

VergabeNews Nr.

19

Das revidierte Beschaffungsrecht enthält nebst Altbekanntem auch zahlreiche Neuerungen. In diesen Vergabenews beleuchten wir die wichtigsten Unterschiede zum bisherigen Recht und zeigen mögliche Auswirkungen auf die Vergabepaxis.

walderwyss rechtsanwälte

Was bringt die Revision des Beschaffungsrechts?



Martin Zobl

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwyss.com



Regula Fellner

lic. iur., Rechtsanwältin
Telefon +41 58 658 51 98
regula.fellner@walderwyss.com

Derzeit beraten die eidgenössischen Räte den Entwurf des totalrevidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (E-BöB). Gleichzeitig wurde ein fast deckungsgleicher Entwurf einer neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (E-IVöB) erarbeitet. Die Revision ebnet den Weg für die Ratifizierung und Umsetzung des revidierten WTO-Beschaffungsübereinkommens von 2012 (GPA 2012) und die Harmonisierung des schweizerischen Vergaberechts. Dieser Newsletter bietet einen Überblick über die wichtigsten Eckpfeiler der Revision und zeigt mögliche Konsequenzen für Vergabestellen und Anbieter auf.

Ziel und aktueller Stand der Revision

Über sechs Jahre sind vergangen, seit die Schweiz am 30. März 2012 das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, das sog. GPA 2012, unterzeichnete. Das GPA 2012 ersetzt das frühere, in mancher Hinsicht veraltete GPA von 1994. Das Übereinkommen bildet zusammen mit dem Bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über das öffentliche Beschaffungswesen (BilatAbk) die völkerrechtliche Grundlage des schweizerischen Beschaffungsrechts. Mit der Revision des GPA verfolgten die WTO-Mitgliedstaaten drei Hauptziele: die Einhaltung des Abkommens in den Mitgliedstaaten sollte verbessert, der öffentliche Beschaffungsmarkt weiter liberalisiert und der Marktzugang erweitert werden. Gemäss Schätzungen der WTO kann damit ein zusätzliches jährliches Beschaffungsvolumen von 80 bis 100 Milliarden US-Dollar erschlossen werden. Da die Schweiz das GPA 2012 zwar unterzeichnet, jedoch (als einziges Land) noch nicht ratifiziert hat, können die hiesigen Anbieter vom erweiterten Marktzugang noch nicht profitieren.

Am 15. Februar 2017 hat der Bundesrat schliesslich den Entwurf des totalrevidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (E-BöB) verabschiedet. Mit der Totalrevision sollen in erster Linie die Verpflichtungen der Schweiz unter dem GPA 2012 umgesetzt

und der Weg für dessen Ratifikation geebnet werden. Die Botschaft zur Vorlage verspricht, den Wettbewerb weiter zu fördern, Unsicherheiten unter dem geltenden Recht zu beseitigen und die Beschaffungsvorgänge mittels neuer Instrumente zu flexibilisieren. Zugleich haben Bund und Kantone den Prozess genutzt, um die bislang zersplitterten Beschaffungsordnungen auf eidgenössischer und kantonaler Ebene soweit wie möglich zu harmonisieren. Eine paritätisch zusammengesetzte Arbeitsgruppe hat neben dem E-BöB auch einen Entwurf für eine neue Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (E-IVöB) ausgearbeitet. Die beiden Revisionstexte sind denn auch bis auf wenige Artikel und Absätze, die teilweise auf Unterschiede in den für Bund und Kantone bzw. Gemeinden geltenden Anhänge der GPA zurückgehen, deckungsgleich. Die kantonalen Submissionsdekrete dürften durch die revidierte IVöB weitgehend ersetzt werden. Damit werden Rechtsunsicherheiten beseitigt und die Rechtsanwendung nicht unwesentlich vereinfacht. Zudem erhalten die Erlasse eine klarere Struktur und eine modernere Sprache.

Nachdem der Nationalrat am 13. Juni 2018 den bundesrätlichen Gesetzesentwurf mit verhältnismässig geringfügigen Änderungen angenommen hat, wird das Geschäft derzeit von der zuständigen Kommission des Ständerats behandelt.

