnismässig, wenn betriebswirtschaftliche Gründe (z.B. Amortisation der Verfahrenskosten oder von Investitionen) eine längere Dauer und damit eine massvolle Beschränkung des Marktzuganges rechtfertigen. Dasselbe gilt für die Verlängerung eines bereits bestehenden Vertrages. Nicht von dieser Norm erfasst werden Leistungen, die einmalig erbracht werden, aber deren Erbringung als solche bereits mehr als vier Jahre dauert (z.B. Erstellung eines Bauwerkes).

## *2. Kapitel: Anwendbares Verfahren*

### *Art. 15 Schwellenwerte*

#### *Abs. 1:*

Grundsätzlich ist eine Beschaffung auszuschreiben. Die Beschaffungsstelle darf nur ausnahmsweise auf eine Ausschreibung verzichten (Art. VII:1 rev. GPA), sei dies, weil unterhalb bestimmter Schwellenwerte angenommen wird, dass die Kosten eines Ausschreibungsverfahrens nicht mehr im Verhältnis zum Beschaffungswert stehen oder wenn trotz Erreichens dieser Schwellenwerte eine Ausnahme zugunsten eines Verfahrens ohne Ausschreibungspflicht gegeben ist (Art. 58-67).

Alle in Artikel 3 Absatz 1 genannten Beschaffungen unterstehen diesem Gesetz, unabhängig davon, ob sie den Schwellenwert erreichen. Die Schwellenwerte für die Ausschreibungsverfahren sind aber für die Verfahrenswahl, die Publikationspflicht des Zuschlages (Art. 42) und für den Rechtsschutz im Sinne dieses Gesetzes (Art. 68 Abs. 1) massgebend.

Das GPA und die bilateralen Abkommen geben die Schwellenwerte für die Ausschreibungsverfahren vor. Im Rahmen der GPA-Revision beantragte die Schweiz eine Erhöhung des Schwellenwertes für die Beschaffung von Dienstleistungen von derzeit 248'950 CHF auf 383'000 CHF. Der Entscheid über diesen Antrag steht noch aus. Da das Gesuch um Erhöhung auf harten Widerstand mehrerer GPA-Mitgliedsstaaten stiess, wird bis auf Weiteres der bisherige Schwellenwert ausgewiesen, wobei er leicht auf CHF 250'000 CHF aufgerundet wird.

Im Binnenmarktbereich wird eine schweizweite Harmonisierung der Schwellenwerte angestrebt. Für Güter und Dienstleistungen wurde deshalb der schon im interkantonalen Konkordat bestehende Schwellenwert von aufgerundet 250'000 CHF gewählt. Für diejenigen Beschaffungsstellen, die nicht Behörden oder Verwaltungseinheiten sind (sogenannte Sektoren), wird ebenfalls eine Harmonisierung des Schwellenwertes vorgeschlagen (640'000 CHF; aufgerundet 650'000 CHF).

Der Schwellenwert für den Baubereich, welcher derzeit 9'575'000 CHF für Behörden und Verwaltungseinheiten und 8 Mio. CHF für bestimmte Sektoren (z.B. Schiene) beträgt, soll für alle Beschaffungsstellen einheitlich auf 8 Mio. CHF festgelegt werden. Die Teilsenkung betrifft nur wenige Beschaffungen pro Jahr, bringt aber eine Vereinfachung und Vereinheitlichung dieser Schwellenwerte. Bei Bauten wird der Wert aller Bauleistungen zur Realisierung des Bauwerkes addiert. Vergibt die Beschaffungsstelle im Rahmen der Realisierung dieses Bauwerkes mehrere Bauleistungen einzeln an so genannte Einzelleistungsträger (z.B. Maler, Schreiner) sind diese dem Ausschreibungsverfahren unterstellt, wenn ihr Wert je einzeln 2 Millionen Franken erreicht. Die Schwellenwerte zur Abgrenzung von Einladungs- und freihändigem Verfahren entsprechen den heute bestehenden Werten des revidierten interkantonalen Konkordates. Damit kann eine weitere Vereinheitlichung der Schwellenwerte bewirkt werden. Ausländische Anbieterinnen haben hingegen nur insoweit ein Beschwerderecht, als der Staat in dem sie ihren Sitz haben, den Schweizer Anbieterinnen Gegenrecht gewährt bzw. dieselben Schwellenwerte vorsieht (Art. 73 Abs. 3).

#### *Abs. 2*

Der Bundesrat und die Kantone dürfen sämtliche oder einzelne Schwellenwerte senken. Sie können mit einer Senkung auch die Publikationspflicht und den Rechtsschutz ausweiten. Es besteht zudem die Möglichkeit, weitere Unterscheidungen zu treffen, zum Beispiel die Unterteilung in Bauhaupt- und Baunebengewerbe. Was die international vorgegebenen Schwellenwerte für die Ausschreibungsverfahren betrifft, werden diese in sogenannten Sonderziehungsrechten (SZR) angegeben. Der Wert dieser Recheneinheit wird anhand eines Währungskorbes bestimmt. Die Umrechnung in Schweizer Franken erfolgt jährlich, weshalb Bundesrat und Kantone die Schwellenwerte diesen Währungsschwankungen anpassen können.

#### *Abs. 3*

Die Beschaffungsstelle kann freiwillig ein Beschaffungsvorhaben ausschreiben oder anstelle eines freihändigen Verfahrens ein Einladungsverfahren durchführen. Die freiwillige Wahl einer anderen Verfahrenart begründet allerdings keinen Rechtsschutz, wo ein solcher nicht von Gesetzes wegen bereits besteht (vgl. Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 26. Januar 2001, BRK 2000-018, E. 3).

#### *Abs. 4*

Bilden Behörden oder Verwaltungseinheiten des Bundes (Art. 4 Abs. 1 Bst. a) zusammen mit anderen Organisationen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen (Art. 4 Abs. 1 Bst. b), eine Kooperation zur Beschaffung von Gütern oder Dienstleistungen, gilt der tiefere Schwellenwert von 250'000 CHF.

#### *Abs. 5*

Werden in einem Einladungsverfahren unterschiedliche Leistungsarten gemeinsam beschafft und ist eine davon eine Güterbeschaffung, gilt der Schwellenwert von CHF 100'000.--.

## *Art. 16 Bestimmung des Beschaffungswertes*

### *Abs. 1*

Die Beschaffungsstelle weiss nicht immer im Voraus, wie hoch die Angebote ausfallen werden. Sie muss deshalb den Beschaffungswert nach Treu und Glauben schätzen. Ein enger sachlicher oder rechtlicher Zusammenhang zwischen mehreren Leistungen besteht, wenn diese vernünftigerweise im Geschäftsverkehr nicht ohne einander beschafft würden. Dies gilt insbesondere wenn die Leistungen demselben Zweck dienen, von derselben Person erbracht werden sollen oder wenn die Aufteilung der Verantwortlichkeiten unerwünscht ist.

### *Abs. 2*

Die Beschaffungsstelle berechnet Optionen in der Schätzung des Beschaffungswertes mit ein (Art. II:6 Bst. b und XV:7 rev. GPA), unabhängig davon, ob dieser Bestandteil der Beschaffung in Zukunft realisiert wird.

### *Abs. 3*

Die Beschaffungsstelle darf Leistungen grundsätzlich aufteilen und getrennt bzw. zeitlich gestaffelt beschaffen (Art. 23), auch wenn sie einen engen sachlichen oder rechtlichen Zusammenhang aufweisen. Die verwendete Methode der Wertberechnung oder die Aufteilung der Leistung darf aber nicht dazu dienen, die Anwendbarkeit dieses Gesetzes (insbesondere die Ausschreibungspflicht) ganz oder teilweise zu umgehen (vgl. Art. II:6 Bst. a rev. GPA).

## *Art. 17 Besondere Fälle der Wertbestimmung*

### *Abs. 1*

Teilt die Beschaffungsstelle eine Beschaffung in mehrere Einzelleistungen auf, gelten die vom GPA vorgegebenen Bewertungsmethoden (Art. II:7 rev. GPA).

### *Abs. 2*

Ist zweifelhaft, ob eine Beschaffung eine bestimmte oder unbestimmte Laufzeit hat, wendet die Beschaffungsstelle die Bewertungsmethode der unbestimmten Laufzeit an (Art. II:8 rev. GPA). Dies steht im Einklang mit dem Verfahrensgrundsatz für wiederkehrende Leistungen, wonach ein Vertrag höchstens auf vier Jahre abgeschlossen werden darf (Art. 14).

## *3. Kapitel: Ausschreibungsverfahren*

### *1. Abschnitt: Ausschreibung*

## *Art. 18 Mindestinhalt der Ausschreibung und Publikation*

### *Abs. 1*

Die Ausschreibung ist der erste von aussen ersichtliche Schritt in einem offenen oder selektiven Beschaffungsverfahren. Die Beschaffungsstelle legt darin den Rahmen für den weiteren Ablauf des Verfahrens fest. Sie berücksichtigt dabei gewisse vom GPA vorgesehene Mindestangaben (Art. VII rev. GPA). Die Beschaffungsstelle nennt bereits bei der Ausschreibung die Zuschlagskriterien. Dies gilt auch für das selektive Verfahren. Diese Transparenz ermöglicht den Anbieterinnen besser abschätzen zu können, ob sie an einer Beschaffung teilnehmen wollen.

Damit die Publikation nicht zu umfangreich wird, genügt eine Liste und eine Kurzbeschreibung der Zuschlagskriterien (vgl. VII: 2 Bst. j rev. GPA; Anhang 1 Ziffer 5). Die Beschaffungsstelle gibt ferner in der Ausschreibung bekannt, ob und zu welchen Konditionen Ausschreibungsunterlagen bezogen werden können (VII: 2 Bst. a rev. GPA; Anhang 1 Ziffer 2). Will die sie Vorleistungen, deren Entgeltlichkeit üblicherweise nach Treu und Glauben angenommen werden kann, nicht vergüten (vgl. BGE 119 II 40 ff.), muss sie dies in der Ausschreibung explizit ankündigen (vgl. Anhang 1, Ziffer 8). Dasselbe gilt für allfällige Formvorschriften, welche die Anbieterinnen für ihre Eingaben beachten müssen (Art. 54 Abs. 3).

Einer Publikation der Ausschreibung in deutscher oder italienischer Sprache muss eine französische, englische oder spanische Zusammenfassung beigefügt werden (Art. VII:3 rev. GPA; vgl. Art. 70).

#### *Abs. 2*

Die Ausschreibung im amtlichen Publikationsorgan (vgl. Art. 55) ist ein selbständig anfechtbarer Entscheid (Art. 69 Abs. 1 Bst. a).

### *Art. 19 Ausschreibungsunterlagen*

#### *Abs. 1*

Das GPA schreibt die Mindestangaben vor, welche für die Ausschreibungsunterlagen gelten (vgl. Art. X:7 rev. GPA). Diese dienen der Transparenz und der Wahrung der Chancengleichheit. Sie finden auch für kantonale Beschaffungen Anwendung.

Die Beschaffungsstelle konkretisiert die Art und (geschätzte) Menge sowie alle anderen Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen, einschliesslich der technischen Spezifikationen und Konformitätsbescheinigungen, der Pläne, Zeichnungen und der notwendigen Instruktionen. Ferner beschreibt sie die Art und soweit wie möglich die Menge und die Dauer allfälliger Optionen (Anhang 1 Ziffer 3; Art. VII:2 Bst. d GPA) und legt die Liefertermine fest. Sie nennt die Details der Eignungs- und Zuschlagskriterien, insbesondere allfällige Subkriterien, die Bewertungsmatrix sowie die einzureichenden Dokumente und Zertifikate. Für die Kostenberechnung der Angebote kann die Beschaffungsstelle Angaben zu Transport-, Versicherungs- und Inspektionskosten, Zöllen oder anderen Einfuhrabgaben verlangen. Sie legt die Zahlungsbedingungen fest, wozu insbesondere die Währung der zu leistenden Vergütung gehören kann. Die Ausschreibungsunterlagen umschreiben detailliert den Verfahrensablauf der betreffenden Beschaffung: Bei einer elektronischen Beschaffung enthalten die Ausschreibungsunterlagen alle Anforderungen, welche die betreffende Beschaffungsstelle an die Authentifizierung und Verschlüsselung beim elektronischen Empfang von Daten stellt. Führt eine Beschaffungsstelle eine elektronische Auktion durch, nennt sie die Regeln in den Ausschreibungsunterlagen. Erfolgt die Angebotsöffnung öffentlich, gibt sie in diesen Unterlagen das Datum, den Ort und die Uhrzeit der Angebotsöffnung bekannt und bestimmt die Personen, die daran teilnehmen dürfen. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten ausserdem Angaben über den Zeitraum, in dem die Anbieterin an ihr Angebot gebunden bleibt. Die Dauer von sechs Monaten sollte dabei nicht überschritten werden. Die Beschaffungsstelle kann zudem die allgemeinen Geschäftsbedingungen den Ausschreibungsunterlagen beifügen.

## *Abs. 2*

Eine erfolgreiche Beschaffung setzt voraus, dass die Ausschreibungsunterlagen zeitgleich mit der Ausschreibung vorbereitet werden. Eine Anbieterin kann ein Angebot erst vorbereiten, wenn sie alle hierfür notwendigen Angaben einsehen kann. Die Beschaffungsstelle macht ihr deshalb im Zeitpunkt der Ausschreibung die Ausschreibungsunterlagen zugänglich. Im selektiven Verfahren kann die Beschaffungsstelle die Unterlagen oder Teile davon auch erst nach der Präqualifikation zugänglich machen. Gewährt die Beschaffungsstelle den Zugang zur Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen in elektronischer Form, kann sie die Angebotsfrist um 10 Tage verkürzen (Art. 53 Abs. 1 Bst. a und b).

## *Abs. 3*

Verlangt eine Anbieterin die Ausschreibungsunterlagen, stellt die Beschaffungsstelle diese innert kurzer Frist zu (Art. X:10 Bst. b rev. GPA).

## *Art. 20 Anfragen der Anbieterinnen*

### *Abs. 1*

Die Beschaffungsstelle hat sich die Unklarheit von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen anrechnen zu lassen. Frage- und Antwortrunden dienen dazu, diese Unklarheiten zu beseitigen. Die Beschaffungsstelle hat insbesondere Fragen zu beantworten, die eine Auswirkung auf die Angebotsgestaltung haben können. Diese Frage- und Antwortrunden erfolgen in der Regel umgehend nach der Ausschreibung, um eine Verlängerung der Angebotsfrist zu vermeiden. Die Beschaffungsstelle kann in den Ausschreibungsunterlagen den Zeitpunkt bestimmen, bis zu welchem sie Anfragen beantwortet.

### *Abs. 2*

Der Austausch von Fragen und Antworten findet in der Praxis oftmals schriftlich und unter Zustellung an alle Verfahrensbeteiligten statt. Damit soll die Bevorzugung einer Anbieterin gegenüber ihren Konkurrentinnen vermieden werden. Die Beschaffungsstelle kann Fragen offen lassen, deren Beantwortung eine Anbieterin gegenüber ihren Konkurrentinnen bevorzugen würde (Art. X:10 Bst. c rev. GPA).

## *2. Abschnitt: Anforderungen an die Leistung*

### *Art. 21 Leistungsbeschreibung*

#### *Abs. 1*

Die Beschaffungsstelle entscheidet im Rahmen ihrer Aufgaben frei, was sie in welcher Qualität zu welchem Zweck beschaffen will. Sind die Angaben zur Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen ungenügend oder gar fehlerhaft, erschwert sich eine nachvollziehbare und korrekte Abwicklung der nachfolgenden Verfahrensschritte. Für die Voranalyse sollte die Beschaffungsstelle deshalb genügend Zeit einrechnen. Es liegt in ihrem Interesse, für eine qualitativ gute Ausschreibung zu sorgen, da diese die Transparenz und die Qualität des ganzen Verfahrens beeinflusst. Die Klarheit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung trägt insbesondere auch zur Vergleichbarkeit der Angebote bei.

## *Abs. 2*

Die Beschaffungsstelle darf auf die konkrete Umschreibung der Leistung verzichten und stattdessen einzig die Funktionen bezeichnen, welche die Angebote erfüllen müssen. Sie kann anstelle des Gegenstandes und des Umfangs einer Beschaffung nur die Ziele vorgeben, die sie mit der Beschaffung erreichen will. Diese «finale» bzw. «funktionale» Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes fördert Innovationen. Sie wird verwendet, um beispielsweise bereits bei der Präzisierung und Konkretisierung des Beschaffungsgegenstandes bestmöglich auf das Sachwissen und die Kreativität der potentiellen Anbieterinnen abstützen zu können oder um Lösungswege und Vorgehensweisen zu suchen.

## *Abs. 3*

Die Beschaffungsstelle umschreibt den Beschaffungsgegenstand so präzise, dass eingehende Angebote vergleichbar sein werden oder diese zumindest in einer anschliessenden technischen Bereinigung oder im Rahmen von Verhandlungen vergleichbar gemacht werden können. Welche Angaben in der Ausschreibung mindestens enthalten sein müssen, hängt vom Einzelfall ab. In der Regel gibt die Beschaffungsstelle zumindest bestimmte Eckwerte der Leistung an.

## *Art. 22 Technische Spezifikationen*

### *Abs. 1*

Technische Spezifikationen umschreiben die technischen Merkmale einer zu beschaffenden Leistung, einschliesslich Qualität, Leistungsfähigkeit, Sicherheit und Abmessungen. Technische Spezifikationen können auch Bezeichnungen, Symbole, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung beinhalten (Art. I:1 Bst. t rev. GPA). Die Förderung natürlicher Ressourcen oder der Schutz der Umwelt kann bei der Ausgestaltung der technischen Spezifikationen berücksichtigt werden (Art. X:6 rev. GPA).

Die Beschaffungsstellen neigen in der Praxis zur Überspezifikation. Die technischen Spezifikationen wirken sich erheblich auf die Beschaffungskosten aus und sollten konsequenter hinterfragt und entsprechend reduziert werden. Erstrebenswert ist, technische Spezifikationen auf die funktionalen Mindestanforderungen (Fit for Purpose) zu beschränken und auf sachlich nicht gerechtfertigte Wunschspezifikationen zu verzichten.

Die Beschaffungsstelle darf technische Spezifikationen weder ausarbeiten, annehmen oder anwenden, noch Verfahren für Konformitätsbescheinigungen vorschreiben, um damit unnötige Handelshemmnisse zu schaffen (Art. X:1 rev. GPA). Sie darf nicht technische Spezifikationen verwenden, um bestimmte Anbieterinnen zu benachteiligen, was beispielsweise durch die Vorgabe der Verwendung lokaler Materialien erreicht werden kann. Grundsätzlich müssen alle interessierten und geeigneten Anbieterinnen der betreffenden Branche die gleiche Möglichkeit erhalten, ein Angebot zu unterbreiten. Die Beschaffungsstelle sollte vermeiden, bestimmte technische Konzepte oder Einzelheiten vorzuschreiben und die technischen Spezifikationen eher auf die gewünschten Funktionen oder Resultaten ausrichten (Art. X:2 Bst. a rev. GPA).

## *Abs. 2:*

Soweit vorhanden sind internationale Standards oder, wo solche fehlen, nationale technischen Normen, Standards oder Bauvorgaben zu verwenden (Art. X:2 Bst. b rev. GPA). Es ist vergaberechtswidrig, bestimmte Handelsmarken oder -namen, Patente, Urheberrechte, Muster oder Fabrikate, sowie Anforderungen mit Bezug auf einen bestimmten Ursprung oder eine Anbieterin oder Produzentin in der Leistungsbeschreibung zu nennen, es sei denn, die Leistung kann nicht auf eine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise beschrieben werden (Art. X:3 rev. GPA). Die Beschaffungsstelle kann bestimmte Produktstandards festlegen. Sie darf aber auf ein Datenblatt eines bestimmten Produktes nur zurückgreifen, sofern die technischen Anforderungen so offen formuliert werden, dass ein anderes Produkt sie noch erfüllen kann. Verlangt die Beschaffungsstelle ausnahmsweise technische Spezifikationen, die sich an Produkten oder Dienstleistungen von bestimmten Anbieterinnen orientieren, hat sie Konkurrenzprodukte oder Dienstleistungen ebenfalls zuzulassen, sofern diese nachweislich die gewünschten Anforderungen erfüllen. Sie hat in den Ausschreibungsunterlagen auf diese Möglichkeiten hinzuweisen, indem sie beispielsweise den Zusatz „oder gleichwertig“ verwendet.

## *Art. 23 Aufteilung in Lose und Teilangebote*

Die Beschaffungsstelle kann die Leistung ungeteilt als Ganzes oder in einzelnen Losen beschaffen. Einerseits kann die Volumenbündelung Preisvorteile bringen. Andererseits fördert die Aufteilung einer Beschaffung in einzelne Lose den Wettbewerb und erhöht insbesondere die Chancen der KMU, auch an umfangreichen Beschaffungen teilnehmen zu können. Die Losaufteilung kann auch der Risikoverteilung dienen, weil die Abhängigkeit von einzelnen Anbieterinnen verkleinert wird.

Die Beschaffungsstelle kann die Gesamtleistung insbesondere in unterschiedliche Leistungsarten (z.B. Maler, Gipser), in räumlich abgegrenzte Gebiete (z.B. Ost- und Westschweiz) oder in quantitativer Hinsicht (z.B. Lieferung von 10'000 und 20'000 Bürotischen) unterteilen. Sie darf mit der Aufteilung jedoch nicht die vorgeschriebene Verfahrensart umgehen oder einzelne Anbieterinnen bevorzugen (Art. 16 Abs. 3).

Die Beschaffungsstelle kann mehrere Lose einzeln ausschreiben oder sie gemeinsam in einer einzigen Ausschreibung publizieren (z.B. so genannte Einzelleistungsträger bei einem Bauwerk). Will sich die Beschaffungsstelle die Möglichkeit vorbehalten, den Zuschlag auch an ein wirtschaftlich günstigeres Gesamtangebot zu erteilen, kündigt sie dies in der Ausschreibung an (Anhang 1 Ziffer 7). Schreibt sie eine Gesamtleistung aus, weist sie umgekehrt darauf hin, falls Anbieterinnen Teilangebote einreichen können. Sind Teilangebote zugelassen, sind die Anbieterinnen grundsätzlich nicht verpflichtet, ein Angebot für die Gesamtleistung einzureichen.

## *Art. 24 Varianten*

### *Abs. 1*

Eine Variante erreicht das von der Beschaffungsstelle angestrebte Ziel auf eine andere Weise, als diese es in der Ausschreibung vorgeschlagen hat. Eine Variante liegt auch vor, wenn das Angebot eine andere als die von der Beschaffungsstelle vorgegebene Preisart enthält (z.B. Globalpreis anstelle von Einheitspreis). Für Varianten gelten dieselben Eingabefristen und Zuschlagskriterien, es sei denn, die Beschaffungsstelle hat sich in der Ausschreibung abweichende Regelungen vorbehalten.

## *Abs. 2*

Varianten fördern den Wettbewerb, sind zwecks Innovation erwünscht und beschaffungsrechtlich erlaubt. Die Anbieterin, die eine Variante anbietet, braucht nicht zusätzlich ein Angebot, das den Vorgaben der Beschaffungsstelle genau entspricht (so genannter Amtsvorschlag) einzureichen. Die Beschaffungsstelle kann Varianten grundsätzlich oder in Bezug auf deren Inhalt (z.B. Ausführungsvarianten) einschränken. Sie kündigt dies aber bereits in der Ausschreibung an. Weil diese Norm den Wettbewerb unterstützt, ist es verfassungskonform, diese Lösung auch auf die Kantone auszuweiten.<sup>53</sup> Immerhin bleibt es den Beschaffungsstellen unbenommen, Varianten im Einzelfall ausschliessen.

## *Abs. 3*

Die Beschaffungsstelle analysiert die Varianten so angemessen wie möglich, damit sie diese miteinander vergleichen kann (so genannte Sensitivitätsanalyse). Die Pflicht zur Bereinigung (Art. 37), die bei Varianten komplexer ist, wird durch die Mitwirkungspflicht der Anbieterinnen erleichtert. Diese dürfen nämlich auf die Eingabe eines Amtsvorschlages nur verzichten, wenn sie darlegen können, dass sie sich mit den Vorgaben der Beschaffungsstelle anderweitig und hinreichend auseinander gesetzt haben.

### *3. Abschnitt: Ausschlussgründe*

#### *Art. 25 Fehlender Nachweis der Einhaltung rechtlicher Anforderungen*

Der Staat als Beschaffungsstelle darf nicht von Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Nichtbeachtung gesetzlicher Vorschriften profitieren und sich dadurch Preisvorteile verschaffen (Gebot der „Legal Compliance“). Diese Bestimmung liegt auch im Interesse der Unternehmen, sichert sie doch das Prinzip der „gleich langen Spiesse“ im Wettbewerb.

#### *Abs. 1*

Die Beschaffungsstelle schliesst eine Anbieterin aus, wenn diese die in Bst. a bis e genannten rechtlichen Anforderungen nicht beachtet. Sie kann sich darauf beschränken, von den Anbieterinnen vorerst nur eine Bescheinigung oder eine ehrenwörtliche Erklärung zu verlangen, wonach diese die rechtlichen Anforderungen erfüllt seien. Sie darf während eines laufenden Verfahrens jederzeit (z.B. bei Entstehen von Verdachtsgründen) eine Anbieterin auffordern, Belege vorzuweisen. Sie kann Kontrollen durchführen oder veranlassen, dass bei der Anbieterin Kontrollen durchgeführt werden. Bestehen Gründe, eine Anbieterin auszuschliessen, kann die Beschaffungsstelle den Entscheid umgehend fällen oder damit bis zum nächstfolgenden, anfechtbaren Entscheid warten (Art 69 Abs. 2).

