



Das neue Submissionsrecht: Ein Überblick

lic. iur. Lukas Rich,
LL.M., Rechtsanwalt

BEESAFE, 3. November 2023

Übersicht

- I. Rechtliche Grundlagen
- II. Hintergrund
- III. Die wichtigsten Neuerungen
- IV. Anwendungsbereich einer Beschaffung
- V. Ablauf des Vergabeverfahrens
- VI. Rechtsschutz

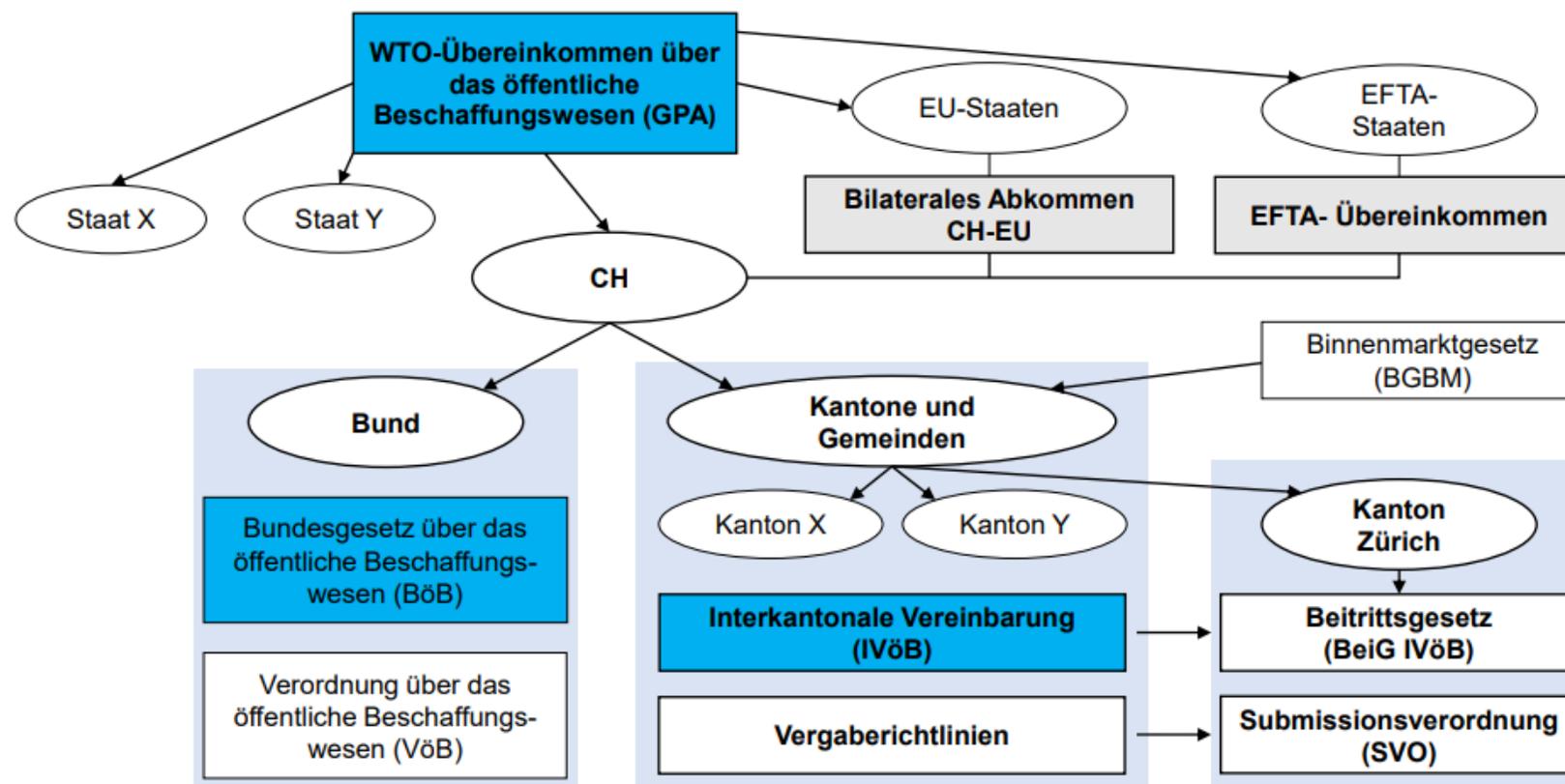
I. Rechtliche Grundlagen

Was ist das öffentliche Beschaffungsrecht?

