

Claudia Schneider Heusi

Vergaberecht – Die Revision



Bild: Stefano Ferrario, pixabay

1 Die neuen Erlasse

Die heutigen im Kanton Zürich geltenden gesetzlichen Grundlagen zum Vergaberecht¹ werden voraussichtlich 2022 durch revidierte Erlasse ersetzt. Die neuen Gesetze finden sich in der totalrevidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) und einem neuen Beitrittsgesetz (BeiG ZH) zu dieser revidierten IVöB 2019. Ein Entwurf zu diesem Gesetz wurde Ende 2020 in die Vernehmlassung² geschickt und voraussichtlich im Dezember 2021 vom Regierungsrat des Kantons Zürich zu Händen des Kantonsrats verabschiedet. Gerechnet wird mit einer Inkraftsetzung frühestens in der zweiten Hälfte 2022; das genaue Datum steht angesichts der offenen Dauer der parlamentarischen Beratung noch nicht fest. Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten der neuen Rechtsgrundlagen eingeleitet wurden, werden nach dem bisherigen Recht zu Ende geführt (Art. 63 Abs. 1 IVöB 2019). Welche Rechtsgrundlagen angewendet werden, entscheidet sich somit aufgrund des Zeitpunkts der Ausschreibung auf simap.ch im offenen/selektiven Verfahren bzw. das Datum der Einladung zur Offertstellung im Einladungs- bzw. freihändigen Verfahren.

Nachfolgend nimmt der Beitrag Bezug auf die neuen Bestimmungen auf kantonalen Ebene.

2 Die Hintergründe zur Revision

Die neue IVöB 2019 ist in weiten Teilen gleichlautend zum neuen Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB 2019), das auf Bundesebene bereits seit 1. Januar 2021 in Kraft ist. Jeder Kanton kann der IVöB 2019 durch Erklärung beitreten. Bereits beigetreten sind die Kantone Aargau und Appenzell Innerrhoden.³ In Kantonen, in denen der Beitritt noch nicht erfolgt ist, gilt weiterhin die IVöB vom 15. März 2001. Für eine gewisse Zeit wird somit in einigen Kantonen bereits die IVöB 2019 gelten, während in anderen Kantonen noch das alte Recht anwendbar ist. Entsprechend ist pro Kanton zu prüfen, was aktuell gilt und insbesondere, wie die Umsetzung der IVöB 2019 im konkreten Fall erfolgt ist.

Anlass der Totalrevision von IVöB sowie BöB waren einerseits die Umsetzung des revidierten Staatsvertrags GPA 2012⁴ und andererseits insbesondere die parallele Harmonisierung des nationalen Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen. Das Vergaberecht von Bund und Kantonen setzt die staatsvertraglichen Vorgaben je eigenständig um. Die Unterschiede in den gesetzlichen Regelungen von Bund einerseits und Kantonen andererseits waren vor Erlass der «Revisionsvorlagen 2019» zum Teil erheblich: Während im Bund Verhandlungen zulässig waren, galt für die Kantone das Verbot von Abgebotsrunden; so-

dann griff der Anwendungsbereich des Vergaberechts bei den Kantonen weiter. Der Bund kannte zudem nur einen beschränkten Rechtsschutz, währenddem die Kantone aufgrund des Binnenmarkt-

«Anlass der Totalrevision war insbesondere die Harmonisierung des nationalen Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen.»

gesetzes weit mehr in die Pflicht genommen wurden. Diese Unterschiede sowie der beschränkte Anwendungsbereich mit einem eingegrenzten Rechtsschutz auf Bundesebene wurden zu Recht kritisiert und waren unter anderem auch ein Grund, dass eine vereinheitlichte Vorlage 2008 scheiterte.

Im Rahmen der Umsetzung des revidierten GPA 2012 werden das Bundesrecht und die kantonalen Gesetze nun mit den «Revisionsvorlagen 2019» weitgehend angeglichen, aber nicht vereinheitlicht. Die Angleichung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen soll insbesondere Anbietern künftig erleichtern, sich in den Gesetzen zurechtzufinden. Die neuen Gesetze sind als weitgehend abschliessende Erlasse konzipiert worden, die nur punktuell auf Verordnungsstufe (Bund) bzw. in den Beitrittsgesetzen (Kantone) ergänzt oder konkretisiert werden sollen.

