

Antrag des Regierungsrates vom 24. November 2021

5772

**Gesetz
über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung
über das öffentliche Beschaffungswesen
vom 15. November 2019 (BeiG IVöB)**

(vom)

Der Kantonsrat,

nach Einsichtnahme in den Antrag des Regierungsrates vom 24. November 2021,

beschliesst:

I. Es wird folgendes Gesetz erlassen:

§ 1. Der Kanton Zürich tritt der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 bei. Beitritt

§ 2. Die Interkantonale Vereinbarung findet entgegen den Ausnahmen in Art. 10 IVöB auch Anwendung auf Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration. Geltungsbereich

§ 3. Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber kann die Eröffnung von Verfügungen delegieren. Delegation

§ 4. ¹ Gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB ist unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig. Rechtsschutz
und
Beschwerde-
verfahren

² Die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 über die Beschwerde vor Verwaltungsgericht finden ergänzend Anwendung.

§ 5. Die Vergabestelle wendet bei den Vergaben ausserhalb des Staatsvertragsbereichs das Zuschlagskriterium der Ausbildung von Lernenden in der beruflichen Grundbildung an und gewichtet es mit mindestens 5% und höchstens 10%. Ausbildung
von Lernenden

Meldung von
Ausschlüssen

§ 6. ¹ Bei Ausschlüssen gemäss Art. 45 Abs. 1 IVöB stellt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber dem Kanton den rechtskräftigen Entscheid zu. Der Kanton erstattet Meldung an das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB).

² Der Regierungsrat bezeichnet die zuständige Stelle.

Ermächtigung
und Vollzug

§ 7. ¹ Der Regierungsrat wird ermächtigt:

- a. Änderungen der IVöB zu ratifizieren, soweit sie von untergeordneter Bedeutung sind,
- b. den Beitritt und Austritt zur IVöB gegenüber dem InöB zu erklären.

² Der Regierungsrat regelt die Einzelheiten des Verfahrens, des Vollzugs und der Organisation in einer Verordnung, insbesondere:

- a. die für den Vollzug, die Kontrollen und die Aufsicht verantwortlichen Stellen (Art. 12 Abs. 5, 28 Abs. 1, 45 Abs. 1–5, 50 Abs. 1 sowie 62 Abs. 1 und 2),
- b. die Einzelheiten des elektronischen Verfahrens, insbesondere der elektronischen Abgabe von Angeboten und Eröffnung von Verfügungen (Art. 34 Abs. 2),
- c. die Erstellung zusätzlicher Statistiken,
- d. die für den einheitlichen Vollzug, die Auskunftserteilung und die Aus- und Weiterbildung im öffentlichen Beschaffungswesen zuständige Stelle.

Aufhebung bis-
herigen Rechts

§ 8. Das Gesetz vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 wird aufgehoben.

Übergangs-
bestimmung

§ 9. Bis sämtliche Kantone der Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 beigetreten sind, gilt im Verhältnis zu Kantonen, die dieser Vereinbarung nicht beigetreten sind, Art. 4 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 gemäss Anhang B dieses Gesetzes.

II. Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

Anhang A

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)¹

1. Kapitel: Gegenstand, Zweck und Begriffe

Art. 1 Diese Vereinbarung findet auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeber innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung. Gegenstand

Art. 2 Diese Vereinbarung bezweckt: Zweck

- a. den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel;
- b. die Transparenz des Vergabeverfahrens;
- c. die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter;
- d. die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbietern, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption.

Art. 3 In dieser Vereinbarung bedeuten: Begriff

- a. Anbieter²: natürliche oder juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts oder Gruppe solcher Personen, die Leistungen anbietet, sich um die Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung, die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Erteilung einer Konzession bewirbt;
- b. öffentliches Unternehmen: Unternehmen, auf das staatliche Behörden aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen einschlägigen Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können; ein beherrschender Einfluss wird vermutet, wenn das Unternehmen mehrheitlich durch den Staat oder durch andere öffentliche Unternehmen finanziert wird, wenn es hinsichtlich seiner Leitung der Aufsicht durch den Staat oder durch andere öffentliche Unternehmen unterliegt oder wenn dessen Verwaltungs-, Leistungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat oder von anderen öffentlichen Unternehmen ernannt worden sind;

¹ Fassung gemäss Beschluss des InöB vom 15. November 2019.

² Im Interesse der besseren Lesbarkeit wird in dieser Vereinbarung nur die männliche Form verwendet.

- c. Staatsvertragsbereich: Geltungsbereich der internationalen Verpflichtungen der Schweiz über das öffentliche Beschaffungswesen;
- d. Arbeitsbedingungen: zwingende Vorschriften des Obligationenrechts über den Arbeitsvertrag, normative Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge und der Normalarbeitsverträge oder, wo diese fehlen, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen;
- e. Arbeitsschutzbestimmungen: Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechts, einschliesslich der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 und des zugehörigen Ausführungsrechts sowie der Bestimmungen zur Unfallverhütung;
- f. Einrichtung des öffentlichen Rechts: jede Einrichtung, die
 - zum besonderen Zweck gegründet wurde, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,
 - Rechtspersönlichkeit besitzt; und
 - überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind;
- g. staatliche Behörden: der Staat, die Gebietskörperschaften, Einrichtungen des öffentlichen Rechts und Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.

2. Kapitel: Geltungsbereich

1. Abschnitt: Subjektiver Geltungsbereich

Auftraggeber

Art. 4 ¹ Im Staatsvertragsbereich unterstehen dieser Vereinbarung die staatlichen Behörden sowie zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten, einschliesslich der Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf Kantons-, Bezirks- und Gemeindeebene im Sinne des kantonalen und kommunalen Rechts, mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeiten.

² Im Staatsvertragsbereich unterstehen dieser Vereinbarung ebenso staatliche Behörden sowie öffentliche und private Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen und die mit ausschliesslichen

oder besonderen Rechten ausgestattet sind, soweit sie Tätigkeiten in einem der nachfolgenden Sektoren der Schweiz ausüben:

- a. Bereitstellen oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser oder die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser;
- b. Bereitstellen oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, der Fortleitung oder Verteilung von elektrischer Energie oder die Versorgung dieser Netze mit elektrischer Energie;
- c. Betrieben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs durch Stadtbahn, automatische Systeme, Strassenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabelbahn;
- d. Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr mit Flughäfen oder anderen Verkehrseinrichtungen;
- e. Versorgung von Beförderungsunternehmen im Binnenschiffsverkehr mit Häfen oder anderen Verkehrseinrichtungen;
- f. Bereitstellen oder Betreiben von Eisenbahnen einschliesslich des darauf durchgeführten Verkehrs;
- g. Bereitstellen oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, dem Transport oder der Verteilung von Gas oder Wärme oder Versorgung dieser Netze mit Gas oder Wärme; oder
- h. Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebiets zu Zweck der Suche oder Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen.

³ Die Auftraggeber nach Absatz 2 unterstehen dieser Vereinbarung nur bei Beschaffungen für den beschriebenen Tätigkeitsbereich, nicht aber für ihre übrigen Tätigkeiten.

⁴ Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs unterstehen dieser Vereinbarung überdies:

- a. andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben, mit Ausnahme ihrer gewerblichen Tätigkeiten;
- b. Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.

⁵ Führt eine Drittperson die Vergabe eines öffentlichen Auftrags für einen oder mehrere Auftraggeber durch, so untersteht diese Drittperson dieser Vereinbarung wie der von ihm vertretene Auftraggeber.

Anwendbares
Recht

Art. 5 ¹ Beteiligen sich mehrere dem Bundesrecht und dieser Vereinbarung unterstellte Auftraggeber an einer Beschaffung, so ist das Recht des Gemeinwesens anwendbar, dessen Auftraggeber den grössten Teil an der Finanzierung trägt. Überwiegt der kantonale Anteil insgesamt den Bundesanteil, so kommt diese Vereinbarung zur Anwendung.

² Beteiligen sich mehrere dieser Vereinbarung unterstellte Auftraggeber an einer Beschaffung, so ist das Recht desjenigen Kantons anwendbar, der den grössten Anteil an der Finanzierung trägt.

³ Mehrere an einer Beschaffung beteiligte Auftraggeber sind im gegenseitigen Einvernehmen befugt, eine gemeinsame Beschaffung in Abweichung von den vorstehenden Grundsätzen dem Recht eines beteiligten Auftraggebers zu unterstellen.

⁴ Eine Beschaffung, deren Ausführung nicht im Rechtsgebiet des Auftraggebers erfolgt, untersteht wahlweise dem Recht am Sitz des Auftraggebers oder am Ort, wo die Leistungen hauptsächlich erbracht werden.

⁵ Eine Beschaffung durch eine gemeinsame Trägerschaft untersteht dem Recht am Sitz der Trägerschaft. Hat diese keinen Sitz, findet das Recht am Ort Anwendung, wo die Leistungen hauptsächlich erbracht werden.

⁶ Öffentliche oder private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten, die ihnen durch den Bund verliehen wurden, oder die Aufgaben von nationaler Interesse erbringen, können wählen, ob sie ihre Beschaffungen dem Recht an ihrem Sitz oder dem Bundesrecht unterstellen.

Anbieter

Art. 6 ¹ Nach dieser Vereinbarung sind Anbieter aus der Schweiz zum Angebot zugelassen sowie Anbieter aus Staaten, denen gegenüber die Schweiz sich vertraglich zur Gewährung des Marktzutritts verpflichtet hat, Letzteres im Rahmen der gegenseitig eingegangenen Verpflichtungen.

² Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs werden ausländische Anbieter aus Staaten zum Angebot zugelassen, soweit diese Gegenrecht gewähren oder soweit der Auftraggeber dies zulässt.

³ Der Bundesrat führt eine Liste der Staaten, die sich gegenüber der Schweiz zur Gewährung des Marktzutritts verpflichtet haben. Die Liste wird periodisch nachgeführt.

⁴ Die Kantone können Vereinbarungen mit den Grenzregionen und Nachbarstaaten abschliessen.

Art. 7 ¹ Herrscht in einem Sektorenmarkt nach Artikel 4 Absatz 2 wirksamer Wettbewerb, kann das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) dem Bundesrat vorschlagen, die entsprechenden Beschaffungen ganz oder teilweise von der Unterstellung unter diese Vereinbarung zu befreien. Im betroffenen Sektorenmarkt tätige Auftraggeber sind berechtigt, zu Handen des InöB ein diesbezügliches Gesuch zu stellen.

Befreiung
von der
Unterstellung

² Eine Befreiung gilt für die entsprechenden Beschaffungen aller im betroffenen Sektorenmarkt tätigen Auftraggeber.

2. Abschnitt: Objektiver Geltungsbereich

Art. 8 ¹ Ein öffentlicher Auftrag ist ein Vertrag, der zwischen Auftraggeber und Anbieter abgeschlossen wird und der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient. Er ist gekennzeichnet durch seine Entgeltlichkeit sowie den Austausch von Leistung und Gegenleistung, wobei die charakteristische Leistung durch den Anbieter erbracht wird.

Öffentlicher
Auftrag

² Es werden folgende Leistungen unterschieden:

- a. Bauleistungen (Bauhaupt- und Baunebengewerbe);
- b. Lieferungen;
- c. Dienstleistungen.

³ Gemischte Aufträge setzen sich aus unterschiedlichen Leistungen nach Absatz 2 zusammen und bilden ein Gesamtgeschäft. Die Qualifikation des Gesamtgeschäfts folgt der finanziell überwiegenden Leistung. Leistungen dürfen nicht mit der Absicht oder Wirkung gemischt oder gebündelt werden, die Bestimmungen dieser Vereinbarung zu umgehen.

Art. 9 Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts gehen vor.

Übertragung
öffentlicher
Aufgaben und
Verleihung von
Konzessionen

Art. 10 ¹ Diese Vereinbarung findet keine Anwendung auf:

Ausnahmen

- a. die Beschaffung von Leistungen im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf oder im Hinblick auf die Verwendung in der Produktion oder im Angebot von Leistungen für einen gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf;
- b. den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, Bauten und Anlagen sowie der entsprechenden Rechte daran;

- c. die Ausrichtung von Finanzhilfen;
- d. Verträge über Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Ankauf, Verkauf, Übertragung oder Verwaltung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken;
- e. Aufträge an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten;
- f. die Verträge des Personalrechts;
- g. die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und Gemeinden.

² Diese Vereinbarung findet zudem keine Anwendung auf die Beschaffung von Leistungen:

- a. bei Anbietern, denen ein ausschliessliches Recht zur Erbringung solcher Leistungen zusteht;
- b. bei anderen, rechtlich selbständigen Auftraggebern, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit diese Auftraggeber diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen;
- c. bei unselbständigen Organisationseinheiten des Auftraggebers;
- d. bei Anbietern, über die der Auftraggeber eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über seine eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringen.

³ Diese Vereinbarung findet sodann keine Anwendung auf öffentliche Aufträge,

- a. wenn dies für den Schutz und die Aufrechterhaltung der äusseren und inneren Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung als erforderlich erachtet wird;
- b. soweit dies erforderlich ist zum Schutz der Gesundheit oder des Lebens von Menschen oder zum Schutz der Tier- und Pflanzenwelt;
- c. soweit deren Ausschreibung Rechte des geistigen Eigentums verletzen würde.

3. Kapitel: Allgemeine Grundsätze

Verfahrens-
grundsätze

Art. 11 Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge beachtet der Auftraggeber folgende Verfahrensgrundsätze:

- a. Er führt Vergabeverfahren transparent, objektiv und unparteiisch durch;

- b. er trifft Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption;
- c. er achtet in allen Phasen des Verfahrens auf die Gleichbehandlung der Anbieter;
- d. er verzichtet auf Abgebotsrunden;
- e. er wahrt den vertraulichen Charakter der Angaben der Anbieter.

Art. 12 ¹ Für die im Inland zu erbringenden Leistungen vergibt der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieter, welche die im Inland massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, die Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 gegen die Schwarzarbeit (BGSA) sowie die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohnleichheit einhalten.

Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohnleichheit und des Umweltrechts

² Für die im Ausland zu erbringenden Leistungen vergibt der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieter, welche mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) nach Massgabe von Anhang 3 einhalten. Der Auftraggeber kann darüber hinaus die Einhaltung weiterer wesentlicher internationaler Arbeitsstandards fordern und entsprechende Nachweise verlangen sowie Kontrollen vereinbaren.

³ Der Auftraggeber vergibt einen öffentlichen Auftrag nur an Anbieter, welche mindestens die am Ort der Leistung geltenden rechtlichen Vorschriften zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen einhalten; dazu gehören im Inland die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts und im Ausland, die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt nach Massgabe von Anhang 4.

⁴ Die Subunternehmer sind verpflichtet, die Anforderungen nach den Absätzen 1 bis 3 einzuhalten. Diese Verpflichtungen sind in die Vereinbarungen zwischen den Anbietern und den Subunternehmern aufzunehmen.

⁵ Der Auftraggeber kann die Einhaltung der Anforderungen nach den Absätzen 1 bis 3 kontrollieren oder die Kontrolle Dritten übertragen, soweit diese Aufgabe nicht einer spezialgesetzlichen Behörde oder einer anderen geeigneten Instanz, insbesondere einem paritätischen Kontrollorgan, übertragen wurde. Für die Durchführung dieser Kontrollen kann der Auftraggeber der Behörde oder dem Kontrollorgan die erforderlichen Auskünfte erteilen sowie Unterlagen zur Verfügung stellen. Auf Verlangen hat der Anbieter die erforderlichen Nachweise zu erbringen.

⁶ Die mit der Einhaltung der Anforderungen nach den Absätzen 1 bis 3 befassten Behörden und Kontrollorgane erstatten dem Auftraggeber Bericht über die Ergebnisse der Kontrollen und über allfällige getroffene Massnahmen.

Ausstand

Art. 13 ¹ Am Vergabeverfahren dürfen auf Seiten des Auftraggebers oder eines Expertengremiums keine Personen mitwirken, die:

- a. an einem Auftrag ein persönliches Interesse haben;
- b. mit einem Anbieter oder mit einem Mitglied eines seiner Organe durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder eine faktische Lebensgemeinschaft führen;
- c. mit einem Anbieter oder mit einem Mitglied eines seiner Organe in gerader Linie oder bis zum dritten Grad in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind;
- d. Vertreter eines Anbieters sind oder für einen Anbieter in der gleichen Sache tätig waren; oder
- e. aufgrund anderer Umstände die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen.

² Ein Ausstandsbegehren ist unmittelbar nach Kenntnis des Ausstandsgrundes vorzubringen.

³ Über Ausstandsbegehren entscheidet der Auftraggeber oder das Expertengremium unter Ausschluss der betreffenden Person.

⁴ Der Auftraggeber kann in der Ausschreibung vorgeben, dass Anbieter, die bei Wettbewerben und Studienaufträgen in einem ausstands-begründenden Verhältnis zu einem Jurymitglied stehen, vom Verfahren ausgeschlossen sind.

Vorbefassung

Art. 14 ¹ Anbieter, die an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens beteiligt waren, sind zum Angebot nicht zugelassen, wenn der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann und wenn der Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern nicht gefährdet.

² Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sind insbesondere:

- a. die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten;
- b. die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten;
- c. die Verlängerung der Mindestfristen.

³ Eine der öffentlichen Ausschreibung vorgelagerte Marktabklärung durch den Auftraggeber führt nicht zur Vorbefassung der angefragten Anbieter. Der Auftraggeber gibt die Ergebnisse der Marktabklärung in den Ausschreibungsunterlagen bekannt.

Art. 15 ¹ Der Auftraggeber schätzt den voraussichtlichen Auftragswert. Bestimmung des Auftragswerts

² Ein öffentlicher Auftrag darf nicht aufgeteilt werden, um Bestimmungen dieser Vereinbarung zu umgehen.

³ Für die Schätzung des Auftragswerts ist die Gesamtheit der auszusprechenden Leistungen oder Entgelte, soweit sie sachlich oder rechtlich eng zusammenhängen, zu berücksichtigen. Alle Bestandteile der Entgelte sind einzurechnen, einschliesslich Verlängerungsoptionen und Optionen auf Folgeaufträge sowie sämtliche zu erwartenden Prämien, Gebühren, Kommissionen und Zinsen, ohne die Mehrwertsteuer.

⁴ Bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit errechnet sich der Auftragswert anhand der kumulierten Entgelte über die bestimmte Laufzeit, einschliesslich allfälliger Verlängerungsoptionen. Die bestimmte Laufzeit darf in der Regel 5 Jahre nicht übersteigen. In begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden.

⁵ Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit errechnet sich der Auftragswert anhand des monatlichen Entgelts multipliziert mit 48.

⁶ Bei Verträgen über wiederkehrende benötigte Leistungen errechnet sich der Auftragswert aufgrund des geleisteten Entgelts für solche Leistungen während der letzten 12 Monate oder, bei einer Erstbeauftragung, anhand des geschätzten Bedarfs über die nächsten 12 Monate.

4. Kapitel: Vergabeverfahren

Art. 16 ¹ Die Wahl des Verfahrens richtet sich danach, ob ein Auftrag einen Schwellenwert nach den Anhängen 1 und 2 erreicht. Das InöB passt die Schwellenwerte nach Konsultation des Bundesrates periodisch gemäss den internationalen Verpflichtungen an. Schwellenwerte

² Bei einer Anpassung der internationalen Verpflichtungen hinsichtlich der Schwellenwerte garantiert der Bund den Kantonen die Mitwirkung.

³ Erreicht der Gesamtwert mehrerer Bauleistungen für die Realisierung eines Bauwerks den Schwellenwert des Staatsvertragsbereichs, so finden die Bestimmungen dieser Vereinbarung für Beschaffungen im Staatsvertragsbereich Anwendung. Erreichen jedoch die Werte der einzelnen Leistungen nicht zwei Millionen Franken und überschreitet der Wert dieser Leistungen zusammengerechnet nicht 20 Prozent des Gesamtwerts des Bauwerks, so finden für diese Leistungen die Bestimmungen für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung (Bagatellklausel).

⁴ Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs wird das massgebliche Verfahren für Bauleistungen anhand des Wertes der einzelnen Leistungen bestimmt.

- Verfahrensarten **Art. 17** In Abhängigkeit vom Auftragswert und der Schwellenwerte werden öffentliche Aufträge nach Wahl des Auftraggebers entweder im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren, im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren vergeben.
- Offenes Verfahren **Art. 18** ¹ Im offenen Verfahren schreibt der Auftraggeber den Auftrag öffentlich aus.
² Alle Anbieter können ein Angebot einreichen.
- Selektives Verfahren **Art. 19** ¹ Im selektiven Verfahren schreibt der Auftraggeber den Auftrag öffentlich aus und fordert die Anbieter auf, vorerst einen Antrag auf Teilnahme zu stellen.
² Der Auftraggeber wählt die Anbieter, die ein Angebot einreichen dürfen, aufgrund ihrer Eignung aus.
³ Der Auftraggeber kann die Zahl der zum Angebot zugelassenen Anbieter so weit beschränken, als ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet bleibt. Es werden wenn möglich mindestens drei Anbieter zum Angebot zugelassen.
- Einladungsverfahren **Art. 20** ¹ Das Einladungsverfahren findet Anwendung für öffentliche Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nach Massgabe der Schwellenwerte von Anhang 2.
² Im Einladungsverfahren bestimmt der Auftraggeber, welche Anbieter er ohne öffentliche Ausschreibung zur Angebotsabgabe einladen will. Zu diesem Zweck erstellt er Ausschreibungsunterlagen. Es werden wenn möglich mindestens drei Angebote eingeholt.
- Freihändiges Verfahren **Art. 21** ¹ Im freihändigen Verfahren vergibt der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag direkt ohne Ausschreibung. Der Auftraggeber ist berechtigt, Vergleichsofferten einzuholen und Verhandlungen durchzuführen.
² Der Auftraggeber kann einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn eine der nachstehenden Voraussetzungen erfüllt ist:
a. es gehen im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren keine Angebote oder keine Teilnahmeanträge ein, kein Angebot entspricht den wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung oder den technischen Spezifikationen oder es erfüllt kein Anbieter die Eignungskriterien;

- b. es bestehen hinreichende Anhaltspunkte, dass alle im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren eingegangenen Angebote auf einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beruhen;
 - c. aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur ein Anbieter in Fragen, und es gibt keine angemessene Alternative;
 - d. aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse wird die Beschaffung so dringlich, dass selbst mit verkürzten Fristen kein offenes oder selektives Verfahren und kein Einladungsverfahren durchgeführt werden kann;
 - e. ein Wechsel des Anbieters für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen ist aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich, würde erhebliche Schwierigkeiten bereiten oder substanzielle Mehrkosten mit sich bringen;
 - f. der Auftraggeber beschafft Erstanfertigungen (Prototypen) oder neuartige Leistungen, die auf sein Verlangen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden;
 - g. der Auftraggeber beschafft Leistungen an Warenbörsen;
 - h. der Auftraggeber kann Leistungen im Rahmen einer günstigen, zeitlich befristeten Gelegenheit zu einem Preis beschaffen, der erheblich unter den üblichen Preisen liegt (insbesondere bei Liquidationsverkäufen);
 - i. der Auftraggeber vergibt den Folgeauftrag an den Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs oder eines Auswahlverfahrens zu Planungs- oder Gesamleistungsstudien; dabei müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:
 1. das vorausgehende Verfahren wurde in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Vereinbarung durchgeführt;
 2. die Lösungsvorschläge wurden von einem unabhängigen Expertengremium beurteilt;
 3. der Auftraggeber hat sich in der Ausschreibung vorbehalten, den Folgeauftrag oder die Koordination freihändig zu vergeben.
- ³ Der Auftraggeber erstellt über jeden nach Massgabe von Absatz 2 vergebenen Auftrag eine Dokumentation mit folgendem Inhalt:
- a. Name des Auftraggebers und des berücksichtigten Anbieters;
 - b. Art und Weise der beschafften Leistung;

- c. Erklärung der Umstände und Bedingungen, welche die Anwendung des freihändigen Verfahren rechtfertigen.

Wettbewerbe
sowie Studien-
aufträge

Art. 22 Der Auftraggeber, der einen Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb veranstaltet oder Studienaufträge erteilt, regelt im Rahmen der Grundsätze dieser Vereinbarung das Verfahren im Einzelfall. Er kann auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verweisen.

Elektronische
Auktionen

Art. 23 ¹ Der Auftraggeber kann für die Beschaffung standardisierter Leistungen im Rahmen eines Verfahrens nach dieser Vereinbarung eine elektronische Auktion durchführen. Dabei werden die Angebote nach einer ersten vollständigen Bewertung überarbeitet und mittels elektronischer Hilfsmittel und allenfalls mehrfacher Durchgänge neu geordnet. In der Ausschreibung ist darauf hinzuweisen.

² Die elektronische Auktion erstreckt sich:

- a. auf die Preise, wenn der Zuschlag für den niedrigsten Gesamtpreis erteilt wird; oder
- b. auf die Preise und die Werte für quantifizierbare Komponenten wie Gewicht, Reinheit oder Qualität, wenn der Zuschlag für das vorteilhafteste Angebot erteilt wird.

³ Der Auftraggeber prüft, ob die Anbieter die Eignungskriterien und ob die Angebote die technischen Spezifikationen erfüllen. Er nimmt anhand der Zuschlagskriterien und der dafür festgelegten Gewichtung eine erste Bewertung der Angebote vor. Vor Beginn der Auktion stellt er jedem Anbieter zur Verfügung:

- a. die automatische Bewertungsmethode, einschliesslich der auf den genannten Zuschlagskriterien beruhenden mathematischen Formel;
- b. das Ergebnis der ersten Bewertung seines Angebots; und
- c. alle weiteren relevanten Informationen zur Abwicklung der Auktion.

⁴ Alle zugelassenen Anbieter werden gleichzeitig und auf elektronischem Weg aufgefordert, neue beziehungsweise angepasste Angebote einzureichen. Der Auftraggeber kann die Zahl der zugelassenen Anbieter beschränken, sofern er dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben hat.

⁵ Die elektronische Auktion kann mehrere aufeinander folgende Durchgänge umfassen. Der Auftraggeber informiert alle Anbieter in jedem Durchgang über ihren jeweiligen Rang.

Art. 24 ¹ Bei komplexen Aufträgen, bei intellektuellen Dienstleistungen oder bei der Beschaffung innovativer Leistungen kann ein Auftraggeber im Rahmen eines offenen oder selektiven Verfahrens einen Dialog durchführen mit dem Ziel, den Leistungsgegenstand zu konkretisieren sowie die Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln und festzulegen. Auf den Dialog ist in der Ausschreibung hinzuweisen. Dialog

² Der Dialog darf nicht zum Zweck geführt werden, Preise und Gesamtpreise zu verhandeln.

³ Der Auftraggeber formuliert und erläutert seine Bedürfnisse und Anforderungen in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen. Er gibt ausserdem bekannt:

- a. den Ablauf des Dialogs;
- b. die möglichen Inhalte des Dialogs;
- c. ob und wie die Teilnahme am Dialog und die Nutzung der Immaterialgüterrechte sowie der Kenntnisse und Erfahrungen des Anbieters entschädigt werden;
- d. die Fristen und Modalitäten zur Einreichung des endgültigen Angebots.

⁴ Der Auftraggeber kann die Zahl der teilnehmenden Anbieter nach sachlichen und transparenten Kriterien reduzieren.

⁵ Er dokumentiert den Ablauf und den Inhalt des Dialogs in geeigneter und nachvollziehbarer Weise.

Art. 25 ¹ Der Auftraggeber kann Vereinbarungen mit einem oder mehreren Anbietern ausschreiben, die zum Ziel haben, die Bedingungen für die Leistungen, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums bezogen werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf deren Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommenen Mengen. Gestützt auf einen solchen Rahmenvertrag kann der Auftraggeber während dessen Laufzeit Einzelverträge abschliessen. Rahmenverträge

² Rahmenverträge dürfen nicht mit der Absicht oder der Wirkung verwendet werden, den Wettbewerb zu behindern oder zu beseitigen.

³ Die Laufzeit eines Rahmenvertrags beträgt höchstens fünf Jahre. Eine automatische Verlängerung ist nicht möglich. In begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden.

⁴ Wird ein Rahmenvertrag mit nur einem Anbieter abgeschlossen, so werden die auf diesem Rahmenvertrag beruhenden Einzelverträge entsprechend den Bedingungen des Rahmenvertrags abgeschlossen. Für den Abschluss der Einzelverträge kann der Auftraggeber den jeweiligen Vertragspartner schriftlich auffordern, sein Angebot zu vervollständigen.

⁵ Werden aus zureichenden Gründen Rahmenverträge mit mehreren Anbietern abgeschlossen, so erfolgt der Abschluss von Einzelverträgen nach Wahl des Auftraggebers entweder nach den Bedingungen des jeweiligen Rahmenvertrags ohne erneuten Aufruf zur Angebots-einreichung oder nach folgendem Verfahren:

- a. vor Abschluss jedes Einzelvertrags konsultiert der Auftraggeber schriftlich die Vertragspartner und teilt ihnen den konkreten Bedarf mit;
- b. der Auftraggeber setzt den Vertragspartnern eine angemessene Frist für die Abgabe der Angebote für jeden Einzelvertrag;
- c. die Angebote sind schriftlich einzureichen und während der Dauer, die in der Anfrage genannt ist, verbindlich;
- d. der Auftraggeber schliesst den Einzelvertrag mit demjenigen Vertragspartner ab, der gestützt auf die in den Ausschreibungsunterlagen oder im Rahmenvertrag definierten Kriterien das beste Angebot unterbreitet.

5. Kapitel: Vergabeanforderungen

Teilnahme-
bedingungen

Art. 26 ¹ Der Auftraggeber stellt im Rahmen des Vergabeverfahrens und bei der Erbringung der zugeschlagenen Leistungen sicher, dass der Anbieter und seine Subunternehmer die Teilnahmebedingungen, namentlich die Voraussetzungen nach Artikel 12, erfüllen, die fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge bezahlt haben und auf unzulässige Wettbewerbsabreden verzichten.

² Er kann vom Anbieter verlangen, dass dieser die Einhaltung der Teilnahmebedingungen insbesondere mit einer Selbstdeklaration oder der Aufnahme in ein Verzeichnis nachweist.

³ Er gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, zu welchem Zeitpunkt welche Nachweise einzureichen sind.

Eignungs-
kriterien

Art. 27 ¹ Der Auftraggeber legt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung des Anbieters abschliessend fest. Die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein.

² Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters betreffen.

³ Der Auftraggeber gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, zu welchem Zeitpunkt welche Nachweise einzureichen sind.

⁴ Er darf nicht zur Bedingung machen, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge eines dieser Vereinbarung unterstellten Auftraggebers enthalten hat.

Art. 28 ¹ Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde kann ein Verzeichnis der Anbieter führen, die aufgrund ihrer Eignung die Voraussetzungen zur Übernahme öffentlicher Aufträge erfüllen. Verzeichnisse

² Folgende Angaben sind auf der Internetplattform von Bund und Kantonen zu veröffentlichen:

- a. Fundstelle des Verzeichnisses;
- b. Informationen über die zu erfüllenden Kriterien;
- c. Prüfungsmethoden und Eintragungsbedingungen;
- d. Dauer der Gültigkeit und Verfahren zur Erneuerung des Eintrags.

³ Ein transparentes Verfahren muss sicherstellen, dass die Gesuchseinreichung, die Prüfung oder die Nachprüfung der Eignung sowie die Eintragung eines Gesuchstellers in das Verzeichnis oder deren Streichung aus dem Verzeichnis jederzeit möglich sind.

⁴ In einem konkreten Beschaffungsvorhaben sind auch Anbieter zugelassen, die nicht in einem Verzeichnis aufgeführt sind, sofern sie den Eignungsnachweis erbringen.

⁵ Wird das Verzeichnis aufgehoben, so werden die darin aufgeführten Anbieter informiert.

Art. 29 ¹ Der Auftraggeber prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Neben dem Preis und der Qualität einer Leistung kann er insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik berücksichtigen. Zuschlagskriterien

² Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann der Auftraggeber ergänzend berücksichtigen, inwieweit der Anbieter Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundbildung, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose anbietet.

³ Der Auftraggeber gibt die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt. Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand der Beschaffung, so kann auf eine Bekanntgabe der Gewichtung verzichtet werden.

⁴ Für standardisierte Leistungen kann der Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Gesamtpreises erfolgen.

Technische
Spezifikationen

Art. 30 ¹ Der Auftraggeber bezeichnet in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen. Diese legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung.

² Bei der Festlegung der technischen Spezifikationen stützt sich der Auftraggeber, soweit möglich und angemessen, auf internationale Normen, ansonsten auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder Branchenempfehlungen.

³ Bestimmte Firmen oder Marken, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie der Hinweis auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzenten sind als technische Spezifikationen nicht zulässig, es sei denn, dass es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbeschreibung gibt und der Auftraggeber in diesem Fall in die Ausschreibungsunterlagen die Worte «oder gleichwertig» aufnimmt. Die Gleichwertigkeit ist durch den Anbieter nachzuweisen.

⁴ Der Auftraggeber kann technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen.

Bieter-
gemeinschaften
und Sub-
unternehmer

Art. 31 ¹ Bietergemeinschaften und Subunternehmer sind zugelassen, soweit der Auftraggeber dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausschliesst oder beschränkt.

² Mehrfachbewerbungen von Subunternehmern oder von Anbietern im Rahmen von Bietergemeinschaften sind nur möglich, wenn sie in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zugelassen werden.

³ Die charakteristische Leistung ist grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen.

Lose und
Teilleistungen

Art. 32 ¹ Der Anbieter hat ein Gesamtangebot für den Beschaffungsgegenstand einzureichen.

² Der Auftraggeber kann den Beschaffungsgegenstand in Lose aufteilen und an einen oder mehrere Anbieter vergeben.

³ Hat der Auftraggeber Lose gebildet, so können die Anbieter ein Angebot für mehrere Lose einreichen, es sei denn, der Auftraggeber habe dies in der Ausschreibung abweichend geregelt. Er kann festlegen, dass ein einzelner Anbieter nur eine beschränkte Anzahl Lose erhalten kann.

⁴ Behält sich der Auftraggeber vor, von den Anbietern eine Zusammenarbeit mit Dritten zu verlangen, so kündigt er dies in der Ausschreibung an.

⁵ Der Auftraggeber kann sich in der Ausschreibung vorbehalten, Teilleistungen zuzuschlagen.

Art. 33 ¹ Den Anbietern steht es frei, zusätzlich zum Angebot der in der Ausschreibung beschriebenen Leistung Varianten vorzuschlagen. Der Auftraggeber kann diese Möglichkeit in der Ausschreibung beschränken oder ausschliessen. Varianten

² Als Variante gilt jedes Angebot, mit dem das Ziel der Beschaffung auf andere Art als vom Auftraggeber vorgesehen erreicht werden kann.

Art. 34 ¹ Angebote und Anträge auf Teilnahme müssen schriftlich, vollständig und fristgerecht gemäss den Angaben in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen eingereicht werden. Form-
erfordernisse

² Sie können elektronisch eingereicht werden, wenn dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist und die seitens des Auftraggebers definierten Anforderungen eingehalten werden.

6. Kapitel: Ablauf des Vergabeverfahrens

Art. 35 Die Veröffentlichung einer Ausschreibung enthält mindestens folgende Informationen: Inhalt der
Ausschreibung

- a. Name und Adresse des Auftraggebers;
- b. Auftrags- und Verfahrensart sowie die einschlägige CPV-Klassifikation⁶, bei Dienstleistungen zusätzlich die einschlägige CPC-Klassifikation⁷;

⁶ CPV = «Common Procurement Vocabulary» (Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge der Europäischen Union).

⁷ CPC = «Central Product Classification» (Zentrale Gütersystematik der Vereinten Nationen).

- c. Beschreibung der Leistungen, einschliesslich der Art und Menge, oder wenn die Menge unbekannt ist, eine diesbezügliche Schätzung, sowie allfällige Optionen;
- d. Ort und Zeitpunkt der Leistungserbringung;
- e. gegebenenfalls eine Aufteilung in Lose, eine Beschränkung der Anzahl Lose und eine Zulassung von Teilangeboten;
- f. gegebenenfalls eine Beschränkung oder einen Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmern;
- g. gegebenenfalls eine Beschränkung oder einen Ausschluss von Varianten;
- h. bei wiederkehrend benötigten Leistungen wenn möglich eine Angabe des Zeitpunktes der nachfolgenden Ausschreibung und gegebenenfalls einen Hinweis, dass die Angebotsfrist verkürzt wird;
- i. gegebenenfalls einen Hinweis, dass eine elektronische Auktion stattfindet;
- j. gegebenenfalls die Absicht, einen Dialog durchzuführen;
- k. die Frist zur Einreichung von Angeboten oder Teilnahmeanträgen;
- l. Formerfordernisse zur Einreichung von Angeboten oder Teilnahmeanträgen, gegebenenfalls die Auflage, Leistung und Preis in zwei separaten Couverts anzubieten;
- m. Sprache oder Sprachen des Verfahrens und des Angebots;
- n. die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise;
- o. bei einem selektiven Verfahren gegebenenfalls die Höchstzahl der Anbieter, die zur Offertstellung eingeladen werden;
- p. die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung, sofern diese Angaben nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind;
- q. gegebenenfalls den Vorbehalt, Teilleistungen zuzuschlagen;
- r. die Gültigkeitsdauer der Angebote;
- s. die Bezugsquelle für die Ausschreibungsunterlagen sowie gegebenenfalls eine kostendeckende Gebühr;
- t. einen Hinweis, ob die Beschaffung in den Staatsvertragsbereich fällt;
- u. gegebenenfalls zum Verfahren zugelassene, vorbefasste Anbieter;
- v. eine Rechtsmittelbelehrung.

Inhalt der
Ausschreibungs-
unterlagen

Art. 36 Soweit diese Angaben nicht bereits in der Ausschreibung enthalten sind, geben die Ausschreibungsunterlagen Aufschluss über:

- a. Name und Adresse des Auftraggebers;

- b. den Gegenstand der Beschaffung, einschliesslich technischer Spezifikationen und Konformitätsbescheinigungen, Pläne, Zeichnungen und notwendiger Instruktionen sowie Angaben zur nachgefragten Menge;
- c. Formerfordernisse und Teilnahmebedingungen für die Anbieter, einschliesslich einer Liste mit Angaben und Unterlagen, welche die Anbieter im Zusammenhang mit den Teilnahmebedingungen einreichen müssen, sowie eine allfällige Gewichtung der Eignungskriterien;
- d. die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung;
- e. wenn der Auftraggeber die Beschaffung elektronisch abwickelt: allfällige Anforderungen an die Authentifizierung und Verschlüsselung bei der elektronischen Einreichung von Informationen;
- f. wenn der Auftraggeber eine elektronische Auktion vorsieht: die Regeln, nach denen die Auktion durchgeführt wird, einschliesslich der Bezeichnung jener Angebots Elemente, die angepasst werden können und anhand der Zuschlagskriterien bewertet werden;
- g. das Datum, die Uhrzeit und den Ort für die Öffnung der Angebote, falls die Angebote öffentlich geöffnet werden;
- h. alle anderen für die Erstellung der Angebote erforderlichen Modalitäten und Bedingungen, insbesondere die Angabe, in welcher Währung (in der Regel Schweizerfranken) das Angebot einzureichen ist;
- i. Termine für die Erbringung der Leistungen.

Art. 37 ¹ Im offenen und im selektiven Verfahren sowie im Einladungsverfahren werden alle fristgerecht eingereichten Angebote durch mindestens zwei Vertreter des Auftraggebers geöffnet. Angebots-
öffnung

² Über die Öffnung der Angebote wird ein Protokoll erstellt. Darin sind mindestens die Namen der anwesenden Personen, die Namen der Anbieter, das Datum der Einreichung ihrer Angebote, allfällige Angebotsvarianten sowie die jeweiligen Gesamtpreise der Angebote festzuhalten.

³ Sind Leistung und Preis in zwei separaten Couverts anzubieten, so ist für die Öffnung der Couverts nach den Absätzen 1 und 2 vorzugehen, wobei im Protokoll über die Öffnung der zweiten Couverts nur die Gesamtpreise festzuhalten sind.

⁴ Allen Anbietern wird spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in das Protokoll gewährt.

Art. 38 ¹ Der Auftraggeber prüft die eingegangenen Angebote auf die Einhaltung der Formerfordernisse. Offensichtliche Rechenfehler werden von Amtes wegen berichtigt. Prüfung
der Angebote

² Der Auftraggeber kann von den Anbietern verlangen, dass sie ihre Angebote erläutern. Er hält die Anfrage sowie die Antworten schriftlich fest.

³ Geht ein Angebot ein, dessen Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, so muss der Auftraggeber beim Anbieter zweckdienliche Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden.

⁴ Sind Leistung und Preis in zwei separaten Couverts anzubieten, so erstellt der Auftraggeber in einem ersten Schritt eine Rangliste entsprechend der Qualität der Angebote. In einem zweiten Schritt bewertet er die Gesamtpreise.

Bereinigung
der Angebote

Art. 39 ¹ Der Auftraggeber kann mit den Anbietern die Angebote hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung bereinigen, um das vorteilhafteste Angebot zu ermitteln.

² Eine Bereinigung findet nur dann statt, wenn:

- a. erst dadurch der Auftrag oder die Angebote geklärt oder die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv vergleichbar gemacht werden können; oder
- b. Leistungsänderungen objektiv und sachlich geboten sind, wobei der Leistungsgegenstand, die Kriterien und Spezifikationen nicht in einer Weise angepasst werden dürfen, dass sich die charakteristische Leistung oder der potentielle Anbieterkreis verändert.

³ Eine Aufforderung zur Preisanpassung ist nur im Zusammenhang mit den Tatbeständen von Absatz 2 zulässig.

⁴ Der Auftraggeber hält die Resultate der Bereinigung in einem Protokoll fest.

Bewertung
der Angebote

Art. 40 ¹ Sofern die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen erfüllt sind, werden die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv, einheitlich und nachvollziehbar geprüft und bewertet. Der Auftraggeber dokumentiert die Evaluation.

² Erfordert die umfassende Prüfung und Bewertung der Angebote einen erheblichen Aufwand und hat der Auftraggeber dies in der Ausschreibung angekündigt, so kann er alle Angebote auf der Grundlage der eingereichten Unterlagen einer ersten Prüfung unterziehen und rangieren. Auf dieser Grundlage wählt er nach Möglichkeit die drei bestrangierten Angebote aus und unterzieht sie einer umfassenden Prüfung und Bewertung.

Zuschlag

Art. 41 Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag.

Art. 42 ¹ Der Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter darf nach Ablauf der Frist für die Beschwerde gegen den Zuschlag abgeschlossen werden, es sei denn, das kantonale Verwaltungsgericht habe einer Beschwerde gegen den Zuschlag aufschiebende Wirkung erteilt. Vertragsabschluss

² Ist ein Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag hängig, ohne dass die aufschiebende Wirkung verlangt oder gewährt wurde, so teilt der Auftraggeber den Vertragsabschluss umgehend dem Gericht mit.