Der Ausschluss darf nicht überspitzt formalistisch sein. Die Verletzung einer Vorschrift, welche als Bagatelle betrachtet werden muss und die sofort korrigiert werden kann, führt nicht zu einem Ausschluss. Bei Lohngleichheitskontrollen im Beschaffungswesen des Bundes besteht z.B. eine Toleranzschwelle von 5%, weil nicht auszuschliessen ist, dass in der standardisierten Überprüfung gewisse in einem Unternehmen lohnrelevante Faktoren nicht berücksichtigt werden. Dies soll verhindern, dass ein Unternehmen zu Unrecht sanktioniert wird.

<sup>53</sup> Verneinend: Biaggini, Verfassungsgutachten, a.a.O., S. 58.

Als staatlich festgelegte Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen gelten gesetzliche Vorschriften (namentlich Unfallversicherungs- und Arbeitsgesetz), gesamtschweizerische, regionale und kantonale Gesamtarbeitsverträge, sofern sie allgemein verbindlich erklärt wurden, sowie Normalarbeitsverträge mit verbindlichen Mindestlöhnen (Art. 360a OR; SR 220). Nicht als staatlich festgelegte Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen gelten Vorschriften gemäss nicht allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen oder gemäss Normalarbeitsverträgen ohne verbindliche Mindestlöhne. Diese können allenfalls gemäss Art. 29 zu einem Ausschluss führen.

Der Bundesrat und die Kantone legen je für ihren Zuständigkeitsbereich fest, wie die Einhaltung der staatlich geregelten Arbeitsbedingungen, Arbeitsschutzbestimmungen und die Lohngleichheit zwischen Frau und Mann durchgesetzt werden soll. Abgesehen von den bereits bestehenden, in Sondergesetzen geregelten Kontrollkompetenzen besteht die Möglichkeit, das Kontrollrecht an Dritte zu delegieren, z.B. an paritätische Organe des Gesamtarbeitsvertrages. Zur Durchsetzung dürfte ferner auch die Vereinbarung von Konventionalstrafen im Fall der Nichteinhaltung dienlich sein (vgl. Art. 56 Abs. 2).

#### *Abs. 2*

Die Anbieterin hat sich das Handeln ihrer Organe, ihrer Angestellten sowie ihrer Unterakkordanten anrechnen zu lassen, unabhängig davon, ob diese im Zeitpunkt des Entscheides noch für die Anbieterin tätig sind oder nicht.

#### *Abs. 3*

Für Anbieterinnen *ohne* Sitz oder Niederlassung in der Schweiz gelten grundsätzlich die Bestimmungen am Ort der Leistung, mindestens aber die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO). Als Leistungsort gilt der Ort, an dem die Leistung tatsächlich erbracht wird. Es sind zwei Fälle mit Auslandbezug zu unterscheiden:

1. Fall: Wird ein Gut im Ausland hergestellt und in die Schweiz geliefert (z.B. Textilien aus Thailand), gilt als Leistungsort das Produktionsland (Thailand). Wird eine Dienstleistung im Ausland erbracht (z.B. Callcenter in Indien), gilt als Leistungsort das Land, in dem die Anbieterin ihre Dienstleistung erbringt (Indien). Weil schweizerisches Recht nicht über das Territorium der Schweiz hinaus für anwendbar erklärt werden kann und weil andernfalls die ausländischen Anbieterinnen diskriminiert würden, ist das am Leistungsort geltende Recht einzuhalten. Unterschreitet das jeweilige Recht des Leistungsortes die Regeln der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation, so müssen zumindest diese eingehalten werden. Der Beschaffungsstelle steht es grundsätzlich frei, von den Anbieterinnen auf vertraglicher Basis zu verlangen, dass sie weitere Anforderungen erfüllen müssen.

2. Fall: Entsendet eine Anbieterin ohne Sitz oder Niederlassung in der Schweiz ihre Arbeitnehmerinnen in die Schweiz, um hier Arbeiten ausführen zu lassen, befindet sich der Leistungsort in der Schweiz. Dieser Normteil stellt eine autonome, über das GPA hinausgehende Regelung dar. Sie geht auch weiter als die im Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer; SR 823.20) genannten Mindeststandards. Begründet wird diese Norm mit der Abwehr eines unerwünschten Sozialdumpings.

Für Anbieterinnen *mit* Sitz oder Niederlassung in der Schweiz gilt grundsätzlich das Herkunftsortsprinzip. Vorbehalten bleibt die bisherige Binnenmarktregelung gemäss Art. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02). Die heutige Binnenmarktregelung der Kantone dehnt sich somit auf den Bund aus.

*Art. 26 Rechtskräftige Feststellung wegen Missachtung gesetzlicher Vorschriften*  
*Abs. 1*

Bei den genannten Rechtsverletzungen rechtfertigt es sich, in der Vergangenheit gefällte Urteile zu berücksichtigen. Die betroffene Anbieterin kann sich aber bessern.

Bst. b und c: Im Unterschied zu den rechtlichen Anforderungen gemäss Art. 25 Abs. 1 handelt es sich hierbei um Unterlassungsgebote. Eine Anbieterin könnte kaum den Nachweis erbringen, dass sie weder bestochen noch Wettbewerbsabreden getroffen hat. Deshalb ist ein rechtskräftiges Urteil als Ausschlussgrund zu verlangen.

Wie bei Art. 25 hat sich die Anbieterin das Handeln ihrer Organe, ihrer Angestellten sowie ihrer Unterakkordanten anrechnen zu lassen, unabhängig davon ob diese im Zeitpunkt des Entscheides noch für sie tätig sind oder nicht.

*Abs. 2*

Eine besondere Bedeutung kommt dem seit dem 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41) zu: Wird eine Anbieterin von einer kantonalen Behörde in Bezug auf künftige Beschaffungsverfahren rechtskräftig ausgeschlossen (Art. 13 Abs. 1 BGSA), berücksichtigt die Beschaffungsstelle dies während der gesamten Ausschlussdauer gemäss Art. 13 BGSA. Eine allfällige Verbesserung im Sinne von Art. 26 Abs. 1 führt nicht zu einer Abkürzung der Frist nach Art. 13 Abs. 1 BGSA. Das SECO führt eine Liste der Arbeitgeber, gegen die ein rechtskräftiger Ausschlussentscheid ergangen ist. Diese Liste ist öffentlich zugänglich (Art. 13 Abs. 3 BGSA).

Jede Beschaffungsstelle kann zudem „schwarze Listen“ führen, welche Anbieterinnen aufführt, die nach Abs. 1 zwingend auszuschliessen sind, soweit sie nicht von der Liste des SECO gemäss Art. 13 Abs. 3 BGSA erfasst werden. Sie kann z.B. Anbieterinnen auflisten, die wegen Korruption oder kartellrechtswidriger Absprachen verurteilt wurden. Diese Listen haben einen rein deklarativen Charakter und begründen keine Rechte und Pflichten. Die Beschaffungsstelle darf auch ständige Listen von Anbieterinnen führen, gegen die keine Ausschlussgründe vorliegen („weisse Listen“; vgl. Art. 49).

*Art. 27 Beschaffungsrechtliche Ausschlussgründe*

Die Beschaffungsstelle muss eine Anbieterin von einem Verfahren ausschliessen, wenn derart schwerwiegende Gründe vorliegen, dass sie die davon betroffene Anbieterin ungeeignet erscheinen lassen, die erwünschte Leistung zu erbringen. Die Beschaffungsstelle ist zum Handeln verpflichtet, sofern der Ausschlussgrund mit einer gewissen Deutlichkeit vorliegt und der Ausschluss nicht überspitzt formalistisch wäre.

Sie kann den Ausschlussentscheid umgehend fällen oder bis zum nächstfolgenden, anfechtbaren Entscheid zuwarten (Art. 69 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Abs. 2).

Zu Bst. a: Die Nichtrespektierung der Fristen kann bereits dann einen wesentlichen Formfehler darstellen, wenn die Angebote einen Tag verspätet eintreffen (vgl. Entscheidung der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 13. August 1998, CRM 001/97, E. 3). Ist die Verspätung ausschliesslich der Beschaffungsstelle zuzuschreiben, können auch ein verspäteter Antrag auf Teilnahme oder ein verspätetes Angebot berücksichtigt werden (Art. XV:2 GPA).

Zu Bst. b: Die Beschaffungsstelle hat die Eignung spätestens beim Zuschlag zu prüfen.

Zu Bst. c: Die Beschaffungsstelle muss mit einem Ausschluss nicht auf ein rechtskräftiges Urteil warten, wenn mit einer hinreichenden Deutlichkeit ersichtlich ist, dass eine Anbieterin bestochen hat. Damit werden korrupte Praktiken verhindert (vgl. Art. V: 4 Bst. c GPA).

Zu Bst. d: Beim Ausstand geht es um eine Teilfrage des Verwaltungsverfahrensrechts. Dessen Regelung obliegt grundsätzlich dem Bund und den Kantonen für ihren jeweiligen Kompetenzbereich, die sich dabei immerhin an die allgemeinen Rahmenbedingungen (Art. V:4 Bst. b GPA, Art. 29 BV) zu halten haben. Dennoch wird vorliegend vorgeschlagen, die Frage des Ausstands bei Wettbewerben für Bund und Kantone abschliessend und auf neue Art und Weise zu regeln. In der Praxis hat sich nämlich gezeigt, dass das Erfordernis der Anonymität zur Folge haben kann, dass Mitglieder der Jury in einem späten Verfahrensstadium – nach Lüftung der Anonymität – noch ausgewechselt werden müssen. Solche späten Wechsel sind weder von den betroffenen Anbieterinnen noch von der Beschaffungsstelle erwünscht. Auch die Konkurrentinnen, die angesichts der Zusammensetzung einer Jury auf eine Teilnahme verzichtet haben, sind nicht daran interessiert, dass diese Zusammensetzung im Nachhinein geändert wird. Deshalb soll nicht das Jurymitglied in den Ausstand treten müssen, sondern die Beschaffungsstelle diejenigen Anbieterinnen ausschliessen, deren Teilnahme einen Ausstandsgrund für ein Jurymitglied begründen würde.

#### *Art. 28 Ausschluss wegen Vorbefassung*

##### *Abs. 1:*

Der Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtet die Beschaffungsstelle, einzelnen Anbieterinnen keine Vorteile einzuräumen, die deren Konkurrentinnen nicht erhalten. Sie schliesst eine Anbieterin von einem Beschaffungsverfahren aus, wenn objektiv erkennbar ist, dass diese vor der betreffenden Beschaffung Informationen erhielt, die ihr einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Konkurrentinnen verschafft haben. Dies trifft in der Regel zu, wenn eine Anbieterin massgebend an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt war, beispielsweise wenn sie die Ausschreibungsunterlagen vorbereitet hat (Art. X:5 rev. GPA). Eine Anbieterin verfügt in Ausnahmefällen auch dann über einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil, wenn sie nicht an der Vorbereitung der Beschaffung selbst, sondern an einer „Schwesterbeschaffung“ (z.B. besondere geologische Kenntnisse zufolge der Erstellung des ersten Teilstücks eines Tunnels) beteiligt war und dadurch mehr Wissen über die laufende Beschaffung erlangt hat.

*Abs. 2:*

Beschaffungen werden teilweise in aufeinander folgenden Phasen durchgeführt (z.B. Planung mit anschliessender Realisierung). Nur eine flexible Lösung bei der Vorbefassung kann verhindern, dass sich der Markt in einzelne Spezialistensegmente aufteilt (z.B. Planung, Realisierung). Kann die Beschaffungsstelle den durch die Vorbefassung erlangten Wettbewerbsvorteil einer Anbieterin ausgleichen, darf sie deshalb auf den Ausschluss dieser Anbieterin verzichten.

Die Beschaffungsstelle kann den Wettbewerbsvorteil beispielsweise dadurch ausgleichen, dass sie den Ausschreibungsunterlagen sämtliche Dokumente beifügt, welche den Vorteil begründen und so den Konkurrentinnen der vorbefassten Anbieterin dasselbe Wissen vermitteln. Sie legt die Fristen für die Einreichung der Angebote derart fest, dass die Konkurrentinnen ausreichend Zeit haben, sich das Wissen ebenfalls anzueignen. Die vorbefasste Anbieterin hat keinen Anspruch auf diesen Ausgleich, um einem Ausschluss zu entgehen.

Ist eine Anbieterin vorbefasst, kann eine Konkurrentin nicht tatenlos bis zum Erlass des nächsten anfechtbaren Entscheides zuwarten. Sie hat die Vorbefassung umgehend bei der Beschaffungsstelle zu rügen. Im Beschwerdeverfahren hat sie zu beweisen, dass sich die fragliche Anbieterin an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt und dadurch ein Mehrwissen erlangt hat. Daraus entsteht die Vermutung, dass ein Wettbewerbsvorteil vorliegt. Den Beweis, dass der Wissensvorsprung der fraglichen Anbieterin ausgeglichen wurde, hat die Beschaffungsstelle zu erbringen. Die vorbefasste Anbieterin unterliegt einer allgemeinen Mitwirkungspflicht.

*Art. 29 Weitere Gründe für den Ausschluss*

*Abs. 1:*

Weitere, nicht abschliessend aufgeführte Gründe können den Ausschluss einer Anbieterin rechtfertigen. Es liegt im Ermessen der Beschaffungsstelle, ob sie eine Anbieterin tatsächlich vom Beschaffungsverfahren ausschliesst (fakultative Ausschlussgründe). Sie wägt im Einzelfall ab, ob ein Ausschluss angemessen und nicht diskriminierend ist.

Die Beschaffungsstelle kann eine Anbieterin ausschliessen, wenn diese Arbeitsbedingungen missachtet, die zwar nicht staatlich festgelegt sind (Art. 25 Abs. 1 Bst. b), aber zum Beispiel in (nicht allgemein verbindlich erklärten) Gesamtarbeitsverträgen enthalten sind (Bst. a). Fehlen diese, so kann auch die Missachtung von tatsächlichen orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen oder von Normalarbeitsverträgen ohne verbindliche Mindestlöhne (vgl. Art. 360a OR) einen Ausschluss rechtfertigen. Auch hier gilt für Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz das Herkunftsortsprinzip, unter Vorbehalt von Art. 3 BGBM (vgl. Art. 25 Abs. 3).

Der Bund geniesst keine verfassungsmässige Kompetenz, einen zwingenden Ausschlussgrund für Anbieterinnen festzulegen, welche kantonale Steuern nicht bezahlen (Bst. b) oder die gegenüber kantonalen Beschaffungsstellen falsche Angaben machen (Bst. c). Ebenso wenig kann er einer Beschaffungsstelle vorschreiben, eine in finanzielle Schwierigkeiten geratene Anbieterin, gegen die aber noch kein Konkursverfahren eröffnet wurde, vom Beschaffungsverfahren auszuschliessen.

*Abs. 2:*

Die Zulassung von Bietergemeinschaften fördert den Wettbewerb und erhöht insbesondere die Chancen für KMU in grossen Beschaffungen. Bietergemeinschaften sind deshalb grundsätzlich zugelassen. Die Beschaffungsstellen können deren Zulässigkeit im Einzelfall in der Ausschreibung einschränken. Dies gilt auch für kantonale Beschaffungsstellen, weshalb die verfassungsmässige Kompetenzregelung gewahrt bleibt.<sup>54</sup>

*Abs. 3:*

Die Beschaffungsstelle kann verlangen, dass eine Anbieterin bestimmte rechtliche Anforderungen (z.B. Bildung einer Rechtsform, Vorweisen bestimmter Bewilligungen) erfüllt (Art. VIII:1 rev. GPA). Diese Anforderungen müssen erst im Zeitpunkt des Zuschlages erfüllt werden, weil mit deren Erfüllung manchmal zeitintensive Abläufe verbunden sind.

*Abs. 4:*

Das GPA wird vom Prinzip des Gegenrechts dominiert. Ausländische Anbieterinnen können sich nur soweit auf dieses Gesetz berufen und eine Gleichbehandlung mit schweizerischen Anbieterinnen verlangen, als ihr Sitzstaat diesen in gleichem Mass den Marktzutritt gewährt. Ausgenommen sind Beschaffungen im Rahmen des Alp-transit-Beschlusses (Art. 13; SR 742.104).

Die Beschaffungsstelle ist nicht verpflichtet, ausländische Anbieterinnen aus Staaten ohne Gegenrecht auszuschliessen. Sie kann den Zuschlag einer Anbieterin aus einem Drittstaat ohne Gegenrecht erteilen, sofern deren Angebot das wirtschaftlich günstigste ist.

#### *4. Abschnitt: Beurteilungskriterien*

##### *Art. 30 Im Allgemeinen*

Ein Leistungsbezug fehlt, wenn Kriterien verwendet bzw. Merkmale berücksichtigt werden, welche für die zu erbringende Leistung bedeutungslos sind. Die Eignungs- und Zuschlagskriterien dürfen nicht leistungsfremde, d.h. nicht direkt mit der Beschaffung in Bezug stehende Bedingungen beinhalten. Vorbehalten bleibt die Einhaltung von rechtlichen Anforderungen (so genannte legal compliance, vgl. Art. 25, 26 sowie 29), die nicht als Beurteilungskriterien gelten.

Haben leistungsbezogene Beurteilungskriterien gleichzeitig positive wirtschafts-, sozial- oder umweltpolitische Nebeneffekte (z.B. Schaffung von Arbeitsplätzen, Erhöhung des Steuersubstrates), so sind diese willkommen. Sie sind aber nur zu verwenden, soweit sie für die konkrete Beschaffung relevant sind und nicht die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung oder die Gleichbehandlung der Anbieterinnen beeinträchtigen. Regional- oder strukturpolitisch sowie fiskalpolitisch und volkswirtschaftlich motivierte Kriterien (z.B. Unternehmens- oder Steuersitz) diskriminieren ausländische Anbieterinnen, weil sie diese national geprägten Kriterien zum Vorneherein nicht erfüllen können. Als Kriterium ebenfalls unzulässig ist die Berücksichtigung der Anfahrtswege bzw. der Transportwege, wenn dies der Bevorzugung von Ortsansässigen dient (vgl. BGE 2P.241/1999 vom 31. Mai 2000, E. 4a). Auf den geografischen Standort oder auf die Herkunft der Anbieterinnen darf die Beschaffungsstelle nur abstellen, sofern hierfür im Einzelfall zwingende Gründe vorliegen

<sup>54</sup> Biaggini, Verfassungsstudie, a.a.O., S. 57.

(Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Oktober 1998, E. 6c, BRK 1998-003). Das Kriterium der Ortskenntnisse kann beispielsweise nur berücksichtigt werden, wenn hierfür sachgerechte Gründe (z.B. topografische oder geografische Schwierigkeiten) vorliegen und dieses Kriterium nicht bloss zum Schutz ansässiger Bewerber vorgeschoben wird (BGE 2P.46/2005 und 2P.47/2005 vom 16. September 2005, Erw. 5.1; Ortskenntnisse für eine Gesamtmelioration).

Die Beschaffungsstelle hat die Kriterien klar und verständlich festzulegen und, sofern für deren Überprüfbarkeit notwendig, zusätzlich zu umschreiben oder mit Subkriterien zu konkretisieren. Dies gilt insbesondere auch für Kriterien, die subjektiv bewertet werden (z.B. Ästhetik). Die Beschaffungsstelle hat die Wahl der Kriterien der einzelnen Beschaffung anzupassen, sei dies um damit ungerechtfertigte administrative Belastungen seitens der Anbieterinnen zu vermeiden oder um die Beschaffung nicht unnötig zu verteuern.

### *Art. 31 Eignungskriterien*

#### *Abs. 1:*

Weist eine Anbieterin die verlangte Leistungsfähigkeit nach, gilt sie als geeignet für die Ausführung einer Beschaffung. Grundsätzlich sind diese Eignungskriterien zwingend zu erfüllen. Hat die Beschaffungsstelle die Anzahl der Teilnehmer, die ein Angebot einreichen dürfen, im Voraus beschränkt (Art. 33 Abs. 1), können die Eignungskriterien auch wertender Natur sein. In diesem Fall sind die Eignungskriterien in der Rangfolge ihrer Bedeutung auszuschreiben (Anhang 1 Ziffer 5). Die Eignung kann in unterschiedlichen Dimensionen überprüft werden. Die Beschaffungsstelle darf Eignungskriterien aber nicht in der Absicht festlegen, gewisse Anbieterinnen von vorneherein auszuschliessen. Sie hat die Fähigkeiten der Anbieterinnen aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit innerhalb und ausserhalb der Schweiz zu beurteilen (Art. VIII:2 Bst. 2 rev. GPA).

#### *Abs. 2 und 3:*

Im Anhang 2 zum Gesetz werden sowohl Kriterien, als auch die dazugehörigen Nachweise aufgelistet. Die Liste in Anhang 2 ist nicht abschliessend. Die Nachweise belegen das Vorliegen der geforderten Eignung. Die Beschaffungsstelle soll nur die für die Eignung erforderlichen Nachweise verlangen, um die administrativen Kosten der Anbieterinnen möglichst klein zu halten. Sie kann sich darauf beschränken, von den Anbieterinnen vorerst nur eine Bescheinigung oder eine ehrenwörtliche Erklärung zu verlangen, dass gewisse Eignungsnachweise erbracht werden könnten. Hat sie die potentielle Zuschlagsempfängerin evaluiert, kann sie anschliessend nur noch von dieser die Nachweise tatsächlich einfordern. Dieses Vorgehen verkleinert den Aufwand aller am Verfahren Beteiligten. Frühere Erfahrungen (z.B. Referenzen) dürfen bewertet werden, soweit diese für die konkret zu erbringende Leistung von Relevanz sind. Dies gilt auch für eigene Erfahrungen der Beschaffungsstelle mit einer Anbieterin, sofern dadurch nicht andere Anbieterinnen übervorteilt werden. Eine Bewertung der eigenen Erfahrungen darf auch nicht dazu führen, dass Anbieterinnen, die nie mit der Beschaffungsstelle zusammen gearbeitet haben, diskriminiert werden. Unzulässig wäre ferner das Kriterium, dass eine Anbieterin bereits früher einen Zuschlag der Beschaffungsstelle erhalten hat. Ist die Beschaffung besonders umweltrelevant, darf auch das Vorhandensein eines Umweltmanagementsystems verlangt werden.

## *Art. 32 Zuschlagskriterien*

### *Abs. 1:*

Damit das wirtschaftlich günstigste oder bei standardisierten Leistungen das billigste Angebot ausgewählt werden kann (vgl. Art. 39), zieht die Beschaffungsstelle Zuschlagskriterien bei, die sie im Voraus bekannt gibt. Die massgebenden Kriterien werden für jede Beschaffung neu festgelegt.

### *Abs. 2:*

Die Aufzählung der monetären und nicht monetären Zuschlagskriterien ist beispielhaft und nicht abschliessend.

Zu den monetären Zuschlagskriterien: Bei vielen Güter- und Bauleistungsbeschaffungen sind nicht die Beschaffungskosten („Preis“) allein wirtschaftlich entscheidend, sondern die Gesamtkosten (Lebensdauerkosten), die beim Betrieb, dem Unterhalt, der allfälligen Weiterentwicklung und der Entsorgung entstehen. Die Betriebs- und Unterhaltskosten können ein Mehrfaches der reinen Anschaffungskosten betragen. Der Preis ist somit nur ein Zuschlagskriterium unter vielen.

Zu den nicht monetären Zuschlagskriterien: Unter dem Begriff der Umweltverträglichkeit kann beispielsweise die geringe Schadstoffbelastung, die Entsorgung, die Schonung von Ressourcen, die Reparierbarkeit etc. verstanden werden. Der wirtschaftliche Nutzen eines Angebots und das Kriterium der Umweltverträglichkeit werden oft als Gegensätze empfunden. Die Beachtung von Umweltaspekten muss aber dem wirtschaftlichen Nutzen nicht entgegenstehen. So kann z.B. die Lebensdauer, der Energieverbrauch oder die Entsorgung eines Gutes einen höheren Preis rechtfertigen. Bei Dienstleistungen können insbesondere auch die Erfahrung und die Kompetenz der einzusetzenden Schlüsselpersonen ein nicht monetäres Zuschlagskriterium sein.

### *Abs. 3:*

Die Rechtsprechung zum geltenden Bundesrecht verlangt, dass die Beschaffungsstelle die Zuschlagskriterien nicht nur in ihrer Rangfolge bekannt zu geben, sondern grundsätzlich auch zu gewichten hat (Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. Juli 1999, E. 2f). Diese Vorschrift dient der Transparenz des Beschaffungsverfahrens (vgl. Art. 2 Bst. a). Gestützt auf die Kompetenz des Bundesgesetzgebers, die Transparenz von Beschaffungsverfahren gesamtschweizerisch zu regeln, wird diese Regelung auf kantonale Beschaffungen ausgeweitet.

### *Abs. 4:*

Sind Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand einer Beschaffung, wäre es unpraktikabel, von der Beschaffungsstelle bereits im Voraus die Gewichtung der Zuschlagskriterien zu verlangen. Charakteristisch für derartige Beschaffungen ist gerade, dass die Beschaffungsstelle nur das Ziel vorgibt, den Weg dorthin aber allenfalls nicht kennt oder nicht vorgeben will. Die Ungewissheit der möglichen Angebotsinhalte verunmöglicht eine gewissenhafte Gewichtung der Kriterien im Voraus. Die Beschaffungsstelle hat aber immerhin die Rangfolge der Kriterien im Voraus festzulegen und die Bewertung nachvollziehbar festzuhalten (Art. 71).

### *Art. 33 Beschränkung der Anzahl Anbieterinnen*

#### *Abs. 1:*

Im selektiven Verfahren wählt die Beschaffungsstelle anhand der Eignungskriterien diejenigen Interessentinnen aus, die ein Angebot einreichen dürfen (Art. 10 Abs. 2). Sie berücksichtigt allfällige Ausschlussgründe (Art. 25 ff.). Die geeigneten Interessentinnen haben grundsätzlich alle das Recht, ein Angebot einzureichen. Die Beschaffungsstelle kann die Anzahl der zur Angebotsabgabe berechtigten Anbieterinnen im Einzelfall durch eine Minimal- oder Maximalzahl (z.B. mindestens drei Anbieterinnen) oder durch eine Spannweite (z.B. fünf bis sieben Anbieterinnen) beschränken. Da der Marktzugang bereits durch die Ausschreibung gewährt ist, wird auf die Vorgabe einer allgemeingültigen Mindestzahl verzichtet.

