

## **Die Revision des Beschaffungsrechts stärkt den Wettbewerb**

Romeo Minini, lic. iur., Rechtsanwalt, Exec. MBA HSG

*Die rechtlichen Grundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens sind in Staatsverträgen geregelt. Diese gelten auch für die Schweiz. Das Beschaffungsrecht des Bundes und der Kantone muss daher mit dem Staatsvertragsrecht übereinstimmen und nötigenfalls revidiert werden. Wegen der internationalen Weiterentwicklung in den letzten Jahren musste das einheimische Beschaffungsrecht angepasst werden. Der Gesetzgeber hat den Revisionsprozess 2020 abgeschlossen. Das Beschaffungsrecht des Bundes tritt am 01. Januar 2021 in Kraft. Gleichzeitig werden die kantonalen Rechtsgrundlagen mit den bundesrechtlichen Bestimmungen harmonisiert. Die Kantone bestimmen die Inkraftsetzung ihres Beschaffungsrechts.*

*Die Revision der gesetzlichen Grundlagen stärkt den Wettbewerb und trägt einer nachhaltigen Beschaffung Rechnung. Die tragenden Pfeiler des Beschaffungsrechts, wie wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel, Gleichbehandlung der Anbieterfirmen sowie Transparenz der Verfahren bleiben auch im revidierten Recht verankert.*

Die nachfolgenden Ausführungen greifen einzelne Themen des revidierten Beschaffungsrechts auf. Die öffentlichen Auftraggeber (Bund, Kantone, Gemeinden) müssen neben dem wirtschaftlichen auch den ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel gewährleisten. Die Fokussierung im Beschaffungsprozess verschiebt sich vom Preiswettbewerb zum Qualitätswettbewerb. Diese Entwicklung äussert sich auch in der Terminologie. Gemäss dem revidierten Beschaffungsrecht erhält nicht mehr das wirtschaftlich günstigste, sondern das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag. Den Vergabestellen stehen neu Zuschlagskriterien zur Auswahl, die in der Anwendung hohe Anforderungen an die Transparenz und Gleichbehandlung stellen. Als Kriterien können neben der Nachhaltigkeit namentlich die Zweckmässigkeit, Ästhetik, Plausibilität des Angebots, Kreativität, Innovation oder Effizienz der Methodik aufgezählt werden. Der Preis ist als Zuschlagskriterium in jeder Submission einzubeziehen.

Für die Vergabestellen wird mit der Nachhaltigkeit eine neue Türe geöffnet, insofern als beispielsweise eine sozial verantwortungsvolle Produktion oder eine Corporate-Social-Responsibility-Strategie bei der Beschaffung belohnt werden dürfen. Massnahmen zur Korruptionsbekämpfung sind bei jeder Beschaffung zu berücksichtigen.

Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen bleiben im revidierten Recht nahezu unverändert. Neu werden die nicht dem Vergaberecht unterstehenden Beschaffungen geregelt (sog. In-House- und In-State-Privileg). Die öffentlichen Auftraggeber können Leistungen ohne Submission direkt von andern öffentlichen Rechtsträgern (Verwaltungsstellen, öffentlich-rechtliche Institutionen, Zweckverbände, usw.) beschaffen. Vergaberechtsfreie Beschaffungen sind jedoch als Ausnahmen im Submissionsrecht zu betrachten und müssen insbesondere im öffentlichen Interesse liegen sowie ausserhalb des Marktes wettbewerbsneutral erfolgen.

## Was ist neu?

Ein innovatives Instrument stellt der im revidierten kantonalen Beschaffungsrecht vorgesehene Dialog dar, der im Bundesrecht bereits seit 2010 geregelt ist. Die Vergabestellen können bei komplexen Aufträgen oder bei intellektuellen und innovativen Dienstleistungen einen Dialog durchführen. Dieser findet zwischen den Vergabestellen und den zum Dialog zugelassenen Anbieterfirmen statt. Im Rahmen eines Dialogs werden der Leistungsgegenstand konkretisiert und die Lösungswege festgelegt. Preisverhandlungen sind jedoch ausgeschlossen. In der Ausschreibung sind die Kriterien für die Auswahl der Dialogpartner festzulegen, zudem ist der Verfahrensablauf abzubilden. Die Anbieterfirmen reichen zu Beginn des Dialogs keine verbindlichen Offerten, sondern Lösungsvorschläge ein. Die Vergabestellen können im Verlauf des Verfahrens auf das spezifische Fachwissen der Dialogpartner zurückgreifen und mit diesen in einem festgelegten Prozess zusammenarbeiten. Die Vergabestellen ändern im Verlaufe des Submissionsverfahrens den Beschaffungsgegenstand und passen diesen an neue innovative Lösungen an. In diesem dynamischen Vorgehen besteht der Vorteil des Dialogverfahrens. In Submissionsverfahren ohne Dialog dürfen weder der Beschaffungsgegenstand noch die verlangten Leistungen abgeändert werden.