Art. 43 ¹ Der Auftraggeber kann das Vergabeverfahren abbrechen, insbesondere wenn: Abbruch

- a. er von der Vergabe des öffentlichen Auftrags aus zureichenden Gründen absieht;
- a. kein Angebot die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen erfüllt;
- b. aufgrund veränderter Rahmenbedingungen vorteilhaftere Angebote zu erwarten sind;
- c. die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben oder den Kostenrahmen deutlich überschreiten;
- d. hinreichende Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede unter den Anbietern bestehen;
- e. eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistungen erforderlich wird.

² Im Fall eines gerechtfertigten Abbruchs haben die Anbieter keinen Anspruch auf eine Entschädigung.

Art. 44 ¹ Der Auftraggeber kann einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihm bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass auf den betreffenden Anbieter, seine Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe einer der folgenden Sachverhalte zutrifft: Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags

- a. sie erfüllen die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr, oder der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens wird durch ihr Verhalten beeinträchtigt;
- b. die Angebote oder Anträge auf Teilnahme weisen wesentliche Formfehler auf oder weichen wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung ab;
- c. es liegt eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers oder wegen eines Verbrechens vor;
- d. sie befinden sich in einem Pfändungs- oder Konkursverfahren;
- e. sie haben Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption verletzt;

- f. sie widersetzen sich angeordneten Kontrollen;
- g. sie bezahlen fällige Steuern oder Sozialabgaben nicht;
- h. sie haben frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt oder liessen in anderer Weise erkennen, keine verlässlichen und vertrauenswürdigen Vertragspartner zu sein;
- i. sie waren an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt, und der dadurch entstehende Wettbewerbsnachteil der anderen Anbieter kann nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden;
- j. sie wurden nach Artikel 45 Absatz 1 von künftigen öffentlichen Aufträgen rechtskräftig ausgeschlossen.

² Der Auftraggeber kann überdies Massnahmen nach Absatz 1 treffen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf den Anbieter, seine Organe, einen beigezogenen Dritten oder dessen Organe insbesondere einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:

- a. sie haben unwahre oder irreführende Aussagen und Auskünfte gegenüber dem Auftraggeber gemacht;
- b. es wurden unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen;
- c. sie reichen ein ungewöhnlich niedriges Angebot ein, ohne auf Aufforderung hin nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden, und bieten keine Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen;
- d. sie haben gegen anerkannte Berufsregeln verstossen oder Handlungen oder Unterlassungen begangen, die ihre berufliche Ehre oder Integrität beeinträchtigen;
- e. sie sind insolvent;
- f. sie missachteten die Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit, die Bestimmungen über die Vertraulichkeit und die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts oder die vom Bundesrat bezeichneten Übereinkommen zum Schutz der Umwelt;
- g. sie haben Melde- oder Bewilligungspflichten nach dem BGSA verletzt;
- h. sie verstossen gegen das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb.

Sanktionen

Art. 45 ¹ Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde kann einen Anbieter oder Subunternehmer, der selber oder durch seine Organe in schwerwiegender Weise einen oder mehrere der Tatbestände von Artikel 44 Absatz 1 Buchstaben c und e sowie Absatz 2 Buchstaben b, f und g erfüllt, von künftigen öffentlichen Aufträgen für die Dauer von bis zu fünf Jahren ausschliessen oder ihm

eine Busse von bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme auferlegen. In leichten Fällen kann eine Verwarnung erfolgen.

² Diese Sanktionsmöglichkeiten gelten unabhängig von weiteren rechtlichen Schritten gegen den fehlbaren Anbieter, Subunternehmer oder deren Organe. Den Verdacht auf unzulässige Wettbewerbsabreden nach Artikel 44 Absatz 2 Buchstabe b teilt der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde der Wettbewerbskommission mit.

³ Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde meldet einen rechtskräftigen Ausschluss nach Absatz 1 dem InöB. Das InöB führt eine nicht öffentliche Liste der sanktionierten Anbieter und Subunternehmer, unter Angabe der Gründe für den Ausschluss sowie der Dauer des Ausschlusses von öffentlichen Aufträgen. Es sorgt dafür, dass jeder Auftraggeber in Bezug auf einen bestimmten Anbieter oder Subunternehmer die entsprechenden Informationen erhalten kann. Es kann zu diesem Zweck ein Abrufverfahren einrichten. Bund und Kantone stellen einander alle nach diesem Artikel erhobenen Informationen zur Verfügung. Nach Ablauf der Sanktion wird der Eintrag aus der Liste gelöscht.

⁴ Verstösst ein Auftraggeber gegen diese Vereinbarung, erlässt die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde die angemessenen Weisungen und sorgt für deren Einhaltung.

⁵ Werden für einen öffentlichen Auftrag finanzielle Beiträge gesprochen, so können diese Beiträge ganz oder teilweise entzogen oder zurückgefordert werden, wenn der Auftraggeber gegen beschaffungsrechtliche Vorgaben verstösst.

7. Kapitel: Fristen und Veröffentlichungen, Statistik

Art. 46 ¹ Bei der Bestimmung der Fristen für die Einreichung der Angebote oder Teilnahmeanträge trägt der Auftraggeber der Komplexität des Auftrags, der voraussichtlichen Anzahl von Unteraufträgen sowie den Übermittlungswegen Rechnung. Fristen

² Im Staatsvertragsbereich gelten folgende Minimalfristen:

- a. im offenen Verfahren: 40 Tage ab Veröffentlichung der Ausschreibung für die Einreichung der Angebote;
- b. im selektiven Verfahren: 25 Tage ab Veröffentlichung der Ausschreibung für die Einreichung der Teilnahmeanträge und 40 Tage ab Einladung zur Angebotserstellung für die Einreichung der Angebote.

³ Eine Verlängerung dieser Frist ist allen Anbietern rechtzeitig anzuzeigen oder zu veröffentlichen.

⁴ Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beträgt die Frist für die Einreichung der Angebote in der Regel mindestens 20 Tage. Bei weitgehend standardisierten Leistungen kann die Frist auf nicht weniger als 5 Tage reduziert werden.

Fristverkürzung
im Staats-
vertragsbereich

Art. 47 ¹ Der Auftraggeber kann die Minimalfristen nach Artikel 46 Absatz 2 in Fällen nachgewiesener Dringlichkeit auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen.

² Er kann die minimale Angebotsfrist von 40 Tagen nach Artikel 46 Absatz 2 um je 5 Tage kürzen, wenn:

- a. die Ausschreibung elektronisch veröffentlicht wird;
- b. die Ausschreibungsunterlagen zeitgleich elektronisch veröffentlicht werden;
- c. Angebote auf elektronischem Weg entgegengenommen werden.

³ Er kann die minimale Angebotsfrist von 40 Tagen nach Artikel 46 Absatz 2 auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen, sofern er mindestens 40 Tage bis höchstens 12 Monate vor der Veröffentlichung der Ausschreibung eine Vorankündigung mit folgendem Inhalt veröffentlicht hat:

- a. Gegenstand der beabsichtigten Beschaffung;
- b. ungefähre Frist für die Einreichung der Angebote oder Teilnahmeanträge;
- c. Erklärung, dass die interessierten Anbieter dem Auftraggeber ihr Interesse an der Beschaffung mitteilen sollen;
- d. Bezugsquelle für die Ausschreibungsunterlagen;
- e. alle weiteren zu diesem Zeitpunkt bereits verfügbaren Angaben nach Artikel 35.

⁴ Er kann die minimale Angebotsfrist von 40 Tagen nach Artikel 46 Absatz 2 auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen, wenn er wiederkehrend benötigte Leistungen beschafft und bei einer früheren Ausschreibung auf die Fristverkürzung hingewiesen hat.

⁵ Überdies kann der Auftraggeber beim Einkauf gewerblicher Waren oder Dienstleistungen oder einer Kombination der beiden in jedem Fall die Frist zur Angebotseinreichung auf nicht weniger als 13 Tage verkürzen, sofern er die Ausschreibungsunterlagen gleichzeitig mit der Ausschreibung elektronisch veröffentlicht. Nimmt der Auftraggeber Angebot für gewerbliche Waren oder Dienstleistungen elektronisch entgegen, so kann er ausserdem die Frist auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen.

Art. 48 ¹ Im offenen und im selektiven Verfahren veröffentlicht der Auftraggeber die Vorankündigung, die Ausschreibung, den Zuschlag sowie den Abbruch des Verfahrens auf einer gemeinsamen von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen. Ebenso veröffentlicht er Zuschläge, die im Staatsvertragsbereich freihändig erteilt wurden. Veröffent-
lichungen

² Die Ausschreibungsunterlagen werden in der Regel zeitgleich und elektronisch zur Verfügung gestellt. Der Zugang zu diesen Veröffentlichungen ist unentgeltlich.

³ Die vom Bund und den Kantonen mit der Entwicklung und dem Betrieb der Internetplattform beauftragte Organisation kann von den Auftraggebern, den Anbietern sowie weiteren Personen, welche die Plattform oder damit verbundene Dienstleistungen nutzen, Entgelte oder Gebühren erheben. Diese bemessen sich nach der Anzahl der Veröffentlichungen beziehungsweise nach dem Umfang der genutzten Leistungen.

⁴ Für jeden Auftrag im Staatsvertragsbereich, der nicht in einer Amtssprache der Welthandelsorganisation (WTO) ausgeschrieben wird, veröffentlicht der Auftraggeber zeitgleich mit der Ausschreibung eine Zusammenfassung der Anzeige in einer Amtssprache der WTO. Die Zusammenfassung enthält mindestens:

- a. den Gegenstand der Beschaffung;
- b. die Frist für die Abgabe der Angebote oder Teilnahmeanträge;
- c. die Bezugsquelle für die Ausschreibungsunterlagen.

⁵ Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist auf die sprachlichen Verhältnisse des Gebiets Rücksicht zu nehmen, in welchem der Auftrag zur Ausführung gelangt.

⁶ Im Staatsvertragsbereich erteilte Zuschläge sind in der Regel innerhalb von 30 Tagen zu veröffentlichen. Die Mitteilung enthält folgende Angaben:

- a. Art des angewandten Verfahrens;
- b. Gegenstand und Umfang des Auftrags;
- c. Name und Adresse des Auftraggebers;
- d. Datum des Zuschlags;
- e. Name und Adresse des berücksichtigten Anbieters;
- f. Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots einschliesslich Mehrwertsteuer.

⁷ Die Kantone können zusätzliche Publikationsorgane vorsehen.

Aufbewahrung
der Unterlagen

Art. 49 ¹ Die Auftraggeber bewahren die massgeblichen Unterlagen im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren während mindestens drei Jahren ab rechtskräftigem Zuschlag auf.

² Zu den aufzubewahrenden Unterlagen gehören:

- a. die Ausschreibung;
- b. die Ausschreibungsunterlagen;
- c. das Protokoll der Angebotsöffnung;
- d. die Korrespondenz über das Vergabeverfahren;
- e. die Bereinigungsprotokolle;
- f. Verfügungen im Rahmen des Vergabeverfahrens;
- g. das berücksichtigte Angebot;
- h. Daten zur Rückverfolgbarkeit der elektronischen Abwicklung einer Beschaffung;
- i. Dokumentation über im Staatsvertragsbereich freihändig vergebene öffentliche Aufträge.

³ Alle Unterlagen sind für die Dauer ihrer Aufbewahrung vertraulich zu behandeln, soweit diese Vereinbarung nicht eine Offenlegung vorsieht. Vorbehalten bleibt die Auskunftspflicht, soweit hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht.

Statistik

Art. 50 ¹ Die Kantone erstellen innerhalb von 12 Monaten nach Ablauf jedes Kalenderjahres zuhanden des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) eine elektronisch geführte Statistik über die Beschaffungen des Vorjahres im Staatsvertragsbereich.

² Die Statistiken enthalten mindestens die folgenden Angaben:

- a. Anzahl und Gesamtwert der öffentlichen Aufträge jedes Auftraggebers gegliedert nach Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unter Angabe der CPC- oder CPV-Klassifikation;
- b. Anzahl und Gesamtwert der öffentlichen Aufträge, die im freihändigen Verfahren vergeben wurden;
- c. wenn keine Daten vorgelegt werden können: Schätzungen zu den Angaben gemäss Buchstaben a und b mit Erläuterungen zur eingesetzten Schätzungsmethode.

³ Der Gesamtwert ist jeweils einschliesslich Mehrwertsteuer anzugeben.

⁴ Die Gesamtstatistik des SECO ist unter Vorbehalt des Datenschutzes und der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen öffentlich zugänglich.

8. Kapitel: Rechtsschutz

Art. 51 ¹ Der Auftraggeber eröffnet Verfügungen durch Veröffentlichung oder durch individuelle Zustellung an die Anbieter. Die Anbieter haben vor Eröffnung der Verfügung keinen Anspruch auf rechtliches Gehör.

Eröffnung von Verfügungen

² Beschwerdefähige Verfügungen sind summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

³ Die summarische Begründung eines Zuschlags umfasst:

- a. die Art des Verfahrens und den Namen des berücksichtigten Anbieters;
- b. den Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots;
- c. die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots;
- d. gegebenenfalls eine Darlegung der Gründe für eine freihändige Vergabe.

⁴ Der Auftraggeber darf keine Informationen bekanntgeben, wenn dadurch:

- a. gegen geltendes Recht verstossen würde oder öffentliche Interesse verletzt würden;
- b. berechnete wirtschaftliche Interessen der Anbieter beeinträchtigt würden; oder
- c. der laudable Wettbewerb zwischen den Anbietern gefährdet würde.

Art. 52 ¹ Gegen Verfügungen der Auftraggeber ist mindestens ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert die Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig.

Beschwerde

² Für Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden ist das Bundesgericht direkt zuständig.

³ Ausländische Anbieter sind bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs zur Beschwerde nur zugelassen, soweit der Staat, in dem sie ihren Sitz haben, Gegenrecht gewährt.

Art. 53 ¹ Durch Beschwerde anfechtbar sind ausschliesslich die folgenden Verfügungen:

Beschwerdeobjekt

- a. die Ausschreibung des Auftrags;
- b. der Entscheid über die Auswahl der Anbieter im selektiven Verfahren;
- c. der Entscheid über die Aufnahme eines Anbieters in ein Verzeichnis oder über die Streichung eines Anbieters aus einem Verzeichnis;
- d. der Entscheid über Ausstandsbegehren;

- e. der Zuschlag;
- f. der Widerruf des Zuschlags;
- g. der Abbruch des Verfahrens;
- h. der Ausschluss aus dem Verfahren;
- i. die Verhängung einer Sanktion.

² Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, müssen zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden.

³ Auf Beschwerden gegen die Verhängung einer Sanktion finden die Bestimmungen dieser Vereinbarung zum rechtlichen Gehör im Verfügungsverfahren, zur aufschiebenden Wirkung und zur Beschränkung der Beschwerdegründe keine Anwendung.

⁴ Verfügungen nach Absatz 1 Buchstaben c und i können unabhängig vom Auftragswert durch Beschwerde angefochten werden.

⁵ Im Übrigen ist der Rechtsschutz gegen Verfügungen nach dieser Vereinbarung ausgeschlossen.

⁶ Die Beschwerde gegen den Abschluss von Einzelverträgen nach Artikel 25 Absätze 4 und 5 ist ausgeschlossen.

Aufschiebende
Wirkung

Art. 54 ¹ Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

² Das kantonale Verwaltungsgericht kann einer Beschwerde auf Gesuch hin aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Zur Frage der aufschiebenden Wirkung findet in der Regel nur ein Schriftenwechsel statt.

³ Ein rechtsmissbräuchliches oder treuwidriges Gesuch um aufschiebende Wirkung wird nicht geschützt. Schadenersatzansprüche des Auftraggebers und des berücksichtigten Anbieters sind von den Zivilgerichten zu beurteilen.

Anwendbares
Recht

Art. 55 Das Verfügungs- und das Beschwerdeverfahren richten sich nach den Bestimmungen der kantonalen Gesetze über die Verwaltungsrechtspflichten, sowie diese Vereinbarung nichts anderes bestimmt.

Beschwerde-
frist,
Beschwerde-
gründe und
Legitimation

Art. 56 ¹ Beschwerden müssen schriftlich und begründet innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung eingereicht werden.

² Es gelten keine Gerichtsferien.

³ Mit der Beschwerde können gerügt werden:

- a. Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens; sowie
- b. die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts.

⁴ Die Angemessenheit einer Verfügung kann im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nicht überprüft werden.

⁵ Gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren kann nur Beschwerde führen, wer nachweist, dass er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und erbringen will. Es kann nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden.

Art. 57 ¹ Im Verfügungsverfahren besteht kein Anspruch auf Akteneinsicht. Akteneinsicht

² Im Beschwerdeverfahren ist dem Beschwerdeführer auf Gesuch hin Einsicht in die Bewertung seines Angebots und in weitere entscheidungsrelevante Verfahrensakte zu gewähren, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.

Art. 58 ¹ Die Beschwerdeinstanz kann in der Sache selbst entscheiden oder diese an die Vorinstanz oder an den Auftraggeber zurückweisen. Im Fall einer Zurückweisung hat sie verbindliche Anweisungen zu erteilen. Beschwerdeentscheid

² Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter bereits abgeschlossen, so stellt die Beschwerdeinstanz fest, inwiefern die angefochtene Verfügung das anwendbare Recht verletzt.

³ Gleichzeitig mit der Feststellung der Rechtsverletzung entscheidet die Beschwerdeinstanz über ein allfälliges Schadenersatzbegehren.

⁴ Der Schadenersatz ist beschränkt auf die erforderlichen Aufwendungen, die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung seines Angebots erwachsen sind.

Art. 59 Hat die Beschwerdeinstanz über ein Revisionsgesuch zu entscheiden, so gilt Artikel 58 Absatz 2 sinngemäss. Revision

9. Kapitel: Behörden

Kommission
Beschaffungswesen
Bund-Kantone

Art. 60 ¹ Die Überwachung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens obliegt der Kommission Beschaffungswesen Bund-Kantone (KBBK). Diese setzt sich paritätisch aus Vertretern des Bundes und der Kantone zusammen. Das Sekretariat wird vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) sichergestellt.

² Die KBBK nimmt insbesondere folgende Aufgaben wahr:

- a. Ausarbeitung der Position der Schweiz in internationalen Gremien zu Händen des Bundesrates und Beratung der Schweizer Verhandlungsdelegationen;
- b. Förderung des Informations- und Erfahrungsaustausches zwischen Bund und Kantonen und Erarbeitung von Empfehlungen betreffend die Umsetzung internationaler Verpflichtungen in Schweizer Recht;
- c. Pflege der Beziehungen zu ausländischen Überwachungsbehörden;
- d. Erteilung von Ratschlägen und Vermittlung in Einzelfällen bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Geschäften nach den Buchstaben a bis c.

³ Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass internationale Verpflichtungen der Schweiz über das öffentliche Beschaffungswesen verletzt werden, so kann die KBBK bei den Behörden des Bundes oder der Kantone intervenieren und sie veranlassen, den Sachverhalt abzuklären und bei festgestellten Missständen die erforderlichen Massnahmen zu treffen.

⁴ Die KBBK kann Gutachten erstellen oder Sachverständige damit beauftragen.

⁵ Sie gibt sich ein Geschäftsreglement. Dieses bedarf der Genehmigung des Bundesrates und des InöB.

Interkantonales
Organ

Art. 61 ¹ Die Mitglieder der an der Vereinbarung beteiligten Kantone in der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) bilden das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB).

² Das InöB nimmt insbesondere folgende Aufgaben wahr:

- a. Erlass dieser Vereinbarung;
- b. Änderung dieser Vereinbarung unter Vorbehalt der Zustimmung der beteiligten Kantone;
- c. Anpassung der Schwellenwerte;

- d. Vorschlag an den Bundesrat für die Befreiung von der Unterstellung unter diese Vereinbarung und Entgegennahme diesbezüglicher Gesuche der Auftraggeber nach Artikel 7 Absatz 1 (Auslinkklausel);
- e. Kontrolle über die Umsetzung dieser Vereinbarung durch die Kantone und Bezeichnung einer Kontrollstelle;
- f. Führen einer Liste über sanktionierte Anbieter und Subunternehmer nach Massgabe von Artikel 45 Absatz 3;
- g. Regelung der Organisation und des Verfahrens für die Anwendung dieser Vereinbarung;
- h. Tätigkeiten als Kontaktstelle im Rahmen der internationalen Übereinkommen;
- i. Bezeichnung der kantonalen Delegierten in nationalen und internationalen Gremien sowie Genehmigung der entsprechenden Geschäftsreglemente.

³ Das InöB trifft seine Entscheide mit Dreiviertelmehrheit der Anwesenden, sofern mindestens die Hälfte der beteiligten Kantone vertreten ist. Jeder beteiligte Kanton hat eine Stimme, die von einem Mitglied der Kantonsregierung wahrgenommen wird.

⁴ Das InöB arbeitet mit den Konferenzen der Vorsteher der betroffenen kantonalen Direktionen, mit den Fachkonferenzen der Kantone und mit dem Bund zusammen.

Art. 62 ¹ Die Kantone überwachen die Einhaltung dieser Vereinbarung. Kontrollen

² Das InöB behandelt Anzeigen von Kantonen bezüglich der Einhaltung dieser Vereinbarung durch andere Kantone.

³ Private können Anzeigen bezüglich der Einhaltung dieser Vereinbarung durch die Kantone an das InöB richten. Die Anzeige verleiht weder Parteirechte noch Anspruch auf einen Entscheid.

⁴ Das InöB erlässt hierzu ein Reglement.

10. Kapitel: Schlussbestimmungen

Art. 63 ¹ Jeder Kanton kann der Vereinbarung durch Erklärung gegenüber dem InöB beitreten.

² Der Austritt kann auf das Ende eines Kalenderjahres erfolgen. Er ist sechs Monate im Voraus dem InöB anzuzeigen.

Beitritt,
Austritt,
Änderung und
Aufhebung

³ Der Beitritt und der Austritt sowie die Änderung oder Aufhebung dieser Vereinbarung werden der Bundeskanzlei durch das InöB zur Kenntnis gebracht.

⁴ Die Kantone können unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz Ausführungsbestimmungen insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26 erlassen.

Übergangsrecht

Art. 64 ¹ Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, werden nach bisherigem Recht zu Ende geführt.

² Im Fall des Austrittes eines Kantons gilt diese Vereinbarung für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die vor dem Ende eines Kalenderjahres, auf das der Austritt wirksam wird, ausgeschrieben werden.

Inkrafttreten

Art. 65 ¹ Diese Vereinbarung tritt in Kraft, sobald ihr zwei Kantone beigetreten sind. Das Inkrafttreten wird der Bundeskanzlei durch das InöB zur Kenntnis gebracht.

² Für Kantone, die dieser Vereinbarung nicht beigetreten sind, gilt weiterhin die Vereinbarung vom 15. März 2001.

Anhänge Kantone

**Anhang 1:
Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich**

**Anhang 2:
Schwellenwerte und Verfahren im von Staatsverträgen nicht
erfassten Bereich**

**Anhang 3:
Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)**

**Anhang 4:
Massgebliche Übereinkommen zum Schutz der Umwelt
und der natürlichen Ressourcen**

Anhang 1 zur IVöB vom 15. November 2019

Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich

a. Government Procurement Agreement GPA (WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen)

Auftraggeber	Auftragswert CHF (Auftragswert SZR)		
	Bauleistungen (Gesamtwert)	Lieferungen	Dienst- leistungen
Kantone	8 700 000 CHF (5 000 000 SZR)	350 000 CHF (200 000 SZR)	350 000 CHF (200 000 SZR)
Behörden und öffentliche Unternehmen in den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation	8 700 000 CHF (5 000 000 SZR)	700 000 CHF (400 000 SZR)	700 000 CHF (400 000 SZR)

b. Gemäss Bilateralem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft sind auf folgende Auftraggeber dem Staatsvertragsbereich unterstellt:

Auftraggeber	Auftragswert CHF (Auftragswert EURO)		
	Bauleistungen (Gesamtwert)	Lieferungen	Dienst- leistungen
Gemeinden/Bezirke	8 700 000 CHF (6 000 000 EURO)	350 000 CHF (240 000 EURO)	350 000 CHF (240 000 EURO)
Private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten in den Sektoren Wasser, Energie und Verkehr	8 700 000 CHF (6 000 000 EURO)	700 000 CHF (480 000 EURO)	700 000 CHF (480 000 EURO)
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich des Schienenverkehrs und der Gas- und Wärmeversorgung	8 000 000 CHF (5 000 000 EURO)	640 000 CHF (400 000 EURO)	640 000 CHF (400 000 EURO)
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich der Telekommunikation*	8 000 000 CHF (5 000 000 EURO)	960 000 CHF (600 000 EURO)	960 000 CHF (600 000 EURO)

* Dieser Bereich ist ausgeklint (Verordnung des UVEK über die Nichtunterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht, insbesondere Anhang – [SR 172.056.111](#))

Anhang 2 zur IVöB vom 15. November 2019

Schwellenwerte und Verfahren im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich

Verfahrensarten	Lieferungen (Auftragswert CHF)	Dienstleistungen (Auftragswert CHF)	Bauleistungen (Auftragswert CHF)	
			Bauneben- gewerbe	Bauhaupt- gewerbe
Freihändiges Verfahren	unter 150 000	unter 150 000	unter 150 000	unter 300 000
Einladungs- verfahren	unter 250 000	unter 250 000	unter 250 000	unter 500 000
offenes/selektives Verfahren	ab 250 000	ab 250 000	ab 250 000	ab 500 000

Anhang 3 zur IVöB vom 15. November 2019

Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)*

- Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- und Pflichtarbeit ([SR 0.822.713.9](#));
- Übereinkommen Nr. 87 vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes ([SR 0.822.719.7](#));
- Übereinkommen Nr. 98 vom 1. Juli 1949 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen ([SR 0.822.719.9](#));
- Übereinkommen Nr. 100 vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit ([SR 0.822.720.0](#));
- Übereinkommen Nr. 105 vom 25. Juni 1957 über die Abschaffung der Zwangsarbeit ([SR 0.822.721.1](#));
- Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf ([SR 0.822.723.8](#));
- Übereinkommen Nr. 138 vom 26. Juni 1973 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung ([SR 0.822.723.8](#));
- Übereinkommen Nr. 182 vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Folgen der Kinderarbeit ([SR 0.822.728.2](#)).

* Als wesentliche internationale Arbeitsstandards kann der Auftraggeber neben den Kernübereinkommen gemäss diesem Anhang die Einhaltung von Prinzipien aus weiteren Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) verlangen, soweit die Schweiz sie selbst ratifiziert hat.

Anhang 4 zur IVöB vom 15. November 2019

Massgebliche Übereinkommen zum Schutz der Umwelt und der natürlichen Ressourcen

- Wiener Übereinkommen vom 22. März 1985 zum Schutz der Ozonschicht ([SR 0.814.02](#)) und das im Rahmen dieses Übereinkommens geschlossene Montrealer Protokoll vom 16. September 1987 über die Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen ([SR 0.814.021](#));
 - Basler Übereinkommen vom 22. März 1989 über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und Entsorgung ([SR 0.814.05](#));
 - Stockholmer Übereinkommen vom 22. Mai 2001 über persistente organische Schadstoffe ([SR 0.814.03](#));
 - Rotterdamer Übereinkommen vom 10. September 1998 über das Verfahren der vorherigen Zustimmung nach Inkenntnissetzung für bestimmte gefährliche Chemikalien sowie Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel im internationalen Handel ([SR 0.916.21](#));
 - Übereinkommen vom 5. Juni 1992 über die Biologische Vielfalt ([SR 0.451.43](#));
 - Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 9. Mai 1992 ([SR 0.814.01](#));
 - Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten frei lebender Tiere und Pflanzen vom 3. März 1973 ([SR 0.453](#));
 - Übereinkommen über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung vom 13. November 1979 und die im Rahmen dieses Übereinkommens von der Schweiz ratifizierten acht Protokolle ([SR 0.814.32](#)).
-

Anhang B

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001

Interkantonales
Organ

Art. 4 ¹ Die Mitglieder der an der Vereinbarung beteiligten Kantone in der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz bilden das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB).

² Das Interkantonale Organ ist zuständig für:

- a. Änderungen der Vereinbarung unter Vorbehalt der Zustimmung der beteiligten Kantone,
- b. Erlass von Vergaberichtlinien,
- c. Anpassung der in den Anhängen aufgeführten Schwellenwerte,
- c.^{bis} Entgegennahme und Weiterleitung eines Gesuches um Befreiung von Auftraggeberinnen und Auftraggebern von der Unterstellung unter diese Vereinbarung, sofern andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Dienstleistungen in demselben geografischen Gebiet unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten (Auslinkklausel),
- d. (...)
- e. Kontrolle über die Durchführung der Vereinbarung durch die Kantone und Bezeichnung einer Kontrollstelle,
- f. Regelung der Organisation und des Verfahrens für die Anwendung der Vereinbarung,
- g. Tätigkeiten als Kontaktstelle im Rahmen der internationalen Vereinbarungen,
- h. Bezeichnung der kantonalen Delegierten in nationalen und internationalen Gremien sowie Genehmigung der entsprechenden Geschäftsreglemente.

³ Das Interkantonale Organ trifft seine Entscheide mit Dreiviertelmehrheit der Anwesenden, sofern mindestens die Hälfte der beteiligten Kantone vertreten ist. Jeder beteiligte Kanton hat eine Stimme, die von einem Mitglied der Kantonsregierung wahrgenommen wird.

⁴ Das Interkantonale Organ arbeitet mit den Konferenzen der Vorsteherinnen und Vorsteher der betroffenen kantonalen Direktionen und mit dem Bund zusammen.

Bericht

1. Ausgangslage

1.1 Übersicht

Die Kantone haben am 15. November 2019 an einer Sonderplenarversammlung der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) die totalrevidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (nachfolgend IVöB 2019) einstimmig verabschiedet. Damit wurde ein wichtiger Grundstein auf dem Weg zur Harmonisierung des Beschaffungsrechts in der Schweiz gelegt.

Die IVöB 2019 regelt neu das gesamte öffentliche Beschaffungsrecht (auch Submissionsrecht genannt) und führt zu einer im Vergleich zu heute noch weitergehenden Vereinheitlichung der Vorschriften im Beschaffungsrecht, die in den Kantonen, Städten und Gemeinden zur Anwendung gelangt. Auf kantonaler Ebene braucht es grundsätzlich kein materielles Beschaffungsrecht mehr. Gleichzeitig führt die IVöB 2019 zu einer sehr weitgehenden Harmonisierung mit dem auf Bundesebene parallel revidierten Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), das die Beschaffungen des Bundes regelt und am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist. Nachdem die Kantone Appenzell Innerrhoden und Aargau der IVöB 2019 beigetreten, ist diese am 1. Juli 2021 in Kraft getreten. Für Kantone, die dieser Vereinbarung noch nicht beigetreten sind, gilt weiterhin die Vereinbarung vom 15. März 2001.

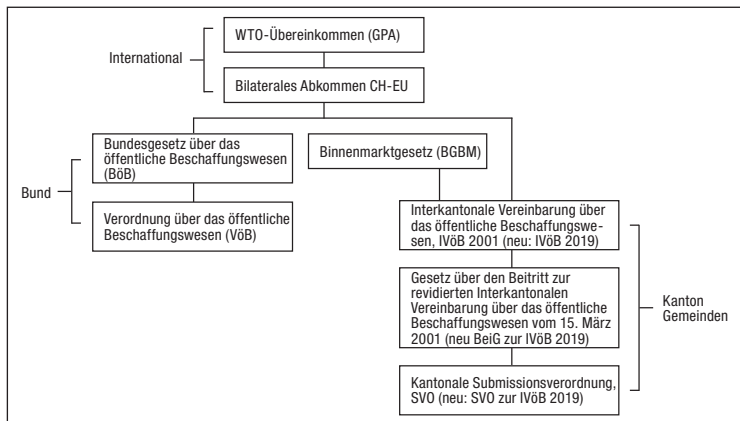
Damit die IVöB 2019 im Kanton Zürich in Kraft treten kann, ist ein Beitritt notwendig. Dieser ist Gegenstand der vorliegenden Gesetzesvorlage an den Kantonsrat. Das vorliegende Beitrittsgesetz (BeiG IVöB) orientiert sich am Musterbeitrittsgesetz der BPUK und wird nachfolgend in Ziff. 4 erläutert.

1.2 Hintergründe der Revision und Handlungsbedarf

1.2.1 Rechtliche Einbettung

Das öffentliche Beschaffungsrecht regelt ein bedeutendes Segment der Schweizer Volkswirtschaft. Seine Grundlage findet es im Wesentlichen im WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement, GPA, SR 0.632.231.422), das auf Ebene Bund durch das BöB und die zugehörige Verordnung (VöB,

SR 172.056.11) umgesetzt wird, sowie im bilateralen Abkommen mit der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Abkommen Schweiz-EU, SR 0.172.052.68). Die Kantone erfüllen ihre staatsvertraglichen Verpflichtungen bisher durch die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, LS 720.1), der alle Kantone beigetreten sind.



1.2.2 Revision des GPA und Auswirkungen auf die Schweiz

Auslöser für die Totalrevision der IVöB bildete die Revision des GPA-Abkommens. Das revidierte GPA wurde am 30. März 2012 formell verabschiedet (GPA 2012) und trat am 6. April 2014 in Kraft, nachdem das erforderliche Quorum der unterzeichnenden Mitgliedstaaten erreicht worden war. Mit der Revision des Übereinkommens von 1994 (GPA 1994), dem die Schweiz mit Wirkung ab 1. Januar 1996 beigetreten war, wurden der Geltungsbereich erweitert, der Konventionstext vereinfacht und modernisiert sowie der Einsatz elektronischer Mittel geregelt. Sämtliche Vertragsstaaten sind verpflichtet, die Änderung des GPA im nationalen Recht umzusetzen.

Der Bundesrat hat am 2. Dezember 2020 die Annahmearkunde für das revidierte GPA 2012 hinterlegt. Dieses trat für die Schweiz am 1. Januar 2021 in Kraft (SR 0.632.231.422). Für die Schweiz liegt die Bedeutung der Revision unter anderem in der Stärkung des Wettbewerbs, der Klärung von Unterstellungsfragen, der Flexibilisierung des Beschaffungsvorgangs und der Anpassung an die künftigen Herausforderungen, z. B. bei der elektronischen Vergabe. Zudem wird der Marktzugang von Schweizer Unternehmen in den GPA-Mitgliedstaaten verbessert. Gemäss Schätzungen beläuft sich dieser erweiterte Zugang für die wettbewerbsstarke schweizerische

Wirtschaft mit ihren konstant hohen Leistungsbilanzüberschüssen auf zusätzliche 80 Mrd. bis 100 Mrd. US-Dollar pro Jahr.

1.2.3 Arbeiten zur Umsetzung der GPA-Revision und Vernehmlassung bei den Kantonen

Bund und Kantone sind übereingekommen, die internationalen Vorgaben im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten parallel umzusetzen. Die Revisionsprozesse auf Stufe Bund und Kantone erfolgten dabei gesondert, beruhten jedoch auf den gemeinsam erarbeiteten Regelungsvorschlägen einer paritätischen Arbeitsgruppe von Bund und Kantonen. Die Arbeiten, an denen der Kanton Zürich beteiligt war, wurden gleichzeitig dazu genutzt, die auf den beiden Staatsebenen bestehenden Beschaffungsordnungen einander inhaltlich soweit möglich anzugleichen (Harmonisierung), was einem langjährigen Bedürfnis der Wirtschaft entspricht und auch Erleichterungen für Anbietende und Vergabestellen bewirkt. Erklärte Ziele waren zudem das Klären von Begrifflichkeiten, die verbesserte Strukturierung der Erlasse, die Flexibilisierung und Modernisierung des Beschaffungsrechts zwecks Vergrößerung des Handlungsspielraums, die Verminderung des Administrativaufwands sowie die Erhöhung der Effizienz für die Anbietenden.

Zahlreiche aus Sicht der Kantone bewährte Regelungskonzepte konnten im Rahmen der Revisionsarbeiten beibehalten und Bestimmungen, die heute in den (Muster-)Vergaberichtlinien der BPUK vom 2. Mai 2002 zur IVöB 2001 (VRöB) geregelt sind, weitgehend und ihrem Sinn nach in die IVöB 2019 und das BöB integriert werden, was die Harmonisierung der Kantone untereinander weiter verbessert. Dies bewirkt auch, dass die Kantone nach dem Beitritt zur IVöB 2019 auf umfangreiche eigene Ausführungsbestimmungen verzichten können. Dies gilt insbesondere für den Kanton Zürich, der die VRöB praktisch unverändert in die geltende Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SVO, LS 720.11) übernommen hat.

Die noch verbleibenden Abweichungen zwischen der IVöB 2019 und dem BöB sind hauptsächlich bedingt durch übergeordnete gesetzliche Vorgaben, welche die Kantone und der Bund bei ihrer Gesetzgebung einhalten müssen. So werden beispielsweise die Kantone aufgrund der Vorgaben im Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM, SR 943.02) weiterhin das Herkunftsortsprinzip anwenden (Art. 12), während für den Bund das Leistungsortsprinzip massgeblich ist.

Vom 22. September bis am 19. Dezember 2014 führte die BPUK bzw. das zuständige Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) bei den Kantonen und interessierten Kreisen eine Vernehmlassung

sung zum Entwurf der totalrevidierten IVöB durch. Es beteiligten sich alle Kantone sowie zahlreiche Organisationen und Einzelpersonen.

Die Adressatinnen und Adressaten begrüßten mehrheitlich die neue Vorlage und die damit einhergehende Harmonisierung. Der Regierungsrat wies in seiner Stellungnahme darauf hin, dass der Entwurf insgesamt eine gute Grundlage für eine schweizweite einheitliche Praxis des Vergaberechts bilde, wovon nicht nur Unternehmen, sondern auch die Vergabestellen selbst profitieren könnten (vgl. RRB Nr. 1342/2014).

Nachdem 2015 auch der Bund eine Vernehmlassung zum Entwurf des totalrevidierten BöB durchgeführt hatte, wurden die beiden Vorlagen wiederum gemeinsam zwischen Bund und Kantonen gemäss den Rückmeldungen überarbeitet und bereinigt. Die Harmonisierung konnte dabei weiter ausgebaut werden. Die Verabschiedung des totalrevidierten BöB sowie der Botschaft zum WTO-Übereinkommen (GPA 2012) durch den Bundesrat erfolgte schliesslich am 15. Februar 2017. Am 21. Juni 2019 beschloss die eidgenössischen Räte das BöB einstimmig (bei zwei Enthaltungen) und nahmen das revidierte GPA 2012 ebenfalls einstimmig (bei einer Enthaltung) an. Zeitgleich haben die Kantone ihre zwecks Gewährleistung der Harmonisierung bis zum Beschluss der eidgenössischen Räte sistierten Revisionsarbeiten an der IVöB wiederaufgenommen.

1.2.4 Verabschiedung der IVöB 2019

Nachdem das BöB mit verschiedenen von den eidgenössischen Räten eingefügten Änderungen verabschiedet wurde, prüften die Kantone, welche dieser Änderungen im Lichte der parallelen Harmonisierung auch für die IVöB übernommen werden konnten und bei welchen weiterhin Differenzen zum Bundesrecht verbleiben sollten. Die Ergebnisse einer Kurzvernehmlassung bei den Kantonen (vgl. dazu RRB Nr. 741/2019) wurden an der Hauptversammlung der BPUK im September 2019 zusammen mit dem endgültigen Entwurf der revidierten IVöB vorgestellt. Bei denjenigen Bestimmungen, bei denen mindestens drei Viertel der Kantone einer Angleichung an das BöB zugestimmt hatten, wurden Anpassungen vorgenommen. Anpassungen, bei denen keine eindeutige Mehrheit ausgemacht werden konnten, wurden an der Hauptversammlung der BPUK im September 2019 und an der Sonderplenarversammlung im November 2019 eingehend diskutiert und durch Abstimmung entschieden.

Verschiedene Anpassungen konnten ohne Weiteres aus dem BöB in die IVöB 2019 übernommen werden. Nicht übernommen wurden die von den eidgenössischen Räten in das BöB eingefügten Zuschlagskriterien «die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird» und «Verlässlichkeit des Preises». Das InöB war der Auffas-

sung, dass diese neuen Zuschlagskriterien nicht nötig sind und sowohl rechtliche als auch sehr erhebliche praktische Umsetzungsschwierigkeiten mit sich bringen (vgl. nachfolgend, Ziff. 3.2).

Anlässlich der erwähnten Sonderplenarversammlung der BPUK vom 15. November 2019 haben die Kantone schliesslich die revidierte IVöB 2019 samt Musterbotschaft und Musterbeitrittsgesetz ebenfalls einstimmig verabschiedet.

1.2.5 Handlungsbedarf

Interkantonale Vereinbarungen sind öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, die von zwei oder mehreren Kantonen über einen Gegenstand geschlossen werden, der in ihrem Kompetenzbereich liegt. Die einzelnen Kantone können dem vorgelegten Text der IVöB 2019 entweder zustimmen oder ihn ablehnen. Ein Beitritt unter Vorbehalt ist nicht möglich. Im Kanton Zürich ist der Kantonsrat zuständig (Art. 54 Abs. 1 Kantonsverfassung [KV, LS 101]). Der Beschluss untersteht dem fakultativen Referendum (Art. 33 KV).

Mit einem Beitritt des Kantons Zürich zur IVöB 2019 kann die Umsetzung der revidierten Bestimmungen aus dem GPA 2012 im Kanton sichergestellt werden. Gleichzeitig schliesst sich der Kanton den Harmonisierungsbestrebungen an. Bei einem Nichtbeitritt würde der Kanton Zürich abseitsstehen und müsste insbesondere die GPA-Bestimmungen selbst im kantonalen Recht umsetzen. Mit der IVöB 2019 kann sodann eine praktisch vollständige Harmonisierung des Beschaffungsrechts der Kantone erreicht werden. Angesichts der angestrebten Rechtsharmonisierung bleibt für materielle kantonale Beschaffungsvorschriften künftig nur wenig Raum. Sie sind auf einzelne wenige Ausführungsbestimmungen beschränkt.

1.3 Überblick über die wichtigsten Neuerungen der IVöB 2019

1.3.1 Allgemeines

Vorab lässt sich feststellen, dass die IVöB 2019 keine grundlegende Änderung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Folge hat. Obschon zahlreiche Einzelheiten des Verfahrens angepasst werden, bleiben das Beschaffungsverfahren, die Verfahrensarten und die Schwellenwerte (mit einer Ausnahme) grundsätzlich unverändert. Dennoch bringt sie insbesondere für den Vollzug wichtige Änderungen mit sich. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die deutlich stärkere Berücksichtigung der ökologischen und sozialen Nachhaltigkeit bei öffentlichen Beschaffungen sowie

die Stärkung des Qualitätswettbewerbs gegenüber dem Preiswettbewerb. Ein erheblicher Zusatznutzen dürfte sich den Anbietenden durch die Harmonisierung der nationalen Beschaffungsordnungen und die Publikation sämtlicher öffentlichen Ausschreibungen auf der gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Vergabeplattform (simap.ch) bieten.

