KANTON AARGAU

REGIERUNGSRAT

1. Juli 2020

BOTSCHAFT AN DEN GROSSEN RAT **20.199**

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB); Totalrevision; Beitritt Kanton Aargau

Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen (DöB)

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung 3

1. Übersicht 6
1.1 Ausgangslage 6
1.2 Ziele und Inhalt der Vorlage 6
1.3 Volkswirtschaftliche Bedeutung der vorliegenden Revision 7
1.4 Handlungsbedarf 7

2. Grundzüge der Vorlage 8
2.1 Ausgangslage 8
2.1.1 Anpassungsbedarf im nationalen Recht 8
2.1.2 Grundlagen des schweizerischen Beschaffungsrechts 8
2.2 Die beantragte Neuregelung 8
2.2.1 Vorarbeiten 8
2.2.2 Zielsetzung der Vorlage für eine revidierte Interkantonale Vereinbarung 9
2.2.3 Wichtigste Neuerungen 10
2.3 Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens 11

3. Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln 13
1. Kapitel: Gegenstand, Zweck und Begriffe 13
Art. 1 Gegenstand (neu) 13
Art. 2 Zweck (teilweise neu; § 1 aSubmD) 13
Art. 3 Begriffe (neu) 15
2. Kapitel: Geltungsbereich 16
Art. 4 Auftraggeber (§§ 5 und 30 aSubmD) 16
Art. 5 Anwendbares Recht 18
Art. 6 Anbieter (§ 1 aSubmD) 19
Art. 7 Befreiung von der Unterstellung (neu) 19
Art. 8 Öffentlicher Auftrag (teilweise neu; § 6 aSubmD) 21
Art. 9 Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen (neu) 22
Art. 10 Ausnahmen 23
3. Kapitel: Allgemeine Grundsätze 26
Art. 11 Verfahrensgrundsätze (§§ 1, 2 und 17 aSubmD) 26
Art. 12 Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts (§ 3 aSubmD) 28
Art. 13 Ausstand (§ 4 aSubmD) 30
Art. 14 Vorbefassung (§ 28 Abs. 1 lit. h aSubmD) 31
Art. 15 Bestimmung des Auftragswerts (§§ 8 und 8a aSubmD) 32
4. Kapitel: Vergabeverfahren 33
Art. 16 Schwellenwerte (§§ 8, 31, 32, Anhänge 1 und 2 aSubmD) 33
Art. 17 Verfahrensarten (§ 7 aSubmD) 34
Art. 18 Offenes Verfahren (§ 7 aSubmD) 34
Art. 19 Selektives Verfahren (§ 7 aSubmD) 34
Art. 20 Einladungsverfahren (§ 7 aSubmD) 35
Art. 21 Freihändiges Verfahren (§§ 7 und 8 aSubmD) 35
Art. 22 Wettbewerbe und Studienaufträge (§ 9 aSubmD) 38
Art. 23 Elektronische Auktionen (neu) 38
Art. 24 Dialog (neu) 39
Art. 25 Rahmenverträge (neu) 41

5. Kapitel: Vergabeanforderungen 43
Art. 26 Teilnahmebedingungen (§§ 3 und 28 aSubmD) 43
Art. 27 Eignungskriterien (§ 10 aSubmD) 44
Art. 28 Verzeichnisse (§ 33 aSubmD) 45
Art. 29 Zuschlagskriterien (§ 18 aSubmD) 46
Art. 30 Technische Spezifikationen (§ 1 aSubmD) 47
Art. 31 Bietergemeinschaften und Subunternehmer (§ 11 aSubmD) 48
Art. 32 Lose und Teilleistungen (§ 16 aSubmD) 49
Art. 33 Varianten (§ 16 aSubmD) 50
Art. 34 Formerfordernisse (§ 14 aSubmD) 50
6. Kapitel: Ablauf des Vergabeverfahrens 51
Art. 35 Inhalt der Ausschreibung (§ 12 aSubmD) 51
Art. 36 Inhalt der Ausschreibungsunterlagen (Anhang 3 aSubmD) 51
Art. 37 Angebotsöffnung (§ 15 SubmD) 52
Art. 38 Prüfung der Angebote (§ 17 aSubmD) 52
Art. 39 Bereinigung der Angebote (§ 17 aSubmD) 53
Art. 40 Bewertung der Angebote (§ 17 aSubmD) 54
Art. 41 Zuschlag (§ 18 aSubmD) 54
Art. 42 Vertragsabschluss (§ 21 aSubmD) 54
Art. 43 Abbruch (§ 22 aSubmD) 55
Art. 44 Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags (§ 28 aSubmD) 56
Art. 45 Sanktionen (teilweise neu; § 28 aSubmD) 56
7. Kapitel: Fristen und Veröffentlichungen, Statistik 58
Art. 46 Fristen (§ 13, Anhang 6 aSubmD) 58
Art. 47 Fristverkürzung im Staatsvertragsbereich (Anhang 6 SubmD) 59
Art. 48 Veröffentlichungen (teilweise neu; §§ 12 und 34 aSubmD) 59
Art. 49 Aufbewahrung der Unterlagen (§ 28a aSubmD) 60
Art. 50 Statistik (§ 39 aSubmD) 61
8. Kapitel: Rechtsschutz 61
Art. 51 Eröffnung von Verfügungen (§ 20 aSubmD) 61
Art. 52 Beschwerde (§ 24 aSubmD) 62
Art. 53 Beschwerdeobjekt (§ 24 aSubmD) 62
Art. 54 Aufschiebende Wirkung (§ 26 aSubmD) 63
Art. 55 Anwendbares Recht (§ 23 aSubmD) 64
Art. 56 Beschwerdefrist, Beschwerdegründe und Legitimation (teilweise neu; § 25 aSubmD) 64
Art. 57 Akteneinsicht (§ 2 aSubmD) 64
Art. 58 Beschwerdeentscheid (§ 27 aSubmD) 65
Art. 59 Revision (neu) 65
9. Kapitel: Behörden 65
Art. 60 Kommission Beschaffungswesen Bund – Kantone 65
Art. 61 Interkantonales Organ 66
Art. 62 Kontrollen (neu) 67
10. Kapitel: Schlussbestimmungen 67
Art. 63 Beitritt, Austritt, Änderung und Aufhebung 67
Art. 64 Übergangsrecht 68
Art. 65 Inkrafttreten 68

4. Zuständigkeit des Grossen Rats 69

5. Totalrevision Submissionsdekret (SubmD): Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen (DöB) 69
5.1 Titel 69
5.2 Zu den einzelnen Bestimmungen 69

6. Auswirkungen auf den Kanton 70
6.1 Finanzielle Auswirkungen 70
6.2 Personelle Auswirkungen 70
6.3 Auswirkungen auf die Wirtschaft 71
6.4 Auswirkungen auf die Umwelt 71
6.5 Auswirkungen auf die Gemeinden 71

7. Abschreibung von parlamentarischen Vorstössen 71
7.1 (12.153) Postulat Dr. Daniel Heller, FDP, Erlinsbach (Sprecher), Dr. Theo Voegtli, CVP, Böttstein, und Hans Dössegger, SVP, Seon, vom 19. Juni 2012 betreffend Präzisierung Definition der unterstellten Vergabestellen gemäss § 5 Absätze 1 c und 1 d Submissionsdekret 71
7.2 (12.111) Motion der GLP-Fraktion vom 22. Mai 2012 betreffend gesetzliche Grundlagen im Beschaffungswesen zum Ausschluss von fehlbaren Unternehmen für längere Zeit 71

8. Weiteres Vorgehen 72

Antrag 72

Sehr geehrte Frau Präsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen die Botschaft über den Beitritt des Kantons Aargau zur totalrevidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen sowie das Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen (DöB) zur Beschlussfassung und erstatten Ihnen dazu folgenden Bericht.

Zusammenfassung

Auslöser für die Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) bildete die Revision des GATT-/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) von Jahr 2012. Mit dem Beitritt zum revidierten GPA sind nun Anpassungen im nationalen Recht erforderlich. Diese Revision wurde dazu genutzt, die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen einander inhaltlich soweit möglich und sinnvoll anzugleichen und zu harmonisieren.

Bund und Kantone waren übereingekommen, die internationalen Vorgaben im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten parallel umzusetzen. Die Gesetzgebungsverfahren des Bundes und der Kantone erfolgten je separat, basierten jedoch auf den Regelungsvorschlägen einer paritätischen Arbeitsgruppe Bund–Kantone.

Die IVöB wurde neu strukturiert und sprachlich überarbeitet. Bewährte Regelungskonzepte werden beibehalten, neue Begriffsdefinitionen eingeführt und diverse in den bisherigen Vergaberichtlinien (VRöB) zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) geregelte Bestimmungen in die Vereinbarung integriert. Für die Kantone gibt es materiell wenige Änderungen. Diese betreffen im Wesentlichen Unterstellungsfragen (beispielsweise in Bezug auf die Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben sowie die Vergabe gewisser Konzessionen), neue Beschaffungsinstrumente und Folgebeschaffungen. Für den Kanton Aargau ergeben sich zudem gegenüber der heutigen Regelung beispielsweise Anpassungen bezüglich der Definition des Bauhauptgewerbs, der Anhebung des Schwellenwerts für das freihändige Verfahren für Lieferungen auf Fr. 150'000.–, der Verpflichtung der Vergabestellen zur Publikation von Vergabeverfahren auf simap.ch, den Zuschlagskriterien und der Verlängerung der Rechtsmittelfrist auf 20 Tage.

Wie bisher unterscheidet die Vereinbarung zwischen dem sogenannten Staatsvertragsbereich, das heisst öffentlichen Aufträgen, die im Geltungsbereich der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen vergeben werden, und dem Nicht-Staatsvertragsbereich, das heisst öffentlichen Aufträgen, die nur den Regeln des Binnenrechts unterstehen.

Mit dem neuen Konkordat können die Kantone künftig auf ihre Regelungen für das Beschaffungswesen weitgehend verzichten. Mit dem Beitritt des Kantons Aargau zur revidierten IVöB kann die Umsetzung der revidierten GPA-Bestimmungen sichergestellt werden und er unterzieht sich den Harmonisierungsbestrebungen. Mit dem Beitritt zum Konkordat wird der Inhalt integral anerkannt, Abänderungen sind nicht möglich. Gestützt auf Art. 63 Abs. 4 IVöB bleibt den Kantonen bezüglich der materiellen Inhalts die Möglichkeit zu Ausführungsbestimmungen, insbesondere zu den Art. 10, 12 und 26 der IVöB. Nicht zulässig wäre es jedoch beispielsweise, auf dem Weg des Ausführungsrechts neue (generell-abstrakte) Zuschlagskriterien zu normieren (vgl. Rechtsgutachten walderwyss rechtsanwälte vom 11. März 2020 im Auftrag der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz [BPUK]). Daneben haben die Kantone die Möglichkeit zum Erlass von Vollzugsbestimmungen, dies in den Bereichen Fristen, Veröffentlichungen, Rechtsschutz, Kontrolle und Aufsicht. Der Regierungsrat hat sich bei der Erarbeitung des totalrevidierten Submissionsdekrets (SubmD) (neu Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen [DöB]) an den heute geltenden Regelungen orientiert. Einzelheiten dazu finden sich in den Ausführungen zu den Bestimmungen der IVöB beziehungsweise des DöB.

1. Übersicht

1.1 Ausgangslage

Mit dem Beitritt der Schweiz zum GATT-/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) im Jahr 1996, dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) ebenfalls 1996 mussten die Kantone das öffentliche Beschaffungsrecht neu regeln. Die Kantone haben zum Zweck der Umsetzung des GPA und der massgeblichen Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes am 25. November 1994 die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) geschaffen. Dieses Konkordat ist am 21. Mai 1996 in Kraft getreten. In der Folge sind sämtliche Kantone beigetreten (Kanton Aargau: 1. Juni 1997) und haben die für die Umsetzung notwendigen Ausführungserlasse in Kraft gesetzt. Die Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz (BPUK) hatte Vergaberichtlinien (VRöB) zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) erlassen, die den Kantonen als koordinierende Vorlage dienten.

Die IVöB beschränkte sich von Anfang an nicht allein auf die Umsetzung des GPA. Insbesondere sollte auch unterhalb der GPA-Schwellenwerte das öffentliche Beschaffungswesen im Rahmen des Gegenrechts liberalisiert und harmonisiert werden. Erfasst wurden auch Vergabestellen aus dem Telekommunikationssektor und auch die Gemeinden sowie vom Bund, von den Kantonen oder Gemeinden subventionierte Objekte und Leistungen. Dies erfolgte vorausschauend auf das geplante sektorielle Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen).

Mit dem Submissionsdekret (SubmD) hat der Kanton Aargau die IVöB umgesetzt.

Seit mehreren Jahren wird vor allem von Seiten der Wirtschaft eine Harmonisierung im öffentlichen Beschaffungsrecht einerseits zwischen Bund und Kantonen, anderseits aber auch zwischen den Kantonen gefordert. Ein entsprechender Entwurf eines Bundesgesetzes wurde, da der Bund gegenüber den Kantonen keine Gesetzgebungskompetenz aufweist, aufgrund des Widerstands der Kantone, vom Bundesrat zurückgezogen.

Aufgrund der im Jahr 2012 abgeschlossenen Revision des GPA sind nun Anpassungen im nationalen Recht erforderlich. Diese Revision wurde dazu genutzt, die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen einander inhaltlich soweit möglich und sinnvoll anzugleichen.

Bund und Kantone waren übereingekommen, die internationalen Vorgaben im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten parallel umzusetzen. Die Gesetzgebungsverfahren des Bundes und der Kantone erfolgten je separat, basierten jedoch auf den Regelungsvorschlägen einer paritätischen Arbeitsgruppe Bund–Kantone. Nach Abschluss der GPA-Verhandlungen hat diese Arbeitsgruppe seitens der Kantone unter Federführung der BPUK den Entwurf des Bundesgesetzes sowie die vorliegende Vorlage der revidierten IVöB erarbeitet.

1.2 Ziele und Inhalt der Vorlage

Die Vorlage hat einerseits zum Ziel, das GPA 2012 auf Stufe Kantone umzusetzen, anderseits, was aber viel wichtiger ist, gleichzeitig wird bezweckt, die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen – unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzregelung – einander inhaltlich so weit wie möglich anzugleichen und zu harmonisieren. Hierzu wurde die IVöB neu strukturiert und sprachlich überarbeitet. Bewährte Regelungskonzepte werden beibehalten, neue Begriffsdefinitionen eingeführt und diverse in den bisherigen VRöB geregelte Bestimmungen in die Vereinbarung integriert. Für die Kantone gibt es materiell wenige Änderungen. Diese betreffen im Wesentlichen Unterstellungsfragen (beispielsweise in Bezug auf die Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben sowie die Vergabe gewisser Konzessionen), neue Beschaffungsinstrumente und Folgebeschaffungen. Für den Kanton

Aargau ergeben sich zudem gegenüber der heutigen Regelung beispielsweise Anpassungen bezüglich der Definition des Bauhauptgewerbes, der Verpflichtung der Vergabestellen zur Publikation von Vergabeverfahren auf simap.ch, den Zuschlagskriterien und der Verlängerung der Rechtsmittelfrist auf 20 Tage.

Wie bisher unterscheidet die Vereinbarung zwischen dem sogenannten Staatsvertragsbereich, das heisst öffentlichen Aufträgen, die im Geltungsbereich der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen vergeben werden, und dem Nicht-Staatsvertragsbereich, das heisst öffentlichen Aufträgen, die nur den Regeln des Binnenrechts unterstehen.

Mit dem neuen Konkordat können die Kantone künftig auf ihre Regelungen für das Beschaffungswesen weitgehend verzichten.

1.3 Volkswirtschaftliche Bedeutung der vorliegenden Revision

Die Gesamtsumme von Zahlungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen in der Schweiz beträgt derzeit schätzungsweise rund 41 Milliarden Franken jährlich (rund 20 % Bund und rund 80 % Kantone und Gemeinden).

Gemäss Schätzungen der WTO hat die Revision des GPA insgesamt einen erweiterten Marktzugang im Wert von 80–100 Milliarden US-Dollar pro Jahr zur Folge. Es liegt im Interesse der Schweizer Wirtschaft, dass die Schweiz das revidierte GPA 2012 möglichst bald umsetzt und das erweiterte Marktzugangspotenzial erschliesst.

Die verbesserte Anwenderfreundlichkeit, Klarheit und Rechtssicherheit versprechen auch bei den Anbietenden Sparpotenzial. Ein erheblicher Zusatznutzen dürfte den Anbietenden durch die Harmonisierung der nationalen Beschaffungsordnungen entstehen.

1.4 Handlungsbedarf

Wie bereits ausgeführt, wird mit dem revidierten Konkordat eine praktisch vollständige Harmonisierung des Beschaffungsrechts unter den Kantonen angestrebt, im weitern sind Bestimmungen des revidierten GPA 2012 auf Stufe Kantone umzusetzen. Mit dem Beitritt des Kantons Aargau zur revidierten IVöB kann die Umsetzung der revidierten GPA-Bestimmungen sichergestellt werden und er unterzieht sich den Harmonisierungsbestrebungen. Andernfalls würde der Kanton Aargau abseitsstehen und müsste insbesondere die GPA-Bestimmungen selbst im kantonalen Recht umsetzen.

Mit dem Beitritt zum Konkordat wird der Inhalt integral anerkannt, Abänderungen sind nicht möglich. Gestützt auf Art. 63 Abs. 4 IVöB bleibt den Kantonen bezüglich der materiellen Inhalts die Möglichkeit zu Ausführungsbestimmungen insbesondere zu den Art. 10, 12 und 26 IVöB. Nicht zulässig wäre es jedoch beispielsweise, auf dem Weg des Ausführungsrechts neue (generell-abstrakte) Zuschlagskriterien zu normieren (vgl. Rechtsgutachten walderwyss rechtsanwälte vom 11. März 2020 im Auftrag der BPUK). Daneben haben die Kantone die Möglichkeit zum Erlass von Vollzugsbestimmungen, dies in den Bereichen Fristen, Veröffentlichungen, Rechtsschutz, Kontrolle und Aufsicht. Der Regierungsrat hat sich bei der Erarbeitung des totalrevidierten SubmD (neu DöB) an den heute geltenden Regelungen orientiert. Einzelheiten dazu finden sich in den Ausführungen zu den Bestimmungen der IVöB beziehungsweise des DöB.

2. Grundzüge der Vorlage

2.1 Ausgangslage

2.1.1 Anpassungsbedarf im nationalen Recht

Jeder Mitgliedstaat hat seine Gesetzgebung dem GPA 2012 anzupassen. Nachdem zwei Drittel der Mitgliedstaaten des GPA 2012 ihre Ratifikationsinstrumente bei der WTO in Genf hinterlegt hatten, traten die Änderungen für die Parteien, die bereits ratifiziert hatten, am 6. April 2014 in Kraft. Es liegt im Interesse der Schweizer Wirtschaft, dass die Schweiz das revidierte GPA möglichst bald umsetzt und das erweiterte Marktzugangspotenzial erschliesst. Solange die Schweiz nicht ratifiziert hat, gilt für sie weiterhin das GPA 1994, und Schweizer Anbietende haben keinen Rechtsanspruch auf einen Zugang zu den neu erschlossenen Märkten.

2.1.2 Grundlagen des schweizerischen Beschaffungsrechts

Die Kantone setzten das GPA autonom um mit der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) sowie mit kantonalen Ausführungserlassen, mit denen sie die VRöB integral oder teilweise in ihren Kompetenzbereich überführten; der Kanton Aargau trat der IVöB bei und erliess das SubmD. Gleichzeitig enthält auch das Binnenmarktgesetz in Art. 5 allgemein gehaltene Vorgaben für Beschaffungen von Kantonen, Gemeinden und anderen Trägern kantonaler oder kommunaler Aufgaben.

Das Abkommen Schweiz-EU, in Kraft seit 1. Juni 2002, brachte Teilrevisionen des Bundesrechts, aber auch der IVöB, mit sich. Es erweiterte einerseits den Anwendungsbereich des GPA innerhalb der Schweiz auf Bezirks- und Gemeindeebene. Anderseits wurden Beschaffungen in den Sektoren Schienenverkehr, Telekommunikation, Gas- und Wasserversorgung sowie die Beschaffungen durch private Unternehmen in den Sektoren der Wasser-, Elektrizitäts- und Verkehrsversorgung dem GPA unterstellt.

Das im Bereich der öffentlichen Beschaffungen nur für die Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben nicht aber für den Bund geltende Binnenmarktgesetz erweitert das Diskriminierungsverbot von Anbietern aus GPA- beziehungsweise EU/EFTA-Staaten gegenüber schweizerischen Anbietern um das Diskriminierungsverbot zwischen inländischen, ortsansässigen und ortsfremden Anbietern.

2.2 Die beantragte Neuregelung

2.2.1 Vorarbeiten

Im Juni 2012 erhielt eine paritätischen Arbeitsgruppe Bund–Kantone namens AURORA den Auftrag, Vorschläge für die Revision der einschlägigen Beschaffungserlasse zu unterbreiten. Nebst einer inhaltlich und formal konsistenten Umsetzung des revidierten GPA beim Bund und bei den Kantonen sollten die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzaufteilung so weit als möglich angeglichen werden. Am 20. Dezember 2013 verabschiedete die Arbeitsgruppe einen ersten Erlasstextentwurf sowie einen Bericht.

Die Gesetzgebungsverfahren von Bund und Kantonen erfolgten je separat. Das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) führte die Vernehmlassung zum Entwurf der revidierten IVöB (E-IVöB) im 4. Quartal 2014 durch. Im Kanton Aargau wurde eine Anhörung bei den Gemeinden, den Verbänden und der grossrätlichen Kommission Umwelt, Bau, Verkehr, Energie und Raumordnung (UBV) durchgeführt. Der Regierungsrat nahm darauf konsolidiert Stellung zuhanden dem InöB (vgl. Kapitel 2.3). Im Anschluss an die Vernehmlassungen auf Stufe Bund und Kantone wurden die beiden Vorlagen durch einen paritätischen Redaktionsausschuss der Arbeitsgruppe AURORA gemeinsam bereinigt. Dabei galt das Augenmerk wiederum dem Gleichlauf der Regelung

in den beiden Revisionsentwürfen (Entwurf zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] [E-BöB] und E-IVöB).

2.2.2 Zielsetzung der Vorlage für eine revidierte Interkantonale Vereinbarung

Parallele Harmonisierung des nationalen Beschaffungsrechts

Die Umsetzung des GPA 2012 ins nationale Recht wird zum Anlass genommen, eine parallele Harmonisierung der Beschaffungsordnungen beim Bund und bei den Kantonen herbeizuführen.

Verschiedene Regelungen, die sich bisher für den Bund, die Kantone oder beide bewährt haben, werden in der vorliegenden Vorlage der Vereinbarung übernommen. In Bezug auf den Rechtsschutz werden Neuerungen vorgeschlagen (Art. 51 ff.): Mit weitgehend einheitlichen Regeln zur Begründung und Eröffnung von Verfügungen, einheitlichen Beschwerdegründen und Beschwerdeobjekten sowie mit einer einheitlichen Beschwerdefrist von 20 Tagen soll der Rechtsschutz im Beschaffungswesen möglichst angeglichen und kanalisiert werden.

Neu gelten für die Auftraggeber (ohne Sektorenmärkte) die Schwellenwerte gemäss folgender Tabelle:

	Lieferungen (in Franken)		**Dienstleistungen (in Franken)**		**Bauleistungen (in Franken)**		
Freihändiges Verfahren	unter 150'000		unter 150'000		Bund: unter 300'000	Kantone: unter 150'000 BN*	Kantone: unter 300'000 BH**
Einladungsverfahren	ab 150'000		ab 150'000		Bund: ab 300'000	Kantone: ab 150'000 BN*	Kantone: ab 300'000 BH**
Offenes/selektives Verfahren	Bund: ab 230'000	Kantone: ab 250'000	Bund: ab 230'000	Kantone: ab 250'000	Bund: ab 2'000'000	Kantone: ab 250'000 BN*	Kantone: ab 500'000 BH**

*Baunebengewerbe = BN, **Bauhauptgewerbe = BH

Der Schwellenwert für die Lieferungen wird im freihändigen Verfahren von Fr. 100'000.– auf Fr. 150'000.– angehoben, damit die Harmonisierung mit dem Bund vollzogen werden kann.

Klären und strukturieren

Die Erfahrungen und Entwicklungen seit Inkrafttreten der IVöB und des BöB wurden bei der Revision mitberücksichtigt und gaben wertvolle Impulse für die Optimierung der gesetzlichen Grundlagen. So zeigte sich bei der praktischen Anwendung, dass gewisse Sachverhalte und Begriffe der Klarstellung bedürfen.

In Anlehnung an das GPA 2012 wird die IVöB mit Begriffsdefinitionen ergänzt und terminologisch angepasst. Die vorliegende Vorlage enthält einen knappen Katalog von Begriffsdefinitionen (Art. 3). Insbesondere die Neuregelung des subjektiven Geltungsbereichs (Art. 4 ff.) beziehungsweise die Definition des "öffentlichen Auftrags" (Art. 8 und 9) dient dazu, bisher unterschiedlich beantwortete Fragen zum Geltungsbereich des Beschaffungsrechts (zum Beispiel in Bezug auf bestimmte Konzessionen und die Übertragung öffentlicher Aufgaben) zu klären.

Im Verhältnis zum GPA 1994 sieht das GPA 2012 eine andere Struktur vor. Der Aufbau der IVöB-Vorlage orientiert sich an der neuen Struktur des GPA 2012 sowie am Ablauf eines Vergabeverfahrens. Die Vorlage besteht aus 65 Artikeln, verteilt auf zehn Kapitel, sowie aus vier Anhängen.

Flexibilisieren und modernisieren

Die Vereinbarung will den öffentlichen Auftraggebern und den Anbietenden – unter Vorbehalt der beschaffungsrechtlichen Grundsätze – möglichst grossen Handlungsspielraum gewähren und gleichzeitig den Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen fördern. Materiell betreffen die vorgeschlagenen Änderungen der IVöB insbesondere die Einführung flexibler Beschaffungsinstrumente, die wiederum die Schaffung innovativer Lösungen ermöglichen. Damit soll für künftige Entwicklungen, etwa im Bereich der Beschaffung intellektueller Dienstleistungen, der grösstmögliche Handlungsspielraum geschaffen werden. So werden Instrumente wie Folgebeschaffungen, aber auch der Dialog zwischen Auftraggeber und Anbietenden sowie die in der Praxis schon länger genutzte Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenverträgen (mit sogenannten Abrufverfahren) jetzt in der IVöB verankert.

Weniger Administrativaufwand, mehr Effizienz für Anbietende

Die Harmonisierung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen ermöglicht es den Anbietenden, ihre Prozesse bei der Einreichung von Offerten weiter zu standardisieren. Sie dürfen, auch zufolge der zu erwartenden einheitlicheren Rechtsprechung sowie der verbesserten Klarheit der gesetzlichen Grundlagen, mit geringerem Abklärungsaufwand rechnen. Gewisse Bestimmungen zielen zudem direkt auf einen Abbau des Administrativaufwands seitens der Anbietenden ab. So können die Vergabestellen beispielsweise erst zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt die Nachweise im Zusammenhang mit den Teilnahmebedingungen von Anbietern einholen (zum Beispiel eine Bankgarantie, Art. 26 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 3). Auch die verstärkte Nutzung der modernen Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen, namentlich die gemeinsame Internetplattform von Bund und Kantonen (simap.ch), dürfte den administrativen Aufwand der Anbietenden senken.

2.2.3 Wichtigste Neuerungen

Als wichtige Neuerungen sind neben den bereits genannten Klärungen zu erwähnen:

- die Unterstellung der Verleihung bestimmter Konzessionen und der Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben unter das Beschaffungsrecht
- die Unterstellung der Verleihung bestimmter Konzessionen und der Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben unter das Beschaffungsrecht
- die Einführung flexibler Instrumente wie Dialog, Rahmenverträge, elektronische Auktionen sowie verkürzte Fristen für die Offerteingaben und den Antrag um Teilnahme im selektiven Verfahren
- die Erhöhung des Schwellenwerts für die freihändige Vergabe von Fr. 100'000.– auf Fr. 150'000.– bei Lieferungen
- die Korruptionsprävention im öffentlichen Beschaffungswesen
- die Einführung einer zentralen – nicht öffentlichen – Liste mit Anbietern und Subunternehmern, die von künftigen Beschaffungsvorhaben ausgeschlossen sind
- die Publikation des Verfahrensabbruchs zur Stärkung der Transparenz
- die Möglichkeit der adhäsionsweisen Erledigung von Schadenersatzbegehren durch die Beschwerdeinstanz

- die Verlängerung der Rechtsmittelfrist von 10 auf 20 Tage
- die zwingende Veröffentlichung von Publikationen auf einer Internetplattform von Bund und Kantonen für öffentliche Beschaffungen
- den Paradigmenwechsel bei den Zuschlagskriterien infolge Stärkung des Qualitätswettbewerbs.

Daneben sind die bewährte Praxis und die Rechtsprechung von Bund und Kantonen in die neue Vorlage eingeflossen. All dies soll letztlich Anbietenden den Marktzutritt erleichtern und damit den Wettbewerb sowie die Wirtschaftlichkeit stärken. Im Übrigen ist die Revision vom Ziel geleitet, an Bewährtem festzuhalten und somit zum Abbau des Administrativaufwands bei den Anbietenden beizutragen.

2.3 Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens

Die Vernehmlassung zum E-IVöB fand Ende 2014 statt. Es beteiligten sich dabei alle Kantone sowie 58 Organisationen und Einzelpersonen. Der Kanton Aargau nahm am 14. Januar 2015 Stellung.

Nachstehend werden die Resultate der Vernehmlassung zum E-IVöB zusammengefasst.

Kantone

Wie bereits erwähnt, haben alle Kantone eine Stellungnahme zum E-IVöB eingereicht. Zusätzlich haben sich auch einzelne kantonale parlamentarische Gremien vernehmen lassen.

Parallele Harmonisierung

Mehr als die Hälfte der Kantone hat auf die angestrebte parallele Harmonisierung ausdrücklich Bezug genommen und das vorgeschlagene Vorgehen begrüsst. Durch diese Harmonisierung erhoffen sie sich eine klare Vereinfachung, insbesondere für die Anbieter, und eine Erhöhung der Rechtssicherheit.

Verhandlungen

Von den 26 Kantonen sprachen sich 18 Kantone entschieden gegen Verhandlungen aus (und somit für die Beibehaltung der bisherigen Regelung gemäss IVöB, welche Verhandlungen nur im Rahmen des freihändigen Verfahrens zulässt). Die ablehnenden Kantone machten geltend, dass damit die Anbieter in ihren Offerten Verhandlungsmargen einbauen würden, welche durch das Führen von im Voraus anzukündigenden Verhandlungen wieder eliminiert werden müssten. Anderseits seien Verhandlungen aufwendig und setzten hohe Ansprüche an die Kompetenz und Verantwortung der beteiligten Personen voraus. Ausserdem waren diese Kantone der Meinung, dass Verhandlungen einem Risiko für unerwünschte "Beziehungskorruption" zwischen Auftraggebern und Anbietern Vorschub leisten könnten. Von den insgesamt sieben Kantonen, welche sich für Verhandlungen aussprachen, waren drei Kantone grundsätzlich dafür, während vier davon Vorbehalte anbrachten. Letztere forderten, dass Verhandlungen nur bei Beschaffungen komplexer Leistungen ermöglicht werden sollten beziehungsweise, dass Abgebotsrunden strikte untersagt würden.

Weitere Rückmeldungen

Mehrere Kantone begrüssten den Umstand, dass die Nachhaltigkeit neu im GPA 2012 und damit auch im E-IVöB aufgenommen wurde. Es wurde dabei aber teilweise beanstandet, dass durch die allgemeine Formulierung unklar sei, ob nur die ökologischen Aspekte oder auch die ökonomischen und sozialen Gesichtspunkte gemeint seien. Diese Kantone verlangten deshalb, dass der Begriff (zum Beispiel beim Zweckartikel oder bei den Definitionen) erläutert werde.

