

## WELCHE GRUNDSÄTZE GELTEN FÜR VERGABEVERFAHREN?

Die Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge sollen den Vergabestellen die Ermittlung der «wirtschaftlich günstigsten Angebote» ermöglichen. Dieser in Anhang O erläuterte Begriff bedeutet, dass jene **Angebote ermittelt werden sollen, die am vorteilhaftesten sind**, und zwar unter verschiedenen Gesichtspunkten, zu denen selbstverständlich der Preis zählt, aber auch – in einem vom jeweiligen Auftrag abhängenden Ausmass – qualitative Aspekte.

Die Präambel des WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) verweist insbesondere auf die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz. In ähnlicher Weise präzisiert das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (bilaterales Abkommen) in Art. 4 Folgendes: «Die Vertragsparteien achten darauf, dass die von ihren Vergabestellen angewandten Verfahren und Praktiken der Auftragsvergabe den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, der Transparenz und der Gleichbehandlung entsprechen.» Die Präambel des überarbeiteten GPA vom 21. März 2012 (GPA 2012) weist zudem darauf hin, dass Interessenkonflikte und betrügerische Praktiken (Korruption) vermieden werden müssen.

Auf nationaler Ebene verfolgt das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), das nur auf Beschaffungen der Kantone, Gemeinden und anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben anwendbar ist, das allgemeine Ziel, «auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt» (Art. 1 Abs. 1) zu gewährleisten sowie, insbesondere bei öffentlichen Beschaffungen, auch die Transparenz (Art. 5 Abs. 2).

In der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) sind deren **Ziele** in Art. 1 Abs. 3 nicht abschliessend aufgeführt:

- a. Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen und Anbietern;
- b. Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter sowie einer unparteiischen Vergabe;
- c. Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren;
- d. wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel.

Art. 11 dieser Vereinbarung enthält überdies eine abschliessende Liste der **allgemeinen Grundsätze** für die Vergabe öffentlicher Aufträge:

- a. Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter;
- b. wirksamer Wettbewerb;
- c. Verzicht auf Angebotsrunden;
- d. Beachtung der Ausstandsregeln;
- e. Beachtung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer;
- f. Gleichbehandlung von Frau und Mann;
- g. Vertraulichkeit von Informationen.

### 1. Die Transparenz

(Art. 1 Abs. 3 Bst. c IVöB)

Wie vorgehend erwähnt, stellt die Transparenz, die während des ganzen Verfahrens zu gewährleisten ist, einen grundlegenden Aspekt bei der Vergabe öffentlicher Aufträge dar. Das Transparenzgebot bezweckt die Förderung des Wettbewerbs mittels Publizität: Dank dieser können potenzielle Anbieter

angezogen werden und auch Kenntnis davon erhalten, nach welchen Kriterien sie beurteilt werden, sowie gegebenenfalls ihre Rechte und Interessen verteidigen. Die Transparenz fördert ausserdem die Regelkonformität und Fairness in den Vergabeverfahren.

Eine wesentliche Folge des Transparenzprinzips ist die Pflicht zur öffentlichen Bekanntmachung der Verfahren. Im offenen oder selektiven Verfahren (unabhängig davon, ob sie dem Staatsvertragsbereich unterstehen oder nicht) müssen sämtliche Bekanntmachungen von Ausschreibungen oder Wettbewerben in dem vom kantonalen Recht festgelegten offiziellen Publikationsorgan (Plattform simap.ch und/oder kantonales Amtsblatt) erscheinen.

Zusätzlich gelten in jedem Kanton besondere Vorschriften:

<b>Freiburg</b>	Offene und selektive Verfahren: Pflicht zur Veröffentlichung auf simap.ch. Zusammenfassung der Publikation im Amtsblatt.
<b>Genf</b>	Offene und selektive Verfahren: Pflicht zur Veröffentlichung auf simap.ch.
<b>Jura</b>	Offene und selektive Verfahren: Pflicht zur Veröffentlichung auf simap.ch.
<b>Neuenburg</b>	Offene und selektive Verfahren: Pflicht zur Veröffentlichung auf simap.ch.
<b>Wallis</b>	Verfahren im Staatsvertragsbereich: Pflicht zur Veröffentlichung auf simap.ch, Zusammenfassung im Amtsblatt. Verfahren im Nicht-Staatsvertragsbereich: Pflicht zur Veröffentlichung im Amtsblatt.
<b>Waadt</b>	Offene und selektive Verfahren: Pflicht zur Veröffentlichung auf simap.ch, Zusammenfassung der Publikation im Amtsblatt.

