

## FRAGEN, DIE SICH IM VORFELD STELLEN (CHECKLISTE)

Bevor die Vergabestelle ein Beschaffungsverfahren in die Wege leitet, sollte sie eine Reihe von Fragen beantworten, anhand derer sie die anzuwendende Verfahrensart bestimmen kann. Die Vergabestelle kann Anhang X konsultieren, wenn ihr gewisse Begriffe nicht oder kaum bekannt sind. Wo immer möglich wird in den Erläuterungen zu den Fragen auf einen Anhang des Westschweizer Leitfadens verwiesen, der detaillierte Erläuterungen enthält.

1. **Was ist ein öffentlicher Auftrag?**
2. **Wer untersteht dem öffentlichen Beschaffungsrecht?**
3. **Welche Rechtsvorschriften kommen zur Anwendung?**
4. **Welche Auftragsarten gibt es?**
5. **Unterstehen bestimmte öffentliche Aufträge nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht?**
6. **Können alle ausländischen Leistungserbringer ein Angebot oder ein Projekt einreichen, wenn der Auftrag international ausgeschrieben wird?**
7. **Gibt es Ausnahmeklauseln, kraft derer eine öffentliche Ausschreibung vermieden und der Auftrag freihändig vergeben werden kann?**
8. **Muss die Vergabestelle den Umfang und den Wert des Auftrags bestimmen?**
9. **Spielt der Komplexitätsgrad des Auftrags eine Rolle?**
10. **Ist es wichtig, die Anforderungen und Ziele eines Auftrags vor Beginn des Verfahrens festzulegen?**
11. **Was versteht man unter der Bagatellklausel?**
12. **Wann ist anstelle einer Ausschreibung ein Wettbewerbsverfahren durchzuführen?**

### 1. Was ist ein öffentlicher Auftrag?

Als Auftrag wird jede Form der Leistungsbeschaffung bzw. jeder zu vergebende Vertrag bezeichnet. Dabei kann es sich um Architektur-, Ingenieur- oder Kommunikationsaufträge handeln, aber auch um Verträge mit Holzbau-, Wartungs-, Informatik-, Versicherungs-, Personentransport-, Unterhalts- oder Generalunternehmen usw. Der Auftrag entspricht dem, wofür der Zuschlag erteilt wird und was in einem gesonderten Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter festgehalten wird.

Ein öffentlicher Auftrag ist ein zwischen einer Vergabestelle und einem Anbieter abgeschlossener Vertrag über die Ausführung einer öffentlichen Aufgabe. Er ist gekennzeichnet durch seine Entgeltlichkeit sowie durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung, wobei die charakteristische Leistung durch den Anbieter erbracht wird [\[vgl. Art. 8 Abs. 1 IVöB 2019\]](#).

Nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallen hingegen unter anderem die folgenden Situationen:

- Kauf von Grundstücken oder bestehenden Liegenschaften;
- Einstellung von Angestellten kraft eines Arbeitsvertrags;

- Erteilung einer Monopol- oder Sondernutzungskonzession (vgl. allerdings Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt [BGBM]); *[Gemäss Art. 9 IVöB 2019 gilt hingegen die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession als öffentlicher Auftrag, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt.]*
- Abschluss eines Sponsoringvertrags.

## 2. Wer untersteht dem öffentlichen Beschaffungsrecht?

Die Frage nach der Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht erweist sich in der Praxis oft als komplex. Die folgende nicht abschliessende Aufzählung gibt eine Idee von den vielfältigen Situationen, die in der Praxis möglich sind. Dem Beschaffungsrecht unterstellt sind unter anderem:

- a) alle kantonalen oder kommunalen Verwaltungsstellen, deren Unterabteilungen (Dienststellen, Ämter, Büros usw.) sowie auch von ihnen geschaffene Vereinigungen (z. B. interkommunale Vereinigung);
- b) öffentlich-rechtliche Körperschaften auf Kantons- oder Gemeindeebene (z. B. Einrichtung oder Stiftung des öffentlichen Rechts), sofern diese weder einen kommerziellen oder industriellen Charakter haben noch einen kommerziellen oder industriellen Zweck verfolgen;
- c) private Einrichtungen, die ein Projekt umsetzen, das zu über 50% mit öffentlichen Geldern subventioniert wird;
- d) Unternehmen, die im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Telekommunikationsdienste tätig sind (auch WEVT oder «Sektorenunternehmen» genannt);
- e) Unternehmen, die über eine Konzession im Bereich Wasser, Häfen, Flughäfen oder Stadt- und Regionalverkehr verfügen;
- f) Auftraggeber, die im kantonalen Beschaffungsrecht als unterstellte Vergabestelle aufgeführt sind;
- g) Körperschaften, die kantonale oder kommunale Aufgaben übernehmen, sofern sie keinen kommerziellen oder industriellen Charakter haben (Stiftung, Verband);
- h) Einrichtungen des öffentlichen Rechts, das heisst alle Einrichtungen:
  1. die zum besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und die keinen industriellen oder kommerziellen Charakter haben,
  2. die Rechtspersönlichkeit besitzen **und**
  3. 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 *[vgl. Art. 3 Bst. f IVöB 2019]*.

## 3. Welche Rechtsvorschriften kommen zur Anwendung?

**Für Aufträge auf Kantons- oder Gemeindeebene gelten die folgenden gesetzlichen Grundlagen:**

- *[Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 / 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 1994/2001)] / [Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019)];*
- *Kantonales Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen;*
- *Ausführungsreglement oder -verordnung zum Kantonsgesetz.*

**Des Weiteren gilt es, die übergeordneten rechtlichen Grundlagen zu beachten, insbesondere:**

- Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; BGBM);
- Revidiertes WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012; genehmigt am 30. März 2012) für Aufträge im Staatsvertragsbereich;
- Bilaterales Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens für Aufträge im Staatsvertragsbereich.

**In den verschiedenen Kantonen laufen derzeit die Beitrittsverfahren zur IVöB 2019. Es gilt zu überprüfen, ob diese Vereinbarung im jeweiligen Kanton in Kraft ist.**

Die wichtigsten rechtlichen Grundlagen des öffentlichen Beschaffungsrechts in der Schweiz sind das revidierte Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012), das (bilaterale) Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, das Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und die Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB), das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), [die Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 / 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen \(IVöB 1994/2001\)](#) / [die Interkantonale Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen \(IVöB 2019\)](#) sowie die kantonalen Ausführungsgesetzgebungen zum IVöB (in der Regel: ein Gesetz plus Ausführungsreglement oder -verordnung).

## a. Internationales Recht

Die internationalen Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen finden auf Beschaffungen im Staatsvertragsbereich Anwendung, deren Auftragswert die in den internationalen Übereinkommen festgelegten Schwellenwerte übersteigt. Diese Bestimmungen wurden ins Bundesgesetz und in die Interkantonale Vereinbarung ([IVöB 1994/2001](#) und [IVöB 2019](#)) überführt. Die von der Schweiz im öffentlichen Beschaffungswesen eingegangenen Verpflichtungen haben in erster Linie zur Folge, dass die schweizerischen Unternehmen an öffentlichen Ausschreibungen im Ausland teilnehmen können, während die ausländischen Unternehmen sich im Gegenzug an schweizerischen Ausschreibungen beteiligen können. Die Schwellenwerte für Beschaffungen im Staatsvertragsbereich werden alle zwei Jahre neu festgelegt.

### Auszug der Tabelle mit den Schwellenwerten für Beschaffungen im Staatsvertragsbereich

|   | Lieferungen                      | Dienstleistungen*                | Bauleistungen<br>(Gesamtwert des Bauwerks) |
|---|----------------------------------|----------------------------------|--|
| <b>Offenes/selektives internationales Verfahren</b> | Ab CHF 350'000.–<br>(exkl. MWST) | Ab CHF 350'000.–<br>(exkl. MWST) | Ab CHF 8,7 Mio.<br>(exkl. MWST)            |

\* entsprechend der in Anhang 5 von Appendix 1 GPA 2012 aufgeführten vollständigen Liste der Dienstleistungen, die dem Staatsvertragsbereich unterliegen (vgl. Kapitel 4 nachstehend).