Mit dem Inkrafttreten ist frühestens Mitte 2019 zu rechnen. Sobald die definitive Fassung des BöB vorliegt, wird das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) eine Musterbotschaft für die revidierte IVöB publizieren.

Subjektive Unterstellung

Auf Stufe Bund beurteilt sich die subjektive Unterstellung (und damit der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes) nach wie vor nach den **staatsvertraglichen Verpflichtungen**, namentlich nach den Annexen 1 bis 7 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 sowie nach Art. 2 und 3 des BilatAbk. Neu sind nebst den Verwaltungseinheiten der zentralen und dezentralen Bundesverwaltung auch die eidgenössischen Gerichte, die Bundesanwaltschaft sowie die Parlamentsdienste dem Beschaffungsrecht unterstellt (Art. 4 Abs. 1 E-BöB). Anders als auf Bundesebene enthält die E-IVöB (wie bisher) mit Rücksicht auf die unterschiedliche Unterstellungsmechanik in Annex 2 zum GPA Ländersanhang I eine abstrakte Definition der unterstellten Auftraggeberinnen.

Nach Art. 7 E-BöB und E-IVöB kann der Bundesrat **Sektorenunternehmen** ganz oder teilweise von der Unterstellung befreien, wenn im Sektorenmarkt „wirksamer Wettbewerb“ herrscht. Dabei handelt es sich um einen kartellrechtlichen Begriff, der staatsvertragskonform auszulegen ist. Dieses „Ausklilverfahren“ stand bislang bloss denjenigen Auftraggeberinnen zur Verfügung, die vom Geltungsbereich des BilatAbk erfasst sind, und soll nun auf die Sektorenmärkte des GPA erweitert werden. Will der Bundesrat ein Unternehmen auskliven, konsultiert er vorgängig die Wettbewerbskommission, das InöB und die betroffenen Wirtschaftskreise. Gleichzeitig besteht auf WTO-Ebene eine Notifikationspflicht, gefolgt von einem Einwendungs- und Konsultationsverfahren. Mit der fortschreitenden Liberalisierung der Sektorenmärkte (z.B. im Bereich des Personentransports auf der Schiene oder bei der Stromversorgung) dürfte das

Auskliven in Zukunft vermehrt zur Anwendung kommen.

Begriff des öffentlichen Auftrags und objektiver Geltungsbereich

Im Unterschied zum geltenden Recht enthalten die revidierten Erlasse eine **Legaldefinition des öffentlichen Auftrags**. Danach handelt es sich um einen „Vertrag, der zwischen Auftraggeberin und Anbieterin 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 die Anbieterin erbracht wird“ (Art. 8 Abs. 1 E-BöB/E-IVöB). Ein öffentlicher Auftrag muss demnach die folgenden Begriffsmerkmale kumulativ aufweisen, um vom Beschaffungsrecht erfasst zu werden:

- **Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe**, mithin einer Aufgabe, zu deren Erfüllung der Staat aufgrund eines Rechtssatzes verpflichtet ist (z.B. Polizeiwesen, Abfallentsorgung, Schulbereich);
- **Entgeltlichkeit** des Vertrags, wobei die Gegenleistung nicht zwingend in Form von Geld erfolgen muss;
- **Austauschverhältnis**, in dem die Auftraggeberin (oder eine Drittpartei) als Abnehmerin der Leistung auftritt und die charakteristische (d.h. die durch Geld abgegoltene) Leistung vom Anbieter erbracht wird, und nicht umgekehrt.

Die Begriffsklärung entspricht der bisherigen Gerichtspraxis und ist zu begrüssen. Gleichwohl stellen sich (selbstverständlich) weiterhin zahlreiche Einzelfragen, etwa hinsichtlich der Definition der öffentlichen Aufgabe oder der Abgrenzung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen bzw. nur kostendeckenden Aufträgen. Aus der Legaldefinition wird jedoch deutlich, dass sich der öffentliche Auftrag vom privatrechtlichen Synallagma entfernt. Wer das Entgelt zahlt und

wer es letztlich in welcher Form erhält, erscheint sekundär. Primär interessieren hingegen die Wettbewerbseffekte einer Beschaffung auf den Angebotsmärkten.