- Beschaffung von Sachmitteln und Leistungen der öffentlichen Hand für ihre Aufgabenerfüllung
- Beschaffungsmarkt Schweiz: Pro Jahr ca. CHF 40 Mia. (rund 20% Bund und 80% Kantone = ca. 8% BIP)
- Hauptsächliche Märkte:
Baufträge, Lieferaufträge von beweglichen Gütern, Entsorgungsbereich, Bildungsmarkt, IT
- Zentrale Rolle in Praxis, Medien und Öffentlichkeit

I. Rechtliche Grundlagen

Was wird angepasst?



I. Rechtliche Grundlagen



*Vergaberecht ist erst seit Ende der 90er-Jahre
umfassend gesetzlich normiert!*

Internationales Recht:

- WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement, GPA) von 1994, in Kraft in CH seit 1. Januar 1996, Revision GPA 2012).
- Bilaterales Abkommen CH-EU (BAöB), in Kraft seit 1. Juni 2002

I. Rechtliche Grundlagen



*Bund und Kantone setzen die staatsvertraglichen
Verpflichtungen eigenständig um!*

Bundesrecht

- Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
(BöB; SR 172.056.1)
- Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
(VöB; SR 172.056.11)

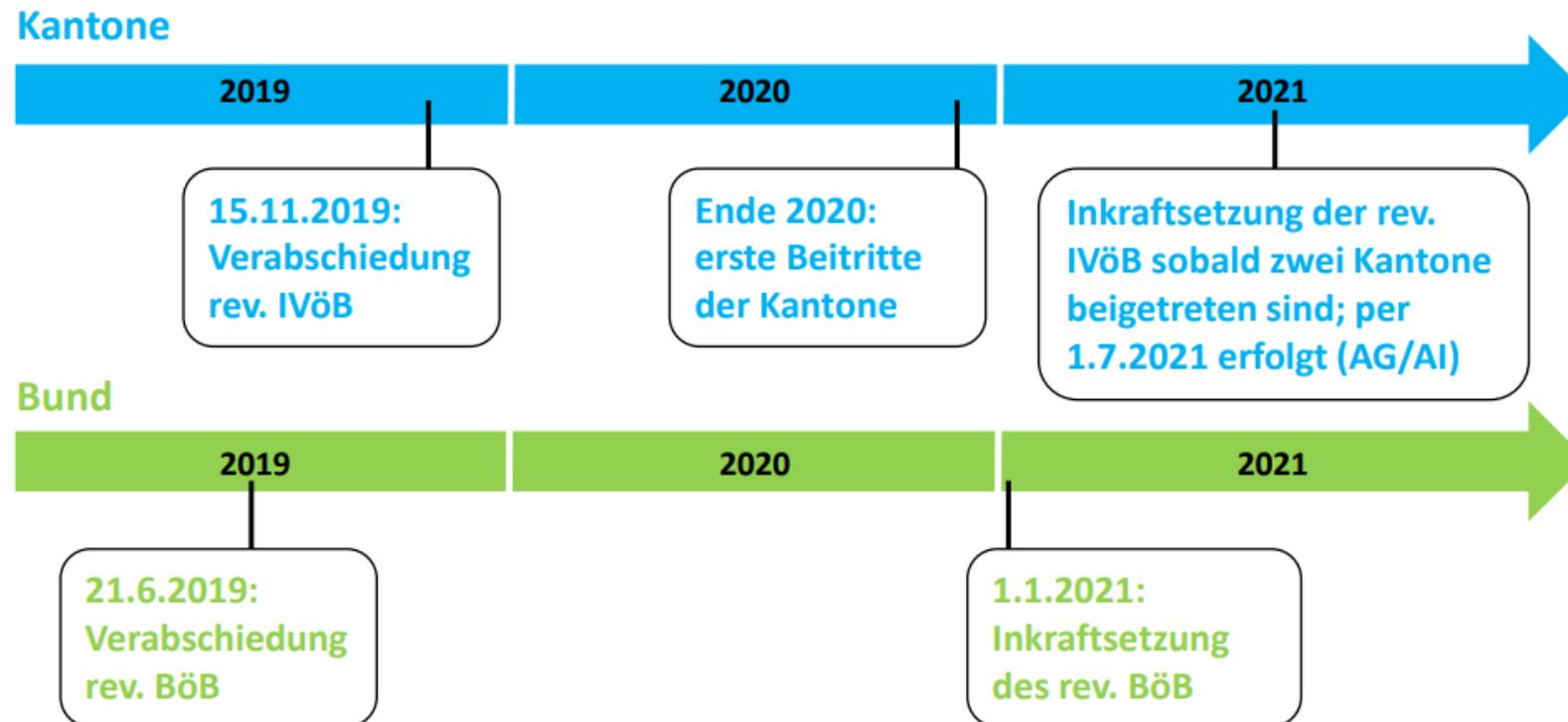
I. Rechtliche Grundlagen

Kantonales Recht (z.B. Kanton Aargau)

- Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB)
 - Neue IVöB ist im Kanton Aargau bereits am 1. Juli 2021 in Kraft getreten, am 27. März 2021 vom Grossen Rat mit 133:0 Stimmen angenommen
- Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2021 (DöB; SAR 150.920)
- Submissionsdekret vom 26. November 1996 wurde aufgehoben

I. Rechtliche Grundlagen

Umsetzung Revisionsvorlagen



I. Rechtliche Grundlagen

Übersicht IVöB-Umsetzungsprozess in den Kantonen

Übersicht Beitritte zur IVöB 2019 (Stand: 1.10.2023)