Für die Beschaffung von standardisierten Leistungen steht neu das Instrument der elektronischen Auktion zur Verfügung. Beschaffungen mit Auktionen müssen sich für eine automatische Bewertung auf elektronischem Weg eignen und die zu bewertenden Eigenschaften müssen quantifizierbar sein. Im Vordergrund stehen daher Preisauktionen. Komplexe, intellektuelle Leistungen fallen für Auktionen ausser Betracht. Geplante Auktionen sind in den Ausschreibungsbedingungen anzukündigen. In einem ersten Schritt haben die Vergabestellen die geeigneten Anbieterfirmen für die Auktionsphase auszuwählen. Dieses Vorgehen ist mit einer Präqualifikation zu vergleichen. In den Auktionen können die zugelassenen Anbieterfirmen neue Preise anbieten. Darin besteht der innovative Ansatz dieses Instruments, weil Anpassungen der Offertpreise in Submissionsverfahren ohne Auktionen nicht zulässig sind.

Die Vergabestellen schliessen in der Praxis oftmals Rahmenverträge ab. Die Rahmenvertragspartner erhalten einen Zuschlag für bestimmte Leistungen. Bisher fehlte dazu eine gesetzliche Grundlage, diese wird im revidierten Beschaffungsrecht geschaffen. Im Rahmenvertrag werden insbesondere der Vertragsgegenstand, die Leistungen der Parteien, die Vertragsdauer und die Bedingungen für den Abschluss von Einzelverträgen geregelt. Die Rahmenvertragspartner haben jedoch keinen Anspruch auf den Abschluss von Einzelverträgen.

Im Einzelvertrag werden die konkreten Leistungen, vor allem die Termine, die Lieferbedingungen und allenfalls die Kontaktpersonen in Projektverträgen festgehalten. Die vereinbarten Leistungen dürfen gegenüber dem ausgeschriebenen Beschaffungsgegenstand weder erweitert noch wesentlich geändert werden. Die im Rahmen der Submission offerierten Preise sind nicht verhandelbar und werden weder in den Rahmen- noch in den Einzelverträgen angepasst.

Gestützt auf definierte Auswahlkriterien, können die Vergabestellen aus dem Kreis der Rahmenvertragspartner ein Konkurrenzverfahren durchführen, um die Vertragspartner für die Einzelverträge auszuwählen (sog. Mini Tender).

Mit diesem neuen Instrument schliessen die Vergabestellen nach einem Submissionsverfahren mit ausgewählten Anbieterfirmen Rahmen- und Einzelverträge ab und wählen für bestimmte Leistungen die vorteilhaftesten Angebote aus. Dieses Instrument fördert zwar den Wettbewerb, schränkt allerdings die Rechtssicherheit für die Anbieter ein, weil ein Rahmenvertragspartner trotz seiner Auswahl im Submissionsverfahren nicht automatisch mit dem Abschluss von Einzelverträgen rechnen kann.

### **Fazit**

Die Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts ist ein notwendiger Schritt, damit das einheimische Recht mit dem Staatsvertragsrecht übereinstimmt. Die innerstaatliche Harmonisierung zwischen dem öffentlichen Beschaffungsrecht des Bundes und der Kantone trägt zur Rechtssicherheit bei. Die neu eingeführten Instrumente, namentlich der Dialog und die elektronische Auktion, sind als submissionsrechtliche Innovationen zu betrachten. Die gesetzliche Verankerung der Rahmenverträge schliesst eine Lücke. Die Grundsätze der öffentlichen Beschaffung bleiben unverändert. Sie gewährleisten auch in Zukunft einen wirksamen Einsatz der öffentlichen Mittel, eine Gleichbehandlung der Anbieterfirmen sowie Transparenz im Verfahren. Mit dem revidierten Beschaffungsrecht wird der Wettbewerb gestärkt. Innovative Instrumente im Beschaffungsprozess leisten dazu einen wesentlichen Beitrag.