Elf Kantone beanstandeten die Verlängerung der Beschwerdefrist auf 20 Tage und forderten die Beibehaltung der zehntägigen Beschwerdefrist. Zwei Kantone begrüssten die Bestimmung dagegen ausdrücklich.

Anhörung Kanton Aargau

Für die Erstellung der Vernehmlassung wurde wie schon erwähnt im 4. Quartal 2014 eine Anhörung durchgeführt. Daran haben die Kommission UBV, 8 Parteien (BDP, CVP, EVP, FDP.Die Liberalen, GLP, Grüne, SP und SVP), 9 Verbände (Gemeindeammänner-Vereinigung des Kantons Aargau [GAV], Verband Aargauische Gemeindeschreiberinnen und Gemeindeschreiber, Aargauischer Bauverwalterverband, Aargauischer Gewerkschaftsbund [AGB], Aargauischer Gewerbeverband [AGV], Aargauische Industrie- und Handelskammer [AIHK], baumeister verband aargau, holzbauschweiz Sektion Aargau und Verein Aargauer Geometer), 43 Gemeinden sowie alle Departemente, die Staatskanzlei, der Rechtsdienst des Regierungsrats und die Gerichte Kanton Aargau Stellung genommen.

Der Kanton Aargau unterstützte die Harmonisierungsbestrebungen, wobei die Harmonisierung mit dem Bund für ihn eher sekundär schien. Die vorgeschlagene Einführung von Verhandlungen lehnte der Regierungsrat ab. Unbestritten war die Möglichkeit des Dialogs gemäss Art. 26 E-IVöB bei komplexen Aufträgen. Der Einführung eines Rechtsschutzes ab einem bestimmten Schwellenwert wurde im Grundsatz zugestimmt. Die Schwellenwerte seien jedoch entsprechend den Auftragsarten zu differenzieren, analog der heutigen Regelung im Kanton Aargau, wo ein Rechtsschutz ab den jeweiligen Schwellenwerten für das Einladungsverfahren gegeben ist. Es sei zudem generell eine Erhöhung der Schwellenwerte im Nicht-Staatsvertragsbereich zu prüfen, die Bauteuerung seit Festlegung der geltenden Werte betrage rund 25 %. Schliesslich wurde neben weiteren kleineren Anpassungen beantragt, die Pflicht der Vergabestellen zur Publikation der Ausschreibungen auf simap.ch auf den Staatsvertragsbereich zu beschränken und die Rechtsmittelfrist auf 10 Tagen zu belassen. Der Kanton ist mit seinen Anliegen nur teilweise durchgedrungen.

Interessierte Organisationen

Die Teilnahme von 58 interessierten Organisationen und Einzelpersonen am Anhörungsverfahren bezeugt, dass die Revisionsvorlage auf ein grosses Echo stiess.

Parallele Harmonisierung

Die Wirtschafts- und Industrieverbände (bauenschweiz, Bund Schweizer Architekten [BSA], economiesuisse, Verband freierwerbender Schweizer Architekten [fsai], Fachverband Infra, Kammer unabhängiger Bauherrenberater [KUB], Schweizerischer Gewerbeverband [SGV], Schweizerische Metall-Union [SMU], Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverband [sia], Schweizerischer Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik [Swico], Swiss Textiles, Schweizerische Vereinigung Beratender Ingenieurunternehmungen [usic], Verband schweizerischer Elektrizitätsunternehmen [VSE], Verband schweizerischer Elektro-Installationsfirmen [VSEI], der Schweizerische Gemeindeverband [SGV-ACS], der Schweizerische Städteverband [SSV], mehrere dem Beschaffungsrecht unterstellte Körperschaften sowie verschiedene Einzelpersonen begrüssten die Harmonisierungsbestrebungen ausdrücklich. Einzelnen Verbänden (zum Beispiel Schweizer Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie Swissmem) ging die vorgesehene Harmonisierung sogar zu wenig weit.

Verhandlungen

Die Wirtschafts- und Industrieverbände (bauenschweiz, Ingenieur-Geometer Schweiz [IGS], Infra, SBV, SMU, sia, Swissmem, usic, und VSEI) lehnten reine Preisverhandlungen durchgehend ab, weil dies zu einem ruinösen Preiskampf führe und die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz gefährde. Auch die Städte, welche eine Vernehmlassung eingereicht haben, lehnten Verhandlungen über den Preis ab.

Abschliessende Vernehmlassung bei den Kantonen

Nachdem die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen im Rahmen der Schlussabstimmungen von Nationalrat und Ständerat am 21. Juni 2019 mit verschiedenen Änderungen verabschiedet wurde, hiess es für die Kantone, nochmals zu überprüfen, welche dieser Änderungen auch für die IVöB im Lichte der parallelen Harmonisierung übernommen werden sollen und bei welchen hingegen weiterhin Differenzen zum Bundesrecht verbleiben müssen. Die BPUK beschloss ihrerseits, nochmals eine kurze, eingeschränkte Vernehmlassung bei den Kantonen, dem Schweizerischen Gemeinde- und dem Schweizerischen Städteverband über die wichtig scheinenden Punkte und Differenzen durchzuführen, die sich aus den Beschlüssen des Bundesparlaments ergeben haben. Diese Vernehmlassung fand in der Zeit vom 23. Juni 2019 bis 28. August 2019 statt.

3. Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

1. Kapitel: Gegenstand, Zweck und Begriffe

Art. 1 Gegenstand (neu)

Die Vereinbarung findet Anwendung auf:

- die Vergabe öffentlicher Aufträge, wobei in den Art. 8 und 9 der Begriff des öffentlichen Auftrags ausgeführt wird
- die Vergabe durch unterstellte Auftraggeber, wobei diese in Art. 4 aufgezählt werden
- Vergaben innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, wobei dieser Begriff in Art. 3 Bst. c definiert wird.

Art. 2 Zweck (teilweise neu; § 1 aSubmD)

Die Vereinbarung bezweckt:

- die Nachhaltigkeit der Beschaffung, das heisst den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, sozial und ökologisch verantwortungsvollen Einsatz der öffentlichen Mittel (Buchstabe a)
- die Transparenz der Verfahren (Buchstabe b)
- die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter, in Nachachtung des verfassungsrechtlichen Gebots, wonach Wettbewerbsteilnehmer gleich zu behandeln sind (Buchstabe c)
- die Förderung des wirksamen, fairen Wettbewerbs unter den Anbietern, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption (Buchstabe d).

Die Zwecknorm dient der Auslegung der nachfolgenden Bestimmungen. Die Reihenfolge der Aufzählung in Art. 2 bedeutet nicht, dass dem ersten Grundsatz Priorität vor den nachstehend genannten zukäme. Alle Grundsätze verlangen gleichermassen Beachtung. Zielkonflikte sind unvermeidbar. So kann umfassende Transparenz abgestimmte Verhaltensweisen von Anbietern begünstigen. Oder die Gleichbehandlung der Anbieter kann eine wirtschaftliche Beschaffung erschweren. Solche Konflikte sind durch eine Abwägung aller Interessen zu lösen. Die gesetzgeberischen Ziele werden durch weitere Bestimmungen der Vorlage (zum Beispiel zu den Anforderungen an eine Ausschreibung, zur Einhaltung von Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen und zur Veröffentlichung der Ausschreibung, zur Sanktionierung wettbewerbsbehindernden Verhaltens oder zum Rechtsschutz) ausgeführt.

Buchstabe a: Der Grundsatz der Nachhaltigkeit wird ausdrücklich verankert. Zudem steht der nachhaltige Einsatz der öffentlichen Mittel im Einklang mit Art. 73 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

Wirtschaftlichkeit ist nicht gleichbedeutend mit dem tiefsten Preis. Die Qualität der Leistungen und weitere Parameter, deren Wahl im Ermessen des Auftraggebers liegt, sind ebenso zu berücksichtigen.

Schon heute finden Ressourcen- und Umweltkriterien regelmässig Eingang in die Ausschreibungen der öffentlichen Hand unter dem Titel der Nachhaltigkeit. Der "sozialen Nachhaltigkeit" wird unter anderem dadurch Rechnung getragen, dass Aufträge in der Schweiz nur an Anbieter vergeben werden dürfen, welche die Bestimmungen über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit einhalten. Bei Leistungen, die im Ausland erbracht werden, müssen mindestens die acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) eingehalten werden.

Die Anwendung von Umwelt- und Sozialkriterien erfordert stets einen sachlichen Bezug zum jeweiligen Beschaffungsobjekt. Solche Beschaffungskriterien beziehen sich auf das Produkt oder auf dessen erwünschte Wirkung bei der Nutzung. Die Art und Weise der Produktion kann ebenfalls vorgeschrieben werden, solange die Produktionsweise einen Bezug zum Beschaffungsgegenstand aufweist. Die Produktionsweise muss nicht notwendigerweise im Endprodukt sichtbar sein; sie muss aber zumindest den Wert und die Eigenart des Produkts verändern (zum Beispiel Holz aus naturnaher Waldbewirtschaftung, Tierprodukte aus artgerechter Haltung). Allerdings wohnt der Berücksichtigung nicht-wirtschaftlicher Beschaffungsziele regelmässig die Gefahr inne, dass protektionistische Praktiken im Kleid legitimer Ziele Eingang in die Vergabepraxis finden. So "eignen" sich gerade ökologische Kriterien wie die Einhaltung nationaler Umweltstandards oder die Fahrtdistanz gut für die gezielte Bevorzugung inländischer Anbieter. Das GPA 2012 toleriert solche Praktiken trotz Erwähnung ökologischer Ziele nicht. Daher ist bei technischen Spezifikationen oder bei Zuschlagskriterien, die der Ökologie verpflichtet sind, stets zu fragen, ob diese Kriterien einen sachlichen Bezug zum Leistungsgegenstand aufweisen. Falls Absicht oder Wirkung auf eine Beschränkung des Marktzutritts ausländischer oder ortsfremder Anbieter hinauslaufen, greift die Berufung auf die Nachhaltigkeit einer Anforderung nicht. Dies ist insbesondere bei Bestimmungen zu Herstellungsverfahren, die ohne Wirkung auf das zu beschaffende Produkt bleiben, sorgfältig zu prüfen.

Buchstabe b: Transparenz garantiert Fairness und Marktzutritt. Die Vorlage enthält daher zahlreiche Transparenzbestimmungen, die primär die Aktivinformation, das heisst die Informationstätigkeit der Behörde von sich aus beziehungsweise von Amtes wegen betreffen (zum Beispiel Art. 14 Abs. 2, 24 Abs. 1, 27 ff., 35 f.). Der Grundsatz der Transparenz gebietet unter anderem, dass ein Auftraggeber die Gewichtung der Zuschlagskriterien zum Voraus präzisieren und bekannt geben muss. Auf Transparenz – auch in Form der sogenannten Passivinformation, das heisst Information auf Gesuch hin – wird nur dort verzichtet, wo diese die Aufgaben der Auftraggeber behindern oder die berechtigten Interessen der Anbieter gefährden würde.

Buchstabe c: Der Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung bedeutet, dass einem Anbieter einerseits keine Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere nicht gelten, und dass ihm anderseits keine Vorteile gewährt werden dürfen, die anderen Anbietern verwehrt sind. So ist es zum Beispiel nicht zulässig, ein Anbieter im Rahmen der Eignungsprüfung nach einem strengeren Massstab als seine Mitbewerber zu beurteilen. Ebenso wenig ist es zulässig, dass Eignungskriterien oder technische Spezifikationen zugunsten eines einzelnen Anbieters aufgestellt, gestrichen oder aufgeweicht werden.

Buchstabe d: Wie in anderen Märkten kann der Wettbewerb auch auf den Beschaffungsmärkten durch Abreden oder andere wettbewerbsbehindernde Verhaltensweisen beeinträchtigt werden. Daher gilt es bei den Ausschreibungen, Massnahmen insbesondere gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption vorzusehen. Korruption gilt heute als wesentliches Element der Wettbewerbsverfälschung und Wettbewerbsverhinderung im öffentlichen Beschaffungswesen. Das GPA 2012 sieht daher eine griffigere internationale Rechtsgrundlage für die Korruptionsbekämpfung vor.

Buchstabe d ändert die entsprechenden Spezialgesetze nicht; diese werden vielmehr um eine spezifische beschaffungsrechtliche Zwecknorm ergänzt.

Art. 3 Begriffe (neu)

Die Legaldefinitionen dienen dazu, das Beschaffungsrecht zu vereinfachen und dessen Anwendung in der Praxis zu vereinheitlichen. Im Einklang mit den Begriffsbestimmungen des GPA 2012 strebt die Vorlage eine einheitliche Verwendung der zentralen beschaffungsrechtlichen Begriffe an.

Die meisten Definitionen der Vorlage sind selbsterklärend und wurden unverändert aus dem GPA 2012 und dessen Anhängen beziehungsweise der bisher geltenden IVöB übernommen. Soweit ein Begriff in der Vorlage nur einmal verwendet wird, ist er an jenem Ort definiert.

Buchstabe b: Der Begriff des "öffentlichen Unternehmens" ist für die Unterstellung gemäss Art. 4 Abs. 2 (Sektoren) massgeblich. Öffentliche Unternehmen sind privatrechtlich oder spezialgesetzlich organisierte Rechtsträger, die durch die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar beherrscht werden, zum Beispiel durch die kapital- oder stimmenmässige Kontrolle oder durch andere Instrumente, die es dem Gemeinwesen erlauben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Unternehmens auszuüben. Beispiele sind städtische Verkehrsbetriebe, Energieversorgungsunternehmen wie die öffentlichen-rechtlichen Anstalten Energie Wasser Bern (EWB) oder die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ), öffentliche Hafen- oder Flughafenbetreiber und Eisenbahnunternehmen (vgl. die Legaldefinition in Fussnote 2 von Annex 3 zum Anhang I [Schweiz] des GPA 2012).

Buchstabe c: Der Begriff "Staatsvertragsbereich" wird in den Kantonen konsequent verwendet und hat sich in der Praxis eingebürgert. Der für die Anwendung des Beschaffungsrechts zentrale Begriff des öffentlichen Auftrags wird nicht in Art. 3, sondern in den Art. 8 und 9 der Vorlage definiert. Der Klarheit halber sei darauf hingewiesen, dass die hier verwendeten Begriffe des Auftrags und des Auftraggebers nicht identisch sind mit denjenigen in den Art. 394 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR). Insbesondere kommen als Vertragstypen nicht nur Aufträge gemäss OR, sondern ebenso Kauf-, Werk-, Innominatverträge usw. infrage.

Buchstabe f: Nach der Legaldefinition in Fussnote 1 zum Annex 3 des GPA-Anhangs I der Schweiz sind die "Einrichtungen des öffentlichen Rechts" gekennzeichnet durch:

- sie wurde zum besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die keinen industriellen oder kommerziellen Charakter haben, zu erfüllen
- sie besitzen Rechtspersönlichkeit und
- ihre Tätigkeit wird überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert oder ihre Leitung unterliegt einer entsprechenden Kontrolle oder ihre Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane bestehen mehrheitlich aus Mitgliedern, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt werden. Beispiele sind Universitäten und öffentliche Spitäler.

Buchstabe g: Dieser Sammelbegriff, der den Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts sowie Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen, miteinschliesst, wird für die subjektive Unterstellung der Auftraggeber gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 relevant. Der Begriff umfasst die Verwaltungsbehörden der kantonalen, regionalen und kommunalen Ebenen, die bereits behandelten Einrichtungen des öffentlichen Rechts sowie die manchenorts anzutreffenden Zweckverbände, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (zum Beispiel für die Kehrichtverwertung) gebildet werden.

2. Kapitel: Geltungsbereich

1. Abschnitt: Subjektiver Geltungsbereich

Der subjektive Geltungsbereich der Vereinbarung bestimmt sich grundsätzlich nach Massgabe der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen. Mit anderen Worten erfolgt keine autonome Ausdehnung des subjektiven Geltungsbereichs gegenüber den massgebenden Beschaffungsübereinkommen der Schweiz. Im Vordergrund stehen die Annexe 1–7 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012, die beschaffungsrelevanten Kapitel und Anhänge der Freihandelsabkommen mit Drittstaaten sowie die Art. 2 und 3 des bilateralen Abkommens Schweiz-EU. Die Übereinkommen unterscheiden zwischen der Unterstellung zentraler und subzentraler Verwaltungseinheiten auf der einen und Sektorenauftraggeber auf der anderen Seite.

Das Abkommen Schweiz-EU weitete den subjektiven Geltungsbereich des GPA 1994 nach zwei Seiten hin aus: Zum einen führte es zur Unterstellung der Verwaltungseinheiten auf Stufe Bezirke und Gemeinden, zum anderen dehnte es den Marktzutritt für Anbieter auf Aufträge von Auftraggebern aus den Sektoren Schienenverkehr, Gas- und Fernwärmeversorgung sowie Förderung fossiler Brennstoffe und auf private Sektorenunternehmen aus. Das Verhältnis zwischen der Sektorenunterstellung gemäss dem GPA und dem Abkommen Schweiz-EU ist komplex und nicht in allen Punkten transparent. Herrscht in einem Sektorenmarkt wirksamer Wettbewerb, wird neu für alle Beschaffungen dieses Markts eine Befreiung von der Unterstellung vorgesehen (Art. 7).

Für die Kantone gilt es, auch für den Bereich ausserhalb der staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen die Vorgaben des Binnenmarktgesetzes zu beachten. Demnach haben die Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür zu sorgen, dass die Vorhaben für "umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag" amtlich publiziert werden (Art. 5 Abs. 2 BGBM). Ausserdem sieht Art. 9 Abs. 2 BGBM ausdrücklich den Rechtsschutz bei öffentlichen Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs vor.

Art. 4 Auftraggeber (§§ 5 und 30 aSubmD)

Die subjektive Unterstellung erfolgt anhand einer abschliessenden Aufzählung in diesem Artikel. Im GPA 2012 ist die allgemeine Unterstellung für den Bund und die Kantone je unterschiedlich geregelt. Während die Auftraggeber auf Stufe Bund in einer Liste aufgeführt sind, werden die kantonalen Beschaffungsbehörden sowie die Behörden auf Bezirks- und Gemeindeebene generell-abstrakt unterstellt.

Absatz 1

Für die Unterstellung der dezentralen Stellen ist im Staatsvertragsbereich der Begriff der "Einrichtung des öffentlichen Rechts" bedeutsam. Laut GPA 2012 umfasst dieser Begriff Einrichtungen,

- die zum besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die keinen industriellen oder kommerziellen Charakter haben
- die Rechtspersönlichkeit besitzen und
- deren Tätigkeit überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder deren Leitung einer Kontrolle durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die vom Staat, den Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt wurden.

Die Unterstellung der erwähnten Einrichtungen hat gegenüber der bisherigen Regelung gemäss IVöB keine Änderungen erfahren.

Absatz 2

Buchstabe b: Die Regelung gemäss GPA 2012 wird unverändert übernommen.

Buchstabe c: Es betrifft hier die Unterstellung von Netzen zur Versorgung des städtischen Nahschienenverkehrs gemäss GPA 2012, was der bisherigen Regelung der IVöB grundsätzlich entspricht.

Buchstaben d und e: Die Sektorenunterstellung im GPA und im Abkommen Schweiz-EU erfolgt für den Bund und für die Kantone einheitlich. Während der öffentliche Verkehr (öV) in der Luft und auf Flüssen per se nicht unterstellt ist, findet die Vereinbarung auf sogenannte Verkehrsendeinrichtungen Anwendung. Dabei handelt es sich um Häfen, Flughäfen, Umschlagplätze, Terminals und ähnliche Einrichtungen, welche die Schnittstelle am Ende der Verkehrsverbindungen bilden.

Buchstabe f: Es betrifft den Schienenverkehr, das heisst den Bau und Betrieb von Eisenbahnen. Demgegenüber unterstehen Eisenbahnunternehmen wie die Aargau Verkehr AG (AVA) dem kantonalen Recht, soweit sie nicht wegen ihrer regionalen Bedeutung von der Rechtswahlmöglichkeit in Art. 5 Abs. 3 Gebrauch gemacht haben. Anknüpfungspunkt ist der Bau und der Betrieb des Schienennetzes. Damit erfasst Buchstabe f sowohl die Aufgaben der Netzerstellung und des Netzbetriebs als auch den Bahnverkehr auf diesen Netzen. Diese zwei Bereiche werden bei den Bahnunternehmen entweder organisatorisch oder finanziell (Spartenrechnung) getrennt geführt. Damit funktional nicht zusammenhängende Tätigkeiten der unterstellten Unternehmen sind vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausgenommen.

Für jede Beschaffung ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein funktionaler Zusammenhang zum Bau und Betrieb der Eisenbahn besteht. Ein solcher Bezug ist namentlich beim Bau und Betrieb der Bahninfrastruktur (einschliesslich Forstarbeiten entlang der Bahnlinien), bei der Beschaffung und beim Unterhalt von Schienen, Eisenbahninfrastruktur und Rollmaterial sowie bei der Bewirtschaftung der (engeren) Bahnhofsbereiche (Bahnhofshalle, Wartesaal, Schalterhalle, Ticketautomaten etc.) gegeben. Der Zusammenhang fehlt aber zum Beispiel bei der kommerziellen Mantelnutzung von Bahnhofteilen. Diese Tätigkeiten werden regelmässig im Wettbewerb mit Drittanbietern ausgeübt und sind daher der Vereinbarung nicht unterstellt. Beschaffungen in diesen Bereichen können vergabefrei getätigt werden.

Absatz 3

Die Unterstellung der Sektorenauftraggeber erfolgt nicht umfassend, sondern jeweils nur für ihre Kernbereichs-Tätigkeiten. Soweit allerdings Auftraggeber gemäss Absatz 1 unterstellt sind und ebenfalls Sektorentätigkeiten wahrnehmen, führt Absatz 3 nicht zu einer Beschränkung. Vielmehr unterstehen diese Auftraggeber der Vereinbarung umfassend, das heisst für alle ihre öffentlichen Aufträge. Dann gelten für die Abgrenzung des Staatsvertragsbereichs die Schwellenwerte für die allgemeinen Auftraggeber (vgl. Anhang 1).

Absatz 4

Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (Art. 8 Abs. 2 IVöB) und findet nur auf die Kantone Anwendung, da diese die Disziplinen des GPA als Folge des Binnenmarktgesetzes auf weitere Auftraggeber und Leistungen ausdehnen mussten (sogenannter Nicht-Staatsvertragsbereich).

Umsetzung Kanton Aargau

Die Aargauische Kantonalbank (AKB) ist gewerblich tätig gemäss Art. 4 Abs. 4 lit. a; sie wird deshalb neu von der Unterstellung ausgenommen. Die selbstständigen Staatsanstalten unterstehen dem Staatsvertragsbereich nicht, im Binnenbereich (Art. 4 Abs. 4 IVöB) sind gewerbliche Tätigkeiten von einer Unterstellung ausgenommen, wobei der Vorbehalt gewerblicher Tätigkeiten in gleicher Weise auszulegen ist wie im Staatsvertragsbereich. Daraus ergibt sich, dass die gewerblich tätige AKB, die im freien Markt tätig ist, auch gemäss interkantonalem Recht nicht dem Vergaberecht untersteht. Für

eine solche Auslegung spricht auch ein vergleichender Blick auf andere Kantone, welche die Kantonalbanken teilweise explizit, teilweise implizit nicht dem Vergaberecht unterstellen. Die Sozialversicherungsanstalt und die Aargauische Gebäudeversicherung (AGV) unterstehen dagegen den Vorschriften der IVöB, da sie nicht beziehungsweise nur teilweise gewerblich tätig sind.

Absatz 5

Diese Bestimmung dient der Klarstellung. Die beschaffungsrechtlichen Vorgaben gelten auch für Dritte, die Leistungen im Auftrag des Auftraggebers und als dessen Stellvertreter beschaffen. Dies gilt unabhängig davon, ob diese Dritten selber der Vereinbarung unterstellt sind oder nicht. Durch das Vorschalten einer zentralen Beschaffungsstelle oder die Auslagerung dieser Arbeiten an Dritte kann die Vereinbarung nicht unterlaufen werden.

Art. 5 Anwendbares Recht

Absatz 1 und 2

Bereits das geltende Recht enthält auf kantonaler Ebene in Art. 8 Abs. 3 und 4 IVöB Kollisionsregeln für gemeinsame Beschaffungen von Auftraggebern gleicher oder verschiedener Stufen. Diese Regeln werden hier ergänzt und neu geordnet. In der Regel kommt das Recht am Sitz des Hauptauftraggebers zur Anwendung (Absatz 1). Wer Hauptauftraggeber ist, bestimmt sich nach Massgabe der Finanzierung. Wird zum Beispiel eine gemeinsame Beschaffung von Bund und Kantonen mehrheitlich mit kantonalen Geldern finanziert, ist kantonales Recht (IVöB) anwendbar.

Analog gilt dies im Fall mehrerer Auftraggeber verschiedener Kantone bei einer gemeinsamen Beschaffung (Absatz 2). In diesem Fall ist das Recht desjenigen Kantons anwendbar, der den grössten Anteil an der Finanzierung trägt (unter Vorbehalt von Absatz 3).

Absätze 3, 4 und 5

Die in den Absätzen 3, 4 und 5 vorgesehene Rechtswahl der beteiligten Auftraggeber dient der optimalen Ressourcennutzung.

Absatz 6

Beispiele für wahlberechtigte Unternehmen gemäss Absatz 6 sind: Flughafen Zürich AG, BLS AG oder Kernkraftwerk Leibstadt AG. Zwecks Rechtssicherheit sollte die Rechtswahl nicht von Fall zu Fall, sondern über eine gewisse Zeitspanne Bestand haben. Die Rechtswahl führt in keinem Fall dazu, dass ein Auftraggeber oder dessen Beschaffungen von der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht befreit werden.

Auch die Kantone können Konzessionen vom Beschaffungsrecht ausnehmen, wenn es sich um Bereiche handelt, die alleine in der Verantwortung der Kantone stehen. Ansonsten ist dies nicht möglich.

Die Frage nach dem anwendbaren Recht stellt sich auch bei Ausschreibungen betreffend Suche und Wahl von privaten Investoren, zum Beispiel bei sogenannten Public Private Partnerships (PPP). Das Kürzel "PPP" bezeichnet die Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und privaten Anbietern mit dem Ziel, öffentliche Aufgaben zu erbringen. Die Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts auf PPP-Projekte ist anhand der charakteristischen Leistungen fallweise zu beurteilen. Da PPP-Projekte vielfältige Formen annehmen können und der vorhandene Spielraum nicht unnötig eingegrenzt werden soll, wird auf eine gesetzliche Regelung verzichtet.

Art. 6 Anbieter (§ 1 aSubmD)

Absatz 1

Im Rahmen der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im GPA 2012 und im Abkommen Schweiz-EU sowie in beschaffungsrelevanten Abkommen mit Drittstaaten wird ausländischen Anbietern der diskriminierungsfreie Marktzutritt ermöglicht. Diese Marktöffnung gilt jeweils im Umfang der gegenseitig eingegangenen Verpflichtungen. Das Prinzip der Meistbegünstigung gilt ebenfalls in diesem Umfang. Mit anderen Worten können durch Inanspruchnahme der Meistbegünstigung keine zusätzlichen Konzessionen von den Handelspartnern erwirkt werden.

Absatz 2

Der Gegenrechtsvorbehalt in Absatz 2 für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs entspricht der ursprünglichen Regelung von Art. 9 Bst. c IVöB, in der Fassung vom 25. November 1994. Auch hier reicht der Marktzutritt nur so weit, als inländische Anbieter im Ausland tatsächlich zum Angebot zugelassen werden. Die Auftraggeber sind allerdings berechtigt, auch ausländische Anbieter zum Angebot zuzulassen, selbst wenn deren Sitzstaat kein Gegenrecht gewährt. Zugelassene ausländische Anbieter geniessen jedoch in diesem Fall keinen Rechtsschutz (siehe dazu Art. 52 Abs. 3).

Absatz 3

Gegenrecht bedeutet vergleichbaren und effektiven Marktzutritt schweizerischer Anbieter zu ausländischen Beschaffungsmärkten. Zur besseren Orientierung ist dem Bundesrat aufgetragen, eine indikative Liste der Staaten zu führen, die Gegenrecht gemäss den von ihm verhandelten internationalen Beschaffungsabkommen gewähren. Diese Liste wird regelmässig aktualisiert und steht den Auftraggebern auf Anfrage zur Einsicht zur Verfügung. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten in einer Verordnung. Es ist vorgesehen, dass das Staatssekretariat für Wirtschaft mit der Führung der Liste beauftragt wird.

Absatz 4

Im Gegensatz zum Bund können die Kantone weitere Vereinbarungen mit den Grenzregionen und Nachbarstaaten für Beschaffungen eingehen. Diese Möglichkeit entspricht dem geltenden Recht (Art. 2 Bst. b IVöB; vgl. auch Art. 56 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft).

Art. 7 Befreiung von der Unterstellung (neu)

Die Unterstellung der Sektorenauftraggeber geht immer von der Annahme aus, dass in einem Tätigkeitsbereich kein Wettbewerb herrscht. Während das GPA 2012 den Begriff des "uneingeschränkten Wettbewerbs" verwendet und das Abkommen Schweiz-EU darauf abstellt, ob andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Tätigkeiten "in demselben geografischen Gebiet zu den im Wesentlichen gleichen Bedingungen" anzubieten, wird hier in Übereinstimmung mit dem kartellrechtlichen Vokabular der "wirksame Wettbewerb" verwendet. Sind Sektorenauftraggeber bei ihren Tätigkeiten dem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt, kann der Bundesrat Beschaffungen in diesem Markt ganz oder teilweise von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht befreien (sogenanntes "Ausklinkverfahren"). Das Ausklinkverfahren bei wirksamem Wettbewerb stand bisher nur für Auftraggeber gemäss Art. 4 Abs. 2 Bst. c^{bis} IVöB, die dem Geltungsbereich des Abkommens Schweiz-EU unterstellt sind, zur Verfügung. Mit Rücksicht auf die Anmerkung 2 zum Annex 3 zum Anhang I (Schweiz) des GPA 2012 soll das Ausklinkverfahren neu auf alle Sektorenmärkte erstreckt werden, soweit in diesen wirksamer Wettbewerb herrscht. Dem InöB stehen Vorschlags- und Konsultationsrechte gegenüber dem Bundesrat zu. Schon nach geltendem Recht von der Unterstellung befreite Sektorenmärkte und darin tätige Auftraggeber bleiben befreit, ohne dass es eines neuen Ausklinkverfahrens bedarf.

Die Anforderungen an die Ausklinkung sind für staatliche Behörden und öffentliche Sektorenunternehmen gemäss Annex 3 Anhang I (Schweiz) zum GPA 2012 auf der einen und für Auftraggeber gemäss Art. 3 des Abkommens Schweiz-EU auf der anderen Seite je gleich auszugestalten.

Die Befreiung von der Unterstellung tritt – hinsichtlich der Beschaffungen des Staatsvertragsbereichs – erst mit Abschluss des Verfahrens gemäss GPA 2012 ein. Dieses Verfahren sieht eine Notifikation der Vertragspartner sowie ein Einwendungs- und Konsultationsverfahren vor. Können Differenzen nicht einvernehmlich ausgeräumt werden, kann jede Vertragspartei des GPA ein spezielles Schiedsgericht anrufen.

Absatz 1

Ob wirksamer Wettbewerb besteht oder nicht, ist anhand von indikativen Kriterien zu entscheiden, die der Ausschuss der WTO für das öffentliche Beschaffungswesen festlegt.

Absatz 2

Wird auf Antrag eines Auftraggebers oder des InöB ein Tätigkeitsbereich gemäss Art. 4 Abs. 2 durch Verordnung des Bundesrats von der Unterstellung unter das BöB befreit, so gilt diese Befreiung auch für Beschaffungen, die dieser Vereinbarung unterstellt sind. Zudem gilt diese Befreiung auch für die anderen im entsprechenden Bereich tätigen Auftraggeber, selbst wenn sich diese Auftraggeber nicht am Verfahren beteiligt haben ("erga omnes" Wirkung). Der Bundesrat konsultiert vor seinem Entscheid die Wettbewerbskommission, das InöB und die betroffenen Wirtschaftskreise.

