

Arbeitsrecht

Banken & Finanzdienstleister

Bau- & Immobilienrecht

Datenrecht

Energierecht

Erbrecht & Nachlassplanung

Finanzierungen

Finanzmarktinfrastrukturrecht

FinTech

Gesellschafts- & Handelsrecht

Immaterialgüterrecht

Medienrecht

Mergers & Acquisitions

Migrationsrecht

Notariat

Pharma- & Gesundheitsrecht

Prozessführung &
Schiedsgerichtsbarkeit

Restrukturierung & Insolvenz

Steuerrecht

Technologierecht (IT)

Venture Capital & Private Equity

Wettbewerbsrecht

Wirtschaftsstrafrecht

Das neue Beschaffungsrecht stärkt den Qualitätswettbewerb

Das Inkrafttreten des neuen Beschaffungsrechts des Bundes auf den 1. Januar 2021 verändert die Spielregeln der öffentlichen Vergabe. Der Zuschlag an das vorteilhafteste Angebot stärkt den Qualitätswettbewerb und stattet die Auftraggeberin mit einem grösseren Ermessensspielraum aus. Neben der Verschärfung des Sanktionsregimes wird durch die Revision des Beschaffungsrechts des Bundes und der Kantone weitergehend harmonisiert.

Während das Inkrafttreten des neuen Beschaffungsrechts des Bundes auf den 1. Januar 2021 feststeht, tritt das revidierte interkantonale Konkordat über das öffentliche Beschaffungswesen in Kraft, sobald diesem zwei Kantone beigetreten sind. Mit ersten Beitritten der Kantone ist ab Ende 2020 zu rechnen.

Die Zielsetzung des Vergaberechts wird in Bezug auf den volkswirtschaftlichen, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel ergänzt. Neben den gleichbleibenden Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung fokussiert das revidierte Recht zudem stärker auf die Bekämpfung illegaler Absprachen und Korruption.

Qualitätswettbewerb

Neu erhält nicht derjenige Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag, sondern der Anbieter mit dem vorteilhaftesten Angebot gewinnt die Ausschreibung. Neben wirtschaftlichen Gesichtspunkten können qualitative Kriterien, wie Nachhaltiges, darunter Ökologisches und Soziales, stärker berücksichtigt werden. Dies soll eine umfassendere Würdigung mit langfristigen Planungshorizont ermöglichen und den Wirtschaftsstandort Schweiz stärken. Eine exakt nachvollziehbare Vollkostenrechnung wird in der Praxis wohl kaum zu erreichen sein. Es ist zwar damit zu rechnen, dass Zuschlagsverfügungen volkswirt-

schaftlich und ökologisch besser begründet werden können. Jedoch wird der Zuschlag damit auch eher anfechtbar. Dieser Umstand liegt im allgemeinen wirtschaftsregulatorischen Trend, sich weg von einfachen und klaren Regeln hin zu Einzelfallprüfungen zu bewegen. Die beste Lösung im Einzelfall steht hier im Spannungsverhältnis zum Bedürfnis nach Rechtssicherheit.

Empfehlungen

- Dokumentation von Nachhaltigkeitskriterien wie Umwelt- und sozialen Kriterien wird zum zentralen Erfolgsfaktor.
- Definition eines Qualitätsmanagementprozesses inkl. Vollkostenüberlegungen (Einkauf, Produktion, Wartung und Recycling).
- Schriftliche Nachfragen bei unklaren Zuschlagskriterien reduzieren faktisch das Ermessen der Vergabestelle.

Bereinigung der Angebote

Das harmonisierte Beschaffungsrecht folgt in Bezug auf die Angebotsbereinigung dem bisherigen Ansatz der Kantone: Reine Preisverhandlungen sind neu auf Bundes- und Kantonsebene unzulässig. Die technische Bereinigung der Angebote

Wenger & Vieli AG

Dufourstrasse 56
Postfach
CH-8034 Zürich

Büro Zug
Metallstrasse 9
Postfach
CH-6302 Zug

T +41 58 958 58 58
spotlight@wengervieli.ch
www.wengervieli.ch

**DR. MICHAEL TSCHUDIN**

Partner

m.tschudin@wengerviel.ch

T. +41 58 958 55 47

**DR. MARCEL BOLLER**

Rechtsanwalt

m.boller@wengerviel.ch

T. +41 58 958 55 63

**NADINE ZANETTI**

Rechtsanwältin

n.zanetti@wengerviel.ch

T. +41 58 958 55 76

**SPOTLIGHT ALS PDF:**

<https://www.wengerviel.ch/de-ch/publikationen?typ=spotlight>

Disclaimer: Die in diesem Schreiben enthaltenen Informationen dienen allgemeinen Informationszwecken und stellen keine rechtliche oder steuerliche Beratung dar. Im konkreten Einzelfall kann der vorliegende Inhalt keine individuelle Beratung durch fachkundige Personen ersetzen. © Wenger & Vieli AG, 2020

bleibt dagegen möglich, wenn erst dadurch der Auftrag geklärt oder die Angebote miteinander vergleichbar gemacht werden können. Ausserdem bleiben Leistungsänderungen möglich. In beiden erwähnten Fällen ist auch eine Aufforderung zur Preisanpassungen zulässig. Bei einer Erhöhung der Leistung ist unter Umständen auch der Preis zu erhöhen. Andernfalls würde das Risiko bestehen, dass die technische Bereinigung als unzulässiges (verdecktes) «Abgebot» qualifiziert werden könnte.