So untersteht etwa die unter Code 913 der CPC (Central Product Classification der Vereinten Nationen) definierte obligatorische Sozialversicherung nicht dem internationalen Recht, bleibt aber dem IVöB unterstellt (insbesondere die Versicherungen der 1. und 2. Säule, die Unfallversicherung, die Mutterschaftsversicherung, die obligatorische Erwerbsausfallversicherung, die Arbeitslosenversicherung sowie die Familienzulagen).

## b. Bundesrecht

Das Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 und die Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB und VöB) regeln nur die Bundesaufträge, d. h. in erster Linie die Aufträge der Eidgenossenschaft, der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (EPFL und ETHZ), der SBB, der Post und der übrigen Bundesstellen. **Das BöB und die VöB sind grundsätzlich nicht auf Aufträge anwendbar, die von den kantonalen oder kommunalen Auftraggebern vergeben werden** (einzige Ausnahme vgl. Art. 5 Abs. 1 BöB, der Folgendes stipuliert: «Beteiligen sich mehrere dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht unterstellte Auftraggeberinnen an einer Beschaffung, so ist das Recht des Gemeinwesens anwendbar, dessen Auftraggeberin den grössten Teil an der Finanzierung trägt.»). Für bestimmte Aufträge gelten spezielle Bundesbestimmungen wie beispielsweise jene der Nationalstrassenverordnung (NSV). Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) enthält hingegen allgemeine Bestimmungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Kantone, Gemeinden und anderen Träger kantonalen und kommunaler Aufgaben (vgl. Art. 5 und 9 BGBM). Diese verweisen in erster Linie darauf, dass umfangreiche öffentliche Aufträge ausgeschrieben werden müssen, Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht benachteiligt werden dürfen und Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Vergabestellen vorzusehen sind.

## c. Interkantonales und kantonales Recht

Die IVöB und die kantonale Ausführungsgesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen gelten für Aufträge der Kantone, Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonalen oder kommunaler Ebene (vgl. obenstehend: «*Wer untersteht dem öffentlichen Beschaffungsrecht?*»).

Vergaben, an denen mehrere Auftraggeber (Zusammenarbeit zwischen mehreren Kantonen oder zwischen einem Kanton und dem Bund) beteiligt sind, unterstehen dem Recht am Sitz des Hauptauftraggebers. Vergaben durch eine gemeinsame Trägerschaft unterstehen dem Recht am Sitz dieser Trägerschaft. Hat diese keinen Sitz, gilt das Recht am Ort des Schwergewichts der Tätigkeit oder der Arbeitsausführung. Abweichende Vereinbarungen bleiben vorbehalten [ vgl. Art. 8 Abs. 3 IVöB 1994/2001 ] [vgl. Art. 5 Abs. 3 IVöB 2019].

### 4. Welche Auftragsarten gibt es?

Die Gesetzgebung unterscheidet die folgenden drei Auftragsarten:

- Bauaufträge;
- Lieferaufträge;
- Dienstleistungsaufträge.

Es gilt zu beachten, dass Art. 8 Abs. 2 IVöB 2019 anstelle von «Auftragsarten» den Begriff «Leistungen» verwendet.

**Baufaufträge** betreffen die Durchführung von Hoch- oder Tiefbauarbeiten. Man unterscheidet zwischen dem Bauhauptgewerbe und dem Baunebengewerbe.

- Zum **Bauhauptgewerbe** gehören alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Diese Arbeiten entsprechen den folgenden Codes des Baukostenplans (BKP) der Schweizerischen Zentralstelle für Baurationalisierung (CRB): Code 17 «Spezialtiefbau», Code 20 «Baugrube», Code 21 «Rohbau 1» sowie teilweise Code 41 « Rohbau- und Ausbaurbeiten » (vgl. Norm SN 506 500 «Baukostenplan BKP», Ausgabe 2017).
- Zum **Baunebengewerbe** gehören alle übrigen Arbeiten, insbesondere jene, die den folgenden Codes des BKP entsprechen: Code 22 «Rohbau 2» (trotz seiner Bezeichnung, die irreführend sein kann), Code 23 «Elektroanlagen», Code 24 «HLK-Anlagen, Gebäudeautomation», Code 25 «Sanitäranlagen», Code 26 «Transportanlagen, Lageranlagen», Code 27 «Ausbau 1», Code 28 «Ausbau 2» sowie teilweise Code 41 « Rohbau- und Ausbaurbeiten » (vgl. Norm SN 506 500 «Baukostenplan BKP», Ausgabe 2017).

