

kr facts

Beschaffungsrecht: Grundlagen und Änderungen

Um die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen soweit möglich und sinnvoll anzugleichen, wird mit der jüngsten Vergaberechtsrevision das Schweizer Beschaffungswesen umfassend revidiert. Der Beitrag zeigt die Grundlagen des Beschaffungsrechts auf und widmet sich der Revision, welche auf Bundesebene per 1. Januar 2021 in Kraft tritt.

Ein Volumen von rund 40 Milliarden CHF, 8 Prozent des Bruttoinlandproduktes der Schweiz und 25 Prozent des Schweizer Staatshaushaltes – das ist das öffentliche Beschaffungswesen in Zahlen. Diese Zahlen zeigen: Der schweizerische Markt für öffentliche Beschaffungen ist ein wichtiger Wirtschaftsfaktor und die öffentliche Hand somit eine bedeutsame Auftraggeberin. Mit der jüngsten Vergaberechtsrevision wird das Schweizer Beschaffungswesen umfassend revidiert. Neben der Umsetzung des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012), welches von der Schweiz angenommen wurde, wurde mit der Revision bezweckt, die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen einander soweit möglich und sinnvoll anzugleichen. Dies entspricht seit Jahren einem Anliegen der Wirtschaft, da die heutige heterogene Rechtslage zu unnötigen Rechtsunsicherheiten und kostspieligen Verfahren führt.

Das «Beschaffungsrecht»

Die öffentliche Hand benötigt für ihre Aufgabenerfüllung Sachmittel und Leistungen. Diese kauft sie unter anderem auch bei privaten Anbietern. Im Gegensatz zu privaten Unternehmen darf die öffentliche Hand diese Sachmittel und Leistungen nicht frei nach ihrem Willen einkaufen, sondern unterliegt dafür gewissen Regeln. Das Beschaffungsrecht regelt das Verfahren, wie die öffentliche Hand ihre Sachmittel und Leistungen einkaufen darf beziehungsweise muss.

Rechtsgrundlagen

Das Beschaffungsrecht stützt sich sowohl auf nationale Gesetze als auch auf internationale Abkommen. Auf internationaler Ebene massgebend ist das Agreement on Government Procurement (WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, GPA). Dabei handelt es sich um ein plurilaterales Abkommen, welches Mindestvorgaben enthält. Das GPA bindet nur die ratifizierungswilligen Vertragspartner, was für die Schweiz zutrifft. Für die Schweiz ist das GPA am 1. Januar 1996 in Kraft getreten und es wurde anschliessend in nationales und kantonales Gesetzesrecht überführt.

Wie oben bereits erwähnt, wurde das GPA in der Zwischenzeit revidiert und von der Schweiz ebenfalls wieder angenommen. Ferner gibt es das bilaterale Abkommen CH-EU, welches am 21. Juni 1999 in Kraft getreten ist. Dieses sichert der Schweiz den Zugang zu EU-Vergaben, nachdem die Schweiz den Beitritt zum EWR 1992 abgelehnt hatte.

Diese internationalen Abkommen wurden auf Bundesebene mit dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, Inkrafttreten 16.12.1994) und der dazugehörigen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, Inkrafttreten 11.12.1995) umgesetzt. Auf kantonaler Ebene gibt es die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB). Diese gilt für sämtliche Kantone und muss durch das kantonale Recht umgesetzt werden. Dementsprechend haben die Kantone ihr eigenes Beschaffungsrecht erlassen. Im Kanton Luzern sind dies das Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBG, Inkrafttreten 19.10.1998) und die Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBV, Inkrafttreten 7.12.1998).

Für Beschaffungen der Kantone und Gemeinden und anderer Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben, nicht aber für Bundesbehörden, ist zudem das Binnenmarktgesetz (BGBM) massgebend, welches zusätzlich zum kantonalen Vergaberecht Anwendung findet und gewisse zusätzliche Vorgaben für Vergabestellen beinhaltet.

Die Neuerungen

Das heutige Beschaffungsrecht mit seiner zersplitterten Rechtslage ist selbst für Experten nicht einfach zu verstehen. Die heterogene Rechtslage führte oft zu unnötigen Rechtsunsicherheiten und kostspieligen Verfahren. Das gemeinsame Projekt von Bund und Kantonen zur Revision des Beschaffungsrechts, welches 2012 begann, sah deshalb die weitgehende Harmonisierung des BöB und der IVöB vor.

Zwischen dem neuen BöB und der neuen IVöB bestehen nun kaum mehr markante Unterschiede. Allerdings gibt es im Vergleich zum alten Recht einige Neuerungen. Folgende stechen dabei hervor:

- **Elektronische Auktionen:** Elektronische Auktionen werden bereits im GPA 2012 eingehend geregelt. Neu werden sie nun auf Bundes- und Kantonsebene ebenfalls eingeführt. Die Offerten werden anhand eines iterativen, automatisierten Verfahrens bewertet. Wichtig ist, sicherzustellen, dass die Eingaben der Teilnehmenden in pseudonymisierter Form erfolgen.
- **Dialog:** Was auf Bundesebene bereits möglich war, wird nun auch auf kantonaler Ebene eingeführt. Bei komplexen Aufträgen, intellektuellen Dienstleistungen oder innovativen Vorhaben kann ein Auftraggeber im Rahmen eines offenen oder selektiven Verfahrens einen Dialog mit mindestens drei Anbieterinnen durchführen mit dem Ziel, Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln und festzulegen. Nach Abschluss des Dialogs werden die Anbieter über die Ergebnisse orientiert und aufgefordert, innert Frist ihr endgültiges vollständiges Angebot einzureichen. Nicht zulässig ist es, den Dialog für Preisverhandlungen zu nutzen.
- **Verbot von reinen Preisverhandlungen:** Reine Preisverhandlungen, sogenannte Abgebotsrunden, sind nun auch auf Bundesebene nicht mehr gestattet. Möglich bleibt jedoch die Bereinigung des Angebotes.
- **Rahmenverträge:** Der Auftraggeber kann Rahmenverträge mit einem oder mehreren Anbietern ausschreiben. Ziel ist es, die Bedingungen für Leistungen, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums bezogen werden sollen, festzulegen. Dies insbesondere in Bezug auf deren Preis und die in Aussicht genommenen Mengen. Gestützt auf einen solchen Rahmenvertrag kann der Auftraggeber während dessen Laufzeit anschliessend Einzelverträge abschliessen. Die Laufzeit eines Rahmenvertrages darf höchstens fünf Jahre betragen.
- **Qualitätswettbewerb:** Mit dem neuen Vergaberecht soll zudem ein Wandel hin zu mehr Qualität und Nachhaltigkeit herbeigeführt werden. So wurde unter anderem die nicht abschliessende Auflistung der Zuschlagskriterien durch Kriterien wie Nachhaltigkeit, Lebenszykluskosten, Lieferbedingungen, Kreativität oder Innovationsgehalt ergänzt.
- **Erweiterung des Rechtsschutzes:** Nach neuem Recht wird es möglich sein, Verfügungen betreffend Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gerichtlich überprüfen zu lassen. Diesbezüglich kann jedoch vom Gericht nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit der erlassenen Verfügung beantragt werden. Damit kann ausserdem der Antrag verbunden werden, der Beschwerdeführerin einen Schadenersatzanspruch zuzusprechen. Dieser Schadenersatzanspruch ist jedoch beschränkt auf die erforderlichen Aufwendungen, die der Anbieterin im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung ihres Angebots erwachsen sind.

Revision auf Bundesebene

Das revidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) sowie die dazugehörige Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) trat mit den oben beschriebenen Neuerungen am 1. Januar 2021 in Kraft. Sie gelten für öffentliche Beschaffungen von Bundesbehörden.

Revision auf kantonaler Ebene

Auf kantonaler Ebene wurde eine neue IVöB, die IVöB 2019, ausgearbeitet. Damit diese Vereinbarung in Kraft treten kann, müssen ihr die Kantone beitreten.

Genauer gesagt tritt die Vereinbarung erst in Kraft, wenn ihr mindestens zwei Kantone beigetreten sind. Im heutigen Zeitpunkt (Stand Dezember 2020) haben die Kantone Bern, Aargau, Schwyz, Waadt und Appenzell Innerrhoden das kantonale Beitrittsverfahren eingeleitet. Ein Beitritt zur Vereinbarung ist jedoch noch nicht erfolgt. Die restlichen Kantone haben noch kein Beitrittsverfahren eingeleitet. Aktuell sind die Kantone somit mit Ratifizierungsarbeiten der Vereinbarung beschäftigt. Vor einem kantonalen Beitritt zur IVöB 2019 gilt weiterhin das bisherige Recht.

Auf eine Anfrage antwortete der Regierungsrat des Kantons Luzern am 30. Juni 2020, dass der Kanton Luzern die Arbeiten zum Beitritt zur IVöB 2019 in der zweiten Hälfte 2020 starten werde. Ziel des Kantons Luzern sei es, vor dem Sommer 2021 einen Entwurf in die Vernehmlassung schicken zu können. Die Verabschiedung der Botschaft zu Händen des Kantonsrats sei in der zweiten Hälfte 2021 geplant.

Wie dem Kanton Luzern dürfte es auch den anderen Kantonen gehen. Das kantonale Beitrittsverfahren wird einige Zeit in Anspruch nehmen. Nach Einleitung eines Beitrittsverfahrens wird im jeweiligen Kanton eine Vernehmlassung eröffnet, das heisst, verschiedene Parteien und Organisationen können dazu Stellung nehmen. Da dieser Prozess jeweils seine Zeit braucht, ist nach Ansicht der Autoren wohl nicht vor Mitte des Jahres 2021 mit dem Inkrafttreten der Vereinbarung zu rechnen.

Fazit

Die Revision des Beschaffungsrechts wird, vor allem zu Beginn, einige Fragen und Unklarheiten aufwerfen, die es zu klären gilt. Insgesamt ist die Revision nach Ansicht der Autoren jedoch gelungen und dürfte, sofern die Kantone ihren Beitritt zur IVöB erklären, für mehr Rechtssicherheit und eine homogenere Rechtslage sorgen.

Visit us at:



Kontaktpersonen



Andrea Meule
Rechtsanwältin | Notarin
andrea.meule@krlaw.ch

Profilseite Andrea Meule



Dr. Davide Pinelli
Rechtsanwalt
davide.pinelli@krlaw.ch

Profilseite Davide Pinelli

Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte AG
Kanzlei Luzern: Alpenquai 28a | CH-6005 Luzern
Kanzlei Zug: Lindenstrasse 16 | CH-6340 Baar
Tel. +41 41 417 10 70 | Fax +41 41 417 10 77
krlaw@krlaw.ch | www.krlaw.ch

Zertifiziert nach ISO 9001 und SQS 9004



Mitglied von **DIRO**
Das Europäische Kanzleinetzwerk