#### *Abs. 2:*

Die Zielsetzungen dieses Gesetzes sind zu berücksichtigen, auch wenn die Beschaffungsstelle dieses Beschränkungsprivileg in Anspruch nimmt (Art. 2): Diese setzen erstens voraus, dass die Beschaffungsstelle bei der Ausschreibung auf die Art und den Umfang der Beschränkung hinweist. Eine nicht angekündigte, nachträgliche Beschränkung ist nur vergaberechtskonform, wenn die Beschaffungsstelle mit einer objektiv nicht zu erwartenden grossen Anzahl von Anbieterinnen konfrontiert wird (vgl. Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. Mai 1997, BRK 1996-007, E. 3). Zweitens führt die Beschaffungsstelle die Selektion in gerechter und nicht diskriminierender Weise durch, indem sie wertende Eignungskriterien (z.B. Erfahrung) verwendet. Sie hat in diesem Fall ausnahmsweise die Eignungskriterien in ihrer Rangfolge auszuschreiben (Anhang 1 Ziffer 5). Drittens muss trotz der Beschränkung der Anzahl der Anbieterinnen ein wirksamer Wettbewerb möglich bleiben. Eine Beschränkung auf eine kleine Anzahl Anbieterinnen ist insbesondere gerechtfertigt, wenn sonst mit unverhältnismässigen Verzögerungen oder Mehrkosten gerechnet werden müsste. Und schliesslich ist viertens dem wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Gelder Rechnung zu tragen, indem die Beschaffungsstelle ihren Entscheid über die Anzahl der zur Angebotseinreichung zugelassenen Anbieterinnen auf eine Interessenabwägung abstützt: Die Komplexität der durchzuführenden Beschaffung und allfällige Angebotskosten werden dem Wert der zu beschaffenden Leistung und dem Aufwand an Kosten und Zeit für die Prüfung der Angebote gegenüber gestellt.

### *Art. 34 Öffnung der Anträge auf Teilnahme im selektiven Ausschreibungsverfahren*

Die Beschaffungsstelle gibt den Öffnungstermin den Teilnehmerinnen spätestens in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 19 Abs. 1 Bst. e). Sie hält im Protokoll insbesondere fest, wer einen Antrag eingereicht hat und ob die Anträge fristgerecht eingegangen sind.

### *Art. 35 Beschränkung der Anzahl der Angebote*

Die Beschaffungsstelle kann die Anzahl der Angebote während eines laufenden Ausschreibungsverfahrens in Selektionsrunden reduzieren (so genannte „Short-List“). Eine stufenweise Reduktion, allenfalls kombiniert mit einer immer detaillierter werdenden Ausarbeitung der Angebote durch die im Verfahren verbleibenden

Anbieterinnen ist vor allem bei einer Beschaffung mit hohen Angebotskosten sinnvoll (z.B. Planung von Informatiksystemen). Diese Reduktion erfolgt anhand der Zuschlagskriterien im Rahmen einer Zwischenbewertung bzw. einer Bewertung der Zwischenresultate (z.B. Grobplanung). Die Beschaffungsstelle kann eine Anbieterin ausschliessen, wenn sie nach dieser Bewertung offensichtlich keine Chancen mehr auf den Zuschlag hat. Durch diesen frühzeitigen Entscheid können die ausgeschiedenen Anbieterinnen schneller wieder über ihre Kapazitäten verfügen und ihre Verfahrenskosten reduzieren. Die Beschaffungsstelle kann die Anbieterinnen in einem eigenen, selbstständig anfechtbaren Entscheid ausschliessen (Art. 69 Abs. 1 Bst. c) oder den Ausschluss erst implizit mit dem Zuschlag eröffnen (Art. 69 Abs. 2).

## *5. Abschnitt: Öffnung der Angebote und Zuschlag*

### *Art. 36 Öffnung der Angebote*

Die Regelung bestimmter Mindestvorgaben für diesen korruptionsanfälligen Verfahrensschritt rechtfertigt sich aus Transparenzgründen und wird durch die verfassungsmässige Kompetenz abgedeckt.<sup>55</sup>

#### *Abs. 1*

Die Öffnung der Angebote erfolgt zu der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zeit und am angegebenen Ort. Verspätet sich ein Angebot aufgrund des Verhaltens der Beschaffungsstelle, darf den Anbieterinnen daraus kein Nachteil erwachsen (Art. XV:2 rev. GPA).

#### *Abs. 2*

Die Formalitäten der Angebotsöffnung sollen sicherstellen, dass einzelne Anbieterinnen nicht diskriminiert werden (Art. XV:1 rev. GPA).

#### *Abs. 3*

Die Beschaffungsstelle muss über die Öffnung der Angebote ein Protokoll mit bestimmten Mindestangaben erstellen, das die ordnungsmässige Angebotsöffnung belegt. Diese Protokollpflicht gilt für alle Beschaffungen im Ausschreibungsverfahren, unabhängig von der Art der zu erbringenden Leistung.

Die Beschaffungsstelle hat allen Anbieterinnen spätestens nach Erteilung des Zuschlages oder nach Verfahrensabbruch Einsicht in das Protokoll über die Öffnung der Angebote zu gewähren, sofern sie dies beantragen. Die Beschaffungsstelle beachtet dabei den Grundsatz der Vertraulichkeit (Art. 13) insbesondere in Bezug auf die Preise (vgl. Anhang 4 Ziffer 6).

#### *Abs. 4*

Öffentliche Angebotsöffnungen erhöhen die Transparenz. Sie sind aber aufwändig und erhöhen die Gefahr von Absprachen unter den Anbieterinnen in Fällen, in denen nach der Öffnung der Angebote noch Verhandlungen mit den Anbieterinnen geführt werden. Es liegt deshalb im Ermessen der Beschaffungsstelle, ob sie die Angebotsöffnung öffentlich durchführen will.

<sup>55</sup> Vgl. aber betr. Mindestanzahl Biagini, Verfassungsstudie, a.a.O., S. 36.

### *Art. 37 Bereinigung der Angebote*

#### *Abs. 1:*

Die Angebotsbereinigung bezweckt, die Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen, insbesondere mit Blick auf Angaben mit Bezug auf das Preis-Leistungs-Verhältnis. Die Beschaffungsstelle bereitet die Angebote derart auf, dass sie einander gegenübergestellt werden können. Es handelt sich dabei um einen Vorgang, der nicht zu einer Änderung der Angebote führen darf.

#### *Abs. 2:*

Teilweise kann die Beschaffungsstelle die Bereinigung nicht vornehmen, ohne Verständnisfragen an die Anbieterinnen zu richten. Diese Kontaktaufnahme ist aus Sicht der Gleichbehandlung und Transparenz heikel, weshalb sie nur unter der Einhaltung von bestimmten Formvorschriften erfolgen darf. Die Beschaffungsstelle ist jedoch nicht verpflichtet, durch Rückfragen fehlende Erklärungen der Anbieterinnen einzuholen oder diese durch eigene zu ersetzen. Lassen sich die eingegangenen Angebote nicht bereinigen, können – sofern in der konkreten Beschaffung zulässig – allenfalls nur Verhandlungen Abhilfe schaffen. Die Beschaffungsstelle kann den Anbieterinnen immerhin die Gelegenheit geben, zwischen der Angebotsöffnung und der Zuschlagserteilung unbeabsichtigte Formfehler zu berichtigen, sofern sie diese Möglichkeit allen Verfahrensbeteiligten zugesteht (Art. XV:3 rev. GPA).

#### *Abs. 3:*

Manchmal fällt ein Angebot auf, weil der Preis der geforderten Leistung im Vergleich zu den Preisen anderer Angebote ungewöhnlich niedrig ist (so genannte «Unter-» oder «Dumpingangebote»). Das hindert die Beschaffungsstelle nicht daran, solchen Angeboten den Zuschlag zu erteilen. Sie kann aber Erkundigungen einholen um sicherzustellen, dass keine Ausschlussgründe gemäss Artikel 25 und 26 vorliegen und dass diese Anbieterin die Modalitäten der Leistungserfüllung einhalten kann (vgl. Art. XV:6 rev. GPA). Stellt sich dabei heraus, dass die Anbieterin mit dem tiefen Preis versucht, über ihre fehlende Eignung hinwegzutäuschen oder zeigt sich, dass sie beispielsweise staatlich festgelegte Arbeitsbedingungen nicht einhält, dann hat die Beschaffungsstelle den Zuschlag zwingend zu widerrufen (Art. 25 Abs. 1 Bst. b). Zudem kann das Unterangebot im Licht des Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) beurteilt werden. Es ist aber nicht Sache der Beschaffungsstelle, nach Unlauterkeitstatbeständen zu fahnden, sondern die Konkurrenten haben diese, gestützt auf das UWG oder das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251), geltend zu machen.

### *Art. 38 Änderung der Anforderungen an die Leistung und der Beurteilungskriterien*

#### *Abs. 1:*

Die Anbieterinnen haben ein schützenswertes Interesse, dass die im Voraus gemachten Angaben zu den Leistungsanforderungen oder zu den Beurteilungskriterien (so genannte „Spielregeln des Verfahrens“) nicht von der Beschaffungsstelle während des laufenden Verfahrens einseitig abgeändert werden. Änderungen sind immerhin zulässig, sofern Gleichbehandlung und Transparenz gewahrt bleiben (Art. X:11 rev. GPA). Diese Flexibilität ermöglicht den Beschaffungsstellen, neue Erkenntnisse in

das laufende Verfahren einfließen zu lassen (so genannte „Lernkurve“). Dies gilt selbstverständlich nur unter Wahrung des vertraulichen Charakters der von den Anbieterinnen gemachten Angaben (vgl. Art. 13 Abs. 1).

*Abs. 2:*

Bei wesentlichen Änderungen bleibt der Beschaffungsstelle nichts anderes übrig, als das Verfahren abzubrechen und allenfalls zu wiederholen (Art. 57). Andernfalls bestünde die Gefahr, dass bis anhin am Verfahren unbeteiligte, potenzielle Anbieterinnen diskriminiert würden, hätten sie doch in Kenntnis der geänderten Ausgangslage allenfalls Angebote eingereicht. Wesentlich ist eine Änderung, wenn sie den Kreis der potenziellen Anbieterinnen ausweiten oder den im Verfahren bereits vorgängig ausgeschiedenen Anbieterinnen wiederum Chancen auf den Zuschlag eröffnen könnte.

*Abs. 3:*

Aus Gründen der Transparenz sind Änderungen allen Teilnehmerinnen des Verfahrens mitzuteilen. Diese sollen die Möglichkeit erhalten, innerhalb einer für alle gleich langen Frist durch Anpassung ihrer Angebote auf geänderte Vorgaben reagieren zu können. Die Beschaffungsstelle darf nur aus sachlich gerechtfertigten Gründen auf eine solche Benachrichtigung verzichten. Ein solcher Grund liegt etwa vor, wenn die Änderungen derart geringfügig sind, dass objektiv keine Anpassung der Angebote zu erwarten ist.

*Art. 39 Zuschlag*

*Abs. 1*

Die Beschaffungsstelle darf den Zuschlag nur einer geeigneten Anbieterin erteilen, die die rechtlichen Anforderungen gemäss Art. 25 f. erfüllt und nicht bereits aus dem Verfahren ausgeschieden ist.

*Abs. 2:*

Was das Angebot betrifft, belässt das GPA der Beschaffungsstelle die Wahl, den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot oder das Angebot mit dem tiefsten Preis zu erteilen (Art. XV:5 rev. GPA). Diese Wahlfreiheit wurde ursprünglich in den Vorarbeiten zum geltenden BoeB übernommen, in den parlamentarischen Beratungen aber wieder eingeschränkt. Nach geltendem Bundesrecht darf ein Zuschlag nur dann einzig nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erteilt werden, wenn es sich um standardisierte Güter handelt. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb von dieser Einschränkung abgewichen werden soll.

*Abs. 3:*

Die Ermittlung des besten Kosten-Leistungsverhältnisses der Angebote durch die Würdigung aller Zuschlagskriterien ist der eigentliche Sinn und Zweck des Beschaffungsverfahrens. In der Wahl der Bewertungsmethode kommt den Beschaffungsstellen ein grosses Ermessen zu. Sie dürfen insbesondere die so genannte „2-Couvert-Methode“ verwenden. Dabei werden zuerst die nicht monetären Aspekte eines Angebotes und erst danach die in einem getrennten Umschlag bezifferten Kosten bewertet. Diese zeitlich gestaffelte Bewertung verhindert, dass die Kosten bzw. der Preis eines Angebotes die Bewertung der nicht monetären Elemente eines Angebotes faktisch beeinflusst.

Der Beschaffungsstelle steht es auch offen, funktionale Mindestanforderungen an die zu erbringende Leistung festzulegen („Fit for Purpose“). Sie prüft zunächst, ob diese Mindestanforderungen erfüllt werden. Aus der Gruppe der Angebote, welche diese Mindestanforderungen erfüllen, erteilt sie danach den Zuschlag demjenigen mit den tiefsten Kosten. Diese Vorgehensart wird oftmals in der Privatwirtschaft gewählt und von der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle gefordert (im Zusammenhang mit einem Bericht über die Rüstungsbeschaffung des VBS vom 18. Oktober 2007, S. 61).

*Abs. 4:*

Der Zuschlag an das billigste Angebot kann nur erfolgen, wenn die Eigenschaften der zu beschaffenden Leistungen dermassen detailliert vorgegeben bzw. vereinheitlicht wurden, dass sich die Angebote praktisch nur durch den Preis unterscheiden.

*Abs. 5:*

Sind zwei Angebote gleichwertig, ist zwischen Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz der Zuschlag derjenigen Anbieterin zu erteilen, die Ausbildungsplätze anbietet und damit gesamtwirtschaftliche Verantwortung trägt. Als gleichwertig gelten Angebote mit gleicher Punktzahl. Die Beschaffungsstelle kann zur Bewertung des Ausbildungsangebotes auf die Zahl der Ausbildungsplätze im Verhältnis zum gesamten Personalbestand abstellen, um eine Benachteiligung von kleinen Betrieben gegenüber grossen zu verhindern.

Die Berücksichtigung der Anzahl der zur Verfügung gestellten Ausbildungsplätze eignet sich weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium, da ansonsten leistungsbezogene und leistungsfremde Eignungs- und Zuschlagskriterien vermischt würden (vgl. Art. 30 bis 32). Eine solche Vermischung würde den Wettbewerb einschränken und sich verzerrend auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes auswirken. Die Berücksichtigung von Ausbildungsplätzen verletzt zudem die im internationalen Beschaffungsrecht verankerte Gleichbehandlung von ausländischen Vertragsstaaten, die keine mit dem schweizerischen Ausbildungswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen (vgl. Antwort des Bundesrates auf die Motion Galladé; Ziffer 7). Die Kantone können im Rahmen des übergeordneten internationalen Rechts von dieser Vorschrift abweichen (vgl. Art. 41).

*Art. 40 Besondere Fälle*

*Abs. 1:*

Die Beschaffungsstelle teilt im Voraus mit, welche Anforderungen an die Leistung zwingend zu erfüllen sind (vgl. Art. 21 Abs. 3). Werden diese nicht erfüllt, fällt eine Anbieterin ausser Betracht. Art. 40 Abs. 1 erlaubt es der Beschaffungsstelle, differenzierter vorzugehen. Sie verlangt nicht bloss die Erfüllung von bestimmten Anforderungen an die Leistung (erfüllt/nicht erfüllt), sondern sie bewertet im Rahmen des Zuschlags deren Erfüllungsgrad (Punktzahl für den Erfüllungsgrad, z.B. beim Kriterium „Erfahrung“). Die Beschaffungsstelle gibt im Voraus bekannt, welche Mindestpunktzahl sie verlangt (so genannte „Guillotine-Klausel“). Sie bricht die Bewertung eines Angebots ab, wenn dieses die verlangte Mindestpunktzahl nicht erreicht (z.B. 300 Punkte bei den nicht monetären Kriterien). Die Anbieterin hat keinen Anspruch auf eine Gesamtbewertung, selbst wenn ihr Angebot gesamthaft gesehen möglicherweise das wirtschaftlich günstigste wäre (z.B. Kompensation der schlechten Qualität durch tiefe Preise).

*Abs. 2:*

Die Eignung bezieht sich auf die Anbieterin, der Zuschlag auf ihr Angebot. Die Eignungskriterien sind klar von den Zuschlagskriterien zu trennen. Einzelne Kriterien können aber als Eignungs- oder als Zuschlagskriterien verwendet werden (z.B. Erfahrung des Unternehmens als solchem und der einzelnen konkret zum Einsatz kommenden Schlüsselpersonen).

Die Beschaffungsstelle darf die Eignungsprüfung nicht mit der Prüfung der Angebote vermischen. Sie darf aber ein „Mehr an Eignung“ im Rahmen der Zuschlagsprüfung mitberücksichtigen. Dadurch werden kleinere oder Jungunternehmen unterstützt. Stellt die Beschaffungsstelle stattdessen sehr hohe Anforderungen an die zwingend zu erfüllende Minimaleignung (z.B. Erfahrung) und können deshalb Anbieterinnen die fehlende Erfahrung nicht durch sehr wirtschaftliche Angebote ausgleichen, werden junge oder kleine Unternehmen den Zuschlag seltener erhalten. Die Berücksichtigung der Mehreignung ist deshalb im Rahmen der Zuschlagsbeurteilung bis zu einem sachlich gerechtfertigten Ausmass zugelassen. Wenn die Beschaffungsstelle von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will, muss sie dies in der Ausschreibung ankündigen. Sie gibt dabei auch den Rang beziehungsweise die Gewichtung dieses Eignungskriteriums an. Dieses Vorgehen sichert die Transparenz und die Gleichbehandlung der Anbieterinnen.

Die Beschaffungsstelle darf hingegen einer Anbieterin, der sie die Eignung in der Präqualifikation zugesprochen hat, diese im weiteren Verfahren nicht ohne Grund wieder absprechen (vgl. den Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 7. Dezember 2005, E. 2 f, CRM 2005-007).

*Abs. 3:*

Die Beschaffung von Lösungswegen und Vorgehensweisen zeichnet sich durch einen typischen, sich stetig wiederholenden Bewertungsvorgang aus. Vor allem bei Wettbewerben wird nicht eine mathematische Bewertung anhand der Zuschlagskriterien, sondern vielmehr eine gesamthafte Würdigung der Beiträge vorgenommen. Aus Gründen der Transparenz hat die Beschaffungsstelle bei diesen Beschaffungen zumindest die Rangfolge der Kriterien in der Ausschreibung festzulegen.

Da in der Regel von dieser Anfangsphase eine grosse Hebelwirkung auf die Gesamtkosten einer Beschaffung ausgeht, dürfen die monetären Aspekte nicht überbewertet werden. Aus Sicht der Lebenswegkosten (Art. 32 Abs. 2 Bst. a) werden sonst die Mittel nicht wirtschaftlich eingesetzt (Art. 2 Bst. d).

*Abs. 4:*

Hat die Beschaffungsstelle bekannt gegeben, dass sie die Beschaffung in mehrere Lose aufteilt oder Teilangebote zulässt (Art. 23), kann sie den Zuschlag für mehrere oder alle Lose einer einzelnen Anbieterin erteilen, sofern diese das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat. Sie kann die Beschaffung aber auch auf mehrere Anbieterinnen aufteilen, insbesondere wenn sie ihre Abhängigkeit von einzelnen Anbieterinnen verkleinern will.

Hat eine Anbieterin nur ein Gesamtangebot eingereicht, ist sie nicht verpflichtet, eine Zusammenarbeit mit einer anderen Anbieterin einzugehen. Die Beschaffungsstelle kann in der Ausschreibung auf Gesamtangebote verzichten und damit verhindern, dass sie gleichzeitig Teilangebote und Gesamtangebote bewerten muss.

#### *Art. 41 Abweichendes kantonales Recht*

In Berücksichtigung von Art. 95 BV und der kantonalen Eigenständigkeit belässt die bundesgesetzliche Regelung den Kantonen die Möglichkeit, auch bei nicht weitgehend standardisierten Leistungen auf das Kriterium Preis abzustellen. Es geht bei diesen Gesichtspunkten in erster Linie um Fragen der Beschaffungspolitik, die Sache der Kantone ist, nicht um die Gewährleistung eines einheitlichen Wirtschaftsraums.<sup>56</sup>

#### *Art. 42 Publikationspflicht*

##### *Abs. 1*

Die Transparenz ist vor allem zu Beginn und am Ende eines Verfahrens wichtig. Deshalb wird im offenen und selektiven Verfahren nicht nur die Ausschreibung, sondern auch der Zuschlag im amtlichen Publikationsorgan (Art. 55) publiziert. Der Zuschlagsentscheid kann den Betroffenen im Voraus direkt eröffnet werden.

##### *Abs. 2*

Die Frist zur Veröffentlichung beginnt mit der Erteilung des Zuschlages und nicht erst mit seiner direkten Eröffnung.

##### *Abs. 3*

Die Beschaffungsstelle gibt insbesondere den Preis des berücksichtigten Angebotes an, vorausgesetzt, sie verletzt dadurch nicht das Geschäftsgeheimnis. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn Rückschlüsse auf die Kalkulationsgrundlagen des Angebotes gezogen werden könnten. Die summarische Begründung des Zuschlagsentscheides kann insbesondere die Merkmale und Vorteile des siegreichen Angebotes aufzeigen. Entzieht die Beschaffungsstelle einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung, so begründet sie dies ebenfalls summarisch in der Zuschlagspublikation (Anhang 4 Ziffer 8).

##### *Abs. 4*

Die Beschaffungsstelle kann nur in bestimmten, abschliessend aufgezählten Fällen auf die Publikation verzichten und den Zuschlag direkt eröffnen (vgl. Art. III GPA).

Die öffentliche Ordnung und Sicherheit (Bst. a) würde beispielsweise gefährdet, wenn die Publikation eines Zuschlages voraussichtlich zu Panikkäufen bestimmter Arzneimittel führen würde.

Die Publikationspflicht des Zuschlages ist nicht von der Verfahrenswahl, sondern vom Schwellenwert abhängig. Erreicht das berücksichtigte Angebot die Schwellenwerte für das Ausschreibungsverfahren, publiziert die Beschaffungsstelle den Zuschlag, auch wenn die Beschaffung in einem Einladungs- oder freihändigen Verfahren durchgeführt wurde. Erreicht das berücksichtigte Angebot die Schwellenwerte für das Ausschreibungsverfahren nicht, kann die Beschaffungsstelle selbst in einem Ausschreibungsverfahren auf die Publikation des Zuschlages verzichten (Bst. b).

<sup>56</sup> Vgl. Biaggini, Verfassungsstudie, a.a.O., S. 34.

## *Art. 43 Zeitpunkt des Vertragsabschlusses*

### *Abs. 1*

Die Beschaffungsstelle darf den Vertrag mit der Anbieterin erst abschliessen, wenn sich die Frage der aufschiebenden Wirkung nicht mehr stellt. Die Beschaffungsstelle hat somit den Ablauf der Beschwerdefrist abzuwarten. Der Fristenlauf der Beschwerde beginnt mit der formell korrekten Eröffnung des Zuschlages. Wird die Eröffnung unterlassen, gilt der Vertrag solange als „verfrüht“ abgeschlossen, bis das Beschwerderecht verwirkt ist (Art. 78 Abs. 2).

Zu Bst. a: Der Bund und die Kantone können gesetzlich festlegen, unter welchen Voraussetzungen eine Beschwerde nie aufschiebende Wirkung hat (vgl. Art. 6 Abs. 2). Die Beschaffungsstellen des Bundes dürfen den Vertrag sofort nach der Eröffnung des Zuschlags abschliessen, wenn die Beschaffung für ein öffentliches Werk oder eine Bundesaufgabe erfolgt, die in der vom Bundesrat in einer Verordnung erlassenen Liste genannt wird (Art. 76 Abs. 4).

Zu Bst. b: Wird in einem anderen Fall eine Beschwerde eingereicht, darf die Beschaffungsstelle den Vertrag abschliessen, wenn die Beschwerde zurückgezogen wurde, wenn auf die Beschwerde rechtskräftig nicht eingetreten oder wenn die Beschwerde rechtskräftig abgewiesen wurde.

### *Abs. 2*

Eine Beschaffungsstelle kann einer Beschwerde unter bestimmten Voraussetzungen im Voraus die aufschiebende Wirkung entziehen. Für Bundesbeschaffungen sind Art. 76 Abs. 1 i.V. mit Art. 55 Abs. 2 VwVG anwendbar. Gründe für ein überwiegendes öffentliches Interesse, das einen Entzug rechtfertigt, können zum Beispiel sein: hohe Kostenfolgen, die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Verzögerungen, die einen erfolgreichen Projektabschluss verhindern (vgl. Erläuterungen zu Art. 76). Die Beschaffungsstelle wartet in diesem Fall den Ablauf der Beschwerdefrist ab, bevor sie den Vertrag abschliesst.

Zu Bst. a: Stellt die Beschwerdeführerin innerhalb der Beschwerdefrist kein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, kann die Beschaffungsstelle den Vertrag sofort abschliessen.

Zu Bst. b: Beantragt die Beschwerdeführerin die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und entscheidet die Beschwerdeinstanz innerhalb von 30 Tagen, ist zu unterscheiden: Wird das Gesuch auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen, muss die Beschaffungsstelle mit dem Vertragsabschluss zuwarten. Unter bestimmten Voraussetzungen kann sie diesen Entscheid auch an das Bundesgericht weiterziehen (vgl. Erläuterungen zu Art. 76). Wird das Gesuch auf Wiederherstellung hingegen abgewiesen, kann der Vertrag grundsätzlich abgeschlossen werden, es sei denn die Beschwerdeführerin zieht diesen Entscheid ihrerseits mit Beschwerde an das Bundesgericht weiter.