3 Die Umsetzung

3.1 Begrenzter Spielraum der Kantone

Die IVöB 2001 ist eine kantonale Rahmenvereinbarung, während die revidierte IVöB 2019 mit 64 Artikeln weitgehend alle Bereiche des Vergaberechts auf kantonaler und damit auch auf kommunaler Ebene regelt. Die kantonalen Ausführungserlasse werden entsprechend nur wenige materielle Bestimmungen enthalten.

Die Kantone verfügen in ihren Beitrittserlassen nur noch über einen minimalen Spielraum, unter Einhaltung der internationalen Verpflichtungen insbesondere Ausführungsbestimmungen zu Art. 10, 12 und 26 IVöB zu erlassen (Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019). Bei einzelnen weiteren Bestimmungen können sie sodann ergänzende Regelungen treffen, wie beispielsweise zur Erweiterung des Rechtsschutzes im unterschweligen freihändigen Verfahren, der erweiterten Publikationspflicht von ausnahmsweisen freihändigen Vergaben ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, zu Fristen und deren Verkürzung ausserhalb des Staatsvertragsbereichs sowie zum objektiven Geltungsbereich.⁵

Kantonale Ausführungsgesetze, die bundes- oder konkordatswidrige Vorschriften enthalten, sind nicht anwendbar. Dies gilt insbesondere für Zuschlagskriterien, die vergaberechtlichen Grundsätzen widersprechen. Auf kantonaler Ebene war das für den Erlass der IVöB 2019 zuständige Organ InöB⁶ einstimmig der Auffassung, dass die auf Ebene Bund vom Bundesparlament entgegen der bundesrätlichen Vorlage geschaffenen neuen Zuschlagskriterien

«Die beiden neu aufgeführten Zuschlagskriterien «unterschiedliches Preisniveau» und «Verlässlichkeit des Preises» sind gemäss Autorin unzulässig.»

nach Art. 29 Abs. 1 BöB «Verlässlichkeit des Preises» sowie «unterschiedliche Preisniveaus» unzulässig seien und keinen Eingang in die kantonalen Gesetze erhalten sollen. Beide Kriterien seien nicht nötig, würden sowohl rechtliche wie auch praktische Umsetzungsschwierigkeiten mit sich bringen und seien mit der neuen Vergabekultur sowie dem Ziel, das Beschaffungswesen möglichst zu vereinfachen, nicht zu vereinbaren. Es sei deshalb auch ausgeschlossen, dieses Kriterium im Rahmen der kantonalen Beitrittsgesetzgebung gestützt auf Art. 63 Abs. 4 IVöB einzuführen.⁷ Dieser rechtlichen Einschätzung des InöB stimmt die Autorin vollumfänglich zu; die beiden neuen in Art. 29 Abs. 1 BöB aufgeführten Zuschlagskriterien auf Bundesebene «unterschiedliches Preisniveau» und «Verlässlichkeit des Preises» sind nach Auffassung der Autorin unzulässig⁸ und sollten nicht in die kantonale Gesetzgebung übernommen werden:

- Das Kriterium «Verlässlichkeit des Preises» soll, so der Wortlaut sowie die parlamentarische Beratung auf Bundesebene, beim Angebotspreis verwendet werden. Eine Vergabestelle kann mit einem solchen Kriterium bei der Preisbewertung korrigierend eingreifen; ein Vorgehen, das gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unzulässig ist. Nach dem Leitentscheid BGE 143 II 553⁹ darf die Auftraggeberin beim Preis keine Abzüge vornehmen, mit der Begründung, ein Angebotspreis «sei zu tief, unplausibel oder unseriös.» Statt sich mit einem derart heiklen Kriterium zu exponieren, empfiehlt es sich, dass Vergabestellen bei Zweifeln an der Leistungserfüllung aufgrund eines tiefen Angebotspreises nach der Art. 38 Abs. 3 IVöB vorgehen. Ergibt sich aufgrund dieser Abklärungen, dass ein preislich niedriges Angebot tatsächlich Mängel aufweist oder davon ausgegangen werden muss, dass die verlangte Leistungserbringung zum angebotenen Preis nicht gewährleistet ist, ist der Anbieter deswegen und nicht wegen des niedrigen Preises auszuschliessen.
- Staatsvertragswidrig ist das Zuschlagskriterium zur Berücksichtigung der unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird. Eine Verwendung dieses Heimatschutzkriteriums wäre nur ausserhalb des Staatsvertragsbereichs überhaupt denkbar, bleibt allerdings da ebenfalls kritisch. Unklar ist, wie eine solche Prüfung überhaupt stattfinden könnte, gerade da, wo die Leistungserbringung über mehrere Fertigungs- und Lieferketten hinweg erfolgt.