1.3.2 Zweckartikel

Im Zweckartikel wird nicht mehr nur der wirtschaftliche, sondern auch der volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltige Einsatz der öffentlichen Mittel verlangt (Art. 2). Damit sind künftig alle drei Dimensionen der Nachhaltigkeit ausdrücklich erfasst. Auf diese Weise wird dem verstärkten gesellschaftlichen Bewusstsein in Richtung eines nachhaltigeren Handelns der dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellten Auftraggeber Rechnung getragen.

1.3.3 Klärung der Begriffe und des Anwendungsbereichs

Art. 3 enthält neu eine Liste mit Definitionen der wichtigsten Begriffe, was zur Klärung beiträgt.

Der subjektive Geltungsbereich in Bezug auf die Auftraggeber wurde präzisiert (Art. 4). Es bleiben aber grundsätzlich die gleichen Auftraggeber wie nach bisherigem Recht unterstellt. Betreffend den objektiven Geltungsbereich wurde erstmals eine Definition des Begriffs des öffentlichen Auftrags aufgenommen (Art. 8). Die Delegation öffentlicher Aufgaben und die Vergabe von Konzessionen werden nunmehr ausdrücklich als öffentliche Aufträge behandelt (Art. 9), wobei spezialgesetzliche Regelungen dem allgemeinen Beschaffungsrecht vorgehen (z. B. Erteilung von Wasserrechtskonzession nach Art. 60 des Wasserrechtsgesetzes vom 22. Dezember 1916 [WRG, SR 721.80; vgl. Ausführungen zu Art. 9]). Die von Lehre, Rechtsprechung und Praxis entwickelten Ausnahmen (Art. 10) werden neu definiert und erweitert. So findet die IVöB 2019 ausdrücklich keine Anwendung auf Aufträge, die an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten erteilt werden, sowie auf die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und Gemeinden. Die Kantone haben allerdings die Möglichkeit, für die genannten Fälle eine vergaberechtliche Unterstellung festzulegen (vgl. nachfolgend, Ziff. 4.2, Erläuterungen zu § 2 BeiG IVöB).

Neu ausdrücklich ausgenommen sind ferner der Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, Bauten und Anlagen sowie der entsprechenden Rechte daran und die Verträge des Personalrechts. Ebenso werden ent-

sprechend bisheriger Lehre und Rechtsprechung vier Arten von Verträgen nunmehr ausdrücklich ausgenommen. Es sind dies die Monopol-, Instate-, Inhouse- und Quasi-Inhouse-Verträge (Art. 10 Abs. 2).

1.3.4 Beschaffungen ausgerichtet auf die Qualität

Den qualitativen Aspekten der Beschaffung wird in der IVöB 2019 mehr Gewicht verliehen (gelegentlich auch als «Paradigmenwechsel» bezeichnet). So verankert etwa Art. 29 Abs. 1 das Kriterium «Qualität» neu – neben dem Preis – als obligatorisches Zuschlagskriterium. Und gemäss Art. 41 ist der Zuschlag künftig dem «vorteilhaftesten» und nicht mehr dem «wirtschaftlich günstigsten» Angebot zu erteilen. Neu ist auch die Regelung der Zwei-Couverts-Methode (Art. 37), die ebenfalls den Qualitätswettbewerb stärken soll.

1.3.5 Nachhaltigkeit

Die Nachhaltigkeit spielt in der IVöB 2019 eine zentrale Rolle. Die Bestimmungen dazu finden sich in Art. 2, 12, 29 und 30. Den Vergabestellen wird ein grösserer Spielraum bei der Berücksichtigung der Nachhaltigkeit zur Verfügung gestellt, der genutzt werden soll. In diesem Sinne werden Vergabestellen künftig beispielsweise gehalten sein, bei der Aufstellung ihrer Bewertungssysteme die Nachhaltigkeit mit all ihren Aspekten gemäss Zweckartikel, Innovationsgehalt und Plausibilität des Angebots vermehrt zu berücksichtigen. Als Vollzugshilfen stehen ihnen neben dem in Erarbeitung stehenden Beschaffungsleitfaden und Faktenblättern die von Bund und Kantonen geschaffene Wissensplattform nachhaltige öffentliche Beschaffung (WöB, woeb.swiss) zur Verfügung.

Im Kanton Zürich ist die Nachhaltigkeit bereits heute im Katalog der Zuschlagskriterien ausdrücklich vorgesehen (§ 33 SVO). Ebenso fand die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit in der Beschaffungspolitik des Regierungsrates vom 7. März 2018, die sich an die Direktionen und die Staatskanzlei sowie an die diesen unterstellten Ämtern, Abteilungen und Betriebe richtet, Verankerung. Die Koordinationsstelle für Umweltschutz im Generalsekretariat der Baudirektion bearbeitet Fragestellungen zu ökologischen und sozialen Aspekten der Beschaffung, mit Trägergruppen in einzelnen Beschaffungsbereichen (z. B. Fahrzeuge). Sie berät Vergabestellen und stellt Informationen und Vollzugshilfen für die Praxis zur Verfügung (zh.ch/de/politik-staat/kanton/kantonale-verwaltung/beschaffung-einkaeufe/nachhaltige-beschaffung.html).

1.3.6 Neue Zuschlagkriterien

Die Vergabestellen haben die Möglichkeit, sogenannte vergabefremde Zuschlagskriterien bei einer öffentlichen Beschaffung zu berücksichtigen. Gemäss Art. 29 Abs. 2 können sie ergänzend zu den in Abs. 1 genannten Kriterien und beschränkt auf den Binnenmarktbereich berücksichtigen, inwieweit der Anbieter Ausbildungsplätze für Lernende in der Grundausbildung, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose anbietet.

1.3.7 Unterstellung bestimmter Konzessionen und die Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben

Die IVöB 2019 regelt neu ausdrücklich, dass das öffentliche Beschaffungsrecht auch für die Übertragung öffentlicher Aufgaben oder die Verleihung von Konzessionen (Art. 9) gilt. Es ist anzunehmen, dass diese Neuerung in der Praxis nicht zu grösseren Veränderungen führen wird, zumal die Übertragung öffentlicher Aufgaben und ausschliesslicher Rechte bereits heute in vielen Fällen gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung oder das BGBM (Art. 2 Abs. 7) dem Beschaffungsrecht unterstellt ist (zu den Einzelheiten wird auf die Erläuterungen zu Art. 9 IVöB 2019 verwiesen).

1.3.8 Gemeinsame Publikationsplattform von Bund und Kantonen

Die verstärkte Nutzung der modernen Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen (namentlich von simap.ch) wird die Transparenz im öffentlichen Beschaffungswesen in der Schweiz weiter verbessern und den Aufwand der Anbieter senken. Mit der neu eingeführten Verpflichtung aller dem Konkordat unterstellten Vergabestellen zur Publikation auf simap.ch werden die Anzahl der publizierten Beschaffungen und das Vergabevolumen in Zukunft weiter stark steigen. Für den Kanton Zürich ändert sich in dieser Hinsicht allerdings nichts, da die Vergabestellen schon heute auf simap.ch publizieren müssen.

1.3.9 Verbesserter Rechtsschutz

Die Beschwerdefrist wird neu auf einheitlich 20 Tage festgelegt, um die Harmonisierung zwischen Bund und Kantonen sicherzustellen (Art. 56). Die bisher in den Kantonen geltende Frist von zehn Tagen erweist sich im

Vergleich zu den übrigen Beschwerdefristen als äusserst knapp. Weiterhin gelten aber keine Gerichtsferien. Die Kantone haben gegen Verfügungen der Auftraggeber mindestens ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert die Beschwerdemöglichkeit an das kantonale Verwaltungsgericht zu gewähren (Art. 52 IVöB 2019).

1.3.10 Massnahmen gegen Interessenkonflikte, Wettbewerbsabreden und Korruption

Ein Kernstück der GPA-Revision ist die Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Wettbewerb. Dieses Ziel soll vor allem durch erhöhte Transparenz und den konsequenten Kampf gegen die Korruption erreicht werden. In Art. 11 werden die Kantone verpflichtet, gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption vorzugehen. Sie sind gehalten, geeignete Massnahmen vorzusehen (vgl. Erläuterungen zu Art. 11 IVöB 2019).

1.3.11 Ausschluss, Widerruf und Sanktionen

Die Ausschluss- und Sanktionstatbestände werden für alle Auftraggeber einheitlich geregelt. Die Liste der exemplarisch genannten Ausschluss- und Widerrufsgründe wurde in Art. 44 systematisch gegliedert und erweitert. Dass der Auftraggeber negative Erfahrungen aus früheren Aufträgen berücksichtigen kann, stellt eine Neuerung dar (Art. 44 Abs. 1 Bst. h). Ebenso hat die Vergabestelle die Möglichkeit, Anbieter nicht zu berücksichtigen, die nach Art. 45 Abs. 1 rechtskräftig ausgeschlossen wurden (Art. 44 Abs. 1 Bst. j).

Zusätzlich wurden mit Art. 45 die Sanktionen «Verwarnung», «Ausschluss» für bis zu fünf Jahren und «Busse» von bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme in der Vereinbarung verankert. Über die sanktionierten Anbieter und Subunternehmen wird eine nicht öffentliche Liste geführt. Ein entsprechendes Listensystem ist im Kanton Zürich bereits heute vorhanden (§ 40 SVO) und diente bei den Revisionen von Bund und Kantonen als Vorlage.

1.3.12 Neue Instrumente

Nachfolgende Instrumente wurden zur Flexibilisierung im Vergabeverfahren neu in der IVöB verankert:

- **Elektronische Auktionen (Art. 23):** Der Anwendungsbereich der elektronischen Auktion erstreckt sich nur auf standardisierte Leistungen. In einer ersten Phase prüft der Auftraggeber die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen und nimmt eine erste Bewertung vor. Die eigentliche Auktion folgt in einem zweiten Verfahrensschritt, wobei mehrere Bewertungsrunden stattfinden können.
- **Dialog (Art. 24):** Der Auftraggeber kann im Dialog zusammen mit ausgewählten Anbietern mögliche Lösungswege oder Vorgehensweisen erarbeiten, sodass am Ende des Dialogs eine Leistungsbeschreibung vorliegen sollte, die den Ansprüchen des Auftraggebers ebenso wie dem Können und Vermögen der Anbieter angemessen Rechnung trägt. Damit kann der Auftraggeber auf das spezifische Fachwissen der Anbieter in einem konkreten Beschaffungsmarkt zurückgreifen und Innovationen fördern.
- **Rahmenverträge (Art. 25):** Als Instrument der Praxis werden Rahmenverträge insbesondere aus wirtschaftlichen Überlegungen, zur Vermeidung einer Abhängigkeit von nur einem Anbieter oder zwecks Verhinderung von Versorgungsengpässen bereits heute oft ausgeschrieben. Hierbei wird nicht ein abschliessend bestimmtes Leistungsvolumen ausgeschrieben, sondern das Recht des Auftraggebers, gewisse Leistungen über einen bestimmten Zeitraum zu beziehen.

1.3.13 Übersicht über weitere Neuerungen

Weitere Neuerungen, welche die IVöB 2019 mit sich bringt, sind insbesondere:

- Die Anforderungen an die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und (neu ausdrücklich auch) des Umweltschutzes (Art. 12) sind konkreter formuliert. Die Anbieter müssen die Vorgaben ihren Subunternehmen überbinden. Ausländische Anbieter müssen im Ausland neu mindestens internationale Abkommen im Umwelt- und Arbeitsbereich einhalten.
- Neu bietet die IVöB klare und eindeutige Bestimmungen zur Vorbehaftung von Beschaffungspersonal und Anbietern sowie zum Ausstand (Art. 13f.).
- Der Katalog der Ausnahmegründe, die eine überschwellige freihändige Beschaffung erlauben (Art. 21), hat Änderungen erfahren. Für Folgeaufträge gilt neu, dass sie freihändig zulässig sind, wenn «ein Wechsel des Anbieters für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich [ist], erhebliche Schwierigkeiten bereiten oder substanzielle Mehrkosten mit sich bringen [würde]».

- Die Bereinigung und Anpassung der Angebote nach der Öffnung sind möglich, wenn dies zur Vergleichbarmachung oder wegen Leistungsänderungen nötig ist (Art. 39). Reine Preisverhandlungen («Abgebotsrunden») bleiben aber verboten (Art. 11 Bst. d). Neu gilt dies auch für die Beschaffungen des Bundes.
- Die Pflicht zur Erstellung einer Dokumentation galt bisher lediglich im Staatsvertragsbereich (vgl. § 10 Abs. 2 SVO). Neu wird die Dokumentationspflicht auf den Nichtstaatsvertragsbereich ausgedehnt (Art. 21 Abs. 3).
- Unter dem Titel «Prüfung der Angebote» macht Art. 38 verschiedene Vorgaben für die Prüfung der Angebote (z. B. Abklärungspflicht bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten) und für den Ablauf bei der sogenannten Zwei-Couverts-Methode.
- Bei der Bewertung der Angebote ist es neu unter gewissen Voraussetzungen erlaubt, dass die Detailbewertung bei sehr aufwendigen Prüfungen auf die drei Angebote beschränkt wird, die anhand einer ersten summarischen Prüfung der Unterlagen als die besten erscheinen (sogenannte Shortlist, Art. 40 Abs. 2).
- Es erhält nicht mehr das wirtschaftlich günstigste, sondern das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag (Art. 41). Diese Neuformulierung wurde dem GPA entnommen und soll gemäss den Beratungen in den eidgenössischen Räten dem angestrebten Paradigmenwechsel vom Preis zum Qualitätswettbewerb äusseren Ausdruck verleihen.
- Im Staatsvertragsbereich erteilte Zuschläge sind in der Regel innerhalb von 30 (statt bisher 72) Tagen zu veröffentlichen (Art. 48 Abs. 6).
- Neu müssen Verfügungen summarisch begründet werden, um die Rechtsmittelfrist auszulösen. Die summarische Begründung des Zuschlags umfasst die Art des Verfahrens und den Namen des berücksichtigten Anbieters, den Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots, die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots sowie gegebenenfalls eine Darlegung der Gründe für eine freihändige Vergabe (Art. 51 Abs. 3).
- Der Schwellenwert für freihändige Vergaben wird bei den Lieferaufträgen von Fr. 100000 auf Fr. 150000 angehoben.

2. Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen der IVöB 2019

Die nachfolgenden detaillierten Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen der IVöB 2019 geben mit geringfügigen Anpassungen und Kürzungen die Musterbotschaft der BPUK vom 16. Januar 2020 wieder (vgl. bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019). Sie werden stellenweise mit Hinweisen ergänzt, die spezifisch für den Kanton Zürich gelten.

1. Kapitel: Gegenstand, Zweck und Begriffe

Art. 1 Gegenstand (neu)

Die Vereinbarung findet Anwendung auf:

- die Vergabe öffentlicher Aufträge, wobei in Art. 8 und 9 der Begriff des öffentlichen Auftrags ausgeführt wird;
- die Vergabe durch unterstellte Auftraggeber, wobei diese in Art. 4 aufgezählt werden;
- Vergaben innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, wobei dieser Begriff in Art. 3 Bst. c definiert wird.

Art. 2 Zweck (teilweise neu)

Die Vereinbarung bezweckt:

- die Nachhaltigkeit der Beschaffung, d. h. den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, sozial und ökologisch verantwortungsvollen Einsatz der öffentlichen Mittel (Bst. a);
- die Transparenz der Verfahren (Bst. b);
- die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter, in Nachachtung des verfassungsrechtlichen Gebots, wonach Wettbewerbsteilnehmer gleich zu behandeln sind (Bst. c);
- die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbietern, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption (Bst. d).

Die Zwecknorm dient der Auslegung der nachfolgenden Bestimmungen. Die Reihenfolge der Aufzählung in Art. 2 bedeutet nicht, dass dem ersten Grundsatz Priorität vor den nachstehend genannten zukäme. Alle Grundsätze verlangen gleichermassen Beachtung. Zielkonflikte sind unvermeidbar. So kann umfassende Transparenz abgestimmte Verhaltensweisen von Anbietern begünstigen. Oder die Gleichbehandlung der Anbieter kann eine wirtschaftliche Beschaffung erschweren. Solche Konflikte sind durch eine Abwägung aller Interessen zu lösen. Die gesetzgeberischen Ziele werden durch weitere Bestimmungen der Vorlage (z. B. zu den Anforderungen an eine Ausschreibung, zur Einhaltung von Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen und zur Veröffentlichung der Ausschreibung, zur Sanktionierung wettbewerbsbehindernden Verhaltens oder zum Rechtsschutz) ausgeführt.

Bst. a: Der Grundsatz der Nachhaltigkeit wird neu ausdrücklich verankert. Zudem steht der nachhaltige Einsatz der öffentlichen Mittel im Einklang mit Art. 73 BV und Art. 6 KV.

Wirtschaftlichkeit ist nicht gleichbedeutend mit dem tiefsten Preis. Die Qualität der Leistungen und weitere Parameter, deren Wahl im Ermessen

des Auftraggebers liegt, sind ebenso zu berücksichtigen. Schon heute finden Ressourcen- und Umweltkriterien regelmässig Eingang in die Ausschreibungen der öffentlichen Hand unter dem Titel der Nachhaltigkeit. Der «sozialen Nachhaltigkeit» wird unter anderem dadurch Rechnung getragen, dass Aufträge in der Schweiz nur an Anbieter vergeben werden dürfen, welche die Bestimmungen über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten. Bei Leistungen, die im Ausland erbracht werden, müssen mindestens die acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) eingehalten werden.

Die Anwendung von Umwelt- und Sozialkriterien erfordert stets einen sachlichen Bezug zum jeweiligen Beschaffungsobjekt. Solche Beschaffungskriterien beziehen sich auf das Produkt oder auf dessen erwünschte Wirkung bei der Nutzung. Die Art und Weise der Produktion kann ebenfalls vorgeschrieben werden, solange die Produktionsweise einen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweist. Die Produktionsweise muss nicht notwendigerweise im Endprodukt sichtbar sein; sie muss aber zumindest den Wert und die Eigenart des Produkts verändern (z. B. Holz aus naturnaher Waldbewirtschaftung, Tierprodukte aus artgerechter Haltung). Allerdings wohnt der Berücksichtigung nichtwirtschaftlicher Beschaffungsziele regelmässig die Gefahr inne, dass protektionistische Praktiken im Kleid legitimer Ziele Eingang in die Vergabepaxis finden. So «eignen» sich gerade ökologische Kriterien wie die Einhaltung nationaler Umweltstandards oder die Fahrdistanz gut für die gezielte Bevorzugung inländischer Anbieter. Das GPA 2012 toleriert solche Praktiken trotz Erwähnung ökologischer Ziele nicht. Daher ist bei technischen Spezifikationen oder bei Zuschlagskriterien, die der Ökologie verpflichtet sind, stets zu fragen, ob diese Kriterien einen sachlichen Bezug zum Leistungsgegenstand aufweisen. Falls Absicht oder Wirkung auf eine Beschränkung des Marktzutritts ausländischer oder ortsfremder Anbieter hinauslaufen, greift die Berufung auf die Nachhaltigkeit einer Anforderung nicht. Dies ist insbesondere bei Bestimmungen zu Herstellungsverfahren, die ohne Wirkung auf das zu beschaffende Produkt bleiben, sorgfältig zu prüfen.

Für den Kanton Zürich gehören die Kriterien «Nachhaltigkeit» und «Betriebskosten» bereits heute zum Katalog möglicher Zuschlagskriterien (§ 33 Abs. 1 SVO).

Bst. b: Transparenz garantiert Fairness und Marktzutritt. Die IVöB 2019 enthält daher zahlreiche Transparenzbestimmungen, die in erster Linie die Aktivinformation, d. h. die Informationstätigkeit der Behörde von sich aus bzw. von Amtes wegen, betreffen (z. B. Art. 14 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1, Art. 27 ff., Art. 35 f.). Der Grundsatz der Transparenz gebietet unter anderem, dass ein Auftraggeber die Gewichtung der Zuschlagskriterien zum Voraus präzisieren und bekannt geben muss. Auf Transparenz – auch in Form der sogenannten Passivinformation, d. h. Information auf Gesuch hin

– wird nur dort verzichtet, wo diese die Aufgaben der Auftraggeber behindern oder die berechtigten Interessen der Anbieter gefährden würde.

Neu muss auch im Kanton Zürich die Gewichtung der Zuschlagskriterien bereits in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden, was die Transparenz erhöht. Bisher reichte die Bekanntgabe von deren Rangfolge im Rahmen der Ausschreibung (§ 13 Abs. 1 lit. m SVO).

Bst. c: Der Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung bedeutet, dass einem Anbieter einerseits keine Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere nicht gelten, und dass ihm andererseits keine Vorteile gewährt werden dürfen, die anderen Anbietern verwehrt sind. So ist es z. B. nicht zulässig, ein Anbieter im Rahmen der Eignungsprüfung nach einem strengeren Massstab als seine Mitbewerber zu beurteilen. Ebenso wenig ist es zulässig, dass Eignungskriterien oder technische Spezifikationen zugunsten eines einzelnen Anbieters aufgestellt, gestrichen oder aufgeweicht werden.

Bst. d: Wie in anderen Märkten kann der Wettbewerb auch auf den Beschaffungsmärkten durch Abreden oder andere wettbewerbsbehindernde Verhaltensweisen beeinträchtigt werden. Daher gilt es bei den Ausschreibungen, Massnahmen insbesondere gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption vorzusehen. Korruption gilt heute als wesentliches Element der Wettbewerbsverfälschung und Wettbewerbsverhinderung im öffentlichen Beschaffungswesen. Das GPA 2012 sieht daher eine griffigere internationale Rechtsgrundlage für die Korruptionsbekämpfung vor. Bst. d ändert die entsprechenden Spezialgesetze nicht; diese werden vielmehr um eine spezifische beschaffungsrechtliche Zwecknorm ergänzt.

Art. 3 Begriffe (neu)

Die Legaldefinitionen dienen dazu, das Beschaffungsrecht zu vereinfachen und dessen Anwendung in der Praxis zu vereinheitlichen. Im Einklang mit den Begriffsbestimmungen des GPA 2012 strebt die Vorlage eine einheitliche Verwendung der zentralen beschaffungsrechtlichen Begriffe an. Die meisten Definitionen der Vorlage sind selbsterklärend und wurden unverändert aus dem GPA 2012 und dessen Anhängen übernommen. Soweit ein Begriff in der Vorlage nur einmal verwendet wird, ist er an jenem Ort definiert.

Bst. b: Der Begriff des öffentlichen Unternehmens ist für die Unterstellung nach Art. 4 Abs. 2 (Sektoren) massgeblich. Öffentliche Unternehmen sind privatrechtlich oder spezialgesetzlich organisierte Rechtsträger, die durch die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar beherrscht werden, z. B. durch die kapital- oder stimmenmässige Kontrolle oder durch andere Instrumente, die es dem Gemeinwesen erlauben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Unternehmens auszuüben. Beispiele sind städtische Verkehrsbetriebe, Energieversorgungsunternehmen wie die Elektri-

zitätswerke des Kantons Zürich (EKZ), öffentliche Hafen- oder Flughafenbetreiber und Eisenbahnunternehmen (vgl. die Legaldefinition in Fussnote 2 von Annex 3 zum Anhang I [Schweiz] des GPA 2012).

Bst. c: Der Begriff «Staatsvertragsbereich» wird in den Kantonen konsequent verwendet und hat sich in der Praxis eingebürgert. Der für die Anwendung des Beschaffungsrechts zentrale Begriff des öffentlichen Auftrags wird nicht in Art. 3, sondern in Art. 8 und 9 definiert. Der Klarheit halber sei darauf hingewiesen, dass die hier verwendeten Begriffe des Auftrags und des Auftraggebers nicht identisch sind mit denjenigen in den Art. 394 ff. OR. Insbesondere kommen als Vertragstypen nicht nur Aufträge nach OR, sondern ebenso Kauf-, Werk-, Innominatverträge usw. infrage.

Bst. f: Nach der Legaldefinition in Fussnote 1 von Annex 3 zum Anhang I [Schweiz] des GPA 2012 sind die «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» gekennzeichnet durch:

- sie wurde zum besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die keinen industriellen oder kommerziellen Charakter haben, zu erfüllen;
- sie besitzen Rechtspersönlichkeit und
- ihre Tätigkeit wird überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert oder ihre Leitung unterliegt einer entsprechenden Kontrolle oder ihre Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane bestehen mehrheitlich aus Mitgliedern, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt werden. Beispiele sind Universitäten und öffentliche Spitäler.

Bst. g: Der Sammelbegriff «staatliche Behörden», der den Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts sowie Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen, mit einschliesst, wird für die subjektive Unterstellung der Auftraggeber nach Art. 4 Abs. 1 und 2 relevant. Der Begriff umfasst die Verwaltungsbehörden der kantonalen, regionalen und kommunalen Ebenen, die bereits behandelten Einrichtungen des öffentlichen Rechts sowie die manchenorts anzutreffenden Zweckverbände, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (z. B. für die Kehrichtverwertung) gebildet werden.

2. Kapitel: Geltungsbereich

1. Abschnitt: Subjektiver Geltungsbereich

Der subjektive Geltungsbereich der Vereinbarung bestimmt sich grundsätzlich nach Massgabe der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtun-

gen. Mit anderen Worten erfolgt keine autonome Ausdehnung des subjektiven Geltungsbereichs gegenüber den massgebenden Beschaffungsüber-einkommen der Schweiz. Im Vordergrund stehen die Annexe 1–7 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012, die beschaffungsrelevanten Kapitel und Anhänge der Freihandelsabkommen mit Drittstaaten sowie Art. 2 und 3 des bilateralen Abkommens Schweiz-EU. Die Übereinkommen unterscheiden zwischen der Unterstellung zentraler und subzentraler Verwaltungseinheiten auf der einen und Sektorenauftraggeber auf der anderen Seite.

Das Abkommen Schweiz-EU weitete den subjektiven Geltungsbereich des GPA 1994 nach zwei Seiten hin aus: Zum einen führte es zur Unterstellung der Verwaltungseinheiten auf Stufe Bezirke und Gemeinden, zum anderen dehnte es den Marktzutritt für Anbieter auf Aufträge von Auftraggebern aus den Sektoren Schienenverkehr, Gas- und Fernwärmeversorgung sowie Förderung fossiler Brennstoffe und auf private Sektorenunternehmen aus. Das Verhältnis zwischen der Sektorenunterstellung nach dem GPA und dem Abkommen Schweiz-EU ist komplex und nicht in allen Punkten transparent. Herrscht in einem Sektorenmarkt wirksamer Wettbewerb, wird neu für alle Beschaffungen dieses Markts eine Befreiung von der Unterstellung vorgesehen (Art. 7).

Für die Kantone gilt es, auch für den Bereich ausserhalb der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen die Vorgaben des BGBM zu beachten. Demnach haben die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür zu sorgen, dass die Vorhaben für «umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag» amtlich publiziert werden (Art. 5 Abs. 2 BGBM). Ausserdem sieht Art. 9 Abs. 2 BGBM ausdrücklich den Rechtsschutz bei öffentlichen Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs vor.

Art. 4 Auftraggeber

Die subjektive Unterstellung erfolgt anhand einer abschliessenden Aufzählung in diesem Artikel. Im GPA 2012 ist die allgemeine Unterstellung für den Bund und die Kantone je unterschiedlich geregelt. Während die Auftraggeber auf Stufe Bund in einer Liste aufgeführt sind, werden die kantonalen Beschaffungsbehörden sowie die Behörden auf Bezirks- und Gemeindeebene generell-abstrakt unterstellt (Annexe 1 und 2 zum Anhang I des GPA 2012).

Abs. 1

Für die Unterstellung der dezentralen Stellen ist im Staatsvertragsbereich der Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts bedeutsam (vgl. Ausführungen zu Art. 3 Begriffe [neu], Bst f.). Die Unterstellung der erwähnten Einrichtungen hat gegenüber der bisherigen Regelung gemäss IVöB keine Änderungen erfahren.

Abs. 2

Bst. b: Die Regelung gemäss GPA 2012 wird sowohl vom Bund als auch von den Kantonen unverändert übernommen.

Bst. c: Es betrifft hier die Unterstellung von Netzen zur Versorgung des städtischen Nahschienenverkehrs gemäss GPA 2012, was der bisherigen Regelung der IVöB grundsätzlich entspricht.

Bst. d und e: Die Sektorenunterstellung im GPA und im Abkommen Schweiz-EU erfolgt für den Bund und für die Kantone einheitlich. Während der öffentliche Verkehr in der Luft und auf Flüssen per se nicht unterstellt ist, findet die Vereinbarung auf sogenannte Verkehrsendeinrichtungen Anwendung. Dabei handelt es sich um Häfen, Flughäfen, Umschlagplätze, Terminals und ähnliche Einrichtungen, welche die Schnittstelle am Ende der Verkehrsverbindungen bilden.

Bst. f: Es betrifft den Schienenverkehr, d. h. den Bau und Betrieb von Eisenbahnen. Demgegenüber unterstehen Eisenbahnunternehmen wie die BLS AG oder die Sihltal Zürich Uetliberg Bahn SZU AG dem kantonalen Recht, soweit sie nicht wegen ihrer regionalen Bedeutung von der Rechtswahlmöglichkeit in Art. 5 Abs. 3 Gebrauch gemacht haben. Anknüpfungspunkt ist der Bau und der Betrieb des Schienennetzes. Damit erfasst Bst. f sowohl die Aufgaben der Netzerstellung und des Netzbetriebs als auch den Bahnverkehr auf diesen Netzen. Diese zwei Bereiche werden bei den Bahnunternehmen entweder organisatorisch oder finanziell (Spartenrechnung) getrennt geführt. Damit funktional nicht zusammenhängende Tätigkeiten der unterstellten Unternehmen sind vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausgenommen.

Für jede Beschaffung ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein funktionaler Zusammenhang zum Bau und Betrieb der Eisenbahn besteht. Ein solcher Bezug ist namentlich beim Bau und Betrieb der Bahninfrastruktur (einschliesslich Forstarbeiten entlang der Bahnlinien), bei der Beschaffung und beim Unterhalt von Schienen, Eisenbahninfrastruktur und Rollmaterial sowie bei der Bewirtschaftung der (engeren) Bahnhofsbereiche (Bahnhofshalle, Wartesaal, Schalterhalle, Ticketautomaten usw.) gegeben. Der Zusammenhang fehlt aber z. B. bei der kommerziellen Mantelnutzung von Bahnhöfen. Diese Tätigkeiten werden regelmässig im Wettbewerb mit Drittanbietern ausgeübt und sind daher der Vereinbarung nicht unterstellt. Beschaffungen in diesen Bereichen können vergabefrei getätigt werden.

Abs. 3

Die Unterstellung der Sektorenauftraggeber erfolgt nicht umfassend, sondern jeweils nur für ihre Kernbereichstätigkeiten. Soweit allerdings Auftraggeber nach Abs. 1 unterstellt sind und ebenfalls Sektorentätigkeiten wahrnehmen, führt Abs. 3 nicht zu einer Beschränkung. Vielmehr unterstehen diese Auftraggeber der Vereinbarung umfassend, d. h. für alle ihre öffentlichen Aufträge. Dann gelten für die Abgrenzung des Staatsvertragsbereichs die Schwellenwerte für die allgemeinen Auftraggeber.

Abs. 4

Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (Art. 8 Abs. 2 IVöB) und findet nur auf die Kantone Anwendung, da diese die Disziplinen des GPA als Folge des BGBM auf weitere Auftraggeber und Leistungen ausdehnen mussten (sogeannter Nichtstaatsvertragsbereich).

Abs. 5

Diese Bestimmung dient der Klarstellung. Die beschaffungsrechtlichen Vorgaben gelten auch für Dritte, die Leistungen im Auftrag des Auftraggebers und als dessen Stellvertreter beschaffen. Dies gilt unabhängig davon, ob diese Dritten selber der Vereinbarung unterstellt sind oder nicht. Durch das Vorschalten einer zentralen Beschaffungsstelle oder die Auslagerung dieser Arbeiten an Dritte kann die Vereinbarung nicht unterlaufen werden.

Art. 5 Anwendbares Recht

Abs. 1 und 2

Bereits das geltende Recht enthält auf kantonaler Ebene in Art. 8 Abs. 3 und 4 IVöB Kollisionsregeln für gemeinsame Beschaffungen von Auftraggebern gleicher oder verschiedener Stufen. Diese Regeln werden hier ergänzt und neu geordnet. In der Regel kommt das Recht am Sitz des Hauptauftraggebers zur Anwendung (Abs. 1). Wer Hauptauftraggeber ist, bestimmt sich nach Massgabe der Finanzierung. Wird z. B. eine gemeinsame Beschaffung von Bund und Kantonen mehrheitlich mit kantonalen Geldern finanziert, ist kantonales Recht (IVöB) anwendbar.

Analog gilt dies im Falle mehrerer Auftraggeber verschiedener Kantone bei einer gemeinsamen Beschaffung (Abs. 2). In diesem Falle ist das Recht desjenigen Kantons anwendbar, der den grössten Anteil an der Finanzierung trägt (unter Vorbehalt von Abs. 3).

Abs. 3, 4 und 5

Die in Abs. 3, 4 und 5 vorgesehene Rechtswahl der beteiligten Auftraggeber dient der optimalen Ressourcennutzung.

Abs. 6

Beispiele für wahlberechtigte Unternehmen nach Abs. 6 sind:

- Flughafen Zürich AG,
- BLS AG,
- Kernkraftwerk Leibstadt AG.

Zwecks Rechtssicherheit sollte die Rechtswahl nicht von Fall zu Fall, sondern über eine gewisse Zeitspanne Bestand haben. Die Rechtswahl führt in keinem Fall dazu, dass ein Auftraggeber oder dessen Beschaffungen von der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht befreit werden.

Auch die Kantone können Konzessionen vom Beschaffungsrecht ausnehmen, wenn es sich um Bereiche handelt, die alleine in der Verantwortung der Kantone stehen. Ansonsten ist dies nicht möglich.

Die Frage nach dem anwendbaren Recht stellt sich auch bei Ausschreibungen betreffend Suche und Wahl von privaten Investoren, z. B. bei sogenannten Public Private Partnerships (PPP). Das Kürzel «PPP» bezeichnet die Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und privaten Anbietern mit dem Ziel, öffentliche Aufgaben zu erbringen. Die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts auf PPP-Projekte ist anhand der charakteristischen Leistungen fallweise zu beurteilen. Da PPP-Projekte vielfältige Formen annehmen können und der vorhandene Spielraum nicht unnötig eingegrenzt werden soll, wird auf eine gesetzliche Regelung verzichtet.

Art. 6 Anbieter

Abs. 1

Im Rahmen der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im GPA 2012 und im Abkommen Schweiz-EU sowie in beschaffungsrelevanten Abkommen mit Drittstaaten wird ausländischen Anbietern der diskriminierungsfreie Marktzutritt ermöglicht. Diese Marktöffnung gilt jeweils im Umfang der gegenseitig eingegangenen Verpflichtungen. Das Prinzip der Meistbegünstigung gilt ebenfalls in diesem Umfang. Mit anderen Worten können durch Inanspruchnahme der Meistbegünstigung keine zusätzlichen Konzessionen von den Handelspartnern erwirkt werden.

Abs. 2

Der Gegenrechtsvorbehalt in Abs. 2 für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs entspricht der ursprünglichen Regelung von Art. 9 Bst. c IVöB, in der Fassung vom 25. November 1994. Auch hier reicht der Marktzutritt nur so weit, als inländische Anbieter im Ausland tatsächlich zum Angebot zugelassen werden. Die Auftraggeber sind allerdings berechtigt, auch ausländische Anbieter zum Angebot zuzulassen, selbst wenn deren Sitzstaat kein Gegenrecht gewährt. Zugelassene ausländische Anbieter geniessen jedoch in diesem Falle keinen Rechtsschutz (vgl. dazu Art. 52 Abs. 3).

Abs. 3

Gegenrecht bedeutet vergleichbaren und effektiven Marktzutritt schweizerischer Anbieter zu ausländischen Beschaffungsmärkten. Zur besseren Orientierung ist dem Bundesrat aufgetragen, eine indikative Liste der Staaten zu führen, die Gegenrecht gemäss den von ihm verhandelten internationalen Beschaffungsabkommen gewähren. Diese Liste wird regelmässig aktualisiert und steht den Auftraggebern auf Anfrage zur Einsicht zur Verfügung. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten mittels Verordnung (Art. 1 VöB).

Abs. 4

Im Gegensatz zum Bund können die Kantone weitere Vereinbarungen mit den Grenzregionen und Nachbarstaaten für Beschaffungen eingehen. Diese Möglichkeit entspricht dem geltenden Recht (Art. 2 Bst. b IVöB; vgl. auch Art. 56 BV).

Art. 7 Befreiung von der Unterstellung

Die Unterstellung der Sektorauftraggeber geht immer von der Annahme aus, dass in einem Tätigkeitsbereich kein Wettbewerb herrscht. Während das GPA 2012 den Begriff des uneingeschränkten Wettbewerbs verwendet und das Abkommen Schweiz-EU darauf abstellt, ob andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Tätigkeiten «in demselben geografischen Gebiet zu den im Wesentlichen gleichen Bedingungen» anzubieten, wird hier in Übereinstimmung mit dem kartellrechtlichen Vokabular der «wirksame Wettbewerb» verwendet. Sind Sektorauftraggeber bei ihren Tätigkeiten dem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt, kann der Bundesrat Beschaffungen in diesem Markt ganz oder teilweise von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht befreien (sogenanntes Ausklinkverfahren). Das Ausklinkverfahren bei wirksamem Wettbewerb stand bisher nur für Auftraggeber nach Art. 4 Abs. 2 Bst. c^{bis} IVöB, die dem Geltungsbereich des Abkommens Schweiz-EU unterstellt sind, zur Verfügung. Mit Rücksicht auf die Anmerkung 2 zum Annex 3 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 wird das Ausklinkverfahren neu auf alle Sektorenmärkte erstreckt, soweit in diesen Sektorenmärkten wirksamer Wettbewerb herrscht. Dem InöB stehen Vorschlags- und Konsultationsrechte gegenüber dem Bundesrat zu. Schon nach geltendem Recht von der Unterstellung befreite Sektorenmärkte und darin tätige Auftraggeber bleiben befreit, ohne dass es eines neuen Ausklinkverfahrens bedarf.

Die Anforderungen an die Ausklinkung sind für staatliche Behörden und öffentliche Sektorenunternehmen gemäss Annex 3 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 auf der einen und für Auftraggeber nach Art. 3 des Abkommens Schweiz-EU auf der anderen Seite je gleich auszugestalten.

Die Befreiung von der Unterstellung tritt – hinsichtlich der Beschaffungen des Staatsvertragsbereichs – erst mit Abschluss des Verfahrens gemäss GPA 2012 ein. Dieses Verfahren sieht eine Notifikation der Vertragspartner sowie ein Einwendungs- und Konsultationsverfahren vor. Können Differenzen nicht einvernehmlich ausgeräumt werden, kann jede Vertragspartei des GPA ein spezielles Schiedsgericht anrufen.

Abs. 1

Ob wirksamer Wettbewerb besteht oder nicht, ist anhand von indikativen Kriterien zu entscheiden, die der Ausschuss der WTO für das öffentliche Beschaffungswesen festlegt.

Abs. 2

Wird auf Antrag eines Auftraggebers oder des InöB ein Tätigkeitsbereich nach Art. 4 Abs. 2 durch Verordnung des Bundesrates von der Unterstellung unter das BöB befreit, so gilt diese Befreiung auch für Beschaffungen, die dieser Vereinbarung unterstellt sind. Zudem gilt diese Befreiung auch für die anderen im entsprechenden Bereich tätigen Auftraggeber, selbst wenn sich diese Auftraggeber nicht am Verfahren beteiligt haben («erga omnes»-Wirkung). Der Bundesrat konsultiert vor seinem Entscheid die Wettbewerbskommission, das InöB und die betroffenen Wirtschaftskreise.

2. Abschnitt: Objektiver Geltungsbereich

Der Begriff des öffentlichen Auftrags (Art. 8) definiert den objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts. Gemäss GPA 2012 ist das Übereinkommen anwendbar auf öffentliche Beschaffungen

- von Waren, Dienstleistungen (einschliesslich Bauleistungen) oder einer Kombination von beiden;
- die nicht im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf erworben werden;
- durch vertragliche Mittel (d. h. nicht auf dem Weg der Verstaatlichung oder Enteignung);
- soweit diese Leistungen nicht nach den jeweiligen Länderanhängen vom Geltungsbereich ausgeschlossen sind und
- soweit ihr Wert den Schwellenwert nach den Länderanhängen erreicht.

Vom schweizerischen Binnenrecht werden auch Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs erfasst. Der Vereinbarung unterstellt sind damit beispielsweise auch Dienstleistungen und Bauleistungen, die nicht in den für die Schweiz massgeblichen Positivlisten im GPA 2012 aufgeführt sind, sowie sämtliche Beschaffungen (Lieferungen, Dienstleistungen, Bauleistungen) mit einem Auftragswert unterhalb der international festgelegten Schwellenwerte. Für diese Aufträge gilt eine Reihe von Besonderheiten: Zum einen steht mit dem Einladungsverfahren eine zusätzliche Verfahrensart zur Verfügung, zum anderen sind die Anforderungen bezüglich Fristen flexibler. Zudem sind ausländische Anbieter zu Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nur dann zugelassen, wenn ihr Sitzstaat Gegenrecht gewährt.

Der Einbezug weiterer Beschaffungsvorhaben in das binnenrechtliche Vergaberegime ist aus Gründen des Verfassungsrechts geboten. Insbesondere die Wirtschaftsfreiheit und das Gebot der Wettbewerbsneutralität (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) verlangen ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Art. 8 Öffentlicher Auftrag (teilweise neu)

Im Binnenrecht wurde bisher auf eine Definition des öffentlichen Auftrags verzichtet. Die Rechtsprechung hat fallweise Kriterien für die objektive Unterstellung formuliert. Dies führte zu einer Rechtsunsicherheit, die mit der vorliegenden Definition sowohl auf Stufe Bund als auch Kantone beseitigt werden soll.