Unterlässt es die Beschwerdeinstanz, innerhalb dieser 30 Tage zu entscheiden, kann die Beschaffungsstelle den Vertrag ebenfalls abschliessen. Die Beschwerdeführerin wird durch diesen Mechanismus nicht unsachgerecht benachteiligt. Eine Verfahrensbeschleunigung könnte ansonsten nur erreicht werden, indem der Beschwerde

die aufschiebende Wirkung ganz grundsätzlich entzogen würde. Die Beschwerdeführerin müsste also in der Regel auf den Schadenersatzweg (Sekundärrechtsschutz, vgl. auch Art. 77 Abs. 2) verwiesen werden, was selten ihrem Ziel (Primärrechtsschutz, also Zuschlag) entsprechen dürfte. Bei den Beschaffungsstellen würde eine allfällige Ausdehnung des Sekundärrechtsschutzes voraussichtlich zu höheren Beschaffungskosten führen (zum Ganzen: Vgl. Erläuterungen zu Art. 76). Soweit die vorgeschlagene Regelung eine überhöhte Arbeitslast der Gerichte verursachen würde, wären dort mehr Ressourcen zu schaffen, anstatt dass die Anbieterinnen und die Beschaffungsstellen hohe Verzögerungskosten in Kauf nehmen müssen.

Ein „verfrüht“ abgeschlossener Vertrag hindert das Gericht nicht daran, den angefochtenen Zuschlag aufzuheben. Ansonsten könnte die Beschaffungsstelle durch einen vorzeitigen Vertragsabschluss die Schranken des Beschaffungsrechts umgehen (vgl. Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Juli 1997, E. 2), und die vergaberechtlichen Regeln könnten nicht wirkungsvoll durchgesetzt werden.

Selbst wenn die Beschaffungsstelle den Vertrag abschliessen darf, kann sie mit dem Vertragsabschluss zuwarten, um im öffentlichen Interesse eine allfällige Schadenersatzzahlung abzuwenden. Schliesst die Beschaffungsstelle einen Vertrag trotz hängigem Beschwerdeverfahren ab, hat sie die Beschwerdeinstanz hiervon zu unterrichten, da dieser Umstand bei Begründetheit der Beschwerde einen Einfluss auf die Art des Entscheids hat (lediglich Feststellungsentscheid möglich).

*Variante (zusätzlicher Artikel 43a):*

*Art. 43a Unwirksamer Vertrag*

*Abs. 1*

Der Gesetzesentwurf äussert sich nicht zu den rechtlichen Auswirkungen auf den Vertrag, falls er „verfrüht“ abgeschlossen wurde. An dieser Lösung kann kritisiert werden, dass die damit verursachte Rechtsunsicherheit allen Verfahrensbeteiligten schadet. Der erneute Zuschlagsentscheid kann beispielsweise von der Beschaffungsstelle so lange verzögert werden, bis das Verhältnis mit dem erstmaligen Zuschlagsempfänger geklärt und allenfalls rückabgewickelt ist. Deshalb wird eine Variante zur Diskussion gestellt, in welcher das Schicksal des Vertrages gesetzlich geregelt wird. In diesem Fall sind konsequenterweise alle möglichen Erscheinungsfälle vergaberechtswidriger Verträge zu erfassen.

Das schweizerische Recht kennt Bestimmungen, welche als Rechtsfolge der Verletzung öffentlich-rechtlicher Formvorschriften die Nichtigkeit der darauf basierenden Rechtsgeschäfte nach sich ziehen (vgl. Art. 70 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht, BGBB; SR 211.412.11). Die EU ihrerseits verlangt von den Mitgliedsstaaten seit Neuestem, dass ein Vertragsabschluss, der gegen bestimmte beschaffungsrechtliche Vorgaben verstösst, unwirksam zu sein hat.<sup>57</sup> Einzelne Mitgliedsstaaten kennen bereits eine diesbezügliche Regelung.

<sup>57</sup> Richtlinie 2007/66/EG Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. L 335 vom 20.12.2007, S. 31 ff.

Gemäss dem österreichischen Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) sind Zuschläge, die innerhalb einer gewissen Stillhaltefrist erteilt werden, absolut nichtig (vgl. § 132). Für eine solche Regelung spricht, dass sich der Zuschlagsempfänger keinen wirtschaftlichen Vorteil aus einem nicht berechtigten Vertragsabschluss verschaffen soll. Denkbar wäre allerdings, die Nichtigkeitsfolge abzuschwächen, sofern keine Beschwerde gegen den Entscheid eingereicht oder eine Beschwerde rechtskräftig abgewiesen wurde.

Bst. a: Wird ein Vertrag „verfrüht“ abgeschlossen, haben meistens beide Vertragsparteien kein Interesse, den Vertrag anzufechten. Die Beschwerdeführerin muss deshalb die Möglichkeit erhalten, ihrerseits den Vertrag aufzuheben, was die Nichtigkeit als Rechtsfolge rechtfertigt.

Bst. b: Der Vertrag hat die wesentlichen Elemente des Zuschlags zu beinhalten. Weicht der Vertrag in wesentlichen Punkten vom Inhalt des siegreichen Angebots ab, ist dieser Vertrag nichtig und kann insbesondere auch von anderen Konkurrentinnen angefochten werden.

#### *Abs. 2*

Liegt ein Widerrufsgrund vor, beispielsweise wenn eine Anbieterin ihre Eignung nach dem Zuschlag verliert (Art. 27 Bst. b), kann ein bereits abgeschlossener Vertrag nicht verhindern, dass der Zuschlag widerrufen wird. Erwächst der Widerruf in Rechtskraft, führt dies zur Ungültigkeit des Vertrages. Eine Nichtigkeit wäre in diesen Fällen unverhältnismässig. Zudem kann die Beschaffungsstelle unter bestimmten Voraussetzungen auf einen Widerruf verzichten (vgl. Erläuterungen zu Art. 56 Abs. 3).

Als logische Folge dieser Variante ist auch Art. 77 Abs. 2 entsprechend anzupassen.

### *6. Abschnitt: Besondere Elemente des Ausschreibungsverfahrens*

#### *Art. 44 Pflicht zur Vorankündigung*

Durch die der Beschaffungsstelle eingeräumte Gestaltungsfreiheit kann jede Beschaffung unterschiedlich verlaufen. Obwohl der Numerus clausus der möglichen Verfahrensarten (Art. 9) eine minimale Transparenz sicherstellt, bleibt der Spielraum der Beschaffungsstelle gross. Die damit verbundene Unsicherheit der Verfahrensbeteiligten verlangt nach verstärkten Transparenzanforderungen. Deshalb hat die Beschaffungsstelle bereits in der Ausschreibung anzukündigen, ob sie Wettbewerbe, Dialoge, Verhandlungen, elektronische Auktionen oder ähnliche Instrumente der Verfahrensgestaltung verwenden will. Je nach Formulierung des Vorbehalts ist die Beschaffungsstelle frei, ob sie das vorbehaltene Instrument tatsächlich einsetzen will. Potenzielle Anbieterinnen können ihr Verhalten aber von Beginn weg danach richten.

Zwecks Gleichbehandlung der Anbieterinnen hat die Beschaffungsstelle in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, wie das Verfahren konkret ablaufen soll (Art. 19 Abs. 1 Bst. e). Wenn keine Ausschreibungsunterlagen erstellt werden, können die Verfahrensbeteiligten auch in anderer geeigneter Form informiert werden.

## *Art. 45 Wettbewerbe*

### *Abs. 1:*

Kennt die Beschaffungsstelle ihre Bedürfnisse, weiss aber nicht, wie sie diese am besten befriedigt, hat sich bereits im geltenden Recht der so genannte Wettbewerb als nützliches Instrument bewährt. In der Praxis werden Wettbewerbe oft dann durchgeführt, wenn ein grosser gestalterischer Freiraum besteht. Beschaffungsstellen setzen sie vor allem im Baubereich für die Beschaffung von Planerleistungen ein. Wettbewerbe erzielen regelmässig gute Resultate. Sie erfreuen sich deshalb einer hohen Akzeptanz in der Praxis.

Bei den Wettbewerben handelt es sich nicht um eine eigenständige Verfahrensart, sondern vielmehr um ein Bündel zwingender Sondernormen, die unabhängig von der Verfahrensart anzuwenden sind. Wettbewerbe werden im offenen, selektiven oder im Einladungsverfahren durchgeführt. Die Beschaffungsstelle entscheidet, ob sie einen Wettbewerb durchführen will. Die Anbieterinnen werden eingeladen, Lösungen vorzuschlagen oder zumindest aufzuzeigen, wie am besten vorzugehen ist, um das erwünschte Ziel zu erreichen. Im Gegensatz zu anderen Beschaffungen müssen die Konkurrentinnen in Wettbewerben bereits vor Erteilung des Zuschlags planerische oder ähnliche Vorleistungen erbringen, die häufig weit über die üblichen Angebote hinausgehen. Sie erbringen oft die eigentliche Leistung durch die Eingabe des Wettbewerbsbeitrages. Die Teilnehmerinnen am Verfahren unterliegen einem grösseren Auswahlermassen der Beschaffungsstelle als in anderen Beschaffungen. Um diesen Besonderheiten Rechnung zu tragen und Diskriminierungen zu verhindern, werden bestimmte Zusatzanforderungen an den Verfahrensablauf gestellt.

### *Abs. 2:*

Diese Norm setzt die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz für Wettbewerbe um. Die Beschaffungsstelle soll sich bei der Wahl des Wettbewerbs-siegers einzig an den Wettbewerbsbeiträgen orientieren, weshalb diese von den Teilnehmerinnen anonym einzureichen sind. Die im geltenden Recht ausgeübte Praxis, im selektiven Verfahren erst nach der Präqualifikation die Anonymität zu verlangen, soll nicht beschränkt werden. Ebenso sind Wettbewerbe weiterhin rechtskonform, bei denen die Beschaffungsstelle in einer Überarbeitungsphase der Wettbewerbsbeiträge die Anonymität lüftet. Sie wählt dieses Vorgehen, wenn sie mit den einzelnen Wettbewerbsteilnehmern offene Fragen klären will. Sie kündigt dies jeweils in den Ausschreibungsunterlagen – auch als Wettbewerbsprogramm bezeichnet – an (Art. 19 Abs. 1 Bst. e).

### *Abs. 3:*

Eine Jury ist mehrheitlich unabhängig, wenn die Mehrzahl seiner Mitglieder nicht der Weisungsbefugnis der Beschaffungsstelle untersteht. Fachkunde bedeutet, dass sich die Jury grundsätzlich aus qualifizierten Fachleuten aus den betreffenden Fachgebieten zusammensetzt, in denen der Wettbewerb durchgeführt wird. Sofern möglich sollten diese Fachleute mindestens über die gleichen Qualifikationen verfügen, wie sie von den Teilnehmerinnen gefordert werden.

*Abs. 4:*

Alle von der Jury gemäss Wettbewerbsreglement prämierten Teilnehmerinnen haben einen Anspruch auf ein dem Einzelfall angemessenes Preisgeld. Dieses Preisgeld ist von allfälligen Vergütungsansprüchen der Siegerin zu unterscheiden. Sofern die Vergütungsansprüche mit dem Preisgeld abgegolten werden sollen, hat die Beschaffungsstelle dies im Voraus bekannt zu geben. Die Beschaffungsstelle kann der Siegerin eines Wettbewerbes den Zuschlag für die Folgeleistungen unter den Voraussetzungen nach Art. 66 im freihändigen Verfahren erteilen.

*Abs. 5:*

Der Wettbewerb war bisher auf Bundesebene - basierend auf einer Kompetenzdelegation (Art. 13 Abs. 3 BoeB) - nur auf Verordnungsstufe geregelt (4. Kapitel der VoeB). Mit der Anhebung der Regelung auf Gesetzesstufe soll dieses innovationsfreundige Instrument über den Baubereich hinaus gefördert werden. Der Gesetzgeber beschränkt sich darauf, nur die konstitutiven Elemente der Wettbewerbe festzulegen. Den Kantonen steht es frei, unterschiedliche Arten des Wettbewerbs (z.B. Ideen-, Projekt- oder Gesamtleistungswettbewerbe) weiterhin zu pflegen oder diese weiter zu entwickeln. Für Beschaffungen des Bundes regelt der Bundesrat die Einzelheiten, insbesondere in Bezug auf die Zusammensetzung und die Aufgaben der Jury. Er kann zudem die Begriffe der Fachkunde und die Unabhängigkeit konkretisieren (vgl. zudem Art. 27 Abs. 1 Bst. d). Vorgesehen ist, dass die Beschaffungsstellen ganz oder teilweise auf die einschlägigen Bestimmungen von Fachverbänden verweisen können, sofern diese nicht den beschaffungsrechtlichen Grundsätzen widersprechen.

*Art. 46 Dialoge*

Ein durch die Anonymität geprägter Wettbewerb wird den Bedürfnissen der Beschaffungsstelle oft nicht gerecht, weil die möglichen Lösungen oder Vorgehensweisen bereits zu Beginn im Dialog, d.h. im Gespräch zwischen Anbieterin und Beschaffungsstelle, besprochen und gemeinsam weiterentwickelt werden müssen. Es handelt sich um einen Lernprozess, der in mehreren Runden ablaufen kann und immer wieder zu Verbesserungen führt. Mit diesem Element der Verfahrensausgestaltung können Verfahrensabbrüche mit anschliessender zeit- und kostenintensiver Wiederholung des Verfahrens vermieden werden. Die Anbieterinnen müssen ihre Angebote zu Beginn nicht bis in die letzten Details erarbeiten, sondern können diese in einem fortlaufenden Prozess immer weiter vertiefen. Hat die Beschaffungsstelle dies in der Ausschreibung angekündigt, kann sie den Kreis der verbleibenden Anbieter in jeder Vertiefungsrunde weiter reduzieren („Short List“, vgl. 29 Abs. 1). Dadurch entsteht sowohl für die Anbieterinnen als auch für die Beschaffungsstellen weniger Aufwand.

Im Gegensatz zur Regelung in der europäischen Gemeinschaft wird auf die Einführung einer eigenständigen Verfahrensart für den Dialog verzichtet. Der Vorentwurf schränkt den Dialog auch nicht auf so genannte „komplexe“ Dienstleistungen ein. Der Dialog wird vielmehr als ein Instrument verstanden, das in allen Verfahrensarten eingesetzt werden kann. Der Anwendungsbereich des Dialogs wird lediglich exemplarisch umschrieben. Es soll der Praxis überlassen werden, in welchen Beschaffungsverfahren Dialoge eingesetzt werden. Weil hohe Verfahrenskosten, allfällige Immaterialgüterrechte der Anbieterinnen und allenfalls Vergütungspflichten entstehen können, werden die Beschaffungsstellen voraussichtlich nur in eher seltenen

Fällen auf den Dialog zurückgreifen. Die Beschaffungsstelle wahrt während eines Dialoges den vertraulichen Charakter der von den Anbieterinnen gemachten Angaben (Art. 13). Für Bundesbeschaffungen spezifiziert der Bundesrat in Übereinstimmung mit den Grundsätzen dieses Gesetzes, welche Angaben im Vorfeld eines Dialoges zwingend bekannt zu geben und welche Formvorschriften zu beachten sind (Art. 45 Abs. 1).

#### *Art. 47 Verhandlungen*

##### *Abs. 1:*

Die Beschaffungsstelle verlässt den Vorgang der Prüfung und Bereinigung der Angebote (Art. 37 Abs. 1) und beginnt zu verhandeln, wenn sie eine Anbieterin kontaktiert, um ein für sie günstigeres Angebot zu erhalten. Bereits das geltende (Art. XIV) und auch das revidierte GPA (Art. XII) sehen vor, dass Verhandlungen geführt werden dürfen. Sowohl das geltende Bundesrecht als auch das revidierte interkantonale Konkordat haben die Möglichkeit von Verhandlungen übernommen. Im Gegensatz zum Bundesrecht werden im Konkordat Verhandlungen über den Preis (so genannte Abgebotsrunden) verboten (Art. 11 Bst. c revIVöB). Die Kantone sind in ihren kantonalen Umsetzungserlassen diesem Verbot gefolgt, wobei viele die Preisverhandlungen in freihändigen Verfahren wiederum zulassen.

Gegen Preisverhandlungen wird vorgebracht, dass die Anbieterinnen bei der Preiskalkulation ihrer Angebote von Beginn weg ein Verhandlungspolster einrechnen würden und dies zu einer Verteuerung der Beschaffung führe. Ausserdem erhöhen sich bei Preisverhandlungen die Korruptionsgefahr und die Gefahr des Missbrauchs der Nachfragemacht. Dem kann entgegengehalten werden, dass die Anbieterinnen kaum erhebliche Verhandlungspolster einbauen werden. Die Beschaffungsstelle ist nämlich nicht verpflichtet, vorbehaltene Preisverhandlungen auch tatsächlich durchzuführen. Befürchtet sie, dass Preisverhandlungen für eine Beschaffung schädlich sein könnten, kann sie im Voraus explizit darauf verzichten. Der allenfalls erhöhten Korruptionsgefahr kann – anstatt mit einem allgemeinen Verhandlungsverbot – mit innerbetrieblichen Massnahmen, wie z.B. klaren Kompetenzregelungen, Vier-Augen-Prinzip, Rotationen, „Reporting“ und Kontrollsystemen begegnet werden. Dem Argument, dass Preisverhandlungen die Gefahr eines Missbrauches der Nachfragemacht erhöhen, kann schliesslich entgegnet werden, dass das Kartellgesetz einen hinreichenden Schutz bietet. Seit der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Teilrevision des Kartellgesetzes unterliegt die Nachfragemacht der öffentlichen Hand den normalen wettbewerbsrechtlichen Regeln.

Viele Gründe sprechen für die Zulässigkeit von Preisverhandlungen. In der Privatwirtschaft sind diese in vielen Bereichen üblich und es ist nicht ersichtlich, weshalb bei öffentlichen Beschaffungen darauf verzichtet werden soll. Hinzu kommt, dass die Abgrenzung zwischen Preisverhandlungen und anderen Verhandlungen in der Praxis oft schwierig ist, da sich diese Vorgänge praktisch immer auf das Preis-Leistungsverhältnis auswirken. In Verfahren, in denen lediglich das Ziel der Beschaffung vorgegeben wird, sind Verhandlungen über sämtliche Leistungselemente inklusive über den Preis unabdinglich. Preisverhandlungen können schliesslich ein adäquates Mittel sein, um allfällige Preisabsprachen zu verhindern oder aufzubrechen. Ohne die Möglichkeit der Preisverhandlung müsste die Beschaffungsstelle in diesen Fällen das Verfahren allenfalls abbrechen und wiederholen. Bis zu einem rechtskräftigen Entscheid über das Vorliegen einer Preisabsprache kann aber viel

Zeit vergehen. Die Rechtmässigkeit eines Verfahrensabbruchs bliebe dementsprechend lange unklar. Bei einem Verbot von reinen Preisverhandlungen besteht die Gefahr, dass diese verdeckt unter dem Titel der „Angebotsvereinigungen“ trotzdem durchgeführt werden. Dies verstiesse gegen den Grundsatz der Transparenz und Würde – mangels spezifischer Formvorschriften – die Korruptionsgefahr erhöhen. Schliesslich enthält das vorliegende Gesetz keine Normen, welche flexible Lösungen von Grund auf verbieten. Deshalb wird auch in Zukunft an der Möglichkeit von umfassenden Verhandlungen festgehalten. Der volle Handlungsspielraum des GPA soll ausgeschöpft werden. Der erhöhten Gefahr der Ungleichbehandlung der Anbieterinnen ist durch zusätzliche Anforderungen an die Transparenz entgegenzutreten. Neben dem allgemein geltenden Vertraulichkeitsgrundsatz (Art. 13) und der Pflicht, den konkreten Ablauf der Verhandlungen im Voraus zu beschreiben (Art. 19 Abs. 1 Bst. e), können Formvorschriften die Nachvollziehbarkeit von Ablauf und Inhalt der Verhandlungen sicherstellen. Im Rahmen ihrer Kompetenz können Kantone, welche Verhandlungen, respektive Preisverhandlungen nicht einschränken bzw. nicht gänzlich verbieten (Art. 45 Abs. 2), die Formvorschriften selber festlegen. Für Bundesbeschaffungen bestimmt der Bundesrat, mit welchen Anbieterinnen über welche Inhalte verhandelt werden darf und welche formellen Anforderungen bei der Verhandlungsführung zu beachten sind.

Abs. 2:

Das GPA definiert die Voraussetzungen, unter denen Verhandlungen zulässig sind (Art. XII). Grundsätzlich muss die Beschaffungsstelle Verhandlungen im Voraus ankündigen (vgl. Art. 19 sowie Anhang 1 Ziffer 4). Ohne vorhergehende Ankündigung dürfen Verhandlungen nur geführt werden, wenn kein Angebot anhand der Zuschlagskriterien als das wirtschaftlich günstigste ermittelt werden kann. Der Beschaffungsstelle bleibt es selbstverständlich überlassen, ganz grundsätzlich auf Preisverhandlungen zu verzichten oder Verhandlungen einzig unter der Voraussetzung vorzubehalten, dass kein Angebot sich als das wirtschaftlich günstigste herausstellt (vgl. Empfehlung Nr. 9 der NAD BBl 2007 3635).

Die Beschaffungsstelle darf Anbieterinnen bei Verhandlungen nur in Übereinstimmung mit den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien aussondern. Sie setzt nach Abschluss der Verhandlungen allen verbleibenden Anbieterinnen eine gleich lange Frist, um neue oder überarbeitete Offerten einzureichen (Art. XVII:2 rev. GPA).

#### *Art. 48 Elektronische Auktionen*

In der EU werden elektronische Auktionen seit mehreren Jahren zugelassen (Art. 54 der Richtlinie 2004/18/EG; siehe 1.2.2). Das revidierte GPA lässt elektronische Auktionen ebenfalls explizit zu: Es enthält Minimalvorgaben (Art. XIV) und definiert den Begriff der elektronischen Auktion (Art. I Bst. f rev. GPA). In der Schweiz werden bereits heute im Rahmen privater und öffentlicher Beschaffungen – insbesondere in bestimmten Sektoren – elektronische Auktionen durchgeführt. Diese Möglichkeit bleibt weiterhin bestehen. Elektronische Auktionen fördern das E-Procurement. Sie sollen möglich sein, sofern Transparenz und Gleichbehandlung gewährleistet bleiben.

Abs. 1:

Will die Beschaffungsstelle eine elektronische Auktion durchführen, hat sie dies im Voraus vorzubehalten (Art. 44). Vor der elektronischen Auktion werden alle Offerten vollständig bewertet. Die Bewertung der Angebote ermöglicht der Beschaf-

fungsstelle, im Einzelfall besser beurteilen zu können, über welche Angebotsbestandteile (z.B. Preis; Realisierungsdauer) sie eine Auktion durchführen will und ob sie allenfalls ganz darauf verzichten möchte. Vor der Auktion gibt die Beschaffungsstelle den in Frage kommenden Anbieterinnen bekannt, worüber sie zu steigern gedenkt und informiert sie über ihre Bewertung. Die Anbieterinnen erhalten dadurch genügend Vorbereitungszeit und wissen, mit welchem Vorteil oder „Handicap“ sie in die Auktion einsteigen. Dadurch kann die Gefahr eines allfälligen Steigerungsfiebers gesenkt werden.

*Abs. 2:*

Eine elektronische Auktion ist ein iterativer Vorgang, während dem sich die Anbieterinnen gegenseitig über- oder unterbieten können (vgl. Art. I Bst. f rev. GPA). Gegenstand der Bietgebote können neben dem Preis auch andere Angebotsbestandteile sein. Denkbar ist beispielsweise, dass Anbieterinnen unter dem Kriterium der Realisierungsdauer zusätzliche Punkte in der Bewertung ihrer Angebote erhalten, sofern sie die Verpflichtung eingehen, eine Leistung schneller zu erbringen (z.B. kürzere Lieferfrist von Gütern).

Für die Beschaffungen des Bundes erlässt der Bundesrat ausführende Vorschriften. Er regelt insbesondere, wann welche Mindestangaben bekannt zu geben sind und wie eine Auktion beginnt und endet. Für kantonale Beschaffungen bleibt dies, unter Berücksichtigung der internationalen Vorgaben, den Kantonen vorbehalten. Sie können die Zulässigkeit von elektronischen Auktionen auch einschränken oder diese gänzlich verbieten (Art. 50 Abs. 2). Läuft der Auktionsvorgang, kann die Beschaffungsstelle keinen Einfluss mehr auf deren Ausgang nehmen, was insbesondere der Gleichbehandlung der Anbieterinnen dient.

*Abs. 3:*

Die Anonymität erschwert Absprachen unter den Teilnehmerinnen der Auktion.

*Abs. 4:*

In der Regel werden elektronische Auktionen für weitgehend standardisierte Güter durchgeführt. Die Anforderung der automatischen Klassierung anhand einer mathematischen Formel macht deutlich, dass elektronische Auktionen nicht für alle Beschaffungen geeignet sind. Insbesondere bei Leistungen, die anhand subjektiver Zuschlagskriterien bewertet werden, können keine elektronischen Auktionen durchgeführt werden (z.B. Planerleistungen).

*Abs. 5:*

Ist nur ein Teil des Angebotes Gegenstand der Auktion, hat die Beschaffungsstelle die Aktionsresultate im Rahmen des davon betroffenen Zuschlagskriteriums in die Gesamtbewertung einzubeziehen. Sie berücksichtigt dabei die in der Ausschreibung bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien (Art. 32 Abs. 3).

#### *Art. 49 Ständige Listen*

*Abs. 1:*

Die Beschaffungsstelle kann die Prüfung der Ausschlussgründe gemäss Art. 25 und 26 oder der Eignung auch systematisch und unabhängig von einer konkreten Beschaffung durchführen. Produkt dieser Prüfung ist eine ständige Liste, die für mehrere Beschaffungen verwendet werden kann. Solche Listen können für jede Art von

Beschaffungen erstellt werden, wobei sie vor allem für standardisierte Güter zweckmässig sein dürften. Das revidierte GPA definiert diese sogenannten „multi-use-lists“ (Art. I Bst. i) und legt die Mindestvorgaben fest (Art. IX:7).