3.2 Gemeinsamer Beschaffungsleitfaden TRIAS

Um die Harmonisierung des Vergaberechts ebenfalls in der Umsetzung zu gewährleisten, erarbeiten Bund, Kantone, Städte und Gemeinden unter Leitung der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz BPUK derzeit den gemeinsamen Beschaffungsleitfaden TRIAS.¹⁰ Der Leitfaden soll als schlankes und praxistaugliches Instrument mit einem massvollen Detaillierungsgrad aufgebaut sein. Ergänzend zu diesem künftigen gemeinsamen Beschaffungsleitfaden veröffentlicht die BPUK bereits heute Faktenblätter, welche die Beschaffungsstellen beim Vollzug unterstützen sollen.¹¹

4 Die Änderungen

4.1 Vorab: Vieles bleibt

Das Vergaberecht im Kanton Zürich wird mit der IVöB 2019 nicht grundlegend neu. Es bleibt bei den vier Verfahrensarten und den bereits bekannten Abläufen eines Beschaffungsverfahrens. Terminologisch wird hier einzig neu zwischen Aufträgen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs unterschieden. Weitgehend unverändert geblieben ist sodann der Geltungs-

bereich. Er wird entsprechend der bisherigen Rechtsprechung nun gesetzlich definiert, zusammen mit Begriffsdefinitionen sowie weiteren, bisher von der Gerichtspraxis entwickelten Regelungen. Dies erklärt, weshalb die IVöB 2019 mit 64 Artikeln nun umfangreicher ausfällt. Schlank gehalten ist das vorgesehene Beitrittsgesetz zur IVöB 2019.

Der IVöB 2019 unterstehen im Grundsatz die gleichen Auftraggeber sowie dieselben Aufträge wie nach dem bisherigen Recht. Neu ist gesetzlich festgehalten, dass das Vergaberecht explizit auch für die Übertragung öffentlicher Aufgaben oder von Konzessionen gilt (Art. 9 IVöB 2019). Die von Lehre und Praxis entwickelten Ausnahmen vom Geltungsbereich werden sodann in Art. 10 IVöB 2019 ausdrücklich erwähnt, etwa für Grundstücksgeschäfte, Quasi-In-House-Beschaffungen (bei staats eigenen Unternehmen) oder In-State-Beschaffungen (bei anderen Vergabestellen). Der Kanton Zürich will hingegen öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen von Kanton und Gemeinden dem Vergaberecht unterstellen, ebenso wie Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration (§ 2 E-BeiG ZH).

**«Der Kanton Zürich will öffentlich-rechtliche
Vorsorgeeinrichtungen sowie Aufträge an
Organisationen der Arbeitsintegration dem
Vergaberecht unterstellen.»**

4.2 Vergabeverfahren, Schwellenwerte und Auftragswertberechnung

Bei den Schwellenwerten¹² gilt neu für Lieferungen und Dienstleistungen einheitlich ein Schwellenwert von 150 000 Franken für das Einladungsverfahren. Bisher galt für Lieferungen ein Schwellenwert von 100 000 Franken. Unverändert blieben die wichtigen Regelungen zur Auftragswertberechnung. Zur Auftragsdauer bestimmt nun Art. 15 Abs. 4 IVöB, dass die Laufzeit in der Regel fünf Jahre nicht überschreiten darf. Nur in begründeten Fällen ist eine längere Laufzeit möglich.