2. Abschnitt: Objektiver Geltungsbereich

Der Begriff des "öffentlichen Auftrags" (Art. 8) definiert den objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts. Gemäss GPA 2012 ist das Übereinkommen anwendbar auf öffentliche Beschaffungen

- von Waren, Dienstleistungen (inklusive Bauleistungen) oder einer Kombination von beidem
- die nicht im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf erworben werden
- durch vertragliche Mittel (das heisst nicht auf dem Weg der Verstaatlichung oder Enteignung)
- soweit diese Leistungen nicht nach den jeweiligen Länderanhängen vom Geltungsbereich ausgeschlossen sind und
- soweit ihr Wert den Schwellenwert nach den Länderanhängen erreicht.

Vom schweizerischen Binnenrecht werden auch Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs erfasst. Der Vereinbarung unterstellt sind damit beispielsweise auch Dienstleistungen und Bauleistungen, die nicht in den für die Schweiz massgeblichen Positivlisten im GPA 2012 aufgeführt sind, sowie sämtliche Beschaffungen (Lieferungen, Dienstleistungen, Bauleistungen) mit einem Auftragswert unterhalb der international festgelegten Schwellenwerte. Für diese Aufträge gilt eine Reihe von Besonderheiten: Zum einen steht mit dem Einladungsverfahren eine zusätzliche Verfahrensart zur Verfügung, zum anderen sind die Anforderungen bezüglich Fristen flexibler. Zudem sind ausländische Anbieter zu Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nur dann zugelassen, wenn ihr Sitzstaat Gegenrecht gewährt.

Der Einbezug weiterer Beschaffungsvorhaben in das binnenrechtliche Vergaberegime ist aus Gründen des Verfassungsrechts geboten. Insbesondere die Wirtschaftsfreiheit und das Gebot der Wettbewerbsneutralität (Art. 94 Abs. 1 und 4 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft) verlangen ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Art. 8 Öffentlicher Auftrag (teilweise neu; § 6 aSubmD)

Im Binnenrecht wurde bisher auf eine Definition des öffentlichen Auftrags verzichtet. Die Rechtsprechung hat fallweise Kriterien für die objektive Unterstellung formuliert. Dies führte zu einer Rechtsunsicherheit, die mit der vorliegenden Definition sowohl auf Stufe Bund als auch Kantone beseitigt werden soll.

Absatz 1

Der vergaberechtliche Begriff des öffentlichen Auftrags ist nicht deckungsgleich mit demjenigen des "Auftrags" im Obligationenrecht. Ein öffentlicher Auftrag ist ein Geschäft, mit dem sich ein der Vereinbarung unterstellter Auftraggeber gegen Bezahlung die Leistungen beschafft, die er für die Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Die beschaffte Leistung muss es dem Auftraggeber ermöglichen oder erleichtern, eine ihm zugewiesene öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Auftraggeber im Sinn dieser Vereinbarung sind Verwaltungseinheiten, Behörden sowie Unternehmen, die eine Leistung beschaffen, eine bestimmte öffentliche Aufgabe übertragen oder gewisse Konzessionen verleihen (vgl. Art. 4 und 9).

Öffentliche Aufgaben sind all jene Aufgaben, die der Staat aufgrund eines Rechtssatzes wahrzunehmen hat. Sie reichen von polizeilichen Aufgaben bis zur Daseinsvorsorge und dem Umweltschutz. Demgegenüber fallen Aufgaben, die rein privaten Interessen dienen, nicht in den Geltungsbereich des Beschaffungsrechts.

Nur entgeltliche Verträge unterstehen der Vereinbarung. Allerdings ist es nicht erforderlich, dass die Gegenleistung regelmässig in Form von Geld erfolgt. Auch geldwerte Vorteile (wie die Möglichkeit, ein ausschliessliches Recht zu nutzen) fallen unter die Legaldefinition. Immer muss indessen ein Austauschverhältnis (Synallagma) vorliegen, in welchem der Auftraggeber als Abnehmer der Leistung auftritt. Einseitige Verträge wie Schenkungen oder unvollkommen zweiseitige Verträge wie eine Gebrauchsleihe stellen keine öffentlichen Aufträge dar. Nicht erforderlich ist hingegen, dass Leistung und Gegenleistung direkt zwischen den gleichen Parteien ausgetauscht werden. Denkbar ist es sowohl, dass Dritte (und nicht der Auftraggeber) Empfänger der Leistung sind, als auch der umgekehrte Fall, dass das Entgelt des Anbieters nicht vom Auftraggeber, sondern von Dritten bezahlt wird.

Schliesslich kann nur dann von einem öffentlichen Auftrag gesprochen werden, wenn der Anbieter die charakteristische Leistung erbringt. Charakteristisch ist immer diejenige Leistung, die (mit Geld oder geldwerten Vorteilen) entgolten wird. Nicht erforderlich ist, dass der Auftraggeber die so beschaffte charakteristische Leistung auch selber nutzt. Die Nutzung durch Dritte (Begünstigte der staatlichen Aufgabe) ändert nichts an der Qualifikation als öffentlicher Auftrag.

Absatz 2

Öffentliche Aufträge nach dieser Vereinbarung dienen der Beschaffung von Bauleistungen, Lieferungen (Waren) und Dienstleistungen. Diese Gliederung, die auf die Verpflichtungslisten der Schweiz nach den internationalen Beschaffungsübereinkommen zurückgeht, wird bereits in der geltenden IVöB (Art. 6) verwendet.

Bei den Bauleistungen unterscheidet das kantonale Recht zwischen Aufträgen des Bauhaupt- und des Baunebengewerbes. Für letztere gelten weiterhin tiefere Schwellenwerte (vgl. Anhang 2). Unter das Bauhauptgewerbe fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Es betrifft namentlich folgende Auftragsarten: Hoch- und Tiefbau, Strassenbau (inklusive Belagseinbau), Aushub-, Bagger- und Traxarbeiten, Abbrucharbeiten sowie Spezialtiefbau (Pfählungen, Baugrubensicherungen, Ankerarbeiten usw.). Zum Bauhauptgewerbe können aber auch Zimmerei- oder Metallbauarbeiten gehören, sofern sie als Tragkonstruktion eines Gebäudes dienen. Diese Regelung ist für den Kanton Aargau neu, bisher galten Branchen, die dem Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe unterstellt sind als Bauhauptgewerbe.

Alle übrigen Arbeiten fallen unter das Baunebengewerbe, so zum Beispiel Maler-, Gipser-, Dachdecker-, Plattenleger-, Gärtner-, Schreiner-, Heizungs-, Klima-, Lüftungs-, Spenglerei-, Sanitär- oder Elektroinstallationsarbeiten, da diese nicht der Tragkonstruktion eines Bauwerks dienen.

Absatz 3

Unter gemischten Aufträgen sind öffentliche Aufträge zu verstehen, die sich aus verschiedenen Leistungen (Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen) zusammensetzen. Dies ist zum Beispiel bei IT-Projektverträgen regelmässig der Fall. Werden in einem Auftrag Bau- und Dienstleistungen kombiniert, wie dies bei Total- oder Generalunternehmerverträgen vorkommt, ist der gesamte öffentliche Auftrag als Bauleistung zu qualifizieren. Die Zuordnung gemischter Aufträge ist für die Bestimmung des Schwellenwerts (vgl. Art. 16) relevant. Entsprechend der von der Rechtsprechung entwickelten Schwergewichtstheorie soll sich auch bei einem gemischten Auftrag die vergaberechtliche Natur des Gesamtgeschäfts nach den in finanzieller Hinsicht überwiegenden Leistungsteilen richten.

Art. 9 Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen (neu)

Im Gegensatz zu den "Baukonzessionen" – die namentlich in der EU- und den EFTA-Staaten (ausser der Schweiz) sowie Korea unterstellt sind – werden sogenannte "Dienstleistungskonzessionen" weder vom GPA 1994 noch vom GPA 2012 erfasst. Nach der Legaldefinition in der Richtlinie 2014/23/EU ist eine Baukonzession ein entgeltlicher schriftlich geschlossener Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Als Beispiel mag der Bau und Betrieb von Tunnels oder Autobahnabschnitten durch private Anbieter dienen.

Entsprechend bezeichnet der Begriff der Dienstleistungskonzession einen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Diese Dienstleistung kann zum Beispiel die Entsorgung bestimmter Abfälle oder den Betrieb eines öffentlichen Parkhauses beinhalten.

Es besteht somit im Licht der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz keine Pflicht, die Vergabe von Konzessionen generell zu unterstellen. Falls die Schweiz eines Tages Baukonzessionen einführen sollte, müsste die Vergabe gegenüber den oben genannten Staaten sowie gewissen Partnern von Freihandelsabkommen Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung bilden (vgl. Annex 6 des Anhangs I [Schweiz] zum GPA 2012). Dienstleistungskonzessionen finden sich in der Schweiz bereits heute, auch wenn sich dieser Begriff nicht eingebürgert hat.

Die Konzessionen des schweizerischen Verwaltungsrechts sind vielgestaltig – die Konzession gibt es nicht. Die Unterstellung unter das Beschaffungsrecht erfolgt – wie bereits gemäss Art. 8 – immer dann, wenn die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe infrage steht. Der Begriff wird im Vereinbarungsentwurf in dem Sinn verwendet, dass ein privater Anbieter mit der Verleihung Rechte erhält, die ihm vorher nicht zustanden. Konzessionen, die nicht im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben stehen (zum Beispiel Sondernutzungskonzessionen) oder die dem Bewerber kein Alleinstellungsmerkmal vermitteln, werden nicht erfasst. Für Kantone und Gemeinden gilt zwar eine Ausschreibepflicht gemäss dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM. Bei Monopolkonzessionen und Konzessionen öffentlicher Dienste bietet das Beschaffungsrecht mit seinem Fokus auf Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit jedoch nicht in allen Fällen den passenden Rahmen für die Konzessionsvergabe. Spezialgesetzliche Regeln gehen vor (zum Beispiel Art. 3a und Art. 5 Abs. 1 Bundesgesetz über die Stromversorgung [Stromversorgungsgesetz, StromVG]; Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte [Wasserrechtsgesetz, WRG]; auch kantonale Erlasse können als spezialgesetzliche Regelungen gelten).

Der Staat hat infolge beschränkter Ressourcen und Besinnung auf seine Kernkompetenzen öffentliche Aufgaben in verschiedenen Bereichen und auf allen Stufen (Bund, Kantone und Gemeinden) an private Anbieter ausgelagert. Aus der Sicht des Finanzhaushaltrechts und des diskriminierungsfreien Marktzutritts kann es keinen Unterschied machen, ob der Staat eine Leistung einkauft oder ihre Erfüllung unter Auslagerung des Betriebsrisikos einem Dritten überlässt. Beide Male ist sicherzustellen, dass die Erbringung der Leistung beziehungsweise die Erfüllung der Aufgabe effizient erfolgt und es allen qualifizierten Anbietern offensteht, sich für die Leistungserbringung zu bewerben. Bis anhin existierten keine gesetzlichen Bestimmungen zum Verfahren für die Übertragung von öffentlichen Aufgaben.

Der Verweis auf "öffentliche Aufgaben" erfasst alle Bereiche, in denen den Staat eine Erfüllungsverantwortung trifft. Als Beispiele mögen Bereiche wie das Polizeiwesen, das heisst der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, sowie die Gesundheits- oder die Sozialpolitik dienen. Ist der Staat etwa von Gesetzes wegen gehalten, für die Entsorgung problematischer Abfälle zu sorgen, so kann er diese Aufgabe Dritten übertragen, sofern eine gesetzliche Grundlage dazu besteht. Eine solche Übertragung erfüllt grundsätzlich alle Begriffsmerkmale eines öffentlichen Auftrags. Lässt der Staat eine Aufgabe gestützt auf eine gesetzliche Grundlage durch Dritte erbringen, dann untersteht die Übertragung dieser staatlichen Aufgabe grundsätzlich dem Geltungsbereich des Beschaffungsrechts. Dies gilt unabhängig davon, ob die Finanzierung direkt durch den Auftraggeber oder aus Mitteln eines Fonds oder einer Versicherung erfolgt. Gemäss Art. 9 (letzter Satz) bleiben spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts vorbehalten. Dieser Vorbehalt ist nötig, weil die Anwendung der beschaffungsrechtlichen Bestimmungen nicht für jeden Fall einer Aufgabenübertragung sachgerecht ist. Beispielsweise ist für die Übertragung von Aufgaben im Bereich der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht oder für diejenige von Dienstleistungen mit Monopolcharakter manchmal der Empfänger im spezialgesetzlichen Erlass explizit bestimmt. Ein Wettbewerb findet diesfalls nicht statt.

Die Schwellenwerte der Anhänge 1 und 2 gelten bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben und bei der Verleihung von Konzessionen analog. Wie bei anderen öffentlichen Aufträgen ist anhand der charakteristischen Leistung des Anbieters die jeweilige Auftragsart (Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung) zu bestimmen. Gemischte Aufträge sind anhand des Schwergewichts zu unterstellen.

Art. 10 Ausnahmen

Diese Bestimmung sieht einen Katalog von Leistungen vor, die vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausgenommen sind. Alle Ausnahmen sind bereits im Staatsvertragsrecht enthalten oder ergeben sich aus einem Vorbehalt der Schweiz anlässlich ihres Beitritts zum jeweiligen Übereinkommen.

Absatz 1

Buchstabe a: Der Grundsatz, dass die Beschaffung von Leistungen für den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf freigestellt ist, gilt nach Massgabe des revidierten GPA 2012 (Art. II Abs. 2 Bst. a [ii]) für alle Auftraggeber. "Gewerblicher Verkauf oder Wiederverkauf" bedeutet Veräusserung unter Wettbewerbsbedingungen. Kauft beispielsweise ein Verteilnetzbetreiber Strom und liefert er diesen ausschliesslich an freie Endverbraucher, dann ist das Beschaffungsgeschäft freigestellt. Der Wettbewerbsdruck im nachgelagerten Markt sorgt dafür, dass der Einkauf zu effizienten Bedingungen erfolgt.

Buchstabe b: Grundstücke sind Liegenschaften, die in das Grundbuch aufgenommenen selbstständigen und dauernden Rechte (zum Beispiel das selbstständige Baurecht), Miteigentumsanteile an Grundstücken sowie Bergwerke (Art. 655 Abs. 2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch [ZGB]). Bauten sind Gebäude oder Teile davon. Anlagen sind Infrastrukturbauten wie Strassen oder auch Mobilfunkantennen.

Buchstabe c: Dieser unechte Ausnahmetatbestand bezieht sich auf die Erteilung von Finanzhilfen. Diese geldwerten Vorteile dienen einzig der Förderung oder dem Erhalt einer vom Empfänger gewählten Aufgabe und sind vom Geltungsbereich der Vereinbarung ausgenommen.

Buchstabe d: Unter diese Ausnahme fallen beispielsweise die Bewirtschaftung von öffentlichen Schulden sowie die Liquiditäts- und Fremdwährungsbewirtschaftung. Ebenfalls nicht der Vereinbarung unterstellt sind die Vermögensbewirtschaftung (und zwar für alle Anlageklassen wie Liquidität, Obligationen, Aktien, Immobilien, Fondsanteile, strukturierte Produkte und Derivate, alternative Anlagen sowie weitere Anlageklassen) sowie die Beschaffung von Dienstleistungen in diesem Zusammenhang. Dies gilt unabhängig davon, wer für die Vermögensbewirtschaftung zuständig ist oder einen entsprechenden Auftrag erteilt. Zu denken ist insbesondere an die Vermögensbewirtschaftung durch Organe der ersten und zweiten Säule.

Buchstabe e: Dieser Ausnahmetatbestand entspricht dem heutigen Art. 10 Abs. 1 Bst. a IVöB.

Die Kantone haben eine unterschiedliche Praxis bei den arbeitsmarktlichen Massnahmen. So schreiben bisher die Westschweizer Kantone solche Massnahmen grundsätzlich nicht aus, während mehrere Deutschschweizer Kantone eine Ausschreibungspflicht kennen.

Das Ergebnis der Umfrage vom Sommer 2019 bei den Kantonen hat gezeigt, dass es sehr schwierig ist, hier eine einheitliche Lösung zu finden. Die einzelnen Kantone bestehen auf ihre unterschiedlich gelebte Praxis und wollen diese beibehalten. Das politische Steuerungsgremium hat deshalb vorgeschlagen, dass diese Ausnahme (gleich wie der Bund) in der IVöB aufgenommen werden soll, die Kantone aber bei dieser Bestimmung die Möglichkeit haben sollen, im Rahmen kantonaler Ausführungsbestimmungen eine Unterstellung unter das Beschaffungsrecht festzulegen (vgl. dazu Art. 63 Abs. 4). Das InöB hat diesem Vorschlag zugestimmt, so dass die Kantone die freie Wahl haben.

Im Kanton Aargau wurden die arbeitsmarktlichen Massnahmen bisher nicht den Regeln des SubmD unterstellt. Die Anbieter dieser Massnahmen bieten für den Kanton massgeschneiderte Angebote an, die breit abgestützt sind und gemeinnützigen Charakter haben. Es ist nicht gerechtfertigt, diese Strukturen mit einer Submission zu gefährden. Der Regierungsrat sieht deshalb keinen Grund für eine Änderung dieser Praxis.

Buchstabe f: Auch in diesem Fall handelt es sich um eine unechte Ausnahme. Stellt ein öffentlicher Auftraggeber Personal ein, handelt es sich nicht um einen öffentlichen Auftrag. Dies gilt auch für Arbeitsverhältnisse, die dem Obligationenrecht unterstehen. Wird aber zum Erbringen der Leistungen Personal im Sinne des Personalverleihs beigezogen, ist dies der Vereinbarung grundsätzlich unterstellt. Da der Personalverleih nicht durch die in Annex 5 von Anhang I des GPA 2012 aufgeführten Dienstleistungskategorien erfasst wird, fällt er zwar nicht in den Staatsvertragsbereich, ist aber nach den Bestimmungen über die Vergabe von Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs zu behandeln.

Buchstabe g: Für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und der Gemeinden sind die Kantone zuständig, es gilt mithin kantonales Recht. Das Bundesgericht hat einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zwar geschützt, wonach die Aargauische Pensionskasse (APK) dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sei. Dabei prüfte das Bundesgericht im konkreten Fall, ob die Voraussetzungen einer sogenannten Einrichtung des öffentlichen Rechts gemäss GPA 1994 Anhang I Annex 2 und damit Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB erfüllt waren. Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht die Unterstellung der APK unter den subjektiven Geltungsbereich des GPA und liess diese Frage bei der IVöB offen. Es bestätigte jedoch eine Ausschreibungspflicht aufgrund des weitergefassten kantonalen Beschaffungsrechts. Somit war allein das bisherige kantonale Recht (§ 5 Abs. 1 lit. a SubmD) massgebend für die Unterstellung der APK.

Umsetzung Kanton Aargau

Die Unterstellung der APK unter die Regeln des Beschaffungsrechts wurde bisher immer kontrovers diskutiert, sie war aber im geltenden kantonalen Recht aufgrund der Rechtsform gegeben. Einzig die Vermögensanlage war bisher von der Unterstellung ausgenommen. Für eine Nichtunterstellung spricht auch die Tatsache, dass die verwalteten Vorsorgevermögen den Versicherten und nicht der öffentlichen Hand gehören. Nachdem die IVöB nun die Pensionskassen explizit vom Geltungsbereich ausnimmt, sieht der Regierungsrat keinen Grund, an der bisherigen Regelung festzuhalten, obschon die Kantone in diesem Punkt die Möglichkeit zu einer anderen Regelung hätten.

Absatz 2

In dieser Bestimmung werden vier Fälle nicht unterstellter Beschaffungen behandelt: Monopole, Instate-, Inhouse- und Quasi-Inhouse-Beschaffungen.

Buchstabe a: Nach dem GPA 2012 ist die Beschaffung von Lieferungen und Dienstleistungen ausgenommen, wenn diese nur von einem einzigen Anbieter, der über ein ausschliessliches Recht (Monopol) verfügt, erbracht werden können. Als Beispiel mag die Beschaffung von Trinkwasser dienen.

Buchstabe b: Die "Instate"-Ausnahme bedeutet, dass die Beschaffung eines Auftraggebers bei einem anderen (unterstellten) Auftraggeber (unabhängig davon, ob von derselben oder einer anderen Staatsebene, das heisst Bund, Kanton oder Gemeinde) nicht öffentlich ausgeschrieben werden muss. Der zweite Satzteil macht deutlich, dass die Ausnahme dort nicht greift, wo ein Anbieter, der gleichzeitig Auftraggeber ist, Leistungen im Wettbewerb mit privaten Dritten erbringt.

Die "Instate"-Ausnahme setzt regelmässig voraus, dass am potenziellen Anbieter keine Privaten beteiligt sind. Keine Rolle spielt hingegen, ob der Auftraggeber, welcher die Leistung erbringen soll, dem Beschaffungsrecht am Ort seines Sitzes oder dem kantonalem Recht unterstellt ist. Voraussetzung für den Wegfall der Ausschreibungspflicht ist, dass der Wettbewerb nicht verfälscht wird. Entsprechend gibt es beispielsweise keinen Freipass für Auftraggeber, generell und ohne Ausschreibung einer Institution des ETH-Bereichs oder kantonalen Universitäten Aufträge für Gutachten oder Produktprüfungen zu erteilen, soweit diese Leistungen durch die Hochschulen (auch) im Wettbewerb mit privaten Anbietern zugunsten von Dritten erbracht werden. Die Beurteilung, ob eine Leistung tatsächlich im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbracht wird, ist im Einzelfall vorzunehmen.

Zu "Instate"-Beschaffungen kommt es beispielsweise bei Zusammenarbeitsvorhaben verschiedener öffentlicher Auftraggeber (zum Beispiel in Zweckverbänden), wenn jeder Auftraggeber einen Beitrag zum gemeinsamen Projekt leistet.

Buchstabe c: Eine "Beschaffung" erfolgt dann "Inhouse", wenn die Leistung durch eigene Ressourcen des Auftraggebers erbracht wird, dieser somit auf den Beizug Dritter verzichtet ("Make or Buy"-Entscheid). Derartige Aufträge fallen nicht unter das Beschaffungsrecht. Buchstabe c unterscheidet sich von den Ausnahmen der Buchstaben b und d dadurch, dass die Leistung verwaltungsintern erbracht wird, der Auftraggeber und Leistungserbringer mithin ein- und derselben rechtlichen Einheit zugehören.

Buchstabe d: Schwieriger waren in der Vergangenheit Leistungen zu beurteilen, die von ausgelagerten, unter öffentlichem Einfluss stehenden Anbietern erbracht wurden ("Quasi-Inhouse"). Für solche Konstellationen hat die Lehre eine Übernahme der vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) entwickelten Kriterien empfohlen. Buchstabe d kodifiziert die wesentlichen Voraussetzungen und Entscheidgründe dieser Praxis, die vom EuGH in einer Reihe von Entscheiden weiterentwickelt wurde. Allerdings erfolgt hier eine autonome, GPA-konforme Kodifikation der Teckal-Praxis. Die weiteren Entwicklungen der EU-Rechtsprechung sind somit für die Auslegung von Buchstabe d nicht bindend, sollen aber nicht vernachlässigt werden.

Dass ein Anbieter im Wesentlichen für einen (Sektoren-)Auftraggeber tätig ist, kann angenommen werden, wenn er mindestens 80 % der Leistungen in einem bestimmten Markt für diesen Auftraggeber erbringt.

Absatz 3

Diese Regelung entspricht im Wesentlichen dem geltenden Recht (Art. 10 Abs. 2 IVöB). Der Wettbewerbsgedanke soll vor übergeordneten Zielen wie dem Schutz des Lebens oder der öffentlichen Sicherheit zurücktreten. In Übereinstimmung mit Art. III GPA 2012 werden verschiedene Ausnahmetatbestände aufgelistet. Fällt eine Beschaffung unter eine dieser Ausnahmen, findet die Vereinbarung insgesamt keine Anwendung.

Buchstabe a: Die weitestgehende Ausnahme betrifft (ähnlich wie heute Art. 10 Abs. 2 Bst. a IVöB) die Aufrechterhaltung der inneren und äusseren Sicherheit sowie der öffentlichen Ordnung. Dies betrifft nicht nur die Beschaffung von Kriegsmaterial, sondern auch von anderen (militärischen oder zivilen) Leistungen, die sicherheitskritisch sind, wie beispielweise die staatliche Kommunikationsinfrastruktur. Entsprechend haben auch die Kantone den Kauf von Waffen und Munition für die kantonalen und kommunalen Polizeikorps nicht öffentlich auszuschreiben. Beschaffungen sind nicht nur dann ausgenommen, wenn ihre Ausschreibung die öffentliche Sicherheit gefährden würde, sondern auch dann, wenn die Leistungen als solche sicherheitskritisch sind. Wegen fehlender praktischer Relevanz wird der Schutz der "Sittlichkeit" im Ausnahmetatbestand nicht mehr erwähnt.

Buchstaben b und c: Neben den polizeilichen Schutzinteressen werden auch der Schutz der Umwelt, der Tier- und Pflanzenwelt sowie private Rechtspositionen (Schutz der Immaterialgüterrechte) erwähnt, die dem Beschaffungsrecht vorgehen. Bei diesen Schutzgütern ist jedes Mal im Sinne der Erforderlichkeit zu klären, ob allenfalls mildere, den Anbieterwettbewerb weniger stark einschränkende Mittel zur Verfügung stehen.

3. Kapitel: Allgemeine Grundsätze

Art. 11 Verfahrensgrundsätze (§§ 1, 2 und 17 aSubmD)

Jede Beschaffung kann unterschiedliche Anforderungen an das Beschaffungsverfahren stellen. Die Vorlage lässt hinreichend Spielraum, um die Gestaltung des Verfahrens an den spezifischen Beschaffungsgegenstand und an die Verhältnisse auf dem massgeblichen Markt anzupassen. Der Perimeter dieser Gestaltungsfreiheit wird von den Verfahrensgrundsätzen begrenzt. Diese Grundsätze bestimmen und leiten die Entscheide der Auftraggeber in jeder Phase der Ausschreibung.

Die Verfahrensgrundsätze sind untereinander gleichwertig. Die Reihenfolge der Aufzählung bedeutet keine Prioritätsordnung. Vielmehr sind die Grundsätze insgesamt zu beachten. Konflikte sind durch eine Interessenabwägung zu lösen.

Buchstabe a: Von den allgemeinen Zielen im Zweckartikel sind die Grundsätze des Verfahrens zu unterscheiden. Während Art. 2 die Ziele und den Zweck des Beschaffungsrechts generell festhält, befasst sich Art. 11 mit den Anforderungen an das Vergabeverfahren. Diese Grundsätze – Transparenz, Objektivität und Unparteilichkeit – stehen im Dienst der übergeordneten Ziele.

Buchstabe b: Korrupte Praktiken stehen nicht nur im Widerspruch zu den Grundprinzipien des Beschaffungsrechts, sie verursachen auch erhebliche volkswirtschaftliche Kosten. Gemäss einer Medienmitteilung der Europäischen Kommission vom 6. Juni 2011 werden allein in den Ländern der EU die durch Korruption entstandenen Kosten auf rund 120 Milliarden Euro pro Jahr veranschlagt. Die Vermeidung von Korruption und Interessenkonflikten stellt eines der Kernanliegen der GPA-Revision dar.

Grundlage der internationalen Bemühungen zur Korruptionsbekämpfung bildet das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption, das am 24. Oktober 2009 für die Schweiz in Kraft trat. Art. 9 des Übereinkommens betrifft das öffentliche Beschaffungswesen. Demgemäss soll jeder Vertragsstaat die erforderlichen Massnahmen treffen, um geeignete Systeme für das Beschaffungswesen einzurichten, die auf Transparenz, Wettbewerb und objektiven Entscheidungskriterien beruhen und unter anderem bei der Verhütung von Korruption wirksam sind.

Das Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung) steht für die Schweiz bereits seit dem 30. Juli 2000 in Kraft. Es verpflichtet dazu, die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr unter Strafe zu stellen. Zudem hat die OECD-Antikorruptionsarbeitsgruppe im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eine Empfehlung zur Korruptionsprävention erlassen, wonach einem Anbieter der Zugang zu öffentlichen Beschaffungsverfahren in der Schweiz verwehrt bleiben soll, wenn er der Korruption im In- oder Ausland überführt wurde. Gestützt darauf ist vorgesehen, dass ein Auftraggeber einen der Korruption überführten Anbieter aus einem Beschaffungsverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder den Zuschlag an diesen widerrufen kann (Art. 44 Abs. 1 Bst. e). In schwerwiegenden Fällen stehen die Sanktionsmöglichkeiten gemäss Art. 45 Abs. 1 zur Verfügung.

Buchstabe c: Zum einen sind ausländische Anbieter gleich zu behandeln wie inländische (und umgekehrt), zum andern muss auch die Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Anbieter unter sich gewährleistet sein. Der Grundsatz der Inländerbehandlung schliesst eine Vergabe aufgrund protektionistischer Motive aus. In der Regel ist es zum Beispiel nicht zulässig, die Herkunft eines gewissen Produkts oder die Tatsache, dass der Sitz eines Anbieters in der Nähe liegt oder ein Anbieter eine gewisse wirtschaftliche und fiskalische Bedeutung für eine Region hat, beim Zuschlag zu berücksichtigen. Das Gleichbehandlungsgebot geht über die Gleichstellung inländischer und ausländischer Anbieter sowie die Vermeidung von Protektionismus hinaus. So ist zum Beispiel auch zu vermeiden, dass ein Anbieter einen Informationsvorsprung gegenüber den andern erlangt; lässt sich dies nicht vermeiden, ist der Informationsvorsprung möglichst auszugleichen (Art. 14 Abs. 1). Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist etwa auch dann verletzt, wenn ein Auftraggeber einzig einem Anbieter die Gelegenheit bietet, sein Angebot anzupassen.

Buchstabe d: In den Kantonen waren "Abgebotsrunden" schon bisher verboten (Art. 11 IVöB). Dieses Verbot ist unter anderem durch die Befürchtung motiviert, dass Anbieter im Hinblick auf Preisverhandlungen Margen in ihre Angebote einbauen, die sie später wieder preisgeben. Um solche Vorgehensweisen zu verhindern und maximale Transparenz zu sichern, sieht auch die vorliegende Vorlage von Abgebotsrunden ab. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Preisanpassungen schlechthin ausgeschlossen sind. So kann es im Rahmen der Angebotsbereinigung (Art. 39) oder bei speziellen Verfahren wie dem Dialog (Art. 24) vorkommen, dass der Leistungsgegenstand untergeordnete Modifikationen erfährt. In solchen Fällen ist in der Regel auch eine neue Preisofferte angezeigt, um dem Wirtschaftlichkeitsgebot Nachachtung zu verschaffen. Zudem können Preisanpassungen bei den Verhandlungen einer Offerte im freihändigen Verfahren (Art. 21 Abs. 1) oder im Rahmen einer elektronischen Auktion (Art. 23) erfolgen.

Buchstabe e: Anbieter haben Anspruch auf Schutz ihrer Daten und Geschäftsgeheimnisse. Werden diese Daten nicht konsequent geschützt, kann sich kein funktionierender Anbieterwettbewerb einstellen. Mangelnde Transparenz kann zu Korruption und Misswirtschaft führen, hingegen kann zu grosse Transparenz abgestimmte Verhaltensweisen begünstigen und sich antikompetitiv auswirken. Zudem besteht die Gefahr, dass sich Anbieter nicht mehr an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, wenn sie befürchten müssen, dass ihre Angebote Dritten (wie Konkurrenzunternehmen oder Medienschaffenden) zugänglich sein könnten. Daher schützt die Vertraulichkeit nicht nur private Interessen der Anbieter, sondern auch die Funktionsfähigkeit des Beschaffungsverfahrens.