Abs. 1

Der vergaberechtliche Begriff des öffentlichen Auftrags ist nicht deckungsgleich mit demjenigen des «Auftrags» im Obligationenrecht. Ein öffentlicher Auftrag ist ein Geschäft, mit dem sich ein der Vereinbarung unterstellter Auftraggeber gegen Bezahlung die Leistungen beschafft, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Die beschaffte Leistung muss es dem Auftraggeber ermöglichen oder erleichtern, eine ihm zugewiesene öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Auftraggeber im Sinn dieser Vereinbarung sind Verwaltungseinheiten, Behörden sowie Unternehmen, die eine Leistung beschaffen, eine bestimmte öffentliche Aufgabe übertragen oder gewisse Konzessionen verleihen (vgl. Art. 4 und 9).

Öffentliche Aufgaben sind all jene Aufgaben, die der Staat aufgrund eines Rechtssatzes wahrzunehmen hat. Sie reichen von polizeilichen Aufgaben bis zur Daseinsvorsorge und zum Umweltschutz. Demgegenüber fallen Aufgaben, die rein privaten Interessen dienen, nicht in den Geltungsbereich des Beschaffungsrechts.

Nur entgeltliche Verträge unterstehen der Vereinbarung. Allerdings ist es nicht erforderlich, dass die Gegenleistung regelmässig in Form von Geld erfolgt. Auch geldwerte Vorteile (wie die Möglichkeit, ein ausschliessliches Recht zu nutzen) fallen unter die Legaldefinition. Immer muss indessen ein Austauschverhältnis (Synallagma) vorliegen, in dem der Auftraggeber als Abnehmer der Leistung auftritt. Einseitige Verträge wie Schenkungen oder unvollkommen zweiseitige Verträge wie eine Gebrauchsleihe stellen keine öffentlichen Aufträge dar. Nicht erforderlich ist hingegen, dass Leistung und Gegenleistung direkt zwischen den gleichen Parteien ausgetauscht werden. Denkbar ist es sowohl, dass Dritte (und nicht der Auftraggeber) Empfänger der Leistung sind, als auch der umgekehrte Fall, dass das Entgelt des Anbieters nicht vom Auftraggeber, sondern von Dritten bezahlt wird.

Schliesslich kann nur dann von einem öffentlichen Auftrag gesprochen werden, wenn der Anbieter die charakteristische Leistung erbringt. Charakteristisch ist immer diejenige Leistung, die (mit Geld oder geldwerten Vorteilen) entgolten wird. Nicht erforderlich ist, dass der Auftraggeber die so beschaffte charakteristische Leistung auch selber nutzt. Die Nutzung durch Dritte (Begünstigte der staatlichen Aufgabe) ändert nichts an der Qualifikation als öffentlicher Auftrag.

Abs. 2

Öffentliche Aufträge nach dieser Vereinbarung dienen der Beschaffung von Bauleistungen, Lieferungen (Waren) und Dienstleistungen. Diese Gliederung, die auf die Verpflichtungslisten der Schweiz nach den internationalen Beschaffungsübereinkommen zurückgeht, wird bereits in der geltenden IVöB (Art. 6) verwendet.

Bei den Bauleistungen unterscheidet das kantonale Recht – im Gegensatz zum Bundesrecht – schon bisher zwischen Aufträgen des Bauhaupt- und des Baunebengewerbes. Für Letztere gelten weiterhin tiefere Schwellenwerte (vgl. Anhang 2). Unter das Bauhauptgewerbe fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Es betrifft namentlich folgende Auftragsarten: Hoch- und Tiefbau, Strassenbau (einschliesslich Belageeinbau), Aushub-, Bagger- und Traxarbeiten, Abbrucharbeiten sowie Spezialtiefbau (Pfählungen, Baugrubensicherungen, Ankerarbeiten usw.). Zum Bauhauptgewerbe können aber auch Zimmerei- oder Metallbauarbeiten gehören, sofern sie als Tragkonstruktion eines Gebäudes dienen. Alle übrigen Arbeiten fallen unter das Baunebengewerbe, so z. B. Maler-, Gipser-, Dachdecker-, Plattenleger-, Gärtner-, Schreiner-, Heizungs-, Klima-, Lüftungs-, Spenglerei-, Sanitär- oder Elektroinstallationsarbeiten, da diese nicht der Tragkonstruktion eines Bauwerks dienen.

Abs. 3

Unter gemischten Aufträgen sind öffentliche Aufträge zu verstehen, die sich aus verschiedenen Leistungen (Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen) zusammensetzen. Dies ist z. B. bei IT-Projektverträgen regelmässig der Fall. Werden in einem Auftrag Bau- und Dienstleistungen kombiniert, wie dies bei Total- oder Generalunternehmerverträgen vorkommt, ist der gesamte öffentliche Auftrag als Bauleistung zu qualifizieren. Die Zuordnung gemischter Aufträge ist für die Bestimmung des Schwellenwerts (vgl. Art. 16) relevant. Entsprechend der von der Rechtsprechung entwickelten Schwergewichtstheorie soll sich auch bei einem gemischten Auftrag die vergaberechtliche Natur des Gesamtgeschäfts nach den in finanzieller Hinsicht überwiegenden Leistungsteilen richten.

Art. 9 Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen (neu)

Im Gegensatz zu den «Baukonzessionen» – die namentlich in der EU und den EFTA-Staaten (ausser der Schweiz) sowie Korea unterstellt sind – werden sogenannte Dienstleistungskonzessionen weder vom GPA 1994 noch vom GPA 2012 erfasst. Nach der Legaldefinition in der Richtlinie 2014/23/EU ist eine Baukonzession ein entgeltlicher schriftlich geschlossener Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks oder in diesem Recht zuzüg-

lich einer Zahlung besteht. Als Beispiel sind der Bau und Betrieb von Tunneln, Autobahnabschnitten oder der Betrieb einer Autobahnraststätte durch private Anbietende zu erwähnen.

Entsprechend bezeichnet der Begriff der Dienstleistungskonzession einen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Diese Dienstleistung kann z. B. die Entsorgung bestimmter Abfälle oder den Betrieb eines öffentlichen Parkhauses umfassen.

Es besteht somit im Licht der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz keine Pflicht, die Vergabe von Konzessionen generell zu unterstellen. Falls die Schweiz eines Tages Baukonzessionen einführen sollte, müsste die Vergabe gegenüber den oben genannten Staaten sowie gewissen Partnern von Freihandelsabkommen Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung bilden (vgl. Annex 6 zum Anhangs I [Schweiz] des GPA 2012). Dienstleistungskonzessionen finden sich in der Schweiz bereits heute, auch wenn sich dieser Begriff nicht eingebürgert hat.

Die Konzessionen des schweizerischen Verwaltungsrechts sind vielgestaltig – die Konzession gibt es nicht. Die Unterstellung unter das Beschaffungsrecht erfolgt – wie bereits nach Art. 8 – immer dann, wenn die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe infrage steht. Der Begriff wird in der Vereinbarung in dem Sinn verwendet, dass ein privater Anbieter mit der Verleihung Rechte erhält, die ihm vorher nicht zustanden. Konzessionen, die nicht im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben stehen (z. B. Sondernutzungskonzessionen) oder die dem Bewerber kein Alleinstellungsmerkmal vermitteln, werden nicht erfasst. Für Kantone und Gemeinden gilt zwar eine Ausschreibepflicht nach dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM. Bei Monopolkonzessionen und Konzessionen öffentlicher Dienste bietet das Beschaffungsrecht mit seinem Fokus auf Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit jedoch nicht in allen Fällen den passenden Rahmen für die Konzessionsvergabe. Spezialgesetzliche Regeln gehen vor (z. B. Art. 3a und Art. 5 Abs. 1 StromVG; Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} WRG; auch kantonale Erlasse können als spezialgesetzliche Regelungen gelten).

Der Staat hat infolge beschränkter Ressourcen und Besinnung auf seine Kernkompetenzen öffentliche Aufgaben in verschiedenen Bereichen und auf allen Stufen (Bund, Kantone und Gemeinden) an private Anbieter ausgelagert. Aus der Sicht des Finanzhaushaltrechts und des diskriminierungsfreien Marktzutritts kann es keinen Unterschied machen, ob der Staat eine Leistung einkauft oder ihre Erfüllung unter Auslagerung des Betriebsrisikos einem Dritten überlässt. Beide Male ist sicherzustellen, dass die Erbringung der Leistung bzw. die Erfüllung der Aufgabe effizient er-

folgt und es allen qualifizierten Anbietern offensteht, sich für die Leistungserbringung zu bewerben. Bis anhin bestanden keine gesetzlichen Bestimmungen zum Verfahren für die Übertragung von öffentlichen Aufgaben.

Der Verweis auf «öffentliche Aufgaben» erfasst alle Bereiche, in denen der Staat eine Erfüllungsverantwortung trifft. Als Beispiele mögen Bereiche wie das Polizeiwesen, d. h. der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, sowie die Gesundheits- oder die Sozialpolitik dienen. Ist der Staat etwa von Gesetzes wegen gehalten, für die Entsorgung problematischer Abfälle zu sorgen, so kann er diese Aufgabe Dritten übertragen, sofern eine gesetzliche Grundlage dazu besteht. Eine solche Übertragung erfüllt grundsätzlich alle Begriffsmerkmale eines öffentlichen Auftrags. Lässt der Staat eine Aufgabe gestützt auf eine gesetzliche Grundlage durch Dritte erbringen, untersteht die Übertragung dieser staatlichen Aufgabe grundsätzlich dem Geltungsbereich des Beschaffungsrechts. Dies gilt unabhängig davon, ob die Finanzierung direkt durch den Auftraggeber oder aus Mitteln eines Fonds oder einer Versicherung erfolgt. Nach Art. 9 (letzter Satz) bleiben spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts vorbehalten. Dieser Vorbehalt ist nötig, weil die Anwendung der beschaffungsrechtlichen Bestimmungen nicht für jeden Fall einer Aufgabenübertragung sachgerecht ist. Beispielsweise ist für die Übertragung von Aufgaben im Bereich der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht oder für diejenige von Dienstleistungen mit Monopolcharakter manchmal der Empfänger im spezialgesetzlichen Erlass ausdrücklich bestimmt. Ein Wettbewerb findet diesfalls nicht statt.

Die Schwellenwerte der Anhänge 1 und 2 gelten bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben und bei der Verleihung von Konzessionen analog. Wie bei anderen öffentlichen Aufträgen ist anhand der charakteristischen Leistung des Anbieters die jeweilige Auftragsart (Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung) zu bestimmen. Gemischte Aufträge sind anhand des Schwergewichts zu unterstellen.

Art. 10 Ausnahmen

Diese Bestimmung sieht einen Katalog von Leistungen vor, die vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausgenommen sind. Es handelt sich dabei um eine abschliessende Aufzählung. Alle Ausnahmen sind bereits im Staatsvertragsrecht enthalten oder ergeben sich aus einem Vorbehalt der Schweiz anlässlich ihres Beitritts zum jeweiligen Übereinkommen.

Abs. 1

Bst. a: Der Grundsatz, dass die Beschaffung von Leistungen für den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf freigestellt ist, gilt nach Massgabe des revidierten GPA 2012 (Art. II Abs. 2 Bst. a [ii]) für alle Auftraggeber. «Gewerblicher Verkauf oder Wiederverkauf» bedeutet Veräusserung unter Wettbewerbsbedingungen. Kauft beispielsweise ein Verteilnetz-

betreiber Strom und liefert er diesen ausschliesslich an freie Endverbraucher, ist das Beschaffungsgeschäft freigestellt. Der Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt sorgt dafür, dass der Einkauf zu effizienten Bedingungen erfolgt.

Bst. b: Grundstücke sind Liegenschaften, die in das Grundbuch aufgenommenen selbstständigen und dauernden Rechte (z. B. das selbstständige Baurecht), Miteigentumsanteile an Grundstücken sowie Bergwerke (Art. 655 Abs. 2 ZGB). Bauten sind Gebäude oder Teile davon. Anlagen sind Infrastrukturbauten wie Strassen oder auch Mobilfunkantennen.

Bst. c: Dieser unechte Ausnahmetatbestand bezieht sich auf die Erteilung von Finanzhilfen. Diese geldwerten Vorteile dienen einzig der Förderung oder dem Erhalt einer vom Empfänger gewählten Aufgabe und sind vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausgenommen.

Bst. d: Unter diese Ausnahme fallen beispielsweise die Bewirtschaftung von öffentlichen Schulden sowie die Liquiditäts- und Fremdwährungsbewirtschaftung. Ebenfalls nicht der Vereinbarung unterstellt sind die Vermögensbewirtschaftung (und zwar für alle Anlageklassen wie Liquidität, Obligationen, Aktien, Immobilien, Fondsanteile, strukturierte Produkte und Derivate, alternative Anlagen sowie weitere Anlageklassen) sowie die Beschaffung von Dienstleistungen in diesem Zusammenhang. Dies gilt unabhängig davon, wer für die Vermögensbewirtschaftung zuständig ist oder einen entsprechenden Auftrag erteilt. Zu denken ist insbesondere an die Vermögensbewirtschaftung durch Organe der ersten und zweiten Säule.

Bst. e: Dieser Ausnahmetatbestand entspricht dem heutigen Art. 10 Abs. 1 Bst. a IVöB.

Die Kantone haben eine unterschiedliche Praxis bei den arbeitsmarktlichen Massnahmen. So schreiben bisher die Westschweizer Kantone solche Massnahmen grundsätzlich nicht aus, während mehrere Deutschschweizer Kantone eine Ausschreibungspflicht kennen.

Das Ergebnis der Umfrage vom Sommer 2019 bei den Kantonen hat gezeigt, dass es sehr schwierig ist, hier eine einheitliche Lösung zu finden. Die einzelnen Kantone bestehen auf ihre unterschiedlich gelebte Praxis und wollen diese beibehalten. Das politische Steuerungsgremium hat deshalb vorgeschlagen, dass diese Ausnahme (gleich wie der Bund) in der IVöB aufgenommen werden soll, die Kantone aber bei dieser Bestimmung die Möglichkeit haben sollen, im Rahmen kantonaler Ausführungsbestimmungen eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht festzulegen (vgl. dazu Art. 63 Abs. 4). Das InöB hat diesem Vorschlag zugestimmt, sodass die Kantone die freie Wahl haben.

Im Kanton Zürich werden die arbeitsmarktlichen Massnahmen bisher grundsätzlich ausgeschrieben. Der Regierungsrat sieht keinen Grund für eine Änderung dieser Praxis. Die generelle Ausnahme von Aufträgen an Institutionen der Arbeitsintegration lässt sich sachlich nicht begründen und

stünde im Widerspruch zum Wirtschaftlichkeits- und Transparenzgedanken (vgl. Erläuterungen zu § 2 BeiG IVöB).

Bst. f: Auch in diesem Falle handelt es sich um eine unechte Ausnahme. Stellt ein öffentlicher Auftraggeber Personal ein, handelt es sich nicht um einen öffentlichen Auftrag. Dies gilt auch für Arbeitsverhältnisse, die dem Obligationenrecht unterstehen. Wird aber zum Erbringen der Leistungen Personal im Sinne des Personalverleihs beigezogen, ist dies der Vereinbarung grundsätzlich unterstellt. Da der Personalverleih nicht durch die in Annex 5 von Anhang I des GPA 2012 aufgeführten Dienstleistungskategorien erfasst wird, fällt er zwar nicht in den Staatsvertragsbereich, ist aber nach den Bestimmungen über die Vergabe von Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs zu behandeln.

Bst. g: Für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und der Gemeinden sind die Kantone zuständig, es gilt mithin kantonales Recht. Das Bundesgericht hat einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zwar geschützt, wonach die Aargauische Pensionskasse (APK) dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sei. Dabei prüfte das Bundesgericht im konkreten Fall, ob die Voraussetzungen einer sogenannten Einrichtung des öffentlichen Rechts gemäss GPA 1994 Anhang I Annex 2 und damit Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB erfüllt waren. Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht die Unterstellung der APK unter den subjektiven Geltungsbereich des GPA und liess diese Frage bei der IVöB offen. Es bestätigte jedoch eine Ausschreibungspflicht aufgrund des weitergefassten kantonalen Beschaffungsrechts. Somit war allein das kantonale Recht (§ 5 Abs. 1 Bst. a des kantonalen Submissionsdekrets des Kantons Aargau) massgebend für die Unterstellung der APK.

Abs. 2

In dieser Bestimmung werden vier Fälle nicht unterstellter Beschaffungen behandelt:

- Monopole,
- Instate-Beschaffungen,
- Inhouse-Beschaffungen und
- Quasi-Inhouse-Beschaffungen.

Bst. a: Nach dem GPA 2012 ist die Beschaffung von Lieferungen und Dienstleistungen ausgenommen, wenn diese nur von einem einzigen Anbieter, der über ein ausschliessliches Recht (Monopol) verfügt, erbracht werden können. Als Beispiel mag die Beschaffung von Trinkwasser dienen.

Bst. b: Die «Instate»-Ausnahme bedeutet, dass die Beschaffung eines Auftraggebers bei einem anderen (unterstellten) Auftraggeber (unabhängig davon, ob von derselben oder einer anderen Staatsebene, d. h. Bund, Kanton oder Gemeinde) nicht öffentlich ausgeschrieben werden muss. Der

zweite Satzteil macht deutlich, dass die Ausnahme dort nicht greift, wo ein Anbieter, der gleichzeitig Auftraggeber ist, Leistungen im Wettbewerb mit privaten Dritten erbringt.

Die «Instate»-Ausnahme setzt regelmässig voraus, dass am potenziellen Anbieter keine Privaten beteiligt sind. Keine Rolle spielt hingegen, ob der Auftraggeber, der die Leistung erbringen soll, dem Beschaffungsrecht am Ort seines Sitzes oder dem kantonalen Recht unterstellt ist. Voraussetzung für den Wegfall der Ausschreibungspflicht ist, dass der Wettbewerb nicht verfälscht wird. Entsprechend gibt es beispielsweise keinen Freipass für Auftraggeber, generell und ohne Ausschreibung einer Institution des ETH-Bereichs oder kantonalen Universitäten Aufträge für Gutachten oder Produktprüfungen zu erteilen, soweit diese Leistungen durch die Hochschulen (auch) im Wettbewerb mit privaten Anbietern zugunsten von Dritten erbracht werden. Die Beurteilung, ob eine Leistung tatsächlich im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbracht wird, ist im Einzelfall vorzunehmen.

Zu «Instate»-Beschaffungen kommt es beispielsweise bei Zusammenarbeitsvorhaben verschiedener öffentlicher Auftraggeber (z. B. in Zweckverbänden), wenn jeder Auftraggeber einen Beitrag zum gemeinsamen Projekt leistet.

Bst. c: Eine «Beschaffung» erfolgt dann «inhouse», wenn die Leistung durch eigene Ressourcen des Auftraggebers erbracht wird, dieser somit auf den Beizug Dritter verzichtet («make or buy»-Entscheid). Derartige Aufträge fallen nicht unter das Beschaffungsrecht. Bst. c unterscheidet sich von den Ausnahmen der Bst. b und d dadurch, dass die Leistung verwaltungsintern erbracht wird, der Auftraggeber und Leistungserbringer mithin ein- und derselben rechtlichen Einheit zugehören.

Bst. d: Schwieriger waren in der Vergangenheit Leistungen zu beurteilen, die von ausgelagerten, unter öffentlichem Einfluss stehenden Anbietern erbracht wurden («Quasi-Inhouse»). Für solche Konstellationen hat die Lehre eine Übernahme der vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) entwickelten Kriterien empfohlen. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung ist der «Teckal»-Entscheid. Bst. d kodifiziert die wesentlichen Voraussetzungen und Entscheidungsgründe dieser Praxis, die vom EuGH in einer Reihe von Entscheiden weiterentwickelt wurde. Allerdings erfolgt hier eine autonome, GPA-konforme und nicht notwendigerweise dynamische Kodifikation der Teckal-Praxis. Die weiteren Entwicklungen der EU-Rechtsprechung sind somit für die Auslegung von Bst. d nicht bindend, sollen aber nicht vernachlässigt werden.

Dass ein Anbieter im Wesentlichen für einen (Sektoren-)Auftraggeber tätig ist, kann angenommen werden, wenn er mindestens 80% der Leistungen in einem bestimmten Markt für diesen Auftraggeber erbringt.

Abs. 3

Diese Regelung entspricht im Wesentlichen dem geltenden Recht (Art. 10 Abs. 2 IVöB). Der Wettbewerbsgedanke soll vor übergeordneten Zielen wie dem Schutz des Lebens oder der öffentlichen Sicherheit zurücktreten. In Übereinstimmung mit Artikel III GPA 2012 werden verschiedene Ausnahmetatbestände aufgelistet. Fällt eine Beschaffung unter eine dieser Ausnahmen, findet die Vereinbarung insgesamt keine Anwendung.

Bst. a: Die weitestgehende Ausnahme betrifft (ähnlich wie heute Art. 10 Abs. 2 Bst. a IVöB) die Aufrechterhaltung der inneren und äusseren Sicherheit sowie der öffentlichen Ordnung. Dies betrifft nicht nur die Beschaffung von Kriegsmaterial, sondern auch von anderen (militärischen oder zivilen) Leistungen, die sicherheitskritisch sind, wie beispielsweise die staatliche Kommunikationsinfrastruktur. Entsprechend haben auch die Kantone den Kauf von Waffen und Munition für die kantonalen und kommunalen Polizeikorps nicht öffentlich auszuschreiben. Beschaffungen sind nicht nur dann ausgenommen, wenn ihre Ausschreibung die öffentliche Sicherheit gefährden würde, sondern auch dann, wenn die Leistungen als solche sicherheitskritisch sind. Wegen fehlender praktischer Relevanz wird der Schutz der «Sittlichkeit» im Ausnahmetatbestand nicht mehr erwähnt.

Bst. b und c: Neben den polizeilichen Schutzinteressen werden auch der Schutz der Umwelt, der Tier- und Pflanzenwelt sowie private Rechtspositionen (Schutz der Immaterialgüterrechte) erwähnt, die dem Beschaffungsrecht vorgehen. Bei diesen Schutzgütern ist jedes Mal im Sinne der Erforderlichkeit zu klären, ob allenfalls mildere, den Anbieterwettbewerb weniger stark einschränkende Mittel zur Verfügung stehen.

3. Kapitel: Allgemeine Grundsätze

Art. 11 Verfahrensgrundsätze (teilweise neu)

Jede Beschaffung kann unterschiedliche Anforderungen an das Beschaffungsverfahren stellen. Die Vorlage lässt hinreichend Spielraum, um die Gestaltung des Verfahrens an den spezifischen Beschaffungsgegenstand und an die Verhältnisse auf dem massgeblichen Markt anzupassen. Der Perimeter dieser Gestaltungsfreiheit wird von den Verfahrensgrundsätzen begrenzt. Diese Grundsätze bestimmen und leiten die Entscheide der Auftraggeber in jeder Phase der Ausschreibung.

Die Verfahrensgrundsätze sind untereinander gleichwertig. Die Reihenfolge der Aufzählung bedeutet keine Prioritätsordnung. Vielmehr sind die Grundsätze insgesamt zu beachten. Konflikte sind durch eine Interessenabwägung zu lösen.

Bst. a: Von den allgemeinen Zielen im Zweckartikel sind die Grundsätze des Verfahrens zu unterscheiden. Während Art. 2 die Ziele und den Zweck des Beschaffungsrechts generell festhält, befasst sich Art. 11 mit den Anforderungen an das Vergabeverfahren. Diese Grundsätze – Transparenz, Objektivität und Unparteilichkeit – stehen im Dienst der übergeordneten Ziele.

Bst. b: Korrupte Praktiken stehen nicht nur im Widerspruch zu den Grundprinzipien des Beschaffungsrechts, sie verursachen auch erhebliche volkswirtschaftliche Kosten. Gemäss einer Medienmitteilung der Europäischen Kommission vom 6. Juni 2011 werden allein in den Ländern der EU die durch Korruption entstandenen Kosten auf rund 120 Mrd. Euro pro Jahr veranschlagt. Die Vermeidung von Korruption und Interessenkonflikten stellt eines der Kernanliegen der GPA-Revision dar.

Grundlage der internationalen Bemühungen zur Korruptionsbekämpfung bildet das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption, das am 24. Oktober 2009 für die Schweiz in Kraft trat. Art. 9 des Übereinkommens betrifft das öffentliche Beschaffungswesen. Demgemäss soll jeder Vertragsstaat die erforderlichen Massnahmen treffen, um geeignete Systeme für das Beschaffungswesen einzurichten, die auf Transparenz, Wettbewerb und objektiven Entscheidungskriterien beruhen und unter anderem bei der Verhütung von Korruption wirksam sind.

Das Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17. Dezember 1997 (OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung, SR 0.311.21) steht für die Schweiz bereits seit dem 30. Juli 2000 in Kraft. Sie verpflichtet dazu, die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr unter Strafe zu stellen. Zudem hat die OECD-Antikorruptionsarbeitsgruppe im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eine Empfehlung zur Korruptionsprävention erlassen, wonach einem Anbieter der Zugang zu öffentlichen Beschaffungsverfahren in der Schweiz verwehrt bleiben soll, wenn er der Korruption im In- oder Ausland überführt wurde. Gestützt darauf ist vorgesehen, dass ein Auftraggeber einen der Korruption überführten Anbieter aus einem Beschaffungsverfahren ausschliesst, aus einem Verzeichnis streichen oder den Zuschlag an diesen widerrufen kann (Art. 44 Abs. 1 Bst. e). In schwerwiegenden Fällen stehen die Sanktionsmöglichkeiten nach Art. 45 Abs. 1 zur Verfügung.

Bst. c: Das Gebot der Gleichbehandlung von in- und ausländischen Anbietern gilt (unter dem Vorbehalt von Art. 6 Abs. 3 des Abkommens Schweiz-EU) nur im Staatsvertragsbereich. Zum einen sind ausländische Anbieter gleich zu behandeln wie inländische (und umgekehrt), zum anderen muss auch die Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Anbieter unter sich gewährleistet sein. Der Grundsatz der Inländerbehandlung schliesst eine Vergabe aufgrund protektionistischer Motive aus. In der Regel ist es

z. B. nicht zulässig, die Herkunft eines gewissen Produkts oder die Tatsache, dass der Sitz eines Anbieters in der Nähe liegt oder ein Anbieter eine gewisse wirtschaftliche und fiskalische Bedeutung für eine Region hat, beim Zuschlag zu berücksichtigen. Das Gleichbehandlungsgebot geht über die Gleichstellung inländischer und ausländischer Anbieter sowie die Vermeidung von Protektionismus hinaus. So ist z. B. auch zu vermeiden, dass ein Anbieter einen Informationsvorsprung gegenüber den anderen erlangt; lässt sich dies nicht vermeiden, ist der Informationsvorsprung möglichst auszugleichen (Art. 14 Abs. 1). Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist etwa auch dann verletzt, wenn ein Auftraggeber einzig einem Anbieter die Gelegenheit bietet, sein Angebot anzupassen.

Bst. d: «Abgebotsrunden» sind Verhandlungen mit dem einzigen Zweck, den Angebotspreis zu senken. Der Verzicht auf Preisverhandlungen entspricht auch einer anlässlich der Vernehmlassung vielfach von Wirtschaftsverbänden geäusserten Forderung. Nach interkantonalem Recht gilt bereits heute ein Verbot von Abgebotsrunden gemäss Art. 11 IVöB. Dieses Verbot ist unter anderem durch die Befürchtung motiviert, dass Anbieter im Hinblick auf Preisverhandlungen Margen in ihre Angebote einbauen, die sie später wieder preisgeben. Um solche Vorgehensweisen zu verhindern und maximale Transparenz zu sichern, sieht auch die IVöB 2019 von Abgebotsrunden ab. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Preisanpassungen schlechthin ausgeschlossen sind. So kann es im Rahmen der Angebotsbereinigung (Art. 39) oder bei speziellen Verfahren wie dem Dialog (Art. 24) vorkommen, dass der Leistungsgegenstand untergeordnete Modifikationen erfährt. In solchen Fällen ist in der Regel auch eine neue Preisofferte angezeigt, um dem Wirtschaftlichkeitsgebot Nachachtung zu verschaffen. Zudem können Preisanpassungen bei den Verhandlungen einer Offerte im freihändigen Verfahren (Art. 21 Abs. 1) oder im Rahmen einer elektronischen Auktion (Art. 23) erfolgen.

Bst. e: Anbieter haben Anspruch auf Schutz ihrer Daten und Geschäftsgeheimnisse. Werden diese Daten nicht konsequent geschützt, kann sich kein funktionierender Anbieterwettbewerb einstellen. Mangelnde Transparenz kann zu Korruption und Misswirtschaft führen, hingegen kann zu grosse Transparenz abgestimmte Verhaltensweisen begünstigen und sich antikompetitiv auswirken. Zudem besteht die Gefahr, dass sich Anbieter nicht mehr an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, wenn sie befürchten müssen, dass ihre Angebote Dritten (wie Konkurrenzunternehmen oder Medienschaffenden) zugänglich sein könnten. Daher schützt die Vertraulichkeit nicht nur private Interessen der Anbieter, sondern auch die Funktionsfähigkeit des Beschaffungsverfahrens.

Art. 12 Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts (teilweise neu; § 8 SVO)

Während Sozialstandards auf der einen und die Grundsätze der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung auf der anderen Seite in einem Spannungsverhältnis stehen, hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die Einhaltung minimaler Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung zwischen Frau und Mann in Bezug auf den Lohn für einen funktionierenden Wettbewerb unverzichtbar sind. Im Inland sind insbesondere die zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts sowie die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11) und seiner Ausführungsverordnungen sowie das Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995 (GIG, SR 151.1) zu befolgen. Darüber hinaus sind auch die Bestimmungen von Gesamt- und Normalarbeitsverträgen sowie, wo solche Instrumente fehlen, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten. Das missbräuchliche Unterbieten der Arbeitsbedingungen, die Verletzung der massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und die ungleiche Behandlung zwischen Frau und Mann in Bezug auf den Lohn können zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen.

Abs. 1

Abs. 1 statuiert eine besondere Form der Inländerbehandlung, indem für alle in der Schweiz zu erbringenden Leistungen die schweizerischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen zu respektieren sind. Ausländische Anbieter werden damit gleich wie ihre inländischen Konkurrenten behandelt. Während somit ausländische Anbieter, die eine Leistung in der Schweiz erbringen, immer die am Leistungsort geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen respektieren müssen, werden die Anbieter mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz wie bisher diejenigen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten müssen, die an ihrem Sitz- oder Niederlassungsort Geltung haben (Herkunftsortsprinzip gemäss BGBM). Auf diese Weise wird der administrative Aufwand für schweizweit tätige Anbieter verringert, indem sie nicht je nach Auftragsort unterschiedliche Arbeitsbedingungen anwenden müssen.

Abs. 2

Das Leistungsortsprinzip gilt ohne Einschränkung, wenn eine Leistung im Ausland erbracht wird. Die Einhaltung minimaler Arbeits- und Sozialstandards hat aufgrund von Missständen in Produktionsbetrieben in den vergangenen Jahren Beachtung gefunden. Während sich das GPA 2012 nicht ausdrücklich mit dieser Frage befasst, gehört die Berücksichtigung minimaler Arbeitsstandards schon lange zum Acquis sowohl der Schweiz als auch der EU. Bereits heute entspricht es der Praxis der Kantone und des Bundes, bei internationalen Vergaben die Einhaltung der ILO als Mindeststandard zu verlangen. Sofern das Recht am Leistungsort strenger ist, ist dieses zu beachten.

Die acht Kernübereinkommen sind in Anhang 3 der Vorlage aufgelistet. Eine grosse Mehrheit der 185 ILO-Vertragsstaaten, einschliesslich der Schweiz, hat sämtliche ILO-Kernübereinkommen ratifiziert. Weiter sind gemäss der ILO-Erklärung von 1998 über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit alle Mitgliedstaaten verpflichtet, allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der ILO die grundlegenden Rechte, die Gegenstand der acht Kernübereinkommen sind, in gutem Glauben und gemäss der Verfassung einzuhalten, zu fördern und zu verwirklichen.

In Bezug auf die Anbieter aus EU-/EFTA-Staaten gilt das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten anderseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA, SR 0.142.112.681). Es nimmt auf die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen Bezug.

Art. 2 des Entsendegesetzes vom 8. Oktober 1999 (EntsG, SR 823.20) schreibt vor, dass die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Art. 360a OR in den folgenden Bereichen vorgeschrieben sind:

- minimale Entlohnung einschliesslich Zuschlägen;
- Arbeits- und Ruhezeit;
- Mindestdauer der Ferien;
- Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz;
- Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;
- Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn.

Abs. 4

Die Schutzbestimmungen nach Abs. 1–3 sind auch von allen Subunternehmern einzuhalten und in die Vereinbarungen zwischen den Anbietern und Subunternehmern aufzunehmen (vgl. § 8 Abs. 1 SVO). Zulieferer von Grundstoffen, Vermieter der Produktionsstätten, Anbieter allgemeiner Serviceleistungen für den Geschäftsbetrieb und anderes mehr, die keinen relevanten Beitrag zur Auftragserfüllung leisten, sind keine Subunternehmer. Die Kontrollen nach Abs. 4 können über die Anbieter oder direkt bei den Subunternehmern erfolgen. Im Baugewerbe trägt der Erstunternehmer nach Art. 5 EntsG eine subsidiäre solidarische Haftung für seine Subunternehmer. Dies gilt nicht nur bei entsandten Arbeitnehmern.

Abs. 5

Der Auftraggeber kann die Einhaltung der Anforderungen entweder selber kontrollieren oder durch geeignete Dritte kontrollieren lassen. Auf Verlangen haben Anbieter nachzuweisen, dass sie und ihre Subunterneh-

mer die massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn einhalten. Alternativ kann der Auftraggeber auch auf anerkannte Zertifizierungssysteme oder Berufsregister zurückgreifen. Als Beispiel sei das Berufsregister für die Branchen Maler und Gipser, Gerüstbau, Decken- und Innenausbau sowie Plattenleger hingewiesen: Dieses stellt Anbietern auf ihr Gesuch hin Bestätigungen hinsichtlich ihrer Konformität mit den Gesamtarbeitsverträgen zuhanden der Beschaffungsstellen aus.

Abs. 5 umfasst auch die Einhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten gemäss dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 gegen die Schwarzarbeit (BGSA, SR 822.41), insbesondere im Bereich des Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellensteuerrechts. Dies ist notwendig, weil die Schwarzarbeit neu einen Tatbestand für den Ausschluss, das Streichen aus einem Verzeichnis und den Widerruf (Art. 44 Abs. 2 Bst. g) sowie für Sanktionen (Art. 45 Abs. 1) darstellt. Folglich muss der Auftraggeber die Einhaltung dieser Pflichten kontrollieren lassen können.

Die Sicherstellung und die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen können während des Beschaffungsverfahrens sowie nach Vertragsschluss stattfinden. Letzteres ist besonders angezeigt im Fall von wechselnden Lieferketten wie z. B. in der Textilindustrie. Durch geeignete Abreden in den Beschaffungsverträgen, insbesondere durch Konventionalstrafen, wird die Möglichkeit geschaffen, abweichendes Verhalten zu sanktionieren.

Abs. 6

Der Informationsaustausch zwischen dem Auftraggeber und den verschiedenen Kontrollorganen des Arbeitsmarkts sowie den spezialgesetzlichen Behörden wird in Abs. 6 geregelt. Damit der Auftraggeber die in Art. 45 vorgesehenen Sanktionen anwenden kann, muss er mit den zuständigen Organen und Behörden die notwendigen Informationen austauschen können, z. B. über das Vorliegen eines Verstosses gegen die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen. Kontrollorgane sind insbesondere:

- Kontrollorgane gemäss Art. 4 BGSA,
- Behörden nach Art. 11 BGSA, insbesondere in den Bereichen Sozialversicherungs-, Quellensteuer- und Ausländerrecht,
- Paritätische Vollzugsorgane im Sinn von Art. 3 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311),
- Tripartite Kommissionen im Sinn von Art. 360b OR,
- Kantonale Vollzugsbehörden im Sinn von Art. 41 ArG,
- Durchführungsorgane im Sinn von Art. 85 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG, SR 832.20) sowie
- Gleichstellungsbüros.

Art. 13 Ausstand (neu)

Abs. 1

Anbieter haben Anspruch auf die Beurteilung ihrer Angebote durch eine unabhängige Instanz. Die Ausstandsregeln des allgemeinen Verfahrensrechts gelten auch für die Auftraggeber im öffentlichen Beschaffungswesen. Gleichzeitig ist zu verhindern, dass die Anforderungen überspannt werden. Die Praxis zur Unabhängigkeit des verfassungsmässigen Richters kann nicht ohne Weiteres auf den Beschaffungsvorgang übertragen werden. So lassen sich etwa personelle Wechsel zwischen Anbietern und Auftraggebern nicht ausschliessen. Die Unabhängigkeit ist nicht abstrakt, sondern immer vor dem Hintergrund der Aufgaben und Funktionen des Beschaffungsrechts zu beurteilen.

Ausstandsbegründende Umstände liegen umso eher vor, je intensiver und aktueller die Beziehungsnähe ist. Kontakte von Vertretern des Auftraggebers zu Lieferanten im Rahmen bestehender Vertragsbeziehungen oder bei einer Marktabklärung im Vorfeld einer Beschaffung erreichen diese Intensität in der Regel nicht.

Ein blosser Anschein der Befangenheit ist nicht ausreichend, sondern die Befangenheit muss sich konkret auf den Beschaffungsvorgang auswirken. Ist es beispielsweise erstellt, dass ein befangener Mitarbeiter bei der Evaluation der Angebote freiwillig in den Ausstand trat, oder ist sein Beitrag im Rahmen des Beschaffungsvorgangs nicht kausal für den Zuschlagsentscheid, wäre eine Wiederholung des gesamten Verfahrens unverhältnismässig und mit den Zielen des Beschaffungsrechts nicht vereinbar.

Abs. 2 und 3

Mit einer Befangenheitsrüge darf nicht bis zum Zuschlag zugewartet werden. Vielmehr muss ein Anbieter dieses Begehren vorbringen, sobald er Kenntnis von Tatsachen erlangt, die eine Befangenheit als wahrscheinlich erscheinen lassen. Der Auftraggeber entscheidet über das Begehren durch einen Zwischenentscheid, wobei die als befangen gerügte Person bei diesem Entscheid nicht mitwirkt. Der Grundsatz, wonach ein Anbieter angebliche Unregelmässigkeiten unmittelbar nach verlässlicher Kenntnisnahme rügen muss, gilt für das gesamte Vergabeverfahren. Ein Anbieter kann daher auch bei anderen Rechtsverstössen nicht mit einer Rüge zuwarten, bis der Zuschlag an einen Mitbewerber erfolgt. Vielmehr trifft ihn eine unmittelbare Rügeobliegenheit, deren Missachtung zum Verlust des Beschwerderechts führen kann.

Abs. 4

Diese Bestimmung schafft Transparenz für die Spielregeln bei Wettbewerben und Studienaufträgen. Sie entspricht auch den Regelungen nach den SIA-Standards (SIA 142/3).

Art. 14 Vorbefassung (§ 9 SVO)

Abs. 1

Die Regelung der Vorbefassung findet ihre Grundlage im Gleichbehandlungsgebot sowie im Gebot der Wettbewerbsförderung und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel. Nach der Praxis des Bundesgerichts liegt eine Vorbefassung dann vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Beschaffungsverfahrens mitgewirkt hat, beispielsweise durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren des Auftraggebers über bestimmte technische Spezifikationen der zu beschaffenden Leistungen.

Nur eine qualifizierte Vorbefassung kann zum Verbot der Teilnahme am Beschaffungsverfahren führen. Diese Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig ist, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorberefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern zwecks Herstellung von Transparenz offengelegt sowie ausgeglichen wird.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtet den Auftraggeber, keinem Anbieter Vorteile einzuräumen, die dessen Konkurrenten nicht erhalten. Wird der durch die Vorbefassung entstandene Wettbewerbsvorteil ausgeglichen, darf der Auftraggeber auf den Ausschluss des vorberefassten Anbieters verzichten. Es liegt im Ermessen des Auftraggebers zu entscheiden, ob er im konkreten Einzelfall hinreichend Zeit und die notwendigen Mittel hat, den durch die Vorbefassung entstandenen Wettbewerbsvorteil auszugleichen. Gleicht der Auftraggeber den Wettbewerbsvorteil eines vorberefassten Anbieters nicht aus, muss dieser vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.

Abs. 2

Eine Vorbefassung einzelner Anbieter lässt sich nicht immer vermeiden. Massgebend ist in diesem Zusammenhang, dass der Auftraggeber die speziellen Kenntnisse des vorberefassten Anbieters auch den anderen Anbietern zugänglich macht, um so die Chancengleichheit zu wahren. Was regelmässig vorkommt, jedoch nicht eine Vorbefassung im beschaffungsrechtlichen Sinn darstellt, sind beispielsweise Daueraufträge, die periodisch neu ausgeschrieben werden. Dort bringt es die Natur der Sache mit sich, dass ein bereits mit den Leistungen befasster Anbieter über einen Informationsvorsprung verfügt. Es widerspräche dem Gleichbehandlungsprinzip, den bisherigen Leistungserbringer generell von periodisch neu auszuschreibenden Leistungen auszuschliessen. Es empfiehlt sich jedoch auch hier, den Informationsvorsprung nach Möglichkeit durch eine Dokumentation der erbrachten Leistungen und der Erfahrungen des bisherigen Anbieters auszugleichen.

Abs. 3

Eine öffentliche Ausschreibung dient der Beschaffung von Leistungen, nicht der Marktklärung. Der Auftraggeber ist gehalten, sich vor der Ausschreibung ein Bild über die auf dem Markt angebotenen Lösungen zu verschaffen. Zu diesem Zweck kann es erforderlich sein, eine Marktklärung durchzuführen oder durch einen unabhängigen Dritten durchführen zu lassen. Solange die Ergebnisse der Marktklärung mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt werden, führen Marktklärungen nicht zur Vorbefassung der im Vorfeld der Ausschreibung kontaktierten Anbieter. Wenn dadurch der Wissensvorsprung des mit der Abklärung betrauten Dritten ausgeglichen werden kann und der Dritte in den Ausschreibungsunterlagen genannt wird, führt dies auch nicht zur Vorbefassung dieses Dritten. Das gilt insbesondere auch für den Fall, dass ansonsten aus objektiven Gründen kein Restwettbewerb besteht.

Art. 15 Bestimmung des Auftragswerts (§§ 2 und 4 SVO)

Der Auftragswert ist für die Wahl des zulässigen Verfahrens von Bedeutung. Für die verschiedenen Auftragsarten gelten je verschiedene Schwellenwerte (Art. 16).