Eine weitere Klarstellung enthält die Revisionsvorlage in Bezug auf die **Verleihung von Konzessionen** und die **Übertragung staatlicher Aufgaben**. Diese Übertragungsakte „gelten“ (man bemerke die Fiktion) nunmehr ausdrücklich als öffentliche Aufträge und sind damit dem Vergabebereich unterstellt, „wenn der Anbieterin dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die sie im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt.“ Spezialgesetzliche Regelungen, wie sie bspw. im Stromversorgungsgesetz (hinsichtlich Netzkonzessionen) oder im Eisenbahngesetz (hinsichtlich Infrastrukturkonzessionen) vorgesehen sind, bleiben jedoch vorbehalten (Art. 9 E-BöB/E-IVöB). Die nunmehr geregelte Unterstellung dieser Auftragsarten dürfte für die entsprechenden Anbieter zu einer interessanten Markterweiterung führen. Man denke etwa an Outsourcings in den Bereichen der Abfallentsorgung, des Unterhalts von Nationalstrassen, der Erhebung von Empfangsgebühren nach RTVG oder der Erbringung von Arbeitsmarkt- und Integrationsmassnahmen. Allerdings möchte der Nationalrat im Gegensatz zum Bundesrat diese Auftragsarten von der Ausschreibungspflicht ausnehmen und stattdessen dem Einladungsverfahren unterstellen (Art. 20 Abs. 3 E-BöB). Dies erscheint deswegen problematisch, als zahlreiche (deutschschweizerische) Kantone solche Leistungen bereits heute öffentlich ausschreiben. Dies mit gutem Recht. Mit solchen Beschaffungen werden nämlich regelmässig keine hoheitlichen Befugnisse übertragen. Vielmehr sind diese „Aufgabenübertragungen“ in der Mehrzahl der Fälle verkappte Dienstleistungsaufträge.

Gegenüber dem GPA 1994 wurden die **Positivlisten** um diverse Dienstleistungen sowie um die bislang nicht erfassten Bauleistungen **erweitert**. Neu ist unter

anderem die Rechtsberatung dem Staatsvertragsbereich unterstellt. Dies gilt allerdings wiederum nicht für die Vertretung des Bundes oder eines öffentlichen Unternehmens durch Anwälte in Gerichts-, Schiedsgerichts- oder Schlichtungsverfahren sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen sowie für die anwaltliche Rechtsberatung im Hinblick auf ein solches Verfahren (Art. 10 Abs. 1 lit. g E-BöB). Unter dem geltenden Recht fallen diese Aufträge in den Nichtstaatsvertragsbereich, der auf Bundesebene im dritten Kapitel der VöB geregelt und ohne jeden Rechtsschutz ist.

Neu werden **Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs** auf bundesgesetzlicher Ebene (und nicht wie bis anhin und systemwidrig nur in der ausführenden Verordnung) erfasst. Darunter fallen insbesondere Dienst- und Bauleistungen, die nicht in den Anhängen 2 und 3 des Entwurfs aufgeführt sind, sowie sämtliche Beschaffungen (Waren, Dienstleistungen, Bauleistungen) mit einem Auftragswert unterhalb der international festgelegten Schwellenwerte (Art. 8 Abs. 5 i.V.m. Anhang 5 E-BöB). Wie bisher gelten für diese Aufträge verschiedene Erleichterungen: So kann das Einladungsverfahren als zusätzliche Verfahrensart gewählt werden, ausländische Anbieter werden nur nach dem Gegenrechtsprinzip oder mit Zustimmung der Auftraggeberin zugelassen und der Vertrag mit der berücksichtigten Anbieterin darf gleich nach erfolgtem Zuschlag abgeschlossen werden, ohne dass der Eintritt der Rechtskraft abgewartet werden muss. Zudem steht auf Bundesebene kein sog. Primärrechtsschutz zur Verfügung. Neu können die Anbieter aber immerhin im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes die Rechtswidrigkeit einer Verfügung feststellen lassen und gegebenenfalls Schadenersatz verlangen (Art. 52 Abs. 2 E-BöB).