Unterangebote

Ungewöhnlich tiefe Angebote stellen per se kein vergaberechtliches Problem dar. Preiskampf unter den eigenen Kosten kann bei Marktmacht aus kartellrechtlicher Sicht heikel sein. Das Parlament verpflichtet die Vergabestelle immerhin bei einem möglichen Unterangebot zusätzliche Erkundigungen darüber einzuholen, ob die Teilnahmebedingungen effektiv eingehalten sind. Mit Unterangeboten riskiert der Anbieter zudem ein erstes Warnsignal auszulösen, welches die Verlässlichkeit und Vertrauenswürdigkeit in Frage stellen könnte.

Rahmenverträge

Die Ausschreibung von Rahmenverträgen (mit oder ohne Bezugspflicht) sind gerade beim Einkauf von Dienstleistungen üblich. Diese Möglichkeit wird im neuen Beschaffungsrecht nun explizit geregelt, wobei der Rahmenvertrag mit einem Anbieter (Einzelauftrag) oder mehreren Anbietern (paralleler Auftrag) abgeschlossen werden kann. Für die Berechnung der Umsatzschwellen ist der maximale Beschaffungswert inkl. Verlängerungs- und Zusatzoptionen relevant. Der Inhalt der Leistung muss derart genau beschrieben werden, dass sich während der Laufdauer des Rahmenvertrags die Beschaffungsanforderungen und somit die in Frage kommenden Anbieter nicht ändern. Einzelverträge über den Inhalt des Rahmenvertrages hinaus, sind vergaberechtswidrig bzw. gelten als freihändige Vergaben. Die Laufzeit eines Rahmenvertrags beträgt höchstens fünf Jahre – eine automatische Verlängerung ist nicht möglich. In begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden, was beispielsweise bei IT-Dienstleistung vorkommen kann. Neu ist auch die ausdrückliche Regelung des konkreten Leistungsabrufs, welche gestützt auf den Rahmenvertrag erfolgt. Neben einem freihändigen Abruf ist auch ein abgekürztes Ausschreibungsverfahren (der sog. «Mini-Tender») vorgesehen.

Sanktionen

Das revidierte Beschaffungsrecht stellt den Auftraggeberinnen ein umfassendes Sanktionsinstrumentarium zur Verfügung. Von der bereits bisher

bestehenden Ausschlussmöglichkeit kann in vielfältigen Situationen Gebrauch gemacht werden. Die Ausschlussgründe sind allerdings teilweise sehr breit und nicht präzise formuliert. Beispielsweise kann eine Anbieterin ausgeschlossen werden, wenn sie frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt hat oder in anderer Weise erkennen liess, keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin zu sein. Ausserdem reichen bereits hinreichende Anhaltspunkte, Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen oder Umweltschutzvorgaben missachtet zu haben. Ein strikter Beweis für solches Verhalten ist nicht erforderlich. Weiter können auch Indizien für einen Verstoß gegen kartellrechtliche und lauterkeitsrechtliche Bestimmungen ausreichend sein.

Zusätzlich wurden folgende vergaberechtliche Sanktionen eingeführt: Verwarnung, Vergabesperre und auf kantonaler Ebene auch Bussen. Auftraggeber sind zur Meldung von rechtskräftigen Vergabesperrern verpflichtet, wobei die Sperre grundsätzlich nur gegenüber dem verfügenden Auftraggeber wirken soll. Die Busse kann bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme betragen.

Empfehlungen

- Dokumentation sämtlicher Bemühungen der Einhaltung anwendbarer Bestimmungen, inkl. Compliance-Management-System.
- Aufarbeitungen allfälliger Verstösse und Dokumentation der Massnahmen (betriebliche Anpassungen, Kontrollen, Schulungen).
- Plausibilisierung der Einhaltung der Bestimmungen durch den Zuschlagsempfänger. Ermessen der Vergabestelle.

Fazit

Durch die neu formulierten Kriterien der Nachhaltigkeit, wie Ökologisches und Soziales, rückt das revidierte Recht den Qualitätswettbewerb unter den Anbietern noch stärker in den Fokus. Auch wenn daneben wichtige Grundsätze des Beschaffungsrechts unverändert blieben, sollten Anbieter ihre (bestehenden) Angebote und Dokumentationen in Bezug auf diese Kriterien überprüfen und, wo notwendig, den veränderten Bedingungen anpassen, um die eigene Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten. Daneben ist es ebenfalls sinnvoll, die neuen Instrumente des Vergaberechts, wie etwa Rahmenverträge, zu studieren bzw. zu dokumentieren, da diese von den Vergabestellen in Zukunft vermehrt eingesetzt werden dürften.