Abs. 1

Ob der massgebende Schwellenwert aufgrund der gesicherten oder antizipierten Inhalte und Mengengerüste des Beschaffungsgegenstands erreicht wird oder nicht, beurteilt sich nach einer pflichtgemässen Schätzung des Auftraggebers, die auf eigenen Kenntnissen und spezifischen Marktklärungen beruht. Stellt sich nach Eingang der Angebote heraus, dass ein höherstufiges Verfahren hätte angewendet werden müssen (z. B. offenes anstatt Einladungs- oder freihändiges Verfahren), ist das Verfahren unter Umständen abzubrechen. Liegen die Angebote umgekehrt unter den Schwellenwerten für das gewählte Verfahren, ist dieses unterschiedslos zu Ende zu führen.

Abs. 2

Bei mehreren gleichartigen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen und insbesondere bei Aufteilungen in Lose bestimmt sich der Auftragswert nach dem kumulierten Gesamtwert, da ein öffentlicher Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt werden darf, die Anwendbarkeit dieser Vereinbarung zu umgehen. Massgebend ist der Bedarfshorizont des Auftraggebers. Was nach Massgabe des konkreten Bedarfs zusammengehört, ist zusammenzurechnen. Die Qualität und Vollständigkeit der sachgerechten Planung und Erhebung des (Gesamt-)Bedarfs hat der qualifizierten Sorgfaltspflicht einer Fachperson im Bereich des Beschaffungsgegenstands zu genügen. Es bildet ein Kernstück des Beschaffungsrechts. Eine unzulässige Aufteilung setzt nicht eine rechtswidrige Absicht des öffentlichen Auftraggebers voraus. Die objektive Folge, dass im Ergebnis die Schwellenwerte unterlaufen werden, ist ausreichend.

Abs. 3

Massgebend ist jeweils die Gesamtheit der ausgeschriebenen Leistungen und Vergütungen, sofern zwischen diesen ein enger rechtlicher oder sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher liegt z. B. vor, wenn die Leistungen vernünftigerweise im Geschäftsverkehr nicht unabhängig voneinander beschafft werden, insbesondere, wenn sie demselben Zweck dienen, von derselben Person erbracht werden sollen oder wenn die Aufteilung der Verantwortlichkeiten unerwünscht ist. Neben Verlängerungsoptionen sind auch mengenmässige Optionen in die Bestimmung des Auftragswerts einzubeziehen.

Abs. 4

Bei Dauerverträgen ist vorab zu unterscheiden, ob eine bestimmte oder unbestimmte Laufzeit vereinbart wird. Der Auftragswert von Verträgen mit fester Laufzeit entspricht der kumulierten Vergütung während der vereinbarten Vertragsdauer, auch wenn eine vorzeitige Kündigung unter Umständen vertraglich vorbehalten wird. Der Auftraggeber soll nur in Ausnahmefällen eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren vereinbaren und hat die Ausnahme zu begründen. Es handelt sich hierbei um eine rein interne Anweisung, die nicht justiziabel ist. Verträge über längere Zeiträume sind insbesondere dann verhältnismässig, wenn betriebswirtschaftliche Gründe, wie das Bedürfnis nach Investitionsschutz oder die Berücksichtigung von Produktlebenszyklen eine längere Dauer und damit eine massvolle Beschränkung des Marktzugangs rechtfertigen. So erfordern z. B. die Wartung und der Betrieb von IT-Systemen, die aus Gründen der Wirtschaftlichkeit oft über eine lange Zeit abgeschrieben werden, längerfristige Dauerverträge. Ob eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren und die damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkung während dieser Zeit gerechtfertigt erscheinen, gilt es, im Einzelfall zu prüfen. Der Leistungsgegenstand muss auf jeden Fall über die gesamte Vertragslaufzeit genügend konkret bestimmt sein.

Abs. 5

Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit ist die geschätzte monatliche Vergütung mit 48 zu multiplizieren. Grundsätzlich sind Verträge mit unbestimmter Laufzeit nicht so auszugestalten, dass andere Anbieter unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden. Daher empfiehlt sich, die vertraglich geregelten Leistungen nach Ablauf der unbestimmten Laufzeit, spätestens aber auf den Ablaufzeitpunkt hin von 48 Monaten neu zu vergeben. Festzuhalten bleibt, dass die Bestimmung keine Aufforderung zu Stückelung und jährlichen Bestellungen darstellt und Verträge mit unbestimmter Laufzeit aus beschaffungsrechtlicher Sicht nur mit Zurückhaltung geschlossen werden dürfen. Zudem ist der Auftragswert immer anhand des effektiven Bedarfshorizonts pflichtgemäss zu schätzen.

Abs. 6

Gewisse Leistungen werden vom Auftraggeber in gleicher Art und Menge periodisch immer wieder von neuem beschafft. Dies trifft z. B. auf die Lieferung von Kopierpapier, Reinigungsmitteln für den Gebäudeunterhalt, Heiz- und Betriebsstoffen, allgemeinen Verbrauchsmaterialien für die Verwaltung sowie Inserate in Medien für die Rekrutierung von Mitarbeitenden zu. Wird für diese Leistungen ein Dauervertrag geschlossen, finden die Bewertungsgrundsätze von Abs. 4 und 5 Anwendung. Erfolgen immer wieder von neuem einzelne Bestellungen (ohne Dauer- oder Rahmenvertrag), ist der Auftragswert nach Abs. 6 zu berechnen. Art. 15 entspricht im Wesentlichen der bisherigen Regelung gemäss VRöB bzw. §§ 2 und 4 SVO.

4. Kapitel: Vergabeverfahren

Art. 16 Schwellenwerte

Abs. 1 und 2

Die Schwellenwerte gemäss Anhängen 1 und 2 bestimmen in Abhängigkeit vom Auftragswert die Verfahrensart. Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte erfolgen nicht nach Ermessen des Auftraggebers. Auch das freihändige Verfahren ist regelbasiert und untersteht der Vereinbarung.

Die Schwellenwerte des Staatsvertragsbereichs sind in den Annexen 1, 2 und 3 zum Anhang I (Schweiz) zum GPA 2012, in Art. 3 Abs. 4 des Abkommens Schweiz-EU sowie in den Anhängen der marktzugangsrelevanten Abkommen mit Drittstaaten enthalten. Während es den Vertragsstaaten erlaubt ist, gegenüber ihren internationalen Verpflichtungen tiefere Schwellenwerte vorzusehen, dürfen sie ihre Schwellenwerte nicht über die staatsvertraglichen Vorgaben hinaus erhöhen.

Da die Schwellenwerte des GPA sowie der Freihandelsabkommen mit Drittstaaten in Sonderziehungsrechten (SZR) und die Schwellenwerte des Abkommens Schweiz-EU in Euro ausgedrückt sind, unterliegen die Werte in Schweizerfranken einer periodischen Anpassung. Massgebend für die Umrechnung ist die entsprechende Entscheidung des WTO-Ausschusses über das öffentliche Beschaffungswesen. Die Schwellenwerte werden periodisch den veränderten Wechselkursen angepasst.

Abs. 3 und 4

Im Baubereich gilt die sogenannte Bauwerkregel. Danach sind die geschätzten Auftragswerte eines bestimmten Vorhabens auch dann zusammenzuzählen, wenn sie ohne Verletzung des Zerstückelungsverbots einzeln ausgeschrieben werden könnten. Im Staatsvertragsbereich ist für die Ermittlung des Auftragswerts bei einem Bauwerk daher jeweils der Ge-

samtwert aller Bauleistungen (Hoch- und Tiefbau) massgebend. Bei Lieferungen und Dienstleistungen im Staatsvertragsbereich sowie bei sämtlichen Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist hingegen der jeweilige Wert der einzelnen Leistung entscheidend (wobei hier das Zerstückelungsverbot zu beachten ist, vgl. Abs. 5). Aus Praktikabilitätsgründen findet die Bauwerkregel eine Ausnahme in der sogenannten Bagatellklausel. Sie bedeutet eine Erleichterung für die Vergabe von Bauaufträgen, die je einzeln den Wert von 2 Mio. Franken nicht erreichen und zusammengerechnet 20% des Werts des gesamten Bauwerks nicht überschreiten. Die als Bagatellfälle ausgeschiedenen Einzelaufträge müssen in Bund und Kantonen nach den für deren (Einzel-)Auftragswert massgebenden Schwellenwerten behandelt werden (für die Kantone vgl. hierzu Art. 5 Abs. 2 BGBM und die Schwellenwerte gemäss Anhang 2).

Art. 17 Verfahrensarten

Wie bis anhin besteht auch künftig eine feste Anzahl zulässiger Verfahren: offenes und selektives Verfahren sowie Einladungs- und freihändiges Verfahren. Neubildungen oder Mischformen sind nicht erlaubt. Dies bedeutet indessen nicht, dass die Verfahrensarten nicht mit auftragspezifischen Elementen ergänzt werden dürfen. Grenze und Bedingung bildet der Grundsatz, dass jederzeit erkennbar bleiben muss, welches gesetzlich vorgesehene Verfahren zur Anwendung gelangt. Zudem müssen der Gesetzeszweck beachtet und die allgemeinen Verfahrensgrundsätze eingehalten werden.

Der Auftraggeber darf aus hinreichenden Gründen ein höherrangiges Verfahren wählen (d. h. offenes oder selektives Verfahren statt Einladungsverfahren; Einladungsverfahren statt freihändiges Verfahren, soweit der Sachverhalt dies zulässt), auch wenn die Vereinbarung nur eine einfachere Verfahrensform vorsieht. Aus Gründen der Verwaltungsökonomie macht es keinen Sinn, für Bagatellbeschaffungen ein offenes oder selektives Verfahren vorzusehen.

Der Auftraggeber entscheidet zwischen offenem und selektivem Verfahren nach praktischen Gesichtspunkten, insbesondere mit Rücksicht auf die Komplexität der zu beschaffenden Leistungen und auf die Anzahl der zu erwartenden Angebote. Das freihändige Verfahren, bei dem ein Zuschlag direkt und ohne vorgehende Ausschreibung erfolgt, steht nur bei Lieferungen, Dienstleistungen und Baudienstleistungen im Baunebengewerbe unter Fr. 150000 bzw. von Bauleistungen im Bauhauptgewerbe unter Fr. 300000 zur Verfügung. Abweichend vom beschriebenen Grundsatz der Wahl des Vergabeverfahrens in Abhängigkeit vom Auftragswert sind gewisse Ausnahmen zugelassen, d. h., auch über den für das jeweilige Verfahren anwendbaren Schwellenwert hinaus sind freihändige Verfahren in Ausnahmefällen möglich (Art. 21 Abs. 2).

Art. 18 Offenes Verfahren

Beim offenen Verfahren werden Leistungen direkt ausgeschrieben. Es gelten die Schwellenwerte gemäss den Anhängen 1 und 2. Eine Vorselektion der Anbieter erfolgt nicht. Sämtliche interessierten Anbieter reichen ihre Angebote direkt beim Auftraggeber ein. Ungeeignete Anbieter können vom Auftraggeber entweder mit einem selbstständig anfechtbaren Entscheid (Art. 53 Abs. 1 Bst. g) oder beim Zuschlagsentscheid vom Verfahren ausgeschlossen werden. Sowohl das offene als auch das nachstehend beschriebene selektive Verfahren gewähren den vollen Marktzugang.

Art. 19 Selektives Verfahren

Das selektive Verfahren soll einerseits nur bei anspruchsvollen und komplexen Aufträgen Anwendung finden. Andererseits können auch eine zu erwartende grosse Anzahl interessierter Anbieter und volkswirtschaftliche Überlegungen die Durchführung eines selektiven Verfahrens rechtfertigen. Die Schwellenwerte zum selektiven Verfahren finden sich in den Anhängen 1 und 2.

Abs. 1

Das selektive Verfahren beginnt ebenfalls mit einer öffentlichen Ausschreibung. Interessierte Anbieter müssen zuerst ihre Teilnahme am Verfahren beantragen.

Abs. 2 und 3

Der Auftraggeber prüft in einem ersten Schritt die Eignung der Anbieter, die einen Antrag auf Teilnahme am Verfahren gestellt haben. Während die Wahl der zugelassenen Anbieter beim Einladungsverfahren im Ermessen des Auftraggebers liegt, wird beim selektiven Verfahren die Zahl der Bewerber in einer strukturierten Eignungsprüfung reduziert. Die Eignungsprüfung kann aus Gründen der Verfahrensökonomie und der Sicherstellung eines genügend breiten Wettbewerbs im Offertverfahren nach der Präqualifikation auch bereits gewisse zwingend notwendige Mindestanforderungen an den Auftragsgegenstand (technische Spezifikationen) enthalten. Der Eignungsentscheid (Präqualifikation) ist selbstständig anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 Bst. b). Nur präqualifizierte Anbieter werden eingeladen, eine Offerte einzureichen.

Sofern der wirksame Wettbewerb gewährleistet bleibt, besteht im selektiven Verfahren zusätzlich zur vorgezogenen Eignungsprüfung die Möglichkeit, die Anzahl derjenigen, die eine Offerte einreichen dürfen, aus Effizienzgründen zu beschränken. Dabei unterliegt der Auftraggeber einer doppelten Pflicht. Einerseits muss die Notwendigkeit der Begrenzung der Anbieterzahl sachlich begründet sein. Andererseits sind bereits bei der Ausschreibung die Absicht, die Anzahl der Anbieter zu begrenzen, sowie die höchstens zugelassene Anbieterzahl bekannt zu geben.

Art.20 Einladungsverfahren

Abs.1

Das Einladungsverfahren ist anwendbar auf die Beschaffung sämtlicher Lieferungen und Dienstleistungen sowie Bauleistungen im Bauneben-
gewerbe ab Fr. 150000 bis unter Fr. 250000 bzw. im Bereich der Bauleistungen
im Bauhauptgewerbe ab Fr. 300000 bis unter Fr. 500000 (vgl. auch An-
hang 2). Im Allgemeinen sind die Regeln des offenen Verfahrens analog
zum Einladungsverfahren anwendbar, mit Ausnahme der Regeln für die
Veröffentlichung.

Abs.2

Die Wahl bzw. Beschränkung der zugelassenen Anbieter beim Einla-
dungsverfahren liegt im Ermessen des Auftraggebers. Diese Regelung ent-
spricht dem geltenden Art. 12 Abs. 1 Bst. b^{bis} IVöB. Um einen minimalen
Wettbewerb zu garantieren, sollten mindestens drei geeignete Anbieter zur
Offertstellung eingeladen werden. Diese Voraussetzung ist in der Praxis er-
füllt, wenn nach Möglichkeit wenigstens drei Anbieter angefragt werden.
Dies ist nicht gleichbedeutend mit der Anforderung, dass drei Angebote
auch tatsächlich eingehen.

Art.21 Freihändiges Verfahren (§ 10 SVO)

Abs.1

Beim freihändigen Verfahren vergibt der Auftraggeber den Beschaf-
fungsauftrag direkt einem Anbieter. Der Auftraggeber tritt also direkt mit
einem Anbieter in Vertragsverhandlungen, ohne vorab eine Ausschreibung
oder ein Einladungsverfahren durchzuführen. Entsprechend handelt es sich
beim freihändigen Verfahren nicht um ein dem offenen oder selektiven Ver-
fahren gleichwertiges Instrument. Die Grundsätze des Beschaffungsrechts
– Wirtschaftlichkeit, Transparenz, Wettbewerb, Gleichbehandlung der An-
bieter – sind in abgeschwächter Form zu beachten. Die Möglichkeit, Ver-
gleichsofferten einzuholen und Verhandlungen zu führen, gibt dem Auf-
traggeber einen Ermessensspielraum.

Abs.2

Gemäss Anhang 2 ist das freihändige Verfahren bei der Beschaffung
von Bauleistungen im Bauhauptgewerbe unter Fr. 300000 und bei Liefe-
rungen, Dienstleistungen sowie Bauleistungen im Baunebengewerbe unter
Fr. 150000 stets zulässig. Werden diese Schwellenwerte erreicht oder über-
schritten, sind freihändige Vergaben nur bei Vorliegen einer der in Abs. 2
genannten Ausnahmen erlaubt.

Abs.2 überführt die Liste der Ausnahmetatbestände des GPA 2012,
die eine freihändige Vergabe erlauben, in nationales Recht. Die Liste ent-
spricht – mit wenigen Modifikationen – dem geltenden Recht. Die Liste ist
abschliessend und Analogieschlüssen nicht zugänglich. Nach ständiger Pra-
xis sind diese Tatbestände aufgrund ihres Ausnahmekarakters eng auszu-

legen. Es handelt sich durchwegs um Fälle, in denen das offene, das selektive Verfahren und das Einladungsverfahren nicht durchführbar oder nicht zweckmässig wären, z. B. weil ein Wettbewerb aus Gründen des Schutzes von Immaterialgüterrechten nicht möglich wäre. Gleiches gilt für Folgebeschaffungen oder für aus unvorhersehbaren und nicht selbst verschuldeten Gründen dringliche Beschaffungen.

Die Möglichkeit von Vergleichsofferten besteht auch gemäss Abs. 2, wird aber nicht bei allen Tatbeständen relevant. Insbesondere die Voraussetzungen von Abs. 2 Bst. c würden einem Anbieterwettbewerb – und damit der Möglichkeit Vergleichsofferten einzuholen – definitionsgemäss entgegenstehen.

Bst. a: Der Auftraggeber darf die Ausschreibungsunterlagen nicht derart ausgestalten, dass er Anbietern verunmöglicht, die Anforderungen zu erfüllen, um danach die Leistungen freihändig zu vergeben. Ein freihändiges Verfahren nach Massgabe von Bst. a setzt voraus, dass die Teilnahmebedingungen und weiteren Anforderungen der Ausschreibung nicht erheblich geändert werden, d. h., die Anforderungen dürfen gegenüber der Ausschreibung im offenen, selektiven und im Einladungsverfahren nicht gelockert werden. Dieser Tatbestand steht auch dann zur Verfügung, wenn bei einer Aufteilung der ausgeschriebenen Leistungen in Lose eines der Lose ohne Angebot bleibt.

Bst. b: Das Bestehen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede ist in der Regel nicht einfach feststellbar. Dies bedarf einer sorgfältigen Abklärung. Bestehen hinreichende Anhaltspunkte für eine Abrede, kann die Wettbewerbskommission (WEKO) kontaktiert und eine erste Einschätzung eingeholt werden. Liegen hinreichende Gründe für die Annahme einer unzulässigen Wettbewerbsabrede vor, soll dem Auftraggeber die Möglichkeit des freihändigen Verfahrens offenstehen, sofern ausserhalb des Submissionskartells kein Restwettbewerb mehr möglich ist.

Bst. c: Dieser Tatbestand entspricht der bisherigen bewährten Regelung. Er ist dann erfüllt, wenn ein Auftrag aufgrund seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums nur an einen bestimmten Anbieter erteilt werden kann. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn dieser Anbieter mangels angemessener Alternativen als einziger in der Lage ist, ein entsprechendes Produkt zu liefern bzw. eine entsprechende Bau- oder Dienstleistung zu erbringen. Zur Rechtfertigung des freihändigen Verfahrens ist der Auftraggeber nicht nur zur Darlegung technischer Gründe verpflichtet, sondern er muss auch glaubwürdig erläutern und nachweisen, dass diese Gründe (technischer, künstlerischer oder immaterialgüterrechtlicher Natur) die freihändige Vergabe unbedingt erfordern. Vertragliche Abmachungen zwischen dem Auftraggeber und Dritten, die den Wettbewerb in einer öffentlichen Beschaffung einschränken oder eine entsprechende Wirkung haben (z. B. eine Architek-

ten- oder Ingenieurklausel), stellen weder eine technische noch eine künstlerische Besonderheit dar und sind somit keine zulässigen Gründe, um sich auf die Ausnahme gemäss Bst. c zu berufen. Wird gegen eine freihändige Vergabe der Rechtsweg beschritten, trägt der beschwerdeführende Anbieter die Beweislast, dass er willens und in der Lage ist, substituierbare Leistungen zu erbringen.

Bst. d: Die Anwendung der Dringlichkeitsklausel erfordert kumulativ folgende Voraussetzungen: Es tritt ein unvorhersehbares Ereignis ein, das den Ursprung der dringlichen Situation bildet (wie Ausbruch einer Pandemie, eine Naturkatastrophe, Einführung neuer gesetzlicher oder völkerrechtlicher Anforderungen ohne entsprechende Übergangsfrist, die eine dringliche Beschaffung notwendig machen). Diese Situation darf daher nicht vom Auftraggeber verschuldet sein (z. B. durch Inaktivität oder mangelhafte Planung). Die Dringlichkeit muss derart sein, dass der Auftraggeber seinen Pflichten nicht nachkommen könnte, falls er ein offenes oder selektives Verfahren oder ein Einladungsverfahren durchführen würde. Stehen mildere Mittel zur Verfügung (z. B. Verkürzung der Fristen im Staatsvertragsbereich nach Art. 47 Abs. 1), sind diese zu wählen.

Bst. e: Diese Bestimmung betrifft Folgebeschaffungen. Sie sieht freihändige Vergaben neu immer dann vor, wenn Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden müssen, weil ein Anbieterwechsel aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, erhebliche Schwierigkeiten bereitet oder substantielle Mehrkosten nach sich ziehen würde. Solche Gründe können etwa darin liegen, dass Materialien, Dienstleistungen, Anlagen und Leistungen (wie Software) nicht beliebig austauschbar sind. Gerade wenn die Kompatibilität mit bestehenden Komponenten gesichert sein muss, wäre eine Ausschreibung im offenen, selektiven oder im Einladungsverfahren nicht zielführend.

Der Auftraggeber hat in der schriftlichen Begründung nachvollziehbar darzulegen, weshalb er davon ausgeht, dass es an der Austauschbarkeit oder Kompatibilität mit Material, Software, Dienstleistungen oder Anlagen aus einer ursprünglichen Beschaffung fehlt, bzw. weshalb ein Anbieterwechsel zu erheblichen Schwierigkeiten oder substantiellen Mehrkosten führen würde. Hinsichtlich der erwarteten Mehrkosten liegt die Schwelle hoch. Nicht jede Erhöhung der erwarteten Kosten berechtigt zum Ausschluss des Wettbewerbs. Vielmehr muss feststehen, dass die Mehrkosten unverhältnismässig sind, d. h., in keinem angemessenen Verhältnis zum Auftragspreis der fraglichen freihändigen Vergabe stehen. Zu den erwarteten Kosten werden auch Überführungs- und Einrichtungskosten sowie solche für die Einarbeitung, also für das Aneignen des Spezialwissens sowie der Kenntnisse der Gegebenheiten vor Ort, gerechnet.

Folgebeschaffungen setzen einen vergaberechtskonformen Grundauftrag voraus. Erreicht der Auftragswert für eine Folgebeschaffung den Schwellenwert etwa für eine offene oder selektive Ausschreibung, so muss auch der Grundauftrag offen oder selektiv ausgeschrieben worden sein. Abgesehen von stichhaltig begründeten und nachgewiesenen Ausnahmefällen darf der Auftragswert eines Folgeauftrags nie höher sein als der Auftragswert eines Grundauftrags, wobei der Grundauftrag mindestens im Einladungsverfahren vergeben worden sein muss.

Ist der Grundauftrag nicht im entsprechenden Verfahren beschafft worden, so ist eine Folgebeschaffung nach Art. 21 Abs. 2 Bst. e nicht möglich, da andernfalls Umgehungsstrategien ermutigt würden. Beziehen sich mehrere Folgeaufträge auf denselben Grundauftrag, darf die Summe ihrer Auftragswerte denjenigen des Grundauftrags gemäss vorstehender Regel nicht überschreiten.

Bst. f–h: Diese Tatbestände entsprechen der Regelung im GPA 2012. Sie haben in der Praxis nur eine beschränkte Bedeutung erlangt. Die Zweckbestimmung (Art. 2) ist auch bei freihändigen Vergaben, z. B. bei Liquidationsverkäufen (Bst. h), zu beachten.

Bst. i: Diese Bestimmung entspricht weitgehend der Regelung im GPA 2012. Die freihändige Vergabe ist auch dann erlaubt, wenn der Auftraggeber in einem «vorausgehenden Verfahren», d. h. in einem Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb oder in einem Studienauftrag, die Lösung einer ausgeschriebenen Aufgabe erarbeiten liess und im Anschluss daran dem Gewinner gewisse Folgeleistungen, die eng mit der ausgeschriebenen Aufgabe zusammenhängen, vergeben möchte. Somit können bei einem Wettbewerb freihändig vergeben werden:

- die Folgeplanung oder die Koordination der Leistungen zur Umsetzung der Planung an den Gewinner eines Planungswettbewerbs oder
- Planerleistungen und die Realisierung der Lösung, die für die ausgeschriebene Aufgabe vorgeschlagen worden ist, an den Gewinner eines Gesamtleistungswettbewerbs.

Bei einem Studienauftrag können freihändig vergeben werden:

- weitere planerische Leistungen an den oder die Gewinner eines Auswahlverfahrens zu einer Planungsstudie oder
- Planerleistungen und die Realisierung der Lösung, die für die ausgeschriebene Aufgabe vorgeschlagen worden ist, an den Gewinner eines Auswahlverfahrens zu einer Gesamleistungsstudie.

«Expertengremium» wird in dieser Vereinbarung als Oberbegriff verwendet und bedeutet nicht, dass das Gremium nur aus Fachleuten zusammengesetzt sein muss. Als Expertengremium gelten insbesondere das Preisgericht bei Wettbewerben und das Beurteilungsgremium bei Studienaufträgen. Das Expertengremium, das die Lösungsvorschläge bewertet, gilt

als unabhängig, wenn kein am Verfahren teilnehmender Anbieter darin mitwirkt und das Gremium mehrheitlich aus unabhängigen Fachpersonen besteht. Der Auftraggeber kann im Gremium vertreten sein.

Mit diesen Regelungen soll der Handlungsspielraum, den das GPA eröffnet, voll ausgenützt werden. Gerade die Vergabe intellektueller Dienstleistungen dürfte weiter zunehmen und damit an Bedeutung gewinnen. Der Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 Bst. i und damit generell jener von Wettbewerben und Studienaufträgen beschränkt sich dabei nicht auf den Baubereich. Vielmehr sollen sie überall dort eingesetzt werden, wo sie Beschaffungen dienlich sind (z. B. Lösungsvorschläge im Rahmen der Energiestrategie).

Abs. 3

Der Auftraggeber fasst über jeden freihändig vergebenen Auftrag über dem massgeblichen Schwellenwert des freihändigen Verfahrens eine Dokumentation. Diese enthält insbesondere eine Darlegung der Gründe und Umstände, die einen Verzicht auf ein offenes oder selektives oder ein Einladungsverfahren begründen. Die Pflicht zur Erstellung einer Dokumentation gilt wie bisher lediglich im Staatsvertragsbereich (vgl. § 10 Abs. 2 SVO).

Art. 22 Wettbewerbe sowie Studienaufträge

Wettbewerbe und Studienaufträge spielen bei öffentlichen Beschaffungen eine wichtige Rolle. Planungswettbewerbe und Planungsstudien können zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen als Ideenwettbewerb oder Ideenstudie zu allgemein umschriebenen und abgegrenzten Aufgaben oder als Projektwettbewerb oder Projektstudie zu konkret umschriebenen bzw. komplexen Aufgaben und zur Vergabe der teilweisen oder umfassenden Realisierung der Lösung lanciert werden. Gesamtleistungswettbewerbe und Gesamtleistungsstudien werden zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu konkret umschriebenen bzw. während der Studie durch den Dialog klar und präzise definierten Aufgaben und zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung durchgeführt.

Wie bereits gemäss geltender Regelung der Kantone kann der Auftraggeber die Grundsätze für solche Wettbewerbe selber festlegen oder auf einschlägige Bestimmungen der Fachverbände verweisen.

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

Art. 23 Elektronische Auktionen (neu)

Beschaffungsvorhaben werden zunehmend auch auf elektronischem Weg abgewickelt. Das senkt nicht nur die Transaktionskosten, sondern erhöht die Transparenz und fördert den Marktzutritt ortsfremder Anbieter. Art. 35 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Art. 53 der Richtlinie 2014/25/EU sehen ebenfalls Grundlagen für elektronische Auktionen vor.

Während elektronische Auktionen im GPA 1994 noch nicht erwähnt waren, werden sie im GPA 2012 eingehend geregelt. Es versteht die elektronische Auktion nicht als besondere Form der Verhandlungen, sondern als ein Instrument sui generis. Art. I Bst. f GPA 2012 beschreibt die elektronische Auktion als iterativen Vorgang bzw. als Prozess, bei dem sich die Anbieter gegenseitig über- oder unterbieten können. Mit Iteration ist die wiederholte Anwendung derselben Funktion gemeint. Gegenstand der Angebote können neben dem Preis auch andere Kriterien sein. Denkbar wäre beispielsweise, dass Anbieter unter dem Kriterium der Realisierungsdauer zusätzliche Punkte in der Bewertung ihrer Angebote erhalten, sofern sie die Verpflichtung eingehen, eine Leistung rascher zu erbringen (z. B. kürzere Lieferfristen).

Um eine niederschwellige sowie sichere Benützung durch die Anbieter sicherzustellen, verwenden die Auftraggeber bei der elektronischen Abwicklung eines Beschaffungsvorhabens allgemein verfügbare und kompatible Systeme und Software und stellen Sicherungsmechanismen auf, um die eingereichten Angebote vor unbefugten Zugriffen zu schützen.

Abs. 1 und 2

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

Die elektronische Auktion erstreckt sich auf die Preise, wenn der Zuschlag für den niedrigsten Gesamtpreis erteilt wird, oder auf die Preise und die Werte für quantifizierbare Komponenten, wenn der Zuschlag für das vorteilhafteste Angebot erteilt wird. Nach der Vereinbarung bleibt dieses Instrument auf die Beschaffung standardisierter Leistungen beschränkt.

Die Ausschreibungsunterlagen weisen auf die Anforderungen an Authentifizierung und Verschlüsselung hin, welche die Anbieter bei der Einreichung ihrer Angebote zu erfüllen haben. Der Sicherheit dieser Verfahren (insbesondere der Nichtabstreitbarkeit der Angebote) gebührt grosse Beachtung. Zudem ist sicherzustellen, dass die Eingaben der Teilnehmenden in pseudonymisierter Form erfolgen. Zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen sowie zur Verhinderung eines Preisaustausches soll vermieden werden, dass die Teilnehmenden erkennen können, welche Mitbewerber welche Angebote abgeben.

Abs. 3

Der elektronischen Auktion geht eine Präqualifikation voraus. In einer ersten Phase prüft der Auftraggeber die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen und nimmt eine erste Bewertung vor. Die eigentliche Auktion kommt erst in einem zweiten Verfahrensschritt zur Anwendung, wobei mehrere Bewertungsrounds stattfinden können.

Abs. 4

Alle im Anschluss an die erste Evaluation zugelassenen Anbieter werden gleichzeitig und auf elektronischem Wege aufgefordert, neue, bereinigte Angebote einzureichen. Sofern dies vorab bekannt gegeben wurde, kann die Anbieterzahl begrenzt werden – dies insbesondere aus Gründen der Effizienz und Administrierbarkeit der elektronischen Auktion.

Abs. 5

Kommt eine elektronische Auktion zur Anwendung, ist die vollständige und periodische Information der Anbieter durch den Auftraggeber ein wichtiges Element zur Herstellung von Transparenz und der Garantie der Gleichbehandlung der Anbieter. Vor Beginn jeder Auktion stellt der Auftraggeber jedem Anbieter die Informationen über die automatische Bewertungsmethode, einschliesslich der mathematischen Formel, das Ergebnis ihrer ersten Angebotsbewertung und alle weiteren relevanten Informationen zur Abwicklung der Auktion zur Verfügung. Bei mehreren nacheinander durchgeführten Auktionsrounds informiert der Auftraggeber alle Anbieter in jeder Phase über ihren jeweiligen Rang.

Art. 24 Dialog (neu)

Das Instrument des Dialogs – der Begriff ist an die Terminologie der EU-Richtlinien angelehnt – ist weder im GPA 1994 noch im GPA 2012 vorgesehen.

Der Auftraggeber kann im Dialog zusammen mit ausgewählten Anbietern mögliche Lösungswege oder Vorgehensweisen erarbeiten, sodass am Ende des Dialogs eine Leistungsbeschreibung resultieren sollte, die den Ansprüchen des Auftraggebers ebenso wie dem Können und Vermögen der Anbieter angemessen Rechnung trägt. Der Auftraggeber hat damit ein Instrument in der Hand, mit dem er auf das spezifische Fachwissen der Anbieter in einem konkreten Beschaffungsmarkt zurückgreifen und Innovationen fördern kann. Für die Anbieter hat der Dialog den Vorteil, dass sie ihre Angebote zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht bis ins letzte Detail, sondern in einem fortlaufenden Prozess konkretisieren können.

Abs. 1

Bei besonders komplexen Vorhaben, intellektuellen Dienstleistungen oder innovativen Vorhaben ist der Auftraggeber oft nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand im Stande, ohne Mitwirkung der Anbieter den Beschaffungsgegenstand so zu bestimmen, dass er seinen Bedürfnis-

sen gerecht wird, oder zu beurteilen, welche Lösungen der Markt anbietet. Wird eine Lösung vom Auftraggeber einseitig vorgegeben, kann dies zur Folge haben, dass die Ressourcen und das Innovationspotenzial des Markts nicht voll erschlossen werden.

Die Komplexität kann in technischen oder rechtlichen Eigenarten gründen oder Folge der gewählten Finanzierungslösung sein (insbesondere bei Public Private Partnerships). In solchen Fällen ist die Suche nach Lösungswegen oder Vorgehensweisen idealerweise Teil der Beschaffung und nicht der vorgelagerten Marktabklärung, da es sich mangels spezifischer Kenntnisse des Auftraggebers aufdrängt, die möglichen Lösungswege und Vorgehensweisen mit den Anbietern in einem strukturierten Verfahren zu besprechen und gemeinsam weiterzuentwickeln. Durch dieses Vorgehen können auch heikle Vorbefassungstatbestände besser vermieden werden.

Abs. 2

Die Bestimmung zum Dialog geht als spezielles Recht Art. 39 (Bereinigung der Angebote) vor. Die Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 2 finden daher keine Anwendung. Der Dialog darf nicht zum Zweck genutzt werden, die Offertpreise zu verhandeln (vgl. dazu Art. 11 Bst. d). Nachverhandlungen sind grundsätzlich weder bei einzelnen Preisbestandteilen noch beim Gesamtpreis zulässig. Es ist hingegen denkbar, dass diese Preise im Verlauf des Dialogs als Folge der Konkretisierung des Leistungsgegenstands angepasst werden.

Abs. 3

In der Ausschreibung ist in geeigneter Form darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber beabsichtigt, einen Dialog durchzuführen. Anbieter sollen bereits zu diesem frühen Zeitpunkt wissen, worauf sie sich einlassen. Die Durchführung des Dialogs liegt in der Folge weitgehend im Ermessen des Auftraggebers.

Das Transparenzgebot ist auch beim Dialog zu beachten. Der Auftraggeber gibt in den Ausschreibungsunterlagen seine Wünsche und Anforderungen bekannt und weist darauf hin, aufgrund welcher (Eignungs-)Kriterien er die Dialogpartner auswählt. Den ausgewählten Anbietern gibt er bestimmte Mindestangaben zum Ablauf des Dialogs ausreichend früh (in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen) bekannt, sodass sie sich angemessen vorbereiten können. Der Dialog wird in erster Linie bilateral mit den einzelnen Anbietern geführt und soll sich auf deren Lösungen und Vorschläge stützen. Gemeinsame, d. h. multilaterale Dialoge, bei denen einzelne Lösungen und Vorschläge miteinander kombiniert und anbieterübergreifend diskutiert und entwickelt werden können, sind in sehr spezifischen Fällen grundsätzlich denkbar, aber äusserst anspruchsvoll, so dass die Praxis bisher davon abgesehen hat.

Je nach Umfang des zu beschaffenden Gegenstands bzw. je nach Komplexität der sich stellenden Fragen kann der Auftraggeber den Dialog in

verschiedene aufeinander folgende Phasen aufteilen, bei denen der Beschaffungsgegenstand laufend eingegrenzt werden kann.

Abs. 4

Ziel des Dialogs ist es, die seitens des Auftraggebers formulierten funktionalen Anforderungen bzw. die Lösungswege oder Vorgehensweisen anhand des Knowhows und der Erfahrungen der Anbieter zu konkretisieren. Dazu kann es erforderlich sein, das Verfahren in Phasen zu gliedern. Zeigt sich während des Verfahrens, dass einer der Dialogpartner vernünftigerweise nicht für den Zuschlag infrage kommt, braucht der Auftraggeber den Dialog mit diesem Anbieter nicht fortzuführen. Eine Mitteilung an diesen Anbieter in Form einer anfechtbaren Verfügung kann sogleich oder erst zum Zeitpunkt des Zuschlags erfolgen.

Die im Dialog verbliebenen Anbieter werden über den Abschluss des Dialogs und die relevanten Ergebnisse orientiert und aufgefordert, innert Frist ihr endgültiges vollständiges Angebot einzureichen. Der Auftraggeber beurteilt die eingereichten Angebote anhand der in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien und wählt das vorteilhafteste Angebot aus.

Abs. 5

Aus Gründen der Transparenz, der Nachvollziehbarkeit und der gerichtlichen Überprüfbarkeit sind alle Etappen des Dialogs zu dokumentieren. Falls eine Entschädigung an die Dialogpartner erfolgt, sollte auch deren Aufwand festgehalten werden.

Art. 25 Rahmenverträge (neu)

Das Institut der Rahmenverträge ist weder im GPA 1994 noch im GPA 2012 vorgesehen. Rahmenverträge und Optionen weisen Gemeinsamkeiten auf. Beide Male wird nicht ein abschliessend bestimmtes Leistungsvolumen ausgeschrieben, sondern das Recht des Auftraggebers, gewisse Leistungen über einen bestimmten Zeitraum zu beziehen. Rahmenverträge werden insbesondere aus wirtschaftlichen Überlegungen, zur Vermeidung einer Abhängigkeit von nur einem Anbieter oder zwecks Verhinderung von Versorgungsengepässen ausgeschrieben.

In den Mitgliedstaaten der EU haben sich schon länger zentrale Vergabestellen etabliert mit der Aufgabe, Leistungen für eine Mehrzahl von Vergabestellen einzuzukaufen. Dazu werden Rahmenvereinbarungen eingesetzt. Für die Beschaffung grosser Mengen tragen diese Verfahren zur Verbesserung des Wettbewerbs und zur Rationalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens bei. Insbesondere aus dem Bereich der Arzneimittelbeschaffung ist die Rahmenvereinbarung heute nicht mehr wegzudenken.

Abs. 1

Beim Abschluss eines Rahmenvertrags mit einem oder mehreren Anbietern findet kein besonderes Verfahren Anwendung. Vielmehr beanspru-

chen die allgemeinen Verfahren auch für die Ausschreibung und den Abschluss eines Rahmenvertrags Geltung. Gleiches gilt für die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens (Art. 11), die sowohl für den Abschluss des Rahmenvertrags als auch für den individuellen Abruf der Leistungen beachtlich sind, mit der Besonderheit, dass der Abruf der Leistungen unter einem Rahmenvertrag dem Zivilrecht untersteht.

Inhalt und Umfang des Einzelvertrags sowie das Verfahren zu dessen Abschluss hängen direkt vom Rahmenvertrag und dessen Regelungsdichte ab. Wurden sämtliche Bedingungen bereits im Rahmenvertrag festgelegt, gelten dieselben Bedingungen auch für den darauf beruhenden Einzelvertrag. Es sind die Leistungen und Modalitäten im Einzelvertrag zu konkretisieren. In der Regel wird der Einzelvertrag aber nur noch Liefermengen und Termine sowie allenfalls besondere kommerzielle Bedingungen (Rabatte) enthalten.

Werden bei einer Ausschreibung Einheitspreise verlangt, sieht der Auftraggeber ein optionales Mengengerüst vor, aus dem sich multipliziert mit den Einheitspreisen ein geschätzter Gesamtpreis errechnet. Alternativ kann er einen Gesamtpreis für alle Leistungen unter einem Rahmenvertrag vorsehen.

Der Gesamtpreis bildet die Grundlage des Zuschlags und ist nach Art. 48 zu publizieren. Mangels anderer Abreden begründen weder der Gesamtpreis noch ein Mengengerüst eine Pflicht des Auftraggebers, die unter einem Rahmenvertrag angebotenen Leistungen zu beziehen. Wird die vorgesehene Laufzeit einschliesslich Option erreicht, sind die Leistungen rechtzeitig vor diesem Zeitpunkt neu auszuschreiben.

Abs. 2

Es wäre unzulässig, einen Rahmenvertrag «für den IT-Bedarf des Kantons X oder der Gemeinde Y in den Jahren 2017–2020» auszuschreiben. Damit würde eine beträchtliche Anzahl sachlich getrennter Beschaffungen für Jahre dem Wettbewerb entzogen. Eine solche Behinderung bzw. Beseitigung des Wettbewerbs darf nicht Ziel oder Wirkung von Rahmenverträgen sein. Rahmenverträge müssen stets auf eine spezifische Leistungskategorie beschränkt bleiben. Die Leistungen sind daher hinreichend zu spezifizieren. Ein Rahmenvertrag bildet keinen Ersatz für eine mangelhafte Leistungsbeschreibung.

Abs. 3

Ein Rahmenvertrag für eine Dienstleistung, die ein dauerndes oder langwährendes Bedürfnis der Vergabebehörde befriedigen soll, soll daher nur für eine begrenzte Dauer vergeben werden. Die Leistungen sollen in periodischen Zeitabständen wieder neu ausgeschrieben werden. Entsprechend der Regel von Art. 15 Abs. 4 und in Anlehnung an das bisherige Recht soll die Laufzeit eines Rahmenvertrags höchstens fünf Jahre betragen. Eine automatische Verlängerung ist nicht zulässig. Ein Rahmenvertrag mit

unbestimmter Dauer, der während Jahren nicht gekündigt werden kann, würde dem Zuschlagsempfänger einen Wettbewerbsvorteil einräumen und damit den Marktzutritt der Konkurrenz sowie den Wettbewerb beeinträchtigen. Eine längere Vertragsdauer kann daher nur in Ausnahmefällen vorgesehen werden. Eine Ausnahme von der fünfjährigen Höchstdauer ist z. B. dann gerechtfertigt, wenn wegen der Komplexität des Leistungsgegenstands, erheblicher Anfangsinvestitionen oder der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten, die sich ein Anbieter erst aneignen muss und die bei einem Wechsel verloren gehen, eine längere Vertragsdauer zu Effizienzgewinnen führt. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Beschaffung von Waren, deren Unterhalt und Instandhaltung durch den Hersteller oder ein speziell beauftragtes Unternehmen sicherzustellen ist. Oder bei Rahmenverträgen mit einer Revisionsstelle oder mit Experten für die berufliche Vorsorge, die jedenfalls bei einer grösseren Vorsorgeeinrichtung bis zu einem Jahr Einarbeitungszeit benötigen. Eine längere Vertragsdauer lässt sich auch dann rechtfertigen, wenn mehrere Rahmenverträge zugeschlagen werden und zwischen den Zuschlagsempfängern dieser Rahmenverträge über ein Abrufverfahren weiterhin ein Restwettbewerb besteht (sog. Mini-Tender).