Das freihändige Verfahren unterhalb der Schwellenwerte bleibt wie bisher ein formloses Verfahren. Das Gesetz hält entsprechend der bisherigen Rechtsprechung fest, dass die Auftraggeberin Vergleichsangebote einholen und Verhandlungen durchführen kann.¹³ Der Katalog der Ausnahmegründe, die eine überschwellige ausnahmsweise freihändige Beschaffung erlauben (Art. 21 Abs. 2 IVöB 2019), wurde bei Folgeaufträgen erweitert. So können sie direkt vergeben werden, wenn «ein Wechsel des Anbieters für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, erhebliche Schwierigkeiten bereitet oder substantielle Mehrkosten mit sich bringen würde» (Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB 2019). Es ist indessen davon auszugehen, dass die Gerichtspraxis weiterhin restriktive Anforderungen stellen und verlangen wird, dass der Grundauftrag

rechtmässig vergeben wurde und die Folgeaufträge nicht der Umgehung der Ausschreibungspflicht dienen. Unverändert geblieben sind die wichtigen Form-erfordernisse zu ausnahmsweisen freihändigen Vergaben: Ein freihändig erteilter Zuschlag ist vor einer Auftragserteilung und vor einer Leistungserbringung

«Bei Folgeaufträgen wurden die Ausnahmegründe erweitert, die eine überschwellige ausnahmsweise freihändige Beschaffung erlauben.»

durch den Anbieter von der Auftraggeberin entsprechend ihrer Vergabekompetenzen zu beschliessen. Die Auftraggeberin hat eine Dokumentation zu erstellen, in der insbesondere die Umstände und Bedingungen, welche die Anwendung

des freihändigen Verfahrens rechtfertigen, begründet sind. Ein freihändiger Zuschlag, bei dem auf eine Ausnahmebestimmung abgestellt wird, ist immer auf simap.ch mit Angaben zum berücksichtigten Anbieter, dem Preis des Angebots, einem Hinweis auf die entsprechenden Ausnahmetatbestände sowie einer Rechtsmittelbelehrung zu publizieren.¹⁴

4.3 Zusätzliche Beschaffungsinstrumente

Die IVöB 2019 sieht neue Instrumente vor, die im Rahmen eines Einladungs-, offenen oder selektiven Verfahrens angewendet werden können:

- Elektronische Auktionen (Art. 23 IVöB 2019): Mit ihnen können standardisierte Leistungen weitgehend automatisiert beschafft werden.
- Dialog (Art. 24 IVöB 2019): Mit dem Dialog kann die Auftraggeberin den Leistungsgegenstand oder die Lösungswege bei komplexen oder innovativen Leistungen im Austausch mit den Anbietern konkretisieren. Dieses Instrument ist aufwändig und dann sinnvoll, wenn eine Interaktion mit den Anbietern notwendig ist, um vergleichbare, später umsetzbare Angebote zu erhalten. Nicht zulässig sind Preisverhandlungen. Der Dialog erfordert hohe Transparenz und ein sorgfältiges Vorgehen der Auftraggeberin. Die Auftraggeberin hat in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen ihre Bedürfnisse und Anforderungen zu formulieren sowie die Modalitäten des Dialogverfahrens bekannt zu geben und den Ablauf sowie den Inhalt ausreichend zu dokumentieren. So ist der Ablauf des Dialogs einschliesslich Dauer, Fristen, Entschädigung und Nutzung der Immaterialgüterrechte in einer Dialogvereinbarung festzulegen. Die Auftraggeberin kann die Zahl der teilnehmenden Anbieter nach sachlichen und transparenten Kriterien reduzieren.
- Rahmenverträge (Art. 25 IVöB 2019): Die Auftraggeberin kann einem oder mehreren Anbietern einen Auftrag für Leistungen erteilen, die während einer gewissen Zeit – längstens fünf Jahre – abgerufen werden sollen. Die

