

# Update

## Newsflash Juni 2019

---

### Neues Schweizer Vergaberecht

**Das Schweizer Parlament hat letzten Freitag das revidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen ("BöB") verabschiedet. Einige bedeutende Neuerungen im Vergleich zum bisherigen Recht und mögliche Auswirkungen auf die Praxis werden nachfolgend dargestellt.**

---

#### Ausgangslage

Mit dem revidierten BöB soll sowohl das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. März 2012 ("GPA 2012") in die Schweizer Gesetzgebung überführt als auch eine grösstmögliche Harmonisierung der Rechtsgrundlagen von Bund und Kantonen erzielt werden. Die Angleichung in den Kantonen wird durch den Beitritt der Kantone zur neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen ("IVöB") erfolgen. Es wird zur Zeit erwartet, dass das revidierte BöB wie auch die revidierten kantonalen Regelungen per 1. Januar 2020 in Kraft treten werden.

Sowohl für Vergabestellen als auch für Anbieter wird das neue Vergaberecht gewichtige Änderungen mit sich bringen. Eine Auswahl der wichtigsten Änderungen soll nachfolgend kurz dargestellt werden.

#### Paradigmenwechsel bei den Zuschlagskriterien

Das Parlament will mit dem neuen Beschaffungsrecht einen Paradigmenwechsel einleiten,

indem neu das "vorteilhafteste Angebot" und nicht mehr das "wirtschaftlich günstigste" den Zuschlag erhalten soll. Die zahlreichen im neuen Gesetz enthaltenen Zuschlagskriterien, die insoweit zur Anwendung kommen sollen, als sie nicht internationale Verpflichtungen (z.B. WTO-Recht) verletzen, sollen im Verhältnis zum Preis mehr Gewicht erhalten. Die Zuschlagskriterien umfassen insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, die unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird, Verlässlichkeit des Preises, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik.

Die Vergabestellen erhalten durch die Neuregelung einen erweiterten Spielraum bei den Zuschlagskriterien und haben zukünftig die Möglichkeit, die Qualität des Angebots stärker zu gewichten. Auch Zuschlagskriterien wie die Nachhaltigkeit können unter dem revidierten Vergaberecht stärker berücksichtigt werden. Das im Parlament kontrovers diskutierte Zuschlagskriterium "Preisniveau" (d.h. die Berücksichtigung eines allenfalls im Ausland

bestehenden tieferen Preisniveaus) dürfte auch in der Praxis stark umstritten bleiben.

### **Objektiver Geltungsbereich**

Neu definiert das Gesetz den Begriff des "öffentlichen Auftrags", wobei sich die Definition an der bisherigen Rechtsprechung orientiert. Gemäss Legaldefinition ist ein öffentlicher Auftrag ein Geschäft, mit dem sich eine dem Gesetz unterstellte Auftraggeberin (i) gegen Bezahlung die Leistungen beschafft, die sie für (ii) die Erfüllung ihrer (öffentlichen) Aufgaben benötigt. Der öffentliche Auftrag ist entsprechend durch seine Entgeltlichkeit sowie den Austausch von Leistung und Gegenleistung gekennzeichnet. Nicht erforderlich ist, dass die Gegenleistung in Form von Geld erfolgt; auch geldwerte Vorteile, die lediglich in einem indirekten Austauschverhältnis stehen, werden erfasst.

Bezüglich Verleihung von Konzessionen wird neu im Gesetz festgehalten, dass diese dem Beschaffungsrecht unterstehen, wenn der Anbieterin dadurch (i) ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die sie (ii) im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr (iii) dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen (wie z.B. unter dem Wasserrechtsgesetz, dem Stromversorgungsgesetz oder im Fernmelde- und Rundfunkrecht) gehen allerdings vor.

### **Unzulässigkeit von Abbotsrunden**

Wie bislang in den Kantonen sollen Angebotsrunden (d.h. Verhandlungen mit dem einzigen Zweck, den Angebotspreis zu senken) nun auch auf Bundesebene verboten werden.