Art. 12 Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts (§ 3 aSubmD)

Während Sozialstandards auf der einen und die Grundsätze der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung auf der anderen Seite in einem Spannungsverhältnis stehen, hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die Einhaltung minimaler Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung zwischen Frau und Mann in Bezug auf den Lohn für einen funktionierenden Wettbewerb unverzichtbar sind. Im Inland sind insbesondere die zwingenden Bestimmungen des Obligationenrechts sowie die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) und seiner Ausführungsverordnungen sowie das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) zu befolgen. Darüber hinaus sind auch die Bestimmungen von Gesamt- und Normalarbeitsverträgen sowie, wo solche Instrumente fehlen, die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen einzuhalten. Das missbräuchliche Unterbieten der Arbeitsbedingungen, die Verletzung der massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und die ungleiche Behandlung zwischen Frau und Mann in Bezug auf den Lohn können zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen.

Absatz 1

Absatz 1 statuiert eine besondere Form der Inländerbehandlung, indem für alle in der Schweiz zu erbringenden Leistungen die schweizerischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen zu respektieren sind. Ausländische Anbieter werden damit gleich wie ihre inländischen Konkurrenten behandelt. Während somit ausländische Anbieter, welche eine Leistung in der Schweiz erbringen, immer die am Leistungsort geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen respektieren müssen, werden die Anbieter mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz wie bisher diejenigen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten müssen, die an ihrem Sitz- oder Niederlassungsort Geltung haben (Herkunftsortsprinzip gemäss Binnenmarktgesetz). Auf diese Weise wird der administrative Aufwand für schweizweit tätige Anbieter verringert, indem sie nicht je nach Auftragsort unterschiedliche Arbeitsbedingungen anwenden müssen.

Absatz 2

Das Leistungsortsprinzip gilt ohne Einschränkung, wenn eine Leistung im Ausland erbracht wird. Die Einhaltung minimaler Arbeits- und Sozialstandards hat aufgrund von Missständen in Produktionsbetrieben in den vergangenen Jahren Beachtung gefunden. Während sich das GPA 2012 nicht explizit mit dieser Frage befasst, gehört die Berücksichtigung minimaler Arbeitsstandards schon lange zum Acquis sowohl der Schweiz als auch der EU. Bereits heute entspricht es der Praxis der Kantone und des Bundes, bei internationalen Vergaben die Einhaltung der ILO als Mindeststandard zu verlangen. Sofern das Recht am Leistungsort strenger ist, ist dieses zu beachten.

Die acht Kernübereinkommen sind in Anhang 3 der Vorlage aufgelistet. Eine grosse Mehrheit der 185 ILO-Vertragsstaaten, inklusive der Schweiz, hat sämtliche ILO-Kernübereinkommen ratifiziert. Weiter sind gemäss der ILO-Erklärung von 1998 über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit alle Mitgliedstaaten verpflichtet, allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der ILO die grundlegenden Rechte, die Gegenstand der acht Kernübereinkommen sind, in gutem Glauben und gemäss der Verfassung einzuhalten, zu fördern und zu verwirklichen.

In Bezug auf die Anbieter aus EU-/EFTA-Staaten gilt das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten anderseits über die Freizügigkeit (FZA). Es nimmt auf die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen Bezug.

Art. 2 des Bundesgesetzes über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG) schreibt vor, dass die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen

des Bundesrats, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen gemäss Art. 360a OR in den folgenden Bereichen vorgeschrieben sind:

- minimale Entlöhnung inklusive Zuschläge
- Arbeits- und Ruhezeit
- Mindestdauer der Ferien
- Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz
- Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen
- Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn.

Absatz 4

Die Schutzbestimmungen gemäss den Absätzen 1–3 sind auch von allen Subunternehmern einzuhalten und in die Vereinbarungen zwischen den Anbietern und Subunternehmern aufzunehmen. Zulieferer von Grundstoffen, Vermieter der Produktionsstätten, Anbieter allgemeiner Serviceleistungen für den Geschäftsbetrieb und anderes mehr, die keinen relevanten Beitrag zur Auftragserfüllung leisten, sind keine Subunternehmer. Die Kontrollen gemäss Absatz 4 können über die Anbieter oder direkt bei den Subunternehmern erfolgen. Im Baugewerbe trägt der Erstunternehmer gemäss Art. 5 EntsG eine subsidiäre solidarische Haftung für seine Subunternehmer. Dies gilt nicht nur bei entsandten Arbeitnehmern.

Absatz 5

Der Auftraggeber kann die Einhaltung der Anforderungen entweder selber kontrollieren oder durch geeignete Dritte (vgl. Erläuterungen zu Absatz 6) kontrollieren lassen. Auf Verlangen haben Anbieter nachzuweisen, dass sie und ihre Subunternehmer die massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und die Arbeitsbedingungen sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn einhalten. Alternativ kann der Auftraggeber auch auf anerkannte Zertifizierungssysteme oder Berufsregister zurückgreifen. Als Beispiel sei das Berufsregister für die Branchen Maler und Gipser, Gerüstbau, Decken- und Innenausbau sowie Plattenleger hingewiesen: Dieses stellt Anbietern auf ihr Gesuch hin Bestätigungen hinsichtlich ihrer Konformität mit den Gesamtarbeitsverträgen zuhanden der Beschaffungsstellen aus.

Absatz 5 umfasst auch die Einhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten gemäss dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA), insbesondere im Bereich des Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellensteuerrechts. Dies ist notwendig, weil die Schwarzarbeit neu einen Tatbestand für den Ausschluss, das Streichen aus einem Verzeichnis und den Widerruf (Art. 44 Abs. 2 Bst. g) sowie für Sanktionen (Art. 45 Abs. 1) darstellt. Folglich muss der Auftraggeber die Einhaltung dieser Pflichten kontrollieren lassen können.

Die Sicherstellung und die Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen können während des Beschaffungsverfahrens sowie nach Vertragsschluss stattfinden. Letzteres ist besonders angezeigt im Fall von wechselnden Lieferketten wie zum Beispiel in der Textilindustrie. Durch geeignete Abreden in den Beschaffungsverträgen, insbesondere durch Konventionalstrafen, wird die Möglichkeit geschaffen, abweichendes Verhalten zu sanktionieren.

Umsetzung Kanton Aargau

Im Kanton Aargau wird wie bisher die Kontrolle durch den Auftraggeber vorgesehen. Die Überprüfung der Einhaltung der einschlägigen Bundesgesetze erfolgt durch die verschiedenen Organe gemäss untenstehender Aufstellung.

Absatz 6

Der Informationsaustausch zwischen dem Auftraggeber und den diversen Kontrollorganen des Arbeitsmarkts sowie den spezialgesetzlichen Behörden wird in Absatz 6 geregelt. Damit der Auftraggeber die in Art. 45 vorgesehenen Sanktionen anwenden kann, muss er mit den zuständigen Organen und Behörden die notwendigen Informationen austauschen können, zum Beispiel über das Vorliegen eines Verstosses gegen die minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen. Kontrollorgane sind insbesondere:

- Kontrollorgane gemäss Art. 4 BGSA
- Behörden gemäss Art. 11 BGSA, insbesondere in den Bereichen Sozialversicherungs-, Quellensteuer- und Ausländerrecht
- Paritätische Vollzugsorgane gemäss Art. 3 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen
- Tripartite Kommissionen gemäss Art. 360b OR
- Kantonale Vollzugsbehörden gemäss Art. 41 ArG
- Durchführungsorgane gemäss Art. 85 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG) sowie
- Gleichstellungsbüros.

Art. 13 Ausstand (§ 4 aSubmD)

Absatz 1

Anbieter haben Anspruch auf die Beurteilung ihrer Angebote durch eine unabhängige Instanz. Die Ausstandsregeln des allgemeinen Verfahrensrechts gelten auch für die Auftraggeber im öffentlichen Beschaffungswesen. Gleichzeitig ist zu verhindern, dass die Anforderungen überspannt werden. Die Praxis zur Unabhängigkeit des verfassungsmässigen Richters kann nicht ohne Weiteres auf den Beschaffungsvorgang übertragen werden. So lassen sich etwa personelle Wechsel zwischen Anbietern und Auftraggebern nicht ausschliessen. Die Unabhängigkeit ist nicht abstrakt, sondern immer vor dem Hintergrund der Aufgaben und Funktionen des Beschaffungsrechts zu beurteilen.

Ausstandsbegründende Umstände liegen umso eher vor, je intensiver und aktueller die Beziehungsnähe ist. Kontakte von Vertretern des Auftraggebers zu Lieferanten im Rahmen bestehender Vertragsbeziehungen oder bei einer Marktabklärung im Vorfeld einer Beschaffung erreichen diese Intensität in aller Regel nicht.

Ein blosser Anschein der Befangenheit ist nicht ausreichend, sondern die Befangenheit muss sich konkret auf den Beschaffungsvorgang auswirken. Ist es beispielsweise erstellt, dass ein befangener Mitarbeiter bei der Evaluation der Angebote freiwillig in den Ausstand trat, oder ist sein Beitrag im Rahmen des Beschaffungsvorgangs nicht kausal für den Zuschlagsentscheid, wäre eine Wiederholung des gesamten Verfahrens unverhältnismässig und mit den Zielen des Beschaffungsrechts nicht vereinbar.

Absätze 2 und 3

Mit einer Befangenheitsrüge darf nicht bis zum Zuschlag zugewartet werden. Vielmehr muss ein Anbieter dieses Begehren vorbringen, sobald er Kenntnis von Tatsachen erlangt, die eine Befangenheit als wahrscheinlich erscheinen lassen. Der Auftraggeber entscheidet über das Begehren durch einen Zwischenentscheid, wobei die als befangen gerügte Person bei diesem Entscheid nicht mitwirkt. Der Grundsatz, wonach ein Anbieter angebliche Unregelmässigkeiten unmittelbar nach verlässlicher Kenntnisnahme rügen muss, gilt für das gesamte Vergabeverfahren. Ein Anbieter kann daher auch

bei anderen Rechtsverstössen nicht mit einer Rüge zuwarten, bis der Zuschlag an einen Mitbewerber erfolgt. Vielmehr trifft ihn eine unmittelbare Rügeobliegenheit, deren Missachtung zum Verlust des Beschwerderechts führen kann.

Absatz 4

Dieser schafft Transparenz für die Spielregeln bei Wettbewerben und Studienaufträgen. Er entspricht auch den Regelungen gemäss den SIA-Standards (SIA 142/3).

Art. 14 Vorbefassung (§ 28 Abs. 1 lit. h aSubmD)

Absatz 1

Die Regelung der Vorbefassung findet ihre Grundlage im Gleichbehandlungsgebot sowie im Gebot der Wettbewerbsförderung und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel. Nach der Praxis des Bundesgerichts liegt eine Vorbefassung dann vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Beschaffungsverfahrens mitgewirkt hat, beispielsweise durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren des Auftraggebers über bestimmte technische Spezifikationen der zu beschaffenden Leistungen.

Nur eine qualifizierte Vorbefassung kann zum Verbot der Teilnahme am Beschaffungsverfahren führen. Diese Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig ist, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorbefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den übrigen Anbietern zwecks Herstellung von Transparenz offengelegt sowie ausgeglichen wird.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtet den Auftraggeber, keinem Anbieter Vorteile einzuräumen, die dessen Konkurrenten nicht erhalten. Wird der durch die Vorbefassung entstandene Wettbewerbsvorteil ausgeglichen, darf der Auftraggeber auf den Ausschluss des vorbefassten Anbieters verzichten. Es liegt im Ermessen des Auftraggebers zu entscheiden, ob er im konkreten Einzelfall hinreichend Zeit und die notwendigen Mittel hat, den durch die Vorbefassung entstandenen Wettbewerbsvorteil auszugleichen. Gleicht der Auftraggeber den Wettbewerbsvorteil eines vorbefassten Anbieters nicht aus, muss dieser vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.

Absatz 2

Eine Vorbefassung einzelner Anbieter lässt sich nicht immer vermeiden. Massgebend ist in diesem Zusammenhang, dass der Auftraggeber die speziellen Kenntnisse des vorbefassten Anbieters auch den anderen Anbietern zugänglich macht, um so die Chancengleichheit zu wahren. Was regelmässig vorkommt, jedoch nicht eine Vorbefassung im beschaffungsrechtlichen Sinn darstellt, sind beispielsweise Daueraufträge, die periodisch neu ausgeschrieben werden. Dort bringt es die Natur der Sache mit sich, dass ein bereits mit den Leistungen befasster Anbieter über einen Informationsvorsprung verfügt. Es widerspräche dem Gleichbehandlungsprinzip, den bisherigen Leistungserbringer generell von periodisch neu auszuschreibenden Leistungen auszuschliessen. Es empfiehlt sich jedoch auch hier, den Informationsvorsprung nach Möglichkeit durch eine Dokumentation der erbrachten Leistungen und der Erfahrungen des bisherigen Anbieters auszugleichen.

Absatz 3

Eine öffentliche Ausschreibung dient der Beschaffung von Leistungen, nicht der Marktabklärung. Der Auftraggeber ist gehalten, sich vor der Ausschreibung ein Bild über die auf dem Markt angebotenen Lösungen zu verschaffen. Zu diesem Zweck kann es erforderlich sein, eine Marktabklärung durchzuführen oder durch einen unabhängigen Dritten durchführen zu lassen.

Solange die Ergebnisse der Marktabklärung mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt werden, führen Marktabklärungen nicht zur Vorbefassung der im Vorfeld der Ausschreibung kontaktierten Anbieter. Wenn dadurch der Wissensvorsprung des mit der Abklärung betrauten Dritten ausgeglichen werden kann und der Dritte in den Ausschreibungsunterlagen genannt wird, führt dies auch nicht zur Vorbefassung dieses Dritten.

Art. 15 Bestimmung des Auftragswerts (§§ 8 und 8a aSubmD)

Der Auftragswert ist für die Wahl des zulässigen Verfahrens von Bedeutung. Für die verschiedenen Auftragsarten gelten je verschiedene Schwellenwerte (Art. 16).

Absatz 1

Ob der massgebende Schwellenwert aufgrund der gesicherten oder antizipierten Inhalte und Mengengerüste des Beschaffungsgegenstands erreicht wird oder nicht, beurteilt sich nach einer pflichtgemässen Schätzung des Auftraggebers, die auf eigenen Kenntnissen und spezifischen Marktabklärungen basiert.

Absatz 2

Bei mehreren gleichartigen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen und insbesondere bei Aufteilungen in Lose bestimmt sich der Auftragswert nach dem kumulierten Gesamtwert, da ein öffentlicher Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt werden darf, die Anwendbarkeit dieser Vereinbarung zu umgehen. Massgebend ist der Bedarfshorizont des Auftraggebers. Was nach Massgabe des konkreten Bedarfs zusammengehört, ist zusammenzurechnen. Die Qualität und Vollständigkeit der sachgerechten Planung und Erhebung des (Gesamt-)Bedarfs hat der qualifizierten Sorgfaltspflicht einer Fachperson im Bereich des Beschaffungsgegenstands zu genügen. Es bildet ein Kernstück des Beschaffungsrechts. Eine unzulässige Aufteilung setzt nicht eine rechtswidrige Absicht des öffentlichen Auftraggebers voraus. Die objektive Folge, dass im Ergebnis die Schwellenwerte unterlaufen werden, ist ausreichend.

Absatz 3

Massgebend ist jeweils die Gesamtheit der ausgeschriebenen Leistungen und Vergütungen, sofern zwischen diesen ein enger rechtlicher oder sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher liegt zum Beispiel vor, wenn die Leistungen vernünftigerweise im Geschäftsverkehr nicht unabhängig voneinander beschafft werden, insbesondere, wenn sie demselben Zweck dienen, von derselben Person erbracht werden sollen oder wenn die Aufteilung der Verantwortlichkeiten unerwünscht ist. Nebst Verlängerungsoptionen sind auch mengenmässige Optionen in die Bestimmung des Auftragswerts einzubeziehen.

Absatz 4

Bei Dauerverträgen ist vorab zu unterscheiden, ob eine bestimmte oder unbestimmte Laufzeit vereinbart wird. Der Auftragswert von Verträgen mit fester Laufzeit entspricht der kumulierten Vergütung während der vereinbarten Vertragsdauer, auch wenn eine vorzeitige Kündigung unter Umständen vertraglich vorbehalten wird. Der Auftraggeber soll nur in Ausnahmefällen eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren vereinbaren und hat die Ausnahme zu begründen. Es handelt sich hierbei um eine rein interne Anweisung, die nicht justiziabel ist. Verträge über längere Zeiträume sind insbesondere dann verhältnismässig, wenn betriebswirtschaftliche Gründe, wie das Bedürfnis nach Investitionsschutz oder die Berücksichtigung von Produktlebenszyklen eine längere Dauer und damit eine massvolle Beschränkung des Marktzugangs rechtfertigen. So erfordern zum Beispiel die Wartung und der Betrieb von IT-Systemen, die aus Gründen der Wirtschaftlichkeit oft über eine lange Zeit abgeschrieben werden, längerfristige Dauerverträge. Ob eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren

und die damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkung während dieser Zeit gerechtfertigt erscheinen, gilt es im Einzelfall zu prüfen. Der Leistungsgegenstand muss auf jeden Fall über die gesamte Vertragslaufzeit genügend konkret bestimmt sein.

Absatz 5

Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit ist die geschätzte monatliche Vergütung mit 48 zu multiplizieren. Grundsätzlich sind Verträge mit unbestimmter Laufzeit nicht so auszugestalten, dass andere Anbieter unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden.

Daher empfiehlt sich, die vertraglich geregelten Leistungen nach Ablauf der unbestimmten Laufzeit, spätestens aber auf den Ablaufzeitpunkt hin von 48 Monaten neu zu vergeben. Festzuhalten bleibt, dass die Bestimmung keine Aufforderung zu Stückelung und jährlichen Bestellungen darstellt und Verträge mit unbestimmter Laufzeit aus beschaffungsrechtlicher Sicht nur mit Zurückhaltung geschlossen werden dürfen. Zudem ist der Auftragswert immer anhand des effektiven Bedarfshorizonts pflichtgemäss zu schätzen.

Absatz 6

Gewisse Leistungen werden vom Auftraggeber in gleicher Art und Menge periodisch immer wieder von neuem beschafft. Dies trifft zum Beispiel auf die Lieferung von Kopierpapier, Reinigungsmittel für den Gebäudeunterhalt, Heiz- und Betriebsstoffe, allgemeine Verbrauchsmaterialien für die Verwaltung, Inserate in Medien für die Rekrutierung von Mitarbeitenden zu. Wird für diese Leistungen ein Dauervertrag geschlossen, finden die Bewertungsgrundsätze von Absatz 4 und 5 Anwendung. Erfolgen immer wieder von neuem einzelne Bestellungen (ohne Dauer- oder Rahmenvertrag), ist der Auftragswert gemäss Absatz 6 zu berechnen.

4. Kapitel: Vergabeverfahren

Art. 16 Schwellenwerte (§§ 8, 31, 32, Anhänge 1 und 2 aSubmD)

Absätze 1 und 2

Die Schwellenwerte gemäss den Anhängen 1 und 2 bestimmen in Abhängigkeit vom Auftragswert die Verfahrensart. Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte erfolgen nicht nach Ermessen des Auftraggebers. Auch das freihändige Verfahren ist regelbasiert und untersteht der Vereinbarung.

Die Schwellenwerte des Staatsvertragsbereichs sind in den Annexen 1, 2 und 3 zum Anhang I (Schweiz) zum GPA 2012, in Art. 3 Abs. 4 des Abkommens Schweiz-EU sowie in den Anhängen der marktzugangsrelevanten Abkommen mit Drittstaaten enthalten. Während es den Vertragsstaaten erlaubt ist, gegenüber ihren internationalen Verpflichtungen tiefere Schwellenwerte vorzusehen, dürfen sie ihre Schwellenwerte nicht über die staatsvertraglichen Vorgaben hinaus erhöhen.

Da die Schwellenwerte des GPA sowie der Freihandelsabkommen mit Drittstaaten in Sonderziehungsrechten (SZR) und die Schwellenwerte des Abkommens Schweiz-EU in Euro ausgedrückt sind, unterliegen die Werte in Schweizerfranken einer periodischen Anpassung. Massgebend für die Umrechnung ist die entsprechende Entscheidung des WTO-Ausschusses über das öffentliche Beschaffungswesen. Die Schwellenwerte werden periodisch den veränderten Wechselkursen angepasst.

Absätze 3 und 4

Im Baubereich gilt die sogenannte "Bauwerkregel". Danach sind die geschätzten Auftragswerte eines bestimmten Vorhabens auch dann zusammenzuzählen, wenn sie ohne Verletzung des Zerstückelungsverbots einzeln ausgeschrieben werden könnten. Im Staatsvertragsbereich ist für die Ermittlung des Auftragswerts bei einem Bauwerk daher jeweils der Gesamtwert aller Bauleistungen (Hoch- und Tiefbau) massgebend. Bei Lieferungen und Dienstleistungen im Staatsvertragsbereich sowie bei

sämtlichen Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist hingegen der jeweilige Wert der einzelnen Leistung entscheidend (wobei hier das Zerstückelungsverbot zu beachten ist, vgl. Absatz 5). Aus Praktikabilitätsgründen findet die Bauwerkregel eine Ausnahme in der sogenannten "Bagatellklausel". Sie bedeutet eine Erleichterung für die Vergabe von Bauaufträgen, die je einzeln den Wert von 2 Millionen Franken nicht erreichen und zusammengerechnet 20 % des Werts des gesamten Bauwerks nicht überschreiten. Die als Bagatellfälle ausgeschiedenen Einzelaufträge müssen in Bund und Kantonen nach den für deren (Einzel-)Auftragswert massgebenden Schwellenwerten behandelt werden (für die Kantone vgl. hierzu Art. 5 Abs. 2 BGBM und die Schwellenwerte gemäss Anhang 2).

Art. 17 Verfahrensarten (§ 7 aSubmD)

Wie bis anhin besteht auch künftig eine feste Anzahl zulässiger Verfahren: offenes und selektives Verfahren sowie Einladungs- und freihändiges Verfahren. Neubildungen oder Mischformen sind nicht erlaubt. Dies bedeutet indessen nicht, dass die Verfahrensarten nicht mit auftragsspezifischen Elementen ergänzt werden dürfen. Grenze und Bedingung bildet der Grundsatz, dass jederzeit erkennbar bleiben muss, welches gesetzlich vorgesehene Verfahren zur Anwendung gelangt. Zudem müssen der Gesetzeszweck beachtet und die allgemeinen Verfahrensgrundsätze eingehalten werden.

Der Auftraggeber entscheidet zwischen offenem und selektivem Verfahren nach praktischen Gesichtspunkten, insbesondere mit Rücksicht auf die Komplexität der zu beschaffenden Leistungen und auf die Anzahl der zu erwartenden Angebote. Das freihändige Verfahren, bei dem ein Zuschlag direkt und ohne vorgehende Ausschreibung erfolgt, steht nur bei Lieferungen, Dienstleistungen und Baudienstleistungen im Baunebengewerbe unter Fr. 150'000.– beziehungsweise von Bauleistungen im Bauhauptgewerbe unter Fr. 300'000.– zur Verfügung. Abweichend vom beschriebenen Grundsatz der Wahl des Vergabeverfahrens in Abhängigkeit vom Auftragswert sind gewisse Ausnahmen zugelassen, das heisst auch über den für das jeweilige Verfahren anwendbaren Schwellenwert hinaus sind freihändige Verfahren in Ausnahmefällen möglich (Art. 21 Abs. 2).

Art. 18 Offenes Verfahren (§ 7 aSubmD)

Absätze 1 und 2

Beim offenen Verfahren werden Leistungen direkt ausgeschrieben. Es gelten die Schwellenwerte gemäss den Anhängen 1 und 2. Eine Vorselektion der Anbieter erfolgt nicht. Sämtliche interessierten Anbieter reichen ihre Angebote direkt beim Auftraggeber ein. Ungeeignete Anbieter können vom Auftraggeber entweder mit einem selbstständig anfechtbaren Entscheid (Art. 53 Abs. 1 Bst. g) oder beim Zuschlagsentscheid vom Verfahren ausgeschlossen werden.

Sowohl das offene als auch das nachstehend beschriebene selektive Verfahren gewähren den vollen Marktzugang.

Art. 19 Selektives Verfahren (§ 7 aSubmD)

Das selektive Verfahren soll einerseits nur bei anspruchsvollen und komplexen Aufträgen Anwendung finden. Anderseits können auch eine zu erwartende grosse Anzahl interessierter Anbieter und volkswirtschaftliche Überlegungen die Durchführung eines selektiven Verfahrens rechtfertigen. Die Schwellenwerte zum selektiven Verfahren finden sich in den Anhängen 1 und 2.

Absatz 1

Das selektive Verfahren beginnt ebenfalls mit einer öffentlichen Ausschreibung. Interessierte Anbieter müssen zuerst ihre Teilnahme am Verfahren beantragen.

Absätze 2 und 3

Der Auftraggeber prüft in einem ersten Schritt die Eignung der Anbieter, die einen Antrag auf Teilnahme am Verfahren gestellt haben. Während die Wahl der zugelassenen Anbieter beim Einladungsverfahren im Ermessen des Auftraggebers liegt, wird beim selektiven Verfahren die Zahl der Bewerber in einer strukturierten Eignungsprüfung reduziert. Die Eignungsprüfung kann aus Gründen der Verfahrensökonomie und der Sicherstellung eines genügend breiten Wettbewerbs im Offertverfahren nach der Präqualifikation auch bereits gewisse zwingend notwendige Mindestanforderungen an den Auftragsgegenstand (technische Spezifikationen) beinhalten. Der Eignungsentscheid (Präqualifikation) ist selbstständig anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 Bst. b). Nur präqualifizierte Anbieter werden eingeladen, eine Offerte einzureichen.

Sofern der wirksame Wettbewerb gewährleistet bleibt, besteht im selektiven Verfahren zusätzlich zur vorgezogenen Eignungsprüfung die Möglichkeit, die Anzahl derjenigen, die eine Offerte einreichen dürfen, aus Effizienzgründen zu beschränken. Dabei unterliegt der Auftraggeber einer doppelten Pflicht. Einerseits muss die Notwendigkeit der Begrenzung der Anbieterzahl sachlich begründet sein. Anderseits sind bereits bei der Ausschreibung die Absicht, die Anzahl der Anbieter zu begrenzen, sowie die maximal zugelassene Anbieterzahl bekanntzugeben.

Art. 20 Einladungsverfahren (§ 7 aSubmD)

Absatz 1

Das Einladungsverfahren ist anwendbar auf die Beschaffung sämtlicher Lieferungen und Dienstleistungen sowie Bauleistungen im Baunebengewerbe ab Fr. 150'000.– bis unter Fr. 250'000.– beziehungsweise im Bereich der Bauleistungen im Bauhauptgewerbe ab Fr. 300'000.– bis unter Fr. 500'000.– (siehe auch Anhang 2).

Absatz 2

Die Wahl beziehungsweise Beschränkung der zugelassenen Anbieter beim Einladungsverfahren liegt im Ermessen des Auftraggebers. Um einen minimalen Wettbewerb zu garantieren, sollten mindestens drei geeignete Anbieter zur Offertstellung eingeladen werden. Diese Voraussetzung ist in der Praxis erfüllt, wenn nach Möglichkeit wenigstens drei Anbieter angefragt werden. Dies ist nicht gleichbedeutend mit der Anforderung, dass drei Angebote auch tatsächlich eingehen.

Art. 21 Freihändiges Verfahren (§§ 7 und 8 aSubmD)

Absatz 1

Beim freihändigen Verfahren vergibt der Auftraggeber den Beschaffungsauftrag direkt einem Anbieter. Der Auftraggeber tritt also direkt mit einem Anbieter in Vertragsverhandlungen, ohne vorab eine Ausschreibung oder ein Einladungsverfahren durchzuführen. Entsprechend handelt es sich beim freihändigen Verfahren nicht um ein dem offenen oder selektiven Verfahren gleichwertiges Instrument. Die Grundsätze des Beschaffungsrechts – Wirtschaftlichkeit, Transparenz, Wettbewerb, Gleichbehandlung der Anbieter – sind in abgeschwächter Form zu beachten. Die Möglichkeit, Vergleichsofferten einzuholen und Verhandlungen zu führen, gibt dem Auftraggeber einen Ermessensspielraum.

Absatz 2

Gemäss Anhang 2 ist das freihändige Verfahren bei der Beschaffung von Bauleistungen im Bauhauptgewerbe unter Fr. 300'000.– und bei Lieferungen, Dienstleistungen sowie Bauleistungen im Baunebengewerbe unter Fr. 150'000.– stets zulässig. Werden diese Schwellenwerte erreicht oder überschritten, sind freihändige Vergaben nur bei Vorliegen einer der in Absatz 2 genannten Ausnahmen erlaubt.

Absatz 2 überführt die Liste der Ausnahmetatbestände des GPA 2012, die eine freihändige Vergabe erlauben, ins nationale Recht. Die Liste entspricht – mit wenigen Modifikationen – dem geltenden Recht. Die Liste ist abschliessend und Analogieschlüssen nicht zugänglich. Nach ständiger Praxis sind diese Tatbestände aufgrund ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen. Es handelt sich durchwegs um Fälle, in welchen das offene, das selektive Verfahren und das Einladungsverfahren nicht durchführbar oder nicht zweckmässig wären, zum Beispiel, weil ein Wettbewerb aus Gründen des Schutzes von Immaterialgüterrechten nicht möglich wäre. Gleiches gilt für Folgebeschaffungen oder für aus unvorhersehbaren und nicht selbst verschuldeten Gründen dringliche Beschaffungen.

Buchstabe a: Der Auftraggeber darf die Ausschreibungsunterlagen nicht derart ausgestalten, dass er Anbietern verunmöglicht, die Anforderungen zu erfüllen, um danach die Leistungen freihändig zur vergeben. Ein freihändiges Verfahren nach Massgabe von Buchstabe a setzt voraus, dass die Teilnahmebedingungen und weiteren Anforderungen der Ausschreibung nicht erheblich geändert werden, das heisst die Anforderungen dürfen gegenüber der Ausschreibung im offenen, selektiven und im Einladungsverfahren nicht gelockert werden. Dieser Tatbestand steht auch dann zur Verfügung, wenn bei einer Aufteilung der ausgeschriebenen Leistungen in Lose eines der Lose ohne Angebot bleibt.

Buchstabe b: Das Bestehen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede ist in der Regel nicht einfach feststellbar. Dies bedarf einer sorgfältigen Abklärung. Bestehen hinreichende Anhaltspunkte für eine Abrede, kann die WEKO kontaktiert und eine erste Einschätzung eingeholt werden. Liegen hinreichende Gründe für die Annahme einer unzulässigen Wettbewerbsabrede vor, soll dem Auftraggeber die Möglichkeit des freihändigen Verfahrens offenstehen.

Buchstabe c: Dieser Tatbestand entspricht der bisherigen bewährten Regelung. Er ist dann erfüllt, wenn ein Auftrag aufgrund seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums nur an einen bestimmten Anbieter erteilt werden kann. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn dieser Anbieter mangels angemessener Alternativen als einziger in der Lage ist, ein entsprechendes Produkt zu liefern beziehungsweise eine entsprechende Bau- oder Dienstleistung zu erbringen. Zur Rechtfertigung des freihändigen Verfahrens ist der Auftraggeber nicht nur zur Darlegung technischer Gründe verpflichtet, sondern er muss auch glaubwürdig erläutern und nachweisen, dass diese Gründe (technischer, künstlicher oder immaterialgüterrechtlicher Natur) die freihändige Vergabe unbedingt erfordern. Vertragliche Abmachungen zwischen dem Auftraggeber und Dritten, die den Wettbewerb in einer öffentlichen Beschaffung einschränken oder eine entsprechende Wirkung haben (zum Beispiel eine Architekten- oder Ingenieurklausel), stellen weder eine technische noch eine künstlerische Besonderheit dar und sind somit keine zulässigen Gründe, um sich auf die Ausnahme gemäss Buchstabe c zu berufen. Wird gegen eine freihändige Vergabe der Rechtsweg beschritten, trägt der beschwerdeführende Anbieter die Beweislast, dass er willens und in der Lage ist, substituierbare Leistungen zu erbringen.