*Abs. 2:*

Interessierte Marktteilnehmer können jederzeit ihre Aufnahme in die Liste beantragen. Erachtet die zuständige Beschaffungsstelle die Voraussetzungen für den Listeneintrag als nicht gegeben, kann die abgelehnte Anbieterin diesen Entscheid selbstständig anfechten. Das gleiche gilt, wenn sie nachträglich von der Liste gestrichen wird (Art. 69 Abs. 1 Bst. g).

*Abs. 3:*

Aus Transparenzgründen gibt die Beschaffungsstelle die Einrichtung einer ständigen Liste im offiziellen Publikationsorgan bekannt. Diese Publikation enthält – in Umsetzung der internationalen Vorgaben (Art. IX:8 GPA) – gewisse, im Anhang 3 aufgezählte Mindestangaben. Zu diesen Angaben gehören insbesondere die zu erfüllenden Voraussetzungen für einen Eintrag in die ständige Liste inklusive der Prüfungsmethoden, der Gültigkeitsdauer und der Formalitäten für deren Erneuerung.

*Abs. 4 und 5:*

Das Führen einer Liste entbindet die Beschaffungsstelle nicht von der Pflicht, später die Beschaffung einer konkreten Leistung auszuschreiben. Sie darf zudem eine Anbieterin nicht von vornherein aus einem Beschaffungsverfahren ausschliessen, nur weil sie nicht auf einer Liste eingetragen ist.

Mittels der ständigen Listen kann die Beschaffungsstelle ihren Prüfungsaufwand in einer Vielzahl von Beschaffungen reduzieren, weil sie aufgrund des Listeneintrages vermuten kann, dass die Eingetragenen die notwendigen Voraussetzungen erfüllen. Die Anbieterinnen ihrerseits ersparen sich Kosten, da sie nur einmal die entsprechenden Belege (z.B. Betreibungsregisterauszug) beibringen müssen.

Den Kantonen bleibt vorbehalten, das Führen ständiger Listen einzuschränken oder zu verbieten (Art. 50 Abs. 2). Einzelne Kantone sehen bereits heute die Möglichkeit der Führung von ständigen Listen vor und haben damit gute Erfahrungen gemacht. (z.B. Kantone Wallis und Thurgau).

#### *Art. 50 Modalitäten und Abweichungen*

Dem Bund kommt keine verfassungsrechtliche Kompetenz zu, den Kantonen Vorgaben in Bezug auf den wirtschaftlichen Einsatz ihrer Mittel zu machen. Deshalb bleibt es den Kantonen freigestellt, diesem Zweck dienende Instrumente für ihren Kompetenzbereich einzuschränken oder zu verbieten. Diese Gesetzesvorlage legt lediglich grundsätzliche Normen zur Sicherung der Transparenz und Gleichbehandlung fest. Entsprechend sind der Bundesrat und die Kantone für ihren Zuständigkeitsbereich je autonom, ausführende Bestimmungen zu erlassen, welche diese Grundsätze verfahrenstechnisch umsetzen und konkretisieren.

## *8. Abschnitt: Fristen, Formvorschriften und Publikationsorgan*

### *Art. 51 Fristen*

#### *Abs. 1:*

Die Beschaffungsstelle legt die Verfahrensfristen fest und stellt die Einhaltung ihrer Termine sicher. Sie bestimmt die Fristen in jedem Einzelfall in angemessener Weise (Art. XI rev. GPA). Je nach Beschaffung räumt sie den Anbieterinnen längere Fristen als die festgelegten Mindestfristen ein (z.B. für Planerleistungen bei komplexen Bau- oder Informatikprojekten). Dies gilt vor allem für Fristen zur Einreichung von Anträgen auf Teilnahme und von Angeboten, aber auch für andere Fristen im Verfahren (z.B. zur Beantwortung von Fragen). Diese Fristen sowie allfällige Fristverlängerungen sind für alle Anbieterinnen gleich festzusetzen.

#### *Abs. 2:*

Bei der Bemessung der Fristen kann neben der Art und der Komplexität der Beschaffung beispielsweise entscheidend sein, wie viel die Anbieterin voraussichtlich an Dritte (z.B. Subunternehmer) weiter vergeben wird. Die Beschaffungsstelle berücksichtigt die erforderliche Zeit für die Übermittlung der Eingaben per Post aus dem In- oder Ausland, sofern nicht elektronische Übertragungsmittel verwendet werden.

#### *Abs. 3:*

Unter welchen Voraussetzungen die Fristen gewahrt sind und verlängert werden dürfen, bestimmt sich nach dem jeweils anwendbaren Verwaltungsverfahren (Art. 8). Dasselbe gilt für die Wiederherstellung von Fristen.

### *Art. 52 Minimalfristen*

Das GPA schreibt für die Verfahren mit Ausschreibung gewisse Minimalfristen und die Voraussetzung für deren Verkürzung vor (Art. XI rev. GPA). Die Minimalfrist für die Einreichung der Angebote beträgt bei beiden Ausschreibungsverfahren 40 Tage. Der Unterschied zwischen dem offenen und dem selektiven Verfahren ist einzig der Anfangszeitpunkt.

Für das Einladungs- und das freihändige Verfahren werden keine Mindestvorschriften vorgegeben. Der Bundesrat und die Kantone können in ihrem jeweiligen Kompetenzbereich vorsehen, dass in diesen Verfahrensarten die Fristen nicht so kurz angesetzt werden dürfen, da dies zu einer unverhältnismässigen Einschränkung des Marktes führen würde.

### *Art. 53 Verkürzungen*

Das GPA sieht Gründe für die Verkürzung der Fristen vor. Diese stehen auch den Beschaffungsstellen in der Schweiz zur Verfügung. Verzichtet wurde nur auf zwei dieser Gründe: (i) Zu Gunsten der Rechtssicherheit wurden Sonderregelungen für die Beschaffung kommerzieller Güter und Dienstleistungen nicht übernommen (Art. XI:7 rev. GPA). (ii) Es soll auch nicht möglich sein, die Minimalfristen mit den Anbieterinnen vertraglich zu verkürzen. Diese Möglichkeit könnten selbst nach GPA nur bestimmte Beschaffungsstellen nutzen (vgl. Art. XI:8 rev. GPA).

*Abs. 1:*

Das revidierte GPA sieht bei elektronisch geführten Beschaffungen die Möglichkeit vor, dass die Angebotsfrist unter gewissen Voraussetzungen in drei Schritten bis auf 25 Tage verkürzt werden kann (Art. XI:5).

*Abs. 2:*

Die Beschaffungsstelle kann im Voraus ankünden, dass sie die Durchführung einer Beschaffung plant. Aufgrund dieser Vorabinformation können sich die Anbieterinnen vorbereiten, sowie Zeit und Personalkapazitäten längerfristig einplanen, was insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen entgegen kommt. Die Verkürzung bis auf zehn Tage schränkt den Marktzugang kaum ein, ermöglicht aber der Beschaffungsstelle, sobald sie beispielsweise die definitive Kreditzusage hat, eine Beschaffung merklich zu beschleunigen.

Diese Reduktion auf bis zu zehn Tage kann die Beschaffungsstelle auch in Anspruch nehmen, wenn sie in der ersten Ausschreibung von wiederkehrenden Leistungen (vgl. Art. 14) auf die mögliche Fristverkürzung in den späteren Beschaffungen hingewiesen hat (vgl. auch Art. 14).

Eine Verkürzung der Minimalfristen ohne entsprechende Vorabinformation könnte den Marktzugang für einzelne Anbieterinnen erschweren oder gänzlich verhindern, weshalb sie nur in dringenden Fällen rechtskonform ist. Diese Dringlichkeit muss einerseits gebührend begründet sein und zudem die Verkürzung rechtfertigen (z.B. Felssturz). Nicht ausschlaggebend ist hingegen, ob die Dringlichkeit dem Verhalten der Beschaffungsstelle zuzuschreiben ist oder sich aus äusseren Umständen ergibt.

#### *Art. 54 Formvorschriften*

*Abs. 1:*

Formvorschriften dienen vor allem der Transparenz und der Gleichbehandlung der Anbieterinnen, können letzteren aber auch Kosten verursachen. Deshalb und zu Gunsten einer flexiblen Regelung wird nicht zwingend Schriftlichkeit, sondern nur die im Geschäftsverkehr jeweilig anerkannte Form verlangt.

*Abs. 2:*

Die Entmaterialisierung des Beschaffungsrechts ist zu fördern. Deshalb werden elektronische Übermittlungsformen zugelassen, sofern die Gleichbehandlung gewährleistet bleibt. Je nach Geschäftsverkehr kann auf eine qualifizierte Signatur verzichtet werden (vgl. Art. 13 Abs. 2).

*Abs. 3:*

Die Beschaffungsstelle kann daran interessiert sein, bestimmte strengere Formerfordernisse vorzugeben wie beispielsweise bei Plänen oder umfangreichen Dokumenten. Diese Anforderungen können sich auch auf einzelne Dokumente beziehen (z.B. Verträge). Die Beschaffungsstelle kündigt diese Anforderungen in der Ausschreibung an.

## *Art. 55 Amtliches Publikationsorgan*

### *Abs. 1 und 2*

Gemäss GPA muss die Publikation auf einem weit verbreiteten und zumindest für die angekündigte Dauer der Publikation leicht zugänglichen Publikationsorgan erfolgen. Für Bundesbeschaffungen wird ein zentrales elektronisches Publikationsorgan gefordert, das unentgeltlich zugänglich sein muss (Art. VII:1 Bst. a rev. GPA). Im Rahmen der Revision des GPA will sich die Schweiz deshalb in ihrem Appendix III verpflichten, alle Publikationen von Bundesbeschaffungen elektronisch im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu veröffentlichen. Die Beschaffungsstellen können dieselben Informationen zusätzlich in weiteren Publikationsorganen, namentlich in der Fachpresse oder in kantonalen Publikationsorganen, veröffentlichen. Der Bund und die Kantone dürfen darüber hinaus gemeinsam ein Publikationsorgan betreiben (z.B. [www.simap.ch](http://www.simap.ch)).

### *Abs. 3*

Für die Publikation einer Ausschreibung darf eine Gebühr verlangt werden. Die Beschaffungsstelle darf ihrerseits von den Anbieterinnen eine Gebühr für die Ausschreibungsunterlagen erheben.

### *Abs. 4*

Die Kantone bestimmen für ihren Zuständigkeitsbereich das Publikationsorgan. Sie können für ihre Publikationen auch das Publikationsorgan des Bundes als massgebend bezeichnen. Das GPA fordert die Kantone auf, elektronische Publikationen zu fördern. Die Publikationen müssen unentgeltlich zugänglich und auf einer gemeinsamen Plattform zumindest über Links abrufbar sein (Art. VII:1 Bst. b rev. GPA).

## *9. Abschnitt: Widerruf des Zuschlages und Abbruch*

### *Art. 56 Widerruf des Zuschlages*

#### *Abs. 1:*

Dieselben Gründe, die einen Ausschluss verlangen oder rechtfertigen, führen auch zu einem Widerruf des Zuschlages, falls die Beschaffungsstelle sie erst nach dessen Erteilung erkennt.

#### *Abs. 2:*

Ein Widerruf kann unverhältnismässige Folgen nach sich ziehen, z.B. wenn ein grosser Teil der vereinbarten Leistungen bereits erbracht wurde. An Stelle eines Widerrufs kann die Beschaffungsstelle in diesen Fällen Sanktionen verhängen. Insbesondere die Vereinbarung von empfindlichen Konventionalstrafen im Fall der Nichteinhaltung von rechtlichen Anforderungen oder Eignungskriterien dürfte der Durchsetzung dienlich sein.

#### *Abs. 3:*

Widerruft die Beschaffungsstelle den Zuschlag, muss sie nicht die gesamte Evaluation wiederholen. Sie kann sich darauf beschränken, den Zuschlag der nächstangewiesenen geeigneten Anbieterin zu erteilen, vorausgesetzt diese erfüllt die Anforderungen gemäss Art. 25 und 26. Hält die Nächstangewiesene ihr Angebot nicht mehr aufrecht, kann die Beschaffungsstelle der jeweils nachfolgenden Anbieterin den Zuschlag erteilen. Die Beschaffungsstelle berücksichtigt, inwieweit das Ausscheiden der

Zuschlagsempfängerin einen Einfluss auf die Rangierung der verbleibenden Verfahrensteilnehmer hat. Die Beschaffungsstelle darf keine wesentlichen Änderungen an den Leistungsanforderungen oder den Eignungs- und Zuschlagskriterien vornehmen (Art. 38).

#### *Art. 57 Abbruch*

##### *Abs. 1:*

Die Beschaffungsstelle darf ein Verfahren nicht leichtfertig, sondern nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses abbrechen (Art. XV:5 rev. GPA). Der Abbruch kann andernfalls erfolgreich angefochten und die Beschaffungsstelle zur Fortführung des Verfahrens oder zur Zahlung von Schadenersatz verpflichtet werden. Soweit die NEAT-Aufsichtsdelegation in ihrer Empfehlung 12 (BB1 2007 3660) eine Erleichterung des Abbruchs des Beschaffungsverfahrens zur Diskussion stellt, wird auf den begrenzten Handlungsspielraum gemäss GPA verwiesen (Vorliegen eines öffentlichen Interesses). Innerhalb dieser Leitplanken besitzt die Beschaffungsstelle grosses Ermessen.

Ein öffentliches Interesse liegt insbesondere vor, wenn die Beschaffungsstelle im Laufe des Verfahrens neue Erkenntnisse erlangt (z.B. neue Techniken am Markt) oder keine annehmbaren oder voraussichtlich aufeinander abgestimmten Angebote eingereicht wurden. Sie darf ein Verfahren ebenfalls abbrechen, wenn sich ihre Rahmenbedingungen ändern (z.B. neue Führung setzt neue Prioritäten, Volksabstimmung), Verfahrensfehler erkannt werden (z.B. falsche Verfahrenswahl) oder die Leistungsanforderungen in wesentlichen Punkten geändert werden müssen (z.B. weil die eingereichten Angebote die geschätzten Kosten deutlich übersteigen).

Nicht im öffentlichen Interesse liegt ein Abbruch, welcher der Beschaffungsstelle als Instrument dient, um eine potenzielle Zuschlagsempfängerin zugunsten einer Konkurrentin auszumanövrieren (Diskriminierung).

Die Frage der Rechtskonformität eines Abbruches erfordert keine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse der Beschaffungsstelle am Abbruch und dem privaten Interesse an der Fortführung des Verfahrens.

Der Bundesrat und die Kantone können für ihren Zuständigkeitsbereich prüfen, ob sie die Beschaffungsstellen verpflichten wollen, bei einem begründeten Verdacht auf ein kartellrechtswidriges Verhalten der Wettbewerbskommission eine Meldung zu erstatten.

##### *Abs. 2:*

Nach einer rechtskräftigen Publikation des Abbruchs hat die Beschaffungsstelle mehrere Möglichkeiten: Sie kann entweder auf ein neues Verfahren verzichten, weil sie beispielsweise das Projekt nicht mehr verwirklichen will oder sie kann stattdessen die Leistungen selber erbringen, beziehungsweise von einer internen Leistungserbringerin beziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b). Hält die Beschaffungsstelle an ihrer Beschaffungsabsicht fest, kann sie das Verfahren wiederholen. Sie kann dabei an der bisherigen Beschaffung festhalten oder diese in wesentlichen Punkten (vgl. Art. 38) ändern. Sie kann eine andere Verfahrensart wählen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Die Beschaffungsstelle darf keine Rechte der vormaligen Anbieterinnen (z.B. Urheberrechte) verletzen. Sie beachtet das Gebot von Treu und Glauben, dessen Verletzung zu einer Vergütungspflicht an die Anbieterinnen führen kann.

#### *4. Kapitel: Verfahren ohne Ausschreibung*

Erreicht eine Beschaffung die Schwellenwerte des offenen oder selektiven Verfahrens nicht, kann die Beschaffungsstelle auf eine Ausschreibung verzichten. Werden diese Schwellenwerte hingegen erreicht oder überschritten, müssen spezifische Umstände vorliegen, dass die Beschaffung im Einzelfall nicht ausgeschrieben werden muss. Das GPA enthält eine abschliessende, eng auszulegende Aufzählung von Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine Ausnahme möglich ist (Art. III:2 rev. GPA), bzw. eine Beschaffung freihändig erfolgen darf (Art. XIII rev. GPA).

##### *1. Abschnitt: Einladungsverfahren*

###### *Art. 58 Voraussetzungen*

###### *Abs. 1:*

Ist eine Beschaffung für die nationale Sicherheit und Verteidigung unerlässlich und würde bereits die Ausschreibung diese Schutzzwecke verletzen, kann die Beschaffungsstelle auf die Ausschreibung verzichten (vgl. Art. III:1 rev. GPA). Sie führt ein Einladungsverfahren durch, was einen gewissen Wettbewerb bewirkt und der Korruptionsprävention dient. Der Zuschlag muss nicht publiziert werden (Art. 42 Abs. 4 Bst. a).

###### *Abs. 2:*

Der Bundesrat kann auf die Liste der Militärgüter einerseits Kriegsmaterial (vgl. Art. III:1 rev. GPA) und andererseits Güter aufnehmen, die sowohl für den zivilen als auch für den militärischen Gebrauch eingesetzt werden können (so genannte „dual-use“-Güter, vgl. Appendix I, Annex 1 GPA). Der Bundesrat darf nur diejenigen „dual-use“-Güter auf die Liste der Militärgüter aufnehmen, die nicht aufgrund internationaler Verpflichtungen ausgeschrieben werden müssen (Appendix I, Annex 1 GPA).

Der Bundesrat kann diese Liste verkürzen und dadurch Güter der Ausschreibungspflicht unterstellen. Diese Ausdehnung der Ausschreibungspflicht bewirkt jedoch keinen Rechtsschutz für Anbieterinnen ohne Sitz oder Niederlassung in der Schweiz, ausser deren Herkunftsstaat gewährt Gegenrecht (Art. 73 Abs. 2).

###### *Art. 59 Anwendbare Bestimmungen*

###### *Abs. 1:*

Die Beschaffungsstelle muss den Zuschlag nicht publizieren, wenn das Einladungsverfahren eine Beschaffung unterhalb der Schwellenwerte für die Ausschreibungsverfahren betrifft oder wenn die Beschaffung von der Publikationspflicht befreit ist (Art. 42 Abs. 2).

###### *Abs. 2:*

Da sich im Einladungsverfahren mehrere Anbieterinnen konkurrenzieren, ist etwa an Bestimmungen zur Gleichbehandlung der eingeladenen Anbieterinnen, an die Ausschlussgründe (Art. 25-29) oder den Zuschlag (Art. 39 und Art. 40) zu denken.

## *2. Abschnitt: Freihändiges Verfahren*

### *Art. 60 Voraussetzungen im Allgemeinen*

Die Beschaffungsstelle kann in den im Gesetz abschliessend aufgeführten Fällen einen Vertrag mit einer Anbieterin ihrer Wahl abschliessen.

#### *Abs. 1:*

Sind Schutzgüter gefährdet, steht die Gefahr aber nicht unmittelbar bevor (z.B. Sprengung von bröckelnden Felspartien, Verstärkung von Dämmen bei vorausgesagten, anhaltenden Regenfällen), ist zu prüfen, ob ein Einladungs- oder ein Ausschreibungsverfahren mit verkürzten Fristen den Schutzzweck nicht ebenfalls erreichen kann.

#### *Abs. 2:*

Das freihändige Verfahren ist auch zu wählen, wenn dies zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit notwendig ist. In solchen Fällen muss die Beschaffungsstelle die Leistung an eine Anbieterin vergeben, welche die notwendigen Qualitäts- und Zuverlässigkeitsgarantien gewährleistet und insbesondere auch für eine absolute Verschwiegenheit Gewähr bietet. Aus Gründen der Geheimhaltung kann in solchen Fällen eine Ausschreibung oder ein Einladungsverfahren nicht in Frage kommen.

### *Art. 61 Fehlender Wettbewerb*

#### *Abs. 1:*

Wenn keine zuschlagsfähigen Angebote bei der Beschaffungsstelle eintreffen, ist kein Wettbewerb möglich. Die Beschaffungsstelle darf ein freihändiges Verfahren nicht provozieren, indem sie die Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen wesentlich ändert (Art. XIII:1 Bst. a rev. GPA).

#### *Abs. 2:*

Es genügt nicht, dass nur eine einzige Anbieterin die nachgefragte Leistung erbringen kann (Art. XIII:1 Bst. b rev. GPA). Es darf auch keine Ausweichmöglichkeit bestehen, die angemessen ist (z.B. anderes gleichwertiges Material als Alternative). Schliesslich darf die Leistung auch nicht austauschbar sein (z.B. Generika; gesetzeskonforme Kopien als Ersatzleistung).

#### *Abs. 3:*

Mangels Wettbewerb auf einem Markt kann die Beschaffungsstelle von der Anbieterin verlangen, ab einer Million Franken ihre Kalkulationsgrundlagen offen zu legen. Bereits das geltende Bundesrecht (Art. 5 VoeB) kennt diese Vorschrift, die dem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel dient.

### *Art. 62 Zusatzleistungen*

Technische Gründe für eine freihändige Vergabe sind beispielsweise die fehlende Austauschbarkeit oder Einsatzfähigkeit der bestehenden Ausrüstung, der Software, der Dienstleistungen oder der im ersten Verfahren beschafften Einrichtungen (Art. XIII:1 Bst. c rev. GPA). Die blosser Berufung auf den «Investitionsschutz», d.h. den Schutz von im Vorfeld investierten Kosten genügt nicht, es sei denn, der Anbieterwechsel hätte eine unverhältnismässige Kostensteigerung zur Folge.

Der Umfang der Zusatzleistung ist nicht begrenzt. Das birgt die Gefahr, dass quasi Monopolsituationen entstehen, die längerfristig zu einer Abhängigkeit von einzelnen Anbieterinnen oder zu einer Verteuerung der Beschaffungen führen können. Die freihändige Folgebeschaffung kann zwar kurzfristig zu Einsparungen führen. In einzelnen Fällen kann die Anschaffung eines neuen Produktes oder einer neuen Dienstleistung aus längerfristiger Sicht wirtschaftlich günstiger sein. Deshalb berücksichtigt eine umsichtige Beschaffungsstelle bereits von Beginn weg allfällige Umbau- und Werterhaltungskosten.

#### *Art. 63 Dringlichkeit*

Bei der umschriebenen Art von Dringlichkeit (Art. XIII:1 Bst. d rev. GPA) kann die Beschaffungsstelle ein freihändiges Verfahren durchführen, weil das Interesse an einer schnellen Realisierung höher als der Wettbewerbsgedanke gewichtet wird. War das Ereignis, das zur Dringlichkeit der Beschaffung führte, objektiv voraussehbar, kann die Beschaffungsstelle höchstens die Fristen in einem Ausschreibungsverfahren verkürzen (vgl. Art. 53 Abs. 2).

#### *Art. 64 Warenbörsen und Prototypen*

##### *Abs. 1:*

Werden Güter an Warenbörsen verkauft (z.B. Tulpenbörse), sichert bereits der Börsenmechanismus die notwendige Transparenz und Gleichbehandlung (Art. XIII:1 Bst. e rev. GPA).

##### *Abs. 2:*

Die Entwicklung einer Erstanfertigung kann auch beinhalten, dass eine beschränkte, grössere Stückzahl hergestellt wird, um die Erprobungsergebnisse zu verarbeiten und zu zeigen, dass eine Serienproduktion zu annehmbaren Qualitätsstandards möglich ist. Nicht von der Ausschreibungspflicht befreit ist die Mengenherstellung, um die kommerzielle Lebensfähigkeit zu beweisen oder die Forschungs- und Entwicklungskosten wieder einzuspielen. Dies gilt auch für die Serienproduktion (Art. XIII:1 Bst. f rev. GPA).

#### *Art. 65 Besondere Umstände*

Befristete, ausserordentlich günstige Kaufkonditionen berechtigen zur freihändigen Vergabe. Dasselbe gilt ganz allgemein für Verkäufe im Rahmen von Liquidationen von Geschäftsvermögen oder Konkursen. Nicht erfasst werden hingegen Routineverkäufe üblicher Anbieterinnen (Art. XIII:1 Bst. g rev. GPA).

#### *Art. 66 Folgebeschaffung bei planerischen Leistungen*

Werden die Angebote in einem ersten Verfahren durch ein von der Beschaffungsstelle mehrheitlich unabhängiges Beurteilungsgremium bewertet, können weitere Planerleistungen (z.B. vertiefte Planung), und auch die Koordination der Umsetzung dieser Planung (z.B. Bauleitung) freihändig beschafft werden. Diese freihändige Beschaffung ist nur gestattet, wenn diese Leistungen im Voraus in Aussicht gestellt wurden. Die Angebote müssen im ersten Verfahren nicht anonym eingereicht werden. Deshalb genügt nicht nur ein Wettbewerb, sondern beispielsweise auch ein von einem mehrheitlich unabhängigen Beurteilungsgremium bewerteter Studienauftrag diesen Anforderungen.

### *Art. 67 Anwendbare Bestimmungen*

Der Zuschlag ist in einem freihändigen Verfahren grundsätzlich zu publizieren, wenn eine Beschaffung den Schwellenwert des offenen oder selektiven Verfahrens erreicht (Art. 42 Abs. 2). Führt eine nicht berücksichtigte Anbieterin gegen diesen Zuschlag Beschwerde, kann sie nur geltend machen, dass die Beschaffungsstelle rechtswidrig das freihändige Verfahren gewählt hat.

#### *Abs. 2:*

In Frage kommen vorab die Ausschlussgründe gemäss Art. 25 und 26. Der Bundesrat und die Kantone können in ihrem Zuständigkeitsbereich zudem verlangen, dass die Beschaffungsstellen gegenüber den zuständigen Aufsichtsorganen begründen müssen, welche Gründe sie zur Wahl des freihändigen Verfahrens berechtigen. Es wird zudem auf Ziffer 6.1 verwiesen.