Preis Anpassungen sind indessen nicht schlechthin ausgeschlossen. So wird es im Rahmen der Angebotsvereinbarung oder bei speziellen Verfahren wie dem Dialog immer wieder vorkommen, dass der Leistungsgegenstand untergeordnete Modifikationen erfährt und entsprechend auch die Preisofferte angepasst wird. Zudem können Preis Anpassungen im Rahmen einer elektronischen Auktion oder bei

den Verhandlungen einer Offerte im freihändigen Verfahren erfolgen.

### **Modernisierung des Beschaffungsrechts durch neue Instrumente**

Das revidierte Gesetz will den Vergabestellen grösseren Handlungsspielraum beim Einsatz moderner Technologien gewähren. Zu diesem Zweck sieht das revidierte Gesetz neu u.a. die elektronische Auktion und die elektronische Abwicklung von Vergabeverfahren vor. Auf Bundesebene weiterhin und in den Kantonen neu möglich ist bei komplexen, intellektuellen und innovativen Leistungen der Dialog (Wettbewerbsdialog), in welchem die Vergabestellen und Anbieter den Leistungsgegenstand gemeinsam bestimmen können.

Flexible Beschaffungsinstrumente wie der Dialog dürften in Zukunft an Bedeutung gewinnen, insbesondere bei der Vergabe intellektueller Dienstleistungen. Die Praxis wird zeigen, wie stark diese neuen Instrumente genutzt werden und ob allenfalls aufgrund von Anwendungsfragen weiterer Anpassungsbedarf der Regelungen entstehen wird.

### **Rechtsschutz – moderate Veränderungen**

Mit weitgehend einheitlichen Regeln zur Begründung und Eröffnung von Verfügungen, einheitlichen Beschwerdegründen und -objekten sowie einer einheitlichen Beschwerdefrist von 20 Tagen soll der Rechtsschutz im Beschaffungswesen auf Bundesebene und in den Kantonen angeglichen werden. Zudem wurde der Rechtsschutz bei Bundesbeschaffungen moderat ausgebaut.

### **Ausblick**

Die Anpassungen an das GPA 2012 sowie die Harmonisierung der beschaffungsrechtlichen Rechtsgrundlagen des Bundes und der Kantone sind zu begrüßen. Der vorgesehene Gesetzestext führt in gewissen Rechtsbereichen zu mehr Rechtssicherheit und baut teilweise sogar den Rechtsschutz aus. Mit der Revision stellen sich aber auch zahlreiche neue rechtliche Fragen, so etwa in Bezug auf die Ausgestaltung der Zuschlagskriterien im Rahmen der angepassten

Regelungen. Die Vergabepraxis wird diese offenen Fragen nach Inkrafttreten der revidierten Regelungen klären müssen.

**Für weitere Fragen zu diesem Thema stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.**

**Rechtlicher Hinweis:** Der Inhalt dieses UPDATE Newsflash ist allgemeiner Natur und stellt keine Rechtsauskunft dar. Bei Fragen zur für Sie relevanten rechtlichen Ausgangslage stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

# Ihre Ansprechpartner

---

## **Zürich**

Astrid Waser  
astrid.waser@lenzstaehelin.com  
Tel: +41 58 450 80 00

## **Genf / Lausanne**

Benoît Merkt  
benoit.merkt@lenzstaehelin.com  
Tel: +41 58 450 70 00

# Unsere Büros

---

## **Genf**

Lenz & Staehelin  
Route de Chêne 30  
CH-1211 Genève 6  
Tel: +41 58 450 70 00  
Fax: +41 58 450 70 01

## **Zürich**

Lenz & Staehelin  
Brandschenkestrasse 24  
CH-8027 Zürich  
Tel: +41 58 450 80 00  
Fax: +41 58 450 80 01

## **Lausanne**

Lenz & Staehelin  
Avenue de Rhodanie 58  
CH-1007 Lausanne  
Tel: +41 58 450 70 00  
Fax: +41 58 450 70 01

[www.lenzstaehelin.com](http://www.lenzstaehelin.com)