

Factsheet

Revision des Beschaffungs- rechts



Am 1. Januar 2021 tritt die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) in Kraft. Dabei bringt die Revision interessante Neuerungen. Im vorliegenden Factsheet greifen wir einige davon auf und beantworten unter anderem die folgenden Fragen:

- *Welche neuen Möglichkeiten bringt das revidierte Beschaffungsrecht mit sich?*
- *Wie weit greifen Nachhaltigkeitsargumente?*
- *Was geschieht mit den Gerichtsferien?*
- *In welchen Sprachen muss publiziert werden?*



1 Ausgangslage

Der Bundesrat hat am 15. Februar 2017 die Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) verabschiedet. Zielsetzung der Revision der Beschaffungsgesetzgebung war einerseits die Umsetzung des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und andererseits die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen einander soweit möglich und sinnvoll anzugleichen. Dies war bereits seit vielen Jahren ein wichtiges Anliegen der Wirtschaft.¹

2 Aktueller Stand

Die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) wurde am 21. Juni 2019 durch den National- und Ständerat verabschiedet. Parallel dazu hat das Parlament das GPA 2012 ebenfalls einstimmig angenommen. Der Bundesrat hat am 12. Februar 2020 die revidierte Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) verabschiedet. Zurzeit werden Umsetzungsinstrumente erarbeitet. Die beiden revidierten Erlasse treten am 1. Januar 2021 in Kraft.

Die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) wurde im November 2019 durch das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen genehmigt. Somit begann der Ratifizierungsprozess der Kantone. Sobald zwei Kantone beigetreten sind, tritt die Vereinbarung in Kraft. Entsprechende Beitritte werden per Ende 2020 erwartet.

3 Was ist neu?

Die Revision bringt einige Neuerungen, die für beschaffende Stellen relevant sind. Mit Blick auf das Beschaffungsverfahren und die Ausschreibungsunterlagen gibt es unter anderem bei den folgenden Themen wesentliche Veränderungen:



Nachhaltigkeit

Neu sind auch Nachhaltigkeitsaspekte bei der Leistungs- und Auftragsvergabe zu berücksichtigen. Potenziell zu bewertende Kriterien sind nun deutlich breiter ausgelegt als zuvor.

Art. 2 lit a BöB / IVöB



Rechtfertigungen zum Freihänder

Es bestehen neue Rechtfertigungen und Vorgaben zur freihändigen Vergabe, vor allem im BöB wurde dies umfassender ausgelegt als zuvor.

Art. 21 BöB / IVöB



Einreichfrist und Gerichtsferien

Die Gerichtsferien sind nicht mehr zu beachten und für einige Aufträge gelten neue Einreichfristen.

Art. 46, Art. 47 und Art. 56 BöB / IVöB



Marktabklärungen, Verfahrensabbrüche, Offertöffnungsprotokoll und Publikationssprache

Weitere Neuerungen betreffen Marktabklärungen und Vorbefassung, erweiterte Gründe für Verfahrensabbrüche, die Mindestinhalte des Offertöffnungsprotokoll sowie die neu geforderten Sprachen zur Publikation.

Art. 14 BöB / IVöB, Art. 37 und 43 BöB / IVöB, Art. 48 BöB / IVöB

¹ Beschaffungskonferenz des Bundes BKB, admin: <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html> und Website der Bundesversammlung, Geschäft 17.019 des Bundesrates: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170019>



3.1 Nachhaltigkeit

Neu ist die Nachhaltigkeit explizit in wirtschaftlicher, volkswirtschaftlicher, ökologischer und sozialer Hinsicht als Zweck des Beschaffungsrechts definiert (neu Art. 2 lit. a BÖB). Somit kann die Nachhaltigkeit in den soeben genannten vier Dimensionen in Kriterienkataloge einfließen und als Bewertungskriterium angewendet werden.

Innerhalb der drei klassischen Dimensionen der Nachhaltigkeit können beispielweise folgende Aspekte subsumiert werden:

- Die **Dimension der Wirtschaftlichkeit** beinhaltet unter anderem den Aspekt der Innovationskraft.
- Die **Dimension der Ökologie** wird durch Aspekte wie Umweltverträglichkeit sowie Ressourcenschonung und Effizienz definiert.
- Und die **Dimension Soziales** ermöglicht zum Beispiel die positive Bewertung von Fair-Trade-Produkten oder die Berücksichtigung von Unternehmen, die zu einer Stärkung des inländischen Werk- und Ausbildungsplatzes beitragen.