## *3. Titel: Rechtspflege und Schadenersatz bei Beschaffungen des Bundes*

### *1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen*

#### *Art. 68 Grundsatz*

##### *Abs. 1*

Wie im bisherigen Bundesrecht wird darauf verzichtet, über die Anforderungen des GPA hinaus ein Rechtsmittelverfahren unterhalb der Schwellenwerte einzuführen.

Das öffentliche Beschaffungswesen zählt nicht zu den typisch hoheitlichen Tätigkeiten der Verwaltung. Deshalb ist es angemessen, beim Umfang der zu gewährenden Rechtsschutzansprüche verwaltungsökonomische Überlegungen anzustellen. Die sich aus einem voll ausgebauten Rechtsmittelverfahren ergebenden Verwaltungskosten, lassen sich bei Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte für die Ausschreibungsverfahren nicht durch den Nutzen des Rechtsschutzes rechtfertigen. Das Beschwerderecht ist nicht das einzige Mittel, die korrekte Anwendung des Beschaffungsrechts zu gewährleisten. Eine gut ausgebaute und effektive Aufsicht (4. Titel) ist ebenfalls wirkungsvoll.

#### *Art. 69 Anfechtbare Entscheide*

##### *Abs. 1:*

Das Gesetz zählt die Entscheide, die mit einer Beschwerde angefochten werden können, abschliessend auf.

Es nennt anders als im bisherigen Bundesrecht neu den Entscheid über die Bestimmung der nicht weiter zu prüfenden Angebote (Bst. d). Ein solcher Entscheid liegt beispielsweise vor, wenn die Beschaffungsstelle nur bestimmte Angebote vertieft prüft und weiterentwickeln lässt (Art. 35 Abs. 2), wenn sie nur einige der eingegangenen Angebote in den Dialog (Art. 46) oder in Verhandlungen (Art. 47) einbezieht oder zu elektronischen Auktionen (Art. 48) zulässt.

Nicht nur der Widerruf des Zuschlages, sondern auch der Widerruf eines anfechtbaren Entscheides kann angefochten werden (Bst. d). Dies verlangt das Gebot der Parallelität der Formen.

Die Möglichkeit einer Beschwerde besteht auch, wenn die Beschaffungsstelle diese Entscheide unzulässigerweise nicht eröffnet hat (z.B. unterlassene Ausschreibung aufgrund falscher Verfahrenswahl). Nicht zwingend als anfechtbare Entscheide auszugestalten sind die Ausschreibungsunterlagen, allgemeine Informationsschreiben oder die Einladung im Einladungsverfahren. Eine allfällige Rechtswidrigkeit derselben (z.B. diskriminierende technische Spezifikationen) kann mit Beschwerde gegen den nächstfolgenden anfechtbaren Entscheid (z.B. Zuschlag) geltend gemacht werden.

Diese Regelung geht den Bestimmungen von Artikel 25 VwVG (Feststellungsverfahren) und von Artikel 25a VwVG (Verfügung über Realakte) vor.

*Abs. 2:*

Die Beschaffungsstelle kann bestimmte Entscheide implizit mit dem nächstfolgenden anfechtbaren Entscheid eröffnen. Sie kann beispielsweise einzelne Anbieterinnen im offenen Verfahren umgehend bei Entstehen eines Ausschlussgrundes ausschliessen, oder damit bis zum Zuschlag warten.

*Abs. 3:*

Alle Entscheide nach Abs. 1 sind grundsätzlich selbstständig anzufechten, um ein Verfahren nicht unnötig zu verzögern (Verfahrensökonomie). Die Anfechtung in einem späteren Verfahrensabschnitt bleibt dann möglich, wenn ein Entscheid Anordnungen enthält, deren volle Bedeutung und Tragweite bei objektiver Betrachtung im Zeitpunkt der Eröffnung noch offensichtlich unklar sind und sich für die Anbieterinnen erst im Verlaufe des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergeben (vgl. Entscheid der BRK vom 16. November 2001, E. 2f.).

*Abs. 4:*

Diese Bestimmung bezweckt eine bessere Verfahrenseffizienz und geht Artikel 30 VwVG (vorgängige Anhörung), Artikel 30a VwVG (besondere Einwendungsverfahren) und Artikel 31 VwVG (Anhörung der Gegenpartei) vor.

*Art. 70 Sprache*

*Abs. 1:*

Die Beschaffungsstelle eröffnet ihre anfechtbaren Entscheide in einer der drei im Gesetz genannten Amtssprachen. Sie kann diese Entscheide freiwillig in mehrere Sprachen (z.B. Englisch) übersetzen, was insbesondere bei Ausschreibungen sinnvoll sein kann.

Diese Bestimmung geht Artikel 6 des neuen Sprachengesetzes (BBl 2007 6951 ff.; Ablauf der Referendumsfrist am 24. Januar 2008) vor.

*Abs. 2:*

Das revidierte GPA verlangt, dass die Beschaffungsstelle die Ausschreibung oder zumindest deren Zusammenfassung in einer der drei offiziellen WTO-Sprachen Englisch, Französisch oder Spanisch veröffentlicht (Art. VII:3). Erfolgt eine Ausschreibung in französischer Sprache, muss nicht zusätzlich eine Zusammenfassung in einer anderen WTO-Sprache publiziert werden.

Diese Bestimmung geht Artikel 33a (Verfahrenssprache) des VwVG vor.

## *Art. 71 Begründungspflicht*

Liegt ein anfechtbarer Entscheid vor, wird die während eines laufenden Beschaffungsverfahrens grundsätzlich geltende Vertraulichkeit (Art. 13) gelockert. Die Begründungspflicht erfolgt in zwei Phasen: Ein Entscheid ist zuerst summarisch (Abs. 1) und auf Anfrage hin vertieft zu begründen (Abs. 2). Diese abgestufte Begründungspflicht trägt dem administrativen Aufwand der Beschaffungsstelle Rechnung.

### *Abs. 1*

Die Beschaffungsstelle begründet ihre Entscheide und den allfälligen Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde summarisch. Müsste die Beschaffungsstelle von Beginn weg den Entscheid gegenüber jeder einzelnen, nicht berücksichtigten Anbieterin vertieft bzw. vollständig begründen, würde dies zu einem unverhältnismässigen Aufwand führen. Die Beschaffungsstelle, die einen Zuschlag begründet, sollte zumindest die Vorteile des berücksichtigten Angebotes veröffentlichen (vgl. Art. XVI:1 rev. GPA). Scheinbegründungen (z.B. „das wirtschaftlich günstigste Angebot erhielt den Zuschlag“) können eine vom Prozessausgang abweichende Verlegung der Prozesskosten rechtfertigen.

### *Abs. 2*

Die nicht berücksichtigten Anbieterinnen können nach der Eröffnung des Entscheides eine vertiefte Begründung verlangen. Die Beschaffungsstelle hat mindestens soweit Auskunft zu erteilen, dass eine hinreichend begründete Beschwerde rechtzeitig eingereicht werden kann. Gut und rechtzeitig begründete Entscheide können Beschwerden verhindern. In der Praxis haben sich insbesondere individuelle mündliche Nachbesprechungen (so genannte „Debriefings“) innerhalb der ersten zehn Tage nach dem Entscheid bewährt.

Mindestangaben für die vertiefte Begründung werden nicht genannt. Diese können je nach dem Entscheid (z.B. Abbruch), der Komplexität der Beschaffung oder der Anzahl der verbleibenden Anbieterinnen unterschiedlich sein. Beim Zuschlag soll die Beschaffungsstelle zumindest die Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes gegenüber dem Angebot der konkret, nicht berücksichtigten Anbieterin darlegen. Die Bewertung der Angebote muss für Dritte nachvollziehbar ein.

### *Abs. 3*

Die Beschaffungsstellen sind nicht verpflichtet, vertrauliche Informationen preiszugeben, wenn dadurch berechnigte wirtschaftliche Interessen inklusive immaterielle Schutzrechte anderer Anbieterinnen beeinträchtigt oder der faire, lautere Wettbewerb zwischen ihnen verletzt werden könnten. Dasselbe gilt, wenn durch die Bekanntgabe öffentliche Interessen verletzt werden könnten, oder die Rechtsdurchsetzung behindert würde (Art. XVII:3 rev. GPA).

## *2. Kapitel: Beschwerde*

### *Art. 72 Beschwerdeinstanz*

#### *Abs. 1*

Am 1. Januar 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen abgelöst.<sup>58</sup> Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Entscheide der Bundesbeschaffungsstellen einschliesslich des Bundesstrafgerichtes oder der Recht setzenden Behörden. Es ist nicht zuständig für Beschwerden gegen Entscheide der Beschaffungsstellen von Kantonen und Gemeinden. Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden beurteilt das Bundesgericht auf Klage hin als einzige Instanz (Art. 120 Abs. 1 Bst. a BGG).

Ausser im Fall der Behördenbeschwerde gemäss Art. 83 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nicht endgültig. Sein Urteil kann unter bestimmten Voraussetzungen mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gezogen werden (Art. 83 Bst. f und 85 BGG). Der Beschwerde an das Bundesgericht kommt grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 103 BGG). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 100 Abs. 1 BGG). Die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat ist ausgeschlossen (Art. 74 VwVG).

#### *Abs. 2:*

Da ein Gericht nicht über Beschwerden gegen seine eigenen Entscheide richten soll, wird gleich wie im Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1; vgl. Art. 36 Abs. 1 BPG) die Kreuzkompetenz mit dem Bundesstrafgericht eingeführt.

#### *Abs. 3:*

Für Beschwerden gegen Beschaffungsentscheide des Bundesgerichtes ist keine Kreuzkompetenz möglich. Deshalb wurde hierfür - wieder in Anlehnung an das Bundespersonalgesetz - eine Rekurskommission eingerichtet (vgl. Art. 36 Abs. 2 BPG).

### *Art. 73 Beschwerdelegitimation*

#### *Abs. 1 und 2:*

Das GPA wird vom Gegenrechtsprinzip geleitet. Deshalb kann einer Anbieterin ohne Sitz oder Niederlassung in der Schweiz den Zugang zum Rechtsschutz verweigert werden, wenn ihr Staat für Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz kein Gegenrecht gewährt. Dies gilt selbst dann, wenn sie sich bis zum angefochtenen Entscheid am Beschaffungsverfahren beteiligt hat und nicht von der Beschaffungsstelle ausgeschlossen wurde.

#### *Abs. 3:*

Gemäss Bundesgerichtsgesetz kann ein anderes Bundesgesetz vorsehen, dass die der Bundeskanzlei oder den Departementen unterstellten Dienststellen oder andere Personen, Organisationen und Behörden das Beschwerderecht in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhalten (Art. 89 Abs. 2 Bst. a und d BGG). Gestützt darauf werden die Beschaffungsstellen des Bundes legitimiert, die sie betreffenden Entscheide

<sup>58</sup> Vgl. Anhang Ziffer 11 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32).

des Bundesverwaltungsgerichts an das Bundesgericht weiter zu ziehen, sofern die weiteren Voraussetzungen gemäss Bundesgerichtsgesetz erfüllt sind.

#### *Art. 74 Prüfbefugnis*

##### *Abs. 1:*

Richtet sich die Beschwerde gegen einen Zuschlag, der in einem Einladungsverfahren oder in einem freihändigen Verfahren oberhalb der Schwellenwerte der Ausschreibungsverfahren erteilt worden ist, kann die Beschwerdeinstanz nur prüfen, ob die Voraussetzungen für die Wahl dieses Verfahrens im Zeitpunkt des Zuschlages erfüllt waren, beziehungsweise ob zu Recht auf eine Publikation des Zuschlages verzichtet wurde (vgl. Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 19. Juli 1999, BRK 1999-005, E. 1 b/bb). Wählt die Beschaffungsstelle freiwillig ein höherrangiges Verfahren, wird dadurch die Prüfungsbefugnis der Beschwerdeinstanz nicht erweitert.

##### *Abs. 2:*

Die Überprüfung der Angemessenheit würde zu weit in die mit besonderen Sachkenntnissen ausgestattete Kompetenz der Beschaffungsstelle eingreifen. Ein grosses Ermessen kommt den Beschaffungsstellen insbesondere bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes und bei der Bewertung der Eignung und des wirtschaftlich günstigsten Angebotes zu.

#### *Art. 75 Beschwerdefrist*

##### *Abs. 1, 3 und 4:*

Ein Beschaffungsverfahren sollte möglichst ohne grosse Verzögerungen durchgeführt werden können. Je länger es dauert, desto kostspieliger wird es für alle Verfahrensbeteiligten. Deshalb rechtfertigt es sich, die Beschwerdefrist gemäss bisherigem Bundesrecht und in Abweichung von Artikel 50 Abs. 1 VwVG bei 20 Tagen zu belassen. Eine weitere Verkürzung auf die vom GPA zulässige Mindestfrist von 10 Tagen (Art. XVIII:3 rev. GPA) erscheint unverhältnismässig, da die Entscheide selbstständig anfechtbar sind (Art. 69 Abs. 3), keine Gerichtsferien gelten und in Abweichung von Artikel 24 VwVG die Fristen auch nicht wiederhergestellt werden können.

Die Frist beginnt mit der ersten Eröffnung des begründeten, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Entscheides zu laufen. Wird beispielsweise ein Zuschlag publiziert und vorher oder nachher zusätzlich noch direkt eröffnet, beginnt der Fristenlauf mit dem jeweils früheren Datum.

##### *Abs. 2*

Die Gründe, weshalb die Beschaffungsstelle eine Eröffnung ausnahmsweise rechtswidrig unterlässt, können vielfältig sein. Die Beschaffungsstelle schreibt eine Beschaffung beispielsweise nicht aus, weil sie fälschlicherweise annimmt, dass ein Grund für ein Einladungs- oder freihändiges Verfahren vorliegt (z.B. Dringlichkeit). Oder die Beschaffungsstelle verzichtet auf die Publikation des Zuschlages, weil sie fälschlicherweise annimmt, dass gar keine Beschaffung vorliegt (z.B. Arbeitsverhältnis) oder die massgebenden Schwellenwerte nicht erreicht werden.

In diesen Fällen beginnt die Beschwerdefrist von 20 Tagen in dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem der Anlass der Beschwerde der Anbieterin bekannt ist oder vernünftigerweise bekannt sein sollte (vgl. Art. XVIII:3 rev. GPA). Dieser Rechtsschutz verhindert eine Umgehung der richterlichen Kontrolle durch die Verfahrenswahl (vgl. Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 19. Juli 1999, BRK 1999-005, E. 1 b/bb).

Erweist sich die Beschwerde als begründet, kann der angefochtene Entscheid aufgehoben werden. Ein bereits abgeschlossener Vertrag wäre aufgrund der unterbliebenen, formell korrekten Eröffnung des Zuschlags verfrüht abgeschlossen (vgl. Art. 43 bzw. Art. 43a Abs. 1 Bst. a).

Die Frage, ob der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zukommt, richtet sich nach Art. 76. Nicht entscheidend ist, ob eine Eröffnung offenkundig rechtswidrig unterlassen wurde. Die offenkundige Rechtswidrigkeit einer unterlassenen Eröffnung wird allenfalls bei der Frage berücksichtigt, ob ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung besteht (Art. 78 Abs. 2).

Das Rechtsschutzinteresse der Anbieterinnen findet dort seine Grenze, wo das Interesse an der Rechtssicherheit überwiegt. Deshalb verwirkt der Anspruch auf Rechtsschutz (inklusive Schadenersatz) gemäss diesem Gesetz sechs Monate, nachdem der angefochtene Entscheid gefällt wurde. Diese Dauer ist hinreichend lang, um präventiv gegen die Umgehung des Beschaffungsrechts zu wirken und genügend kurz, um die Geschäftsabwicklung nicht übermässig zu beeinträchtigen.

#### *Abs. 5*

Das GPA sieht vor, dass die Beschaffungsstelle und die Anbieterinnen aufgefordert werden sollen, ihre Streitigkeiten im Rahmen von Konsultationen zu lösen (Art. XVIII:2 rev. GPA). Der Gesetzesentwurf verzichtet auf die Einführung eines formellen Einsprache- oder Mediationsverfahrens, um Verzögerungen im Beschaffungs- bzw. im Rechtsmittelverfahren zu verhindern. Die Beschaffungsstelle wird jeweils umgehend über einen Beschwerdeeingang orientiert. Dies ermöglicht ihr, während des Beschwerdeverfahrens ihren Entscheid in Wiedererwägung zu ziehen (Art. 58 VwVG).

#### *Art. 76 Aufschiebende Wirkung*

Das GPA verlangt, dass die Signaturstaaten ein Rechtsschutzverfahren vorsehen, in dem eine Anbieterin die Verletzung des Übereinkommens geltend machen kann. Das Rechtsschutzverfahren soll zügig, wirksam, transparent und nicht diskriminierend sein (Art. XVIII:1 rev. GPA). Die Signaturstaaten sollen schnelle vorsorgliche Massnahmen vorsehen, damit es der Anbieterin möglich bleibt, sich am Beschaffungsverfahren zu beteiligen. Die Regelung, ob diesen vorsorglichen Massnahmen eine aufschiebende Wirkung zukommt, überlässt das GPA ebenso dem innerstaatlichen Recht wie die Frage, ob dabei auch allfällige entgegenstehende Interessen, wie insbesondere das öffentliche Interesse mitberücksichtigt werden (vgl. Art. XVIII:7 rev. GPA).

Das geltende Bundesbeschaffungsrecht entzieht – abweichend vom VwVG - der Beschwerde den automatischen Suspensiveffekt. Die Beschwerdeführerin kann jedoch die aufschiebende Wirkung der Beschwerde beantragen. Die Gerichte legten diese

Bestimmung in ständiger Rechtsprechung dahingehend aus, dass über die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall zu befinden sei. Dem öffentlichen Interesse sei dabei nicht von vornherein ein höheres Gewicht beizumessen. Ausgangspunkt der Interessenabwägung sei vielmehr die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und es seien Zustände zu verhindern, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (vgl. Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2007, E. 2.2). Diese Rechtsprechung stiess auf Kritik und die NEAT-Aufsichtsdelegation (NAD) empfahl zu prüfen, wie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung restriktiver gehandhabt werden könne (BBl 2007 3603).

Gegen die aufschiebende Wirkung sprechen gewichtige öffentliche Interessen, vor allem Praktikabilitätsüberlegungen: Die aufschiebende Wirkung verhindert einen beschaffungsrechtskonformen Vertragsschluss bis zum Zeitpunkt des rechtskräftigen Entscheides (vgl. Art. 43). Damit besteht die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten bei der Beschaffung. Argumente für die aufschiebende Wirkung sind: Der rechtswidrige Entscheid (insbesondere der Zuschlag) kann aufgehoben werden und die Beschwerdeführerin wird nicht lediglich auf den Schadenersatzweg verwiesen. Die Beschwerdeführerin hat in der Regel ein grösseres Interesse, weiterhin am Beschaffungsverfahren teilzunehmen und allenfalls die Leistung zu erbringen, als rein finanziell entschädigt zu werden. Auch die Beschaffungsstelle kann ein Interesse daran haben, dass ein Entscheid aufgehoben und das Verfahren wiederholt wird. Sie darf in einem neuen Entscheid die besser qualifizierte Anbieterin, beziehungsweise das wirtschaftlich günstigere Angebot berücksichtigen und muss der Beschwerdeführerin keinen Schadenersatz zahlen.

#### *Abs. 1:*

Der vorliegende Gesetzesentwurf schlägt vor, die allgemein im Verwaltungsrecht geltende Regel wieder einzuführen, nach welcher einer Beschwerde grundsätzlich die aufschiebende Wirkung zukommt. Die Beschaffungsstelle kann aber einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (vgl. Art. 55 Abs. 2 VwVG). Sie hat den Entzug der aufschiebenden Wirkung mit der Eröffnung des Entscheides summarisch zu begründen (Anhang 4 Ziffer 8). Es liegt im Interesse der Beschaffungsstelle, die hierfür notwendige Einsicht in die Akten sicherzustellen. Die Beschwerdeführerin kann zusammen mit der Beschwerde ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einreichen. So kann die Beschwerdeinstanz anhand des Entscheids der Beschaffungsstelle und der Beschwerde prima facie innerhalb kurzer Zeit über die allenfalls beantragte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entscheiden.

Wird gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung Beschwerde eingereicht und werden der Beschwerde Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber zumindest Zweifel, hat die Beschwerdeinstanz über das Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung aufgrund einer Interessenabwägung zu befinden. Gründe für ein überwiegendes öffentliches Interesse, das einen Entzug rechtfertigt, können zum Beispiel sein: hohe Kostenfolgen, die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Verzögerungen, die einen erfolgreichen Projektabschluss verhindern.

Wird innert 30 Tagen die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gewährt, hat die Beschaffungsstelle mit dem Abschluss des Vertrages zuzuwarten (Art. 43 Abs. 2 Bst. b Ziff. 1). Wird das Wiederherstellungsgesuch abgewiesen, sind die 30 Tage der Rechtsmittelfrist für einen Weiterzug an das Bundesgericht abzuwarten.

Der Zwischenentscheid kann nur an das Bundesgericht weitergezogen werden, wenn sich eine Frage grundsätzlicher Bedeutung stellt und die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht wird (Art. 98 BGG). Angesichts des hohen Stellenwerts der aufschiebenden Wirkung im Beschaffungsrecht und der strengen Voraussetzungen für den Weiterzug an das Bundesgericht wäre es nicht sachgerecht, den Weiterzug an das Bundesgericht einzuschränken.

*Abs. 2 und 3:*

Die Gefahr einer Verzögerung aufgrund der aufschiebenden Wirkung und die damit verbundenen, aussergewöhnlich hohen Mehrkosten rechtfertigen es, für bestimmte Beschaffungen von nationaler Bedeutung eine Ausnahme von der aufschiebenden Wirkung vorzusehen. In diesen Fällen nimmt die Beschwerdeinstanz keine Interessenabwägung vor, sondern prüft einzig, ob die notwendigen Voraussetzungen für eine solche Ausnahme gegeben sind. Sind die Voraussetzungen gegeben, weist die Beschwerdeinstanz das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab (vgl. hierzu auch Art. 43 Abs. 2 Bst. b Ziffer 1).

*Abs. 4:*

Der Bundesrat kann in einer Verordnung festlegen, welche Beschaffungen unter die Ausnahmeregelung von Abs. 2 fallen (z.B. Westumfahrung Zürich, Verbindung Frankreich-Schweiz bis Porrentruy, Seelisbergtunnel, Vollausbau Roveredo, Belchentunnel). Bei diesen Beschaffungen darf die Beschwerdeinstanz die Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht prüfen, und die Beschwerdeführerin ist von Beginn weg auf den Schadenersatzweg verwiesen. Der Vertrag kann mit dem Zuschlagsentscheid ohne weiteres abgeschlossen werden (vgl. Art. 43).

*Art. 77 Folgen einer gutgeheissenen Beschwerde*

*Abs. 1*

Weist die Beschwerdeinstanz den angefochtenen Entscheid der Beschaffungsstelle an diese zurück, kann sie verbindliche Weisungen erlassen. Die Rückweisung ist kein Ausnahmefall (lex specialis, die Art. 61 Abs. 1 VwVG vorgeht). Sie kommt vor allem dann in Betracht, wenn der Sachverhalt nicht vollständig erstellt ist, wenn der Beschaffungsstelle ein weiter Ermessensspielraum zukommt oder wenn eine Bewertung der Angebote nochmals durchzuführen ist.

Im Fall einer Rückweisung muss die Beschaffungsstelle nicht zwingend das gesamte Verfahren wiederholen. Dies kann im selektiven Verfahren beispielsweise dazu führen, dass die Ausschreibung und die Präqualifikation nicht wiederholt werden müssen, wenn lediglich der Zuschlag erfolgreich angefochten wurde. Muss ein Verfahren (teilweise) wiederholt werden, bezieht die Beschaffungsstelle nur die am Beschwerdeverfahren Beteiligten ein, da die anderen Anbieterinnen sich mangels Beschwerde mit dem Beschaffungsentscheid abgefunden haben.

Fällt die Beschwerdeinstanz einen Entscheid in der Sache selbst, kann der Zuschlag ebenfalls nur noch an eine am Beschwerdeverfahren beteiligte Anbieterin erteilt werden.

*Abs. 2*

Der beschaffungsrechtliche Rechtsschutz zielt primär auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ab (so genannter „Primärrechtsschutz“). Kann der angefochtene Entscheid aufgrund eines Vertrages nicht mehr aufgehoben bzw. korrigiert

werden, tritt an seine Stelle der Anspruch auf Schadenersatz (so genannter „Sekundärrechtsschutz“). Wurde ein Vertrag gesetzeskonform, also nicht frühzeitig abgeschlossen, soll die Vertragsabwicklung nicht unnötig behindert werden. Die Beschwerdeführerin, welche die Feststellung der Rechtswidrigkeit erstritten hat, kann deshalb nur Schadenersatz geltend machen (vgl. Art. 79). Verzichtet eine nicht berücksichtigte Anbieterin darauf, Beschwerde einzureichen, oder wurde ihr bereits Primärrechtsschutz gewährt, kann sie nicht (zusätzlich) Schadenersatz gemäss diesem Gesetz geltend machen.

*Zur Variante:*

Der Alternativtext steht im Zusammenhang mit der Variante gemäss Art. 43a.

### *3. Kapitel: Schadenersatz*

#### *Art. 78 Umfang des Schadenersatzes für die Anbieterin*

##### *Abs. 1:*

Schadenersatz kann verlangen, wer durch einen widerrechtlichen Entscheid einen Schaden erlitten hat. Die Beschwerdeführerin muss nachweisen, dass zwischen dem widerrechtlichen Entscheid und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Es genügt, wenn sie beweist, dass ihr der Zuschlag mit erheblicher Wahrscheinlichkeit erteilt worden wäre, wenn sich die Beschaffungsstelle rechtskonform verhalten hätte. Dieser Beweis wird in der Regel nur einer Anbieterin gelingen, die sich in der engeren Wahl für den Zuschlag befand.