Das Transparenzprinzip begründet ausserdem die Pflicht der Vergabestelle, für jeden einzelnen ausgeschriebenen Auftrag genaue Regeln aufzustellen. Diese Regeln müssen während des gesamten Verfahrens unverändert bleiben. Daher muss die Vergabestelle die Anbieter über die verschiedenen Phasen des Vergabeverfahrens und deren Inhalt informieren und ihnen insbesondere sämtliche Angaben liefern, die zur Einreichung eines gültigen, den Anforderungen und Wünschen der Vergabestelle entsprechenden Angebots nötig sind.

Die Vergabestelle muss insbesondere auch die für den Auftrag geltenden Zulassungs- und Teilnahmebedingungen nennen, die sich auf die Person des Bewerbers oder das Angebot beziehen. Weitere Angaben, die sie machen muss, sind die Eignungskriterien zur Beurteilung der finanziellen, wirtschaftlichen, technischen und organisatorischen Fähigkeiten der Bewerber oder Anbieter (siehe Anhänge Q) sowie die verschiedenen Zuschlagskriterien, die der Vergabestelle ermöglichen, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu bestimmen (siehe Anhänge N, O und R).

Die Zuschlagskriterien müssen präzise formuliert und zumindest nach abnehmender Bedeutung geordnet sein. Es empfiehlt sich, zudem die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien anzugeben, sofern dies nicht bereits durch das kantonale Recht (siehe Kantone VD, NE, FR, JU und VS) vorgeschrieben ist. Die Vergabestelle muss zudem die Rechtsmittel erwähnen, die den Anbietern zur Verfügung stehen, um den Inhalt der Ausschreibung anzufechten.

Schliesslich muss die Vergabestelle das Verfahrensergebnis bekanntgeben, also entweder den Zuschlag oder den Entscheid über den Abbruch des Verfahrens. Sie muss auch imstande sein, auf Antrag eines Anbieters oder der zuständigen Gerichtsbehörde im Falle einer Beschwerde sämtliche Unterlagen zu liefern, mit denen sich die Entscheide nachvollziehen und die Ergebnisse erklären lassen. Hierzu gehören insbesondere die Multikriterientabelle und das Protokoll über die Bewertung der Angebote. Im Übrigen sind die kantonalen Reglemente und Verordnungen zu konsultieren.

Die Zuschlagsverfügung ist jedem Anbieter schriftlich zu eröffnen. Sie enthält den Namen des Zuschlagsempfängers, den Preis des berücksichtigten Angebots, eine kurze Begründung sowie die Rechtsmittelbelehrung.

Zuschläge im offenen oder selektiven Verfahren, die dem Staatsvertragsbereich unterstehen, müssen ausserdem innerhalb von 72 Tagen nach dem Zuschlagsentscheid (Inkrafttreten) in dem vom Kanton bezeichneten offiziellen Publikationsorgan veröffentlicht werden (Zuschlagsanzeige). In bestimmten

Kantone muss der Zuschlag auch bei nicht dem Staatsvertragsbereich unterstellten Vergaben veröffentlicht werden (siehe VD und VS). Obligatorisch ist schliesslich die Veröffentlichung von aufgrund einer Ausnahmeklausel erteilten Zuschlägen für Aufträge, die in den Staatsvertragsbereich fallen. Bestimmte Kantone (siehe VD, VS und JU) haben diese Publikationspflicht auf Zuschläge für Aufträge im Nicht-Staatsvertragsbereich ausgedehnt, die gestützt auf eine Ausnahmeklausel erteilt wurden.

Es gilt festzuhalten, dass die Vergabestellen im Kanton Wallis auch die Zuschläge im Einladungsverfahren innert 72 Tagen im Amtsblatt veröffentlichen müssen.