Buchstabe d: Die Anwendung der Dringlichkeitsklausel erfordert kumulativ folgende Voraussetzungen: Es tritt ein unvorhersehbares Ereignis ein, welches den Ursprung der dringlichen Situation bildet (wie Ausbruch einer Pandemie oder einer Naturkatastrophe, Einführung neuer gesetzlicher oder völkerrechtlicher Anforderungen ohne entsprechende Übergangsfrist, welche eine dringliche Beschaffung notwendig machen). Diese Situation darf daher nicht vom Auftraggeber verschuldet sein (zum Beispiel durch Inaktivität oder mangelhafte Planung). Die Dringlichkeit muss derart sein, dass der Auftraggeber seinen Pflichten nicht nachkommen könnte, falls er ein offenes oder selektives Verfahren oder ein Einladungsverfahren durchführen würde. Stehen mildere Mittel zur Verfügung (zum Beispiel Verkürzung der Fristen im Staatsvertragsbereich gemäss Art. 47 Abs. 1), sind diese zu wählen.

Buchstabe e: Diese Bestimmung betrifft Folgebeschaffungen. Sie sieht freihändige Vergaben neu immer dann vor, wenn Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden müssen, weil ein Anbieterwechsel aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, erhebliche

Schwierigkeiten bereitet oder substanzielle Mehrkosten nach sich ziehen würde. Solche Gründe können etwa darin liegen, dass Materialien, Dienstleistungen, Anlagen und Leistungen (wie Computerprogramme, Software) nicht beliebig austauschbar sind. Gerade wenn die Kompatibilität mit bestehenden Komponenten gesichert sein muss, wäre eine Ausschreibung im offenen, selektiven oder im Einladungsverfahren nicht zielführend.

Der Auftraggeber hat in der schriftlichen Begründung nachvollziehbar darzulegen, weshalb er davon ausgeht, dass es an der Austauschbarkeit oder Kompatibilität mit Material, Software, Dienstleistungen oder Anlagen aus einer ursprünglichen Beschaffung fehlt beziehungsweise weshalb ein Anbieterwechsel zu erheblichen Schwierigkeiten oder substanziellen Mehrkosten führen würde. Hinsichtlich der erwarteten Mehrkosten liegt die Schwelle hoch. Nicht jede Erhöhung der erwarteten Kosten berechtigt zum Ausschluss des Wettbewerbs. Vielmehr muss feststehen, dass die Mehrkosten unverhältnismässig sind, das heisst in keinem angemessenen Verhältnis zum Auftragspreis der fraglichen freihändigen Vergabe stehen. Zu den erwarteten Kosten werden auch Überführungs- und Einrichtungskosten sowie solche für die Einarbeitung, also für das Aneignen des Spezialwissens sowie der Kenntnisse der Gegebenheiten vor Ort, gerechnet.

Folgebeschaffungen setzen einen vergaberechtskonformen Grundauftrag voraus. Ist der Grundauftrag nicht im entsprechenden Verfahren beschafft worden, so ist eine Folgebeschaffung gemäss Art. 21 Abs. 2 Bst. e nicht möglich, da andernfalls Umgehungsstrategien ermutigt würden

Buchstaben f–h: Diese Tatbestände entsprechen der Regelung im GPA 2012. Sie haben in der Praxis nur eine beschränkte Bedeutung erlangt. Die Zweckbestimmung (Art. 2) ist auch bei freihändigen Vergaben, zum Beispiel bei Liquidationsverkäufen (Buchstabe h), zu beachten.

Buchstabe i: Die freihändige Vergabe ist auch dann erlaubt, wenn der Auftraggeber in einem "vorausgehenden Verfahren", das heisst in einem Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb oder in einem Studienauftrag, die Lösung einer ausgeschriebenen Aufgabe erarbeiten liess und im Anschluss daran dem Gewinner gewisse Folgeleistungen, die eng mit der ausgeschriebenen Aufgabe zusammenhängen, vergeben möchte. Somit können bei einem Wettbewerb freihändig vergeben werden:

- die Folgeplanung oder die Koordination der Leistungen zur Umsetzung der Planung an den Gewinner eines Planungswettbewerbs oder
- Planerleistungen und die Realisierung der Lösung, die für die ausgeschriebene Aufgabe vorgeschlagen worden ist, an den Gewinner eines Gesamtleistungswettbewerbs.

Bei einem Studienauftrag können freihändig vergeben werden:

- weitere planerische Leistungen an den oder die Gewinner eines Auswahlverfahrens zu einer Planungsstudie oder
- Planerleistungen und die Realisierung der Lösung, die für die ausgeschriebene Aufgabe vorgeschlagen worden ist, an den Gewinner eines Auswahlverfahrens zu einer Gesamtleistungsstudie.

"Expertengremium" wird in dieser Vereinbarung als Oberbegriff verwendet und bedeutet nicht, dass das Gremium nur aus Fachleuten zusammengesetzt sein muss. Als Expertengremium gelten insbesondere das Preisgericht bei Wettbewerben und das Beurteilungsgremium bei Studienaufträgen. Das Expertengremium, das die Lösungsvorschläge bewertet, gilt als unabhängig, wenn kein am Verfahren teilnehmender Anbieter darin mitwirkt und das Gremium mehrheitlich aus unabhängigen Fachpersonen besteht. Der Auftraggeber kann im Gremium vertreten sein.

Mit diesen Regelungen soll der Handlungsspielraum, welchen das GPA eröffnet, voll ausgenützt werden. Gerade die Vergabe intellektueller Dienstleistungen dürfte weiter zunehmen und damit an Bedeutung gewinnen. Der Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 Bst. i und damit generell jener von

Wettbewerben und Studienaufträgen beschränkt sich dabei nicht auf den Baubereich. Vielmehr sollen sie überall dort eingesetzt werden, wo sie Beschaffungen dienlich sind (zum Beispiel Lösungsvorschläge im Rahmen der Energiestrategie).

Absatz 3

Der Auftraggeber verfasst über jeden freihändig vergebenen Auftrag über dem massgeblichen Schwellenwert des freihändigen Verfahrens eine Dokumentation. Diese enthält insbesondere eine Darlegung der Gründe und Umstände, die einen Verzicht auf ein offenes oder selektives oder ein Einladungsverfahren begründen.

Art. 22 Wettbewerbe und Studienaufträge (§ 9 aSubmD)

Wettbewerbe und Studienaufträge spielen bei öffentlichen Beschaffungen eine wichtige Rolle. Planungswettbewerbe und Planungsstudien können zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen als Ideenwettbewerb oder Ideenstudie zu allgemein umschriebenen und abgegrenzten Aufgaben oder als Projektwettbewerb oder Projektstudie zu konkret umschriebenen beziehungsweise komplexen Aufgaben und zur Vergabe der teilweisen oder umfassenden Realisierung der Lösung lanciert werden. Gesamtleistungswettbewerbe und Gesamtleistungsstudien werden zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu konkret umschriebenen beziehungsweise während der Studie durch den Dialog klar und präzis definierten Aufgaben und zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung durchgeführt.

Wie bereits gemäss geltender Regelung der Kantone kann der Auftraggeber die Grundsätze für solche Wettbewerbe selber festlegen oder auf einschlägige Bestimmungen der Fachverbände verweisen.

In diesem Zusammenhang haben die SIA-Ordnungen 142/2009 (Wettbewerbe) und 143/2009 (Studienaufträge) eine grosse praktische Bedeutung. Dabei gilt es zu beachten, dass es sich bei den SIA-Normen um private Regelwerke handelt. Zum einen finden diese Regelwerke nur dann Anwendung, wenn dies in den Ausschreibungsunterlagen so erklärt wird. Zum anderen können sie die (zwingenden) Bestimmungen des anwendbaren Beschaffungsrechts nicht derogieren. Sie können aber im Rahmen der Auslegung und Lückenfüllung Beachtung finden.

Art. 23 Elektronische Auktionen (neu)

Beschaffungsvorhaben werden zunehmend auch auf elektronischem Weg abgewickelt. Das senkt nicht nur die Transaktionskosten, sondern erhöht die Transparenz und fördert den Marktzutritt ortsfremder Anbieter. Art. 35 der Richtlinie 2014/24/EU sowie Art. 53 der Richtlinie 2014/25/EU sehen ebenfalls Grundlagen für elektronische Auktionen vor.

Während elektronische Auktionen im GPA 1994 noch nicht erwähnt waren, werden sie im GPA 2012 eingehend geregelt. Es versteht die elektronische Auktion nicht als besondere Form der Verhandlungen, sondern als ein Instrument sui generis. Art. I Bst. f GPA 2012 beschreibt die elektronische Auktion als iterativen Vorgang beziehungsweise als Prozess, bei dem sich die Anbieter gegenseitig über- oder unterbieten können. Mit Iteration ist die wiederholte Anwendung derselben Funktion gemeint. Gegenstand der Angebote können neben dem Preis auch andere Kriterien sein. Denkbar wäre beispielsweise, dass Anbieter unter dem Kriterium der Realisierungsdauer zusätzliche Punkte in der Bewertung ihrer Angebote erhalten, sofern sie die Verpflichtung eingehen, eine Leistung rascher zu erbringen (zum Beispiel kürzere Lieferfristen).

Um eine niederschwellige sowie sichere Benützung durch die Anbieter sicherzustellen, verwenden die Auftraggeber bei der elektronischen Abwicklung eines Beschaffungsvorhabens allgemein verfügbare und kompatible Systeme und Software und stellen Sicherungsmechanismen auf, um die eingereichten Angebote vor unbefugten Zugriffen zu schützen.

Absätze 1 und 2

Die elektronische Auktion ist kein eigenständiges Vergabeverfahren, sondern ein Instrument, das im offenen oder selektiven Verfahren, im Einladungsverfahren oder im Rahmen eines Abrufverfahrens nach dem Zuschlag von Rahmenverträgen eingesetzt werden kann. Die Besonderheit der elektronischen Auktion besteht darin, dass die Offerten anhand eines iterativen, automatisierten Verfahrens bewertet werden.

Die elektronische Auktion erstreckt sich auf die Preise, wenn der Zuschlag für den niedrigsten Gesamtpreis erteilt wird, oder auf die Preise und die Werte für quantifizierbare Komponenten, wenn der Zuschlag für das vorteilhafteste Angebot erteilt wird. Nach der Vereinbarung bleibt dieses Instrument auf die Beschaffung standardisierter Leistungen beschränkt.

Die Ausschreibungsunterlagen weisen auf die Anforderungen an Authentifizierung und Verschlüsselung hin, welche die Anbieter bei der Einreichung ihrer Angebote zu erfüllen haben. Der Sicherheit dieser Verfahren (insbesondere der Nicht-Abstreitbarkeit der Angebote) gebührt grosse Beachtung. Zudem ist sicherzustellen, dass die Eingaben der Teilnehmenden in pseudonymisierter Form erfolgen. Zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen sowie zur Verhinderung eines Preisaustauschs soll vermieden werden, dass die Teilnehmenden erkennen können, welche Mitbewerber welche Angebote abgeben.

Absatz 3

Der elektronischen Auktion geht eine Präqualifikation voraus. In einer ersten Phase prüft der Auftraggeber die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen und nimmt eine erste Bewertung vor. Die eigentliche Auktion kommt erst in einem zweiten Verfahrensschritt zur Anwendung, wobei mehrere Bewertungsrunden stattfinden können.

Absatz 4

Alle im Anschluss an die erste Evaluation zugelassenen Anbieter werden gleichzeitig und auf elektronischem Wege aufgefordert, neue, bereinigte Angebote einzureichen. Sofern dies vorab bekanntgegeben wurde, kann die Anbieterzahl begrenzt werden – dies insbesondere aus Gründen der Effizienz und Administrierbarkeit der elektronischen Auktion.

Absatz 5

Kommt eine elektronische Auktion zur Anwendung, ist die vollständige und periodische Information der Anbieter durch den Auftraggeber ein wichtiges Element zur Herstellung von Transparenz und der Garantie der Gleichbehandlung der Anbieter. Vor Beginn jeder Auktion stellt der Auftraggeber jedem Anbieter die Informationen über die automatische Bewertungsmethode, einschliesslich der mathematischen Formel, das Ergebnis ihrer ersten Angebotsbewertung und alle weiteren relevanten Informationen zur Abwicklung der Auktion zur Verfügung. Bei mehreren nacheinander durchgeführten Auktionsrunden informiert der Auftraggeber alle Anbieter in jeder Phase über ihren jeweiligen Rang.

Art. 24 Dialog (neu)

Das Instrument des Dialogs – der Begriff ist an die Terminologie der EU-Richtlinien angelehnt – ist weder im GPA 1994 noch im GPA 2012 vorgesehen.

Der Auftraggeber kann im Dialog zusammen mit ausgewählten Anbietern mögliche Lösungswege oder Vorgehensweisen erarbeiten, so dass am Ende des Dialogs eine Leistungsbeschreibung resultieren sollte, die den Ansprüchen des Auftraggebers ebenso wie dem Können und Vermögen der Anbieter angemessen Rechnung trägt. Der Auftraggeber hat damit ein Instrument in der Hand, mit dem er auf das spezifische Fachwissen der Anbieter in einem konkreten Beschaffungsmarkt zurückgrei-

fen und Innovationen fördern kann. Für die Anbieter hat der Dialog den Vorteil, dass sie ihre Angebote zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht bis ins letzte Detail, sondern in einem fortlaufenden Prozess konkretisieren können.

Absatz 1

Bei besonders komplexen Vorhaben, bei intellektuellen Dienstleistungen oder bei innovativen Vorhaben ist der Auftraggeber oft nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand im Stand, ohne Mitwirkung der Anbieter den Beschaffungsgegenstand so zu bestimmen, dass er seinen Bedürfnissen gerecht wird, oder zu beurteilen, welche Lösungen der Markt anbietet. Wird eine Lösung vom Auftraggeber einseitig vorgegeben, kann dies zur Folge haben, dass die Ressourcen und das Innovationspotenzial des Markts nicht voll erschlossen werden.

Die Komplexität kann in technischen oder rechtlichen Eigenarten gründen oder Folge der gewählten Finanzierungslösung sein (insbesondere bei Public Private Partnerships). In solchen Fällen ist die Suche nach Lösungswegen oder Vorgehensweisen idealerweise Teil der Beschaffung und nicht der vorgelagerten Marktabklärung, da es sich mangels spezifischer Kenntnisse des Auftraggebers aufdrängt, die möglichen Lösungswege und Vorgehensweisen mit den Anbietern in einem strukturierten Verfahren zu besprechen und gemeinsam weiterzuentwickeln. Durch dieses Vorgehen können auch heikle Vorbefassungstatbestände besser vermieden werden.

Absatz 2

Die Bestimmung zum Dialog geht als spezielles Recht Art. 39 (Bereinigung der Angebote) vor. Die Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 2 finden daher keine Anwendung. Der Dialog darf nicht zum Zweck genutzt werden, die Offertpreise zu verhandeln (vgl. dazu Art. 11 Bst. d). Nachverhandlungen sind grundsätzlich weder bei einzelnen Preisbestandteilen noch beim Gesamtpreis zulässig.

Es ist hingegen denkbar, dass diese Preise im Verlauf des Dialogs als Folge der Konkretisierung des Leistungsgegenstands angepasst werden.

Absatz 3

In der Ausschreibung ist in geeigneter Form darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber beabsichtigt, einen Dialog durchzuführen. Anbieter sollen bereits zu diesem frühen Zeitpunkt wissen, worauf sie sich einlassen. Die Durchführung des Dialogs liegt in der Folge weitgehend im Ermessen des Auftraggebers.

Das Transparenzgebot ist auch beim Dialog zu beachten. Der Auftraggeber gibt in den Ausschreibungsunterlagen seine Wünsche und Anforderungen bekannt und weist darauf hin, aufgrund welcher (Eignungs-)Kriterien er die Dialogpartner auswählt. Den ausgewählten Anbietern gibt er bestimmte Mindestangaben zum Ablauf des Dialogs ausreichend früh (in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen) bekannt, so dass sie sich angemessen vorbereiten können. Der Dialog wird in erster Linie bilateral mit den einzelnen Anbietern geführt und soll sich auf deren Lösungen und Vorschläge stützen. Gemeinsame, das heisst multilaterale Dialoge, bei denen einzelne Lösungen und Vorschläge miteinander kombiniert und anbieterübergreifend diskutiert und entwickelt werden können, sind in sehr spezifischen Fällen grundsätzlich denkbar, aber äusserst anspruchsvoll, so dass die Praxis bisher davon abgesehen hat.

Je nach Umfang des zu beschaffenden Gegenstands beziehungsweise je nach Komplexität der sich stellenden Fragen kann der Auftraggeber den Dialog in verschiedene aufeinander folgende Phasen aufteilen, bei denen der Beschaffungsgegenstand laufend eingegrenzt werden kann.

Absatz 4

Ziel des Dialogs ist es, die seitens des Auftraggebers formulierten funktionalen Anforderungen beziehungsweise die Lösungswege oder Vorgehensweisen anhand des Know-hows und der Erfahrungen der Anbieter zu konkretisieren. Dazu kann es erforderlich sein, das Verfahren in Phasen zu gliedern.

Zeigt sich während des Verfahrens, dass einer der Dialogpartner vernünftigerweise nicht für den Zuschlag infrage kommt, braucht der Auftraggeber den Dialog mit diesem Anbieter nicht fortzuführen. Eine Mitteilung an diesen Anbieter in Form einer anfechtbaren Verfügung kann sogleich oder erst zum Zeitpunkt des Zuschlags erfolgen.

Die im Dialog verbliebenen Anbieter werden über den Abschluss des Dialogs und die relevanten Ergebnisse orientiert und aufgefordert, innert Frist ihr endgültiges vollständiges Angebot einzureichen. Der Auftraggeber beurteilt die eingereichten Angebote anhand der in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien und wählt das vorteilhafteste Angebot aus.

Absatz 5

Aus Gründen der Transparenz, der Nachvollziehbarkeit und der gerichtlichen Überprüfbarkeit sind alle Etappen des Dialogs zu dokumentieren. Falls eine Entschädigung an die Dialogpartner erfolgt, sollte auch deren Aufwand festgehalten werden.

Art. 25 Rahmenverträge (neu)

Das Institut der Rahmenverträge ist weder im GPA 1994 noch im GPA 2012 vorgesehen. Rahmenverträge und Optionen weisen Gemeinsamkeiten auf. Beide Male wird nicht ein abschliessend bestimmtes Leistungsvolumen ausgeschrieben, sondern das Recht des Auftraggebers, gewisse Leistungen über einen bestimmten Zeitraum zu beziehen. Rahmenverträge werden insbesondere aus wirtschaftlichen Überlegungen, zur Vermeidung einer Abhängigkeit von nur einem Anbieter oder zwecks Verhinderung von Versorgungsengpässen ausgeschrieben.

In den Mitgliedstaaten der EU haben sich schon länger zentrale Vergabestellen etabliert mit der Aufgabe, Leistungen für eine Mehrzahl von Vergabestellen einzukaufen. Dazu werden Rahmenvereinbarungen eingesetzt. Für die Beschaffung grosser Mengen tragen diese Verfahren zur Verbesserung des Wettbewerbs und zur Rationalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens bei. Insbesondere aus dem Bereich der Arzneimittelbeschaffung ist die Rahmenvereinbarung heute nicht mehr weg zu denken.

Absatz 1

Beim Abschluss eines Rahmenvertrags mit einem oder mehreren Anbietern findet kein besonderes Verfahren Anwendung. Vielmehr beanspruchen die allgemeinen Verfahren auch für die Ausschreibung und den Abschluss eines Rahmenvertrags Geltung. Gleiches gilt für die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens (Art. 11), die sowohl für den Abschluss des Rahmenvertrags als auch für den individuellen Abruf der Leistungen beachtlich sind, mit der Besonderheit, dass der Abruf der Leistungen unter einem Rahmenvertrag dem Zivilrecht untersteht.

Inhalt und Umfang des Einzelvertrags sowie das Verfahren zu dessen Abschluss hängen direkt vom Rahmenvertrag und dessen Regelungsdichte ab. Wurden sämtliche Bedingungen bereits im Rahmenvertrag festgelegt, gelten dieselben Bedingungen auch für den darauf basierenden Einzelvertrag. Es sind die Leistungen und Modalitäten im Einzelvertrag zu konkretisieren. In der Regel wird der Einzelvertrag aber nur noch Liefermengen und Termine sowie allenfalls besondere kommerzielle Bedingungen (Rabatte) enthalten.

Werden bei einer Ausschreibung Einheitspreise verlangt, sieht der Auftraggeber ein optionales Mengengerüst vor, aus dem sich multipliziert mit den Einheitspreisen ein geschätzter Gesamtpreis errechnet. Alternativ kann er einen Gesamtpreis für alle Leistungen unter einem Rahmenvertrag vorsehen.

Der Gesamtpreis bildet Grundlage des Zuschlags und ist gemäss Art. 48 zu publizieren. Mangels anderer Abreden begründen weder der Gesamtpreis noch ein Mengengerüst eine Pflicht des Auftraggebers, die unter einem Rahmenvertrag angebotenen Leistungen zu beziehen. Wird die vorgesehene Laufzeit inklusive Option erreicht, sind die Leistungen rechtzeitig vor diesem Zeitpunkt neu auszuschreiben.

Absatz 2

Es wäre unzulässig, einen Rahmenvertrag "für den IT-Bedarf des Kantons X oder der Gemeinde Y in den Jahren 2017–2020" auszuschreiben. Damit würde eine beträchtliche Anzahl sachlich getrennter Beschaffungen für Jahre dem Wettbewerb entzogen. Eine solche Behinderung beziehungsweise Beseitigung des Wettbewerbs darf nicht Ziel oder Wirkung von Rahmenverträgen sein.

Rahmenverträge müssen stets auf eine spezifische Leistungskategorie beschränkt bleiben. Die Leistungen sind daher hinreichend zu spezifizieren. Ein Rahmenvertrag bildet keinen Ersatz für eine mangelhafte Leistungsbeschreibung.

Absatz 3

Ein Rahmenvertrag für eine Dienstleistung, die ein dauerndes oder langwährendes Bedürfnis der Vergabebehörde befriedigen soll, soll daher nur für eine begrenzte Dauer vergeben werden. Die Leistungen sollen in periodischen Zeitabständen wieder neu ausgeschrieben werden. Entsprechend der Regel von Art. 15 Abs. 4 und in Anlehnung an das bisherige Recht soll die Laufzeit eines Rahmenvertrags höchstens fünf Jahre betragen. Eine automatische Verlängerung ist nicht zulässig. Ein Rahmenvertrag mit unbestimmter Dauer, der während Jahren nicht gekündigt werden kann, würde dem Zuschlagsempfänger einen Wettbewerbsvorteil einräumen und damit den Markzutritt der Konkurrenz sowie den Wettbewerb beeinträchtigen. Eine längere Vertragsdauer kann daher nur in Ausnahmefällen vorgesehen werden. Eine Ausnahme von der fünfjährigen Maximaldauer ist zum Beispiel dann gerechtfertigt, wenn wegen der Komplexität des Leistungsgegenstands, wegen erheblicher Anfangsinvestitionen oder wegen der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten, die sich ein Anbieter erst aneignen muss und die bei einem Wechsel verloren gehen, eine längere Vertragsdauer zu Effizienzgewinnen führt. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Beschaffung von Waren, deren Unterhalt und Instandhaltung durch den Hersteller oder eine speziell beauftragte Firma sicherzustellen ist. Oder bei Rahmenverträgen mit einer Revisionsstelle oder mit Experten für die berufliche Vorsorge, die jedenfalls bei einer grösseren Vorsorgeeinrichtung bis zu einem Jahr Einarbeitungszeit benötigen. Eine längere Vertragsdauer lässt sich auch dann rechtfertigen, wenn mehrere Rahmenverträge zugeschlagen werden und zwischen den Zuschlagsempfängern dieser Rahmenverträge über ein Abrufverfahren weiterhin ein Restwettbewerb besteht (sogenannter "Mini-Tender").

Absatz 4

Wird ein Rahmenvertrag mit nur einem Anbieter geschlossen, kommen bei den Einzelverträgen stets die Bedingungen des Rahmenvertrags zur Anwendung. Im Hinblick auf den Abschluss eines Einzelvertrags kann der Auftraggeber, falls die Bedingungen im Rahmenvertrag nicht im Voraus abschliessend festgelegt wurden, den beteiligten Anbieter schriftlich zur Konkretisierung der Leistung auffordern. Ohne erneute Ausschreibung dürfen die Leistungen indessen durch den Einzelvertrag nicht wesentlich geändert oder erweitert werden.

Absatz 5

Auch beim Abschluss von mehreren Rahmenverträgen kann dem Grundsatz des vorteilhaftesten Angebots (Art. 41) entsprochen werden, sofern anhand der Gesamtheit der Umstände beurteilt wird, was am "vorteilhaftesten" ist. Rahmenverträge führen bei richtiger Verwendung zur Senkung von Transaktionskosten und zu Zeiteinsparungen (strategische Lose). Damit wird die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung gefördert. Mit dem sogenannten Abrufverfahren wiederum kann zusätzlich sichergestellt werden, dass das beste Angebot zum Abschluss eines Einzelvertrags führt.

Leistungen können einerseits ohne Konsultation der Vertragspartner direkt anhand der Kriterien abgerufen werden, die im Rahmenvertrag festgelegt wurden. Dies kann sich zum Beispiel bei kleinen Beschaffungsvolumen mit Rücksicht auf die Transaktionskosten rechtfertigen. Auch bei solchen direkten Abrufen sind die allgemeinen Grundsätze (Gleichbehandlung, Transparenz, Wirtschaftlichkeit, Wettbewerb unter den Anbietern) zu berücksichtigen.

Der Abschluss von Einzelverträgen unter einem Rahmenvertrag erfolgt durch Annahme einer privatrechtlichen Offerte des Anbieters. Es findet kein erneuter Zuschlag statt. Das Vergabeverfahren ist mit dem rechtskräftigen Zuschlag des Rahmenvertrags oder der Rahmenverträge abgeschlossen. Beim Abschluss der Einzelverträge sind die Vorgaben des Rahmenvertrags zu beachten. Ist ein Anbieter mit Entscheiden beim Abrufverfahren nicht einverstanden, kann er sich dagegen vor dem Zivilgericht wehren. Nicht offen steht ihm hingegen – mangels einer anfechtbaren Verfügung – der Beschwerdeweg (Art. 53 Abs. 6).

5. Kapitel: Vergabeanforderungen

Sowohl das GPA 1994 als auch das GPA 2012 verwenden eine Reihe teils überlappender Begriffe für die Anforderungen, die bei einer öffentlichen Ausschreibung in persönlicher, formeller und sachlicher Hinsicht zu erfüllen sind ("Teilnahmebedingungen", "Auswahlkriterien", "technische Spezifikationen", "Qualifikation der Anbieterin", "Selektionskriterien", "Bewertungskriterien" und "Zuschlagskriterien"). Die vorliegende Vorlage klärt die Begriffe, wobei die aus dem geltenden Recht bekannte Trias "Eignungskriterien, technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien" als Leitfaden dient. Überdies hat sich in der Praxis bewährt, formalisierte Teilnahmebedingungen aufzustellen. Die Anforderungen an die Form und die Verzeichnisse geeigneter Anbieter werden in einer besonderen Bestimmung geregelt.

Teilnahmebedingungen, Eignungskriterien, Verzeichnisse, Registrierungssysteme, technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien dürfen nicht mit der Absicht oder der Wirkung gewählt werden, den Marktzutritt zu erschweren und unnötige Hemmnisse zu schaffen. Sie müssen insbesondere an den Grundsätzen der Inländerbehandlung und der Nichtdiskriminierung gemessen werden.

Während sich die Eignungskriterien auf die Fähigkeiten und Eigenschaften des Anbieters beziehen, sind die technischen Spezifikationen und die Zuschlagskriterien stets leistungs- beziehungsweise auftragsbezogen. Erfüllt ein Anbieter die Teilnahmebedingungen sowie die Eignungskriterien und entspricht sein Angebot den technischen Spezifikationen (absolute Minimal- beziehungsweise Muss-Anforderungen für die Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags), prüft der Auftraggeber, ob und inwiefern das Angebot die leistungsbezogenen Zuschlagskriterien erfüllt.

Im GPA 2012 ist eine Grundlage für die Führung von Registrierungssystemen vorgesehen. Solche Systeme sollen die Transaktionskosten senken, gleichzeitig aber den Marktzutritt nicht behindern. Neben dem Bund führen gegenwärtig lediglich zwei Kantone, Wallis und Thurgau, entsprechende Listen. Die anderen Kantone verlangen in der Regel eine Selbstdeklaration, welche jeweils mit dem Angebot einzureichen ist.

Art. 26 Teilnahmebedingungen (§§ 3 und 28 aSubmD)

Absätze 1 und 2

Teilnahmebedingungen sind von den Anbietern und von ihren Subunternehmern unabhängig vom Leistungsgegenstand zu erfüllen und nachzuweisen. Das Gleiche gilt für jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft. Andernfalls kann die Nichterfüllung der Teilnahmebedingungen Massnahmen nach sich ziehen (wie Ausschluss des Anbieters, Widerruf des Zuschlags, Busse, Ausschluss von künftigen Vergaben). Die Rolle des Auftraggebers besteht darin, von den Anbietern und allfälligen Subunternehmern zu verlangen, dass sie die Erfüllung der Teilnahmebedingungen anhand von Beweismitteln belegen (zum Beispiel durch Selbstdeklaration oder Aufnahme in ein Verzeichnis). Die Gewähr-

leistung der Teilnahmebedingungen obliegt damit grundsätzlich den Anbietern und Subunternehmern. Falschdeklarationen können straf- und vergaberechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Die Bezahlung fälliger Steuern und Sozialversicherungsbeiträge umfasst neben den Bundesteuern und -abgaben (inklusive MwSt., AHV-, IV-, EO-, ALV-, BVG- und UVG-Beiträge) auch kantonale und kommunale Steuern.

Die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf den Lohn kann entweder durch den Auftraggeber selber oder durch Dritte verifiziert werden. Es ist dem Auftraggeber freigestellt, welche Erklärungen beziehungsweise Nachweise betreffend Verpflichtung zur Einhaltung der Lohngleichheit, der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen er verlangt. In den Ausschreibungsunterlagen kann er die Anbieter beispielsweise darauf aufmerksam machen, mit der Offerte auch Nachweise betreffend Einhaltung der Teilnahmebedingungen durch sie und gegebenenfalls ihre Subunternehmer einzureichen. In der Regel wird mindestens eine Selbstdeklaration anhand formalisierter Nachweise verlangt. Daneben können auch Bestätigungen über erfolgte Kontrollen durch Behörden oder Organe verlangt werden (vgl. Art. 12 Abs. 4). Sind die Teilnahmebedingungen nicht oder nicht mehr erfüllt, ergreift der Auftraggeber die erforderlichen Massnahmen.

Umsetzung Kanton Aargau

Im Kanton Aargau gelangt wie bisher das System der Selbstdeklaration zur Anwendung. Die Kontrolle hat durch den Auftraggeber zu erfolgen.

Absatz 3

Das Beibringen der Nachweise führt bei den Anbietern zu einem erheblichen Aufwand. Daher sollten die Anforderungen stets auf den Leistungsgegenstand Rücksicht nehmen. Zum Abbau bürokratischer Leerläufe kann beitragen, wenn gewisse Nachweise wie eine Bankgarantie erst zu einem späteren Verfahrensstand (aber auf jeden Fall vor dem Zuschlag) und nur vom erstplatzierten Anbieter einzureichen sind. Auf diese Weise kann vermieden werden, dass chancenlose Anbieter unnötigen Aufwand tätigen.

Art. 27 Eignungskriterien (§ 10 aSubmD)

Absatz 1

Eignungskriterien müssen objektiv, für die Auftragserfüllung wesentlich und überprüfbar sein. Das Verhältnismässigkeitsprinzip schützt vor überzogenen Anforderungen. Obwohl diese Kriterien stets auf die Person des Anbieters bezogen sind, sind sie mit Rücksicht auf den Leistungsgegenstand zu definieren. Die gewählten Kriterien sollen den Anbieterkreis nicht weiter einschränken, als dies durch den Beschaffungsgegenstand gerechtfertigt ist.