Das GPA überlässt den Signaturstaaten bei der Bemessung des Schadenersatzes einen grossen Handlungsspielraum (Art. XVIII:7 Bst. c rev. GPA): Der Umfang des Schadenersatzes kann auf den Aufwand der Beschwerdeführerin für die Vorbereitung des Angebotes oder für das Rechtsmittelverfahren beschränkt werden. Dieser Minimalstandard wird insofern überschritten, als alle nachgewiesenen Kosten im Zusammenhang mit dem Beschaffungs- und dem Rechtsmittelverfahren zu entschädigen sind. Dazu gehören auch die Kosten für ein allfälliges nichtstreitiges Schadenersatzverfahren (Art. 81 Abs. 1). Der entgangene Gewinn wird nicht entschädigt. Die allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechts (Obligationenrecht), wie z.B. die Schadenminderungspflicht, sind zu beachten.

##### *Abs. 2:*

Unterlässt die Beschaffungsstelle rechtswidrig eine Ausschreibung, nimmt sie einer Marktteilnehmerin die Möglichkeit, ein Angebot für die betreffende Beschaffung einzureichen. Dieser potenziellen Anbieterin kann höchstens ein Schaden durch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens entstehen, wenn sie gegen die Beschaffungsstelle eine Beschwerde erhebt. In diesem Sonderfall ist der Beschwerdeführerin, abweichend von den oben stehenden Schadenersatzbestimmungen, eine Pauschalentschädigung zu bezahlen.

#### *Art. 79 Staatshaftung*

Der beschaffungsrechtliche Schadenersatzanspruch setzt, anders als das Verantwortlichkeitsgesetz, bei reinen Vermögensschäden keine qualifizierte Verletzung wesentlicher Amtspflichten voraus. Die von der Beschwerdeinstanz rechtskräftig festgestellte Rechtswidrigkeit genügt (lex specialis zu Art. 3 Abs. 1 VG). Liegt zusätzlich eine qualifizierte Widerrechtlichkeit im Sinne einer schweren Amtspflichtverletzung

vor (z.B. passive Bestechung), ist das Verantwortlichkeitsgesetz konkurrenzierend anwendbar. Letzteres findet zudem auf Fälle Anwendung, die das Beschaffungsrecht nicht regelt (z.B. Regress auf fehlbare Einzelpersonen gemäss Art. 7 ff. VG).

#### *Art. 80 Schadenersatzverfahren*

##### *Abs. 1*

Die Beschwerdeführerin kann ihr Schadenersatzbegehren bis längstens sechs Monate nach dem rechtskräftigen Entscheid über die Rechtswidrigkeit der zuständigen Beschwerdeinstanz (Art. 72) beim Eidgenössischen Finanzdepartement bzw. der Eidgenössischen Zollverwaltung einreichen (vgl. Art. 22 Org-VoeB; SR 172.056.15). Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist. Sie stellt eine Abweichung zu Art. 20 des Verantwortlichkeitsgesetzes dar. Die betroffenen Parteien haben bereits ein Beschwerdeverfahren durchlaufen, weshalb unnötige Verzögerungen verhindert werden sollen.

##### *Abs. 2*

Die zuständige Beschwerdeinstanz kann direkt über den beschaffungsrechtlichen Schadenersatz entscheiden, wenn die Parteien dies beantragt haben und das entsprechende Beweisverfahren durchgeführt wurde. Die Beschwerdeinstanz kann von Amtes wegen abklären, ob die Parteien an solch einem Entscheid interessiert sind.

#### *Art. 81 Schadenersatz für die Beschaffungsstelle*

##### *Abs. 1*

Die nicht berücksichtigten Anbieterinnen haben durch das Beschwerderecht die Möglichkeit, die gesetzeskonforme Anwendung durch die Beschaffungsstellen überprüfen zu lassen. Dieses Beschwerderecht darf aber nicht missbraucht werden, um beispielsweise eine Beschaffung absichtlich zu verzögern. Die Möglichkeit der Beschwerdeinstanz, bei bös- oder mutwilliger Prozessführung eine Ordnungsbusse von bis zu mehreren tausend Franken aufzuerlegen, kennt bereits das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Art. 60 VwVG). Die zeitliche Sensibilität von Beschaffungsverfahren rechtfertigt eine darüber hinaus gehende Haftung. Über die reine Verfahrensdisziplin hinaus muss die Beschwerdeführerin auch für die von ihrer Beschwerde verursachten hohen Folgekosten der Beschaffungsstelle aufkommen, vorausgesetzt, ihre Beschwerde ist offensichtlich unbegründet. Ist die aufschiebende Wirkung der Beschwerde strittig, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen, ob eine Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Diese qualifizierende Voraussetzung soll verhindern, dass die Anbieterinnen faktisch auf die Durchsetzung ihrer legitimen Ansprüche verzichten.

##### *Abs. 2*

Die Beschwerdeinstanz kann unter denselben Voraussetzungen über ein Schadenersatzbegehren der Beschaffungsstelle entscheiden, wie bei den Schadenersatzbegehren der nicht berücksichtigten Anbieterinnen (Art. 81 Abs. 2).

#### *4. Titel: Aufsicht, Koordination und Statistik*

##### *Art. 82 Aufsicht*

###### *Abs. 1:*

Unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Kompetenzregelung fällt dem Bund und den Kantonen die Aufsicht über ihren Zuständigkeitsbereich zu. Sie sorgen nicht nur für die Aufsicht als solche, sondern auch für deren Wirksamkeit.

###### *Abs. 2:*

Die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben ist bei allen Beschaffungen im Anwendungsbereich dieses Gesetzes zu beaufsichtigen. Der Aufsicht kommt vor allem bei Beschaffungen, bei denen kein Rechtsschutz besteht, eine wichtige Rolle zu.

###### *Abs. 3:*

Eine wirksame Aufsicht setzt voraus, dass die zuständigen Organe mit den notwendigen Kompetenzen ausgestattet werden. Solche Kompetenzen sind beispielsweise das Recht zur Überprüfung, ob Unterschriftenregelungen eingehalten werden, oder das Recht, stichprobenweise Kontrollen durchzuführen. Für Bundesbeschaffungen sind gemäss der Organisationsverordnung (Org-VoeB) die Departemente und die Bundeskanzlei für die Aufsicht des Vollzuges zuständig.

##### *Art. 83 Behördenbeschwerde gegen die Ausschreibung*

###### *Abs. 1:*

Die Wettbewerbskommission kann Beschwerde erheben um feststellen zu lassen, dass der Inhalt einer Ausschreibung den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt. Sie kann auch feststellen lassen, dass eine Ausschreibung zu Unrecht unterblieb. Das bereits bestehende Beschwerderecht der Wettbewerbskommission bei kantonalen Beschaffungen (Art. 9 Absatz 2bis Binnenmarktgesetz) wird zwecks Harmonisierung auf Bundesbeschaffungen ausgedehnt, aber gleichzeitig auf das Anfechtungsobjekt der Ausschreibung eingeschränkt. Diese Einschränkung ist gerechtfertigt, weil es grundsätzlich den nicht berücksichtigten Anbieterinnen obliegt, die Rechtskonformität eines Verfahrens mit Beschwerde geltend zu machen. Letztere reichen faktisch selten Beschwerde gegen eine Ausschreibung ein, weil sie ihre Chancen auf den Zuschlag nicht schmälern wollen. Die Wettbewerbskommission kann die Ausschreibung überprüfen lassen und damit Einfluss auf die Qualität des gesamten Beschaffungsverfahrens nehmen. Sie kann den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes nicht an das Bundesgericht weiterziehen.

###### *Abs. 2:*

Der Bundesrat und die Kantone können sowohl der Kommission gemäss Artikel 85 als auch den internen jeweils zuständigen Aufsichtsorganen ein Beschwerderecht im Rahmen ihrer Aufgaben einräumen.

##### *Art. 84 Evaluation*

###### *Abs. 1:*

Die Bundesverfassung verlangt in Art. 170, dass die Bundesversammlung die Wirksamkeit der Massnahmen des Bundes überprüft. Diese Wirkungsanalyse im

Beschaffungswesen darf grundsätzlich auch Bereiche erfassen, die nicht in der Gesetzgebungskompetenz des Bundes liegen. Aufgrund des Charakters der zu überprüfenden Materie wird nicht das Parlament, sondern die Wettbewerbskommission beauftragt, die Wirkungsanalyse vorzunehmen. Der Gegenstand ihrer Untersuchung ist insbesondere die Differenz zwischen dem Soll- und dem Ist-Zustand beim Vollzug der gesetzlichen Vorgaben. In welchen Zeitabständen sie diese periodischen Untersuchungen vornehmen will, bleibt der Wettbewerbskommission überlassen. Das vorliegende Gesetz schlägt eine partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen der Wettbewerbskommission und den Aufsichtsorganen des Bundes und der Kantone vor und nimmt damit auf die kantonale Eigenständigkeit und Organisationsautonomie Rücksicht<sup>59</sup>.

*Abs. 2:*

Die Berichterstattung erfolgt gesamthaft an Bund und Kantone, da Beschaffungen von Beschaffungsstellen aller föderalistischen Ebenen untersucht werden und diese Kommunikation der Harmonisierung des Vollzuges dient. Die Wettbewerbskommission kann unter Berücksichtigung der erlangten Erkenntnisse den betroffenen Beschaffungsstellen Empfehlungen für die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben unterbreiten.

*Abs. 3:*

Die Wettbewerbskommission kann ihren Auftrag nur erfüllen, wenn die Beschaffungsstellen zur Herausgabe aller notwendigen Informationen verpflichtet sind. Vorbehalten bleiben Daten, deren Herausgabe die Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse oder ein übergeordnetes öffentliches Interesse (z.B. die Sicherheit) verletzt.

*Art. 85 Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*

Die Koordination von Informationen über die Rechtsanwendung wird einer Kommission übertragen, die paritätisch aus Vertretern des Bundes und der Kantone zusammengesetzt ist. Diese pflegt den Austausch von Wissen und Erfahrung und kann Empfehlungen für den einheitlichen Vollzug des Gesetzes erarbeiten. Sie gibt gegebenenfalls auch Empfehlungen zu beschaffungsrechtlichen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung ab, um damit indirekt eine weitere Harmonisierung des Beschaffungsrechts anzustreben. Es handelt sich um eine verwaltungsinterne Kommission. Dennoch ist es der Kommission gestattet, Fachwissen aus der Privatwirtschaft zu berücksichtigen. Diese Kommission ist beim EVD angegliedert, wo heute die Kommission zur Umsetzung und Überwachung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im öffentlichen Beschaffungswesen (Kommission Beschaffungswesen Bund-Kantone, KBBK) angegliedert ist. Dieser aus Vertretern von Bund und Kantonen paritätisch zusammengesetzten Kommission obliegt die Überwachung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im öffentlichen Beschaffungswesen (vgl. Art. 68a ff. VoeB). Es wird vorgeschlagen, deren Kompetenzen um die neuen Aufgaben gemäss Art. 85 zu ergänzen. Die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz ersetzt die bestehende KBBK und übernimmt deren Aufgaben (vgl. Art. 68b VoeB), wobei zusätzlich noch weitere Aufgaben übertragen werden, die sich aus der Harmonisierung von Bundes- und kantonalem Recht ergeben (Art. 85 Abs. 3 Bst. a). Die Normierung dieser Kommission im neuen Gesetz

<sup>59</sup> Vgl. Biaggini, Verfassungsstudie, a.a.O., S. 59.

widerspricht der Vorlage des Bundesrates über die ausserparlamentarischen Kommissionen (vgl. dazu Vorlage 07.071, BBl 2007 6641) nicht.

#### *Art. 86 Beschaffungstatistiken*

##### *Abs. 1:*

Das GPA verpflichtet die Mitgliedsstaaten, eine Statistik mit bestimmten Minimalangaben zu führen (Art. XVI:4 rev. GPA). Die Statistik kann darüber hinaus Daten über den Vollzug der Öffnung des Binnenmarktes liefern (Beschaffungen unterhalb der internationalen Schwellenwerte). Es wird der oder den zuständigen Stelle(n) überlassen, welche Informationen über die vom GPA geforderten Daten hinaus statistisch erfasst werden sollen.

##### *Abs. 2:*

Die neue Bundesverfassung räumt dem Bund die gesetzgeberische Kompetenz für den Bereich der Statistik ein (Art. 65 BV). Diese würde es dem Bundesgesetzgeber erlauben, im Bereich des Beschaffungswesens die Erhebung der notwendigen statistischen Daten vorzunehmen.<sup>60</sup> Eine Zentralisierung der Statistikkompetenz für alle Beschaffungen drängt sich aus Praktikabilitäts- und Effizienzgründen nicht auf, solange der Bund und die Kantone nicht ein gemeinsames amtliches Publikationsorgan betreiben. Die Kantone können sich auf freiwilliger Basis der Statistikerhebung des Bundes anschliessen.

#### *5. Titel: Schlussbestimmungen*

#### *Art. 87 Aufhebung und Änderung bisherigen Rechts*

Dieses Gesetz regelt die Kompetenz zur Beurteilung von Beschwerden gegen Beschaffungsentscheide von nationalen Gerichten (Art. 72 Abs. 2 und 3). Folglich werden die entsprechenden Sondergesetze angepasst.

Dieses Gesetz will nicht nur internationale Übereinkommen umsetzen, sondern auch den Binnenmarkt sichern. Die Bestimmungen im Binnenmarktgesetz mit Bezug zum öffentlichen Beschaffungswesen wurden deshalb in den vorliegenden Gesetzesentwurf eingegliedert und können im Binnenmarktgesetz gestrichen werden. Als Folge davon fällt der vom bisherigen Binnenmarktgesetz verlangte Rechtsschutz für umfangreiche Beschaffungen der Kantone und der Gemeinden sowie anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben weg. Der Entwurf führt diesbezüglich stattdessen eine Aufsichtsregelung ein. Die Kantone können zudem in eigener Kompetenz einen Rechtsschutz vorsehen (Art. 6 Abs. 2).

#### *Art. 88 Übergangsbestimmungen*

##### *Abs. 1:*

Ein Beschaffungsverfahren dauert über einen längeren Zeitraum an. Aus Praktikabilitätsgründen soll bei den im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes laufenden Beschaffungsverfahren das anwendbare Recht nicht ändern. Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist der Zeitpunkt des ersten in einem Verfahren ergehenden Entscheides (vgl. Art. 69). Bisheriges Recht soll dementsprechend immer dann auf die nachfolgenden Verfahrensschritte anwendbar bleiben, wenn der erste anfechtbare Entscheid in einem Beschaffungsverfahren bereits vor

<sup>60</sup> Vgl. Biaggini, Verfassungsstudie, a.a.O., S. 59.

Inkraftsetzung des vorliegenden Gesetzes erfolgt ist. Neues Recht bildet demgegenüber die Grundlage für Verfahren, in denen der erste anfechtbare Entscheid nach der Inkraftsetzung ergangen ist.

In Ausschreibungsverfahren gilt die Ausschreibung als erster anfechtbarer Entscheid. Massgebend zur Bestimmung des anwendbaren Rechts ist folglich der Ausschreibungszeitpunkt. In Verfahren ohne Ausschreibung bildet in der Regel der Zuschlag den Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des anwendbaren Rechts. In einem Verfahren ohne Ausschreibung, in dem ausnahmsweise vor dem Zuschlag ein erster anfechtbarer Entscheid auf Ausschluss oder Abbruch erging, ist dieser die Grundlage zur Bestimmung des anwendbaren Rechts. Ob dieser Entscheid formell korrekt eröffnet wurde, ist für die Frage des anwendbaren Rechts nicht von Bedeutung.

*Abs. 2:*

Ein Gesuch um Aufnahme in ein Verzeichnis kann jederzeit und unabhängig von einer konkreten Beschaffung gestellt werden. Diesbezügliche Entscheide (vgl. Art. 69 Abs. 1 Bst. g) hängen folglich nur mittelbar mit einem konkreten Beschaffungsverfahren zusammen. Deswegen soll ein solcher, unter altem Recht ergehender Entscheid keinen unmittelbaren Einfluss auf das auf ein Beschaffungsverfahren anwendbare Recht haben.

*Art. 89 Referendum und Inkrafttreten*

*Abs. 1:*

Dieses Gesetz beachtet die in der Verfassung verankerte Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen. Das fakultative Referendum steht zur Verfügung.

*Abs. 2:*

Die Revisionsverhandlungen zum GPA werden voraussichtlich im Jahr 2008 abgeschlossen. In der Regel sind internationale Abkommen innerhalb eines Jahres, spätestens aber innert 18 Monaten in das Landesrecht umzusetzen. Dementsprechend ist das Inkrafttreten des vorliegenden Gesetzesentwurfes auf den 1. Januar 2010 vorgesehen.

Datum des Inkrafttretens:

## **9 Auswirkungen**

### **9.1 Auf den Bund, die Kantone und Gemeinden**

#### **9.1.1 Finanzielle Auswirkungen: Grosses Einsparpotenzial**

Mittels der Teilvereinheitlichung des Beschaffungswesens durch Bundesgesetz entsteht gemäss einer vom Bund und den Kantonen in Auftrag gegebenen Studie<sup>61</sup> ein (a) gesamtschweizerisches *Einsparpotenzial in der Höhe von über CHF 400 Mio. pro Jahr*. Zieht man zudem den Einsatz neuer Informationstechnologien – namentlich der gesamtschweizerischen Ausschreibungsplattform und die Möglichkeit von

<sup>61</sup> Ecoplan, Potenzialschätzung Teilvereinheitlichung, vgl. Fn 23.

Auktionen – in die Berechnung mit ein, wird (b) ein gesamtschweizerisches *Einsparpotenzial in der Höhe von bis zu CHF 1,2 Mia. pro Jahr* erwartet. Errechnet wird das Einsparpotenzial aus kurzfristigen Preiseffekten und mittel- bis langfristigen Innovations- und Anpassungswirkungen in der Wirtschaft. Das Einsparpotenzial wird auf die Erhöhung der Transparenz, der Effizienz und den besser funktionierenden Wettbewerb – auch im Binnenmarkt – zurückgeführt.

Das Einsparpotenzial einer Teilvereinheitlichung des Beschaffungswesens lässt sich wie folgt aufschlüsseln (a):

- Preiseffekt durch höheren Wettbewerbsdruck bei Anbieterinnen (Einsparpotenzial ca. CHF 430 Mio.)
- Innovationseffekt (z.B. durch Varianten): nicht quantifizierbar, in den CHF 430 Mio. noch nicht enthalten.

Weitere mögliche Folgewirkungen sind (b):

- Senkung der Transaktionskosten der Beschaffungsstellen durch die Einführung von E-Procurement (weiteres Sparpotenzial von CHF 350 Mio.)
- Preiseffekt (Nachfragebündelung im unterschweligen Bereich, Zentralisierung des Einkaufs bei Kantonen): weiteres Sparpotenzial von ca. CHF 420 Mio.

Die Studie nennt als Erfolgsfaktoren zur Realisierung des Einsparpotenzials von CHF 430 Mio. (a), dass die Teilvereinheitlichung strikt umzusetzen sei, dass einfache Regeln aufgestellt werden müssten und dass alle Gebietskörperschaften und Institutionen des öffentlichen Rechts einzubeziehen seien. Die Publikationen müssten zwingend auf einer E-Vergabeplattform vorgenommen werden.

Damit der nicht quantifizierte Innovationseffekt stattfinden könne, sei ebenso auf eine strikte Umsetzung der Teilvereinheitlichung zu achten. Zudem sollten Varianten grundsätzlich zugelassen bzw. nur aus sachlichen Gründen ausgeschlossen werden.

Sollen die Transaktionskosten der Beschaffungsstellen um CHF 350 Mio. gesenkt werden (b), sei wiederum auf eine strikte Umsetzung einer Teilvereinheitlichung und einfache Regeln zu achten. Der Vollzug wäre zentral zu organisieren und sämtliche Gebietskörperschaften und Institutionen des öffentlichen Rechts einzubeziehen. Volumina müssten verwaltungsintern besser gebündelt und öffentliche Ausschreibungen konsequent elektronisch abgewickelt werden.

Um einen Preiseffekt bei unterschweligen Beschaffungen (CHF 420 Mio.) realisieren zu können, müssten elektronische Kataloge und Volumenbündelungen umfassend eingesetzt werden. Die in (a) erwähnten Voraussetzungen wären ebenfalls zu erfüllen.

Ausserdem stärkt eine Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts den Wettbewerb und somit auch die Unternehmen im internationalen Wettbewerb. „Heimatschutz“ führt dagegen zu mangelnden Innovationen und zu hohen Preisen. „Heimatschutz“ im Beschaffungsrecht weist auch aus der Sicht der lokalen Wirtschaftsförderung nur einen kurzfristigen Horizont auf.

## 9.1.2 Personelle Auswirkungen

Über die Auswirkungen auf den Bestand des Personals beim Bund, den Kantonen und den Gemeinden lassen sich *keine präzisen Angaben* machen. Sie dürften sich allerdings in engen Grenzen halten, da weiterhin jede Ebene das Gesetz selbst vollzieht. Dank den neuen Instrumenten wie Auktionen und finale Ausschreibungen lassen sich allenfalls die personellen Ressourcen bei den Beschaffungsstellen auf Dauer sogar senken. Wo Kontrollsysteme eingerichtet werden, sind die personellen und finanziellen Auswirkungen von den jeweiligen Kontrollmechanismen abhängig. Zusätzliches Personal wird seitens des SECO zur Führung des Sekretariats der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz im Umfang einer Fachstelle 100% und einer Administrativstelle 40% nötig (vgl. Art. 85 Abs. 6 VE BöB).

## 9.2 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die Revision des Beschaffungsrechts hat eine grosse volkswirtschaftliche Bedeutung. Daher ist die Revision des Beschaffungsrechts Bestandteil des vom Bundesrat verabschiedeten Pakets zur Förderung des schweizerischen Wirtschaftswachstums. Die Revision kann einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung des Wirtschaftswachstums in der Schweiz leisten.

Das öffentliche Beschaffungsrecht regelt ein volkswirtschaftlich bedeutsames Segment der schweizerischen Volkswirtschaft. Die Gesamtsumme der durch die Gemeinden, Kantone und den Bund für die Beschaffung von Bauten, Gütern und Dienstleistungen aufgewendeten Mittel beträgt zirka 34 Milliarden Franken pro Jahr. Dies entspricht etwa 25% der gesamten Staatsausgaben und 8% des Bruttoinlandprodukts (2004).

Die Ausgestaltung des Beschaffungsrechts stellt somit einen wichtigen Faktor für den Wirtschaftsstandort der Schweiz dar:

- Die Erhöhung der Orientierungssicherheit bei den Anbieterinnen und die Harmonisierung des Beschaffungsrechts bewirken eine Kostenreduktion der Unternehmen bei der Informationsbeschaffung und bauen Wettbewerbshemmnisse ab.
- Die Stärkung der Transparenz erleichtert den Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt und fördert den Wettbewerb.
- Mit der unternehmensübergreifenden elektronischen Abwicklung des gesamten Beschaffungsablaufs von der Bedarfsmeldung bis zur Fakturierung sind grosse betriebsinterne und volkswirtschaftliche Sparpotenziale verbunden.
- Der rechtssichere Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen stellt gleichzeitig eine indirekte Massnahme zur Technologieförderung dar.

Die Teilvereinheitlichung umfasst ferner ein hohes Einsparpotenzial (vgl. Ziffer 9.1.1 oben).

Einer der Zwecke des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen ist die Liberalisierung der öffentlichen Beschaffungsmärkte (Präambel rev. GPA). Mit der Vorlage wird ein Fundament für die Wirtschaftsordnung verfestigt.

Grundsätzlich ist jede Gesetzesvorlage nach einem Raster mit fünf Punkten (vgl. Ziffer 9.2.1 ff.) auf ihre Auswirkungen auf die Volkswirtschaft zu untersuchen.<sup>62</sup> Basierend auf den Ergebnissen der vorerwähnten Studie lassen sich die entsprechenden Prüfpunkte beurteilen.

### **9.2.1 Prüfpunkt 1: Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns**

Die Notwendigkeit staatlichen Handelns besteht bereits aufgrund übergeordneter internationaler Staatsverträge (namentlich zwecks Umsetzung des WTO-Übereinkommens). Die verschiedenen Möglichkeiten, wie die Revisionsziele, insbesondere das Harmonisierungsziel, umgesetzt werden könnten, wurden oben unter Ziffer 1.3.5 und 9.1.1 kurz aufgezeigt. Der mit dieser Vorlage gewählte Ansatz einer Teilvereinheitlichung des schweizerischen Beschaffungsrechts zeitigt – im Vergleich zu den anderen untersuchten Möglichkeiten – volks- und gesamtwirtschaftlich gesehen die günstigsten Folgen. Gerade die volkswirtschaftliche Betrachtungsweise war mit ausschlaggebend für die Wahl der Umsetzungsform. Eine Einschränkung der Teilvereinheitlichung hätte eine Reduktion des Einsparpotenzials zur Folge.