Der Kanton Bern ist nicht Mitglied der IVöB2019. Er wendet diese interkantonale Vereinbarung als kantonales Recht mit eigenem Rechtsweg an.

IVöB 2019 in Kraft.

Kantonales Beitrittsverfahren läuft.

© BFS, ThemaKart - Neuchâtel 2012

II. Hintergrund

Gründe für Revision: Wandel in der Vergabekultur

80er-Jahre (Schicht 1):

Kartelle, Absprachen, Filz, Vetternwirtschaft

1990/2000 (Schicht 2):

Marktöffnung, Welthandel, Globalisierung, Liberalisierung,
(Preis-) Wettbewerb

Ab 2010 (Schicht 3):

(Qualitäts-) Wettbewerb, «vergabefremde» Kriterien (Nachhaltigkeit, Sozialstandards, etc.), «Heimatschutz»

Quelle: Marc Steiner, Bundesverwaltungsrichter, St. Gallen

III. Die wichtigsten Neuerungen



III. Die wichtigsten Neuerungen

Allgemeines

- Keine grundlegenden Neuregelungen im Vergaberecht
- Stärkung des Qualitätswettbewerbs, weg vom reinen Preiswettbewerb
- Nachhaltigkeit als Grundhaltung definiert
- Erweiterte Ausnahmen für freihändige Beschaffung (Art. 21 BöB/IVöB)
- Schwellenwerte: Angleichung Lieferung/Dienstleistungen; freihändiges Verfahren neu bis CHF 150'000 möglich
- Zusätzliche Beschaffungsinstrumente (Elektronische Auktionen, Dialog, Rahmenverträge)

III. Die wichtigsten Neuerungen

Nachhaltigkeit

- Neu sind *Nachhaltigkeitsaspekte* bei der Vergabe zu berücksichtigen.
- Potenziell zu bewertende Kriterien sind *breiter* ausgelegt als zuvor.
- Neues Recht (Art. 2 lit. a BÖB):
«... den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlichen, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel»
- Altes Recht (Art. 1 Abs. 1 lit. c aBÖB):
«... den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern.»