Absatz 2

Die Aufzählung möglicher Eignungskriterien ist nicht abschliessend. Es handelt sich dabei stets um anbieterbezogene Anforderungen, so die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters. Diskriminierende Anforderungen, auch hinsichtlich der Sprachkenntnisse, sind nicht erlaubt. Sachlich gerechtfertigte Anforderungen (zum Beispiel an die Sprachkompetenz eines Projektleiters oder von sonstigen Ansprechpersonen) sind jedoch zulässig, damit sich Auftraggeber und Anbieter bei der Auftragserfüllung effizient verständigen können.

Absatz 3

Es liegt im Ermessen des Auftraggebers, die erforderlichen Nachweise für die einzelnen Eignungskriterien zu definieren und zu verlangen. Eine Pflicht des Auftraggebers, die Nachweise durch Rückfragen zu validieren, wird damit nicht statuiert. Bei offensichtlichen Zweifeln an der Verlässlichkeit eines

Nachweises wird sich freilich eine Überprüfung aufdrängen. Diese ist rechtsgleich durchzuführen und transparent festzuhalten.

Das Bundesgericht erachtet es als grundsätzlich zulässig, die Referenzen einerseits als Eignungskriterium, anderseits auch als Zuschlagskriterium zu verwenden (zum Beispiel bei den Eignungskriterien zwei Referenzen zu verlangen und für zusätzliche Referenzen bei den Zuschlagskriterien Punkte zu vergeben). Im Weiteren ist es nicht unzulässig, auch Referenzen einzuholen, welche der Anbieter nicht angegeben hat. Wird jedoch aufgrund einer solchen Referenz zum Nachteil der betroffenen Anbieter abgestellt, müssen sich diese dazu äussern können (rechtliches Gehör).

Die verlangten Nachweise können auch zu einem späteren Zeitpunkt im Vergabeverfahren erfolgen, wenn dies in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen so bekannt gegeben wurde. Damit können Bürokratie und Aufwand seitens der Anbieter begrenzt werden.

Absatz 4

Der Auftraggeber darf bei der Festlegung der Bedingungen nicht verlangen, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge erhalten hat. Dies gilt ebenfalls in Bezug auf Zuschlagskriterien und technische Spezifikationen. Es dient der Sicherung der Transparenz und der Nichtdiskriminierung und soll den Marktzutritt nicht gefährden. Damit sollen langjährige "Seilschaften" zwischen Auftraggebern und Anbietern verhindert werden. Die Einholung von Referenzen anderer Auftraggeber ist zulässig. Stets müssen jedoch vergleichbare Aufträge öffentlicher oder privater Auftraggeber als Referenz zugelassen werden.

Art. 28 Verzeichnisse (§ 33 aSubmD)

Verzeichnisse können der effizienten Abwicklung einer Ausschreibung dienen, indem die Eignung eines Anbieters nicht jedes Mal wieder von Neuem geprüft werden muss. Gleichzeitig bergen Verzeichnisse die Gefahr der fehlenden Aktualität sowie einer Bevorzugung der verzeichneten Anbieter. Diese beiden Gesichtspunkte gilt es gegeneinander abzuwägen. Ähnliche Effizienzgewinne lassen sich mit der Verwendung von elektronischen Anbieterprofilen auf der Internetplattform von Bund und Kantonen realisieren. Auch dort muss aber sichergestellt werden, dass die hinterlegten Angaben jederzeit aktuell sind und Anbieter ohne Profil nicht benachteiligt werden.

Absätze 1 und 2

Absatz 1 räumt den Auftraggebern oder der nach gesetzlicher Anordnung zuständigen Behörde die Möglichkeit ein, ein Verzeichnis über geeignete Anbieter zu führen. Das Transparenzgebot gilt auch für die Einrichtung und die Führung solcher Verzeichnisse. Die Angaben, die zu den Verzeichnissen zu publizieren sind, werden in Absatz 2 abschliessend aufgeführt. Die Aufnahme neuer Anbieter, die sich über die gestellten Anforderungen ausweisen, muss innert angemessener Frist erfolgen. Die Veröffentlichung der Angaben gemäss Absatz 2 erfolgt periodisch auf der Internetplattform von Bund und Kantonen sowie – nach Wahl der Auftraggeber – in weiteren Publikationsorganen. Die Angaben sind laufend nachzuführen.

Analog der bisher geltenden Regelung schlägt der Regierungsrat vor, auf die Führung solcher Verzeichnisse zu verzichten.

Absatz 3

Zur Qualitätssicherung ist ein Verfahren vorzusehen, um die Eintragung sowie die Überprüfung der Eignung jedes Anbieters jederzeit zu garantieren. Ein solches Prüfungsverfahren soll nicht nur im Zeitpunkt der Gesuchstellung, sondern jederzeit stattfinden können und notfalls auch zur Streichung von Anbietern aus dem Verzeichnis führen.

Absatz 4

Unabhängig vom Eintrag in einem Verzeichnis muss es allen Anbietern offenstehen, fallweise ihre Eignung im Hinblick auf eine konkrete Ausschreibung durch individuelle Nachweise (zum Beispiel Selbstdeklaration) zu belegen. Das heisst, ein Beschaffungsverfahren darf sich nicht darauf beschränken, nur Anbieter zuzulassen, welche in einem Verzeichnis aufgenommen sind.

Absatz 5

Wird das Verzeichnis nicht mehr weitergeführt, ist das allen darin verzeichneten Anbietern mitzuteilen. Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde angefochten werden.

Art. 29 Zuschlagskriterien (§ 18 aSubmD)

Absatz 1

Zuschlagskriterien orientieren sich primär an der Leistung (sachlicher Bezug zum Beschaffungsobjekt). Der Angebotspreis ist immer, aber nur ausnahmsweise allein ausschlaggebend (Art. 41). Unzulässig wäre es, Angebote ausschliesslich anhand preisfremder Kriterien zu bewerten und auszuwählen.

Die Aufzählung der Zuschlagskriterien ist nicht abschliessend. Zuschlagskriterien dürfen nicht zu einer Diskriminierung einzelner Anbieter führen.

Das Zuschlagskriterium der Qualität soll neu wie der Preis grundsätzlich immer im Rahmen der Angebotsbewertung mitberücksichtigt werden. Damit will man einer qualitätsorientierten Beschaffungspraxis noch stärker Nachachtung verschaffen. Ausgenommen ist hiervon die Beschaffung von standardisierten Leistungen (Art. 29 Abs. 4).

Ebenso kann aufgrund der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Plausibilität des Angebots als Zuschlagskriterium angewendet werden. Ein Auftraggeber kann demnach einen Abzug bei einem Angebot vornehmen, wenn ein Anbieter den mit der Leistung verbundenen Aufwand signifikant unterschätzt und/oder die Schwierigkeit eines Vorhabens nicht erkennt. Dagegen können ungewöhnlich niedrige Angebote ganz vom Verfahren ausgeschlossen werden, sofern die Voraussetzungen von Art. 44 Abs. 2 Bst. c erfüllt sind (fehlender Nachweis der Erfüllung der Teilnahmebedingungen durch den Anbieter beziehungsweise fehlende Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen).

"Lebenszykluskosten" ist der Oberbegriff für Beschaffungs-, Betriebs-, Rückbau- und Entsorgungskosten. Bei den Betriebskosten sind die Nutzungskosten (zum Beispiel der Verbrauch von Energien und anderen Ressourcen) sowie die Wartungskosten zu berücksichtigen. Bewertet der Auftraggeber die Kosten nach dem Lebenszykluskosten-Ansatz, nennt er in den Ausschreibungsunterlagen die von den Anbietern bereitzustellenden Daten und beschreibt die Methode zur Bestimmung der Lebenszykluskosten.

Das Kriterium der "Nachhaltigkeit" beinhaltet die drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales. Die Dimension Umwelt wird durch die Aspekte der Umweltverträglichkeit sowie der Ressourcenschonung und Ressourceneffizienz definiert. Diese Aspekte können Faktoren wie Schadstoffgehalt, Wasser-, Boden- und Luftbelastungen sowie Energie-, Wasserverbrauch oder Beeinträchtigung der Biodiversität beinhalten. Umwelt- und Ressourcenaspekte können sich auf den Beschaffungsgegenstand selbst, aber auch auf seine Herstellung, Nutzung und Entsorgung beziehen. Die Dimension Soziales ermöglicht es beispielsweise, Fair-Trade-Produkte zu beschaffen oder die Beschäftigung von Personen mit einer gesundheitlichen Einschränkung oder auch die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen zu berücksichtigen. Für die Definition der Umwelt- und Sozialaspekte und ihre Prüfung kann sich der Auftraggeber auf international anerkannte Zertifizierungssysteme stützen. Damit vereinfachen sich die Überprüfungsmöglichkeiten und die Bewertungsprozesse. Der Nachweis, dass gleichwertige Anforderungen eingehalten werden, ist aber stets zuzulassen.

Absatz 2

Die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung, das heisst von Lernenden in der beruflichen Grundausbildung, als Zuschlagskriterium ist wie bisher ausserhalb des Staatsvertragsbereichs möglich. Dies erfolgt im pflichtgemässen Ermessen des Auftraggebers und unter Beachtung der Gleichbehandlung aller Anbieter. Die Anzahl Ausbildungsplätze ist in Relation zur Gesamtzahl an Arbeitsstellen der betreffenden Anbieter zu setzen. Es ist mithin das relative Verhältnis, nicht die absolute Zahl massgeblich. Zusätzlich kann auch berücksichtigt werden, inwieweit der Anbieter Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder die Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen anbietet.

Absatz 3

Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sind im Sinn der Transparenz in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Bei funktionalen Ausschreibungen, insbesondere wenn ein Dialog vorgesehen ist, kann ausnahmsweise auf eine Vorausmitteilung der Gewichtung verzichtet werden. Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand einer Beschaffung, wäre es unpraktikabel, von dem Auftraggeber bereits im Voraus die Gewichtung der Zuschlagskriterien zu verlangen. Charakteristisch für derartige Beschaffungen ist gerade, dass der Auftraggeber nur das Ziel vorgibt, den Weg dorthin aber allenfalls nicht kennt oder bewusst nicht vorgeben will. Die Ungewissheit der möglichen Angebotsinhalte verunmöglicht eine pflichtgemässe Gewichtung der Kriterien im Voraus. Der Auftraggeber hat immerhin die Rangfolge der Kriterien im Voraus festzulegen und die Bewertung zu dokumentieren.

Absatz 4

Für die Beschaffung standardisierter Güter kann ausschliesslich auf deren Preis abgestellt werden. Dies kann insbesondere dann zulässig sein, wenn allgemein anerkannte Normen und Standards die Qualität des Produkts bereits hinlänglich definieren oder ökologische Aspekte bereits bei den technischen Spezifikationen berücksichtigt wurden. Als Beispiel möge die Beschaffung von Brenn- und Treibstoffen dienen. Der Auftraggeber verfügt diesbezüglich über Ermessen. Werden bei der Ausschreibung von standardisierten Gütern keine Zuschlagskriterien bekannt gegeben, ist der Auftrag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises zu vergeben.

Art. 30 Technische Spezifikationen (§ 1 aSubmD)

Absatz 1

Das GPA 2012 sieht wie das bisherige GPA vor, dass die Auftraggeber weder technische Spezifikationen ausarbeiten, annehmen oder anwenden noch Verfahren für die Konformitätsbescheinigung vorschreiben dürfen in der Absicht oder mit der Folge, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen. Absatz 1 setzt diese Vorgaben in enger Anlehnung an das internationale Recht um. Der Begriff der technischen Spezifikationen ist in einem umfassenden Sinn zu verstehen und schliesst auch technische Anforderungen gemäss Merkmalen, Funktionen und Leistungsparametern mit ein.

Absatz 2

Der Auftraggeber definiert die technischen Spezifikationen und bezieht sich dabei nach Möglichkeit auf internationale Normen, auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder weitere Standardisierungsdokumente sowie Branchenempfehlungen. Andere Standardisierungsdokumente als technische Normen sind beispielsweise europäische Bewertungsdokumente für Bauprodukte gemäss dem Bundesgesetz über Bauprodukte (Bauproduktegesetz, BauPG). Internationale Normen (oder Standardisierungsdokumente) gemäss Absatz 2 sind dann einschlägig, wenn sie gemäss den technischen Vorschriften in der Schweiz bezeichnet wurden. Bei Beschaffungen im Staatsvertragsbereich ist nach Möglichkeit auf allfällige internationale technische Normen Bezug zu nehmen.

Absatz 3

Grundsätzlich ist es vergaberechtswidrig, bestimmte Handelsmarken oder Handelsnamen, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie Anforderungen mit Bezug auf einen bestimmten Ursprung, ein Anbieter oder ein Produzent in der Leistungsbeschreibung zu nennen. Eine Ausnahme wird gemacht, wenn die Leistung nicht auf eine andere hinreichend präzise oder verständliche Art und Weise beschrieben werden kann. Dies kommt in der Praxis vor, weshalb ein striktes Verbot nicht praktikabel ist.

Verlangt der Auftraggeber ausnahmsweise technische Spezifikationen, die sich an Produkten oder Dienstleistungen von bestimmten Anbietern orientieren, hat er Konkurrenzprodukte oder Dienstleistungen ebenfalls zuzulassen, sofern diese nachweislich die gewünschten Anforderungen erfüllen. Er hat in den Ausschreibungsunterlagen auf diese Möglichkeit hinzuweisen, indem er den Zusatz "oder gleichwertig" oder eine entsprechende Bezeichnung verwendet.

Absatz 4

Obwohl sie im Endprodukt nicht sichtbar sind, können sich ökologisch motivierte technische Spezifikationen auch auf den Herstellungsprozess beziehen, sofern ein sachlicher Bezug zum Beschaffungsgegenstand vorliegt. Bei der Festlegung und Überprüfung von umwelt- und ressourcenrelevanten technischen Spezifikationen kann der Auftraggeber auf international anerkannte Zertifizierungssysteme abstellen, muss jedoch den Nachweis der Einhaltung gleichwertiger Anforderungen immer zulassen. Zudem darf die Formulierung technischer Spezifikationen nicht zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen.

Art. 31 Bietergemeinschaften und Subunternehmer (§ 11 aSubmD)

Absatz 1

Bietergemeinschaften sind wie bis anhin grundsätzlich zulässig. Sie sind, ebenso wie Subunternehmer, die wesentliche Leistungen erbringen, aus Gründen der Transparenz immer offenzulegen. Ein (justiziabler) Anspruch der Anbieter auf Bildung einer Bietergemeinschaft besteht indessen nicht. Der Auftraggeber verfügt diesbezüglich über ein erhebliches Ermessen, das immer mit Blick auf den Zweck und die Grundsätze des Beschaffungsrechts auszuüben ist. Als Grundsatz gilt, dass der Marktzutritt den Anbietern nicht ohne Not beschränkt werden darf. Zur Wirtschaftsfreiheit der Anbieter gehört auch der Entscheid, wie sie sich organisieren. Bietergemeinschaften sollen nur aus begründetem Anlass beschränkt oder sogar ausgeschlossen werden. Ein solcher Ausschluss ist insbesondere dann gerechtfertigt, wenn ein übermässiger Koordinationsaufwand den Beschaffungszweck gefährdet oder unnötige Transaktionskosten generiert werden, wenn also eine Beschaffung von Leistungen durch ein Konsortium von Anbietern nicht wirtschaftlich ist.

Ähnliche Überlegungen leiten die Zulassung oder den Ausschluss von Subunternehmern. Bereits die Prüfung der Eignungskriterien kann dem Auftraggeber bei einer Vielzahl von Subunternehmern vor Schwierigkeiten stellen (wobei Subunternehmer unter Umständen nicht alle Eignungskriterien erfüllen müssen).

Absatz 2

Mehrfachbewerbungen von Subunternehmern können den Wettbewerb stärken. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Subunternehmer über besondere Kenntnisse oder Ressourcen (zum Beispiel einen Maschinenpark) verfügt, die auf dem Markt nur sehr beschränkt verfügbar sind. Solche Subunternehmer sollten sich mehrfach bewerben dürfen, da dadurch eine grössere Anzahl von Offerten ermöglicht wird. Auf der anderen Seite kann eine Mehrfachbewerbung die Kollusion zwischen den Anbietern erleichtern, da ein – unter Umständen massgeblicher – Teil der Angebote vergaberechtlich (da identisch) neutralisiert wird. Daher bedarf es eines zureichenden Grunds (zum

Beispiel besondere Kenntnisse und Erfahrungen, Immaterialgüterrechte oder Total- oder Generalunternehmerverträge), um Mehrfachbewerbungen zuzulassen.

Das Gleiche gilt für die Mehrfachbewerbung von Mitgliedern von Bietergemeinschaften, weshalb bei der Zulassung höchste Zurückhaltung geboten ist.

Sofern sich Subunternehmer oder Mitglieder von Bietergemeinschaften mehrfach bewerben, obwohl weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen dies zulassen, werden diese Angebote ausgeschlossen.

Absatz 3

Diese Bestimmung will Angebote von Anbietern verhindern, die selber keine, oder nur untergeordnete, Aufgaben übernehmen. Die Zwischenschaltung solcher Anbieter, die primär ihren Namen zur Verfügung stellen, resultiert regelmässig in Zusatzkosten. Auftraggeber sollen die Leistungen direkt von den Leistungserbringern beschaffen. Leistungen, die durch andere Konzern- beziehungsweise Tochtergesellschaften im In- oder Ausland erbracht werden, sind als Leistungen eines Subunternehmers oder eines Mitgliedes einer Bietergemeinschaft zu betrachten. Tochtergesellschaften gelten allenfalls als Subunternehmer oder Lieferanten des Anbieters und ihre Tatsachen und Rechtspositionen können nicht dem Anbieter zugerechnet werden. Die charakteristische Leistung ist durch den Anbieter zu erbringen. Nur in begründeten Fällen kann vom Grundsatz der Leistungserbringung durch den Anbieter abgewichen werden.

Bei Bietergemeinschaften genügt es, wenn eines der Konsortialmitglieder die charakteristische Leistung erbringt. Bei Leistungen, die typischerweise von Generalunternehmern erbracht werden, besteht die charakteristische Leistung gerade in der Koordination aller Einzelleistungen und der Übernahme der Gesamtverantwortung. Im Übrigen bestimmt sich der charakteristische Leistungsinhalt nach Massgabe der Ausschreibung.

Art. 32 Lose und Teilleistungen (§ 16 aSubmD)

Absatz 1

Als Grundsatz wird festgehalten, dass ein Anbieter die ausgeschriebenen Leistungen insgesamt anbieten muss. Teilangebote für einzelne Leistungsteile werden nicht berücksichtigt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht, wenn der Auftraggeber den Beschaffungsgegenstand in Lose aufteilt.

Absatz 2

Eine Leistung kann nach Ermessen des Auftraggebers gesamthaft oder in Teilen (Losen) ausgeschrieben werden. Einerseits kann die Volumenbündelung Preisvorteile bringen. Anderseits kann die Aufteilung einer Beschaffung in einzelne Lose den Wettbewerb fördern und insbesondere die Chancen des Anbieters erhöhen, an umfangreichen Beschaffungen teilnehmen zu können. Lose und Teilleistungen dürfen jedoch nicht als Instrument zur Unterschreitung der Schwellenwerte eingesetzt werden.

Absatz 3

Den Anbietern steht es grundsätzlich frei, Angebote für ein Los oder für mehrere Lose einzureichen. Diese Wahlfreiheit kann in der Ausschreibung beschränkt werden. So kann ein Auftraggeber (zum Beispiel zur Vermeidung von Abhängigkeiten) festlegen, dass jedes Los einem anderen Anbieter zugeschlagen wird oder dass ein Anbieter nur eine bestimmte Zahl von Losen erhalten kann. In diesem Fall sollten Regeln für die Zuteilung der Lose in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen werden. Diese Einschränkung der Wahlfreiheit darf jedoch nicht dazu benutzt werden, bestimmte Anbieter oder Anbietergruppen zu bevorzugen.

Absätze 4 und 5

Durch eine Entbündelung der Leistungen entsteht in der Regel Abstimmungsbedarf an den Schnittstellen. Will der Auftraggeber die verschiedenen Zuschlagsempfänger verpflichten, bei der Leistungserbringung zusammenzuarbeiten, teilt er das in der Ausschreibung mit (Absatz 4). Das Gleiche gilt, wenn sich der Auftraggeber den Zuschlag von Teilleistungen (einzelne Lose) vorbehalten will, auch wenn ein Gesamtangebot eingereicht wird (Absatz 5).

Art. 33 Varianten (§ 16 aSubmD)

Absatz 1

Sogenannte Unternehmervarianten weisen Vor- und Nachteile auf. Zum einen können sie bessere Lösungen als die in der Ausschreibung definierten ermöglichen. Zum anderen erschweren sie den Vergleich der verschiedenen Angebote. Daher kann der Auftraggeber Unternehmervarianten beschränken (zum Beispiel auf einen einzelnen Bereich) oder ganz ausschliessen. Eine Begründung ist nicht erforderlich. Erfolgt keine Beschränkung oder kein Ausschluss, sind Variantenvorschläge zulässig. Auf jeden Fall muss aber ein Angebot zum "Amtsvorschlag" unterbreitet werden.

Absatz 2

Mit der Zulassung von Varianten zielt der Auftraggeber nicht darauf, eine andere Leistung als die ausgeschriebene zu beschaffen. Vielmehr kann durch Varianten ein anderer Lösungsansatz oder ein anderer Lösungsweg beschrieben werden. Varianten müssen somit immer eine leistungsbezogene, inhaltliche Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen enthalten, jedoch mit dem Beschaffungsgegenstand funktional gleichwertig sein. Die Gleichwertigkeit ist durch den Anbieter nachzuweisen. Bewegen sich Varianten ausserhalb des ausgeschriebenen Leistungsgegenstands, werden sie nicht berücksichtigt.

Bei unterschiedlichen Preisarten wird der Vergleich der Angebote schwierig. Wählt ein Anbieter lediglich eine andere Preisart (zum Beispiel Globalpreis anstelle von Einheitspreis), liegt keine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot vor. Erforderlich ist, dass die verschiedenen Offerten vergleichbar und bewertbar bleiben.

Art. 34 Formerfordernisse (§ 14 aSubmD)

Absatz 1

Die Angebote müssen schriftlich eingereicht werden gemäss den Angaben in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen. Sie sind von den Anbietern rechtsgültig zu unterzeichnen und müssen fristgerecht sowie vollständig beim Auftraggeber eingereicht werden. Die Regeln zur Angebotseinreichung ergeben sich aus der Ausschreibung oder aus den Ausschreibungsunterlagen.

Eine Missachtung der Formvorschriften kann zum Ausschluss einer Offerte führen. Allerdings vermag nicht jede Unregelmässigkeit eine solche Sanktion zu rechtfertigen. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit darf und muss vom Ausschluss einer Offerte abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die infrage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (Verbot des überspitzten Formalismus).

Absatz 2

Die Vereinbarung lässt Raum für die elektronische Abgabe von Angeboten unter Verwendung einer unbestreitbaren Identifikation der Anbieter. Die Formerfordernisse, insbesondere für die Einhaltung der Angebotsfrist und die Vollständigkeit der Unterlagen, sind in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen zu definieren.

6. Kapitel: Ablauf des Vergabeverfahrens

Art. 35 Inhalt der Ausschreibung (§ 12 aSubmD)

In diesem Artikel wird der Mindestinhalt der öffentlichen Ausschreibung festgelegt. Er entspricht weitgehend bisherigem Recht.

Buchstabe l: Die Ausschreibung kann bei Bedarf auch die Auflage beinhalten, dass Leistung und Preis getrennt einzureichen sind (Zwei-Couverts-Methode).

Buchstabe m: In der Ausschreibung ist auf die sprachlichen Verhältnisse des Gebiets Rücksicht zu nehmen, in welchem der Auftrag zur Ausführung gelangt. Im Staatsvertragsbereich muss ein Auftrag, der nicht in einer Amtssprache der WTO (Englisch, Französisch und Spanisch) ausgeschrieben wird, zusätzlich von einer Zusammenfassung in einer WTO-Sprache begleitet sein. Sie ist konsequenterweise in französischer Sprache zu verfassen, die als einzige Amtssprache der Schweiz eine Sprache der WTO ist.

Buchstabe p: Die Gewichtung der Zuschlagskriterien muss nicht bei jedem Beschaffungsvorhaben angegeben werden. Bei funktionalen Ausschreibungen, das heisst, wenn lediglich das Ziel der Beschaffung bekannt ist, kann darauf verzichtet werden (Art. 29 Abs. 3).

Buchstabe s: Bei Bedarf ist in der Ausschreibung der Hinweis aufzuführen, wonach eine kostendeckende Gebühr erhoben werden kann.

Buchstabe u: Sofern ein an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens beteiligter Anbieter nicht qualifiziert vorbefasst ist und zur Angebotseinreichung zugelassen wird (vgl. Art. 14 Abs. 1), kündigt dies der Auftraggeber aus Transparenzgründen in der Ausschreibung an.

Art. 36 Inhalt der Ausschreibungsunterlagen (Anhang 3 aSubmD)

Die Auftraggeber stellen den Anbietern Unterlagen zur Verfügung, die alle erforderlichen Angaben enthalten, um Angebote oder Teilnahmeanträge einzureichen. Diese Ausschreibungsunterlagen werden in der Regel zeitgleich mit der Ausschreibung und ebenfalls in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.

"Ausschreibungsunterlagen" ist ein Oberbegriff. Er deckt nicht nur die Unterlagen bei öffentlichen Ausschreibungen (das heisst Beschaffungen im offenen oder selektiven Verfahren), sondern auch die Unterlagen bei Einladungsverfahren ab (vgl. Art. 20 Abs. 2).

Buchstabe c: Eignungskriterien sind Mindestanforderungen an die Eignung der Anbieter und werden daher in der Regel nicht gewichtet. Eine Ausnahme bildet zum Beispiel die Präqualifikation im selektiven Verfahren. Falls im selektiven Verfahren lediglich eine bestimmte Anzahl geeigneter Anbieter zur Einreichung der Offerte zugelassen wird, muss in der Präqualifikation eine Rangliste resultieren. Dies kann nur über die Bewertung einzelner Eignungskriterien erreicht werden.

Buchstabe d: Die Gewichtung der Zuschlagskriterien muss angegeben werden, wenn keine Ausnahme gemäss Art. 29 Abs. 3 vorliegt.

Buchstabe e: Bei elektronischen Beschaffungen sind in den Ausschreibungsunterlagen die Anforderungen an die Authentifizierung sowie Verschlüsselung bei einer elektronischen Angebotseinreichung sowie die Regeln für elektronische Auktionen zu bezeichnen. Mit den offenen Formulierungen soll künftigen technischen Entwicklungen in diesem Bereich Rechnung getragen werden können.

Art. 37 Angebotsöffnung (§ 15 SubmD)

Absatz 1

Angebote werden nach dem Eingang in einem formalisierten Verfahren geöffnet und auf ihre formelle Vollständigkeit geprüft. Damit werden unerlaubte Nachbesserungen der Offerten im Interesse der Gleichbehandlung der Anbieter verhindert. Den Kantonen bleibt es aufgrund der gewählten Formulierung weiterhin freigestellt, auf öffentliche Offertöffnungen zu verzichten.

Umsetzung Kanton Aargau

Im Kanton Aargau sind weiterhin keine öffentlichen Offertöffnungen vorgesehen.

Absatz 2

Die eingegangenen Angebote werden nach deren Öffnung in einem Protokoll festgehalten. Inhaltliche Bemerkungen zu den Angeboten gehören nicht in das Offertöffnungsprotokoll. Das Protokoll wird zu den Vergabeakten genommen.

Absatz 3

Die Zwei-Couverts-Methode will sicherstellen, dass eine qualitative Bewertung der Angebote zunächst ohne Berücksichtigung der finanziellen Bedingungen erfolgt. Damit soll eine vorurteilslose Prüfung der Leistungsangebote ermöglicht werden. Die Preisangebote werden erst anlässlich der Öffnung der zweiten Couverts bekannt und in die Bewertung der Gesamtangebote einbezogen. Qualitativ nicht optimale Angebote dürfen allerdings auch bei dieser Bewertungsmethode nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden.

Absatz 4

Auf Verlangen wird den Anbietern spätestens nach dem Zuschlag Einsicht in das Protokoll gewährt. Für die übrigen Verfahrensakten besteht dagegen im Rahmen des Verfügungsverfahrens kein Anspruch auf Akteneinsicht (vgl. Art. 57 Abs. 1).

Art. 38 Prüfung der Angebote (§ 17 aSubmD)

Zunächst werden die eingereichten Angebote auf die Einhaltung der Formvorschriften überprüft (rechtzeitige Eingabe, Vollständigkeit, Unterschriften etc.). Danach sind die Angebote rechnerisch und anhand der Eignungs- und Zuschlagskriterien zu prüfen. Anschliessend ist eine bereinigte Vergleichstabelle über die Angebote zu erstellen, welche die Grundlage für den Zuschlagsentscheid bilden soll.

Absatz 1

Offensichtliche Rechnungsfehler sind von Amtes wegen zu korrigieren. Dies bedeutet, dass solche Fehler einer Berücksichtigung des Angebots nicht entgegenstehen. Das korrigierte Angebot ist vielmehr in die Evaluation einzubeziehen.

Davon zu unterscheiden sind absichtliche oder versehentliche Kalkulationsfehler (zum Beispiel Liefern und Einbringen einer bestimmten Betonqualität à Fr. 150.– statt Fr. 250.–, weil die Transportkosten vergessen wurden) oder Fehler in der Preiserklärung der Anbieter (zum Beispiel Kantholz ab Sägewerk à Fr. 35.–. pro m^3 anstatt Fr. 350.– pro m^3). In diesen Fällen ist eine Berichtigung von Amtes wegen unzulässig.

Absatz 2

Die Erläuterung ist grundsätzlich auf die Korrektur von unbeabsichtigten Fehlern begrenzt und darf nicht zur Änderung der Angebote oder Nachbesserung von Mängeln (mit Ausnahme von Rechnungsfehlern) führen.

Es liegt im Ermessen des Auftraggebers, ob und auf welchem Weg die Angebote erläutert werden sollen.

Absatz 3

Diese Bestimmung verpflichtet den Auftraggeber, im Fall ungewöhnlich niedriger Angebote beim Anbieter nachzufragen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die Modalitäten der Auftragserfüllung richtig verstanden wurden. Kann der Anbieter die Einhaltung dieser Bedingungen nicht oder nicht überzeugend garantieren und allfällige Zweifel an einer korrekten Auftragserfüllung nicht ausräumen, kann das Angebot ausgeschlossen werden (vgl. Art. 44 Abs. 2 Bst. c).

Ungewöhnlich tiefe Angebote stellen per se kein vergaberechtliches Problem dar. Unzulässig sind hingegen unlautere Angebote gemäss Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Unlauter ist ein Angebot, wenn ein Unternehmen die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- und Abgabehinterziehungen resultieren.

Der Ausschluss eines Angebots kann zudem im Einzelfall auch dann geboten sein, wenn gewisse Einzelpreise ungewöhnlich niedrig und andere Einzelpreise dagegen ungewöhnlich hoch sind (zum Beispiel infolge Preisumlagerungen von Einheits- in Pauschalpreispositionen) und dadurch der öffentlichen Hand ein erhebliches Vergaberisiko entsteht.

Art. 39 Bereinigung der Angebote (§ 17 aSubmD)

Um einen fairen Vergleich sicherzustellen, soll es im Rahmen der Bereinigung weiterhin möglich sein, den Leistungsgegenstand anzupassen. Anlässlich der Bereinigungen können direkte Kontakte mit den Anbietern stattfinden, die jedoch dokumentiert werden müssen.

Absätze 1 und 2

Eine Bereinigung der Angebote kann insbesondere bei komplexen Leistungen nötig werden. Die Bereinigung dient einerseits der Klärung von Missverständnissen und der Füllung echter Lücken in den Ausschreibungsunterlagen. Mit der Angebotsbereinigung wird dem Auftraggeber anderseits im Sinne einer Flexibilisierung ein Instrument in die Hand gegeben, während einer laufenden Ausschreibung den Leistungsgegenstand innerhalb vorgegebener Schranken zu optimieren und die Angebote vergleichbar zu machen.