Auftraggeberin kann so die Bedingungen festlegen für Einzelaufträge, die im Lauf eines späteren Zeitraums erteilt werden sollen, so insbesondere der Preis und die im Einzelfall zu erbringenden Leistungen. Verschiedene Modelle kommen in der Praxis vor: Einerseits die Ausschreibung eines Rahmenvertragspartners, bei dem die späteren Bestellungen ausgelöst werden oder dann andererseits die Evaluation mehrerer Vertragspartner, die beim späteren Leistungsbezug angefragt werden können und die sich dabei um diese Einzelaufträge untereinander konkurrenzieren (sogenannter «Minitender»). Je länger der Zeitraum für einen Auftrag mit den einzelfallweise abzurufenden Teillieferungen bemessen ist, umso unsicherer wird die technische und preisliche Entwicklung. Anpassungsklauseln des Vertrags können zwar vorgesehen oder vorbehalten werden. Sie dürfen aber nicht dazu führen, dass der ursprünglich ausgeschriebene Vertragsgegenstand und -preis erheblich abgeändert werden. Weiter ist im Vertrag und damit bereits in den Ausschreibungsunterlagen zu klären, in welchem Umfang die Auftraggeberin zum Bezug der im Rahmenvertrag festgelegten Artikel und Dienstleistungen verpflichtet ist bzw. nicht, sowie unter welchen Voraussetzungen eine Vertragskündigung möglich ist.

4.4 Neue Anforderungen an Anbieter, Änderungen bei den Eignungskriterien

Die von den Anbietern einzuhaltenden Teilnahmebedingungen wie die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts sind in Art. 12 IVöB 2019 konkreter formuliert. Die Anbieter müssen diese Anforderungen ihren Subunternehmern überbinden (Art. 12 Abs. 4 und Art. 26 IVöB 2019).

Zum Bezug von Subunternehmern regelt neu Art. 31 Abs. 3 IVöB, dass «die charakteristische Leistung» grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen ist. Damit sollen Angebote von Anbietern verhindert werden, die selber keine oder nur untergeordnete Aufgaben übernehmen. Die uneingeschränkte Weitergabe sämtlicher durch die Leistungserbringerin übernommenen Leistungen ist inskünftig nicht mehr möglich. Die Auftraggeberin hat die aus ihrer Sicht charakteristischen Leistungen zu bezeichnen.

«Zum Bezug von Subunternehmern regelt das Gesetz neu, dass «die charakteristische Leistung» grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen ist.»

Art. 31 Abs. 2 IVöB äussert sich zu Mehrfachbewerbungen von Subunternehmern sowie von Mitgliedern von Bietergemeinschaften. Sie sind zulässig, wenn die Auftraggeberin sie in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsun-

terlagen ausdrücklich zugelassen hat. Die Auftraggeberin hat beim Entscheid, ob sie Mehrfachbewerbungen zulässt, vom Umfang sowie der Bedeutung des betroffenen Leistungsanteils auszugehen. Mehrfachbewerbungen sind da zuzulassen, wo sich mehrere Anbieterteams mit einer auf dem Markt begrenzten Anzahl von Spezialisten als Teilnehmer eines Verfahrens konstituieren müssen und der prozentuale Anteil des Leistungserbringers an der ausgeschriebenen Gesamtleistung nicht essentiell ist.

Neu bei den Eignungskriterien ist Art. 27 Abs. 4 IVöB: Die Auftraggeberin darf nicht verlangen, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge erhalten hat. Sie hat beim Abstellen auf Referenzen eines Anbieters vergleichbare Aufträge öffentlicher oder privater Auftraggeber zuzulassen. Damit sollen langjährige Seilschaften zwischen Auftraggebern und Anbietern verhindert werden.

4.5 Neue Zuschlagskriterien und bekannte Regeln

Art. 29 IVöB unterscheidet zwischen möglichen Kriterien innerhalb (Abs. 1) und zusätzlichen Kriterien ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (Abs. 2). Neu vorgeschrieben ist die Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen (Abs. 3); unverändert ist die ausnahmsweise ausschliessliche Verwendung des Kriteriums Preis für standardisierte Leistungen (Abs. 4).

Grundsätzlich gilt, dass die beiden Kriterien Qualität und Preis immer zu nennen sind. Wie bisher zählt das Gesetz mögliche qualitative Zuschlagskriterien nicht abschliessend auf. Neu nennt Art. 29 Abs. 1 IVöB beispielsweise zusätzlich: Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz

der Methodik, sodann Nachhaltigkeit (mit den drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie¹⁵ und Soziales¹⁶), weiter die Lebenszykluskosten (als Oberbegriff für Beschaffungs-, Betriebs-,

«Neu vorgeschrieben ist die Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen.»