Allgemeine Grundsätze

Den allgemeinen Grundsätzen werden neu ein eigenes Kapitel mit fünf Artikel gewidmet, wobei in inhaltlicher Hinsicht wenige Neuerungen zu verzeichnen sind. Die Revisionsvorlage folgt hier der Stossrichtung des GPA 2012, zu deren Hauptziele die Bekämpfung der (wettbewerbsverzerrenden) **Korruption** gehört. In diesem Sinne werden die Vergabestellen ausdrücklich verpflichtet, Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption zu treffen (Art. 11 lit. b E-BöB). **Abgebotsrunden**, d.h. reine Preisverhandlungen sind neu auch auf der Stufe Bund unzulässig (Art. 11 lit. d E-BöB; bislang war dies nur in den Kantonen der Fall). Allerdings kommen im Rahmen der Offertbereinigung und auch bei elektronischen Auktionen und beim Wettbewerbsdialog nach wie vor Verhandlungselemente zum Tragen. Schliesslich kann die Verletzung von Korruptionsbestimmungen zum Verfahrensausschluss, zum Widerruf des Zuschlags (Art. 44 Abs. 1 lit. e E-BöB/E-IVöB) und, im Fall von schwerwiegenden Zuwiderhandlungen, zu Sanktionen wie einem Verweis oder einer Sperre des betreffenden Anbieters führen (Art. 45 Abs. 1 E-BöB/E-IVöB).

Gleichzeitig werden die **Ausstandsvorschriften** gegenüber dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) in dem Sinne gelockert, dass der blosse Anschein der Befangenheit einer am Vergabeverfahren beteiligten Person keinen Ausstandsgrund mehr begründen soll; vielmehr muss eine konkrete Auswirkung auf den Beschaffungsvorgang erkennbar sein (Art. 13 E-BöB/E-IVöB). Mit dieser Regelung will der Bundesrat (zu Recht) zur früheren Praxis der Rekurskommission zurückkehren und den teilweise beschränkten Anbietermärkten Rechnung tragen, in denen der personelle Austausch zwischen Anbietern und Vergabestellen unumgänglich ist (Botschaft zur Totalrevision des BöB, BBl 2016 67).

Neue Instrumente

Während die grundlegenden Verfahrensarten nicht ändern (offenes bzw. selektives Verfahren, Einladungs- und freihändiges Verfahren) und (weiterhin) keine Mischformen zugelassen sind, hält die Revisionsvorlage neue Instrumente bereit, welche den Vergabeprozess flexibilisieren und den Möglichkeiten des digitalen Zeitalters Rechnung tragen sollen. Diese Instrumente stehen nicht etwa alternativ zu den vier genannten Verfahren zur Verfügung, sondern lassen sich je nach Bedarf darin einbetten. Dazu gehören die elektronische Auktion, der Dialog, die Ausschreibung von Rahmenverträgen und die elektronische Beschaffung. Dazu im Einzelnen:

- Die **elektronische Auktion** wird als automatisierte Bewertung von bestimmten Angebotsparametern, namentlich des Preises, wenn der Zuschlag für den niedrigsten Preis erfolgt, oder anderer quantifizierbarer Komponenten (wie Gewicht, Reinheit, Qualität) definiert, wobei der Zuschlag für das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt wird (Art. 23 E-BöB/E-IVöB). Es versteht sich von selbst, dass die elektronische Auktion nur bei der Beschaffung von standardisierten Leistungen zur Anwendung kommen darf, für komplexere oder auf die Bedürfnisse der Vergabestelle zugeschnittene Leistungen jedoch ungeeignet und auch unzulässig ist. Was den konkreten Ablauf betrifft, geht der elektronischen Auktion eine (nicht-automatisierte) Präqualifikationsphase voraus, in deren Rahmen die Eignung der Anbieter geprüft und eine erste Bewertung der Angebote vorgenommen wird. Erst in einem zweiten Schritt folgt dann die eigentliche elektronische Auktion der neuen, bereinigten Angebote, wobei mehrere Bewertungsdurchgänge stattfinden können (Art. 23 Abs. 3,4 und 5 E-BöB/E-IVöB).