Leistungsänderungen oder Leistungsreduktionen dürfen nicht dazu dienen, die Konformität einzelner Angebote, welche die ursprünglich gestellten Anforderungen klarerweise nicht erfüllt haben, nachträglich herbeizuführen. Angebote, die unvollständig sind oder anderweitig nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen, sind vom Verfahren auszuschliessen.

Absatz 3

Die Notwendigkeit zu Preisanpassungen kann sich dann aufdrängen, wenn der Leistungsgegenstand im Rahmen der Angebotsbereinigung angepasst oder konkretisiert werden muss. Das Gebot der wirtschaftlichen Beschaffung kann bei Änderungen am Leistungsinhalt auch auf der Preisseite Anpassungen zur Folge haben. In finalen oder funktionalen Ausschreibungen, in denen lediglich das Ziel der Beschaffung vorgegeben wird, ist die Bereinigung von Leistungselementen regelmässig erforderlich. Dabei ist auf die Gleichbehandlung der Anbieter zu achten.

Preisverhandlungen sind grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. dazu auch Art. 24 Abs. 2).

Art. 40 Bewertung der Angebote (§ 17 aSubmD)

Absatz 1

Die Bewertung der Angebote darf nur nach Massgabe der in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilten Zuschlagskriterien erfolgen. Zur besseren Vergleichbarkeit der Angebote sind die Resultate der Prüfung in einer Bewertungsmatrix festzuhalten. In der Praxis verfügt die Vergabebehörde sowohl beim Erstellen der Beurteilungsmatrix als auch beim Bewerten der Kriterien über ein erhebliches Ermessen. Erforderlich ist, dass sich aus der Dokumentation (Evaluationsbericht) die wesentlichen Gründe für die Bewertung, das heisst die Vorteile des berücksichtigten Angebots gegenüber den Angeboten der unterlegenen Anbieter, klar und zweifelsfrei nachvollziehen lassen.

Absatz 2

Je nach der Komplexität der Beschaffungsvorhaben kann die Prüfung der Offerten einen erheblichen Aufwand bedeuten. Einerseits kann es beispielsweise bei standardisierten Normpositionen im Hoch- oder Tiefbau bereits nach der Prüfung weniger Hauptkapitel klarwerden, welche Angebote überhaupt noch für den Zuschlag infrage kommen. Anderseits kann es zuweilen erforderlich sein, im Rahmen der Angebotsbewertung einen Labor- oder Feldtest durchzuführen, um bestimmte Eigenschaften der Leistung effektiv und nicht nur auf dem Papier beurteilen zu können. Gestützt auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit muss es dem Auftraggeber erlaubt sein, nach einer ersten Prüfung die Anzahl der Angebote zu reduzieren und nur die so verbleibenden Angebote in einem zweiten Schritt einer weiteren Prüfung und Bewertung zu unterziehen. Die ausgeschiedenen Anbieter werden über den Vorentscheid informiert, wobei dieser Entscheid allerdings nicht selbstständig anfechtbar ist. Im Sinne des Transparenzgebots empfiehlt es sich, die Anwendung dieser Norm und die Anzahl der Anbieter, welche nach der ersten Prüfung zu Ende evaluiert werden, bereits in der Ausschreibung bekannt zu geben. In allen Fällen ist sicherzustellen, dass trotz Reduktion der Angebote ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

Art. 41 Zuschlag (§ 18 aSubmD)

Ein kardinaler Grundsatz des Staatsvertragsrechts verlangt, dass der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt. Diese für die deutschsprachige Schweiz bisher gewählte Formulierung entspricht dem geltenden Recht von Bund und Kantonen und steht auch im Einklang mit der Terminologie in den EU-Richtlinien.

Beim "vorteilhaftesten Angebot" geht es um die optimale Erfüllung der Zuschlagskriterien, also um die Gesamtqualität des Angebots. Daher besteht im Beschaffungsrecht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung des Zuschlags an denjenigen Anbieter, der das vorteilhafteste Angebot eingereicht hat. Dieses wird ermittelt, indem neben Qualität und Preis einer Leistung sowie je nach Leistungsgegenstand weitere gleichwertige Kriterien wie beispielsweise Zweckmässigkeit, Termine, Lebenszykluskosten, Nachhaltigkeit, Lieferbedingungen, Kundendienst usw. (vgl. Art. 29) berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung von Sekundärzielen (wie Förderung von Innovationen, soziale Eingliederung, Ausbildungsplätze in der beruflichen Grundbildung) ist ebenso möglich, darf aber nicht in einer Diskriminierung oder einer ungerechtfertigten Verweigerung des Marktzutritts resultieren.

Art. 42 Vertragsabschluss (§ 21 aSubmD)

Absatz 1

Der Zuschlag erfolgt durch Verfügung gemäss kantonalem Verfahrensrecht. Der daran anschliessende Vertrag untersteht in der Regel (aber nicht zwingend und nicht ausnahmslos) dem Privatrecht. Auch wenn der Anbieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag erhält, besteht kein Anspruch auf einen Vertragsabschluss (fehlender Kontrahierungszwang). Der Vertragsschluss liegt im Ermessen des Auftraggebers.

Obwohl einer allfälligen Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt, darf der Beschaffungsvertrag erst nach Ablauf der Beschwerdefrist beziehungsweise nach der Abweisung eines Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung geschlossen werden.

Absatz 2

Wurde ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht gestellt oder abgelehnt, so darf der Beschaffungsvertrag mit dem Zuschlagsempfänger abgeschlossen werden. Falls für eine Beschaffung ein Verpflichtungskredit erforderlich ist, steht der Zuschlag unter dem Vorbehalt der Bewilligung des Verpflichtungskredits durch die zuständige Instanz. Dieser Vorbehalt ist im Zuschlag festzuhalten. Die Beschwerdefrist läuft gleichwohl ab der Eröffnung des Zuschlags, nicht erst ab der Kreditgenehmigung.

Art. 43 Abbruch (§ 22 aSubmD)

Absatz 1

Ein Beschaffungsverfahren wird entweder durch eine Zuschlags- oder durch eine Abbruchverfügung abgeschlossen, welche den Anbietern eröffnet wird (vgl. Art. 51). Ein Abbruch ist aus zu reichenden Gründen in jedem Verfahrensstand möglich. Über das Beschaffungsbedürfnis entscheidet allein der Auftraggeber. Die Aufzählung möglicher Abbruchgründe in Absatz 1 ist exemplarisch. Massgebend ist einzig, dass sich der Auftraggeber auf hinreichend sachliche Gründe stützt und mit dem Abbruch weder eine gezielte Diskriminierung eines Anbieters noch die Behinderung des Wettbewerbs beabsichtigt oder bewirkt.

Buchstabe a: Wenn der Auftraggeber das beabsichtigte Vorhaben nicht verwirklicht, ist ein Abbruch regelmässig definitiv und ohne Weiteres zulässig. Dazu kann es zum Beispiel dann kommen, wenn eine Leistung unter Vorbehalt der Kreditgewährung ausgeschrieben wird und der Kredit in der Folge nicht gesprochen wird. Auch aufgrund neuer Erkenntnisse kann ein Auftraggeber beschliessen, von der Vergabe eines öffentlichen Auftrags abzusehen.

Buchstaben b–e: Die Leistungsanforderungen werden gelegentlich "überspezifiziert". Ein Abbruch ist daher auch dann zulässig, wenn kein Angebot die technischen Spezifikationen oder die weiteren Anforderungen erfüllt (Buchstabe b). Ebenso rechtfertigen veränderte Rahmenbedingungen (Buchstabe c) und die daraus resultierende Möglichkeit eines günstigeren Angebots einen Abbruch des Verfahrens – beispielsweise, wenn der Auftraggeber im Laufe des Verfahrens neue Erkenntnisse erlangt (zum Beispiel von neuen Techniken). Ein Abbruch ist jedoch auch aufgrund einer wesentlichen Bedarfsänderung (Buchstabe f) möglich oder wenn die eingereichten Angebote die geschätzten Kosten deutlich übersteigen (Buchstabe d). Für die Beurteilung unzulässiger Wettbewerbsabreden (Buchstabe e) wird auf die Erläuterungen zu Art. 44 Abs. 2 verwiesen.

Aus einer Abbruchverfügung muss direkt hervorgehen, aus welchen sachlichen Gründen der Auftraggeber das Verfahren abbricht.

Absatz 2

Bei einem Abbruch aus sachlichem Grund haben die Anbieter keinen Anspruch auf Entschädigung ihrer Auslagen für die Einreichung des Angebots. Ein solcher Abbruchentscheid stellt keine Rechtsverletzung dar.

Art. 44 Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags (§ 28 aSubmD)

Absatz 1

Sanktionen im Rahmen von öffentlichen Vergaben erschöpfen sich nicht in der Möglichkeit, Anbieter aus einem Verfahren auszuschliessen. Darüber hinaus muss ein wirksames Instrumentarium auch die Möglichkeit enthalten, einen Anbieter aus einem amtlichen Verzeichnis zu streichen und einen bereits erteilten Zuschlag zu widerrufen. Die Auftraggeber haben diesbezüglich ein grosses Ermessen. Ebenso kann es sich von Fall zu Fall empfehlen, die betroffene Ausschreibung abzubrechen.

Die Bestimmung enthält eine Liste von Tatbeständen, die einen Ausschluss, einen Widerruf des Zuschlags oder die Streichung aus einem Verzeichnis rechtfertigen. Im ersten Absatz werden diejenigen Tatbestände abschliessend aufgeführt, die sichere Kenntnis voraussetzen. Der Auftraggeber ist gehalten, sich diese Kenntnis vor seinem Entscheid zu verschaffen.

Buchstabe h erlaubt es den Vertragsparteien neu, negative Erfahrungen mit einem Anbieter bei früheren Vergaben in den Ausschlussentscheid miteinzubeziehen. Die Gründe für einen solchen Ausschluss müssen objektiv und schwerwiegend sein. Untergeordnete Mängel oder Versäumnisse bei der Erfüllung früherer Aufträge berechtigen nicht zu einem Ausschluss.

Erfasst werden etwa die mangelhafte Ausführung früherer Aufträge sowie Fälle, in denen der Anbieter in anderer Weise erkennen liess, kein verlässlicher und vertrauenswürdiger Vertragspartner zu sein. Letzteres ist ein Auffangtatbestand; seine Anwendung bedarf einer sorgfältigen Interessenabwägung und wird in der Regel voraussetzen, dass der Anbieter erfolglos abgemahnt wurde. Sichere Kenntnis dieser Ausschlussgründe dürfte regelmässig nur der Auftraggeber haben, der bereits auf entsprechende Erfahrungen mit dem Anbieter zurückblicken kann. Den Vergabestellen wird empfohlen, die fehlende Verlässlichkeit oder Vertrauenswürdigkeit des Vertragspartners zu dokumentieren.

Absatz 2

Der zweite Absatz enthält eine nicht abschliessende Liste von Tatbeständen, die bereits bei Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte zur Anwendung gelangen können. So kann beispielsweise bei einem dringenden Verdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsabrede mit einem Ausschluss nicht bis zum Abschluss des WEKO-Verfahrens zugewartet werden. Gleiches gilt für den dringenden Verdacht einer Insolvenz oder einer Verletzung der Teilnahmebedingungen (wie Schwarzarbeit sowie Arbeitsschutz, Gesamtarbeitsvertrag und Lohngleichheit zwischen Frau und Mann). Die Zusammenarbeit bei der Leistungserbringung setzt Vertrauen in die Anbieter voraus. Ist dieses Vertrauen zerstört oder ernstlich gefährdet, soll der Auftraggeber nicht zur Zusammenarbeit gezwungen werden.

Der Ausschluss eines Anbieters vom Vergabeverfahren kann nach Ermessen des Auftraggebers durch Verfügung unmittelbar oder mit dem Zuschlag erfolgen.

Art. 45 Sanktionen (teilweise neu; § 28 aSubmD)

Die Zuständigkeit zur Ergreifung von Sanktionen ergibt sich aus den Organisationsbestimmungen der einzelnen Kantone. Werden die Bestimmungen des Beschaffungsrechts in schwerwiegender Weise verletzt, kann dies eine Administrativuntersuchung und für die verantwortlichen Personen Disziplinarmassnahmen zur Folge haben. Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde hat die Möglichkeit, einen Anbieter oder einen Subunternehmer zu sanktionieren, wenn dieser sich rechtswidrig verhält.

Im Weiteren setzt die Verhängung einer Sanktion ein Verschulden der fehlbaren Person voraus, wobei die fahrlässige Verletzung in den häufigsten Fällen ausreichend sein dürfte (zum Beispiel bei Verletzung von Arbeitnehmerschutzbestimmungen).

Absatz 1

Bei schwerwiegenden Widerhandlungen kann der Auftraggeber fehlbare Anbieter oder Subunternehmer ohne vorgehende Verwarnung von künftigen Vergaben für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausschliessen oder ihnen eine Busse von bis zu 10 % der bereinigten Angebotssumme auferlegen. In leichten Fällen kann eine Verwarnung erfolgen. Statt einer direkten Sanktion kann auch die Anzeige an eine Spezialbehörde erfolgen. Diese Sanktionen sind möglich, wenn ein Anbieter beziehungsweise Subunternehmer oder seine Organe rechtskräftig wegen eines Verbrechens im Zusammenhang mit einem öffentlichen Auftrag verurteilt worden sind oder ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers begangen haben. Eine Verwarnung, eine Busse oder ein Ausschluss von weiteren öffentlichen Aufträgen des jeweiligen Auftraggebers ist zudem möglich, wenn ein Anbieter beziehungsweise Subunternehmer Bestimmungen zur Bekämpfung der Korruption verletzt hat. Schliesslich können auch die Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede oder die Verletzung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit oder der Bestimmungen zur Vertraulichkeit zu einer Verwarnung, einer Busse oder zu einem Ausschluss führen.

Es steht im Ermessen des jeweiligen Auftraggebers oder der nach gesetzlicher Anordnung zuständigen Behörde, ob er beziehungsweise sie eine Sanktion ausspricht oder nicht. Ein Ausschluss von künftigen Vergaben stellt eine schwere Sanktion dar, die bei einmaligen leichten Verstössen in der Regel nicht gerechtfertigt ist. Bei wiederholten oder schweren Widerhandlungen, namentlich nach einem rechtskräftigen Strafurteil wegen Korruption, kann diese Sanktion angemessen sein.

Ein Anbieter, der in schwerwiegender oder wiederholter Weise Bestimmungen über die Schwarzarbeit missachtet hat und deswegen rechtskräftig verurteilt wurde, wird grundsätzlich gemäss Art. 13 BGSA sanktioniert. Er wird entweder von der zuständigen kantonalen Behörde während maximal fünf Jahren von künftigen Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens auf kommunaler, kantonaler und eidgenössischer Ebene ausgeschlossen, oder es können ihm während einer bestimmten Dauer Finanzhilfen gekürzt oder gestrichen werden.

Absatz 2

Die Sanktionsmöglichkeiten Verwarnung, Busse und Ausschluss bestehen unabhängig von weiteren rechtlichen Schritten gegen den fehlbaren Anbieter, Subunternehmer oder deren Organe. In diesem Zusammenhang ist an Untersuchungen und Sanktionen der Wettbewerbsbehörden, der Strafverfolgungsbehörden oder paritätischer Kommissionen zu denken, soweit diese nicht die Voraussetzung der Sanktionierung nach dieser Bestimmung bilden.

Absatz 3

Mit dieser Bestimmung wird die gesetzliche Grundlage für eine zentrale Liste der von künftigen öffentlichen Aufträgen ausgeschlossenen Anbieter und Subunternehmer geschaffen. Der Bund sieht gemäss BöB eine vergleichbare Liste vor. Bund und Kantone werden die so erhobenen Daten in geeigneter Weise austauschen.

Da die Aufführung auf einer solchen Liste einem Anbieter oder Subunternehmer Nachteile bringen könnte, ist die Liste nicht öffentlich, das heisst sie wird nicht aktiv publiziert.

Absatz 4

Absatz 4 bildet eine gesetzliche Grundlage für den Erlass und die Durchsetzung verbindlicher Weisungen. Missachtet ein Auftraggeber Bestimmungen dieser Vereinbarung, ist die zuständige kantonale Behörde berechtigt und verpflichtet, einzuschreiten. Neben der Weisung, ein gesetzeskonformes Vergabeverfahren durchzuführen, kommt auch die Aufforderung in Betracht, einen unter Missachtung der Vereinbarung geschlossenen Vertrag unter Beachtung der massgeblichen Fristen zu kündigen.

Umsetzung Kanton Aargau

Der Regierungsrat ist zuständige Behörde für die Ergreifung von Sanktionen gegenüber den Auftraggebern.

Absatz 5

Im Gegenzug zu den Möglichkeiten gegenüber fehlbaren Anbietern sind auch Sanktionen vorzusehen im Falle von Widerhandlungen durch Auftraggeber, die öffentliche Beiträge erhalten. Gesprochene Beiträge können ganz oder teilweise entzogen beziehungsweise zurückgefordert werden. Zuständig zum Erlass dieser Massnahme ist der jeweilige Beitraggeber. Der Rechtsschutz gegen die Verhängung einer solchen Sanktion ergibt sich aus dem massgebenden Subventionsrecht oder subsidiär aus den auf den Subventionsgeber anwendbaren Rechtsgrundlagen. Selbstredend bleiben nicht nur in subventionierten Fällen, sondern auch bei eigenen Vergaben des Kantons oder der Gemeinden Disziplinarmassnahmen (unter Umständen sogar strafrechtliche Verfolgungen) gegen die verantwortlichen Personen vorbehalten.

7. Kapitel: Fristen und Veröffentlichungen, Statistik

Zur Verbesserung der Transparenz führt das GPA 2012 einen separaten Artikel betreffend "Information über das Beschaffungswesen" ein. Darin ist für den Staatsvertragsbereich vorgesehen, dass die Vertragsstaaten im Publikationsorgan gemäss Anhang III (in elektronischer Form oder in Papierform) die Bekanntmachungen betreffend Beschaffungen, die Anzeigen zur Aufnahme auf die mehrfach verwendbare Anbieterliste und die Bekanntmachungen betreffend Zuschlagserteilung und damit zusammenhängende Informationen veröffentlichen. Die Anzeigen haben in einem weit verbreiteten Publikationsorgan zu erfolgen und sollen zumindest für die angekündigte Dauer der Publikation leicht zugänglich sein.

Im geltenden Recht fehlt eine übersichtliche Darstellung, welche Entscheide und Mitteilungen zu veröffentlichen sind. Die Art. 48 und 50 sollen diesbezüglich Abhilfe schaffen und die Transparenzerfordernisse des GPA 2012 umsetzen.

Art. 46 Fristen (§ 13, Anhang 6 aSubmD)

Absatz 1

Umfang und Komplexität der unterstellten Beschaffungen unterscheiden sich erheblich. Die Vereinbarung sieht daher nur Mindestfristen vor. Bei umfangreichen Beschaffungen sollten diese Fristen wie unter geltendem Recht durch die Vergabestelle angemessen verlängert werden.

Vorbehältlich abweichender Instruktionen des Auftraggebers ist die Frist für eine schriftliche Eingabe gewahrt, wenn diese am letzten Tag der Frist (spätestens um Mitternacht) der Vergabebehörde eingereicht oder zu deren Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird. Beim Einreichen eines Angebots auf dem Postweg ist für die Fristwahrung der Poststempel relevant. Abweichend davon ist es dem Auftraggeber im Einklang mit der bisherigen Praxis freigestellt, die Frist in der Ausschreibung unter Bestimmung des Tags und der Uhrzeit so festzusetzen, dass das vollständige Angebot zur Fristwahrung zu diesem Zeitpunkt eingehen muss. Dann spielt das Datum der Postaufgabe keine Rolle, und es wird einzig darauf abgestellt, ob das Angebot zu diesem Zeitpunkt vollständig und in der verlangten Form beim Auftraggeber eingeht.

Absatz 2

Die Minimalfristen für das offene und das selektive Verfahren richten sich im Staatsvertragsbereich nach dem GPA 2012.

Absatz 3

Im Gegensatz zu Fristverkürzungen sind Fristverlängerungen im Ermessen des Auftraggebers ohne Einschränkungen möglich, solange sie rechtsgleich angewendet werden. Im offenen und selektiven Verfahren sind Fristverlängerungen zu publizieren; im Einladungsverfahren genügt eine schriftliche Anzeige, die gleichzeitig an alle Anbieter ergeht.

Absatz 4

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beträgt die Frist zur Einreichung von Angeboten in der Regel mindestens 20 Tage. Eine Unterschreitung dieser Minimalfrist ist nur ausnahmsweise möglich, wobei eine Minimalfrist von fünf Tagen in jedem Fall einzuhalten ist (bei standardisierten Waren und Dienstleistungen).

Umsetzung Kanton Aargau

Der Regierungsrat sieht keinen Bedarf, diese Fristen anders zu regeln.

Art. 47 Fristverkürzung im Staatsvertragsbereich (Anhang 6 SubmD)

Fristverkürzungen im Staatsvertragsbereich sind sowohl beim offenen als auch beim selektiven Verfahren möglich. Beim letzteren kann der Antrag zur Teilnahme je nach Umständen gemäss Absatz 1 verkürzt werden.

Absatz 2

Bei elektronischer Publikation einer Beschaffung (Buchstabe a), bei gleichzeitiger elektronischer Publikation der Ausschreibungsunterlagen (Buchstabe b) sowie bei elektronischer Entgegennahme der Angebote (Buchstabe c) kann die Minimalfrist von 40 Tagen im Staatsvertragsbereich für die Einreichung der Angebote um je fünf Tage, also um insgesamt 15 Tage, verkürzt werden.

Absatz 5

"Gewerbliche Waren oder Dienstleistungen" im Sinne dieser Bestimmung sind Leistungen, die regelmässig von privaten Nachfragern für private Zwecke erworben werden (insbesondere Leistungen des täglichen Bedarfs). Soweit diese Leistungen im Hinblick auf einen Verkauf oder Wiederverkauf erworben werden, ist ihre Beschaffung ohnehin gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. a von der Geltung der Vereinbarung ausgenommen. Werden gewerbliche Waren und Dienstleistungen indessen vom Auftraggeber beansprucht ("konsumiert"), ist eine Fristverkürzung möglich.

Art. 48 Veröffentlichungen (teilweise neu; §§ 12 und 34 aSubmD)

Absatz 1

Die generelle Verpflichtung der Auftraggeber für die Publikationen auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen ist insbesondere für die Gemeinden im Kanton Aargau neu, der Kanton publizierte schon bisher auf simap.ch. Im Gegenzug verzichtet der Regierungsrat auf die Verpflichtung zur Publikation im kantonalen Amtsblatt und den amtlichen Publikationsorganen.

Aufgrund der raschen Entwicklung im Bereich der Domainnamen und des E-Government wird darauf verzichtet, die Publikationsplattform in der Vereinbarung zu benennen. Heute ist das die Plattform "simap.ch"; sie steht in Deutsch, Französisch, Italienisch und weitgehend auch in Englisch zur Verfügung. Träger und Verantwortlicher von "simap.ch" ist der Verein für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz. Der Bund sowie sämtliche Kantone sind Vereinsmitglieder und leisten dazu finanzielle Beiträge.

Absatz 2

Die Ausschreibungsunterlagen werden in der Regel zeitgleich mit der Ausschreibung und ebenfalls elektronisch zur Verfügung gestellt. Werden die Ausschreibungsunterlagen bei der Veröffentlichung der Ausschreibung gemäss Absatz 1 nicht auf der Internetplattform öffentlich zugänglich gemacht, hat der Auftraggeber die Unterlagen interessierten Anbietern auf anderem Weg zur Verfügung zu stellen (zum Beispiel als DVD, CD-ROM oder Hardcopy auf dem Postweg).

Werden die Ausschreibungsunterlagen zeitgleich mit der Ausschreibung auf der Internetplattform publiziert, nehmen die darin enthaltenen Festlegungen an derselben Publizitätswirkung teil. Sie sind daher gemäss Massgabe von Art. 53 Abs. 2 zusammen mit der Ausschreibung anzufechten.

Der Zugang zu den Publikationen über Ausschreibungen und Zuschläge ist unentgeltlich.

Absatz 3

Weitere Leistungen des Plattformbetreibers (zum Beispiel Hinterlegung gewisser Eignungsnachweise, elektronische Ablage der Angebote, Abonnementsdienste und Support- oder andere Serviceleistungen), die über den Zugang zu Ausschreibungen und Ausschreibungsunterlagen hinausgehen, können kostenpflichtig sein. Zum Beispiel ist es denkbar, automatisierte Benachrichtigungen auf Ausschreibungen zu abonnieren (Push-Service).

Absatz 4

Der Auftraggeber muss im Staatsvertragsbereich eine Zusammenfassung der Ausschreibung in einer WTO-Amtssprache veröffentlichen, sofern die Ausschreibung nicht bereits in Französisch, Englisch oder Spanisch erfolgt. Die Vorgaben des GPA 2012 sehen zudem vor, dass diese Zusammenfassung zeitgleich mit der eigentlichen Ausschreibung zu veröffentlichen ist.

Absatz 5

Für Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs entfällt die Zusammenfassung in einer Amtssprache der WTO. Vielmehr ist auf die sprachlichen Verhältnisse am Ort der Auftragsausführung Rücksicht zu nehmen.

Absatz 6

Die Publikation des Zuschlags hat für Beschaffungen im Staatsvertragsbereich auch unter der Geltung des GPA 2012 innert maximal 72 Tagen nach dem Erlass der Zuschlagsverfügung zu erfolgen. Eine Frist von 30 Tagen sollte im Regelfall genügen.

Absatz 7
Die Kantone können wie bisher zusätzliche Publikationsorgane, wie kantonale Amtsblätter und dergleichen, vorsehen.

Umsetzung Kanton Aargau

Der Regierungsrat verzichtet auf die Verpflichtung der Auftraggeber zur Publikation in weiteren Publikationsorganen.

Art. 49 Aufbewahrung der Unterlagen (§ 28a aSubmD)

Absätze 1 und 2

Bereits heute ist eine Aufbewahrungsfrist von drei Jahren für "die Unterlagen zu sämtlichen Aspekten des Beschaffungsverfahrens" vorgesehen. Die Auftraggeber können über diese staatsvertragliche Mindestfrist hinausgehen. Von der Aufbewahrungspflicht erfasst werden alle Dokumente, welche den Ablauf des Verfahrens und die Rechtmässigkeit des Zuschlags nachvollziehbar dokumentieren. Die dreijährige Frist beginnt ab rechtskräftigem Abschluss des Vergabeverfahrens zu laufen, das heisst ab Rechtskraft des Zuschlagsentscheids oder ab der das Verfahren abschliessenden Verfügung.

Absatz 3

Die Vereinbarung ist von Beginn weg auf Transparenz ausgerichtet (öffentliche Ausschreibung, Publikation des Zuschlags usw.). Soweit die Vereinbarung nicht bereits eine Offenlegung beziehungsweise Veröffentlichung vorsieht, unterliegen die aufzubewahrenden Unterlagen während ihrer Aufbewahrungsfrist jedoch der Vertraulichkeit. Ausnahmen sind aber möglich, wenn der Auftraggeber aufgrund einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht zur Auskunft verpflichtet ist.

Art. 50 Statistik (§ 39 aSubmD)

Die staatsvertraglichen Anforderungen an statistische Erhebungen der zentralen und subzentralen Vergabestellen sind unterschiedlich. Das GPA 2012 normiert den Mindestinhalt.

Die Bestimmung sieht vor, dass die Kantone – auch für die Sektorenauftraggeber – innerhalb von zwölf Monaten nach Ablauf eines Kalenderjahrs zuhanden des Staatssekretariats für Wirtschaft eine Statistik über die Beschaffungen des Vorjahrs im Staatsvertragsbereich erstellen. Die Statistik wird aktuell automatisiert über simap.ch erhoben.

Umsetzung Kanton Aargau

Für die Statistik soll wie bisher das Departement Bau, Verkehr und Umwelt verantwortlich sein.

8. Kapitel: Rechtsschutz

Wie bereits das GPA 1994 fordert auch das GPA 2012, dass die Vertragsstaaten "zügige, wirksame, transparente und nichtdiskriminierende Überprüfungsverfahren auf Verwaltungs- oder Gerichtsebene" festlegen, welche rasch greifende vorsorgliche Massnahmen vorsehen, damit die Anbieter Beschwerde gegen behauptete Rechtsverletzungen erheben können.

Art. 51 Eröffnung von Verfügungen (§ 20 aSubmD)

Absatz 1

Die Eröffnung der Ausschreibung, des Zuschlags sowie des Abbruchs erfolgt durch Publikation oder durch individuelle Zustellung an die Anbieter, sofern diese Verfügungen gemäss Art. 52 mit Beschwerde anfechtbar sind. Werden diese Verfügungen individuell eröffnet, läuft die Frist gemäss Art. 56 Abs. 1 ab der individuellen Eröffnung, sonst ab der Publikation. Alle anderen Verfügungen werden nach Wahl des Auftraggebers entweder individuell oder durch Publikation auf der Internetplattform eröffnet. Infolge des speziellen Charakters des Verfahrens und des Schutzes der Geschäftsgeheimnisse der Anbieter besteht im Verfügungsverfahren kein Anspruch auf rechtliches Gehör.

Absatz 2

Als Teil der Begründung des Zuschlags ist zum Beispiel darzulegen, weshalb das Angebot des Zuschlagsempfängers mit Rücksicht auf die Zuschlagskriterien den anderen Angeboten überlegen ist. Diese Begründung soll die unterlegenen Anbieter in die Lage versetzen, den Zuschlagsentscheid in den Grundzügen nachvollziehen zu können.

Falls die Publikation einer Verfügung auf der Internetplattform gemäss Art. 48 keine summarische Begründung enthält, wird die Beschwerdefrist gemäss Art. 56 nicht ausgelöst. Die Frist beginnt dann ab der individuellen Eröffnung des summarisch begründeten Entscheids zu laufen.

Absatz 3

Jeder Anbieter hat Anspruch auf Kenntnis der Gründe, aus denen sein Angebot nicht berücksichtigt wurde, sowie der relativen Vorteile des Angebots des erfolgreichen Anbieters. Im Rahmen der Zuschlagsverfügung wird man sich auf die ausschlaggebenden Merkmale und die Vorteile des berücksichtigten Angebots (Buchstabe c) beschränken, wobei dessen Gesamtpreis (Buchstabe b) wenn möglich inklusive all seiner Optionen anzugeben ist.

Absatz 4

Angebote auf öffentliche Ausschreibungen enthalten oft Geschäftsgeheimnisse der Anbieter. Daher ist die Einsicht in die Konkurrenzofferten nur sehr eingeschränkt möglich.

Art. 52 Beschwerde (§ 24 aSubmD)

Absatz 1

In den Kantonen soll künftig in Lichte der Harmonisierungsbestrebungen – wie bisher schon im Kanton Aargau – das kantonale Verwaltungsgericht als einzige Instanz zuständig sein. Eine Beschwerde ist ab mindestens dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert zulässig, wobei es den Kantonen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs freisteht, den Rechtsmittelweg auch bereits ab einem Franken oder aufgrund der Verfahrensart zu eröffnen.

Umsetzung Kanton Aargau

Der Kanton Aargau hält an der bisherigen Regelung fest, wonach eine Beschwerde ab den Schwellenwerten des Einladungsverfahrens möglich ist.

Absatz 2

Werden Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden eingereicht, ist das Bundesgericht direkt zuständig.

Absatz 3

Zur Beschwerde ausserhalb des Staatsvertragsbereichs sind ausländische Anbieter gemäss Art. 6 Abs. 2 nur aus Staaten zugelassen, welche der Schweiz Gegenrecht gewähren. Damit soll klargestellt werden, dass ausländische Anbieter, die ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nach Ermessen des Auftraggebers zum Angebot zugelassen werden, keinen Rechtsschutz geniessen.

Art. 53 Beschwerdeobjekt (§ 24 aSubmD)

Absatz 1

Die Beschwerdeobjekte werden in Absatz 1 abschliessend aufgezählt. Weitere Zwischenverfügungen können nicht selbstständig angefochten werden, auch wenn sie (aus Sicht der Beschwerdeführer) einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bedeuten. Insbesondere sogenannte Parkierungsschreiben, nach denen die Offerte eines Anbieters bis zum Zuschlagsentscheid nicht weiter geprüft wird, sind nicht beziehungsweise erst mit dem Endentscheid, das heisst dem Zuschlag anfechtbar.