Good to know

Mit dem neuen Beschaffungsrecht soll generell noch stärker der Qualitätswettbewerb unter den Anbieterinnen zum Tragen kommen. Dies soll vor allem durch geeignete Zuschlagskriterien sichergestellt werden. Art. 29 BÖB / IVöB führt neben der Nachhaltigkeit diverse Kriterien explizit auf, welche verwendet werden dürfen. Genannt werden zum Beispiel Ästhetik, Plausibilität des Angebots oder Kreativität. Dadurch erhält die ausschreibende Stelle neu einen grösseren Spielraum, um Kriterien zur Evaluation der Anbieterinnen zu definieren.



Achtung

Falls die Absicht oder Wirkung auf eine Diskriminierung ausländischer oder ortsfremder Anbieterinnen hinauslaufen, greift die Berufung auf die Nachhaltigkeit eines Kriteriums nicht.

3.2 Rechtfertigungen zur freihändigen Vergabe

Mit dem revidierten BÖB kann unter neuen Bedingungen ein Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben werden.

Neu darf nämlich bei einem Folgeauftrag eine freihändige Vergabe stattfinden, der an die gleiche Anbieterin geht. Dies ist erlaubt, falls der Wechsel der Anbieterin aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, erhebliche Schwierigkeiten bereitet oder substanzielle Mehrkosten mit sich bringen würde (Art. 21 Abs. 2 lit. e). Ebenfalls kann ein Auftrag freihändig vergeben werden, wenn die EK, TS oder wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung durch keine Anbieterin erfüllt werden.



Good to know

Schwierigkeiten oder Mehrkosten können dadurch begründet sein, dass Dienstleistungen, Materialien, Anlagen und Leistungen (wie Computerprogramme oder Software) nicht beliebig austauschbar sind. Vor allem, wenn die Kompatibilität mit Bestehendem gesichert werden muss.

Die Auftraggeberin muss in einer schriftlichen Begründung nachvollziehbar darlegen, weshalb ein Anbieterinnenwechsel zu substanziellen Mehrkosten oder erheblichen Schwierigkeiten führen würde.

Es wird die konkrete Auslegung des Gesetzes abzuwarten sein, um bestimmen zu können, welche Umfänge die Mehrkosten erreichen müssen, um als Begründung herhalten zu können. Klar ist, dass die Kosten bei einem Anbieterinnenwechsel in Relation zu den Kosten bei der fraglichen freihändigen Vergabe zu betrachten ist. Hierbei sind insbesondere auch Überführungs- und Einrichtungskosten sowie Einarbeitung respektive Aneignung von spezifischen Kenntnissen zu berücksichtigen.



Achtung

Folgebeschaffungen setzen einen vergaberechtskonformen Grundauftrag voraus. Der Grundauftrag muss auch im entsprechenden Verfahren ausgeschrieben worden sein, wenn der Auftrag neu mit der freihändigen Vergabe einen bestimmten Schwellenwert erreicht. Der Auftragswert eines Folgeauftrags darf nie höher sein als der Auftragswert des jeweiligen Grundauftrags.



3.3 Einreichfrist und Gerichtsferien

Im neuen Beschaffungsrecht sind die Einreichfristen für Angebote im offenen Verfahren merklich verkürzt. Wo zuvor die Einreichfrist für Angebote mindestens 40 Tage betrug, bestehen nun verschiedene Optionen für verkürzte Fristen.

Für Ausschreibungen im Staatsvertragsbereich bestehen etliche Möglichkeiten die minimale Einreichfrist von 40 Tagen zu reduzieren. Dies ist abhängig von der Art der Veröffentlichung, Vorankündigungen und Regelmässigkeit der benötigten Leistung (Art. 47 BöB / IVöB). Bei Ausschreibungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs betragen die Fristen mindestens 20 Tage. Die Fristen auf Bundes- und Kantonsebene wurden harmonisiert.

Ebenfalls stehen Beschwerdefristen neu während den Gerichtsferien nicht mehr still, auch nicht beim Bund (Art. 56 Abs. 2 BöB). Und Beschwerden müssen gem. BöB/IVöB sowie nun auch gemäss der IVöB innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung explizit schriftlich und begründet eingereicht werden (Art. 56 BöB / IVöB).



Good to Know, wenn man die Einreichfristen verkürzen will:

Optionen zur Verkürzung um 5 Tage sind zum Beispiel gegeben, wenn die Ausschreibung **elektronisch veröffentlicht** wird, Ausschreibungsunterlagen zeitgleich elektronisch veröffentlicht werden oder, wenn Angebote auf elektronischem Weg entgegengenommen werden. Eine Fristverkürzung ist ebenfalls möglich, wenn vor der Veröffentlichung eine **Vorankündigung** stattgefunden hat. Dies ist jedoch abhängig vom Inhalt und Zeitpunkt der Vorankündigung (siehe Art. 47 Abs. 3 BöB / IVöB). Wenn es sich bei der Ausschreibung um wiederkehrend benötigte Leistungen handelt und bei einer früheren Ausschreibung auf die Fristverkürzung hingewiesen wurde, kann die Frist auf nicht weniger als 10 Tage verkürzt werden.

3.4 Weitere Neuerungen

3.4.1 Marktabklärungen

Die Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts beinhaltet noch weitere Neuerungen und Anpassungen. Unter anderem führt eine Marktabklärung durch die Auftraggeberin neu explizit nicht zur Vorbefassung der angefragten Anbieterinnen weder auf kantonaler noch auf Bundesebene (Art. 14 Abs. 3 BöB / IVöB).

3.4.2 Verfahrensabbrüche

Es gelten ebenfalls neue Verfahrensabbruchgründe. Bisher waren diese auf Stufe Bund in der VöB geregelt und ein Abbruch war nur aus vier Gründen erlaubt (keine Durchführung des Projekts, wesentliche Änderung, niemand erfüllt die TS oder günstigere Angebote waren zu erwarten). Gemäss dem neuen Artikel 43 BöB / IVöB kann eine Auftraggeberin nun ein Verfahren abbrechen, falls kein Angebot die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen erfüllt, falls keines der eingereichten Angebote eine wirtschaftliche Beschaffung erlaubt oder alle Angebote den Kostenrahmen deutlich überschreiten. Auch wenn hinreichende Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede unter den Anbieterinnen bestehen, kann das Verfahren abgebrochen werden.

3.4.3 Offertöffnungsprotokoll

Neu sind die Vorgaben bezüglich Offertöffnung für Bund und Kanton identisch. Es ist ein Protokoll zu erstellen mit mindestens folgenden Inhalten (gem. Art. 37 Abs. 2 BöB / IVöB):

- die Namen der anwesenden Personen
- die Namen der Anbieterinnen
- das Datum der Einreichung ihrer Angebote
- allfällige Angebotsvarianten
- die jeweiligen Gesamtpreise der Angebote



3.4.4 Publikationssprachen

Im Artikel 48 BöB / IVöB wurde neu auch definiert in welchen Sprachen publiziert werden muss. Neu muss gemäss BöB die gesamte Ausschreibung in zwei Amtssprachen publiziert werden sowie mindestens eine Zusammenfassung der Ausschreibung in einer WTO-Sprache. Die Verordnung enthält ab Art. 20 jedoch einige Ausnahmerebestimmungen unter welchen nicht alles in zwei Amtssprachen publiziert werden muss. Dies ist zum Beispiel möglich, wenn die Übersetzung mehr als 50'000 CHF kosten würde oder 5% des Auftragswertes übersteigt (vgl. Art 21 Abs. 3 VöB).

3.4.5 Abschliessende Hinweise

Den Schlussabstimmungstext finden Sie hier: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2019/4505.pdf>

Dies ist keine abschliessende Liste der bekannten Neuerungen, sondern nur eine Auswahl zur praktischen Anwendung. Gesetzesverweise sind stets auf den neuen revidierten Text zu beziehen.

4 Unsere Expertinnen und Experten

Haben Sie weitere Fragen zur Revision der Gesetzesgrundlagen im öffentlichen Beschaffungsrecht? Oder möchten Sie wissen, wie die APP auch Sie bei einem herausfordernden Beschaffungsvorhaben unterstützen kann? Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.



Tel. +41 58 320 30 05
E-Mail marc.bergmann@app.ch