- Der **Dialog** (Art. 24 E-BöB/E-IVöB) war bislang nur auf Bundesebene (Art. 26a VöB) geregelt und ist in vielen kantonalen Submissionserlassen nicht vorgesehen. Über den Dialog (oder in der Sprache des Gemeinschaftsrechts: den Wettbewerbsdialog) können Vergabestelle und Anbieter den Leistungsgegenstand gemeinsam konkretisieren und Lösungswege oder Vorgehensweisen ermitteln und festlegen. Der Dialog kann bei komplexen, intellektuellen und innovativen Leistungen zur Anwendung gelangen. Die Auftraggeberin kann dabei die Zahl der teilnehmenden Anbieter nach sachlichen und transparenten Kriterien reduzieren. In einem zweiten Schritt werden die im Dialog verbleibenden Anbieter zur Eingabe des (vollständigen) Angebots aufgefordert. Selbstverständlich darf der Dialog nicht zum Zweck „missbraucht“ werden, einzig die Offertpreise zu verhandeln.
- In Art. 25 E-BöB/E-IVöB wird neu eine gesetzliche Grundlage für **Rahmenverträge** geschaffen, die sich bereits unter dem bisherigen Recht grosser Beliebtheit erfreuen. Rahmenverträge ermöglichen es der Auftraggeberin, während eines bestimmten Zeitraums ohne neue Ausschreibung Einzelaufträge an ihre Rahmenvertragspartner zu vergeben. Die wichtigsten Vertragsparameter (insbesondere Preise, Leistungsinhalt und -volumen) sollen dabei bereits im Rahmenvertrag spezifiziert werden. Mit anderen Worten ist der sachliche Markt bereits in den Ausschreibungsunterlagen hinreichend zu konkretisieren und einzugrenzen. Werden mit mehreren Anbietern Rahmenverträge abgeschlossen, erfolgt der Leistungsabruf entweder nach Massgabe des Rahmenvertrags (ohne erneuten Aufruf) oder im Rahmen eines Abrufverfahrens, in dem die Rahmenvertragspartner zur Einreichung ei-

nes konkretisierten Angebots eingeladen werden (sog. Mini-Tenders). Der Beschwerdeweg steht gegen Entscheide im Rahmen des Leistungsabrufs nicht offen, sondern nur gegen den Zuschlag des Rahmenvertrags. Die Laufzeit von Rahmenverträgen ist grundsätzlich auf fünf Jahre beschränkt; eine längere Vertragsdauer lässt sich nur in begründeten Ausnahmefällen rechtfertigen, so etwa bei besonders komplexen, Know-how-intensiven Beschaffungen.

- Gesetzlich geregelt wird schliesslich die **elektronische Abwicklung** von Submissionsverfahren: Art. 34 Abs. 2 E-BöB/E-IVöB sieht (ähnlich dem bisherigen Art. 19 Abs. 2 VöB) die Möglichkeit der elektronischen Abgabe von Angeboten vor, wenn dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist. Zudem wirkt die elektronische Abwicklung der Beschaffung insofern verfahrensbeschleunigend, als bei elektronischer Publikation von Ausschreibung, Ausschreibungsunterlagen und bei elektronischer Einreichung der Angebote eine Fristverkürzung von je 5 Tagen (d.h. total 15 Tagen) möglich ist (Art. 47 Abs. 2 E-BöB/E-IVöB).

Diese neuen Instrumente dürften an Bedeutung gewinnen, erlauben sie doch Vergabestellen und Anbietern, sich aus dem teilweise als zu starr empfundenen vergaberechtlichen Korsett zu lösen. Gleichzeitig bergen sie ein gewisses Missbrauchspotenzial und bieten Gelegenheit, submissionsrechtliche Vorschriften zu umgehen. Die konkrete, vergaberechtskonforme Umsetzung dieser Instrumente dürfte daher noch Anlass für die eine oder andere Diskussion oder gelehrte Erörterung bieten. Der Bundesrat hat in der Botschaft bereits angekündigt, die Entwicklungen in diesem Bereich zu verfolgen und bei Bedarf Anpassungen (gegebenenfalls auch nur auf Verordnungsebene) vorzunehmen (Botschaft zur Totalrevision des BöB, BBl 2016 85).