Einige kantonale Gesetzgebungen (siehe GE und FR) sehen die Möglichkeit vor, den Zuschlag statt per Einschreiben durch eine blosse Veröffentlichung zu eröffnen. Es wird jedoch empfohlen, den Zuschlag persönlich zu eröffnen, um den Rechtsschutz der Anbieter zu gewährleisten.

## **2. Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung**

(Art. 1 Abs. 3 Bst. b und Art. 11 Bst. a IVöB)

Zwei wichtige Grundsätze, die es bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachten gilt, sind die Nichtdiskriminierung und die Gleichbehandlung; sie decken leicht unterschiedliche Aspekte ab.

Die Nichtdiskriminierung soll gewährleisten, dass einzelne Anbieter oder Anbieterkategorien nicht willkürlich oder wegen bestimmter Eigenschaften wie Herkunft oder Firmensitz, die im Beschaffungswesen nicht mehr berücksichtigt werden dürfen, von den Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gebietet überdies, dass für alle ähnliche Marktzugangsbedingungen gelten. Diese Bedingungen brauchen nicht identisch zu sein: So sind etwa in den verschiedenen Ländern oder Kantonen nicht die gleichen Diplome oder amtlichen Dokumente vorzulegen. Letztere müssen aber allesamt gleichwertige Kompetenzen oder Eignungen belegen. Deshalb empfiehlt es sich, bei der Angabe von auf nationaler oder kantonaler Ebene geltenden besonderen Anforderungen stets den Vermerk «oder mindestens gleichwertig» hinzuzufügen.

Es kommt allerdings auch vor, dass Anforderungen zwar dem Gleichbehandlungsgrundsatz gerecht werden, sich aber als diskriminierend erweisen. Ein Beispiel dafür ist die obligatorische Teilnahme an einer Besichtigung am Ort der Leistungserbringung. Zwar gelten für alle Anbieter dieselben Bedingungen, doch sind einige aufgrund der Distanz zum Besichtigungsort faktisch benachteiligt. Aus diesem Grund sollten obligatorische Besichtigungen am Ort der Leistungserbringung die Ausnahme bleiben.

Die Verpflichtung, eine Liste mit objektiven Kriterien für die Bewertung der Angebote aufzustellen und zu veröffentlichen, trägt ebenfalls zur Gewährleistung der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung bei, sind doch sämtliche Anbieter ausschliesslich aufgrund dieser Kriterien zu beurteilen. Die den einzelnen Kriterien zugeordneten Noten müssen entweder die Unterschiede zwischen den Angeboten zum Ausdruck bringen und weit auseinander liegen oder im Gegenteil deren Ähnlichkeit ersichtlich machen und somit nahe beieinander liegen oder identisch sein.

Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung untersagt überdies die Verwendung von «vergabefremden» Kriterien (siehe Anhang N).

### **3. Gesunder und wirksamer Wettbewerb**

(Art. 1 Abs. 3 Bst. a und Art. 11 Bst. b IVöB)

Eines der Ziele des öffentlichen Beschaffungsrechts ist es, Direktvergaben von öffentlichen Aufträgen zu vermeiden, bei denen die berücksichtigten Angebote weder die erwartete Qualität noch einen für die Vergabestelle bzw. für das Unternehmen angemessenen Preis aufweisen. Deshalb wird vom Grundsatz ausgegangen, dass die Gewährleistung eines gesunden und wirksamen Wettbewerbs und die Aufhebung von Handelshemmnissen und Marktverzerrungen die Anbieter dazu motivieren, die besten Leistungen zum besten Preis anzubieten und innovativ zu sein. Auf diese Weise können die Vergabestellen die vorteilhaftesten Angebote erhalten.

Die Pflicht zur Veröffentlichung der Ausschreibungen erhöht die Zahl der potenziellen Anbieter. Dadurch erhöht sich auch die Zahl möglicher Alternativen, lassen sich vorher nicht bedachte innovative Lösungen entdecken und ergibt sich für die Vergabestellen eine breitere Palette von Angeboten.

Gleichzeitig geht es darum, allen Anbietern einen besseren Zugang zu den öffentlichen Aufträgen zu verschaffen, insbesondere auch neuen Anbietern und nicht nur denen, die schon Aufträge erhalten haben oder sich bereits einen Namen gemacht haben. Der Umstand, dass die IVöB jede Art von Verhandlungen verbietet, stärkt diesen Grundsatz und verhindert eine Verfälschung des Wettbewerbs.