Absatz 2

Es entspricht dem Gebot der Fairness und der Verfahrenseffizienz, dass Einwendungen gegen Anordnungen in der Ausschreibung sofort gerügt werden müssen. Mit anderen Worten darf ein Anbieter mit der Beschwerde gegen den Zuschlag keine Rügen mehr vorbringen, die er bereits mit einer Beschwerde gegen die Ausschreibung hätte vorbringen können. Diesbezüglich hat er bei Verzicht auf eine Anfechtung sein Beschwerderecht verwirkt.

Etwas schwieriger gestaltet sich die Rechtslage bei Anordnungen, die nicht in der Ausschreibung selbst, sondern in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind. Diese können unter Umständen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als "integrierender Bestandteil der Ausschreibung" betrachtet werden.

Absatz 3

Vergaberechtliche Sanktionen wie der Ausschluss haben strafähnlichen Charakter. Daher können die an Beschleunigung und Rechtssicherheit orientierten Spezialvorschriften des Beschaffungsrechts nicht unbesehen übertragen werden. Der Rechtsschutz der Sanktionierten ist höher zu gewichten.

Absatz 4

Unabhängig vom Auftragswert steht der Rechtsweg immer dann offen, wenn ein Anbieter aus einem Verzeichnis (Art. 28) gestrichen oder in ein solches aufgenommen wird oder wenn er gemäss Art. 45 sanktioniert wird, zum Beispiel durch einen Ausschluss von künftigen Aufträgen.

Absatz 6

Mit dem rechtskräftigen Zuschlag eines Rahmenvertrags wird das Vergabeverfahren abgeschlossen. Das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Zuschlagsempfänger ist anschliessend rein privatrechtlicher Art. Erfolgt unter mehreren Zuschlagsempfängern ein Abrufverfahren, steht nicht berücksichtigten Rahmenvertragspartnern der Beschwerdeweg gemäss Art. 53 nicht offen. Sind sie mit einem Entscheid beim Abrufverfahren nicht einverstanden, können sie sich ans Zivilgericht wenden.

Art. 54 Aufschiebende Wirkung (§ 26 aSubmD)

Absatz 1

Während der Dauer der Beschwerdefrist ist auf den Abschluss des Beschaffungsvertrags zu verzichten. Diese Sperrperiode dauert bis zu dem Zeitpunkt, an dem ein Auftraggeber vernünftigerweise davon ausgehen darf, dass keine Beschwerde erhoben und kein Gesuch um aufschiebende Wirkung gestellt wurde. Dies bedeutet, dass über die zwanzigtätige Beschwerdefrist von Art. 56 Abs. 1 hinausgehend Übermittlungsfristen abzuwarten sind. Im Zweifelsfall empfiehlt sich eine Rückfrage beim zuständigen Gericht.

Absatz 2

Einem Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird von den Gerichten regelmässig superprovisorisch bis zur Stellungnahme des Auftraggebers stattgegeben. Während des Superprovisoriums darf kein Vertrag geschlossen und keine den Zuschlagsentscheid präjudizierende Handlung vorgenommen werden. Nach Eingang der Stellungnahme wird über die Aufrechterhaltung des Massnahmenentscheids verfügt. In der Regel findet zur Frage der aufschiebenden Wirkung nur ein Schriftenwechsel statt.

Absatz 3

Wird einer Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt, kann sich das Beschaffungsvorhaben um Monate oder Jahre verzögern. Eine Verzögerung ist auch dann zu gewärtigen, wenn ein Gericht den Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung letztlich abweist.

Ein Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist dann rechtsmissbräuchlich oder treuwidrig, wenn er einzig in der Absicht gestellt wird, die Vollstreckbarkeit des Zuschlagsentscheids hinauszuzögern. Eine solche Absicht lässt sich etwa dann nachweisen, wenn ein Beschwerdeführer bereits Leistungen für den Auftraggeber erbringt und mit seiner Beschwerde einzig verhindern will, dass ein Mitbewerber, der berechtigterweise den Zuschlag erhalten hat, neu an seine Stelle tritt.

Art. 55 Anwendbares Recht (§ 23 aSubmD)

Das Verfügungs- und das Beschwerdeverfahren richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen des jeweiligen kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, soweit die Bestimmungen in der vorliegenden Vereinbarung nichts Abweichendes anordnen.

Art. 56 Beschwerdefrist, Beschwerdegründe und Legitimation (teilweise neu; § 25 aSubmD)

Absatz 1

Heute gilt für die Kantone eine Beschwerdefrist von zehn Tagen. Diese erweist sich im Vergleich zu den übrigen Beschwerdefristen als äusserst knapp. In Abwägung aller Umstände scheint deshalb eine Frist von 20 Tagen als angemessen, womit eine Harmonisierung mit der geltenden Bundesregelung erfolgt.

Absatz 2

Für das Beschwerdeverfahren gelten in Vergabesachen keine Gerichtsferien. Damit laufen die Fristen unbesehen allfälliger Sperrzeiten.

Absatz 3

Im Beschwerdeverfahren sind die Rügen auf Rechtsverletzungen und Ermessensfehler (Über- und Unterschreitung sowie Missbrauch des Ermessens des Auftraggebers) beziehungsweise auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts beschränkt. Ein Zuschlag ist zum Beispiel dann rechtswidrig, wenn ein Anbieter aus Gründen seiner Herkunft nicht berücksichtigt wird. Weiter kann eine der Vereinbarung widersprechende Ausschreibung gerügt werden, sei es, dass formale Voraussetzungen nicht erfüllt sind, sei es, dass eine falsche Gewichtung der Kriterien erfolgt.

Absatz 4

Die Überprüfung der Angemessenheit einer Verfügung, insbesondere des Bewertungsvorgangs, ist mangels Justiziabilität nicht möglich. Diese Regelung entspricht geltendem Recht.

Absatz 5

Die einzigen Rügen, die im freihändigen Verfahren gemäss Art. 21 vorgebracht werden können, betreffen die unrichtige Anwendung des freihändigen Verfahrens sowie einen unter Korruption erfolgten Zuschlag. Auch diese Rügen setzen indessen voraus, dass der Beschwerdeführer glaubhaft macht, die streitgegenständlichen Leistungen erbringen zu können.

Art. 57 Akteneinsicht (§ 2 aSubmD)

Bei der Frage nach dem Einsichtsrecht in Unterlagen geraten zwei Grundsätze des Beschaffungsrechts in Konflikt. Einerseits gefährdet eine zu weitgehende Akteneinsicht den lauteren Wettbewerb und damit die Gleichbehandlung der Anbieter, anderseits ist eine gewisse Transparenz für einen effektiven Rechtsschutz unabdingbar.

Dieser Konflikt wird teilweise gelöst, indem gemäss Praxis der Kantone spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in das Protokoll gewährt wird (Art. 37 Abs. 3). Im Beschwerdeverfahren wird das Akteneinsichtsrecht auf Gesuch hin gewährt, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen dagegensprechen.

Art. 58 Beschwerdeentscheid (§ 27 aSubmD)

Absatz 1

Das Gericht kann in der Sache selbst entscheiden oder den Streitgegenstand mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz oder an den Auftraggeber zurückweisen. Gemäss der heutigen Praxis entscheidet das Verwaltungsgericht grundsätzlich nicht selbst.

Absatz 2

Ist der Vertrag abgeschlossen und heisst das Gericht die Beschwerde gut, kann es nur die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung feststellen (sogenannter Sekundärrechtsschutz).

Dem Beschwerdeführer bleibt immerhin die Möglichkeit, Schadenersatz geltend zu machen. Wurde der Vertrag verfrüht geschlossen oder ging dem Vertragsschluss zu Unrecht keine Ausschreibung beziehungsweise kein Einladungsverfahren voraus, kann das Gericht den Auftraggeber unter Umständen anweisen, den Vertrag auf den nächsten vertraglich zulässigen Zeitpunkt hin zu kündigen und den Beschaffungsgegenstand ordentlich dem Wettbewerb zu unterstellen, sofern die Leistungen nicht mit internen Ressourcen des Auftraggebers erbracht werden.

Absatz 3

Bisher waren Schadenersatzbegehren in einem separaten Verfahren nach Massgabe des kantonalen Rechts zu verfolgen. Neu erlaubt Absatz 3 dem Beschwerdeführer eine "adhäsionsweise" Beurteilung des Ersatzbegehrens vor der gleichen Instanz. Dadurch werden Doppelspurigkeiten und unnötige Transaktionskosten vermieden.

Absatz 4

Die Beschränkung der Ersatzforderung, die bereits unter geltendem Recht bekannt ist, wird beibehalten. Ersetzt werden lediglich die Offertkosten, das heisst die dem Anbieter im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung des Angebots erwachsenen Kosten.

Art. 59 Revision (neu)

Kommt es zu einem Revisionsgesuch, wurde der Vertrag in der Regel bereits geschlossen. Dem Gericht verbleibt somit analog zu Art. 58 Abs. 2 nur noch die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. Im Rahmen des Revisionsverfahrens kann daher nur Sekundärrechtsschutz beansprucht werden.

9. Kapitel: Behörden

Art. 60 Kommission Beschaffungswesen Bund – Kantone

Die Kommission Beschaffungswesen Bund – Kantone (KBBK) wurde im Zuge der Ratifikation des GPA 1994 mit Beschlüssen des Bundesrats vom 4. Dezember 1995 und 3. April 1996 sowie mit Beschluss der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) vom 21. Juni 1996 ins Leben gerufen. Sie ist eine ausserparlamentarische Kommission, welche paritätisch durch Vertreter des Bundes und der Kantone zusammengesetzt und von einem Mitglied der Direktion des für die aussenwirtschaftlichen Verhandlungen zuständigen Staatssekretariats für Wirtschaft präsidiert wird. Die Kantone stellen das Vizepräsidium. Ihr übergeordneter Auftrag besteht darin, die kohärente Umsetzung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens auf allen Stufen sicherzustellen.

Ihr Kompetenzbereich wurde anlässlich der Verabschiedung des Abkommens Schweiz-EU im Hinblick auf die Umsetzung des Art. 8 des Abkommens Schweiz-EU ins nationale Beschaffungsrecht erweitert. Seit Inkrafttreten des Abkommens Schweiz-EU fungiert die Kommission als unabhängige Überwachungsbehörde.

Die KBBK ist insbesondere mit folgenden Aufgaben betraut:

- Ausarbeitung der Position der Schweiz in internationalen Gremien des öffentlichen Beschaffungswesens
- Beratung der Schweizer Delegationen bei internationalen Verhandlungen über das öffentliche Beschaffungswesen und Sicherstellung der angemessenen Umsetzung der Verhandlungsresultate
- Förderung des Informations- und Erfahrungsaustauschs zwischen dem Bund und den Kantonen über Fragen, die die Umsetzung der internationalen Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen sowie ihre Anwendung und Überwachung beim Bund und in den Kantonen betreffen, unter anderem durch die Ausarbeitung von Empfehlungen bei voller Wahrung der jeweiligen Zuständigkeiten (Gesetzgebung, Rechtsprechung, Entscheidungs- und Überwachungsbefugnisse)
- Gewährleistung des Zugangs zu Informationen über relevante Gesetzesvorschriften im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens auf Stufe Bund und Kantone für interessierte Kreise, sofern nicht andere Bundes- oder Kantonsstellen für diese Informationen zuständig sind
- Pflege internationaler Kontakte zu Überwachungsbehörden im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens
- Beratung und Vermittlung in Einzelfällen bei Anständen im Zusammenhang mit Geschäften gemäss dem oben erwähnten Tätigkeitsbereich.

Art. 61 Interkantonales Organ

Absatz 1

Das Interkantonale Organ (InöB) ist wie bisher Leitorgan der IVöB. Demnach bilden die entsprechenden Mitglieder der BPUK, welche die IVöB unterzeichnet haben, das Interkantonale Organ. Sie sprechen und handeln denn auch namens der angeschlossenen Kantone.

Absatz 2

Dem Interkantonalen Organ obliegen verschiedene Aufgaben. Neben dem Erlass (Buchstabe a) ist es auch für die Änderungen (Buchstabe b) der IVöB verantwortlich, unter Vorbehalt der Zustimmung der beteiligten Kantone. Es kann die Schwellenwerte anpassen (Buchstabe c), wenn eine Änderung der internationalen Verpflichtungen dies gebietet, aber auch entsprechende Anpassungen im Binnenmarkt beschliessen.

Ebenso ist das Interkantonale Organ, zusätzlich zum eigenen Vorschlagsrecht, für die Entgegennahme und Erstbearbeitung der Gesuche zur Befreiung von der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht zuständig (vgl. Art. 7). Es unterbreitet dem Bundesrat einen entsprechenden Vorschlag (Buchstabe d). Schliesslich kann es eine Kontrollstelle bezeichnen (Buchstabe e), so wie es in Art. 8 des Bilateralen Abkommens Schweiz-EU vorgesehen ist. Diese Aufgabe übernimmt die Geschäftsstelle des InöB. Ausserdem führt die InöB-Geschäftsstelle im Auftrag des InöB die Liste über sanktionierte Anbieter und Subunternehmer (Buchstabe f). Das Interkantonale Organ regelt ausserdem die Organisation und das Verfahren für die Anwendung dieser Vereinbarung (Buchstabe g), fungiert als Kontaktstelle (Buchstabe h) und bezeichnet schliesslich die Delegierten für nationale und internationale Gremien beziehungsweise Konferenzen (Buchstabe i).

Absatz 3

Wie bisher erfordern Beschlüsse des Interkantonalen Organs eine Dreiviertelmehrheit der Stimmen. Dabei muss mindestens die Hälfte der angeschlossenen Kantone vertreten sein. Jeder beteiligte Kanton verfügt über eine Stimme. Die Ausübung des Stimmrechts wird durch ein Mitglied der Kantonsregierung wahrgenommen.

Absatz 4

Das öffentliche Beschaffungswesen berührt die meisten Tätigkeitsbereiche in den Kantonen und Gemeinden. Deshalb wird dem Interkantonalen Organ die Verpflichtung auferlegt, die Interessen aller Direktoren- und Fachkonferenzen zu berücksichtigen beziehungsweise diese einzubeziehen. Auch der Koordinationsauftrag mit dem Bund wird weitergeführt.

Art. 62 Kontrollen (neu)

Absatz 1

Neben der gerichtlichen Überprüfung bei Beschwerdeverfahren sind die Kantone ebenso gehalten, die Umsetzung dieser Vereinbarung durch die Auftraggeber und Anbieter sicherzustellen. Hierzu steht es ihnen frei, eine kantonale Kontrollstelle beziehungsweise Aufsichtsinstanz zu bezeichnen.

Umsetzung Kanton Aargau

Als Aufsichtsbehörde amtet wie bisher der Regierungsrat.

Absatz 2

Anzeigen von Kantonen an das InöB bezüglich der Einhaltung der IVöB durch andere Kantone werden durch das InöB behandelt. Nicht geprüft werden einzelne Beschaffungen. Die Zuständigkeit des InöB ist subsidiär: Handelt es sich um eine Fragestellung, für welche der Rechtsweg offensteht (wie namentlich einzelne Vergaben), ist nicht das InöB, sondern das zuständige Gericht anzurufen.

Absatz 3

Wird eine Anzeige durch eine Privatperson eingereicht, so ist diese wie eine Aufsichtsbeschwerde zu behandeln. Der Umfang der Kontrolle, der Grundsatz der Subsidiarität und die Fristen für die Meldungen gelten analog. Die Privatperson erhält durch ihre Anzeige weder Parteirechte noch einen Anspruch auf Einsicht in eine allfällige Empfehlung.

Absatz 4

Das InöB erarbeitet nach Verabschiedung der IVöB 2019 ein Reglement über die Kontrollaufgaben. Darin wird aufgezeigt wie Anzeigen durch Kantone und durch Privatpersonen behandelt werden. Es werden demzufolge zwei unterschiedliche Prozesse konzipiert.

10. Kapitel: Schlussbestimmungen

Art. 63 Beitritt, Austritt, Änderung und Aufhebung

Absatz 1

Jeder Kanton kann der Vereinbarung durch Erklärung gegenüber dem Interkantonalen Organ beitreten. Zu diesem Zweck initialisieren die einzelnen Kantone das Beitrittsverfahren gemäss dem jeweiligen kantonalen Recht. Dieses bestimmt die für den Abschluss und den Vollzug zuständigen Behörden und legt die Regeln für das Ratifikationsverfahren fest.

Absatz 2

Ein Kanton kann aus der Vereinbarung jeweils auf Ende eines Kalenderjahrs austreten. Er hat dies dem InöB sechs Monate im Voraus schriftlich anzuzeigen.

Absatz 3

Sowohl der Beitritt wie auch der Austritt eines Kantons sowie die Änderung oder die Aufhebung dieser Vereinbarung werden der Bundeskanzlei durch das Interkantonale Organ zur Kenntnis gebracht.

Absatz 4

In der Umfrage vom Sommer 2019 haben einzelne Kantone die Einführung einer Bestimmung gefordert, die den Kantonen ausdrücklich eine Restzuständigkeit gewährt, um Ausführungsbestimmungen zur IVöB erlassen zu können.

Einerseits wurde mit der Revision der IVöB auch die Harmonisierung der Kantone angestrebt, um damit auf die Formulierung von Ausführungsbestimmungen möglichst verzichten zu können. Andererseits sieht die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft in Art. 46 vor, dass der Bund den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit belässt und kantonalen Besonderheiten Rechnung trägt. Diese beiden Argumente sollten auch auf der interkantonalen Ebene berücksichtigt werden.

Aufgrund der Rückmeldungen der Kantone in der Umfrage vom Sommer 2019 wurde deutlich, dass sich dieses Bedürfnis insbesondere auf die Art. 10, 12 und 26 bezieht. Das politische Steuerungsgremium hat deshalb vorgeschlagen, den Antrag aufzunehmen und in der IVöB einen Art. 63 Abs. 4 in diesem Sinne zu integrieren.

Damit besteht für die Kantone die Möglichkeit, zusätzlich ergänzende Ausführungsbestimmungen zu erlassen.

Art. 64 Übergangsrecht

Absatz 1

Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, werden nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (Art. 22 Abs. 1 IVöB).

Absatz 2

Ein Kanton kann auf Ende eines Kalenderjahrs aus der Vereinbarung austreten. Daher gilt diese Vereinbarung für alle Vergaben von Aufträgen, die im Kalenderjahr ausgeschrieben werden, auf das der Austritt wirksam wird.

Art. 65 Inkrafttreten

Gemäss Art. 48 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft dürfen Verträge zwischen Kantonen dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen. Sie sind dem Bund zur Kenntnis zu bringen.

Die Vertragskantone sind gemäss Art. 61c des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) nur noch zur Kenntnisgabe an den Bund verpflichtet. Der Bund orientiert gemäss Art. 62 Abs. 1 RVOG über die Verträge, die ihm zur Kenntnis gebracht wurden, anschliessend im Bundesblatt.

Das Inkrafttreten der Vereinbarung erfolgt gemäss geltender Regelung, sobald ihr zwei Kantone beigetreten sind. Alle weiteren Kantone können jederzeit beitreten.

Tritt ein Kanton der revidierten Vereinbarung bei, ist er sowohl Vertragspartei der alten als auch der revidierten Vereinbarung. Im Verhältnis zu den Kantonen, die dem revidierten Konkordat beigetreten sind, gilt der Text der neuen Vereinbarung, im Verhältnis zu den übrigen Kantonen der Text der alten IVöB. Ziel soll sein, den neuen Geltungsbereich so bald als möglich auf alle 26 Kantone auszuweiten.

4. Zuständigkeit des Grossen Rats

Gemäss § 82 der Verfassung des Kantons Aargau genehmigt der Grosse Rat die interkantonalen Verträge. Der Beschluss des Grossen Rats unterliegt dem fakultativen Referendum (§ 63 Abs. 1 lit. c Verfassung des Kantons Aargau).

Ein Beitritt zum Konkordat verlangt bekanntlich eine integrale Anerkennung des Inhalts; Abänderungen sind nicht möglich. Gestützt auf die den Kantonen gemäss Art. 63 Abs. 4 IVöB verbleibende Restzuständigkeit und die Festlegung von Aufsichts- und Vollzugstätigkeiten erlässt der Kanton Aargau wenige Ausführungsbestimmungen.

5. Totalrevision Submissionsdekret (SubmD): Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen (DöB)

Mit dem Beitritt des Kantons Aargau zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 19. November 2019 sind nur noch wenige materielle kantonale Bestimmungen zum Beschaffungsrecht zulässig. Die IVöB ist direkt anwendbar.

Art. 63 Abs. 4 IVöB erlaubt den Kantonen, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, und zwar materiell zu den Art. 10, 12 und 26 des Konkordats. Abweichende Bestimmungen zur IVöB in andern Bereichen mit Ausnahme der zum Vollzug notwendigen Bestimmungen sind nicht zulässig. Ausführungsbestimmungen sind Normen organisatorischer, vollziehender oder konkretisierender Natur. Sie müssen sich an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Adressaten beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen. Nicht zulässig wäre es jedoch, auf dem Weg des Ausführungsrechts neue (generell-abstrakte Zuschlagskriterien zu normieren (vgl. Rechtsgutachten walderwyss rechtsanwälte vom 11. März 2020 im Auftrag der BPUK). Daneben sind formelle Verfahrensvorschriften und Zuständigkeiten zu regeln. Der Regierungsrat sieht keinen Anlass, zusätzliche Ausführungsbestimmungen zu den Art. 10, 12 und 26 IVöB zu erlassen. Das SubmD ist einer Totalrevision zu unterziehen.

5.1 Titel

Die IVöB verwendet den Begriff Submission nicht, sondern spricht immer von "öffentliche Beschaffung". Auch § 82 Abs. 1 lit. e der Verfassung des Kantons Aargau spricht vom öffentlichen Beschaffungswesen und nicht vom Submissionswesen. Es wird deshalb im Sinne einer einheitlichen Terminologie vorgeschlagen, den neuen Erlass als "Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen (DöB)" zu bezeichnen.

5.2 Zu den einzelnen Bestimmungen

§ 1 Veröffentlichungen

Analog zur Veröffentlichung des Zuschlags im freihändigen Verfahren (Art. 21 Abs. 2 IVöB) im Staatsvertragsbereich soll diese auch für den Nichtstaatsvertragsbereich vorgeschrieben werden. Dies dient einerseits der Transparenz – es handelt sich um eine Ausnahme – aber vor allem auch der Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Damit wird der Zuschlag nach Ablauf der Beschwerdefrist rechtskräftig.

§ 2 Rechtsschutz

Bezüglich Rechtsschutz bestünde für die Kantone die Möglichkeit, diesen auch schon für Vergaben im freihändigen Verfahren vorzusehen. Der Regierungsrat hält an der bisherigen Regelung von § 24 Abs. 2 aSubmD fest, wonach der Rechtsschutz ab den Schwellenwerten des Einladungsverfahrens gegeben ist.

§ 3

Es wird festgelegt, dass bezüglich Verfügungs- und Beschwerdeverfahren weiterhin die Vorschriften des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege zur Anwendung kommen, soweit die IVöB nichts anderes bestimmt.

§ 4

Die alte IVöB gilt weiter bis zum Beitritt aller Kantone zur neuen IVöB. Im Verhältnis zu Kantonen, die der neuen IVöB noch nicht beigetreten sind, gilt noch die alte IVöB. In der Praxis dürfte dies jedoch kaum zu Schwierigkeiten führen.

Zudem werden die verschiedenen, für den Vollzug und die Aufsicht der IVöB zuständigen kantonalen Behörden festgelegt, wie sie auch bereits im kantonalem Recht definiert sind. Nach Auffassung des Regierungsrats sollen wie bisher die Auftraggeber weitgehend für Vollzug, Kontrolle und Aufsicht zuständig sein. Er verzichtet darauf, neu besondere Kontrollbehörden zu bezeichnen. Zuständig für die Erstellung der jährlichen Beschaffungsstatistiken ist das Departement Bau, Verkehr und Umwelt.

§ 5

Das neue Dekret tritt mit der Erklärung des Beitritts zur IVöB gegenüber dem Interkantonalen Organ in Kraft.

6. Auswirkungen auf den Kanton

Die Harmonisierung der nationalen Beschaffungsrechtsordnungen bringt auf kantonaler und kommunaler Ebene Vorteile mit sich. Es wird erwartet, dass sich die angestrebte Rechtsangleichung einerseits im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen sowie anderseits auch im Verhältnis der Kantone und Gemeinden unter sich positiv auswirkt, sobald die revidierte IVöB für sie in Kraft getreten ist. Gründe dafür sind zum Beispiel eine einheitlichere Rechtsprechung, Erfahrungsaustausch, gemeinsame Vorlagen, ähnliche Hilfs- und Lehrmittel sowie abgestimmte Aus- und Weiterbildungen.

6.1 Finanzielle Auswirkungen

Die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens bleiben weitgehend unverändert. Mit Ausnahme von Aufwendungen für die Schulung von kantonalen und kommunalen Stellen sowie für die Bereitstellung allfälliger Hilfsmittel können sich geringfügige finanzielle Auswirkungen ergeben, die mit den vorhandenen Mitteln zu bewältigen sein sollten. Aus der generellen Harmonisierung können sich zudem positive Effekte ergeben.

6.2 Personelle Auswirkungen

Es ist nicht auszuschliessen, dass mit dem Inkrafttreten der neuen IVöB vor allem zu Beginn gewisse Mehraufwendungen wie beispielsweise beim Beratungsaufwand entstehen. Diese sollten jedoch mit den vorhandenen Ressourcen bewältigt werden können.

6.3 Auswirkungen auf die Wirtschaft

Mit der schweizweiten Harmonisierung des öffentlichen Beschaffungsrechts wird eine seit langem bestehende Forderung der Wirtschaft aufgenommen. Sie muss künftig nicht je nachdem in welchem Kanton sie an einer Submission teilnimmt, unterschiedliche Regelungen beachten, was zu einer deutlichen Vereinfachung und damit wohl auch zu Kosteneinsparungen führt.

6.4 Auswirkungen auf die Umwelt

Mit dem vorliegenden Konkordat erfolgt ein weiterer Schritt weg vom Preis- zum Qualitätswettbewerb. Der Grundsatz der Nachhaltigkeit von Beschaffungen wird neu ausdrücklich verankert. Das Kriterium der "Nachhaltigkeit" beinhaltet die drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales. Die Dimension Umwelt wird durch die Aspekte der Umweltverträglichkeit sowie der Ressourcenschonung und Ressourceneffizienz definiert.

6.5 Auswirkungen auf die Gemeinden

Für die Gemeinden ergeben sich wie für den Kanton kaum Änderungen gegenüber der heutigen Regelung. Neu ist die Publikationspflicht für Gemeinden auch im Nichtstaatsvertragsbereich auf simap.ch, demgegenüber wird auf die Verpflichtung zur Publikation im kantonalen Amtsblatt und in den kommunalen amtlichen Publikationsorganen verzichtet.

7. Abschreibung von parlamentarischen Vorstössen

7.1 (12.153) Postulat Dr. Daniel Heller, FDP, Erlinsbach (Sprecher), Dr. Theo Voegtli, CVP, Böttstein, und Hans Dössegger, SVP, Seon, vom 19. Juni 2012 betreffend Präzisierung Definition der unterstellten Vergabestellen gemäss § 5 Absätze 1 c und 1 d Submissionsdekret

Der Regierungsrat wird eingeladen, dem Grossen Rat die Möglichkeiten betreffend eine Änderung des § 5 SubmD aufzuzeigen. Die Anpassung soll bewirken, dass "andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben" (§ 5 Abs. 1 c SubmD) – ebenso wie privatrechtliche Träger – nur als Vergabestelle gemäss SubmD gelten, soweit der zu vergebende Auftrag von Bund, Kanton, Gemeinden oder anderen öffentlich-rechtlichen Organisation zu mehr als 50 % subventioniert sind (§ 5 Abs. 1 c SubmD). Sollte eine autonome Änderung des SubmD, ohne dass vorher die Interkantonale Vereinbarung zum öffentlichen Beschaffungswesen IVöB aus dem Jahr 2001 (Beitritt Kanton Aargau im Jahr 2005) angepasst oder aufkündigt wird (vgl. Art. 22 Abs. 2 IVöB), so ist dem Grossen Rat aufzuzeigen, ob und wie auf eine Revision der entsprechenden Bestimmungen hingewirkt werden kann.

In der Arbeitsgruppe für die Ausarbeitung der Anpassungen des BöB und der vorliegenden IVöB wurde das Vorbringen eingebracht. Die massgebliche Bestimmung für die submissionsrechtliche Unterstellung von Trägern kantonaler und kommunaler Aufgaben findet sich in Art. 5 Abs. 2 BGBM, sie wurde mit der IVöB 2001 umgesetzt. Im Rahmen der laufenden Harmonisierungsarbeiten setzte sich die Arbeitsgruppe für eine Aufhebung der Bestimmungen zum öffentlichen Beschaffungswesen im Binnenmarktgesetz, ein, was vom Bundesrat mit Verweis auf die entsprechende Verfassungsbestimmung von Art. 95 Abs. 2, wonach der Bundesrat für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum sorgt, Das Anliegen des Postulats lässt sich deshalb nicht umsetzen.

7.2 (12.111) Motion der GLP-Fraktion vom 22. Mai 2012 betreffend gesetzliche Grundlagen im Beschaffungswesen zum Ausschluss von fehlbaren Unternehmen für längere Zeit

Mit der Motion wurde der Regierungsrat gebeten, dem Grossen Rat eine Anpassung des SubmD vorzuschlagen, welche ermöglichen soll, fehlbare Unternehmen auf längere Zeit von öffentlichen Ausschreibungen ausschliessen zu können. Die Motion wurde als Postulat überwiesen. Mit der revi-

dierten IVöB werden die Sanktionsbestimmungen gesamtschweizerisch harmonisiert, danach können Anbieter bei Verstössen gegen die rechtlichen Vorgaben bis zu 5 Jahren von künftigen öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden. Das Anliegen der Postulantin ist erfüllt.

8. Weiteres Vorgehen

Nach unbenutztem Ablauf der Referendumsfrist erklärt der Regierungsrat gegenüber dem InöB den Beitritt zur IVöB. Angestrebt wird der Beitritt im 1. Quartal 2021. Voraussetzung ist, das dann schon ein weiterer Kanton der IVöB beigetreten ist. Gleichzeitig erfolgt die Inkraftsetzung des Dekrets über das öffentliche Beschaffungswesen (DöB) gemäss § 5 DöB.

Zum Antrag

Der Beschluss gemäss Ziffer 1 untersteht dem fakultativen Referendum gemäss § 63 Abs. 1 lit. c der Verfassung des Kantons Aargau, sofern ihm die absolute Mehrheit der Mitglieder des Grossen Rats zustimmt.

Erreicht die Abstimmung nicht 71 befürwortende Stimmen oder wird das Behördenreferendum gemäss § 62 Abs. 1 lit. e der Verfassung des Kantons Aargau ergriffen, findet eine Volksabstimmung statt.

Antrag

1.

Dem Beitritt des Kantons Aargau zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 wird zugestimmt.

2.

Der vorliegende Entwurf des Dekrets über das öffentliche Beschaffungswesen (DöB) wird zum Beschluss erhoben.

3.

Es werden die folgenden parlamentarischen Vorstösse als erledigt von der Kontrolle abgeschrieben:

- (12.153) Postulat Dr. Daniel Heller, FDP, Erlinsbach (Sprecher), Dr. Theo Voegtli, CVP, Böttstein, und Hans Dössegger, SVP, Seon, vom 19. Juni 2012 betreffend Präzisierung Definition der unterstellten Vergabestellen gemäss § 5 Absätze 1 c und 1 d Submissionsdekret
- (12.111) Motion der GLP-Fraktion vom 22. Mai 2012 betreffend gesetzliche Grundlagen im Beschaffungswesen zum Ausschluss von fehlbaren Unternehmen für längere Zeit

Regierungsrat Aargau

Beilagen
- Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (Beilage 1)
- Synopse Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen (DöB) (Beilage 2)