Vergabeanforderungen

Den Auftraggebern wird die Möglichkeit eingeräumt, ein **Verzeichnis der geeigneten Anbieter** zu führen (Art. 28 E-BöB/E-IVöB). Bereits nach geltendem Recht können die Auftraggeber ein Prüfungssystem für die Eignung von Anbieter einrichten. Nunmehr werden jedoch die Angaben, die zu den Verzeichnissen zu publizieren sind, in Abs. 2 der genannten Bestimmung abschliessend aufgeführt. Unabhängig von einem Eintrag in einem Verzeichnis muss es allen Anbietern offenstehen, im Einzelfall ihre Eignung in Bezug auf eine bestimmte Ausschreibung nachzuweisen. In diesem Sinne sind auch solche Anbieter, die nicht in einem Verzeichnis aufgeführt sind, in einem konkreten Beschaffungsvorhaben zuzulassen, sofern sie den Eignungsnachweis erbringen.

Bietergemeinschaften und Subunternehmer sind, wie schon nach geltendem Recht, zugelassen, soweit die Auftraggeberin dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausschliesst oder beschränkt (Art. 31 Abs. 1 E-BöB/E-IVöB). Wie der Bundesrat in der Botschaft festhält, gilt der Grundsatz, dass der Marktzutritt nicht ohne Not beschränkt werden darf und Angebote von Bietergemeinschaften nur aus begründetem Anlass limitiert oder sogar ausgeschlossen werden sollten (Botschaft zur Totalrevision des BöB, BBl 2016 99). Mit Art. 31 Abs. 3 E-BöB/E-IVöB wird ausserdem eine Regelung eingeführt, die bereits in diversen Kantonen gesetzlich vorgesehen ist, und welche dem Beizug von Subunternehmern Schranken setzt: Mit dem Erfordernis, dass die charakteristische Leistung grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen ist, sollen Angebote von Anbietern verhindert werden, die selber keine oder nur untergeordnete Aufgaben übernehmen. Dies gilt in jenen Fällen nicht, bei denen ein entsprechendes Organisationsmodell den eigentlichen Ausschreibungsgegenstand bildet, so etwa bei Leistungen, die von Generalunternehmern erbracht werden (Botschaft zur Totalrevision des BöB,

BBl 2016 100) oder beim Personalverleih. Die schweizerische Regelung unterscheidet sich in diesem Punkt vom EU-Vergaberecht, nach dem der Beizug von Subunternehmern nicht beschränkt werden darf (vgl. Urteile C-406/14 vom 14. Juli 2016 und C-298/15 des Europäischen Gerichtshofes vom 5. April 2017).

Rechtsschutz

Mit der Revision wird der **Rechtsschutz moderat ausgebaut**. Neu kann auf Bundesebene bei Dienstleistungen und Lieferungen – anders als bei Bauleistungen – bereits ab dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren Beschwerde geführt werden (Art. 52 Abs. 1 lit. a E-BöB), bei Aufträgen der Bundesverwaltung mithin bereits ab CHF 150'000. Für Bauaufträge gilt ein Schwellenwert von CHF 2 Mio. Bislang unterstanden Beschaffungen unterhalb der staatsvertraglichen Schwellenwerte nur dem 3. Kapitel der VöB und waren überhaupt keinem Rechtsschutz zugänglich. In den Kantonen steht der Rechtsweg bei allen Aufträgen bereits ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert offen (Art. 52 Abs. 1 E-IVöB).