Rückbau- und Entsorgungskosten). Solche Kriterien bedingen eine klare Umschreibung der geforderten Nachweise sowie der vorgesehenen Bewertung. Beurteilt die Auftraggeberin zum Beispiel die Angebote nach dem Kriterium Lebenszykluskostenansatz, hat sie in den Ausschreibungsunterlagen die von den Anbietern bereitzustellenden Daten und die Methode zur Bestimmung der Lebenszykluskosten zu nennen.

Neu ist weiter das Zuschlagskriterium «Plausibilität des Angebots». Bei diesem Zuschlagskriterium ist es – so das Bundesgericht – unzulässig, einen Bewertungsabzug vorzunehmen mit der Begründung, der offerierte tiefe Preis sei un-

plausibel, weil er nicht den Erwartungen entspreche oder weil er nicht kostendeckend sei. Angebote können entsprechend dieser Rechtsprechung unter dem Aspekt der Plausibilität nur bewertet werden, soweit Qualitätskriterien davon betroffen sind und soweit dies für die Anbieter erkennbar war.¹⁷ Diese Leitplanken werden auch künftig zu beachten sein. Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen transparent darzulegen, welche Qualitätskriterien sie aufgrund welcher Parameter nach ihrer Plausibilität prüft und bewertet. Denkbar ist zum Beispiel, dass die Auftraggeberin den von den Anbietern in ihren Angeboten vorgesehene zeitlichen Einsatz ihrer Schlüsselpersonen entsprechend der für diese Personen einkalkulierten Stunden im Preisangebot auf Plausibilität hin prüft oder mittels einer Sensitivitätsanalyse wirtschaftliche Risiken quantifiziert.¹⁸

Unverändert zwingend ist das Kriterium Preis. Ausgenommen sind Wettbewerbe und Studienaufträge, bei denen gerade nicht Angebote, sondern Beiträge zur Lösungsfindung beurteilt werden.¹⁹ Weiterhin gibt es keine gesetzlichen Vorschriften zur Mindestgewichtung des Preises oder zu Preisbewertungsformeln; hier gelten die von der Rechtspraxis entwickelten wichtigen Regeln.²⁰ So soll dem Kriterium Preis gegenüber weiteren Zuschlagskriterien je weniger Gewicht eingeräumt werden, desto komplexer und anspruchsvoller die ausbeschriebene Leistung ist. Nach dem Bundesgericht stellt eine Mindestgewichtung von 20 Prozent die unterste Grenze dar. Zugleich darf keine flache Preisbewertungskurve gewählt werden, welche die Gewichtung des Preises relativieren würde.²¹

4.6 Angebote und ihre Behandlung

4.6.1 Angebotsöffnung und Prüfung der Angebote

Gesetzlich verankert ist nun die Möglichkeit (aber nicht die Pflicht), dass die Auftraggeberin die Angebotseinreichung von Preis und Leistung in zwei Couverts verlangen kann. Art. 37 Abs. 3 IVöB regelt dazu die gleichzeitig stattfindenden Offertöffnungen und Art. 38 Abs. 4 IVöB die schrittweise Prüfung von Leistung und Gesamtpreisen. Unverändert ist die Regelung, wonach allen Anbietern spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in das Protokoll zu gewähren ist (Art. 37 Abs. 4 IVöB 2019).

«Gehen ungewöhnlich niedrige Angebote ein, muss die Auftraggeberin ergänzende Erkundigungen zur Einhaltung der Teilnahmebedingungen und zu den Leistungsanforderungen einholen.»