III. Die wichtigsten Neuerungen

Zuschlagskriterien (Art. 29 Abs. 1 BöB/IVöB)

Erweiterung der Palette der Zuschlagskriterien neben Preis und Qualität, z.B.

- Nachhaltigkeit
- Zweckmässigkeit
- Termine
- Wirtschaftlichkeit
- Lebenszykluskosten
- Ästhetik
- Plausibilität des Angebots
- unterschiedliche Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird (Kanton Aargau, § 2 Abs. 1 DöB)
- Verlässlichkeit des Preises (Kanton Aargau, § 2 Abs. 1 DöB)

III. Die wichtigsten Neuerungen

Zuschlag

- Neues Recht (Art. 41 BöB/IVöB):
«Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag.»
- Altes Recht (Art. 21 Abs. 1 aBöB):
«Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag.»



(Vermeintlicher) Paradigmenwechsel:

Umfassendere Güterabwägung, Qualitätswettbewerb

IV. Anwendungsbereich einer Beschaffung

- A) Liegt eine öffentliche Beschaffung vor (WAS)?
- B) Welche Auftraggeber sind unterstellt (WER)?
- C) Schwellenwerte und Auftragswerte (WIE VIEL)?

IV. Anwendungsbereich einer Beschaffung

A) Was ist dem Beschaffungswesen unterstellt?



Öffentlicher Auftrag (Art. 8 Abs. 1 BÖB/IVöB)

Drei Kriterien:

- a. Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe
- b. Engeltlichkeit (Geld oder geldwerte Vorteile) und Austauschverhältnis
- c. Anbieterin erbringt charakteristische Leistung

IV. Anwendungsbereich einer Beschaffung

B) Wer ist unterstellt? (Art. 4 BöB/IVöB)

- Staatliche Behörden, zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten
- Einrichtungen des öffentlichen Rechts (Kantons-/Bezirks-/Gemeindeebene)



Formel: staatsgebunden, öffentliches Interesse, nicht-gewerblich

- Sektorenunternehmungen (Wasser, Energie, Verkehr)
- Ausserhalb Staatsvertragsbereich zusätzlich andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben, zu mindestens 50% subventionierte Objekte

IV. Anwendungsbereich einer Beschaffung

C) Schwellenwerte und Auftragswerte (Wie viel)

Im Staatsvertragsbereich (Art. 16 ff. BÖB/IVöB):

- Staatsvertragsbereich bedeutet:
 - Nur offenes oder selektives Verfahren
 - Strengere Anforderungen

- Schwellenwerte:
 - CHF 8'700'000 bei Bauleistungen (Gesamtwert)
 - CHF 350'000 pro Lieferung/Dienstleistung
 - CHF 700'000 pro Lieferung/Dienstleistung Sektoren Wasser, Energie, Verkehr, Telekommunikation
 - Gemischte Aufträge: massgeblich ist Hauptleistung

IV. Anwendungsbereich einer Beschaffung

C) Schwellenwerte und Auftragswerte (Wie viel)

Im Nicht-Staatsvertragsbereich (Binnenbereich, Anhang 2 IVöB):

Unterscheidung Bauhauptgewerbe (H) und Baunebengewerbe (N),

Definition Bauhauptgewerbe (H): «alle Arbeiten für tragende Elemente eines Bauwerks»

Verfahrensarten	Lieferungen	Dienstleistungen	Bauleistungen
Freihändiges Verfahren	unter 150'000	unter 150'000	N: unter 150'000 H: unter 300'000
Einladungs- Verfahren	unter 250'000	unter 250'000	N: unter 250'000 H: unter 500'000
Offenes/selektives Verfahren	ab 250'000	ab 250'000	N: ab 250'000 H: ab 500'000

IV. Anwendungsbereich einer Beschaffung

C) Schwellenwerte und Auftragswerte (Wie viel)