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist auf Bundesebene der **Sekundärrechtsschutz** vorgesehen (Art. 52 Abs. 2 E-BöB). Beschwerdeweise kann somit nur (aber immerhin) die Feststellung verlangt werden, die angefochtene Verfügung sei rechtswidrig, nicht jedoch deren Aufhebung bzw. die Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin. Auf die noch im Vorentwurf vorgesehene Möglichkeit eines einfachen und raschen Verfahrens wurde verzichtet. Diese von verschiedenen Seiten kritisierte Regelung schränkt zwar die verfassungsmässige Rechtsweggarantie ein, ist angesichts des gewichtigen Interesses an effizienten Beschaffungsverfahren und der Senkung von Transaktionskosten jedoch nachvollziehbar. Die Regelung wurde in den Räten begrüsst. Der Nationalrat ist von der bundesrätlichen Regelung nicht abgewichen.

Im Bereich des Sekundärrechtsschutzes kann neu nebst der Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Aktes „adhäsionsweise“, d.h. im selben Beschwerdeverfahren, **Schadenersatz** verlangt werden (Art. 58 Abs. 3 E-BöB/E-IVöB). Bisher waren Schadenersatzbegehren in einem separaten Verfahren nach Massgabe des Verantwortlichkeitsrechts zu stellen. Mit der neuen Regelung werden diese beiden Schritte vereinigt und damit unnötige Doppelspurigkeiten vermieden. Das revidierte Recht stellt klar, dass der Schadenersatz auf die erforderlichen Aufwendungen im Zusammenhang mit der Submission limitiert ist (Art. 58 Abs. 4 E-BöB/E-IVöB). Ersetzt werden nur Offertkosten, welche die Anbieterin im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung des Angebots erwachsen sind. Die im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten können dagegen nur noch im Rahmen der Parteienschädigung berücksichtigt werden.

Die Revisionsvorlage beantwortet sodann die umstrittene Frage, wie anbieterseitig mit **Mängeln oder Ungereimtheiten in den Ausschreibungsunterlagen** umzugehen ist. So soll die bundesgerichtliche Praxis kodifiziert werden, wonach Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden müssen (Art. 53 Abs. 2 E-BöB/E-IVöB). Wird dies unterlassen, ist die entsprechende Rüge verwirkt. Bislang wurde diese sog. Rügeobliegenheit von Kanton zu Kanton unterschiedlich gehandhabt, und auch die eidgenössischen Gerichte konnten sich auf kein einheitliches Verständnis einigen. Anbieter sind aufgrund der neuen Regelung gehalten, unmittelbar nach der Publikation der Ausschreibungsunterlagen diese gründlich zu studieren, Ungereimtheiten gegenüber der Vergabestelle sofort zu adressieren und gegebenenfalls mittels Beschwerde zu rügen. Bislang liessen es kantonale Verwaltungsgerichte teilweise genügen, dass Mängel der Ausschreibungsunterlagen ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens, etwa im Rahmen

von Rückfragen an die Vergabestelle, beanstandet wurden.

Weiter bringt die Revision eine Vereinheitlichung der Beschwerdefristen mit sich: Neu kommt sowohl auf der eidgenössischen wie auch der kantonalen Ebene eine **Beschwerdefrist von 20 Tagen** zur Anwendung (Art. 56 Abs. 1 E-BöB/E-IVöB). Im Vergleich zur bisherigen Regelung in der IVöB, die bloss eine 10-tägige Frist vorsah, erscheint die neue Frist zwar als grosszügig. Allerdings gelten keine Gerichtsferien und damit kein Fristenstillstand (Art. 56 Abs. 2 E-BöB/E-IVöB), und zwar für alle Beschwerden, unabhängig vom Beschwerdeobjekt. Dies trägt dem Beschleunigungsgebot Rechnung. Im bisherigen Recht war dies bloss in Bezug auf vorsorgliche Massnahmen bzw. die aufschiebende Wirkung der Fall.

Schliesslich wird der **Rechtsweg auf der kantonalen Ebene vereinheitlicht**: Fortan ist in allen Kantonen eine direkte Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht als einzige Instanz vorgesehen (Art. 52 Abs. 1 E-IVöB), dessen Entscheid kann ans Bundesgericht weitergezogen werden. Kantonale Zwischeninstanzen werden abgeschafft.

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, 2018

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

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

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano