

VergabeNews Nr.

23

Die Revision des Beschaffungsgesetzes ist abgeschlossen. Das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) wurde vom National- und Ständerat in der Schlussabstimmung vom 21. Juni 2019 einstimmig verabschiedet. Die Eidgenössischen Räte haben während mehrerer Sessionen intensiv über die Gesetzesvorlage debattiert, 160 Änderungsanträge behandelt und schliesslich ihre Differenzen bereinigt. Was ist neu? Eine kurze Bilanz.

walderwyss rechtsanwälte



Pandora Kunz-Notter
Dr. iur., Rechtsanwältin
Telefon +41 58 658 29 30
pandora.kunz@walderwysse.com

Update zur Revision des Beschaffungsrechts

Wir haben bereits mehrfach über die Revision des Beschaffungsrechts berichtet. Nun wurde das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen am 21. Juni 2019 (revBöB) vom Parlament einstimmig verabschiedet. Wir möchten Sie über die wichtigsten Neuerungen informieren.

Das revBöB wurde verabschiedet

Am 30. März 2012 unterzeichnete die Schweiz das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen („GPA 2012“). Zur Umsetzung des Abkommens verabschiedete der Bundesrat am 15. Februar 2017 einen Entwurf für ein totalrevidiertes Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen („E-BöB“). Nach intensiver Beratung im Parlament haben der National- und Ständerat das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen („revBöB“) in der Schlussabstimmung vom 21. Juni 2019 einstimmig verabschiedet. Die Frist für das fakultative Referendum läuft bis zum 10. Oktober 2019. Nach Fristablauf wird der Bundesrat über das Inkrafttreten des revBöB bestimmen. Voraussichtlich wird das neue Gesetz am 1. Juli 2020 oder am 1. Januar 2021 in Kraft treten. Auf Bundesebene haben bereits die Arbeiten an der Revision der Verordnung („revVöB“) begonnen, während die BPUK im Spätherbst die Musterbotschaft zur Parallelrevision des Konkordats verabschieden wird, womit der Ball dann bei den Kantonen liegt. Eine Ratifikation des GPA 2012 noch vor Jahresende erscheint möglich.

Das Parlament hatte im Rahmen der Differenzvereinbarung wichtige Fragen zum neuen Beschaffungsrecht zu entscheiden. Das verabschiedete revBöB enthält einzelne Abweichungen zum ursprünglichen Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 15. Februar 2017 (E-BöB), die allerdings trotz der umfangreichen Änderungsanträge insgesamt überschaubar

bleiben. Wir möchten in diesem Vergabeneutraler auf die wichtigsten Unterschiede des verabschiedeten Beschaffungsgesetzes (revBöB) zum Gesetzesentwurf des Bundesrates (E-BöB) hinweisen.

Umweltrecht und Umweltübereinkommen

Gegenstand der parlamentarischen Diskussionen bildete insbesondere die Berücksichtigung des Umweltrechts bei öffentlichen Beschaffungen. Gestützt auf Art. 12 Abs. 3 revBöB wird von den Anbieterinnen gefordert, dass sie mindestens die am Ort der Leistung geltenden rechtlichen Vorschriften zum Schutz der Umwelt und zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen einhalten. Dazu gehören in der Schweiz die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts und im Ausland die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt. Diese Übereinkommen werden in einem Anhang zur revVöB bezeichnet. Dem Vernehmen nach wird sich der Bundesrat am multilateralen Staatenkonsens orientieren.

Als revolutionär kann man diese Verdeutlichung nicht bezeichnen. Die Einhaltung des zwingenden Rechts (nicht nur im Bereich des Umweltschutzes) bildete bereits bisher eine Voraussetzung zur Erlangung öffentlicher Aufträge. Aber die Ergänzung von Art. 12 revBöB illustriert die erhöhte Sensitivität für die Anliegen des Umwelt- und Ressourcenschutzes.

Leistungsortprinzip statt Herkunftsortprinzip

Es entspricht ständiger Praxis, dass Anbieterinnen im öffentlichen Beschaffungswesen minimale Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten müssen. Im Parlament wurde diskutiert, welche Normkomplexe massgebend sein sollen: Die Bestimmungen am Ort der Leistung (Leistungsortprinzip) oder am Herkunftsort der Leistungserbringerin (Herkunftsortsprinzip). Der Bundesrat hatte in seinem Entwurf eine differenzierte Regel vorgeschlagen: Für schweizerische Anbieterinnen sollte in Übereinstimmung mit dem Binnenmarktgesetz („BGBM“) das Herkunftsortsprinzip gelten, während ausländische Anbieterinnen, auf die das BGBM keine Anwendung findet, den Bestimmungen am Leistungsort unterstehen (Art. 12 Abs. 1 E-BöB). Dies hätte nicht zuletzt den administrativen Aufwand für schweizweit tätige Unternehmen verringert, indem sie nicht je nach Auftragsort unterschiedliche Regelungen hätten verifizieren und einhalten müssen.

Entgegen dem Vorschlag des Bundesrates entschied das Parlament in Art. 12 Abs. 1 revBöB zugunsten des Leistungsortprinzips. Für die im Inland zu erbringenden Leistungen sind damit stets die am Ort der Leistung massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einzuhalten. Das Parlament hat mit diesem Entscheid den Föderalismus (kantonal unterschiedliche Arbeitsbedingungen, Gesamtarbeitsverträge und Lohnvorschriften) höher gewichtet als den Binnenmarktgedanken. Gleichzeitig wurde eine Differenz zum BGBM geschaffen, die im Vollzug noch die eine oder andere Frage aufwerfen wird.

Preisniveauunterschiede

Die Auftraggeberin prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Aufgrund der parlamentarischen Diskussionen wurden neue Zuschlagskriterien in die Aufzählung von

Art. 29 Abs. 1 revBöB aufgenommen (insbes. Verlässlichkeit des Preises und unterschiedliche Preisniveaus). Strittig war insbesondere die Berücksichtigung der „Kaufkraftunterschiede“ bzw. der „unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird“. Damit sollte – immer nach Meinung der Volksvertreter – der Tatsache Rechnung getragen werden, dass im Ausland oftmals (aber nicht immer; in Norwegen wird zum Beispiel teurer produziert als in der Schweiz) tiefere Lohn- und Preisniveaus herrschen. Ausländischen Unternehmen, die von tieferen Gestehungskosten profitieren, sollen bei Beschaffungsverfahren in der Schweiz dadurch keine Vorteile erwachsen.

Nicht nur der Bundesrat wies in den Parlamentsdebatten darauf hin, die Berücksichtigung tieferer Preisniveaus im Ausland sei diskriminierend und nicht WTO-konform (Verletzung des Grundsatzes der Inländerbehandlung). In der Einigungskonferenz wurde zwischen National- und Ständerat dahingehend ein Kompromiss gefunden, dass das Kriterium „unterschiedliche Preisniveaus“ nur unter Beachtung der „internationalen Verpflichtungen der Schweiz“ berücksichtigt werden könne (vgl. Art. 29 Abs. 1 revBöB). Folglich werden unterschiedliche Preisniveaus bei internationalen Ausschreibungen im Staatsvertragsbereich nicht in die Angebotsbewertung einfließen, da jeweils die Gefahr einer Diskriminierung ausländischer Anbieterinnen und eines Verstosses gegen WTO-Recht besteht. Ob allenfalls eine Inländerdiskriminierung (gegenüber Herkunftsländern mit höheren Preisniveaus) zulässig bliebe, braucht hier nicht diskutiert zu werden, da diese Option eher theoretisch erscheint. Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs könnte das Kriterium der unterschiedlichen Preisniveaus hingegen, gleich wie die Lehrlingsausbildung, berücksichtigt werden. Mit dem Hinweis auf die internationalen Verpflichtungen der Schweiz konnte sowohl eine Notifikation beim Ausschuss des GPA als auch ein

Anwendungsfall der Schubert-Praxis vermieden werden.

Vorteilhaft statt günstig

Neu erhält das „vorteilhafteste“ Angebot den Zuschlag (Art. 41 revBöB), und nicht mehr das „wirtschaftlich günstigste“ Angebot wie bisher (Art. 41 Abs. 1 E-BöB). Mit der angepassten Formulierung in Art. 41 revBöB soll im öffentlichen Beschaffungsrecht, will man den Voten in den Räten folgen, der Paradigmenwechsel bestätigt und unterstrichen werden, dass für den Zuschlag nicht mehr bloss der Preis der Leistung eine Rolle spiele, sondern das gesamte Angebot anhand der Kriterien in Art. 29 Abs. 1 revBöB zu beurteilen sei. Der Qualitätswettbewerb soll intensiviert werden, um den Wirtschaftsstandort Schweiz zu stärken. Allerdings darf diese semantische Variation nicht überbewertet werden. In den Originalsprachen des GPA (1994 wie 2012) fanden seit jeher die Begriffe „most advantageous“ bzw. „plus avantageuse“ Verwendung. Und auch die Berücksichtigung der Leistungsqualität ist – glücklicherweise – keine neue Erfindung.

Sprachen

Was die Sprache der Ausschreibung angeht, sah der bundesrätliche Entwurf vor, dass bei Aufträgen im Staatsvertragsbereich eine Zusammenfassung in einer anderen Amtssprache zu veröffentlichen ist (Art. 48 Abs. 4 E-BöB). Im Übrigen sollte die Kompetenz, die Sprachen der Veröffentlichung, Ausschreibungsunterlagen, Eingaben der Anbieter und des Verfahrens zu regeln, vollständig an den Bundesrat delegiert werden (Art. 48 Abs. 5 E-BöB). In Abweichung zum bundesrätlichen Entwurf enthält Art. 48 Abs. 5 revBöB neu gewisse Grundsätze. Demnach müssen Bauaufträge (sowie damit zusammenhängende Lieferungen und Dienstleistungen) in der Amtssprache am Standort der Bauten sowie in mindestens einer weiteren Amtssprache ausgeschrieben werden, Lieferungen und

Dienstleistungen mindestens in zwei Amtssprachen. Das Gesetz verdeutlicht zudem, dass Eingaben der Anbieterinnen in allen Amtssprachen zulässig sind. Darüber hinausgehende Vorschriften wird der Bundesrat im revVöB regeln.

Sanktionen und schwarze Liste

Anbieterinnen und Subunternehmerinnen, welche gewisse Bestimmungen des revBöB (insbesondere die verschärften Anti-Korruptionsnormen) verletzen, können gemäss Art. 45 Abs. 1 revBöB verwarnet und von künftigen öffentlichen Aufträgen für die Dauer von bis zu fünf Jahren ausgeschlossen werden. Neu wird eine solche Sperre auf einer zentralen Liste erfasst („schwarze Liste“), jeweils unter Angabe der Gründe sowie der Dauer des Ausschlusses (Art. 45 Abs. 3 revBöB). Die Liste wird nicht öffentlich publiziert, und auch der Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) ist nicht möglich. Allerdings können der Bund, die Kantone und alle Auftraggeberinnen die in der Liste erfassten Informationen in Bezug auf bestimmte Anbieterinnen, die an einer konkreten Ausschreibung teilnehmen, abrufen. Während die Sperre (mit Ausnahme einer Sperre wegen Korruptionsvergehen) nur für die jeweilige Auftraggeberin gilt, können andere Auftraggeberinnen einen individuellen Ausschluss je nachdem auf den Listeneintrag stützen. Nach Ablauf der Sperre muss der Eintrag gelöscht werden (Art. 45 Abs. 3 revBöB).

Rechtsschutz

Gegen eine Reihe von Verfügungen der Auftraggeberinnen (namentlich Ausschreibung, Zuschlag, Ausschluss und Abbruch) kann Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (bzw. in den Kantonen: an das jeweilige Verwaltungsgericht) geführt werden (Art. 52 Abs. 1 revBöB). Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist auf Bundesebene nur der sog. Sekundärrechtsschutz vorgesehen (Art. 52 Abs. 2 revBöB). Beschwerdeweise kann somit nur (aber immerhin) die Feststellung verlangt werden, die angefochtene Verfügung sei rechtswidrig. Neu und durchaus originell kann mit diesem Feststellungsbegehren („adhäsionsweise“) ein Schadenersatzbegehren verbunden werden.

Der Ständerat wollte Art. 52 Abs. 2 revBöB (bzw. Art. 52 Abs. 2 E-BöB) zunächst streichen, was bedeutet hätte, dass auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs voller Rechtsschutz gewährt worden wäre. Dies hätte gegenüber der aktuellen Rechtslage zu einem erheblichen Zusatzaufwand bei den Auftraggeberinnen und den Gerichten geführt. Im Differenzbereinungsverfahren ist der Ständerat letztlich dem Nationalrat gefolgt und hat der Einschränkung der Beschwerdemöglichkeit ausserhalb des Staatsvertragsbereichs entsprechend dem Vorschlag des Bundesrates zugestimmt.

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.

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, 2019

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