Gehen ungewöhnlich niedrige Angebote ein, ist die Auftraggeberin nach Art. 38 Abs. 3 IVöB neu in der Pflicht, ergänzende Erkundigungen zur Ein-

haltung der Teilnahmebedingungen und zu den Leistungsanforderungen einzuholen. Der Gesetzgeber schränkte mit der Formulierung der früheren Kann- zur nunmehr geltenden Mussbestimmung den Ermessensspielraum der Auftraggeberin ein. Unverändert geblieben ist, dass Angebote mit Preisen, die unter ihren Gestehungskosten liegen, zulässig sind, solange der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen erfüllt.²²

4.6.2 Bereinigung der Angebote

Im Grundsatz gilt weiterhin, dass Angebote nach ihrer Einreichung nicht abgeändert werden dürfen und unveränderbar sind. Neu zulässig sind indessen nun sogenannte technische Verhandlungen. Mit ihnen kann gemäss Art. 39 Abs. 1 IVöB 2019 die Auftraggeberin zusammen mit den Anbietern die Angebote hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung bereinigen. Art. 39 Abs. 2 IVöB nennt die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine solche Bereinigung der Angebote durchgeführt werden kann:

- lit. a: Eine Klärung des Auftrags oder der Angebote ist notwendig bzw. die Angebote müssen vergleichbar gemacht werden;
- lit. b: Leistungsänderungen sind sachlich geboten, wobei der Leistungsgegenstand, die Kriterien und Spezifikationen nicht so angepasst werden dürfen, dass sich die charakteristische Leistung oder der potenzielle Anbieterkreis verändert.

Wichtig ist eine ausreichende Protokollierung solcher Bereinigungsgespräche und Dokumentation der Resultate (Art. 39 Abs. 4 IVöB 2019). Unverändert gilt laut Art. 11 lit. e IVöB 2019 weiterhin das Verbot von Abgebotsrunden: Über Preise darf auch in Zukunft nicht verhandelt werden. Hingegen kann eine nach den oben genannten Voraussetzungen zulässige Leistungsänderung einen Einfluss auf den Angebotspreis haben. Eine Preisanpassung ist somit dann möglich, wenn sie aus einer solchen sachlich gebotenen Leistungsänderung resultiert (Art. 39 Abs. 3 IVöB 2019).

4.6.3 Bewertung der Angebote

Wie bereits heute sind die gültigen Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv, einheitlich und nachvollziehbar zu prüfen und zu bewerten. Laut Art. 40 Abs. 1 IVöB 2019 ist dabei die Pflicht der Auftraggeberin zur Dokumentation der Evaluation wichtig. Zulässig sind neu sogenannte «short lists». Die Auftraggeberin kann nach einer ersten Prüfung aller Angebote die drei bestrangierten Angebote auswählen und nur diese einer umfassenden Bewertung unterziehen. Sie verzichtet so auf eine umfassende Prüfung aller Angebote. Verlangt wird die vorgängige Ankündigung in den Ausschreibungsunterlagen und dass damit ein erheblicher Aufwand vermieden werden kann.

4.6.4 Zuschlagsentscheid, Mitteilung von Vergabeentscheiden und Rechtsmittelfrist

Nach Art. 41 IVöB erhält das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag.²³ Vergabeentscheide (auch Zuschläge) müssen neu summarisch begründet werden mit Angaben, die es den Anbietern ermöglichen, den Entscheid zumindest in den Grundzügen nachzuvollziehen. Zu nennen sind nach Art. 51 Abs. 2 IVöB 2019 mindestens:

- Art des Verfahrens;
- Namen des berücksichtigten Anbieters;
- Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots;
- massgebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots;
- bei einer ausnahmsweise freihändigen Vergabe: Darlegung der Gründe.

Wie bisher gilt, dass Vergabeentscheide angefochten werden können; länger ist die Rechtsmittelfrist mit 20 Tagen statt wie bisher 10 Tagen. Die Auftraggeberin darf den Vertrag mit dem Anbieter nach dem Zuschlag grundsätzlich erst nach Ablauf dieser unbenutzten Beschwerdefrist abschliessen (Art. 42 Abs. 1 IVöB 2019). Neu enthält Art. 53 IVöB einen abschliessenden Katalog der anfechtbaren Verfügungen. Weitere Zwischenverfügungen können nicht selbständig angefochten werden. Dies gilt zum Beispiel für sogenannte Parkierungsschreiben, nach denen die Auftraggeberin einem Anbieter mitteilt, dass sein Angebot bis zum Zuschlagsentscheid nicht weiter geprüft wird.

«Vergabeentscheide müssen summarisch begründet und mit einer Rechtsmittelfrist von 20 statt wie bisher 10 Tagen versehen werden.»