### **9.2.2 Prüfpunkt 2: Auswirkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen**

Der Einsatz neuer Informationstechnologien führt zum weiteren Abbau der Wettbewerbshemmnisse, zu höherer Transparenz und reduziert bei den *Anbieterinnen* die Kosten für die Informationsbeschaffung (vgl. z.B. elektronische Auktionen, Art. 48 und Publikationsorgan, Art. 55 Abs. 2 VE BöB).<sup>63</sup>

Den *kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)* soll durch die erhöhte Flexibilität bei den Ausschreibungen vermehrt der Zugang zu grossen Beschaffungsvorhaben der öffentlichen Hand ermöglicht werden. Die Beschaffungsstelle kann durch die Aufteilung der Beschaffung in einzelne Lose (Art. 23 VE BöB) den KMU die Beteiligung an der Beschaffung erleichtern. Bietergemeinschaften werden grundsätzlich zugelassen (Art. 29 Abs. 2 VE BöB). Bei der Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien berücksichtigt die Beschaffungsstelle insbesondere auch den Umfang der Beschaffung (Art. 30 VE BöB). Werden für die Eignung Nachweise verlangt (z.B. Referenzen, Bankgarantien), beschränkt sich die Beschaffungsstelle auf diejenigen, die erforderlich sind (Art. 31 Abs. 3 VE BöB). Schliesslich kann die Beschaffung den KMU Rechnung tragen, indem sie die Eignungsprüfung abfedert und dafür die „Mehreignung“ beim Zuschlag berücksichtigt (Art. 40 Abs. 2 VE BöB). Diese Flexibilität gestattet es, die Ausschreibungen so auszugestalten, dass auch *Jungunternehmen* gute Chancen auf einen Zuschlag erhalten.

<sup>62</sup> Richtlinien des Bundesrates vom 15. September 1999 für die Darstellung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Vorlagen des Bundes (BB1 2000 1038).

<sup>63</sup> Ecoplan, Potenzialschätzung Teilvereinheitlichung, S. 21 f., 34 f., vgl. Fn 23.

Mit der Teilvereinheitlichung des Beschaffungswesens werden die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Beschaffungsrechtsgrundlagen der Schweiz abgebaut und die von der *Wirtschaft* gewünschte Orientierungssicherheit geschaffen (vgl. z.B. Art. 1 und 6 VE BöB).

Unternehmen, die Ausbildungsplätze anbieten bzw. *Lehrlinge* ausbilden und damit ihre gesamtwirtschaftliche Verantwortung wahrnehmen, werden bei gleichwertigen Angeboten bevorzugt (vgl. Art. 39 Abs. 5 VE BöB).

Der Durchsetzung des *Arbeitnehmerschutzes*, der *sozialen Errungenschaften* sowie der *Umweltschutzgesetzgebung* wird verstärkt Nachachtung verschafft, indem neu bei Verletzung der entsprechenden rechtlichen Anforderungen ein Unternehmen zwingend von einem Beschaffungsverfahren auszuschliessen ist (vgl. Art. 25 ff. sowie Art. 56 VE BöB).

Die monetären und nicht-monetären Zuschlagskriterien setzen Rahmenbedingungen für die staatliche Nachfrage nach Leistungen, die hohen wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Anforderungen genügen. Auf diese Weise können Dienstleistungen und Produkte bzw. Produktionsverfahren gefördert werden, die möglichst geringe Auswirkungen auf die *Umwelt* haben und die möglichst wenig natürliche Ressourcen über den gesamten Lebensweg des Produktes verbrauchen (vgl. Art. 32 VE BöB).

### **9.2.3 Prüfpunkt 3: Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft**

Die Revision des Beschaffungsrechts stärkt den *Wettbewerb*: Die erhöhte Orientierungssicherheit der Anbieterinnen und die Harmonisierung des Beschaffungsrechts bewirken für die Unternehmen eine Kostenreduktion bei der Informationsbeschaffung und bauen Wettbewerbshemmnisse ab. Die Stärkung der Transparenz erleichtert den Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt und fördert somit den Wettbewerb.

Für einen funktionierenden *Binnenmarkt* werden gesamtschweizerisch einheitliche beschaffungsrechtliche Grundsätze und Regelungen vorgeschlagen. Das BöB soll die entsprechenden Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes ablösen.

Die Revision des Beschaffungsrechts birgt grosse betriebsinterne und volkswirtschaftliche *Sparpotenziale*: Die unternehmensübergreifende elektronische Abwicklung des gesamten Beschaffungsablaufs von der Bedarfsmeldung bis zur Fakturierung sowie die strategische Ausrichtung des öffentlichen Einkaufs werden rechtlich möglich.

Die Revision des Beschaffungsrechts fördert den Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen. Flexible Beschaffungselemente ermöglichen die Schaffung *innovativer Lösungen* (z.B. Dialog, Art. 46 VE BöB).

Die Revision des Beschaffungsrechts leistet somit einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung des *Wirtschaftswachstums* in der Schweiz.

### **9.2.4 Prüfpunkt 4: Alternative Regelungen**

Alternative Regelungen mit geringerem volkswirtschaftlichem Nutzen wurden oben dargestellt (vgl. Ziffer 1.3.5 und 9.1.1). Alternative Regelungen, die einen weitergehenden volkswirtschaftlichen Nutzen mit sich bringen könnten, würden die Schaffung einer zusätzlichen verfassungsmässigen Grundlage voraussetzen.

## 9.2.5 Prüfpunkt 5: Zweckmässigkeit im Vollzug

Der Vollzug des Beschaffungswesens wird sich zufolge der Revision einfacher ausgestalten und durch mehr Klarheit auszeichnen. Den Beschaffungsstellen werden flexible Instrumente zur Verfügung gestellt, mit denen sie die jeweiligen Beschaffungen zweckmässig und an den jeweiligen Beschaffungsgegenstand angepasst durchführen können.

## 10 Legislaturplanung

Die Vorlage wurde in der Botschaft über die Legislaturplanung 2007–2011 (BBl 2008 783) als Richtlinienengeschäft angekündigt.

## 11 Rechtliche Aspekte

### 11.1 Übergeordnetes Staatsvertragsrecht

Die Vorgaben des übergeordneten Staatsvertragsrechts begrenzen den Regelungsspielraum bei der Umsetzung der vier wichtigsten Revisionsziele (Modernisieren, Klären, Flexibilisieren, Harmonisieren). Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ratifizierte die Schweiz unter anderem das WTO-Übereinkommen und das Bilaterale Abkommen Schweiz-EG.<sup>64</sup> Das WTO-Übereinkommen befindet sich gegenwärtig in Revision bzw. in Neuverhandlung, der Abschluss der Verhandlungen wird im Jahr 2008 erwartet. Ca. 12 bis 18 Monate später würde es – unter Vorbehalt der Ratifizierung – in Kraft gesetzt werden. Die vorliegende Gesetzesrevision setzt die dort enthaltenen bzw. zu erwartenden Bestimmungen – soweit bekannt – bereits um.

Das geltende WTO-Übereinkommen – welches für den Bund und die Kantone gilt – hält die Grundsätze der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens fest: Förderung des Wettbewerbs, Transparenz, Nichtdiskriminierung und wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel. Weiter enthält das Übereinkommen Bestimmungen zum Beschaffungsverfahren (Vergabeverfahren, Qualifikation der Anbieterinnen, Ausschreibung, Fristen für Angebote, Verhandlungen, Zuschlag, Beschwerdeverfahren, Streitbeilegung usw.) und zu den Schwellenwerten. Das *überarbeitete WTO-Übereinkommen* basiert auf dem bisherigen Übereinkommen. Als Neuerungen werden insbesondere die Ausweitung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches sowie die Einführung von Rahmenbestimmungen für das E-Procurement vorgeschlagen.

Das *Bilaterale Abkommen Schweiz-EG* erweitert den Anwendungsbereich des GPA innerhalb der Schweiz auf Bezirks- und Gemeindeebene. Ausserdem werden die Beschaffungen in den Sektoren Schienenverkehr, Telekommunikation, Gas- und Wasserversorgung sowie die Beschaffungen durch private Unternehmen in den Sektoren der Wasser-, Elektrizitäts- und Verkehrsversorgung dem Übereinkommen unterstellt.

<sup>64</sup> Vgl. Ziffer 1.1. und 5.1.

Ein gemeinsames Ziel dieser Staatsverträge ist eine international einheitliche Handhabung von Beschaffungsverfahren. Die Staatsverträge selbst legen deshalb die Grundsätze, den Ablauf und die Definitionen von Beschaffungsverfahren fest. In weiten Teilen geht es in der Revision darum, diese in nationales Recht umzusetzen bzw. die Umsetzung dieses Rechts zu harmonisieren. Der Revisionsentwurf schenkt dementsprechend der Kompatibilität mit diesen internationalen Abkommen erhöhte Aufmerksamkeit. Wie gross der verbleibende Handlungsspielraum für autonomes nationales Recht im Einzelfall ist, wird in den Erläuterungen zu den entsprechenden Gesetzesbestimmungen erwähnt.

## 11.2 Verfassungsmässigkeit

### 11.2.1 Bundesbeschaffungen

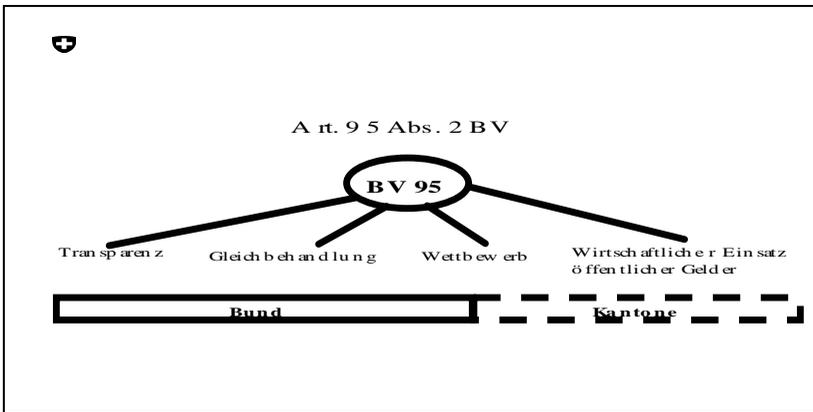
Die Bundesverfassung enthält keine spezifische Norm zum öffentlichen Beschaffungsrecht. Die *Rechtsetzungskompetenz des Bundes* im öffentlichen Beschaffungswesen leitet sich aus verschiedenen Verfassungsgrundlagen ab. Die Kompetenz, für Bundesbehörden und die öffentlichen Unternehmen des Bundes Beschaffungsnormen zu erlassen, ergibt sich aus der *Organisationskompetenz* (Art. 164 Abs. 1 Bst. g BV). In Einzelfragen besteht zudem eine explizit geregelte Bundeskompetenz (bspw. gesamtschweizerische Beschaffungsstatistik aus Art. 65 BV).

### 11.2.2 Kantonale Beschaffungen

Die Souveränität der Kantone im Beschaffungsrecht wird grundsätzlich nicht beschränkt (Art. 3 BV). *Bund und Kantone regeln die ihnen zugeordneten Beschaffungen eigenständig*. Die Verfassung erteilt dem Bund allerdings die Kompetenz, punktuell Vorschriften über Beschaffungen zu erlassen, welche dem kantonalen Recht unterliegen. Dies gilt insbesondere für den Bereich des Binnenmarktes (Art. 95 BV), der Wettbewerbspolitik (Art. 96 BV) oder des Arbeitsschutzes (Art. 110 Abs. 1 Bst. a, b und d BV). Zu beachten ist insbesondere, dass die Binnenmarktcompetenz des Bundes nach Erlass des BoeB ausgeweitet wurde und der Bund für einen „einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum“ zu sorgen hat (Art. 95 Abs. 2 BV).<sup>65</sup> Gestützt darauf kann der Bund die Bereiche Transparenz und Gleichbehandlung umfassend regeln. Die Förderung des Wettbewerbs ist aus kompetenzrechtlicher Sicht ein Grenzfall. Im Bereich „wirtschaftlicher Einsatz öffentlicher Gelder“ darf der Bund Rahmenbestimmungen erlassen, um die Transparenz und die Gleichbehandlung sicherzustellen.<sup>66</sup> Die gesamtschweizerische Kompetenzlage des Bundes im öffentlichen Beschaffungswesen lässt sich wie folgt zusammenfassen:

<sup>65</sup> Biaggini, Verfassungsstudie, a.a.O., S. 6 ff.

<sup>66</sup> Biaggini, Verfassungsstudie, a.a.O., S. 18 ff.



### 11.2.3 Verfassungsmässigkeit der Teilvereinheitlichung im Besonderen

Gewählt wurde das Modell einer Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts. Ausgangspunkt für eine Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts ist die Binnenmarktcompetenz des Bundes gemäss Art. 95 Abs. 2 BV, nach welcher der Bund für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum sorgt. Es geht dabei in erster Linie um die Sicherung der Gleichbehandlung und Verhinderung von Diskriminierung der Anbieterinnen, die im schweizerischen Wirtschaftsraum auftreten.

Zur Frage der Verfassungsmässigkeit der Teilvereinheitlichung wird auf die erwähnte Verfassungsstudie verwiesen. Die darin erläuterte Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen im öffentlichen Beschaffungswesen wurde berücksichtigt mit einer grossen Ausnahme: Bei der Frage, wann ein binnenmarktrelevantes Beschaffungsgeschäft vorliegt, argumentiert der Autor wie folgt: Liege eine Beschaffung im „Staatsvertragsbereich“, sei dies ein Indiz dafür, dass das Geschäft für den gesamtschweizerischen Wirtschaftsraum relevant sei. Der Bundesgesetzgeber gebe durch die Festlegung der Schwellenwerte für die Ausschreibungsverfahren zu erkennen, dass er bestimmte (unterhalb des Schwellenwertes liegende) Beschaffungen für nicht binnenmarktrelevant halte. Wolle der Gesetzgeber vermehrt kleinere Beschaffungen erfassen, könnte er zur Erweiterung des Binnenmarktes den Schwellenwert für öffentliche Ausschreibungen senken.<sup>67</sup> Der Autor scheint somit die staatsvertraglichen bzw. die Schwellenwerte für öffentliche Ausschreibungen gleichzusetzen mit Binnenmarktrelevanz. Er übersieht dabei, dass unterhalb der staatsvertraglich vereinbarten Schwellenwerte binnenmarktrelevante Sachverhalte vorliegen können. Bereits das geltende Binnenmarktgesetz verlangt, dass Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen sind (Art. 9 Abs. 1 BGBM). Unbestritten ist, dass im freihändigen Verfahren kein formeller Rechtsschutz gemäss BGBM zu gewähren ist (BGE 137 I 137). Bereits mit einem Einladungsverfahren wird aber eine Wettbewerbssituation geschaffen, weil die Beschaffungsstellen mehrere Angebote vergleichen und anschliessend beschaffungsrechtskonform auswählen müssen. Somit sagt bereits der Schwellenwert für das Einladungsverfahren und nicht erst derjenige für die Ausschreibungsverfahren aus, ob eine Binnenmarktrelevanz gegeben ist. Der Entscheid, ob ein Einladungsverfahren oder ein Ausschreibungsverfahren

<sup>67</sup> Biaggini, Verfassungsstudie, a.a.O., S. 28.

durchzuführen ist, hat hingegen weniger mit der Relevanz für den Binnenmarkt als mit den hohen Kosten, die den Anbieterinnen und den Beschaffungsstellen durch eine öffentliche Ausschreibung entstehen, zu tun. Dementsprechend befürworten viele Marktteilnehmer eine Erhöhung der Schwellenwerte für öffentliche Ausschreibungen, ohne deshalb den Binnenmarkt einschränken zu wollen. Eine Erhöhung dieser Schwellenwerte ist aber nur auf dem Weg der Änderung der betreffenden Staatsverträge möglich.

Zusammenfassend bietet Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV zwar eine Grundlage für die Regelung verschiedenster Aspekte des Beschaffungswesens, jedoch keine Basis für eine gesamtschweizerisch einheitliche Regelung aller Belange. Es ist bei den Einzelfragen zu untersuchen, ob bzw. in welchem Mass der jeweilige Regelungstatbestand den Zielen des Binnenmarktes gemäss Art. 95 BV dient. Der Bundesgesetzgeber ist nicht auf die Festlegung von „blossen“ Grundsätzen beschränkt, sondern kann auch ins Detail gehende Vorschriften erlassen, vorausgesetzt, dass sie den Zielen des Art. 95 BV dienen.

Föderalistische „Gegenstücke“ zur Binnenmarktcompetenz sind der Grundsatz der Subsidiarität und die Verfahrens- und Organisationsautonomie der Kantone. Die Kantone haben die Kompetenz im Bereich des haushälterischen Umganges mit ihren eigenen Finanzen.<sup>68</sup>

Zur Frage der Verfassungsmässigkeit wird ferner auf die Einzelnormkommentierung sowie oben auf die Ziffern 1.3.5 und 2.4 verwiesen.

## **Anhang**

### **Anhang I: Übersicht über die wichtigsten internationalen Abkommen**

Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422).

Übereinkommen vom XX.XX.2008 über das öffentliche Beschaffungswesen (revidiertes GPA).

Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG; SR 0.172.052.68).

Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA; SR 0.632.31).

<sup>68</sup> Zur verfassungsmässigen Grundlage: Biaggini, Verfassungsstudie, a.a.O., S. 8 ff.

## **Anhang II: Übersicht über weitere direkt oder indirekt beschaffungsrelevante Bundeserlasse**

Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1).

Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11).

Verordnung vom 14. Dezember 1998 über das Immobilienmanagement und die Logistik des Bundes (VILB; 172.010.21).

Verordnung vom 22. November 2006 über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens des Bundes (Org-VoeB; SR 172.056.15).

Verordnung des EVD vom 26. November 2007 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2008 (SR 172.056.12).

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

Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA; SR 822.41).

Bundesgesetz vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen (NSG; SR 725.11).

Verordnung vom 7. November 2007 über die Nationalstrassen (NSV; SR 725.111).

Bundesbeschluss vom 4. Oktober 1991 über den Bau der schweizerischen Eisenbahnpentransversale (ATB; SR 742.104).

Verordnung vom 28. Februar 2001 über den Bau der schweizerischen Eisenbahnpentransversale (AtraV; SR 742.104.1).

Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).

Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02).

Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51).

Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251).

Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (FHG; SR 611.0).

Finanzhaushaltverordnung vom 5. April 2006 (FHV; SR 611.01).

Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG; SR 742.101).

Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010).

Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1).

Verordnung vom 18. Dezember 1995 über Abgeltungen, Darlehen und Finanzhilfen nach Eisenbahngesetz (ADFV; SR 742.101.1).

### **Anhang III: Übersicht der kantonalen Erlasse betreffend das Beschaffungswesen**

Stand per 30. April 2008.

**AG** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001 (SAR 150.950).

Submissionsdekret (SubmD) vom 26. November 1996 (SAR 150.910).

**AI** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001 (SR AI 726.910).

Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB) vom 29. April 2001 (SR AI 726.000).

Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB) vom 1. Oktober 2001 (SR AI 726.010).

**AR** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), vom 15. März 2001 (bGS 712.2).

Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 24. September 2000 (bGS 712.1).

Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 13. September 2004 (bGS 712.11).

**BE** Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2002 (ÖBG; BSG 731.2).

Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV) vom 16. Oktober 2002 (BSG 731.21).

- BL** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (SGS BL 420.12).
- Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz) vom 3. Juni 1999 (SGS BL 420).
- Verordnung zum Beschaffungsgesetz (Beschaffungsverordnung) vom 25. Januar 2000 (SGS BL 420.11).
- BS** Beschluss des Regierungsrates betreffend Zustimmung zur Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, vom 22. Oktober 2002 (SR BS 914.501).
- Grossratsbeschluss betreffend Beitritt des Kantons Basel-Stadt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, vom 20. November 1996 (SR BS 914.500).
- Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz) vom 20. Mai 1999 (SR BS 914.100).
- Verordnung zum Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsverordnung, VöB) vom 11. April 2000 (SR BS 914.110).
- FR** Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SGF 122.91.2)
- Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Februar 1998 (SGF 122.91.1).
- Reglement über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBR) vom 28. April 1998 (SGF 122.91.11).
- GE** Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP), état au 4 septembre (RSG L 6 05).
- Règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RSG L6 05.01).
- Règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services du 23 août 1999 (RSG L6 05.03).
- GL** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (SR GL II G/1/2).
- Interkantonale Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse (IVTH) vom 23. Oktober 1998 (SR GL II G/1/4).
- Kantonales Submissionsgesetz vom 4. Mai 1997 (SR GL II G/2/1).
- Submissionsverordnung vom 17. Dezember 1997 (SR GL II G/2/2).
- GR** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001 (Bündner Rechtsbuch 803.410).

Beitritt des Kantons Graubünden zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, vom 10. Februar 2004 (Bündner Rechtsbuch 803.500)

Submissionsgesetz (SubG) vom 10. Februar 2004 (Bündner Rechtsbuch 803.300).

Submissionsverordnung (SubV) vom 25. Mai 2004 (Bündner Rechtsbuch 803.310).

**JU** Arrêté portant approbation de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 9 septembre 1998 (JU SR 174.01).

Loi concernant les marchés publics du 21 octobre 1998 (JU SR 174.1).

Ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics (OAMP) du 4 avril 2006 (JU-SR 174.11).

**LU** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15 März 2001 (SRL 733a).

Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (SRL 733).

Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7. Dezember 1998 (SRL 734).

**NE** Loi portant adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP) du 26 juin 1996 (RSN 601.70).

Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994 (RSN 601.71).

Loi cantonale sur les marchés publics (LCMP) du 23 mars 1999 (RSN 601.72).

Règlement d'exécution de la loi cantonale sur les marchés publics du 3 novembre 1999 (RELCMP), état au 24 mai 2006 (RSN 601.720).

**NW** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/ 15. März 2001 (SR NW 612.2).

Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsgesetz) vom 7. Februar 2001 (SR NW 612.1).

Vollzugsverordnung zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsverordnung) vom 6. Juli 2004 (SR NW 612.11).

**OW** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/15. März 2001 (GDB OW 975.61).

Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsgesetz) vom 27. November 2003 (GDB OW 975.6).

Ausführungsbestimmungen zum Submissionsgesetz vom 6. Januar 2004

(GDB OW 975.611).

Interkantonale Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse (IVTH) vom 23. Oktober 1998 (GDB OW 975.7).

Kantonsratsbeschluss über einen Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse vom 27. Oktober 2000 (GDB OW 975.71).

- SG** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (rev. IVöB) vom 15. März 2001 (sGS 841.32).

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994 (sGS 841.31).

Grossratsbeschluss über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 vom 7. Mai 2002 (sGS 841.4).

Grossratsbeschluss über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 27. November 1997 (sGS 841.3)

Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. April 1998 (sGS 841.1).

Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998 (sGS 841.11).

- SH** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/ 15. März 2001 (SHR 172.510).

Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/ 15. März 2001 (ViVöB), vom 15. April 2003 (SHR 172.511).

Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (VRöB), vom 15. April 2003 (SHR 172.512).

Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 29. Juni 1998 (SHR 172.500).

- SO** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (rev. IVöB) vom 15. März 2001 (BGS 721.521).

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB; BGS 721.52).

Interkantonale Vereinbarung über die Vergabe von Arbeiten und Lieferungen des Baugewerbes für die kantonale Verwaltung vom 8. April 1994 (BGS 721.51).

Beitritt zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 vom 22. September 1996 (BGS 721.53).

Genehmigung der Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, KRB vom 3. September 2003 (BGS 721.531).

Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Submissionsgesetz) vom 22. September 1996 (BGS 721.54).

Verordnung über öffentliche Beschaffungen (Submissionsverordnung) vom 17. Dezember 1996 (BGS 721.55).

Weisungen über die Anpassung von Honoraransätzen für Architektur- und Ingenieuraufträge per 1. Januar 1996, RRB vom 5. März 1996 (BGS 721.56).

**SZ** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/ 15. März 2001, (SR SZ 430.120.1).

Kantonsratbeschluss über den Beitritt des Kantons Schwyz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 17. Dezember 2003 (SR SZ 430.120).

Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Dezember 2004 (SR SZ 430.130).

**TG** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/ 15. März 2001 (Thurgauer Rechtsbuch 720.1).

Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. Dezember 1996 (Thurgauer Rechtsbuch 720.2).

Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2004 (Thurgauer Rechtsbuch 720.21).

Weisung des Regierungsrates betreffend Zuständigkeiten und Ablauforganisation für das öffentliche Beschaffungswesen der Zentralverwaltung und der selbständigen kantonalen Anstalten vom 1. Juli 1997 (Thurgauer Rechtsbuch 720.211).

Gegenrechtserklärungen betreffend öffentliches Beschaffungswesen (Thurgauer Rechtsbuch 720.61).

**TI** Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP) del 25 novembre 1994/ 15 marzo 2001 (RL 7.1.4.1.3).

Decreto legislativo concernente l'adesione del Cantone Ticino al Concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 25 novembre 1994/ 15 marzo 2001, del 6 febbraio 1996/30 novembre 2004 (RL 7.1.4.1.4).

Legge sulle commesse pubbliche (LCPubb) del 20 febbraio 2001 (RL 7.1.4.1).

Regolamento di applicazione della Legge sulle commesse pubbliche (LCPubb)

del 20 febbraio 2001 e del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP) del 15 marzo 2001, del 12 settembre 2006 (RL 7.1.4.1.6).

**UR** Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/ 15. März 2001 (Urner Rechtsbuch 3.3111).

Submissionsverordnung des Kantons Uri (SubV) vom 15. Februar 2006 (Urner Rechtsbuch 3.3112).

Reglement über die paritätische Kommission im öffentlichen Beschaffungswesen (Submissionsreglement) vom 27. August 1997 (Urner Rechtsbuch 3.3115).

**VD** Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994, état 1 septembre 2004 (RSV 726.91).

Loi sur les marchés publics (LMP- VD) du 24 juin 1996 (RSV 726.01).

Règlement d'application de la Loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP- VD) du 7 juillet 2004 (RSV 726.01.1).

**VS** Gesetz betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 (SR VS 726.1).

Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (SR VS 726.100).

Verordnung betreffend die Führung ständiger Listen vom 11. Juni 2003 (SR VS 726.101).

**ZG** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. Mai 2001 (BGS 721.52).

Submissionsgesetz (SubG) vom 2. Juni 2005 (BGS 721.51).

Submissionsverordnung (SubV) vom 20. Sept. 2005 (BGS 721.53).

**ZH** Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, (Zürcher Gesetzessammlung 720.1).

Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (Zürcher Gesetzessammlung 720.11).

## **Anhang IV: Übersicht der Beilagen**

Beilage I: Entwurf des revidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) deutsch

Beilage II: Entwurf des revidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) französisch

Beilage III: Révision de l'Accord sur les marchés publics (GPA) *französisch (nur zur Information, nicht Gegenstand der Vernehmlassung)*