

VergabeNews Nr.

10

Das revidierte GPA ist am 6. April 2014 in Kraft getreten. In der Schweiz findet das grundlegend revidierte WTO-Übereinkommen über das Beschaffungswesen jedoch noch keine Anwendung. Das revidierte GPA weist eine komplett neue Struktur auf und enthält auch inhaltlich einige Neuerungen.

walderwyss rechtsanwälte

Das revidierte GPA ist in Kraft getreten



Von **Micha Bühler**
lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 55 61
micha.buehler@walderwyss.com



und **Pandora Notter**
Dr. iur., Rechtsanwältin
Telefon +41 58 658 59 30
pandora.notter@walderwyss.com

Das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen ist am 6. April 2014 in Kraft getreten. In der Schweiz sind die Anpassungen in der Gesetzgebung im Gange, damit das revidierte Übereinkommen ratifiziert werden kann. Das grundlegend überarbeitete Vertragswerk weist eine neue Struktur auf und enthält auch inhaltlich einige Neuerungen: Beispielsweise Generalausnahmen sowie die Regelung des Einsatzes von elektronischen Mitteln.

GPA und EU-Richtlinien

Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen der Welthandelsorganisation (WTO) – das sogenannte GPA – wurde grundlegend überarbeitet. Die revidierte Fassung des GPA ist nach Hinterlegung von zwei Drittel der Ratifikationsurkunden am Sitz der WTO in Genf am 6. April 2014 in Kraft getreten (nachfolgend «revGPA»). Damit das revidierte Übereinkommen in der Schweiz ratifiziert werden kann, sind Anpassungen im kantonalen und im Bundesrecht erforderlich. Die Gesetzgebungsverfahren der Kantone und des Bundes erfolgen je separat. Sie basieren aber auf Formulierungsvorschlägen einer paritätisch aus Vertretern des Bundes und der Kantone zusammengesetzten Arbeitsgruppe. Die Vernehmlassung zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) läuft bereits und dauert bis am 19. Dezember 2014. Das Vernehmlassungsverfahren zum revidierten Bundesgesetz über die öffentliche Beschaffung (BöB) und zur dazugehörige Verordnung (VöB) wird voraussichtlich Anfang nächsten Jahres eröffnet.

Im europäischen Vergaberecht wurden die Richtlinie über die öffentlichen Auftragsvergaben sowie die Richtlinie für die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung überarbeitet. Die revidierten

Richtlinien traten am 11. Februar 2014 in Kraft. Auch wenn die EU-Richtlinien in der Schweiz keine direkte Anwendung finden, können sie als Inspiration und Auslegungshilfe für das Schweizer Recht dienen.

Neue Struktur

Das revGPA wurde neu strukturiert. Es weist eine etwas umfangreichere Präambel, aber nur noch 22 Artikel auf. Der Anhang I enthält neu – für jeden Vertragsstaat – sieben Annexe. Bisher waren es nur fünf Annexe. Hinzugekommen sind Annex 4 hinsichtlich der unterstellten Güter sowie Annex 7 mit «General Notes». Insgesamt wurde das revGPA wesentlich übersichtlicher.

Definition und Grundprinzipien

Begriffsdefinitionen, die bisher im ganzen GPA verstreut waren, wurden grösstenteils in Art. I revGPA zusammengefasst. Definiert wird beispielsweise, was unter «commercial goods and services» zu verstehen ist. Gemeint sind Güter und Dienstleistungen, die nicht eigens für die Vergabestelle hergestellt oder konzipiert, sondern auch sonst auf dem Markt angeboten werden.

Art. IV revGPA normiert die Grundprinzipien im Vergabeverfahren, insbesondere das Diskriminierungsverbot, welches bisher in Art. III GPA geregelt war. Ferner sind darin allgemeine Verfahrensprinzipien vorgesehen. Gemäss Art. IV:4 revGPA ist das Verfahren unter Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durchzuführen. Die Vergabestelle hat Interessenkonflikte

zu vermeiden und der Korruption vorzubeugen. Um die Korruption bekämpfen zu können, enthält das revGPA eine Vielzahl von Regeln, die zu einer Verbesserung der Transparenz führen sollen.

Anwendungs- und Geltungsbereich

Die Definition der unterstellten Beschaffung ist einheitlich geregelt. Nach Art. II:2 revGPA ist das Übereinkommen anwendbar, wenn eine unterstellte Auftraggeberin mittels Vertrags ein unterstelltes bewegliches Gut und/oder eine unterstellte Dienstleistung erwerben will, der geschätzte Preis den Schwellenwert erreicht und kein Ausnahmetatbestand zur Anwendung gelangt, namentlich nach Art. II:3 revGPA.