5 Fazit

Die totalrevidierten Erlasse schaffen in vielen Bereichen Klarheit, und mit der IVöB 2019 ist ein grosser Schritt zur angestrebten Harmonisierung der Rechtsgrundlagen der Kantone erfolgt. Eine weitgehende Angleichung zur Beschaffungsgesetzgebung des Bundes hat zwar ebenfalls stattgefunden, es bleiben aber Unterschiede, auf die im Einzelfall zu achten ist. Zu hoffen ist, dass die kantonalen Parlamente bei der Umsetzung dem Gedanken der Harmonisierung folgen werden und insbesondere auf eine Ergänzung der Ausführungsbestimmungen durch unzulässige Zuschlagskriterien²⁴ verzichten.

**Claudia Schneider Heusi,
Rechtsanwältin, Zürich**



- ¹ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB vom 15. März 2001 mit dem Beitrittsgesetz vom 15. September 2003 (BeiG ZH) sowie Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003.
- ² Zu den Vernehmlassungsvorlagen vgl. www.zh.ch > Politik & Staat > Gesetze & Beschlüsse > Vernehmlassungen (Stand: 26. November 2021; Suchbegriff IVöB).
- ³ Vgl. die Übersicht auf www.bpuk.ch > Konkordate > IVöB > IVöB 2019 (Stand: 26. November 2021).
- ⁴ Government Procurement Agreement, GPA 2012.
- ⁵ Vgl. Musterbeitrittsgesetz mit Grundlagen auf www.bpuk.ch > Konkordate > IVöB > IVöB 2019 > Dokumente zur revidierten IVöB > DE Grundlagen Beitrittsgesetz (Stand: 26. November 2021).
- ⁶ Interkantonales Organ gemäss Art. 61 IVöB 2019.
- ⁷ Vgl. dazu BPUK, Faktenblätter Preisniveau und Verlässlichkeit des Preises vom 15. Dezember 2020, www.bpuk.ch > Konkordate > IVöB > Faktenblätter (Stand: 26. November 2021).
- ⁸ Schneider Heusi Claudia, Anbieter, Offerten, Kriterien im revidierten Vergaberecht, in: BR/DC Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen 1/2020, S. 32 ff.
- ⁹ BGE 143 II 553 E.
- ¹⁰ www.bpuk.ch > Konkordate > IVöB > TRIAS (Stand: 26. November 2021).
- ¹¹ www.bpuk.ch > Konkordate > IVöB > Faktenblätter (Stand: 26. November 2021).
- ¹² Art. 16 und Anhänge zur IVöB 2019.
- ¹³ Art. 21 Abs. 1 IVöB 2019; vgl. zur Rechtsprechung: Kriterium, Information zur Submissionspraxis, KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen Kanton Zürich, Nr. 22 (November 2007) und Nr. 26 (November 2009).
- ¹⁴ Art. 21 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 6 IVöB; § 3 E-BeiG ZH.
- ¹⁵ Umweltverträglichkeit sowie Ressourcenschonung und -effizienz des Beschaffungsgegenstands sowie der Herstellung, Nutzung und Entsorgung.
- ¹⁶ Beispielsweise Mitberücksichtigung von Fair-Traide-Produkten.
- ¹⁷ BGE 143 II 553 E.
- ¹⁸ Schneider Heusi Claudia, Die Bewertung des Preises, in: Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, S. 325 ff., Rz. 78.
- ¹⁹ Art. 29 Abs. 3 IVöB 2019; Art. 22 IVöB 2019.
- ²⁰ Schneider Heusi (EN 18).
- ²¹ BGE 143 II 553; BGE 129 I 313.
- ²² Lutz Daniela, Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in: Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 295.
- ²³ Bisher «wirtschaftlich günstigstes Angebot», vgl. § 33 Submissionsverordnung 2003.
- ²⁴ Nicht wie das Bundesparlament (Art. 29 Abs. 1 BöB) sowie der Kanton Aargau (§ 2 Dekret über das öffentliche Beschaffungswesen DöB), mit den zusätzlichen Kriterien «unterschiedliches Preisniveau» und «Verlässlichkeit des Preises» (vgl. dazu Kapitel. 3.1 in diesem Beitrag).