Abs. 4

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

Abs. 5

Auch beim Abschluss von mehreren Rahmenverträgen kann dem Grundsatz des vorteilhaftesten Angebots (Art. 41) entsprochen werden, sofern anhand der Gesamtheit der Umstände beurteilt wird, was am «vorteilhaftesten» ist. Rahmenverträge führen bei richtiger Verwendung zur Senkung von Transaktionskosten und zu Zeiteinsparungen (strategische Lose). Damit wird die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung gefördert. Mit dem sogenannten Abrufverfahren wiederum kann zusätzlich sichergestellt werden, dass das beste Angebot zum Abschluss eines Einzelvertrags führt.

Leistungen können einerseits ohne Konsultation der Vertragspartner direkt anhand der Kriterien abgerufen werden, die im Rahmenvertrag festgelegt wurden. Dies kann sich z. B. bei kleinen Beschaffungsvolumen mit Rücksicht auf die Transaktionskosten rechtfertigen. Auch bei solchen direkten Abrufen sind die allgemeinen Grundsätze (Gleichbehandlung, Transparenz, Wirtschaftlichkeit, Wettbewerb unter den Anbietern) zu berücksichtigen.

Der Abschluss von Einzelverträgen unter einem Rahmenvertrag erfolgt durch Annahme einer privatrechtlichen Offerte des Anbieters. Es findet kein erneuter Zuschlag statt. Das Vergabeverfahren ist mit dem rechtskräftigen Zuschlag des Rahmenvertrags oder der Rahmenverträge abgeschlossen. Beim Abschluss der Einzelverträge sind die Vorgaben des Rahmenvertrags zu beachten. Ist ein Anbieter mit Entscheidungen beim Ab-rufverfahren nicht einverstanden, kann er sich dagegen vor dem Zivilgericht wehren. Nicht offen steht ihm hingegen – mangels einer anfechtbaren Verfügung – der Beschwerdeweg (Art. 53 Abs. 6).

5. Kapitel: Vergabeanforderungen

Sowohl das GPA 1994 als auch das GPA 2012 verwenden eine Reihe teilweise überlappender Begriffe für die Anforderungen, die bei einer öffentlichen Ausschreibung in persönlicher, formeller und sachlicher Hinsicht zu erfüllen sind («Teilnahmebedingungen», «Auswahlkriterien», «technische Spezifikationen», «Qualifikation der Anbieterin», «Selektionskriterien», «Bewertungskriterien» und «Zuschlagskriterien»). Die vorliegende Vorlage klärt die Begriffe, wobei die aus dem geltenden Recht bekannte Trias «Eignungskriterien, technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien» als Leitfaden dient. Überdies hat sich in der Praxis bewährt, formalisierte Teilnahmebedingungen aufzustellen. Die Anforderungen an die Form und die Verzeichnisse geeigneter Anbieter werden in einer besonderen Bestimmung geregelt.

Teilnahmebedingungen, Eignungskriterien, Verzeichnisse, Registrierungssysteme, technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien dürfen nicht mit der Absicht oder der Wirkung gewählt werden, den Marktzutritt zu erschweren und unnötige Hemmnisse zu schaffen. Sie müssen insbesondere an den Grundsätzen der Inländerbehandlung und der Nichtdiskriminierung gemessen werden.

Während sich die Eignungskriterien auf die Fähigkeiten und Eigenschaften des Anbieters beziehen, sind die technischen Spezifikationen und die Zuschlagskriterien stets leistungs- bzw. auftragsbezogen. Erfüllt ein Anbieter die Teilnahmebedingungen sowie die Eignungskriterien und entspricht sein Angebot den technischen Spezifikationen (absolute Minimal- bzw. Muss-Anforderungen für die Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags), prüft der Auftraggeber, ob und inwiefern das Angebot die leistungsbezogenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Im GPA 2012 ist eine Grundlage für die Führung von Registrierungssystemen vorgesehen. Solche Systeme sollen die Transaktionskosten senken, gleichzeitig aber den Marktzutritt nicht behindern. Die Bestimmung betreffend Verzeichnisse über geeignete Anbieter wurde nun in Anlehnung

an § 22 VRöB über ständige Listen ausgearbeitet. Neben dem Bund führen gegenwärtig lediglich zwei Kantone, Wallis und Thurgau, entsprechende Listen. Die anderen Kantone (darunter der Kanton Zürich) verlangen in der Regel eine Selbstdeklaration, die jeweils mit dem Angebot einzureichen ist.

Art. 26 Teilnahmebedingungen

Abs. 1 und 2

Teilnahmebedingungen sind von den Anbietern und von ihren Subunternehmern unabhängig vom Leistungsgegenstand zu erfüllen und nachzuweisen. Das Gleiche gilt für jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft. Andernfalls kann die Nichterfüllung der Teilnahmebedingungen Massnahmen nach sich ziehen (wie Ausschluss des Anbieters, Widerruf des Zuschlags, Busse, Ausschluss von künftigen Vergaben). Die Rolle des Auftraggebers besteht darin, von den Anbietern und allfälligen Subunternehmern zu verlangen, dass sie die Erfüllung der Teilnahmebedingungen anhand von Beweismitteln belegen (z. B. durch Selbstdeklaration oder Aufnahme in ein Verzeichnis). Die Gewährleistung der Teilnahmebedingungen obliegt damit grundsätzlich den Anbietern und Subunternehmern. Falschdeklarationen können straf- und vergaberechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Die Bezahlung fälliger Steuern und Sozialversicherungsbeiträge umfasst neben den Bundessteuern und -abgaben (einschliesslich MWSt, AHV-, IV-, EO-, ALV-, BVG- und UVG-Beiträge) auch kantonale und kommunale Steuern.

Die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn kann entweder durch den Auftraggeber selber oder durch Dritte verifiziert werden. Es ist dem Auftraggeber freigestellt, welche Erklärungen bzw. Nachweise betreffend Verpflichtung zur Einhaltung der Lohngleichheit, der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen er verlangt. In den Ausschreibungsunterlagen kann er die Anbieter beispielsweise darauf aufmerksam machen, mit der Offerte auch Nachweise betreffend Einhaltung der Teilnahmebedingungen durch sie und gegebenenfalls ihre Subunternehmer einzureichen. In der Regel wird mindestens eine Selbstdeklaration anhand formalisierter Nachweise verlangt. Daneben können auch Bestätigungen über erfolgte Kontrollen durch Behörden oder Organe verlangt werden (vgl. Art. 12 Abs. 4). Sind die Teilnahmebedingungen nicht oder nicht mehr erfüllt, ergreift der Auftraggeber die erforderlichen Massnahmen.

Abs. 3

Das Beibringen der Nachweise führt bei den Anbietern zu einem erheblichen Aufwand. Daher sollten die Anforderungen stets auf den Leistungsgegenstand Rücksicht nehmen. Zum Abbau bürokratischer Leerläufe kann beitragen, wenn gewisse Nachweise wie eine Bankgarantie erst zu einem späteren Verfahrensstand (aber auf jeden Fall vor dem Zuschlag)

und nur vom erstplatzierten Anbieter einzureichen sind. Auf diese Weise kann vermieden werden, dass chancenlose Anbieter unnötigen Aufwand tätigen.

Art. 27 Eignungskriterien (§ 22 SVO)

Abs. 1

Eignungskriterien müssen objektiv, für die Auftragserfüllung wesentlich und überprüfbar sein. Das Verhältnismässigkeitsprinzip schützt vor überzogenen Anforderungen. Obwohl diese Kriterien stets auf die Person des Anbieters bezogen sind, sind sie mit Rücksicht auf den Leistungsgegenstand zu definieren. Die gewählten Kriterien sollen den Anbieterkreis nicht weiter einschränken, als dies durch den Beschaffungsgegenstand gerechtfertigt ist.

Abs. 2

Die Aufzählung möglicher Eignungskriterien ist nicht abschliessend. Es handelt sich dabei stets um anbieterbezogene Anforderungen, so die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters. Diskriminierende Anforderungen, auch hinsichtlich der Sprachkenntnisse, sind nicht erlaubt. Sachlich gerechtfertigte Anforderungen (z. B. an die Sprachkompetenz eines Projektleiters oder von sonstigen Ansprechpersonen) sind jedoch zulässig, damit sich Auftraggeber und Anbieter bei der Auftrags Erfüllung effizient verständigen können.

Abs. 3

Es liegt im Ermessen des Auftraggebers, die erforderlichen Nachweise für die einzelnen Eignungskriterien zu definieren und zu verlangen. Eine Pflicht des Auftraggebers, die Nachweise durch Rückfragen zu validieren, wird damit nicht statuiert. Bei offensichtlichen Zweifeln an der Verlässlichkeit eines Nachweises wird sich freilich eine Überprüfung aufdrängen. Diese ist rechtsgleich durchzuführen und transparent festzuhalten.

Das Bundesgericht erachtet es als grundsätzlich zulässig, die Referenzen einerseits als Eignungskriterium, andererseits auch als Zuschlagskriterium zu verwenden (z. B. bei den Eignungskriterien zwei Referenzen zu verlangen und für zusätzliche Referenzen bei den Zuschlagskriterien Punkte zu vergeben). Im Weiteren ist es nicht unzulässig, auch Referenzen einzuholen, die der Anbieter nicht angegeben hat. Wird jedoch aufgrund einer solchen Referenz zum Nachteil der betroffenen Anbieter abgestellt, müssen sich diese dazu äussern können (rechtliches Gehör).

Die verlangten Nachweise können auch zu einem späteren Zeitpunkt im Vergabeverfahren erfolgen, wenn dies in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen so bekannt gegeben wurde. Damit können Bürokratie und Aufwand seitens der Anbieter begrenzt werden.

Abs. 4

Der Auftraggeber darf bei der Festlegung der Bedingungen nicht verlangen, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge erhalten hat. Dies gilt ebenfalls in Bezug auf Zuschlagskriterien und technische Spezifikationen und dient der Sicherung der Transparenz und der Nichtdiskriminierung und soll den Marktzutritt nicht gefährden. Damit sollen langjährige «Seilschaften» zwischen Auftraggebern und Anbietern verhindert werden. Die Einholung von Referenzen anderer Auftraggeber ist zulässig. Stets müssen jedoch vergleichbare Aufträge öffentlicher oder privater Auftraggeber als Referenz zugelassen werden.

Art. 28 Verzeichnisse (§ 23 SVO)

Verzeichnisse können der effizienten Abwicklung einer Ausschreibung dienen, indem die Eignung eines Anbieters nicht jedes Mal wieder von neuem geprüft werden muss. Gleichzeitig bergen Verzeichnisse die Gefahr der fehlenden Aktualität sowie einer Bevorzugung der verzeichneten Anbieter. Diese beiden Gesichtspunkte gilt es, gegeneinander abzuwägen. Ähnliche Effizienzgewinne lassen sich mit der Verwendung von elektronischen Anbieterprofilen auf der Internetplattform von Bund und Kantonen realisieren. Auch dort muss aber sichergestellt werden, dass die hinterlegten Angaben jederzeit aktuell sind und Anbieter ohne Profil nicht benachteiligt werden.

Abs. 1 und 2

Abs. 1 räumt den Auftraggebern oder der nach gesetzlicher Anordnung zuständigen Behörde die Möglichkeit ein, ein Verzeichnis über geeignete Anbieter zu führen. Das Transparenzgebot gilt auch für die Einrichtung und die Führung solcher Verzeichnisse. Die Angaben, die zu den Verzeichnissen zu publizieren sind, werden in Abs. 2 abschliessend aufgeführt. Die Aufnahme neuer Anbieter, die sich über die gestellten Anforderungen ausweisen, muss innert angemessener Frist erfolgen. Die Veröffentlichung der Angaben nach Abs. 2 erfolgt periodisch auf der Internetplattform von Bund und Kantonen sowie – nach Wahl der Auftraggeber – in weiteren Publikationsorganen. Die Angaben sind laufend nachzuführen.

Abs. 3

Zur Qualitätssicherung ist ein Verfahren vorzusehen, um die Eintragung sowie die Überprüfung der Eignung jedes Anbieters jederzeit zu garantieren. Ein solches Prüfungsverfahren soll nicht nur im Zeitpunkt der Gesuchstellung, sondern jederzeit stattfinden können und notfalls auch zur Streichung von Anbietern aus dem Verzeichnis führen.

Abs. 4

Unabhängig vom Eintrag in einem Verzeichnis muss es allen Anbietern offenstehen, fallweise ihre Eignung im Hinblick auf eine konkrete Ausschreibung durch individuelle Nachweise (z. B. Selbstdeklaration) zu bele-

gen. Das heisst, ein Beschaffungsverfahren darf sich nicht darauf beschränken, nur Anbieter zuzulassen, die in einem Verzeichnis aufgenommen sind.

Abs. 5

Wird das Verzeichnis nicht mehr weitergeführt, ist das allen darin verzeichneten Anbietern mitzuteilen. Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde angefochten werden.

Art. 29 Zuschlagskriterien (teilweise neu; § 33 SVO)

Abs. 1

Zuschlagskriterien orientieren sich in erster Linie an der Leistung (sachlicher Bezug zum Beschaffungsobjekt). Der Angebotspreis ist immer, aber nur ausnahmsweise allein ausschlaggebend (Art. 41). Unzulässig wäre es, Angebote ausschliesslich anhand preisfremder Kriterien zu bewerten und auszuwählen.

Die Aufzählung der Zuschlagskriterien ist nicht abschliessend. Zuschlagskriterien dürfen nicht zu einer Diskriminierung einzelner Anbieter führen. Das Zuschlagskriterium der Qualität soll neu wie der Preis grundsätzlich immer im Rahmen der Angebotsbewertung mitberücksichtigt werden. Damit soll einer qualitätsorientierten Beschaffungspraxis noch stärker Nachachtung verschaffen werden. Ausgenommen ist hiervon die Beschaffung von standardisierten Leistungen (Art. 29 Abs. 4).

Ebenso kann aufgrund der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Plausibilität des Angebots als Zuschlagskriterium angewendet werden. Ein Auftraggeber kann demnach einen Abzug bei einem Angebot vornehmen, wenn ein Anbieter den mit der Leistung verbundenen Aufwand signifikant unterschätzt und/oder die Schwierigkeit eines Vorhabens nicht erkennt. Dagegen können ungewöhnlich niedrige Angebote ganz vom Verfahren ausgeschlossen werden, sofern die Voraussetzungen von Art. 44 Abs. 2 Bst. c erfüllt sind (fehlender Nachweis der Erfüllung der Teilnahmebedingungen durch den Anbieter bzw. fehlende Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen).

«Lebenszykluskosten» ist der Oberbegriff für Beschaffungs-, Betriebs-, Rückbau- und Entsorgungskosten. Bei den Betriebskosten sind die Nutzungskosten (z. B. der Verbrauch von Energien und anderen Ressourcen) sowie die Wartungskosten zu berücksichtigen. Bewertet der Auftraggeber die Kosten nach dem Lebenszykluskosten-Ansatz, nennt er in den Ausschreibungsunterlagen die von den Anbietern bereitzustellenden Daten und beschreibt die Methode zur Bestimmung der Lebenszykluskosten.

Das Kriterium der «Nachhaltigkeit» umfasst die drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales. Die Dimension Umwelt wird durch die Aspekte der Umweltverträglichkeit sowie der Ressourcenschonung und -effizienz definiert. Diese Aspekte können Faktoren wie Schadstoffgehalt, Wasser-, Boden- und Luftbelastungen sowie Energie-, Wasser-

verbrauch oder Beeinträchtigung der Biodiversität umfassen. Umwelt- und Ressourcenaspekte können sich auf den Beschaffungsgegenstand selbst, aber auch auf seine Herstellung, Nutzung und Entsorgung beziehen. Die Dimension Soziales ermöglicht es beispielsweise, Fair-Trade-Produkte zu beschaffen oder die Beschäftigung von Personen mit einer gesundheitlichen Einschränkung oder auch die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen zu berücksichtigen. Für die Definition der Umwelt- und Sozialaspekte und ihre Prüfung kann sich der Auftraggeber auf international anerkannte Zertifizierungssysteme stützen. Damit vereinfachen sich die Überprüfungsmöglichkeiten und die Bewertungsprozesse. Der Nachweis, dass gleichwertige Anforderungen eingehalten werden, ist aber stets zuzulassen.

Für den Kanton Zürich gehören die Kriterien «Nachhaltigkeit» und «Betriebskosten» bereits heute zum Katalog möglicher Zuschlagskriterien (§ 33 Abs.1 SVO).

Abs.2

Die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung, d. h. von Lernenden in der beruflichen Grundausbildung, als Zuschlagskriterium ist vergabefremd, wird jedoch von der Politik immer wieder gefordert. Unter bestimmten Voraussetzungen ist es – beschränkt auf Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs – gleichwohl möglich, den Beitrag der Anbieter zur Fachausbildung junger Mitarbeitender zu würdigen. Dies erfolgt im pflichtgemässen Ermessen des Auftraggebers und unter Beachtung der Gleichbehandlung aller Anbieter. Die Anzahl Ausbildungsplätze ist in Relation zur Gesamtzahl an Arbeitsstellen der betreffenden Anbieter zu setzen. Es ist mithin das relative Verhältnis, nicht die absolute Zahl massgeblich. Die eidgenössischen Räte haben ergänzend festgelegt, dass auch berücksichtigt werden kann, inwieweit der Anbieter Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen anbietet.

Für den Kanton Zürich stellt die «Ausbildung von Lernenden in der beruflichen Grundbildung» bereits heute ein obligatorisches Zuschlagskriterium dar, das ausserhalb des Staatsvertragsbereichs mit mindestens 5% und höchstens 10% gewichtet werden muss. Daran soll auch künftig festgehalten werden (vgl. Erläuterungen zu § 6 BeiG IVöB).

Abs.3

Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sind im Sinne der Transparenz in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Bei funktionalen Ausschreibungen, insbesondere wenn ein Dialog vorgesehen ist, kann ausnahmsweise auf eine Vorausmitteilung der Gewichtung verzichtet werden. Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand einer Beschaffung, wäre es unpraktikabel, vom Auftraggeber bereits im Voraus die Gewichtung der Zuschlagskriterien zu verlangen. Charakteristisch für derartige Beschaffungen ist gerade, dass

der Auftraggeber nur das Ziel vorgibt, den Weg dorthin aber allenfalls nicht kennt oder bewusst nicht vorgeben will. Die Ungewissheit der möglichen Angebotsinhalte verunmöglicht eine pflichtgemässe Gewichtung der Kriterien im Voraus. Der Auftraggeber hat immerhin die Rangfolge der Kriterien im Voraus festzulegen und die Bewertung zu dokumentieren.

Die Pflicht zur Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen stellt für den Kanton Zürich eine Neuerung dar. Bisher konnte im Rahmen der Ausschreibung lediglich die Rangordnung der Zuschlagskriterien bekannt gegeben werden (§ 13 Abs. 1 lit. m SVO). Die Neuerung liegt im Interesse der Anbietenden und fördert die Transparenz im Vergabeverfahren.

Abs. 4

Für die Beschaffung standardisierter Güter kann ausschliesslich auf deren Preis abgestellt werden. Dies kann insbesondere dann zulässig sein, wenn allgemein anerkannte Normen und Standards die Qualität des Produkts bereits hinlänglich definieren oder ökologische Aspekte bereits bei den technischen Spezifikationen berücksichtigt wurden. Als Beispiel möge die Beschaffung von Brenn- und Treibstoffen dienen. Der Auftraggeber verfügt diesbezüglich über Ermessen. Werden bei der Ausschreibung von standardisierten Gütern keine Zuschlagskriterien bekannt gegeben, ist der Auftrag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises zu vergeben.

Bei nicht standardisierten Leistungen hat der Preis nicht von vornherein eine die anderen Kriterien überragende Bedeutung. Qualitative Kriterien, Lieferbereitschaft, Serviceorientierung, Innovationskraft oder auch Nachhaltigkeit in der Leistungserbringung können stärker gewichtet werden. Voraussetzung bleibt, dass der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel gemäss Art. 2 Bst. a im Einzelfall gewahrt wird.

Die Bedeutung des Preises hängt immer auch vom angewendeten Bewertungssystem ab. Die Preiskurve sollte so (steil oder flach) gewählt werden, dass sie die gemäss Marktabklärung zu erwartende Angebotsspanne gut abdeckt. Durch eine unangemessene Preisformel kann die Gewichtung dieses Kriteriums verwässert werden. Dies gilt es zu vermeiden.

Art. 30 Technische Spezifikationen (§ 16 SVO)

Abs. 1

Das GPA 2012 sieht wie das bisherige GPA vor, dass die Auftraggeber weder technische Spezifikationen ausarbeiten, annehmen oder anwenden noch Verfahren für die Konformitätsbescheinigung vorschreiben dürfen in der Absicht oder mit der Folge, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen. Abs. 1 setzt diese Vorgaben in enger Anlehnung an das internationale Recht um. Der Begriff der technischen Spezifikationen ist in einem umfassenden Sinn zu verstehen und schliesst auch technische

Anforderungen im Sinne von Merkmalen, Funktionen und Leistungsparametern mit ein.

Abs. 2

Der Auftraggeber definiert die technischen Spezifikationen und bezieht sich dabei nach Möglichkeit auf internationale Normen, auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder weitere Standardisierungsdokumente sowie Branchenempfehlungen. Andere Standardisierungsdokumente als technische Normen sind beispielsweise europäische Bewertungsdokumente für Bauprodukte gemäss dem Bauproduktgesetz vom 21. März 2014 (BauPG, SR 933.0). Internationale Normen (oder Standardisierungsdokumente) im Sinne von Abs. 2 sind dann einschlägig, wenn sie gemäss den technischen Vorschriften in der Schweiz bezeichnet wurden. Bei Beschaffungen im Staatsvertragsbereich ist nach Möglichkeit auf allfällige internationale technische Normen Bezug zu nehmen.

Abs. 3

Grundsätzlich ist es vergaberechtswidrig, bestimmte Handelsmarken oder -namen, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie Anforderungen mit Bezug auf einen bestimmten Ursprung, einen Anbieter oder einen Produzenten in der Leistungsbeschreibung zu nennen. Eine Ausnahme wird gemacht, wenn die Leistung nicht auf eine andere hinreichend präzise oder verständliche Art und Weise beschrieben werden kann. Dies kommt in der Praxis vor, weshalb ein striktes Verbot nicht praktikabel ist.

Verlangt der Auftraggeber ausnahmsweise technische Spezifikationen, die sich an Produkten oder Dienstleistungen von bestimmten Anbietern orientieren, hat er Konkurrenzprodukte oder Dienstleistungen ebenfalls zuzulassen, sofern diese nachweislich die gewünschten Anforderungen erfüllen. Er hat in den Ausschreibungsunterlagen auf diese Möglichkeit hinzuweisen, indem er den Zusatz «oder gleichwertig» oder eine entsprechende Bezeichnung verwendet.

Abs. 4

Obwohl sie im Endprodukt nicht sichtbar sind, können sich ökologisch motivierte technische Spezifikationen auch auf den Herstellungsprozess beziehen, sofern ein sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand vorliegt. Bei der Festlegung und Überprüfung von umwelt- und ressourcenrelevanten technischen Spezifikationen kann der Auftraggeber auf international anerkannte Zertifizierungssysteme abstellen, muss jedoch den Nachweis der Einhaltung gleichwertiger Anforderungen immer zulassen. Zudem darf die Formulierung technischer Spezifikationen nicht zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen.

Art. 31 Bietergemeinschaften und Subunternehmer (teilweise neu;
§ 6 SVO)

Abs. 1

Bietergemeinschaften sind wie bis anhin grundsätzlich zulässig. Sie sind, ebenso wie Subunternehmer, die wesentliche Leistungen erbringen, aus Gründen der Transparenz immer offenzulegen. Ein (justiziable) Anspruch der Anbieter auf Bildung einer Bietergemeinschaft besteht indessen nicht. Der Auftraggeber verfügt diesbezüglich über ein erhebliches Ermessen, das immer mit Blick auf den Zweck und die Grundsätze des Beschaffungsrechts auszuüben ist. Als Grundsatz gilt, dass der Marktzutritt den Anbietern nicht ohne Not beschränkt werden darf. Zur Wirtschaftsfreiheit der Anbieter gehört auch der Entscheid, wie sie sich organisieren. Bietergemeinschaften sollen nur aus begründetem Anlass beschränkt oder sogar ausgeschlossen werden. Ein solcher Ausschluss ist insbesondere dann gerechtfertigt, wenn ein übermässiger Koordinationsaufwand den Beschaffungszweck gefährdet oder unnötige Transaktionskosten generiert werden; wenn also eine Beschaffung von Leistungen durch ein Konsortium von Anbietern nicht wirtschaftlich ist.

Ähnliche Überlegungen leiten die Zulassung oder den Ausschluss von Subunternehmern. Bereits die Prüfung der Eignungskriterien kann den Auftraggeber bei einer Vielzahl von Subunternehmern vor Schwierigkeiten stellen (wobei Subunternehmer unter Umständen nicht alle Eignungskriterien erfüllen müssen).

Abs. 2

Mehrfachbewerbungen von Subunternehmern können den Wettbewerb stärken. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Subunternehmer über besondere Kenntnisse oder Ressourcen (z. B. einen Maschinenpark) verfügt, die auf dem Markt nur sehr beschränkt verfügbar sind. Solche Subunternehmer sollten sich mehrfach bewerben dürfen, da dadurch eine grössere Anzahl von Offerten ermöglicht wird. Hingegen kann eine Mehrfachbewerbung die Kollusion zwischen den Anbietern erleichtern, da ein – unter Umständen massgeblicher – Teil der Angebote vergaberechtlich (da identisch) neutralisiert wird. Daher bedarf es eines zureichenden Grundes (z. B. besondere Kenntnisse und Erfahrungen, Immaterialgüterrechte oder Total- oder Generalunternehmerverträge), um Mehrfachbewerbungen zuzulassen.

Das Gleiche gilt für die Mehrfachbewerbung von Mitgliedern von Bietergemeinschaften, weshalb bei der Zulassung höchste Zurückhaltung geboten ist.

Sofern sich Subunternehmer oder Mitglieder von Bietergemeinschaften mehrfach bewerben, obwohl weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen dies zulassen, werden diese Angebote ausgeschlossen.

Abs. 3

Diese Bestimmung will Angebote von Anbietern verhindern, die selber keine oder nur untergeordnete Aufgaben übernehmen. Die Zwischenschaltung solcher Anbieter, die in erster Linie ihren Namen zur Verfügung stellen, resultiert regelmässig in Zusatzkosten. Auftraggeber sollen die Leistungen direkt von den Leistungserbringern beschaffen. Leistungen, die durch andere Konzern- bzw. Tochtergesellschaften im In- oder Ausland erbracht werden, sind als Leistungen eines Subunternehmers oder eines Mitgliedes einer Bietergemeinschaft zu betrachten. Tochtergesellschaften gelten allenfalls als Subunternehmer oder Lieferanten des Anbieters, und ihre Tatsachen und Rechtspositionen können nicht dem Anbieter zugerechnet werden. Die charakteristische Leistung ist durch den Anbieter zu erbringen. Nur in begründeten Fällen kann vom Grundsatz der Leistungserbringung durch den Anbieter abgewichen werden.

Bei Bietergemeinschaften genügt es, wenn eines der Konsortialmitglieder die charakteristische Leistung erbringt. Bei Leistungen, die typischerweise von Generalunternehmern erbracht werden, besteht die charakteristische Leistung gerade in der Koordination aller Einzelleistungen und der Übernahme der Gesamtverantwortung. Im Übrigen bestimmt sich der charakteristische Leistungsinhalt nach Massgabe der Ausschreibung.

Art. 32 Lose und Teilleistungen (§ 34 SVO)

Abs. 1

Als Grundsatz wird festgehalten, dass ein Anbieter die ausgeschriebenen Leistungen insgesamt anbieten muss. Teilangebote für einzelne Leistungsteile werden nicht berücksichtigt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht, wenn der Auftraggeber den Beschaffungsgegenstand in Lose aufteilt.

Abs. 2

Eine Leistung kann nach Ermessen des Auftraggebers gesamthaft oder in Teilen (Losen) ausgeschrieben werden. Einerseits kann die Volumenbündelung Preisvorteile bringen. Andererseits kann die Aufteilung einer Beschaffung in einzelne Lose den Wettbewerb fördern und insbesondere die Chancen des Anbieters erhöhen, an umfangreichen Beschaffungen teilnehmen zu können. Lose und Teilleistungen dürfen jedoch nicht als Instrument zur Unterschreitung der Schwellenwerte eingesetzt werden.

Abs. 3

Den Anbietern steht es grundsätzlich frei, Angebote für ein Los oder für mehrere Lose einzureichen. Diese Wahlfreiheit kann in der Ausschreibung beschränkt werden. So kann ein Auftraggeber (z. B. zur Vermeidung von Abhängigkeiten) festlegen, dass jedes Los einem anderen Anbieter zugeschlagen wird oder dass ein Anbieter nur eine bestimmte Zahl von Losen erhalten kann. In diesem Fall sollten Regeln für die Zuteilung der Lose

in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen werden. Diese Einschränkung der Wahlfreiheit darf jedoch nicht dazu benutzt werden, bestimmte Anbieter oder Anbietergruppen zu bevorzugen.

Abs. 4 und 5

Durch eine Entbündelung der Leistungen entsteht in der Regel Abstimmungsbedarf an den Schnittstellen. Will der Auftraggeber die verschiedenen Zuschlagsempfänger verpflichten, bei der Leistungserbringung zusammenzuarbeiten, teilt er das in der Ausschreibung mit (Abs. 4). Das Gleiche gilt, wenn sich der Auftraggeber den Zuschlag von Teilleistungen (einzelne Lose) vorbehalten will, auch wenn ein Gesamtangebot eingereicht wird (Abs. 5).

Art. 33 Varianten

Abs. 1

Sogenannte Unternehmensvarianten weisen Vor- und Nachteile auf. Zum einen können sie bessere Lösungen als die in der Ausschreibung definierten ermöglichen. Zum anderen erschweren sie den Vergleich der verschiedenen Angebote. Daher kann der Auftraggeber Unternehmensvarianten beschränken (z. B. auf einen einzelnen Bereich) oder ganz ausschliessen. Eine Begründung ist nicht erforderlich. Erfolgt keine Beschränkung oder kein Ausschluss, sind Variantenvorschläge zulässig. Auf jeden Fall muss aber ein Angebot zum «Amtsvorschlag» unterbreitet werden.

Abs. 2

Mit der Zulassung von Varianten zielt der Auftraggeber nicht darauf, eine andere Leistung als die ausgeschriebene zu beschaffen. Vielmehr kann durch Varianten ein anderer Lösungsansatz oder ein anderer Lösungsweg beschrieben werden. Varianten müssen somit immer eine leistungsbezogene, inhaltliche Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen enthalten, jedoch mit dem Beschaffungsgegenstand funktional gleichwertig sein. Die Gleichwertigkeit ist durch den Anbieter nachzuweisen. Bewegen sich Varianten ausserhalb des ausgeschriebenen Leistungsgegenstands, werden sie nicht berücksichtigt.

Bei unterschiedlichen Preisarten wird der Vergleich der Angebote schwierig. Wählt ein Anbieter lediglich eine andere Preisart (z. B. Globalpreis anstelle von Einheitspreis), liegt keine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot vor. Erforderlich ist, dass die verschiedenen Offerten vergleichbar und bewertbar bleiben.

Art. 34 Formerfordernisse (§ 24 SVO)

Abs. 1

Die Angebote müssen schriftlich gemäss den Angaben in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen eingereicht werden. Sie sind von den Anbietern rechtsgültig zu unterzeichnen und müssen innerhalb der

Frist sowie vollständig beim Auftraggeber eingereicht werden. Die Regeln zur Angebotseinreichung ergeben sich aus der Ausschreibung oder aus den Ausschreibungsunterlagen.

Eine Missachtung der Formvorschriften kann zum Ausschluss einer Offerte führen. Allerdings vermag nicht jede Unregelmässigkeit eine solche Sanktion zu rechtfertigen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit darf und muss vom Ausschluss einer Offerte abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die infrage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (Verbot des überspitzten Formalismus).

Abs. 2

Die Vereinbarung lässt Raum für die elektronische Abgabe von Angeboten unter Verwendung einer unbestreitbaren Identifikation der Anbieter. Die Formerfordernisse, insbesondere für die Einhaltung der Angebotsfrist und die Vollständigkeit der Unterlagen, sind in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen zu definieren.

6. Kapitel: Ablauf des Vergabeverfahrens

Art. 35 Inhalt der Ausschreibung (teilweise neu)

In diesem Artikel wird der Mindestinhalt der öffentlichen Ausschreibung festgelegt. Art. 35 entspricht weitgehend bisherigem Recht (§§ 11 und 12 VRöB bzw. § 13 SVO).

Bst. l: Die Ausschreibung kann bei Bedarf auch die Auflage enthalten, dass Leistung und Preis getrennt einzureichen sind (Zwei-Couverts-Methode).

Bst. m: In der Ausschreibung ist auf die sprachlichen Verhältnisse des Gebietes Rücksicht zu nehmen, in dem der Auftrag zur Ausführung gelangt. Im Staatsvertragsbereich muss ein Auftrag, der nicht in einer Amtssprache der Welthandelsorganisation WTO (Englisch, Französisch und Spanisch) ausgeschrieben wird, zusätzlich von einer Zusammenfassung in einer WTO-Sprache begleitet sein. Sie ist konsequenterweise in französischer Sprache zu verfassen, die als einzige Amtssprache der Schweiz eine Sprache der WTO ist.

Bst. p: Die Gewichtung der Zuschlagskriterien muss nicht bei jedem Beschaffungsvorhaben angegeben werden. Bei funktionalen Ausschreibungen, d. h., wenn lediglich das Ziel der Beschaffung bekannt ist, kann darauf verzichtet werden (Art. 29 Abs. 3).

Bst. s: Bei Bedarf ist in der Ausschreibung der Hinweis aufzuführen, wonach eine kostendeckende Gebühr erhoben werden kann.

Bst. u: Sofern ein an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens beteiligter Anbieter nicht qualifiziert vorbefasst ist und zur Angebotseinreichung zugelassen wird (vgl. Art. 14 Abs. 1), kündigt dies der Auftraggeber aus Transparenzgründen in der Ausschreibung an und legt die Beteiligungsverhältnisse offen.

Art. 36 Inhalt der Ausschreibungsunterlagen (§ 15 SVO)

Die Auftraggeber stellen den Anbietern Unterlagen zur Verfügung, die alle erforderlichen Angaben enthalten, um Angebote oder Teilnahmeanträge einzureichen. Diese Ausschreibungsunterlagen werden in der Regel zeitgleich mit der Ausschreibung und ebenfalls in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.

«Ausschreibungsunterlagen» ist ein Oberbegriff. Er deckt nicht nur die Unterlagen bei öffentlichen Ausschreibungen (d. h. Beschaffungen im offenen oder selektiven Verfahren), sondern auch die Unterlagen bei Einladungsverfahren ab (vgl. Art. 20 Abs. 2).

Bst. c: Eignungskriterien sind Mindestanforderungen an die Eignung der Anbieter und werden daher in der Regel nicht gewichtet. Eine Ausnahme bildet z. B. die Präqualifikation im selektiven Verfahren. Falls im selektiven Verfahren lediglich eine bestimmte Anzahl geeigneter Anbieter zur Einreichung der Offerte zugelassen wird, muss in der Präqualifikation eine Rangliste resultieren. Dies kann nur über die Bewertung einzelner Eignungskriterien erreicht werden.

Bst. d: Die Gewichtung der Zuschlagskriterien muss angegeben werden, wenn keine Ausnahme nach Art. 29 Abs. 3 vorliegt, was für den Kanton Zürich – wie erwähnt – eine Neuerung darstellt.

Bst. e: Bei elektronischen Beschaffungen sind in den Ausschreibungsunterlagen die Anforderungen an die Authentifizierung sowie Verschlüsselung bei einer elektronischen Angebotseinreichung und die Regeln für elektronische Auktionen zu bezeichnen. Mit den offenen Formulierungen soll künftigen technischen Entwicklungen in diesem Bereich Rechnung getragen werden können.

Art. 37 Angebotsöffnung (teilweise neu; § 27 SVO)

Abs. 1

Angebote werden nach dem Eingang in einem formalisierten Verfahren geöffnet und auf ihre formelle Vollständigkeit geprüft. Damit werden unerlaubte Nachbesserungen der Offerten im Interesse der Gleichbehandlung der Anbieter verhindert. Den Kantonen bleibt es aufgrund der gewählten Formulierung weiterhin freigestellt, auf öffentliche Offertöffnungen zu verzichten.

Abs. 2

Die eingegangenen Angebote werden nach deren Öffnung in einem Protokoll festgehalten. Inhaltliche Bemerkungen zu den Angeboten gehören nicht in das Offertöffnungsprotokoll. Das Protokoll wird zu den Vergabeakten genommen.

Abs. 3

Die Zwei-Couverts-Methode will sicherstellen, dass eine qualitative Bewertung der Angebote zunächst ohne Berücksichtigung der finanziellen Bedingungen erfolgt. Damit soll eine vorurteilslose Prüfung der Leistungsangebote ermöglicht werden. Die Preisangebote werden erst anlässlich der Öffnung der zweiten Couverts bekannt und in die Bewertung der Gesamtangebote einbezogen. Qualitativ nicht optimale Angebote dürfen allerdings auch bei dieser Bewertungsmethode nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden.

Abs. 4

Auf Verlangen wird den Anbietern spätestens nach dem Zuschlag Einsicht in das Protokoll gewährt. Für die übrigen Verfahrensakten besteht dagegen im Rahmen des Verfügungsverfahrens kein Anspruch auf Akteneinsicht (vgl. Art. 57 Abs. 1). Diese Regelung entspricht der bisherigen VRöB (§ 26 Abs. 4) sowie § 27 Abs. 4 SVO.

Art. 38 Prüfung der Angebote (§§ 29, 30, 32 SVO)

Zunächst werden die eingereichten Angebote auf die Einhaltung der Formvorschriften überprüft (rechtzeitige Eingabe, Vollständigkeit, Unterschriften usw.). Danach sind die Angebote rechnerisch und anhand der Eignungs- und Zuschlagskriterien zu prüfen. Anschliessend ist eine bereinigte Vergleichstabelle über die Angebote zu erstellen, welche die Grundlage für den Zuschlagsentscheid bilden soll.

Abs. 1

Offensichtliche Rechenfehler sind von Amtes wegen zu korrigieren. Dies bedeutet, dass solche Fehler einer Berücksichtigung des Angebots nicht entgegenstehen. Das korrigierte Angebot ist vielmehr in die Evaluation einzubeziehen.

Davon zu unterscheiden sind absichtliche oder versehentliche Kalkulationsfehler (z. B. Liefern und Einbringen einer bestimmten Betonqualität à Fr. 150 statt Fr. 250, weil die Transportkosten vergessen wurden) oder Fehler in der Preiserklärung der Anbieter (z. B. Kantholz ab Sägewerk à Fr. 35 pro m³ anstatt Fr. 350 pro m³). In diesen Fällen ist eine Berichtigung von Amtes wegen unzulässig.

Abs. 2

Die Erläuterung ist grundsätzlich auf die Korrektur von unbeabsichtigten Fehlern begrenzt und darf nicht zur Änderung der Angebote oder Nach-

besserung von Mängeln (mit Ausnahme von Rechenfehlern) führen. Es liegt im Ermessen des Auftraggebers, ob und auf welchem Weg die Angebote erläutert werden sollen.

Abs. 3

Diese Bestimmung verpflichtet – bisher handelt es sich gemäss VRÖB und § 32 SVO um eine Kann-Bestimmung – den Auftraggeber, im Falle ungewöhnlich niedriger Angebote beim Anbieter nachzufragen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die Modalitäten der Auftrags Erfüllung richtig verstanden wurden. Kann der Anbieter die Einhaltung dieser Bedingungen nicht oder nicht überzeugend garantieren und allfällige Zweifel an einer korrekten Auftrags Erfüllung nicht ausräumen, kann das Angebot ausgeschlossen werden (vgl. Art. 44 Abs. 2 Bst. c).

Ungewöhnlich tiefe Angebote stellen per se kein vergaberechtliches Problem dar. Unzulässig sind hingegen unlautere Angebote im Sinne des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG, SR 241). Unlauter ist ein Angebot, wenn ein Unternehmen die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- und Abgabehinterziehungen resultieren.

Der Ausschluss eines Angebots kann zudem im Einzelfall auch dann geboten sein, wenn gewisse Einzelpreise ungewöhnlich niedrig und andere Einzelpreise dagegen ungewöhnlich hoch sind (z. B. infolge Preisumlagerungen von Einheits- in Pauschalpreispositionen) und dadurch der öffentlichen Hand ein erhebliches Vergaberisiko entsteht.

Abs. 4

Die Zwei-Couverts-Methode will sicherstellen, dass eine qualitative Bewertung der Angebote zunächst ohne Berücksichtigung der finanziellen Bedingungen erfolgt. Damit soll eine vorurteilslose Prüfung der Leistungsangebote ermöglicht werden. Die Preisangebote werden erst anlässlich der Öffnung der zweiten Couverts bekannt und in die Bewertung der Gesamtangebote einbezogen.

Art. 39 Bereinigung der Angebote (neu)

Um einen fairen Vergleich sicherzustellen, soll es im Rahmen der Bereinigung weiterhin möglich sein, den Leistungsgegenstand anzupassen. Anlässlich der Bereinigungen können direkte Kontakte mit den Anbietern stattfinden, die jedoch dokumentiert werden müssen.

Abs. 1 und 2

Eine Bereinigung der Angebote kann insbesondere bei komplexen Leistungen nötig werden. Die Bereinigung dient einerseits der Klärung von Missverständnissen und der Füllung echter Lücken in den Ausschreibungsunterlagen. Mit der Angebotsbereinigung wird dem Auftraggeber andererseits im Sinne einer Flexibilisierung ein Instrument in die Hand gegeben,

während einer laufenden Ausschreibung den Leistungsgegenstand innerhalb vorgegebener Schranken zu optimieren und die Angebote vergleichbar zu machen.

Leistungsänderungen oder -reduktionen dürfen nicht dazu dienen, die Konformität einzelner Angebote, welche die ursprünglich gestellten Anforderungen klarerweise nicht erfüllt haben, nachträglich herbeizuführen. Angebote, die unvollständig sind oder anderweitig nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen, sind vom Verfahren auszuschliessen. So besteht kein Rechtsanspruch eines Anbieters, sein Angebot, das technische Spezifikationen nicht erfüllt, nachträglich zu ergänzen, um die Ausschreibungskonformität im zweiten Anlauf herzustellen. Bei geringfügigen Offertmängeln muss mit Rücksicht auf das Verbot des überspitzten Formalismus Hand zu einer Nachbesserung geboten werden.