**Lieferaufträge** betreffen die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete (Miet- oder Pachtvertrag) oder Mietkauf.

Als Lieferaufträge gelten insbesondere: Der Kauf oder die Miete von Dienstwagen, Arbeits- und Unterhaltsfahrzeugen, Bürogeräten, Büromaterial, IT-Ausrüstung (Computer, Software), Mobiliar, Schulmaterial sowie auch der Kauf von Baumaterial oder Papier.

**Dienstleistungsaufträge** haben den Erwerb von Dienstleistungen zum Gegenstand.

In den Bereich der **Dienstleistungsaufträge** fallen insbesondere die Leistungen von Architekten, Ingenieuren, Geodäten, Stadtplanern und damit verbundenen Berufen; IT- und damit verbundene Dienstleistungen; Versicherungsaufträge (Personen-, Sach-, Bauversicherung usw.); Unterhalts- und Wartungsleistungen; Gebäudereinigung; Mietdienste; Pflege der Aussenanlagen; sowie Dienstleistungen in den Bereichen Recht, Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung.

Anhang 5 von Appendix 1 des revidierten WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) enthält eine Positivliste, in welcher die dem Abkommen unterstehenden Dienstleistungsaufträge abschliessend aufgezählt sind. Diese Aufträge sind mit CPC-Referenznummern bezeichnet (CPC: Central Product Classification). Zum Verständnis der Auftragscodes dieses Anhangs muss man die provisorische CPC-Liste der UNO konsultieren, die 1989 von der UN-Statistikkommission im Auftrag des UN-Wirtschafts- und Sozialrats erstellt wurde. Diese Liste ist unter folgender Internetadresse zu finden: <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/c9b41ccd-7b50-4408-b870-1e4391b09399>

*Nota bene:* Nicht in der Liste des GPA-Anhangs aufgeführte Dienstleistungsaufträge unterstehen nicht dem Staatsvertragsbereich und müssen folglich, selbst wenn sie die international geltenden Schwellenwerte erreichen, nicht international ausgeschrieben werden. Diese Aufträge müssen hingegen national ausgeschrieben werden, da grundsätzlich alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge der IVöB «unterstehen», sofern keine Ausnahmeklausel anwendbar ist.

## **Gemischte Aufträge**

Eine Ausschreibung kann zwei oder sogar drei Arten von Aufträgen umfassen. In diesem Fall sollte vorher der Hauptgegenstand bestimmt werden, um den Auftrag anhand des ausschlaggebenden Elements gesamthaft bezeichnen zu können. Sind zum Beispiel die Dienstleistungen und die Lieferleistungen untrennbar miteinander verbunden, so muss abgeklärt werden, welcher Auftrag einen höheren Wert aufweist. Haben die Dienstleistungen einen höheren Wert als die Lieferungen, wird der Auftrag gesamthaft als Dienstleistungsauftrag bezeichnet. Andernfalls wird der Auftrag als Lieferauftrag eingestuft [siehe diesbezüglich Art. 8 Abs. 3 IVöB 2019].

## **Beispiele:**

Möchte die Vergabestelle einen Auftrag an ein Totalunternehmen vergeben, verlangt sie ein Gesamtangebot, das Dienstleistungen (Architekten + Fachingenieure), Bauleistungen und möglicherweise Lieferleistungen (zum Beispiel für das Mobiliar) umfasst. Stellt die Bausumme den Grossteil des Auftragswerts dar, wird der Auftrag als Bauauftrag bezeichnet. Ausschlaggebend für die Wahl des Verfahrens ist der Gesamtauftragswert aller Dienstleistungs-, Bau- und allenfalls Lieferaufträge zusammengenommen.

Im Informatikbereich möchte ein Auftraggeber bei ein und demselben Leistungserbringer Lizenzen zur Nutzung einer Software (Lieferauftrag) sowie die Dienstleistungen zur Installation und mehrjährigen Wartung dieser Software (Dienstleistungsauftrag) erwerben. Diejenige Auftragsart (Lieferungen oder Dienstleistungen), die den Hauptteil des Gesamtauftragswerts ausmacht, ist für die Qualifikation des gemischten Auftrags massgebend.

## **5. Unterstehen bestimmte öffentliche Beschaffungen nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht?**

Gemäss den internationalen Übereinkommen und der IVöB ist das öffentliche Beschaffungsrecht in bestimmten Ausnahmesituationen nicht anwendbar. In diesen Fällen kann die Vergabestelle den



Auftrag freihändig an den Vertragspartner ihrer Wahl vergeben. Eine solche Ausnahmesituation liegt insbesondere vor:

- a) bei unentgeltlich erworbenen Aufträgen (*Beispiel: Mäzenat*);
- b) bei Aufträgen an (und nicht von) Behinderteninstitutionen, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten;
- c) bei Aufträgen, die aufgrund eines internationalen Abkommens vergeben werden;
- d) bei Aufträgen, die aufgrund eines besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation vergeben werden;
- e) bei Aufträgen für die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial oder für den Bau militärischer Infrastrukturen;
- f) wenn durch die Auftragsvergabe die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit gefährdet würden;
- g) wenn dies zum Schutz von Gesundheit und Leben von Mensch, Tier und Pflanzen erforderlich ist;
- h) wenn durch die Auftragsvergabe Immaterialgüterrechte verletzt würden;
- i) [bei Aufträgen an Organisationen der Arbeitsintegration, siehe Art. 10 Abs. 1 Bst. e IVöB 2019, vorbehaltlich anderslautender kantonaler Bestimmungen];
- j) [bei Aufträgen von öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und Gemeinden, siehe Art. 10 Abs. 1 Bst. g IVöB 2019, vorbehaltlich anderslautender kantonaler Bestimmungen].

Nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallen gemäss der Rechtsprechung [und nunmehr auch gemäss IVöB 2019; siehe Art. 10 Abs. 2 Bst. b, c und d] auch die Auftragsvergaben zwischen zwei Vergabestellen, also sogenannte Inhouse-, Quasi-Inhouse- und In-State-Vergaben. Diese Ausnahmen vom Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts werden von den Gerichten eng ausgelegt.

**Inhouse-Vergabe:** Der Auftraggeber lässt die Leistungen von seinem eigenen Personal erbringen oder – im Falle der Delegation von öffentlichen Aufgaben innerhalb der Verwaltung – von einer anderen Verwaltungsstelle (z. . eine Dienststelle der Gemeindeverwaltung bestellt bei einer anderen Stelle derselben Verwaltung Leistungen). In diesem Fall ist der Auftragnehmer kein vom Auftraggeber unabhängiges Rechtssubjekt.

**Quasi-Inhouse-Vergabe:** In diesem Fall bestellt der Auftraggeber die Leistungen bei einem Anbieter mit eigener Rechtspersönlichkeit, mit dem er jedoch in spezieller und enger Weise verbunden ist. Eine Quasi-Inhouse-Konstellation liegt vor, wenn die folgenden drei Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

- a) Der Auftragnehmer muss vollständig (100%) von der öffentlichen Hand kontrolliert werden; bereits eine Minderheitsbeteiligung privater Aktionäre am Aktienkapital einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft hat die Unterstellung unter das Submissionsrecht zur Folge.
- b) Der Auftragnehmer muss gesamthaft hauptsächlich für die Vergabestelle tätig sein (mindestens zu 80%). Mit anderen Worten: Der Auftragnehmer darf nur in ganz untergeordnetem Ausmass für Drittkunden tätig sein.
- c) Der Auftraggeber muss den Auftragnehmer wie eine eigene Dienststelle kontrollieren können; diese Kontrolle erfolgt über die Mehrheitsbeteiligung am Aktienkapital, die beherrschende Stellung im Verwaltungsrat des Auftragnehmers sowie vertragliche Vereinbarungen, die eine Gehorsamspflicht des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber begründen können. Die Kontrolle kann über einen Mehrheitsbeschluss erfolgen, selbst wenn diese Mehrheit das Resultat einer Partnerschaft verschiedener Aktionäre ist.

**In-State-Vergabe:** Dieser Fall liegt vor, wenn der Auftragnehmer ein nicht vom Auftraggeber kontrolliertes Rechtssubjekt ist, das ausschliesslich und wettbewerbsneutral Tätigkeiten im öffentlichen

Interesse ausübt. Eine In-State-Konstellation liegt vor, wenn die beiden folgenden Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

- a) Der Auftragnehmer muss vollständig (100%) von der öffentlichen Hand kontrolliert werden; bereits eine Minderheitsbeteiligung privater Aktionäre am Aktienkapital einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft hat die Unterstellung unter das Submissionsrecht zur Folge.
- b) Der Auftragnehmer darf kein Marktteilnehmer sein, das heisst, er darf keine Tätigkeit ausüben, die dem Wettbewerb unterliegt.

## **6. Können alle ausländischen Leistungserbringer ein Angebot einreichen, wenn der Auftrag international ausgeschrieben wird?**

Im Falle eines Verfahrens, das dem revidierten internationalen Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) untersteht, hat die Vergabestelle wenigstens alle Unternehmen mit Sitz in einem Land, das den schweizerischen Anbietern Gegenrecht gewährt, zur Einreichung von Angeboten zuzulassen [vgl. Art. 9 IVöB 1994/2001] [vgl. Art. 6 Abs.2 IVöB 2019].

Die Liste der Staaten, die nach den Staatsverträgen der Schweiz [vgl. Art. 6 Abs. 3 IVöB 2019] das Gegenrecht im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens gewähren, ist auf der Homepage der Plattform simap.ch verfügbar (siehe das Dokument «Marktzutrittsliste» unter der Rubrik EU, WTO und EFTA).

## **7. Gibt es Ausnahmeklauseln, kraft derer eine öffentliche Ausschreibung vermieden und der Auftrag freihändig vergeben werden kann?**

Eine freihändige Vergabe ist aufgrund einer Ausnahmeklausel nur in den folgenden Fällen möglich [vgl. Art. 21 Abs. 2 IVöB 2019]:

- a) Im Rahmen eines offenen, selektiven oder Einladungsverfahrens geht kein Angebot oder Teilnahmeantrag ein oder die vorgesehenen Eignungskriterien werden von keinem Anbieter erfüllt.
- b) Die Angebote wurden vorab aufeinander abgestimmt.
- c) Die Angebote erfüllen die wesentlichen Anforderungen der Ausschreibung oder die im Pflichtenheft aufgeführten technischen Spezifikationen nicht.
- d) Aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur ein Anbieter in Frage (*was zu beweisen ist*), und es gibt keine angemessene Alternative.
- e) Aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse wird die Beschaffung so dringlich, dass kein offenes, selektives oder Einladungsverfahren durchgeführt werden kann. Diese Klausel unterliegt einschränkenden Bedingungen: Ein unvorhergesehenes Ereignis verursacht die Notsituation (z. B.: Naturkatastrophe), die Dringlichkeit des Auftrags darf nicht der Vergabestelle zuzuschreiben sein (Untätigkeit oder schlechte Planung), ein offenes oder selektives Verfahren oder ein Einladungsverfahren könnte selbst bei einer Verkürzung der Fristen für die Einreichung der Angebote nicht durchgeführt werden und die Klausel darf nur geltend gemacht werden, um den Notstand zu beheben.
- f) Leistungen (Lieferungen, Dienstleistungen, Bauarbeiten) zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen müssen dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden, da ein Wechsel des Anbieters aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen (Austauschbarkeit von bestehendem Material, Softwares, Dienstleistungen oder Installationen), entweder nicht möglich ist oder mit grossen Schwierigkeiten oder einer substantiellen Erhöhung der Kosten verbunden wäre;
- g) Der Auftraggeber beschafft Erstanfertigungen (Prototypen) oder neuartige Leistungen, die auf sein Verlangen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden.
- h) Die Ausführungsleistungen werden an die Gewinnerin bzw. den Gewinner eines Planungswettbewerbs, eines Gesamtleistungswettbewerbs oder eines Studienauftrags

vergeben. Diese Klausel unterliegt den folgenden Bedingungen: Das vorausgehende Verfahren wurde in Übereinstimmung mit dem anwendbaren Beschaffungsrecht durchgeführt, die Lösungsvorschläge wurden von einem unabhängigen Expertengremium beurteilt und die Vergabestelle hat sich im Verfahren vorbehalten, den Folgeauftrag freihändig zu vergeben.

- i) Die Vergabestelle beschafft im Rahmen einer günstigen, zeitlich befristeten Gelegenheit Güter zu einem Preis, der erheblich unter den üblichen Preisen liegt (*bei Liquidationen oder Versteigerungen*).
- j) Die Vergabestelle beschafft Güter an Warenbörsen (*zum Beispiel: Wasser, Gas, Erdöl usw.*).

Wird eine Ausnahmeklausel angewendet, so ist die freihändige Vergabe mit Beschwerde anfechtbar und muss – zumindest, wenn es sich um Aufträge im Staatsvertragsbereich handelt – amtlich publiziert werden. Zudem soll die Vergabestelle einen Bericht erstellen, in welchem die Gründe für die Wahl des freihändigen Verfahrens dargelegt werden. Der Entscheid, eine Ausnahmeklausel anzuwenden, sollte nur nach reiflicher Überlegung getroffen werden.

## 8. Muss die Vergabestelle den Umfang und den Wert des Auftrags bestimmen?

JA. Sobald die Vergabestelle einen Auftrag bestimmt hat, den sie ausschreiben möchte, muss sie den Auftragswert möglichst genau abschätzen; denn für die Wahl der Verfahrensart muss sie ermitteln, ob der Auftragswert unter oder über den Schwellenwerten liegt.

**Für Beschaffungen im Nicht-Staatsvertragsbereich kommen die folgenden Schwellenwerte und Verfahren zur Anwendung (vgl. Anhang 2 IVöB 1994/2001 / IVöB 2019):**

| Verfahrensarten                         | Lieferungen<br>(Schwellenwerte in CHF)                     | Dienstleistungen<br>(Schwellenwerte in CHF) | Bauleistungen<br>(Schwellenwerte in CHF) |                      |
|---|--|---|--|----------------------|
|   |  |   | Bauneben-<br>gewerb                      | Bauhaupt-<br>gewerbe |
| <b>Freihändiges<br/>Verfahren</b>       | unter<br>100'000 [IVöB 1994/2001] /<br>150'000 [IVöB 2019] | unter 150'000                               | unter 150'000                            | unter 300'000        |
| <b>Einladungsverfahren</b>              | unter 250'000  | unter 250'000                               | unter 250'000                            | unter 500'000        |
| <b>Offenes/selektives<br/>Verfahren</b> | ab 250'000   | ab 250'000                                  | ab 250'000                               | ab 500'000           |

Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, den Anbietern den Auftragswert bekanntzugeben, aber sie muss zumindest den Gegenstand, den Umfang und/oder den Komplexitätsgrad des Auftrags angeben.

Die Vergabestelle darf den Auftragswert nicht zu niedrig einschätzen, um einen Schwellenwert zu umgehen und so ein mit mehr Auflagen verbundenes Verfahren zu vermeiden. Es wird daher dringend empfohlen, den oberen Wert der Bewertungsspanne des Auftrags zu nehmen. Siehe auch Anhang B für die Bestimmung der Schwellenwerte entsprechend dem Auftragsvolumen.

Entscheidet eine Vergabestelle, ihren Auftrag in mehrere Lose gleicher oder unterschiedlicher Art aufzuteilen, und können die Anbieter für jedes dieser Lose ein Angebot einreichen, entspricht der



Auftragswert dem Gesamtwert aller Lose. Es wird der Vergabestelle empfohlen, in den Ausschreibungsunterlagen Regeln für die Zuteilung der Lose festzulegen (Rangordnung, zeitliche Abfolge, Umfang, Verfügbarkeit usw.).

## **9. Spielt der Komplexitätsgrad des Auftrags eine Rolle?**

JA. Der Komplexitätsgrad kann nämlich die Wahl des Verfahrens und der Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung beeinflussen.

Bei einem Standardauftrag, dessen geschätzter Betrag über den Schwellenwerten liegt, entscheidet man sich oft für ein offenes Verfahren. Die sogenannten komplexen Aufträge rufen hingegen häufig nach selektiven Verfahren, mit denen in einer ersten Phase geprüft werden kann, welche Bewerber die Eignungskriterien für den ausgeschriebenen Auftrag erfüllen.

Bei komplexen Aufträgen empfiehlt es sich, qualitative Kriterien festzulegen, die stärker als die Preiskriterien gewichtet sind. Siehe auch Anhang G, der sich mit dem Komplexitätsgrad der Aufträge befasst.