Welche Beschaffungsvorgänge eine Vertragspartei dem GPA unterstellt, ergibt sich aus dem jeweiligen Anhang I («Appendix I») inklusive dessen Annexen 1-7 (vgl. Art. II:4 revGPA). Die Inhalte unterscheiden sich von Staat zu Staat. Insgesamt wurde der Anwendungsbereich des revidierten Übereinkommens und damit der Marktzugang substantiell erweitert.

Neu hat jede Vertragspartei nicht nur die unterstellten Dienstleistungen (Anhang I; Annex 5), sondern auch die unterstellten Güter aufzulisten (Anhang I; Annex 4). Der Schweizer Annex 4 beinhaltet eine Generalklausel, wonach – wie bisher – sämtliche Güterlieferungen in den Anwendungsbereich des GPA fallen. Für die Beschaffung von Gütern durch Behörden, die mit verteidigungs- oder anderen sicherheitsrelevanten Aufgaben betraut sind, besteht in Annex 4 eine Positivliste. Diese entspricht der bisherigen Liste (vgl. Anhang I; Annex 1; «note relative»). Für die unterstellten Güter ändert sich daher inhaltlich nichts. Demgegenüber gilt für die Beschaffung von Dienstleistungen ein erweiterter Anwendungsbereich gemäss dem revGPA, weil der entsprechende Schweizer Annex ergänzt wurde.

Generalausnahmen

Neu ist im revGPA eine Generalausnahme vom Anwendungsbereich vorgesehen. Generell ausgenommen sind Beschaffungen von Gütern und Dienstleistungen, die mit Blick auf den «commercial sale or resale, or for use in the production or supply of goods or services for commercial sale or resale» getätigt werden (Art. II:2 lit. a/ii revGPA).

Bei solchen Beschaffungen, mit denen die öffentliche Hand kommerzielle Zwecke verfolgt, sorgt bereits der Wettbewerbsdruck dafür, dass die eingesetzten Mittel haushälterisch verwendet werden.

Weitere Generalausnahmen sind in Annex 7 des schweizerischen Anhangs I vorgesehen (Ziff. B). Einerseits für Leistungen, die innerhalb ein- und derselben oder zwischen verschiedenen, rechtlich selbständigen Beschaffungsstellen erbracht werden. Es geht dabei um die In-House-, Quasi-In-House und In-State-Vergaben. Andererseits für Beschaffungen, die «nur» bei einer Einrichtung mit einem ausschliesslichen Recht getätigt werden kann.

Freihändige Vergabe

Die Tatbestände für die freihändige Vergabe wurden neu geordnet. Die Bestimmung für die Ersatz- oder Ergänzungsleistungen wurde etwas umformuliert. Gemäss Art. XIII:1 lit. c revGPA ist eine Nachbestellung von Gütern oder Dienstleistungen immer dann freihändig zu vergeben, wenn der Wechsel zu einem anderen Anbieter aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, und ein solcher Wechsel mit erheblichen Erschwernissen oder hohen Zusatzkosten verbunden wäre. Es wird sich noch weisen, wie diese Bestimmung in Übereinstimmung mit den Gesetzen der Sprachlogik umgesetzt werden kann.

Einsatz elektronischer Mittel

In der Präambel des revGPA ist festgehalten, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sei der Einsatz elektronischer Mittel anzustreben. Entsprechend enthält das revGPA mehrere Regeln

in Bezug auf den Einsatz elektronischer Mittel. Neu ist auch die elektronische Auktion geregelt (Art. XIV revGPA). Die Legaldefinition findet sich in Art. I revGPA.

E-IVöB

Die IVöB wurde in Anlehnung an das revGPA neu strukturiert. Die dazugehörigen Vergaberichtlinien (VRöB) wurden weitestgehend in die revidierte IVöB (E-IVöB vom 18. September 2014) integriert. Auch inhaltlich enthält sie Neuerungen. Drei Punkte sollen beispielhaft Erwähnung finden: Erstens werden die Erteilung von Konzessionen und die Übertragung öffentlicher Aufgaben neu dem Beschaffungsrecht unterstellt (Art. 8 Abs. 2 E-IVöB). Zweitens sollen künftig unter gewissen Voraussetzungen auch bei kantonalen Beschaffungen Verhandlungen mit den Anbietern zulässig sein (Art. 24 E-IVöB). Und drittens enthält der Entwurf eine einheitliche «Streitwertgrenze» von CHF 150'000.-, ab welchem Betrag Beschwerde gegen Beschaffungsentscheide geführt werden kann (Art. 52 Abs. 1 E-IVöB).

Weitergehende Informationen finden Sie auf der Homepage der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) unter:

<http://www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/e-ivoeb/>

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail an VergabeNews@walderwyss.com mit.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2014

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com