Abs. 3

Die Notwendigkeit zu Preisadjustierungen kann sich dann aufdrängen, wenn der Leistungsgegenstand im Rahmen der Angebotsbereinigung angepasst oder konkretisiert werden muss. Das Gebot der wirtschaftlichen Beschaffung kann bei Änderungen am Leistungsinhalt auch auf der Preisseite Anpassungen zur Folge haben. In finalen oder funktionalen Ausschreibungen, in denen lediglich das Ziel der Beschaffung vorgegeben wird, ist die Bereinigung von Leistungselementen regelmässig erforderlich. Dabei ist auf die Gleichbehandlung der Anbieter zu achten. Preisverhandlungen sind grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. dazu auch Art. 24 Abs. 2).

Art. 40 Bewertung der Angebote (teilweise neu)

Abs. 1

Die Bewertung der Angebote darf nur nach Massgabe der in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilten Zuschlagskriterien erfolgen. Zur besseren Vergleichbarkeit der Angebote sind die Resultate der Prüfung in einer Bewertungsmatrix festzuhalten. In der Praxis verfügt die Vergabebehörde sowohl beim Erstellen der Beurteilungsmatrix als auch beim Bewerten der Kriterien über ein erhebliches Ermessen. Erforderlich ist, dass sich aus der Dokumentation (Evaluationsbericht) die wesentlichen Gründe für die Bewertung, d. h. die Vorteile des berücksichtigten Angebots gegenüber den Angeboten der unterlegenen Anbieter, klar und zweifelsfrei nachvollziehen lassen.

Abs. 2

Je nach der Komplexität der Beschaffungsvorhaben kann die Prüfung der Offerten einen erheblichen Aufwand bedeuten. Einerseits kann es beispielsweise bei standardisierten Normpositionen im Hoch- oder Tiefbau bereits nach der Prüfung weniger Hauptkapitel klarwerden, welche Angebote überhaupt noch für den Zuschlag infrage kommen. Andererseits kann es zuweilen erforderlich sein, im Rahmen der Angebotsbewertung einen

Labor- oder Feldtest durchzuführen, um bestimmte Eigenschaften der Leistung effektiv und nicht nur auf dem Papier beurteilen zu können. Gestützt auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit muss es dem Auftraggeber erlaubt sein, nach einer ersten Prüfung die Anzahl der Angebote zu reduzieren und nur die so verbleibenden Angebote in einem zweiten Schritt einer weiteren Prüfung und Bewertung zu unterziehen. Die ausgeschiedenen Anbieter werden über den Vorentscheid informiert, wobei dieser Entscheid allerdings nicht selbstständig anfechtbar ist. Im Sinne des Transparenzgebots empfiehlt es sich, die Anwendung dieser Norm und die Anzahl der Anbieter, die nach der ersten Prüfung zu Ende evaluiert werden, bereits in der Ausschreibung bekannt zu geben. In allen Fällen ist sicherzustellen, dass trotz Reduktion der Angebote ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

Art. 41 Zuschlag (teilweise neu; § 33 SVO)

Ein kardinaler Grundsatz des Staatsvertragsrechts verlangt, dass der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt. Diese für die deutschsprachige Schweiz bisher gewählte Formulierung entspricht dem geltenden Recht von Bund und Kantonen und steht auch im Einklang mit der Terminologie in den EU-Richtlinien.

Beim «vorteilhaftesten» Angebot geht es um die optimale Erfüllung der Zuschlagskriterien, also um die Gesamtqualität des Angebots. Daher besteht im Beschaffungsrecht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung des Zuschlags an denjenigen Anbieter, der das vorteilhafteste Angebot eingereicht hat. Dieses wird ermittelt, indem neben Qualität und Preis einer Leistung sowie je nach Leistungsgegenstand weitere gleichwertige Kriterien wie beispielsweise Zweckmässigkeit, Termine, Lebenszykluskosten, Nachhaltigkeit, Lieferbedingungen, Kundendienst usw. (vgl. Art. 29) berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung von Sekundärzielen (wie Förderung von Innovationen, soziale Eingliederung, Ausbildungsplätze in der beruflichen Grundbildung) ist ebenso möglich, darf aber nicht in einer Diskriminierung oder einer ungerechtfertigten Verweigerung des Marktzutritts resultieren.

Art. 42 Vertragsabschluss

Abs. 1

Der Zuschlag erfolgt durch Verfügung gemäss kantonalem Verfahrensrecht. Der daran anschliessende Vertrag untersteht in der Regel (aber nicht zwingend und nicht ausnahmslos) dem Privatrecht. Auch wenn der Anbieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag erhält, besteht kein Anspruch auf einen Vertragsabschluss (fehlender Kontrahierungszwang). Der Vertragsschluss liegt im Ermessen des Auftraggebers.

Obwohl einer allfälligen Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt, darf der Beschaffungsvertrag erst nach Ablauf der Beschwerdefrist bzw. nach der Abwei-

sung eines Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung geschlossen werden.

Abs. 2

Würde ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht gestellt oder abgelehnt, so darf der Beschaffungsvertrag mit dem Zuschlagsempfänger abgeschlossen werden. Falls für eine Beschaffung ein Verpflichtungskredit erforderlich ist, steht der Zuschlag unter dem Vorbehalt der Bewilligung des Verpflichtungskredits durch die zuständige Instanz. Dieser Vorbehalt ist im Zuschlag festzuhalten. Die Beschwerdefrist läuft gleichwohl ab der Eröffnung des Zuschlags, nicht erst ab der Kreditgenehmigung.

Art. 43 Abbruch (§ 37 SVO)

Abs. 1

Ein Beschaffungsverfahren wird entweder durch eine Zuschlags- oder durch eine Abbruchverfügung abgeschlossen, die den Anbietern eröffnet wird (vgl. Art. 51). Ein Abbruch ist aus zureichenden Gründen in jedem Verfahrensstand möglich. Über das Beschaffungsbedürfnis entscheidet allein der Auftraggeber. Die Aufzählung möglicher Abbruchgründe in Abs. 1 ist exemplarisch. Massgebend ist einzig, dass sich der Auftraggeber auf hinreichend sachliche Gründe stützt und mit dem Abbruch weder eine gezielte Diskriminierung eines Anbieters noch die Behinderung des Wettbewerbs beabsichtigt oder bewirkt.

Bst. a: Wenn der Auftraggeber das beabsichtigte Vorhaben nicht verwirklicht, ist ein Abbruch regelmässig definitiv und ohne Weiteres zulässig. Dazu kann es z. B. dann kommen, wenn eine Leistung unter Vorbehalt der Kreditgewährung ausgeschrieben wird und der Kredit in der Folge nicht gesprochen wird. Auch aufgrund neuer Erkenntnisse kann ein Auftraggeber beschliessen, von der Vergabe eines öffentlichen Auftrags abzusehen.

Bst. b–e: Die Leistungsanforderungen werden gelegentlich «überspezifiziert». Ein Abbruch ist daher auch dann zulässig, wenn kein Angebot die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen erfüllt (Bst. b). Ebenso rechtfertigen veränderte Rahmenbedingungen (Bst. c) und die daraus resultierende Möglichkeit eines günstigeren Angebots einen Abbruch des Verfahrens – beispielsweise, wenn der Auftraggeber im Laufe des Verfahrens neue Erkenntnisse erlangt (z. B. von neuen Techniken). Ein Abbruch ist jedoch auch aufgrund einer wesentlichen Bedarfsänderung (Bst. f) möglich oder wenn die eingereichten Angebote die geschätzten Kosten deutlich übersteigen (Bst. d). Für die Beurteilung unzulässiger Wettbewerbsabreden (Bst. e) wird auf die Erläuterungen zu Art. 44 Abs. 2 verwiesen. Aus einer Abbruchverfügung muss direkt hervorgehen, aus welchen sachlichen Gründen der Auftraggeber das Verfahren abbricht.

Abs. 2

Bei einem Abbruch aus sachlichem Grund haben die Anbieter keinen Anspruch auf Entschädigung ihrer Auslagen für die Einreichung des Angebots. Ein solcher Abbruchentscheid stellt keine Rechtsverletzung dar.

Materiell entspricht der Abbruch weitgehend der bisherigen, nicht abschliessenden Regelung der Abbruchgründe in der VRöB (§ 36) bzw. § 37 SVO. Neu werden «zureichende Gründe» statt «wichtige» Gründe vorausgesetzt.

Art. 44 Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags
(§ 4a BeiG)

Abs. 1

Sanktionen im Rahmen von öffentlichen Vergaben erschöpfen sich nicht in der Möglichkeit, Anbieter aus einem Verfahren auszuschliessen. Darüber hinaus muss ein wirksames Instrumentarium auch die Möglichkeit enthalten, einen Anbieter aus einem amtlichen Verzeichnis zu streichen und einen bereits erteilten Zuschlag zu widerrufen. Die Auftraggeber haben diesbezüglich ein grosses Ermessen. Ebenso kann es sich von Fall zu Fall empfehlen, die betroffene Ausschreibung abzubrechen.

Die Bestimmung enthält eine Liste von Tatbeständen, die einen Ausschluss, einen Widerruf des Zuschlags oder die Streichung aus einem Verzeichnis rechtfertigen. Im ersten Absatz werden diejenigen Tatbestände abschliessend aufgeführt, die sichere Kenntnis voraussetzen. Der Auftraggeber ist gehalten, sich diese Kenntnis vor seinem Entscheid zu verschaffen.

Bst. h: Dies erlaubt es den Vertragsparteien, negative Erfahrungen mit einem Anbieter bei früheren Vergaben in den Ausschlussentscheid miteinzubeziehen. Die Gründe für einen solchen Ausschluss müssen objektiv und schwerwiegend sein. Untergeordnete Mängel oder Versäumnisse bei der Erfüllung früherer Aufträge berechtigen nicht zu einem Ausschluss.

Erfasst werden etwa die mangelhafte Ausführung früherer Aufträge sowie Fälle, in denen der Anbieter in anderer Weise erkennen liess, kein verlässlicher und vertrauenswürdiger Vertragspartner zu sein. Letzteres ist ein Auffangtatbestand; seine Anwendung bedarf einer sorgfältigen Interessenabwägung und wird in der Regel voraussetzen, dass der Anbieter erfolglos abgemahnt wurde. Sichere Kenntnis dieser Ausschlussgründe dürfte regelmässig nur der Auftraggeber haben, der bereits auf entsprechende Erfahrungen mit dem Anbieter zurückblicken kann. Den Vergabestellen wird empfohlen, die fehlende Verlässlichkeit oder Vertrauenswürdigkeit des Vertragspartners zu dokumentieren.

Abs. 2

Der zweite Absatz enthält eine nicht abschliessende Liste von Tatbeständen, die bereits bei Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte zur Anwendung gelangen können. So kann beispielsweise bei einem dringenden

Verdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsabrede mit einem Ausschluss nicht bis zum Abschluss des WEKO-Verfahrens zugewartet werden. Gleiches gilt für den dringenden Verdacht einer Insolvenz oder einer Verletzung der Teilnahmebedingungen (wie Schwarzarbeit sowie Arbeitsschutz, Gesamtarbeitsvertrag und Lohngleichheit zwischen Frau und Mann). Die Zusammenarbeit bei der Leistungserbringung setzt Vertrauen in die Anbieter voraus. Ist dieses Vertrauen zerstört oder ernstlich gefährdet, soll der Auftraggeber nicht zur Zusammenarbeit gezwungen werden. Der Ausschluss eines Anbieters vom Vergabeverfahren kann nach Ermessen des Auftraggebers durch Verfügung unmittelbar oder mit dem Zuschlag erfolgen.

Art. 45 Sanktionen (teilweise neu; §§ 4a und 4b BeiG, § 40 SVO)

Die Zuständigkeit zur Ergreifung von Sanktionen ergibt sich aus den Organisationsbestimmungen der einzelnen Kantone. Werden die Bestimmungen des Beschaffungsrechts in schwerwiegender Weise verletzt, kann dies eine Administrativuntersuchung und für die verantwortlichen Personen Disziplinar massnahmen zur Folge haben. Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde hat die Möglichkeit, einen Anbieter oder einen Subunternehmer zu sanktionieren, wenn dieser sich rechtswidrig verhält.

Im Weiteren setzt die Verhängung einer Sanktion ein Verschulden der fehlbaren Person voraus, wobei die fahrlässige Verletzung in den häufigsten Fällen ausreichend sein dürfte (z. B. bei Verletzung von Arbeitnehmerschutzbestimmungen).

Abs. 1

Bei schwerwiegenden Widerhandlungen kann der Auftraggeber fehlbare Anbieter oder Subunternehmer ohne vorgehende Verwarnung von künftigen Vergaben für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausschliessen oder ihnen eine Busse von bis zu 10% der bereinigten Angebotssumme auferlegen. In leichten Fällen kann eine Verwarnung erfolgen. Statt einer direkten Sanktion kann auch die Anzeige an eine Spezialbehörde erfolgen. Diese Sanktionen sind möglich, wenn ein Anbieter bzw. Subunternehmer oder seine Organe rechtskräftig wegen eines Verbrechens im Zusammenhang mit einem öffentlichen Auftrag verurteilt worden sind oder ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers begangen haben. Eine Verwarnung, eine Busse oder ein Ausschluss von weiteren öffentlichen Aufträgen des jeweiligen Auftraggebers ist zudem möglich, wenn ein Anbieter bzw. Subunternehmer Bestimmungen zur Bekämpfung der Korruption verletzt hat. Schliesslich können auch die Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede oder die Verletzung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleich-

heit oder der Bestimmungen zur Vertraulichkeit zu einer Verwarnung, einer Busse oder zu einem Ausschluss führen.

Es steht im Ermessen des jeweiligen Auftraggebers oder der nach gesetzlicher Anordnung zuständigen Behörde, ob er bzw. sie eine Sanktion ausspricht. Ein Ausschluss von künftigen Vergaben stellt eine schwere Sanktion dar, die bei einmaligen leichten Verstössen in der Regel nicht gerechtfertigt ist. Bei wiederholten oder schweren Widerhandlungen, namentlich nach einem rechtskräftigen Strafurteil wegen Korruption, kann diese Sanktion angemessen sein.

Ein Anbieter, der in schwerwiegender oder wiederholter Weise Bestimmungen über die Schwarzarbeit missachtet hat und deswegen rechtskräftig verurteilt wurde, wird grundsätzlich gemäss Art. 13 BGSA sanktioniert. Er wird entweder von der zuständigen kantonalen Behörde während längstens fünf Jahren von künftigen Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens auf kommunaler, kantonaler und eidgenössischer Ebene ausgeschlossen, oder es können ihm während einer bestimmten Dauer Finanzhilfen gekürzt oder gestrichen werden.

Abs. 2

Die Sanktionsmöglichkeiten Verwarnung, Busse und Ausschluss bestehen unabhängig von weiteren rechtlichen Schritten gegen den fehlbaren Anbieter, Subunternehmer oder deren Organe. In diesem Zusammenhang ist an Untersuchungen und Sanktionen der Wettbewerbsbehörden, der Strafverfolgungsbehörden oder paritätischer Kommissionen zu denken, soweit diese nicht die Voraussetzung der Sanktionierung nach dieser Bestimmung bilden.

Abs. 3

Mit dieser Bestimmung wird die gesetzliche Grundlage für eine zentrale Liste der von künftigen öffentlichen Aufträgen ausgeschlossenen Anbieter und Subunternehmer geschaffen. Der Bund sieht gemäss BöB eine vergleichbare Liste vor. Bund und Kantone werden die so erhobenen Daten in geeigneter Weise austauschen.

Da die Aufführung auf einer solchen Liste einem Anbieter oder Subunternehmer Nachteile bringen könnte, ist die Liste nicht öffentlich, d. h., sie wird nicht aktiv publiziert.

Der Kanton Zürich kennt bereits heute eine Liste für rechtskräftig sanktionierte Anbieter (§ 4b Abs. 3 und 4 BeiG). Diese wird von der Baudirektion (Generalsekretariat) geführt (§ 40 SVO) und ist ebenfalls nicht öffentlich.

Abs. 4

Abs. 4 bildet eine gesetzliche Grundlage für den Erlass und die Durchsetzung verbindlicher Weisungen. Missachtet ein Auftraggeber Bestimmungen dieser Vereinbarung, ist die zuständige kantonale Behörde berech-

tigt und verpflichtet, einzuschreiten. Neben der Weisung, ein gesetzeskonformes Vergabeverfahren durchzuführen, kommt auch die Aufforderung in Betracht, einen unter Missachtung der Vereinbarung geschlossenen Vertrag unter Beachtung der massgeblichen Fristen zu kündigen.

Abs. 5

Im Gegenzug zu den Möglichkeiten gegenüber fehlbaren Anbietern sind auch Sanktionen im Falle von Widerhandlungen durch Auftraggeber, die öffentliche Beiträge erhalten, vorzusehen. Gesprochene Beiträge können ganz oder teilweise entzogen bzw. zurückgefordert werden. Zuständig zum Erlass dieser Massnahme ist der jeweilige Beitraggeber. Der Rechtsschutz gegen die Verhängung einer solchen Sanktion ergibt sich aus dem massgebenden Subventionsrecht oder subsidiär aus den auf den Subventionsgeber anwendbaren Rechtsgrundlagen. Selbstredend bleiben nicht nur in subventionierten Fällen, sondern auch bei eigenen Vergaben des Kantons oder der Gemeinden Disziplinar massnahmen (unter Umständen sogar strafrechtliche Verfolgungen) gegen die verantwortlichen Personen vorbehalten.

7. Kapitel: Fristen und Veröffentlichungen, Statistik

Zur Verbesserung der Transparenz führt das GPA 2012 einen separaten Artikel betreffend «Information über das Beschaffungswesen» ein. Darin ist für den Staatsvertragsbereich vorgesehen, dass die Vertragsstaaten im Publikationsorgan gemäss Anhang III (in elektronischer Form oder in Papierform) die Bekanntmachungen betreffend Beschaffungen, die Anzeigen zur Aufnahme auf die mehrfach verwendbare Anbieterliste und die Bekanntmachungen betreffend Zuschlagserteilung und damit zusammenhängende Informationen veröffentlichen. Die Anzeigen haben in einem weit verbreiteten Publikationsorgan zu erfolgen und sollen zumindest für die angekündigte Dauer der Publikation leicht zugänglich sein.

Im geltenden Recht fehlt eine übersichtliche Darstellung, welche Entscheide und Mitteilungen zu veröffentlichen sind. Art. 48 und 50 sollen diesbezüglich Abhilfe schaffen und die Transparenzerfordernisse des GPA 2012 umsetzen.

Art. 46 Fristen (§§ 19–21 SVO)

Abs. 1

Umfang und Komplexität der unterstellten Beschaffungen unterscheiden sich erheblich. Die Vereinbarung sieht daher nur Mindestfristen vor. Bei umfangreichen Beschaffungen sollten diese Fristen wie unter geltendem Recht angemessen verlängert werden.

Vorbehältlich abweichender Instruktionen des Auftraggebers ist die Frist für eine schriftliche Eingabe gewahrt, wenn diese am letzten Tag der Frist (spätestens um Mitternacht) der Vergabebehörde eingereicht oder zu deren Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird. Beim Einreichen eines Angebots auf dem Postweg ist für die Fristwahrung der Poststempel relevant. Abweichend davon ist es dem Auftraggeber im Einklang mit der bisherigen Praxis freigestellt, die Frist in der Ausschreibung unter Bestimmung des Tages und der Uhrzeit so festzusetzen, dass das vollständige Angebot zur Fristwahrung zu diesem Zeitpunkt eingehen muss. Dann spielt das Datum der Postaufgabe keine Rolle, und es wird einzig darauf abgestellt, ob das Angebot zu diesem Zeitpunkt vollständig und in der verlangten Form beim Auftraggeber eingeht.

Abs. 2

Die Minimalfristen für das offene und das selektive Verfahren richten sich im Staatsvertragsbereich nach dem GPA 2012.

Abs. 3

Im Gegensatz zu Fristverkürzungen sind Fristverlängerungen im Ermessen des Auftraggebers ohne Einschränkungen möglich, solange sie rechtsgleich angewendet werden. Im offenen und selektiven Verfahren sind Fristverlängerungen zu publizieren; im Einladungsverfahren genügt eine schriftliche Anzeige, die gleichzeitig an alle Anbieter ergeht.

Abs. 4

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beträgt die Frist zur Einreichung von Angeboten in der Regel mindestens 20 Tage. Eine Unterschreitung dieser Minimalfrist ist nur ausnahmsweise möglich, wobei eine Minimalfrist von fünf Tagen in jedem Fall einzuhalten ist (bei standardisierten Waren und Dienstleistungen).

Art. 47 Fristverkürzung im Staatsvertragsbereich (teilweise neu;
§ 47 SVO)

Fristverkürzungen im Staatsvertragsbereich sind sowohl beim offenen als auch beim selektiven Verfahren möglich. Bei Letzterem kann der Antrag zur Teilnahme je nach Umständen gemäss Abs. 1 verkürzt werden.

Abs. 1

Die Möglichkeit zur Fristverkürzung auf zehn Tage im Staatsvertragsbereich wegen nachgewiesener Dringlichkeit entspricht dem GPA 2012.

Abs. 2

Bei elektronischer Publikation einer Beschaffung (Bst. a), bei gleichzeitiger elektronischer Publikation der Ausschreibungsunterlagen (Bst. b) sowie bei elektronischer Entgegennahme der Angebote (Bst. c) kann die Minimalfrist von 40 Tagen im Staatsvertragsbereich für die Einreichung der Angebote um je fünf Tage, also um insgesamt 15 Tage, verkürzt werden.

Abs. 3 und 4

Weitere Verkürzungen auf bis zu zehn Tage für die Einreichung der Angebote sind im Staatsvertragsbereich möglich, wenn spätestens 40 Tage und frühestens zwölf Monate vor der Publikation der Ausschreibung eine Vorankündigung ergangen ist bzw. bei wiederkehrend benötigten Leistungen der Auftraggeber auf die Fristverkürzung hingewiesen hat.

Abs. 5

«Gewerbliche Waren oder Dienstleistungen» im Sinne dieser Bestimmung sind Leistungen, die regelmässig von privaten Nachfragern für private Zwecke erworben werden (insbesondere Leistungen des täglichen Bedarfs). Soweit diese Leistungen im Hinblick auf einen Verkauf oder Wiederverkauf erworben werden, ist ihre Beschaffung ohnehin nach Art. 10 Abs. 1 Bst. a von der Geltung der Vereinbarung ausgenommen. Werden gewerbliche Waren und Dienstleistungen indessen vom Auftraggeber beansprucht («konsumiert»), ist eine Fristverkürzung möglich.

Art. 48 Veröffentlichungen (teilweise neu; §§ 11, 14, 35 SVO)

Abs. 1

Der Einsatz moderner Informationstechnologien verbessert die Transparenz des öffentlichen Beschaffungswesens und erleichtert den Marktzutritt. Sowohl im offenen als auch im selektiven Verfahren werden die Ausschreibung, der Zuschlag sowie der Abbruch auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen publiziert. Zudem besteht auch in Bezug auf freihändig erteilte Zuschläge im Staatsvertragsbereich eine Publikationspflicht.

Aufgrund der raschen Entwicklung im Bereich der Domainnamen und des E-Governments wird darauf verzichtet, die Publikationsplattform in der Vereinbarung zu benennen. Heute ist das die Plattform «simap.ch»; sie steht in Deutsch, Französisch, Italienisch und weitgehend auch in Englisch zur Verfügung. Träger und Verantwortlicher von «simap.ch» ist der Verein für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz. Der Bund sowie sämtliche Kantone sind Vereinsmitglieder und leisten dazu finanzielle Beiträge.

Abs. 2

Die Ausschreibungsunterlagen werden in der Regel zeitgleich mit der Ausschreibung und ebenfalls elektronisch zur Verfügung gestellt. Werden die Ausschreibungsunterlagen bei der Veröffentlichung der Ausschreibung gemäss Abs. 1 nicht auf der Internetplattform öffentlich zugänglich gemacht, hat der Auftraggeber die Unterlagen interessierten Anbietern auf anderem Weg zur Verfügung zu stellen (z. B. als DVD, CD-ROM oder Papierkopien auf dem Postweg).

Werden die Ausschreibungsunterlagen zeitgleich mit der Ausschreibung auf der Internetplattform publiziert, nehmen die darin enthaltenen Festlegungen an derselben Publizitätswirkung teil. Sie sind daher nach Massgabe von Art. 53 Abs. 2 zusammen mit der Ausschreibung anzufechten. Der Zugang zu den Publikationen über Ausschreibungen und Zuschläge ist unentgeltlich.

Abs. 3

Weitere Leistungen des Plattformbetreibers (z. B. Hinterlegung gewisser Eignungsnachweise, elektronische Ablage der Angebote, Abonnementdienste und Support- oder andere Serviceleistungen), die über den Zugang zu Ausschreibungen und Ausschreibungsunterlagen hinausgehen, können kostenpflichtig sein. Zum Beispiel ist es denkbar, automatisierte Benachrichtigungen auf Ausschreibungen zu abonnieren (Push-Service).

Abs. 4

Der Auftraggeber muss im Staatsvertragsbereich eine Zusammenfassung der Ausschreibung in einer WTO-Amtssprache veröffentlichen, sofern die Ausschreibung nicht bereits in Französisch, Englisch oder Spanisch erfolgt. Die Vorgaben des GPA 2012 sehen zudem vor, dass diese Zusammenfassung zeitgleich mit der eigentlichen Ausschreibung zu veröffentlichen ist.

Abs. 5

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

Abs. 6

Die Publikation des Zuschlags hat für Beschaffungen im Staatsvertragsbereich auch unter der Geltung des GPA 2012 innert höchstens 72 Tagen nach dem Erlass der Zuschlagsverfügung zu erfolgen. Eine Frist von 30 Tagen sollte im Regelfall genügen.

Abs. 7

Die Kantone können wie bisher zusätzliche Publikationsorgane, wie kantonale Amtsblätter und dergleichen, vorsehen. Im Kanton Zürich hat die Publikation einzig auf der gemeinsamen Internetplattform von Bund und Kantonen, d. h. auf simap.ch, zu erfolgen. Weitere Publikationsorgane gibt der Regierungsrat nicht vor.

Art. 49 Aufbewahrung der Unterlagen (§§ 18, 42 SVO)

Abs. 1 und 2

Bereits heute ist eine Aufbewahrungsfrist von drei Jahren für «die Unterlagen zu sämtlichen Aspekten des Beschaffungsverfahrens» vorgesehen. Die Auftraggeber können über diese staatsvertragliche Mindestfrist hinausgehen. Von der Aufbewahrungspflicht erfasst werden alle Dokumente,

die den Ablauf des Verfahrens und die Rechtmässigkeit des Zuschlags nachvollziehbar dokumentieren. Die dreijährige Frist beginnt ab rechtskräftigem Abschluss des Vergabeverfahrens zu laufen, d. h. ab Rechtskraft des Zuschlagsentscheids oder ab der das Verfahren abschliessenden Verfügung.

Abs.3

Die Vereinbarung ist von Beginn weg auf Transparenz ausgerichtet (öffentliche Ausschreibung, Publikation des Zuschlags usw.). Soweit die Vereinbarung nicht bereits eine Offenlegung bzw. Veröffentlichung vorsieht, unterliegen die aufzubewahrenden Unterlagen während ihrer Aufbewahrungsfrist jedoch der Vertraulichkeit. Ausnahmen sind aber möglich, wenn der Auftraggeber aufgrund einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht zur Auskunft verpflichtet ist.

Art.50 Statistik (§ 41 SVO)

Die staatsvertraglichen Anforderungen an statistische Erhebungen der zentralen und subzentralen Vergabestellen sind unterschiedlich. Das GPA 2012 normiert den Mindestinhalt.

Abs.1

Die Bestimmung sieht vor, dass die Kantone – auch für die Sektorenauftraggeber – innerhalb von zwölf Monaten nach Ablauf eines Kalenderjahres zuhänden des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) eine Statistik über die Beschaffungen des Vorjahres im Staatsvertragsbereich erstellen. Die jährliche WTO-Statistik wird heute anhand der Daten auf simap.ch erstellt und von der Baudirektion dem InöB zuhänden des Bundes weitergeleitet.

8. Kapitel: Rechtsschutz

Wie bereits das GPA 1994 fordert auch das GPA 2012, dass die Vertragsstaaten «zügige, wirksame, transparente und nichtdiskriminierende Überprüfungsverfahren auf Verwaltungs- oder Gerichtsebene» festlegen, die rasch greifende vorsorgliche Massnahmen vorsehen, damit die Anbieter Beschwerde gegen behauptete Rechtsverletzungen erheben können.

Art.51 Eröffnung von Verfügungen (§ 38 SVO)

Abs.1

Die Eröffnung der Ausschreibung, des Zuschlags sowie des Abbruchs erfolgt durch Publikation oder durch individuelle Zustellung an die Anbieter, sofern diese Verfügungen nach Art. 52 mit Beschwerde anfechtbar sind. Werden diese Verfügungen individuell eröffnet, läuft die Frist nach Art. 56 Abs. 1 ab der individuellen Eröffnung, sonst ab der Publikation. Alle anderen Verfügungen werden vom Auftraggeber entweder individuell oder durch

Publikation auf der Internetplattform eröffnet. Infolge des speziellen Charakters des Verfahrens und des Schutzes der Geschäftsgeheimnisse der Anbieter besteht im Verfügungsverfahren kein Anspruch auf rechtliches Gehör.

Abs. 2

Als Teil der Begründung des Zuschlags ist z. B. darzulegen, weshalb das Angebot des Zuschlagsempfängers mit Rücksicht auf die Zuschlagskriterien den anderen Angeboten überlegen ist. Diese Begründung soll die unterlegenen Anbieter in die Lage versetzen, den Zuschlagsentscheid in den Grundzügen nachvollziehen zu können.

Falls die Publikation einer Verfügung auf der Internetplattform gemäss Art. 48 keine summarische Begründung enthält, wird die Beschwerdefrist nach Art. 56 nicht ausgelöst. Die Frist beginnt dann ab der individuellen Eröffnung des summarisch begründeten Entscheids zu laufen.

Abs. 3

Jeder Anbieter hat Anspruch auf Kenntnis der Gründe, aus denen sein Angebot nicht berücksichtigt wurde, sowie der relativen Vorteile des Angebots des erfolgreichen Anbieters. Im Rahmen der Zuschlagsverfügung wird man sich auf die ausschlaggebenden Merkmale und die Vorteile des berücksichtigten Angebots (Bst. c) beschränken, wobei dessen Gesamtpreis (Bst. b) wenn möglich einschliesslich all seiner Optionen anzugeben ist.

Abs. 4

Angebote auf öffentliche Ausschreibungen enthalten oft Geschäftsgeheimnisse der Anbieter. Daher ist die Einsicht in die Konkurrenzofferten nur sehr eingeschränkt möglich.

Art. 52 Beschwerde (neu)

Abs. 1

In den Kantonen soll künftig im Lichte der Harmonisierungsbestrebungen – wie bisher schon im Kanton Zürich – das kantonale Verwaltungsgericht als einzige Instanz zuständig sein. Eine Beschwerde ist ab mindestens dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert zulässig, wobei es den Kantonen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs freisteht, den Rechtsmittelweg auch bereits ab einem Franken oder aufgrund der Verfahrensart zu eröffnen.

Der Regierungsrat lehnt den Vorschlag, den Rechtsschutz erst ab Fr. 150000 zu gewähren, ab. Das bisherige System des durchgängigen Rechtsschutzes hat sich grundsätzlich bewährt und soll weitergeführt werden (vgl. Erläuterungen zu § 3 BeiG IVöB).

Abs. 2

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

Abs. 3

Zur Beschwerde ausserhalb des Staatsvertragsbereichs sind ausländische Anbieter nach Art. 6 Abs. 2 nur aus Staaten zugelassen, die der Schweiz Gegenrecht gewähren. Damit soll klargestellt werden, dass ausländische Anbieter, die ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nach Ermessen des Auftraggebers zum Angebot zugelassen werden, keinen Rechtsschutz geniessen. Bestehen Zweifel bezüglich des Gegenrechts, soll mit dem SECO Rücksprache genommen werden.

Art. 53 Beschwerdeobjekt (teilweise neu)

Abs. 1

Die Beschwerdeobjekte werden in Abs. 1 abschliessend aufgezählt. Weitere Zwischenverfügungen können nicht selbstständig angefochten werden, auch wenn sie (aus Sicht der Beschwerdeführer) einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bedeuten. Insbesondere sogenannte Parkierungsschreiben, nach denen die Offerte eines Anbieters bis zum Zuschlagsentscheid nicht weiter geprüft wird, sind nicht bzw. erst mit dem Endentscheid, d. h. dem Zuschlag, anfechtbar.

Abs. 2

Es entspricht dem Gebot der Fairness und der Verfahrenseffizienz, dass Einwendungen gegen Anordnungen in der Ausschreibung sofort gerügt werden müssen. Mit anderen Worten darf ein Anbieter mit der Beschwerde gegen den Zuschlag keine Rügen mehr vorbringen, die er bereits mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte vorbringen können. Diesbezüglich hat er bei Verzicht auf eine Anfechtung sein Beschwerderecht verwirkt. Etwas schwieriger gestaltet sich die Rechtslage bei Anordnungen, die nicht in der Ausschreibung selbst, sondern in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind. Diese können unter Umständen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als «integrierender Bestandteil der Ausschreibung» betrachtet werden.

Abs. 3

Vergaberechtliche Sanktionen wie der Ausschluss haben strafähnlichen Charakter. Daher können die an Beschleunigung und Rechtssicherheit orientierten Spezialvorschriften des Beschaffungsrechts nicht unesehen übertragen werden. Der Rechtsschutz der Sanktionierten ist höher zu gewichten.

Abs. 4

Unabhängig vom Auftragswert steht der Rechtsweg immer dann offen, wenn ein Anbieter aus einem Verzeichnis (Art. 28) gestrichen oder in ein solches aufgenommen oder er nach Art. 45 sanktioniert wird, z. B. durch einen Ausschluss von künftigen Aufträgen.

Abs. 6

Mit dem rechtskräftigen Zuschlag eines Rahmenvertrags wird das Vergabeverfahren abgeschlossen. Das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Zuschlagsempfänger ist anschliessend rein privatrechtlicher Art. Erfolgt unter mehreren Zuschlagsempfängern ein Abrufverfahren, steht nicht berücksichtigten Rahmenvertragspartnern der Beschwerdeweg nach Art. 53 nicht offen. Sind sie mit einem Entscheid beim Abrufverfahren nicht einverstanden, können sie sich an das Zivilgericht wenden.

Art. 54 Aufschiebende Wirkung (teilweise neu)

Abs. 1

Während der Dauer der Beschwerdefrist ist auf den Abschluss des Beschaffungsvertrags zu verzichten. Diese Sperrperiode dauert bis zu dem Zeitpunkt, an dem ein Auftraggeber vernünftigerweise davon ausgehen darf, dass keine Beschwerde erhoben und kein Gesuch um aufschiebende Wirkung gestellt wurde. Dies bedeutet, dass über die zwanzigtägige Beschwerdefrist von Art. 56 Abs. 1 hinausgehend Übermittlungsfristen abzuwarten sind. Im Zweifelsfall empfiehlt sich eine Rückfrage beim zuständigen Gericht.

Abs. 2

Einem Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird von den Gerichten regelmässig superprovisorisch bis zur Stellungnahme des Auftraggebers stattgegeben. Während des Superprovisoriums darf kein Vertrag geschlossen und keine den Zuschlagsentscheid präjudizierende Handlung vorgenommen werden. Nach Eingang der Stellungnahme wird über die Aufrechterhaltung des Massnahmenentscheids verfügt. In der Regel findet zur Frage der aufschiebenden Wirkung nur ein Schriftenwechsel statt.

Abs. 3

Wird einer Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt, kann sich das Beschaffungsvorhaben um Monate oder Jahre verzögern. Eine Verzögerung ist auch dann zu gewärtigen, wenn ein Gericht den Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung letztlich abweist.

Ein Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dann rechtsmissbräuchlich oder treuwidrig, wenn er einzig in der Absicht gestellt wird, die Vollstreckbarkeit des Zuschlagsentscheids hinauszuzögern. Eine solche Absicht lässt sich etwa dann nachweisen, wenn ein Beschwerdeführer bereits Leistungen für den Auftraggeber erbringt und mit seiner Beschwerde einzig verhindern will, dass ein Mitbewerber, der berechtigterweise den Zuschlag erhalten hat, neu an seine Stelle tritt.

Art. 55 Anwendbares Recht

Das Verfügungs- und das Beschwerdeverfahren richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen des jeweiligen kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, soweit die Bestimmungen in der vorliegenden Vereinbarung nichts Abweichendes anordnen.

Art. 56 Beschwerdefrist, Beschwerdegründe und Legitimation (teilweise neu)

Abs. 1

Heute gilt für die Kantone eine Beschwerdefrist von zehn Tagen. Diese erweist sich im Vergleich zu den übrigen Beschwerdefristen als äusserst knapp. In Abwägung aller Umstände scheint deshalb eine Frist von 20 Tagen als angemessen, womit eine Harmonisierung mit der geltenden Bundesregelung erfolgt.

Abs. 2

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

Abs. 3

Im Beschwerdeverfahren sind die Rügen auf Rechtsverletzungen und Ermessensfehler (Über- und Unterschreitung sowie Missbrauch des Ermessens des Auftraggebers) bzw. auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts beschränkt. Ein Zuschlag ist z. B. dann rechtswidrig, wenn ein Anbieter aus Gründen seiner Herkunft nicht berücksichtigt wird. Weiter kann eine der Vereinbarung widersprechende Ausschreibung gerügt werden, sei es, dass formale Voraussetzungen nicht erfüllt sind, sei es, dass eine falsche Gewichtung der Kriterien erfolgt.

Abs. 4

Die Überprüfung der Angemessenheit einer Verfügung, insbesondere des Bewertungsvorgangs, ist mangels Justiziabilität nicht möglich. Diese Regelung entspricht geltendem Recht (vgl. Art. 16 IVöB).

Abs. 5

Die einzigen Rügen, die im freihändigen Verfahren nach Art. 21 vorgebracht werden können, betreffen die unrichtige Anwendung des freihändigen Verfahrens sowie einen unter Korruption erfolgten Zuschlag. Auch diese Rügen setzen indessen voraus, dass der Beschwerdeführer glaubhaft macht, die streitgegenständlichen Leistungen erbringen zu können.

Art. 57 Akteneinsicht (neu)

Bei der Frage nach dem Einsichtsrecht in Unterlagen geraten zwei Grundsätze des Beschaffungsrechts in Konflikt. Einerseits gefährdet eine

zu weitgehende Akteneinsicht den lautereren Wettbewerb und damit die Gleichbehandlung der Anbieter, andererseits ist eine gewisse Transparenz für einen effektiven Rechtsschutz unabdingbar. Dieser Konflikt wird teilweise gelöst, indem gemäss Praxis der Kantone spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in das Protokoll gewährt wird (Art. 37 Abs. 3). Im Beschwerdeverfahren wird das Akteneinsichtsrecht auf Gesuch hin gewährt, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen dagegensprechen.

Abs. 1

Für das Vergabeverfahren besteht kein Anspruch auf Akteneinsicht. Dies rechtfertigt sich im Hinblick auf die Geschäftsgeheimnisse und den Schutz des wirksamen Anbieterwettbewerbs. Der Auftraggeber kann jedoch auf Ersuchen diese Möglichkeit gewähren, soweit nicht überwiegende öffentliche und private Interessen entgegenstehen.

Abs. 2

Das Akteneinsichtsrecht kommt im Beschwerdeverfahren zum Tragen. Es setzt ein Gesuch des Beschwerdeführers voraus und beschränkt sich auf die Einsichtnahme in die Bewertung seines Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten. Insbesondere sind Rechte Dritter angemessen und wirksam zu schützen, etwa durch Schwärzung der Passagen, die Geschäftsgeheimnisse enthalten.

Art. 58 Beschwerdeentscheid (teilweise neu)

Abs. 1

Das Gericht kann in der Sache selbst entscheiden oder den Streitgegenstand mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz oder an den Auftraggeber zurückweisen. Es wird von Fall zu Fall entscheiden müssen, welches Vorgehen sich im betreffenden Verfahren als geeignet erweist. Leidet ein Entscheid an unheilbaren formellen Mängeln, werden eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung durch die Beschwerdeinstanz und die Anordnung der Wiederholung der Ausschreibung von dem Zeitpunkt an, an dem der Fehler seinen Anfang nahm, kaum zu vermeiden sein. Eine Zuschlagserteilung an den Beschwerdeführer wird nur in liquiden Fällen möglich sein. Bedarf es zusätzlicher Abklärungen des Sachverhalts, bleibt nur die Rückweisung.

Abs. 2

Ist der Vertrag abgeschlossen und heisst das Gericht die Beschwerde gut, kann es nur die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung feststellen (sogenannter Sekundärrechtsschutz). Dem Beschwerdeführer bleibt immerhin die Möglichkeit, Schadenersatz geltend zu machen. Wurde der Vertrag verfrüht geschlossen oder ging dem Vertragsschluss zu Unrecht keine Ausschreibung bzw. kein Einladungsverfahren voraus, kann das Gericht den Auftraggeber unter Umständen anweisen, den Vertrag auf den

nächsten vertraglich zulässigen Zeitpunkt hin zu kündigen und den Beschaffungsgegenstand ordentlich dem Wettbewerb zu unterstellen, sofern die Leistungen nicht mit internen Ressourcen des Auftraggebers erbracht werden.

Abs.3

Bisher waren Schadenersatzbegehren in einem separaten Verfahren nach Massgabe des kantonalen Rechts zu verfolgen. Neu erlaubt Abs.3 dem Beschwerdeführer eine «adhäsionsweise» Beurteilung des Ersatzbegehrens vor der gleichen Instanz. Dadurch werden Doppelspurigkeiten und unnötige Transaktionskosten vermieden. Voraussetzung dazu bildet, dass das Schadenersatzbegehren liquid ist.

Abs.4

Ersetzt werden lediglich die Offertkosten, d.h. die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung des Angebots erwachsenen Kosten. Dies umfasst nicht das gesamte negative Interesse. Weitere Schadenpositionen können von der Beschwerdeinstanz nicht zugesprochen werden.

Art.59 Revision (neu)

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

9. Kapitel: Behörden

Art.60 Kommission Beschaffungswesen Bund-Kantone (neu)

Die Kommission Beschaffungswesen Bund-Kantone (KBBK) wurde im Zuge der Ratifikation des GPA 1994 mit Beschlüssen des Bundesrates vom 4. Dezember 1995 und 3. April 1996 sowie mit Beschluss der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) vom 21. Juni 1996 ins Leben gerufen. Sie ist eine ausserparlamentarische Kommission, die paritätisch durch Vertreter des Bundes und der Kantone zusammengesetzt und von einem Mitglied der Direktion des für die aussenwirtschaftlichen Verhandlungen zuständigen SECO präsiert wird. Die Kantone stellen das Vizepräsidium. Ihr übergeordneter Auftrag besteht darin, die kohärente Umsetzung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens auf allen Stufen sicherzustellen.

Ihr Kompetenzbereich wurde anlässlich der Verabschiedung des Abkommens Schweiz-EU im Hinblick auf die Umsetzung von Art.8 des Ab-

kommens Schweiz-EU ins nationale Beschaffungsrecht erweitert. Seit Inkrafttreten des Abkommens Schweiz-EU fungiert die Kommission als unabhängige Überwachungsbehörde.

Die KBBK ist insbesondere mit folgenden Aufgaben betraut:

- Ausarbeitung der Position der Schweiz in internationalen Gremien des öffentlichen Beschaffungswesens;
- Beratung der Schweizer Delegationen bei internationalen Verhandlungen über das öffentliche Beschaffungswesen und Sicherstellung der angemessenen Umsetzung der Verhandlungsergebnisse;
- Förderung des Informations- und Erfahrungsaustausches zwischen dem Bund und den Kantonen über Fragen, welche die Umsetzung der internationalen Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen sowie ihre Anwendung und Überwachung beim Bund und in den Kantonen betreffen, unter anderem durch die Ausarbeitung von Empfehlungen bei voller Wahrung der jeweiligen Zuständigkeiten (Gesetzgebung, Rechtsprechung, Entscheidungs- und Überwachungsbefugnisse);
- Gewährleistung des Zugangs zu Informationen über relevante Gesetzesvorschriften im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens auf Stufe Bund und Kantone für interessierte Kreise, sofern nicht andere Bundes- oder Kantonsstellen für diese Informationen zuständig sind;
- Pflege internationaler Kontakte zu Überwachungsbehörden im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens;
- Beratung und Vermittlung in Einzelfällen bei Anständen im Zusammenhang mit Geschäften gemäss dem oben erwähnten Tätigkeitsbereich.

Art. 61 Interkantonales Organ

Abs. 1

Das InöB ist wie bisher Leitorgan der IVöB. Demnach bilden die entsprechenden Mitglieder der BPUK, welche die IVöB unterzeichnet haben, das Interkantonale Organ. Sie sprechen und handeln denn auch namens der angeschlossenen Kantone.

Abs. 2

Dem Interkantonalen Organ obliegen verschiedene Aufgaben. Neben dem Erlass (Bst. a) ist es auch für die Änderungen (Bst. b) der IVöB verantwortlich, unter Vorbehalt der Zustimmung der beteiligten Kantone. Es kann die Schwellenwerte anpassen (Bst. c), wenn eine Änderung der internationalen Verpflichtungen dies gebietet, aber auch entsprechende Anpassungen im Binnenmarkt beschliessen.

Ebenso ist das Interkantonale Organ, zusätzlich zum eigenen Vorschlagsrecht, für die Entgegennahme und Erstbearbeitung der Gesuche zur Be-

freierung von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht zuständig (vgl. Art. 7). Es unterbreitet dem Bundesrat einen entsprechenden Vorschlag (Bst. d). Schliesslich kann es eine Kontrollstelle bezeichnen (Bst. e), so, wie es in Art. 8 des Bilateralen Abkommens Schweiz-EU vorgesehen ist. Diese Aufgabe übernimmt die Geschäftsstelle des InöB. Ausserdem führt die InöB-Geschäftsstelle im Auftrag des InöB die Liste über sanktionierte Anbieter und Subunternehmer (Bst. f). Das Interkantonale Organ regelt ausserdem die Organisation und das Verfahren für die Anwendung dieser Vereinbarung (Bst. g), fungiert als Kontaktstelle (Bst. h) und bezeichnet schliesslich die Delegierten für nationale und internationale Gremien bzw. Konferenzen (Bst. i).

Abs. 3

Wie bisher erfordern Beschlüsse des Interkantonalen Organs eine Dreiviertelmehrheit der Stimmen. Dabei muss mindestens die Hälfte der angeschlossenen Kantone vertreten sein. Jeder beteiligte Kanton verfügt über eine Stimme. Die Ausübung des Stimmrechts wird durch ein Mitglied der Kantonsregierung wahrgenommen.

Abs. 4

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

Art. 62 Kontrollen (teilweise neu; § 39 SVO)

Abs. 1

Neben der gerichtlichen Überprüfung bei Beschwerdeverfahren sind die Kantone ebenso gehalten, die Umsetzung dieser Vereinbarung durch die Auftraggeber und Anbieter sicherzustellen. Hierzu steht es ihnen frei, eine kantonale Kontrollstelle bzw. Aufsichtsinstanz zu bezeichnen.

Aufsichtsbehörde über die Vergabestellen ist im Kanton Zürich die jeweils für den Sachbereich zuständige Direktion, vorbehalten bleibt die Aufsicht des Bezirksrates über die Gemeinden. Die Oberaufsicht steht dem Regierungsrat zu (§ 39 Abs. 2 SVO).

Abs. 2

Anzeigen von Kantonen an das InöB bezüglich der Einhaltung der IVöB durch andere Kantone werden durch das InöB behandelt. Nicht geprüft werden einzelne Beschaffungen. Die Zuständigkeit des InöB ist subsidiär: Handelt es sich um eine Fragestellung, für die der Rechtsweg offensteht (wie namentlich einzelne Vergaben), ist nicht das InöB, sondern das zuständige Gericht anzurufen.

Abs. 3

Wird eine Anzeige durch eine Privatperson eingereicht, so ist diese wie eine Aufsichtsbeschwerde zu behandeln. Der Umfang der Kontrolle, der Grundsatz der Subsidiarität und die Fristen für die Meldungen gelten analog. Die Privatperson erhält durch ihre Anzeige weder Parteirechte noch einen Anspruch auf Einsicht in eine allfällige Empfehlung.

Abs. 4

Das InöB erarbeitet nach Verabschiedung der IVöB 2019 ein Reglement über die Kontrollaufgaben. Darin wird aufgezeigt wie Anzeigen durch Kantone und durch Privatpersonen behandelt werden. Es werden demzufolge zwei unterschiedliche Prozesse konzipiert.

10. Kapitel: Schlussbestimmungen

Art. 63 Beitritt, Austritt, Änderung und Aufhebung (teilweise neu)

Abs. 1

Jeder Kanton kann der Vereinbarung durch Erklärung gegenüber dem Interkantonalen Organ beitreten. Zu diesem Zweck initialisieren die einzelnen Kantone das Beitrittsverfahren gemäss dem jeweiligen kantonalen Recht. Dieses bestimmt die für den Abschluss und den Vollzug zuständigen Behörden und legt die Regeln für das Ratifikationsverfahren fest.

Abs. 2

Ein Kanton kann aus der Vereinbarung jeweils auf Ende eines Kalenderjahres austreten. Er hat dies dem InöB sechs Monate im Voraus schriftlich anzuzeigen.

Abs. 3

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

Abs. 4

In der Umfrage vom Sommer 2019 haben einzelne Kantone die Einführung einer Bestimmung gefordert, die den Kantonen ausdrücklich eine Restzuständigkeit gewährt, um Ausführungsbestimmungen zur IVöB erlassen zu können.

Einerseits wurde mit der Revision der IVöB auch die Harmonisierung der Kantone angestrebt, um damit auf die Formulierung von Ausführungsbestimmungen möglichst verzichten zu können. Andererseits sieht Art. 46 BV vor, dass der Bund den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit belässt und kantonalen Besonderheiten Rechnung trägt. Ebenso sieht Art. 60 BöB vor, dass der Bundesrat Ausführungsbestimmungen erlassen darf.

Diese beiden Argumente sollten auch auf der interkantonalen Ebene berücksichtigt werden.

Aufgrund der Rückmeldungen der Kantone in der Umfrage vom Sommer 2019 wurde deutlich, dass sich dieses Bedürfnis insbesondere auf Art. 10, 12 und 26 bezieht. Das politische Steuerungsgremium hat deshalb vorgeschlagen, den Antrag aufzunehmen und in der IVöB einen Art. 63 Abs. 4 in diesem Sinne zu integrieren. Damit besteht für die Kantone die Möglichkeit, zusätzlich ergänzende Ausführungsbestimmungen zu erlassen.

Art. 64 Übergangsrecht (teilweise neu)

Abs. 1

Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, werden nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (Art. 22 Abs. 1 IVöB).

Abs. 2

Ein Kanton kann auf Ende eines Kalenderjahres aus der Vereinbarung austreten. Daher gilt diese Vereinbarung für alle Vergaben von Aufträgen, die im Kalenderjahr ausgeschrieben werden, auf das der Austritt wirksam wird.

Art. 65 Inkrafttreten (neu)

Gemäss Art. 48 Abs. 3 BV dürfen Verträge zwischen Kantonen dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen. Sie sind dem Bund zur Kenntnis zu bringen.

Die Vertragskantone sind gemäss Art. 61c des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010) nur noch zur Kenntnisgabe an den Bund verpflichtet. Der Bund orientiert gemäss Art. 62 Abs. 1 RVOG über die Verträge, die ihm zur Kenntnis gebracht wurden, anschliessend im Bundesblatt.

Das Inkrafttreten der Vereinbarung erfolgt gemäss geltender Regelung, sobald ihr zwei Kantone beigetreten sind. In der Zwischenzeit (Stand: 4. November 2021) haben die Kantone Aargau und Appenzell Innerrhoden den Beitritt zur IVöB 2019 erklärt. Für diese zwei Kantone ist die IVöB 2019 seit dem 1. Juli 2021 in Kraft. Alle weiteren Kantone können jederzeit beitreten.

3. Vernehmlassung zum Entwurf des Beitrittsgesetzes zur IVöB 2019

3.1 Vernehmlassungsverfahren

Mit Beschluss Nr. 1271/2020 hat der Regierungsrat die Baudirektion ermächtigt, das Vernehmlassungsverfahren zum Entwurf des Gesetzes über den Beitritt zur totalrevidierten IVöB 2019 durchzuführen. Das Verfahren wurde am 21. Dezember 2020 eröffnet und dauerte bis zum 31. März 2021. Sämtliche auch nach Frist eingegangenen Stellungnahmen wurden in der Auswertung berücksichtigt. Insgesamt wurden neben den 162 politischen Gemeinden 22 Körperschaften und Stellen zur Vernehmlassung eingeladen. Parallel wurde innert gleicher Frist ein verwaltungswirtschaftliches Mitberichtsverfahren durchgeführt. Von den insgesamt angeschriebenen 197 Adressatinnen und Adressaten haben 71 mit einer inhaltlichen Stellungnahme geantwortet. Ausdrücklich verzichtet haben neun Adressatinnen und Adressaten.

In Bezug auf die Frage zur grundsätzlichen Haltung wird der Entwurf des Gesetzes über den Beitritt zur IVöB 2019 von den Adressatinnen und Adressaten, die sich inhaltlich zur Vorlage geäußert haben, begrüßt. Die Gesamtbeurteilung der Vernehmlassungsvorlage fällt somit positiv aus. Die Alternative Liste (AL) sowie der Gewerkschaftsbund des Kantons Zürich (GBKZ), der Baumeisterverband Region Zürich/Schaffhausen (BZS) sowie der KMU- und Gewerbeverband Kanton Zürich (KGV) haben zu einzelnen Aspekten Vorbehalte geäußert oder den Beitritt zur IVöB 2019 in der vorliegenden Fassung abgelehnt.

Die Vernehmlassungsvorlage und die Zusammenstellung der Vernehmlassungsantworten (Vernehmlassungsbericht) sind unter zh.ch/de/politik-staat/gesetzte-beschlusse/vernehmlassungen.html (mit Stichwort «IVöB») abrufbar.

3.2 Beurteilung der Vernehmlassungsantworten

Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmende fordern ausdrücklich oder sinngemäss eine noch stärkere Angleichung an das BöB (Harmonisierung). Dazu ist festzuhalten, dass für die Prüfung der Übernahme der Änderungen bzw. Beibehaltung der Differenzen gegenüber dem totalrevidierten BöB von Juli bis August 2019 eine Kurzvernehmlassung bei den Kantonen durchgeführt wurde. Anschliessend wurden bei denjenigen Bestimmungen Anpassungen vorgenommen, bei denen mindestens drei Viertel der Kantone einer Angleichung zugestimmt hatten. Anpassungen, bei denen keine eindeutige Mehrheit ausgemacht werden konnten, wurden an der BPUK-Hauptversammlung am 19. September 2019 und an der BPUK-Son-

derplenarversammlung am 15. November 2019 eingehend diskutiert und anschliessend durch Abstimmung des zuständigen InöB entschieden. Die IVöB 2019 ist damit eine sorgfältig erarbeitete und tragfähige Vereinbarung. Noch verbleibende Abweichungen zwischen der IVöB 2019 und dem BöB sind im Übrigen hauptsächlich bedingt durch übergeordnete gesetzliche Vorgaben, welche die Kantone und der Bund bei ihrer Gesetzgebung einhalten müssen.

Konkretes Anliegen verschiedener Vernehmlassungsteilnehmenden war in dieser Hinsicht, dass im Rahmen der Harmonisierung des Beschaffungsrechts auch die von den eidgenössischen Räten in das BöB eingefügten Zuschlagskriterien «unterschiedliche Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird» sowie «Verlässlichkeit des Preises» (Art. 29 Abs. 1 BöB) für die Kantone bzw. für den Kanton Zürich für anwendbar erklärt werden sollen. Eine Ergänzung des Beitrittsgesetzes zwecks Angleichung an das BöB mittels Aufnahme der genannten Zuschlagskriterien ist jedoch rechtlich nicht zulässig. Die Kantone sind lediglich befugt, unter Berücksichtigung der internationalen Verpflichtungen eigene Ausführungsbestimmungen zu Art. 10, 12 und 26 IVöB 2019 zu erlassen (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 4.1). Neben diesen rechtlichen Hindernissen sprechen aber auch erhebliche praktische Umsetzungsschwierigkeiten gegen eine Aufnahme der Kriterien (vgl. die ausführlichen Faktenblätter der BPUK unter bpuk.ch/bpuk/konkordate/faktenblaetter), weshalb der Regierungsrat diese bereits im Rahmen der Vernehmlassung abgelehnt hatte.

– Preisniveauklausel

Mit dem Zuschlagskriterium «unterschiedliche Preisniveaus» sollen die schweizerischen Unternehmen von der ausländischen Konkurrenz im Preiskampf um öffentliche Aufträge geschützt werden. Es sollen bei der Angebotsbewertung die unterschiedlichen Preisniveaus der einheimischen und der ausländischen Anbietenden berücksichtigt und allenfalls bereinigt werden. Die Preisniveauklausel, die aufgrund der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz von vornherein nur (im offenen Verfahren) im Binnenmarktbereich angewendet werden könnte, würde der heimischen Wirtschaft keinen Vorteil bringen. Schon heute gehen praktisch alle öffentlichen Aufträge im Kanton Zürich an Schweizer Unternehmen (vgl. dazu Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, wonach 2019 lediglich rund 1% der Aufträge an Unternehmen mit Sitz im Ausland gingen). Im erwähnten Binnenmarktbereich wurden im Kanton Zürich 2020 lediglich 0,35% des gesamten Vergabevolumens der kantonalen Verwaltung an ausländische Anbietende vergeben. Die Preisniveauklausel würde das Beschaffen stark verkomplizieren und verteuern, da alle Leistungen und Teilleistungen aufwendig nach ihrer Herkunft ausgewiesen werden müssten. Die Vergabestellen wären verpflichtet, für jede Beschaffung einen internationalen Preis-

vergleich vorzunehmen, um feststellen zu können, das Angebot das finanziell günstigste ist. Die Anbietenden müssten die Wertschöpfungskette und die jeweiligen (prozentualen) Anteile an der Wertschöpfung gegenüber der Vergabestelle detailliert offenlegen, was kaum wirksam überprüft werden könnte. Dies würde mutmasslich viele gute Anbietende davon abschrecken, überhaupt anzubieten, was den Wettbewerb einschränken und die Preise hochtreiben würde. Und auch wenn die Preisniveaunklausel einen Vorteil für lokale Anbietende bringen würde – was sie nicht tut –, könnte dies nicht allein ausschlaggebend sein. Massgeblich sind vielmehr auch die Interessen der Steuerzahlenden. Diese wollen, dass der Staat seine Mittel sparsam und effizient einsetzt, also zu Wettbewerbskonditionen beschafft und keine überhöhten Preise bezahlt. Das wäre aber genau die Auswirkung der Preisniveaunklausel. Sie soll Anbietende mit höheren als marktgerechten Preisen fördern.

Ungeklärt ist schliesslich die Frage, wie das Kriterium bei der Angebotsbewertung in der Praxis konkret angewendet werden sollte. Mit dem vom Bund erarbeiteten «Preisniveaurechner» bestehen diesbezüglich noch keine Erfahrungen (bkb.admin.ch/bkb/de/home/themes/preisniveaurechner.html). Klar ist aber, dass beträchtlicher bürokratischer Aufwand entstehen würde. Das mit der Revision verfolgte und von der Wirtschaft geforderte Ziel der Vereinfachung der Vergabeabläufe und Entlastung des Gewerbes lässt sich mit der Einführung eines solchen Kriteriums nicht erreichen.

– **Verlässlichkeit des Preises**

Das Kriterium «Verlässlichkeit des Preises» soll bewirken, dass neben dem nominalen Preis neu auch die Verlässlichkeit des Preises miteinbezogen werden soll und so das vorteilhafteste Angebot gewählt werden kann. Was die Formulierung «Verlässlichkeit» genau aussagen will, bleibt unklar. Der offerierte Preis ist verbindlich und seine Verlässlichkeit wird mit dem Zuschlag festgelegt.

Soweit es um die Abklärung geht, ob eine Anbieterin oder ein Anbieter überhaupt in der Lage ist, mit einem tiefen Preisangebot den Auftrag korrekt auszuführen, ist dies in der IVöB 2019 schon mit dem Kriterium «Plausibilität der Angebote» und mit den bei Tiefpreisen vorgeschriebenen Abklärungen gemäss Art. 38 Abs. 3 IVöB vorgesehen. Unlautere Dumpingangebote können also bereits ohne «Verlässlichkeitsklausel» ermittelt und aussortiert werden. Daher erweist sich das zusätzliche Kriterium als unnötig.

Für die Umsetzung des Kriteriums «Verlässlichkeit des Preises» beim Bund ist vorgesehen, dass dieses zuerst in ausgewählten Pilotprojekten evaluiert wird, damit konkrete Vorschläge zum Umgang mit dem Kriterium für die Praxis gemacht werden können. Zwecks Sammlung von bundesweiten Erfahrungswerten soll auch das bereits bestehende Tes-

siner Modell für die ersten Pilotprojekte angewendet werden. Der Bund ist zurzeit dabei (Stand: 4. November 2021), entsprechende Erfahrungswerte zu sammeln. Es wird dann zu prüfen sein, inwiefern die Erkenntnisse auch im Rahmen des Kriteriums «Plausibilität des Angebots» in der Praxis der Kantone Anwendung finden können.

Leistungsorts- statt Herkunftsortsprinzip

Unzulässig wäre auch die Einführung des Leistungsortsprinzips, wie dies im Rahmen der Vernehmlassung vereinzelt gefordert wurde (AL, GBKZ). Im Gegensatz zum Nationalrat sprach sich der Ständerat bei den einzuhaltenden Arbeitsschutzbestimmungen, den Arbeitsbedingungen und der Lohngleichheit für die Einführung des Herkunftsortsprinzips, so wie es das BGBM den Kantonen vorschreibt, aus. Im Rahmen der Differenzvereinbarung wurde dieser Vorschlag jedoch fallen gelassen. Somit gilt für den Bund das Leistungsortsprinzip, während die Kantone aufgrund des Bundesrechts weiterhin an die Vorgabe des BGBM gebunden sind (vgl. Musterbotschaft BPUK, S. 21 f., Art. 12 IVöB 2019). Anbietende mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz müssen wie bisher diejenigen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten, die an ihrem Sitz- oder Niederlassungsort gelten (Herkunftsortsprinzip). Auf diese Weise wird der administrative Aufwand für schweizweit tätige Anbietende verringert, indem sie nicht je nach Auftragsort unterschiedliche Arbeitsbedingungen anwenden müssen. Ein System, das abhängig von konkreten Marktzugangsregeln (z. B. unterschiedliche GAV mit substanziellen Differenzen) in den verschiedenen Branchen einzelfallbezogen zwischen Leistungs- und Herkunftsort den Marktzugang ortsfremder Anbietender regeln und begrenzen würde, wäre in der Praxis nicht mit vertretbarem Aufwand umsetzbar.

Weitere Anliegen zum Entwurf des BeiG IVöB

Weitere wiederholt geäußerte Anliegen betrafen schliesslich Fragen der Unterstellung der Aufträge an Institutionen der Arbeitsintegration, die Unterstellung der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen von Kanton und Gemeinden, die erweiterte Publikationspflicht für freihändige Vergaben (Ausnahmen) im Nichtstaatsvertragsbereich sowie die Weiterführung des obligatorischen Lehrlingskriteriums. Von verschiedenen Vernehmlassungsteilnehmenden wird vorgeschlagen, auf diese Bestimmungen im BeiG IVöB zu verzichten.

Betreffend eine Erweiterung der Publikationspflicht für freihändige Vergaben im Nichtstaatsvertragsbereich ist festzuhalten, dass die IVöB 2019

in Art. 21 Abs. 3 eine Dokumentationspflicht für sämtliche freihändigen Zuschläge gestützt auf die Ausnahmetatbestände (Art. 21 Abs. 2) vorsieht. Diese Dokumentation kann im Beschwerdeverfahren oder nach den Grundsätzen des Gesetzes über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (IDG, LS 170.4) eingesehen werden. Eine Publikation der freihändigen Zuschläge ist demgegenüber nur für den Staatsvertragsbereich Pflicht. Eine zusätzliche Publikation im Nichtstaatsvertragsbereich führt zu administrativem Mehraufwand bei den Vergabestellen. Mit Blick auf die Rückmeldungen aus der Vernehmlassung wird auf diese erweiterte Publikationspflicht verzichtet.

Betreffend die Behandlung der erwähnten weiteren Anliegen wird auf die Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen des BeiG IVöB in der nachfolgenden Ziff. 4 verwiesen.

4. Erläuterungen zum Entwurf des Beitrittsgesetzes

4.1 Allgemeine Bemerkungen

Mit dem Beitritt zur IVöB 2019 sind nur noch wenige materielle kantonale Bestimmungen zum Beschaffungsrecht zulässig und notwendig. Die IVöB ist direkt anwendbar. Art. 63 Abs. 4 IVöB erlaubt den Kantonen, eigene Ausführungsbestimmungen zu erlassen, und zwar materiell zu Art. 10 (Ausnahmen), Art. 12 (Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts) und Art. 26 (Teilnahmebedingungen). Abweichende Bestimmungen zur IVöB in anderen Bereichen sind – mit Ausnahme der zum Vollzug notwendigen Bestimmungen – nicht zulässig. Ausführungsbestimmungen sind Normen organisatorischer, vollziehender oder konkretisierender Natur. Sie müssen sich an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Adressatinnen und Adressaten beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen. Nicht zulässig wäre es z. B., auf dem Weg des Ausführungsrechts neue generell-abstrakte Zuschlagskriterien, wie die in Ziff. 3.2 erwähnte «Preisniveaunklausel» zu normieren (vgl. dazu das Rechtsgutachten walderwyss rechtsanwälte vom 11. März 2020 im Auftrag der BPUK, Rz. 94 ff., [bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/oeffentliches-beschaffungswesen/DE_Rechtsgutachten_Beruecksichtigung_unterschiedlicher_Preisniveaus.pdf](https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/oeffentliches-beschaffungswesen/DE_Rechtsgutachten_Beruecksichtigung_unterschiedlicher_Preisniveaus.pdf)). In den Ausführungsbestimmungen sind demnach massgeblich formelle Verfahrensvorschriften und Zuständigkeiten für Vollzug und Aufsicht zu regeln.

Der Entwurf des BeiG IVöB, der sich am Musterbeitrittsgesetz der BPUK orientiert (siehe [bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019](https://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019)), sieht wie bereits bisher nur die wesentlichen Randbedingungen für den Beitritt

zum Konkordat vor. Bestimmungen des geltenden BeiG, die in der IVöB 2019 geregelt sind, können aufgehoben werden. Dies betrifft insbesondere § 3 betreffend den Schadenersatz, § 4a betreffend den Ausschluss vom laufenden Vergabeverfahren, den Widerruf des Zuschlags und die Streichung aus einer ständigen Liste sowie § 4b betreffend die Sanktionen gegenüber fehlbaren Auftragnehmenden. Ebenso aufgehoben werden soll die Genehmigungspflicht der Submissionsverordnung durch den Kantonsrat nach § 4 Abs. 2 des geltenden BeiG.

4.2 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

§ 1. Beitritt

Mit § 1 erfolgt der Beitritt. Die Interkantonale Vereinbarung ist neu als Anhang zum BeiG IVöB ausgestaltet statt wie bisher als Einschub in den Text des BeiG, was die Lesbarkeit für die Rechtsanwendenden verbessert.

§ 2. Geltungsbereich

§ 2 erweitert den Geltungsbereich der Vereinbarung auf Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration. Die IVöB 2019 legt dafür in Art. 10 zwar eine Ausnahme fest, die aus Sicht des Regierungsrates aber nicht gerechtfertigt erscheint.

Im Kanton Zürich wurden die arbeitsmarktlichen Massnahmen (anders als in gewissen anderen Kantonen) schon bisher grundsätzlich ausgeschrieben. Daran soll festgehalten werden. Es gilt zu berücksichtigen, dass es sich bei den Leistungserbringern im Bereich der Arbeitsintegration nicht nur um Wohltätigkeitseinrichtungen handelt, sondern auch um private Konkurrentinnen und Konkurrenten im Markt. Ferner handelt sich um ein verhältnismässig grosses Beschaffungsvolumen (gemäss SECO werden seitens der Kantone jährlich rund 650 Mio. Franken dafür aufgewendet). Die allgemeine Ausnahme von Aufträgen an Institutionen der Arbeitsintegration lässt sich sachlich nicht begründen und stünde im Widerspruch zum Wirtschaftlichkeitsgedanken und zur Transparenz im Beschaffungswesen. Weiterhin können aber entsprechende Aufträge bis Fr. 150'000 freihändig vergeben werden.

Aufträge an Wohltätigkeitseinrichtungen bleiben von der Anwendung der IVöB ausgenommen (Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB).

Art. 10 Abs. 2 Bst. g IVöB nimmt die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen von Kantonen und Gemeinden ausdrücklich von der Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts aus. Damit wird die Frage der Unterstellung gleich gehandhabt wie beim Bund, der seine Vorsorgeeinrichtungen von der Unterstellung ausgenommen hat. Im Sinne der Har-

monisierung und mit Blick auf die Rückmeldungen aus der Vernehmlassung wird auf eine Unterstellung der kantonalen und kommunalen Vorsorgeeinrichtungen verzichtet. Dies führt zu Rechtssicherheit in der Frage der Unterstellung für die Vorsorgeeinrichtungen (keine Einzelfallprüfung notwendig) und verhindert eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu privaten Vorsorgeeinrichtungen.

Der Verzicht auf die Ausnahme von der Anwendung der IVöB 2019 erfolgt in Anwendung von Art. 63 Abs. 4 derselben, wonach die Kantone in diesem Punkt von der Vereinbarung abweichende Regelungen treffen können.

§ 3. Delegation

Die Gerichtspraxis lässt es zu, dass der Auftraggeber die Eröffnung von Verfügungen intern delegiert. Diese Delegationsmöglichkeit an die Vergabestellen soll weiterbestehen (Art. 51 Abs. 1 IVöB).

§ 4. Rechtsschutz und Beschwerdeverfahren

§ 4 regelt den Rechtsschutz und das Beschwerdeverfahren und entspricht materiell dem bisherigen Recht. Der allgemeine Rechtsschutz, der ungeachtet der Verfahrensart und der Schwellwerte gilt, hat sich für den Kanton Zürich bewährt und soll beibehalten werden. Von der Einführung eines gegenüber heute eingeschränkten Rechtsschutzes erst ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert (Art. 52 IVöB) wird deshalb abgesehen.

Nachdem der Schadenersatz neu einheitlich in Art. 58 Abs. 4 IVöB geregelt ist, kann § 3 des geltenden BeiG, der materiell keine weitergehenden Regelungen enthält, aufgehoben werden. Ersetzt werden lediglich die Offertkosten, d. h. die der Anbieterin oder dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung des Angebots erwachsenen Kosten. Dies umfasst nicht das gesamte negative Interesse.

§ 5. Ausbildung von Lernenden

§ 5 (obligatorisches «Lehrlingskriterium») entspricht dem geltenden § 4c BeiG. Diese Bestimmung stellt eine Zürcher Besonderheit dar, die als Folge der Motion KR-Nr. 312/2010 betreffend Lehrlingsausbildung als obligatorisches Zuschlagskriterium bei kantonalen Submissionen in das BeiG eingeführt (Vorlage 5263) und auf den 1. Juli 2018 in Kraft gesetzt wurde und deshalb beibehalten werden soll. Die Pflicht zur Anwendung dieses Kriteriums bedeutet nicht, dass gleichzeitig nicht auch ein weiteres Zuschlagskriterium nach Art. 21 Abs. 2 IVöB angewendet werden könnte. Allerdings ist bei einer solchen Kumulation vergabefremder Kriterien darauf zu achten, dass die Gewichtung insgesamt und mit Blick auf die konkrete Vergabe angemessen und sachgerecht bleibt.

§ 6. Meldung von Ausschlüssen

§ 6 enthält die Verpflichtung der Auftraggeber, bei Ausschlüssen nach Art. 45 Abs. 1 IVöB den rechtskräftigen Entscheid dem Kanton zuzustellen (entspricht dem bisherigen § 4b Abs. 3 BeiG). Letzterer sorgt für die Meldung an das InöB (Art. 45 Abs. 3 IVöB), wobei der Regierungsrat die hierfür zuständige Stelle bezeichnen wird.

Im Übrigen können §§ 4a und 4b des geltenden BeiG aufgehoben werden, da deren Regelungsgehalt – mit gewissen Modifikationen – durch Art. 44 und 45 IVöB abgedeckt ist. Aus Sicht des Kantons Zürich besteht neu insbesondere die Möglichkeit, neben der Anbieterin oder dem Anbieter auch fehlbare Subunternehmen zu sanktionieren. Neu ist ausserdem die Möglichkeit, Bussen von bis zu 10% der bereinigten Angebotssumme auszusprechen.

§ 7. Ermächtigung und Vollzug

§ 7 erteilt dem Regierungsrat die Ermächtigung zur Wahrnehmung gewisser Aufgaben sowie entsprechend dem geltenden § 4 Abs. 1 BeiG zum Erlass von Ausführungsbestimmungen zur Regelung von Einzelheiten des Verfahrens, des Vollzugs und der Organisation. Von Letzterer wird der Regierungsrat im Rahmen der Revision der Submissionsverordnung Gebrauch machen. Diese soll zeitgleich mit dem BeiG IVöB in Kraft treten.

Zu Abs. 1

lit. a: Bereits bisher war der Regierungsrat ermächtigt, spätere Anpassungen der Interkantonalen Vereinbarung von nicht grundlegender Art zu ratifizieren (§ 5 BeiG).

lit. b: Die entsprechenden Erklärungen (Beitritt zum und Austritt aus dem Konkordat) durch den Regierungsrat gegenüber dem InöB setzen Beschlüsse des Kantonsrates voraus.

Zu Abs. 2

Die Ermächtigungen an den Regierungsrat lehnen sich an das Musterbeitrittsgesetz der BPUK an, mit Ausnahme der im Kanton Zürich nicht anwendbaren oder für den Kanton Zürich nicht sinnvoll erscheinenden Bestimmungen (z. B. soll auch künftig von zusätzlichen Publikationsorganen neben simap.ch und öffentlichen Offertöffnungen abgesehen werden). Sie geben einen nicht abschliessenden Überblick darüber, welche Themen aus heutiger Sicht Gegenstand der Ausführungsbestimmungen sein können, insbesondere

- die Bezeichnung der für den Vollzug, die Kontrollen und die Aufsicht verantwortlichen Stellen (lit. a),
- die Festlegung der Modalitäten zum elektronischen Verfahren (elektronische Abgabe von Angeboten und Eröffnung von Verfügungen; lit. b),
- das Vorsehen von zusätzlichen Statistiken (lit. c),

- die Bezeichnung der für den einheitlichen Vollzug, die Auskunftserteilung und die Aus- und Weiterbildung im öffentliche Beschaffungswesen zuständigen Stellen (lit. d),

lit. a: Die Revision führt zu keinen grundlegenden Änderungen der Vollzugszuständigkeiten und der Aufsicht. Die entsprechenden Zuständigkeiten bleiben daher im Kanton Zürich im Wesentlichen unverändert.

lit. b: Der Verein simap.ch wird im Rahmen der laufenden Ablösung der bestehenden Ausschreibungsplattform die Möglichkeit zur elektronischen Angebotsabgabe verwirklichen. Im Hinblick auf elektronische Verfahren werden Ausführungsbestimmungen zu erlassen sein.

lit. c: Die Kantone erstellen innerhalb von zwölf Monaten nach Ablauf jedes Kalenderjahres zuhanden des SECO eine elektronisch geführte Statistik über die Beschaffungen des Vorjahres im Staatsvertragsbereich (§ 41 SVO, Art. 50 IVöB 2019). Neben dieser sogenannten WTO-Statistik kann der Regierungsrat weitere Statistiken verlangen (entspricht § 41 Abs. 2 SVO). Bereits seit 2019 führen die Direktionen und die Staatskanzlei neben der jährlich zuhanden des Bundes zu erstellenden WTO-Statistik eine kantonale Vergabestatistik, in der Zuschläge bereits ab Fr. 50000 erfasst werden (RRB Nr. 1002/2018).

lit. d: Der Kanton Zürich setzt direktionsübergreifende Gremien ein, um den koordinierten Vollzug der Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen sicherzustellen sowie eine stete Optimierung und gezielte Weiterentwicklungen des kantonalen Beschaffungswesens zu fördern. Neben der Herausgabe von Vollzugshilfen für die Vergabestellen organisiert die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (§ 43 SVO) im Rahmen der kantonalen Aus- und Weiterbildungsprogramme auch Schulungen zum öffentlichen Beschaffungsrecht. Neu wird auch die von Bund und Kantonen (Interessengemeinschaft eidgenössische Abschlüsse öffentliche Beschaffung [IAöB]) lacierte Berufsprüfung «Spezialist/-in öffentliche Beschaffung mit eidg. Fachausweis» bzw. das entsprechende Weiterbildungsangebot bei akkreditierten Bildungsanbietenden zur Verfügung stehen.

§ 8. Aufhebung bisherigen Rechts

Das Gesetz vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 wird aufgehoben.

§ 9. Übergangsbestimmung

Damit der Kanton Zürich weiterhin im von der IVöB 2001 geschaffenen InöB mitwirken kann, bedarf es nach Aufhebung des bisherigen Rechts gemäss § 9 BeiG IVöB einer Übergangsbestimmung. Diese sieht vor, dass bis zum Beitritt sämtlicher Kantone zur IVöB 2019, im Verhältnis zu den Kantonen, die der IVöB 2019 nicht beigetreten sind, Art. 4 IVöB 2001 gemäss Anhang B gilt.

Anhang A

IVöB 2019 einschliesslich Anhänge 1–4 der Kantone.

Anhang B

Gemäss § 9 BeiG IVöB gilt Art. 4 IVöB 2001 im Verhältnis zu denjenigen Kantonen, die der IVöB 2019 nicht bzw. noch nicht beigetreten sind, weiterhin. In Anhang B wird der entsprechende Wortlaut dieser Bestimmung wiedergegeben.

Aufhebung des bisherigen Vorbehalts der Genehmigung durch den Kantonsrat (§ 4 Abs. 2 BeiG)

Angesichts des Umstandes, dass künftig nur noch wenige Ausführungsbestimmungen auf Verordnungsebene zu regeln sind, soll vom bisherigen Vorbehalt der Genehmigung durch den Kantonsrat abgesehen und die entsprechende Bestimmung (§ 4 Abs. 2 BeiG) aufgehoben werden. Dies rechtfertigt sich, weil die zu regelnden Einzelheiten des Verfahrens, des Vollzugs und der Organisation gegebenenfalls rasch veränderten Umständen und Verhältnissen angepasst werden müssen.

5. Auswirkungen der Vorlage

Die Harmonisierung der nationalen Beschaffungsrechtsordnungen bringt auf kantonaler und kommunaler Ebene verschiedene Vorteile mit sich. Es wird erwartet, dass sich die angestrebte Rechtsangleichung einerseits im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen sowie andererseits im Verhältnis der Kantone und der Gemeinden unter sich positiv auswirkt, sobald die IVöB 2019 für sie in Kraft getreten ist. Gründe dafür sind z. B. eine einheitlichere Rechtsprechung, erleichterter Erfahrungsaustausch, gemeinsame Vorlagen, ähnliche Hilfs- und Lehrmittel sowie abgestimmte Aus- und Weiterbildungen.

Die Beschaffungsgrundsätze, die Vergabeabläufe und die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens bleiben in grossen Teilen unverändert. Ein gewisser Mehraufwand dürfte hingegen im Zusammenhang mit der Einführung der neuen Instrumente (es handelt sich um Kann-Bestimmungen), der Einführungsschulung von kantonalen und kommunalen Stellen sowie der Bereitstellung von Hilfsmittel für die Praxis entstehen. Auch kann der Beratungsaufwand anfänglich etwas steigen. Dies alles wird aber mit den vorhandenen personellen und finanziellen Mittel zu bewältigen sein.

Mit der Abgabe eines gemeinsamen Beschaffungsleitfadens von Bund, Kantonen, Städten und Gemeinden, der voraussichtlich im Spätsommer 2022 vorliegen wird, sollen auch auf Vollzugstufe die Harmonisierungsbestrebungen fortgeführt und die Beschaffungsstellen auf die neue Vergabe-

kultur und das flexibler ausgestaltete Beschaffungswesen vorbereitet werden. Mit der Bereitstellung dieses Leitfadens soll das neue Vergaberecht möglichst auf allen Staatsebenen einheitlich gehandhabt und dadurch letztlich öffentliche Gelder für die Wahrnehmung der Staatsaufgaben optimal und nachhaltig eingesetzt werden. Der Kanton Zürich nimmt, wie schon bei der Redaktion der IVöB 2019, auch bei der Erarbeitung des gemeinsamen Beschaffungsleitfadens in der entsprechenden Arbeitsgruppe Einsitz und bringt die Anliegen kantonaler und kommunaler Beschaffungsstellen ein. Im Übrigen hängen die aus der Revision resultierenden Kosten (etwa im Zusammenhang mit der stärkeren Gewichtung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitsaspekten) stark vom konkreten Vollzug ab, weshalb sie nicht näher quantifizierbar sind. Qualitativ hochstehende Angebote führen jedoch in der Regel im Rahmen der Ausführung zu weniger Folgekosten (wie Nachträgen) und bieten deshalb eher Gewähr für eine reibungslose Ausführung. Die verstärkte Berücksichtigung von Betriebs- und Lebenszykluskosten kann sich in finanzieller Hinsicht ebenfalls positiv auswirken.

Mit der schweizweiten Harmonisierung des öffentlichen Beschaffungsrechts wird ferner einer seit Langem bestehenden Forderung der Anbietenden Rechnung getragen. In naher Zukunft werden diese keine regional unterschiedlichen Beschaffungsvorschriften mehr vorfinden, sondern können im gesamten schweizerischen Binnenmarkt auf ein weitestgehend vereinheitlichtes Beschaffungsrecht vertrauen. Dies dürfte zu einer deutlichen Vereinfachung und damit zu Kosteneinsparungen bei Anbietenden führen. Die verbesserte Anwenderfreundlichkeit, Klarheit und Rechtssicherheit versprechen ebenfalls Sparpotenzial.

Mit dem Beitritt zur IVöB 2019 erschliessen sich den Schweizer Anbietenden neue Märkte. Und durch die allgemeine Stärkung von Innovation, Nachhaltigkeit und des Qualitätswettbewerbs werden die Schweizer KMU ihre Stärken eher noch besser zum Tragen bringen können, wobei bereits heute – wie erwähnt – nur ein geringer Prozentsatz (2019 rund 1%) der Aufträge aus dem Kanton Zürich an Unternehmungen mit Sitz im Ausland geht.

6. Regulierungsfolgeabschätzung

Durch den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung und die damit verbundenen Anpassungen in der Gesetzgebung ergibt sich keine massgebliche administrative Mehrbelastung von Unternehmen im Sinne von § 1 in Verbindung mit § 3 des Gesetzes zur administrativen Entlastung der Unternehmen (LS 930.1) bzw. § 5 der Verordnung zur administrativen Entlastung der Unternehmen (LS 930.11). Die schweizweite Vereinheitlichung der Regelungen zum öffentlichen Beschaffungswesen

führt im Gegenteil – wie ausgeführt – zu einer Verminderung der administrativen Belastungen der Unternehmen.

Zudem wird der vermehrte Einsatz technologischer Hilfsmittel sowie die gesetzlich neu für alle vorgeschriebene Nutzung einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen (simap.ch) dank einheitlicher Vorlagen, standardisierter Anbieterprofile, automatischer Benachrichtigung der Anbietenden über Ausschreibungen usw. tiefere Transaktions- bzw. Gesamtangebotskosten bewirken.

7. Weiteres Vorgehen

Die zu revidierende Submissionsverordnung soll gemeinsam mit dem neuen BeiG IVöB, das dem fakultativen Referendum untersteht (Art. 33 KV), in Kraft gesetzt werden. Auf diesen Zeitpunkt hin sind, wie bereits bei der Inkraftsetzung der Rechtsgrundlagen 2004, Informationen und Schulungen für die Vergabestellen im Kanton, in den Städten und in den Gemeinden geplant. Ebenso werden die zugehörigen Unterlagen und Vollzugshilfen den neuen Gegebenheiten anzupassen sein, wofür die Baudirektion federführend verantwortlich ist. Den Beschaffungsstellen ist eine angemessene Vorlaufzeit für die Instruktion und für die Vorbereitung der unter das neue Recht fallenden Ausschreibungen einzuräumen.

8. Antrag

Der Regierungsrat beantragt dem Kantonsrat, der vorliegenden Gesetzesvorlage zuzustimmen.

Im Namen des Regierungsrates

Die Präsidentin:
Jacqueline Fehr

Die Staatsschreiberin:
Kathrin Arioli