## **10. Ist es wichtig, die Anforderungen und Ziele eines Auftrags vor Beginn des Verfahrens festzulegen?**

JA, das ist wichtig. In der Tat stehen die Anforderungen und Ziele des ausgeschriebenen Auftrags im Zentrum des Verfahrens. Daher ist es unabdingbar, sie vor dem Beginn des Vergabeverfahrens festzulegen.

Dazu muss als Erstes eine Bedarfsanalyse durchgeführt werden, um die wesentlichen, angestrebten und wünschenswerten Ziele sowie die Art des Auftrags zu bestimmen. Die Vergabestelle muss anschliessend die Anforderungen im Hinblick auf die Ziele, die zu erfüllenden Aufgaben und die Leistungsnormen ermitteln.

Auf dieser Basis kann sie ein genaues und vollständiges Pflichtenheft erarbeiten. Sobald das Pflichtenheft erstellt ist, kann die Vergabestelle die Teilnahmebedingungen, die Eignungs- und schliesslich die Zuschlagskriterien und deren eventuelle Gewichtung festlegen.

In dieser Phase des Verfahrens wird die Vergabestelle die Ausschreibungsunterlagen bzw. bei einem selektiven Verfahren die Bewerbungsunterlagen herausgeben. Darauf gestützt kann sie in der Folge über den Ausschluss, die Bewertung und die Auswahl der Bewerber und Anbieter entscheiden und schliesslich den Auftrag vergeben. Siehe auch Anhang M, in dem Kapitelüberschriften für die Pflichtenhefte vorgeschlagen werden.

## **11. Was versteht man unter der Bagatellklausel?**

Die Bagatellklausel [vgl. Art. 7 Abs. 2 IVöB 1994/2001] [vgl. Art. 16 Abs. 3 IVöB 2019] ermöglicht es der Vergabestelle, bestimmte Bauaufträge von den Bestimmungen der internationalen Abkommen auszunehmen, obwohl der Gesamtwert des zu erstellenden Bauwerks den internationalen Schwellenwert für Bauaufträge (derzeit CHF 8'700'000.–) erreicht und deswegen international ausgeschrieben werden muss. Um festzustellen, ob der Wert des fraglichen Bauwerks diesen Schwellenwert übersteigt, müssen alle für den Bau notwendigen Einzelaufträge summiert werden.

Die Bagatellklausel findet nur auf Bauaufträge im Staatsvertragsbereich Anwendung, die einzeln genommen den Wert von CHF 2'000'000.– (exkl. MWST) nicht erreichen und zusammengerechnet 20% des Wertes des gesamten Bauwerks (ohne Honorare, Mobilbudget und MWST) nicht übersteigen. Ist die Bagatellklausel für 20% des Auftragswerts ausgeschöpft, müssen die restlichen Bauaufträge international ausgeschrieben werden, und zwar unabhängig von ihrem Wert.

Bei Anwendung der Bagatellklausel gelten gemäss den kantonalen Gesetzen und Reglementen nach wie vor die Bestimmungen und Schwellenwerte des BGBM und der IVöB. In Anhang C ist ein Beispiel für die Anwendung der Bagatellklausel zu finden und in Anhang X wird diese Klausel kurz erklärt.

## **12. Wann ist anstelle einer Ausschreibung ein Wettbewerbsverfahren durchzuführen?**

Die Vergabestelle muss eine Ausschreibung durchführen, wenn sie das wirtschaftlich günstigste Angebot [das vorteilhafteste Angebot gemäss Art. 41 IVöB 2019] eines Bewerbers sucht, der als geeignet erachtet wird, einen fest umrissenen Auftrag mit einer Aufgabe und klar festgelegten Zielen auszuführen.

Die Vergabestelle wird einen Projektwettbewerb, einen Ideenwettbewerb oder einen Studienauftrag durchführen, wenn sie die beste Lösung oder die beste Idee für ein bestimmtes Problem sucht. Es gibt berufliche Standards, die die Vergabestellen in ihre Verfahren integrieren können (vgl. beispielsweise die SIA-Ordnungen 142 und 143 für Architektur- und Ingenieurleistungen).