### **4. Wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel**

(Art. 1 Abs. 3 Bst. d IVöB)

Das Ziel der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel leitet sich aus den vorhergenannten Grundsätzen ab. Es soll vermieden werden, dass eine Vergabestelle Leistungen zu einem überhöhten Preis erwirbt.

Allerdings ist klarzustellen, dass der Grundsatz des sparsamen Umgangs mit den öffentlichen Mitteln nicht bedeutet, dass man sich auf eine kurzfristige Perspektive beschränken und dem billigsten Angebot auf Kosten der Qualität den Vorzug geben sollte. Tatsächlich ist das zum Zeitpunkt des Zuschlags preisgünstigste Angebot langfristig möglicherweise nicht mehr das wirtschaftlich günstigste. Der Begriff «wirtschaftlich günstigstes Angebot» beinhaltet, dass auch die für eine bestimmte Dauer berechneten Folge- und Betriebskosten berücksichtigt und zum Preis für die Leistung hinzugerechnet werden müssen.

Die Situationen, in denen man sich von diesem Ziel entfernt, können einen Abbruch des Verfahrens rechtfertigen; insbesondere dann, wenn die angebotenen Preise das bewilligte Budget um ein gewisses Mass übersteigen. Die Erteilung eines Zuschlags begründet für die Vergabestelle keinen Vertragszwang.

### **5. Verzicht auf Angebotsrunden**

(Art. 11 Bst. c IVöB)

Der Grundsatz des Verzichts auf Angebotsrunden (Art. 11 Bst. c IVöB) soll vermeiden, dass die Vergabestellen ihre Machtposition gegenüber den Anbietern dazu nutzen, die Preise allzu sehr nach unten zu drücken. Obwohl die Vergabestellen die Aufgabe haben, mit öffentlichen Mitteln wirtschaftlich umzugehen, tragen sie gleichzeitig eine Verantwortung dafür, dass nicht einzelne Wirtschaftsbranchen oder die Einhaltung der Arbeitsbedingungen durch einen übermässigen Preisdruck gefährdet werden.

Bei den freihändigen Verfahren sind Verhandlungen hingegen erlaubt.

## 6. *Ausstand und Vorbefassung*

(Art. 11 Bst. d IVöB)

Die **Ausstandspflicht** bedeutet, dass eine Person nicht an der Beurteilung der Angebote teilnehmen oder eine Entscheidung fällen darf, wenn zwischen ihr und einem Anbieter oder einem Mitglied seiner Organe ein Interessenkonflikt besteht, sie ein direktes persönliches Interesse am Auftrag hat oder aus sonstigen Gründen nicht die notwendige Unabhängigkeit mit sich bringt. Dieser Grundsatz verbietet, dass die an einem Verfahren beteiligten Personen ihre Position ausnützen, um Anbieter zu bevorteilen, die ihnen aufgrund einer verwandtschaftlichen oder ständigen geschäftlichen Beziehung nahestehen.

Bei den Wettbewerbsverfahren wird diese Regel umgekehrt angewendet, insofern als eine Person, die sich aufgrund ihrer Beziehungen zu einem Mitglied der Jury in einem Interessenkonflikt befindet, nicht am Wettbewerb teilnehmen darf.

Bei der **Vorbefassung** gelten folgende Regeln:

Anbieter, die an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens beteiligt waren, dürfen kein Angebot einreichen, wenn der ihnen durch die Mitwirkung an der Beschaffung entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann und ihr Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern nicht gefährdet.

Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sind insbesondere: die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten, die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten sowie die Verlängerung der Mindestfristen.

## 7. *Beachtung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer*

(Art. 11 Bst. e IVöB)

Die Pflicht zur Beachtung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer trägt zu einem gesunden und wirksamen Wettbewerb bei: Sie verhindert, dass Anbieter bei den Sozialleistungen sparen, um tiefere Preise anzubieten, und sich dadurch gegenüber den Mitbewerbern, welche die sozialen Verpflichtungen einhalten, Vorteile verschaffen.

Die Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beruhen auf den Bestimmungen des öffentlichen Arbeitsrechts, einschliesslich der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 und des zugehörigen Ausführungsrechts sowie der Bestimmungen zur Unfallverhütung.