Berechnung der Auftragswerte

- Ausschlaggebend: Gesamtwert (ohne MwSt.)
- Keine «Salamitaktik»
- Gesamte Laufdauer des Vertrags berücksichtigen
- Folgeaufträge und Optionen müssen eingerechnet werden
- Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit/Daueraufträgen bestimmt sich Auftragswert anhand jährlicher Rate x 4
- Schätzung: zuverlässige und sorgfältige Kostenermittlung, Orientierung an der oberen Bandbreite

V. Ablauf des Vergabeverfahrens

Verfahrenswahl

Nach Bestimmung der Auftragsart und des Auftragswertes erfolgt die Wahl des Verfahrens

Drei Kriterien:

- Ist Beschaffung vom Staatsvertragsbereich erfasst oder nicht?
- Handelt es sich um einen Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauauftrag?
- Sind die im Binnenbereich vorgesehenen Auftragswerte für diese Auftragsarten erreicht?



**Numerus clausus der Vergabeverfahren
(keine Vermischung!)**

V. Ablauf des Vergabeverfahrens

Offenes Verfahren:

Ausschreibung, Angebotseinreichung, Zuschlag aufgrund Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Selektives Verfahren:

Offene Ausschreibung in zwei Schritten mit vorgängiger Bewerbung aufgrund öffentlicher Ausschreibung; Vergabestelle kann Zahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbieter beschränken; wirksamer Wettbewerb muss spielen.

Einladungsverfahren:

Kein öffentliches Verfahren; mindestens drei Anbieter werden eingeladen; Zuschlag mittels Verfügung aufgrund Zuschlagskriterien.

Freihändiges Verfahren:

Vergabestelle vergibt Auftrag ohne Ausschreibung direkt einem Anbieter; es werden aber mehrere Anbieter angefragt.

V. Ablauf des Vergabeverfahrens

Ausschreibung: Eignungskriterien (Art 27 BöB/IVöB)

- Müssen vorgängig in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt sein
- Müssen objektiv erforderlich und überprüfbar sein
- Prüfen den Anbieter, nicht das Angebot
- Beschreiben Anforderungen an fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters
- So genannte «Killerkriterien»: Bei Nicht-Erfüllung → Ausschluss
- Aber: Weiter Ermessensspielraum der Vergabebehörde bei Festlegung, Gewichtung und Bewertung

V. Ablauf des Vergabeverfahrens

Ausschreibung: Zuschlagskriterien (Art. 29 BÖB/IVöB)

- Müssen vorgängig in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt sein
- Prüfen das **Angebot**, nicht den Anbieter
- Zuschlag erfolgt an das «vorteilhafteste» Angebot
 - Achtung: «vorteilhaftest» heisst nicht «billigst»!
 - Zuschlagskriterien legen fest, was insgesamt das vorteilhafteste Angebot beinhaltet
- Gesamtwürdigung der Zuschlagskriterien:
Ermessensentscheid der Vergabehörde

V. Ablauf des Vergabeverfahrens

Eingang der Angebote

- Angebote bleiben verschlossen bis zum Öffnungstermin
- Öffnung:
Mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers
Protokollpflicht: So genanntes «Offertöffnungsprotokoll»
 - Anwesende Personen, Namen der Anbieter, Eingangsdatum der Angebote, Preise der Angebote, allfällige Varianten
 - Anbieter haben Anspruch auf Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll

V. Ablauf des Vergabeverfahrens

Prüfung der Angebote:

- Angebote sind unveränderlich
- Verhandlungen über Preis etc. sind **nicht** zulässig
(Verbot von Abgebotsrunden!)
- Offensichtliche Rechnungsfehler dürfen korrigiert werden
- Erläuterungen betreffend Eignung dürfen eingeholt werden

V. Ablauf des Vergabeverfahrens

Prüfung der Angebote

- Bewertung der Angebote
- Erstellen Bewertungsmatrix und Submissionsergebnis
- Grundsatz: Ermessen der Vergabebehörde, aber an die Reihenfolge/Gewichtung der Zuschlagskriterien gebunden (Transparenzgebot)
- Neu: Zulässigkeit von sog. «short lists»
 - Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag (früher: wirtschaftlich günstigste Angebot)