Die Arbeitsbedingungen entsprechen den zwingenden Vorschriften des Obligationenrechts über den Arbeitsvertrag, den normativen Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge und der Normalarbeitsverträge oder, wo diese fehlen, den orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen. Für im Ausland zu erbringende Leistungen müssen mindestens die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) eingehalten werden.

Gemäss der Rechtsprechung legt das öffentliche Beschaffungsrecht Grundsätze fest, die von allen Anbietern eingehalten werden müssen und deren Nichtbeachtung einen Ausschluss vom Vergabeverfahren zur Folge hat (gesetzliche Bestimmungen). Dies trifft insbesondere auf die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu, ohne dass ein Zusammenhang zwischen diesen Anforderungen und der Eignung des Unternehmens zur Auftragsausführung bestehen muss (BGE 140 I 285).

## 8. Gleichbehandlung von Frau und Mann

(Art. 11 Bst. f IVöB)

Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Frau und Mann präzisiert ebenfalls einen weiteren Aspekt des gesunden und wirksamen Wettbewerbs. In der Tat haben Anbieter, die den Frauen für gleichwertige Arbeiten geringere Löhne als ihren männlichen Kollegen auszahlen, niedrigere Betriebskosten als ihre Mitbewerber. Diese Lohndiskriminierung verfälscht den Wettbewerb zwischen den Anbietern.

Die Bundesverfassung hält übrigens in Art. 8 Abs. 3 fest: «Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.» Gemäss der Rechtsprechung legt das öffentliche Beschaffungsrecht Grundsätze fest, die von allen Anbietern eingehalten werden müssen und deren Nichtbeachtung einen Ausschluss vom Vergabeverfahren zur Folge hat (gesetzliche Bestimmungen). Dies trifft insbesondere auf die Einhaltung der Bestimmungen zur Gleichbehandlung von Frau und Mann zu, ohne dass ein Zusammenhang zwischen diesen Anforderungen und der Eignung des Unternehmens zur Auftragsausführung bestehen muss (BGE 140 I 285).

## 9. Vertraulichkeit von Informationen

(Art. 11 Bst. g IVöB)

Auch der Grundsatz der Vertraulichkeit von Informationen ist mit dem Grundsatz des gesunden und wirksamen Wettbewerbs verknüpft. Er zielt nämlich hauptsächlich darauf ab, dass Informationen, welche die Anbieter aufgrund einer Ausschreibung liefern und welche in einigen Fällen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder als gesetzlich geschütztes geistiges Eigentum einzustufen sind, nicht unbedacht und zum Nachteil des Inhabers verbreitet werden.

## 10. Gewährleistung des Rechtsschutzes

(Art. 15 IVöB; Art. 9 BGBM)

Die Gewährleistung des Rechtsschutzes bedeutet die Bereitstellung von Rechtsmitteln für Rechtssubjekte (Anbieter, Bewerber, Mitbewerber, Berufsverbände usw.), die gegen die Verfahren oder Entscheide einer Vergabestelle Beschwerde einreichen möchten, weil diese sie ihrer Ansicht nach benachteiligt haben. Die Wettbewerbskommission (WEKO) kann ebenfalls Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt (siehe Art. 9 Abs. 2bis BGM).

Die Beschwerde kann unter anderem dazu erhoben werden, um die Vergabestelle zur Durchführung oder Wiederholung einer Ausschreibung zu zwingen, um einen aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossenen Anbieter wieder zum Verfahren zuzulassen, um den Zuschlag zu erhalten oder um die Unrechtmässigkeit der angefochtenen Entscheidung feststellen zu lassen und dementsprechend Schadensersatzansprüche gegen die Vergabestelle geltend zu machen.

Als durch Beschwerde anfechtbare Verfügungen gelten: die Ausschreibung des Auftrags (dazu gehören die Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen sowie die eventuelle Berichtigungsmittelung); der Entscheid über die Aufnahme der Anbieter in eine ständige Liste; der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren; der Ausschluss aus dem Verfahren; der Zuschlag, dessen Widerruf oder der Abbruch des Vergabeverfahrens (Art. 15 IVöB) sowie die Sanktionen.