V. Ablauf des Vergabeverfahrens

Zuschlag und Vertragsabschluss

- Vertragsabschluss erst nach Zuschlag (Art. 42 BöB/IVöB)
 - Wichtig: Erst nach unbenutztem Ablauf der Beschwerdefrist!
(«Standstill»)
- Zulässiger Zeitpunkt Vertragsabschluss bei Erhebung einer Beschwerde (erstinstanzlich):
 - Wenn Gericht aufschiebende Wirkung nicht anordnet
(z.B. weil nicht beantragt von Gegenpartei, d.h. immer verlangen!)
 - Wenn Gericht aufschiebende Wirkung entzieht

VI. Rechtsschutz

Submissionsrecht des Bundes

- Beschwerde an Bundesverwaltungsgericht bei (a) Lieferungen/ Dienstleistungen ab Schwellenwert für Einladungsverfahren und (b) bei Bauleistungen ab Schwellenwert für offenes/selektives Verfahren (Art. 52 lit. a BÖB)
- Bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann mit Beschwerde nur Feststellung beantragt werden, dass Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 52 Abs. 2 BÖB)
- Frist: 20 Tage, anschliessend Beschwerde an das Bundesgericht

VI. Rechtsschutz

Submissionsrecht der Kantone

- Gegen Verfügungen der Auftraggeber ist mindestens ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert Beschwerde an kantonales Verwaltungsgericht zulässig (Art. 52 Abs. 1 IVöB), d.h. Rechtsschutz grundsätzlich im Staatsvertrags- und im Binnenbereich vorhanden
- Frist: 20 Tage, anschliessend Beschwerde an das Bundesgericht

VI. Rechtsschutz

Beschwerdeobjekt (Art. 53 BÖB/IVöB)

- Ausschreibung des Auftrags
- Entscheid über Auswahl im selektiven Verfahren
- Entscheid über Ausstandsbegehren
- Zuschlag
- Widerruf
- Abbruch
- Ausschluss aus dem Verfahren
- Verhängung einer Sanktion

VI. Rechtsschutz

Beschwerdelegitimation

- Nötig ist ein schutzwürdiges Interesse: Nicht berücksichtigte Anbieter sind legitimiert, wenn sie bei Gutheissung der Beschwerde eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt
- Auf Bundesebene vor Bundesverwaltungsgericht weit gefasst (auch Anbieter auf hinteren Rängen werden berücksichtigt)

VI. Rechtsschutz

Beschwerdegründe und Anträge

- Beschwerdegründe: Rechtsverletzungen, Überschreitung/Missbrauch des Ermessens, unrichtige/unvollständige Feststellung des Sachverhalts
- Kein Beschwerdegrund: Blosser Unangemessenheit (Vergabebehörde hat weiten Ermessensspielraum, in den die Gerichte nicht eingreifen)
- Anträge: Zu verlangen sind Aufhebung des Zuschlagsentscheids und die Erteilung des Zuschlags an den Beschwerdeführer. Bei Ausschluss: Antrag auf Aufhebung des Ausschlusses, Wiedermulassung zum Verfahren
- **Zentral:** Von Gesetzes wegen hat Beschwerde keine aufschiebende Wirkung (Art. 54 Abs. 1 BÖB/IVÖB): Antrag auf aufschiebende Wirkung!
- Immer Antrag auf aufschiebende Wirkung!

VIII. Gerichtsverfahren

Bundesgericht:

Beschwerde in öff.-rechtlichen Angelegenheiten

- Zulässigkeit: Art. 83 lit. f BGG: Beschwerde unzulässig, wenn massgeblicher Schwellenwert nicht erreicht und keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (dann nur: subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG)
- Frist: 20 Tage (Art. 100 BGG)
- Legitimation: Realistische Chance auf Zuschlagserteilung/Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens
- Von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung; Gesuch nach Art. 103 Abs. 2 BGG

Danke für die Aufmerksamkeit!

BEELEGAL
BÖSIGER. ENGEL. EGLOFF

