



Herisau, 26. August 2025

5000.1174

**Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen; Totalrevision (Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB 2019]);
Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf**

A. Allgemeines

1. Ausgangslage

a) Bestehende rechtliche Rahmenbedingungen

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt die öffentliche Hand Sachmittel und Leistungen, die sie von privaten Anbietern bezieht und einkauft. Da hierbei einem Anbieter keine Nachteile auferlegt werden sollen, die für andere nicht gelten, aber auch keine Vorteile gewährt werden, die nicht allen anderen potenziellen Anbietern auch zugutekommen, dürfen diese Beschaffungen nur unter der Einhaltung von gewissen Regeln vorgenommen werden. Diese Regeln werden unter der Begrifflichkeit "öffentliches Beschaffungswesen" zusammengefasst.

Allem voran wird das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz durch das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, kurz GPA 1996) geregelt. Dieses wurde erstmalig am 15. April 1994 beschlossen und trat am 1. Januar 1996 auch in der Schweiz in Kraft. Dieser Staatsvertrag musste durch den Bund und die Kantone umgesetzt werden. Die Kantone setzten das GPA 1996 mit der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB 2001) um, welche in Appenzell Ausserrhoden am 27. Oktober 2003 in Kraft trat. Zudem beschloss die Landsgemeinde von Appenzell Ausserrhoden am 24. September 2000 das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (bGS 712.1). Der Kantonsrat erliess am 13. September 2004 gestützt darauf die kantonsrätliche Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (bGS 712.11).

b) Wesentlicher Regelungsgehalt der IVöB 2001

Aus der IVöB 2001 ergibt sich vorab, dass für Beschaffungen in einen von Staatsverträgen erfassten und einen von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich unterschieden wird. Im Staatsvertragsbereich werden dabei die Verpflichtungen aus den internationalen Verträgen ins kantonale Recht umgesetzt (Art. 5^{bis} Abs. 2 IVöB 2001). Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs werden die innerstaatlichen Bestimmungen der Kantone harmonisiert (Art. 5^{bis} Abs. 2 IVöB 2001). Ob ein Auftrag dem Staatsvertragsbereich untersteht, hängt von seinem Auftragswert, von der Qualifikation der Auftraggeberin oder des Auftraggebers und von der Auftragsart ab. Die zu beschaffenden Leistungen werden in Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge unterteilt (Art. 6

IVöB 2001). Abhängig davon, ob eine Beschaffung dem Staatsvertragsbereich untersteht und um welche Auftragsart es sich handelt, gelten jeweils unterschiedliche Schwellenwerte (Art. 7 IVöB 2001). Die Schwellenwerte für den Staatsvertragsbereich betragen aktuell die folgenden Frankenbeträge:

Auftraggeberin und Auftraggeber	Auftragswert in Fr.		
	Bauleistungen	Lieferungen	Dienstleistungen
Kantone	8'700'000	350'000	350'000
Behörden und öff. Unternehmen in den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation	8'700'000	700'000	700'000
Gemeinden	8'700'000	350'000	350'000
Private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten in den Sektoren Wasser, Energie und Verkehr	8'700'000	700'000	700'000
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich des Schienenverkehrs und der Gas- und Wärmeversorgung	8'000'000	640'000	640'000
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich der Telekommunikation	8'000'000	960'000	960'000

Je nach Höhe des Auftragswerts untersteht die Beschaffung unterschiedlichen Verfahrensarten, in welchem bestimmte Regeln gelten (Art. 12 und 12^{bis} IVöB 2001). Es werden das offene Verfahren, das selektive Verfahren, das Einladungsverfahren und das freihändige Verfahren unterschieden (Art. 12 IVöB 2001). Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs sind alle Verfahren anwendbar, im Staatsvertragsbereich entfällt die Möglichkeit des Einladungsverfahrens (Art. 12^{bis} IVöB 2001).

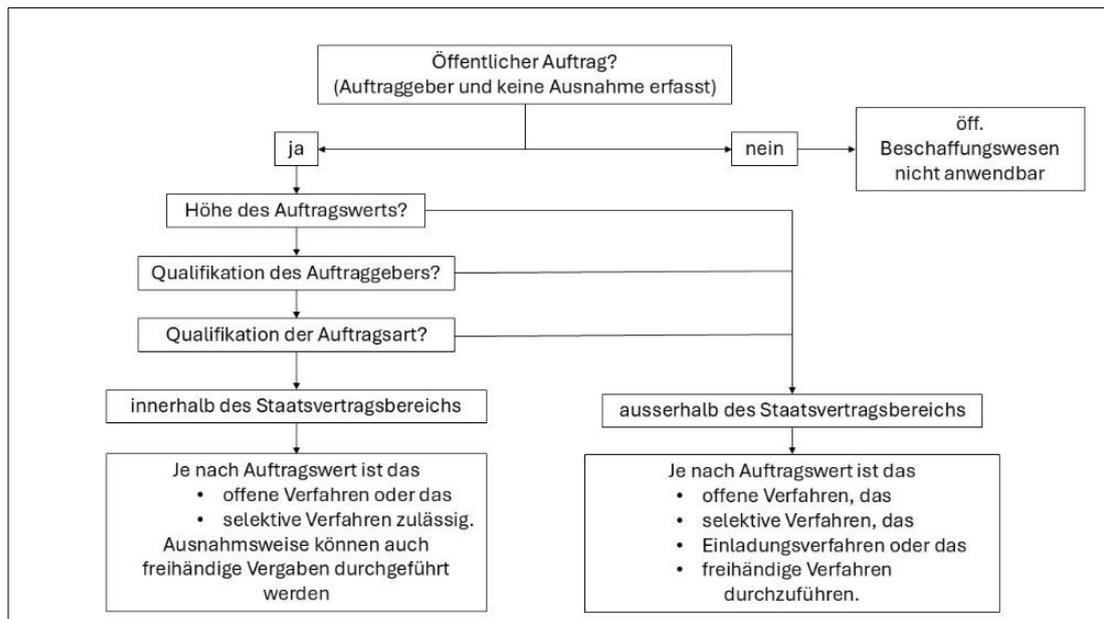


Abbildung 1: Flussschema zur Bestimmung der Verfahrensart



Im offenen Verfahren ist die Beschaffung öffentlich auszuschreiben und alle Anbieterinnen und Anbieter können ein Angebot einreichen (Art. 12 Abs. 1 lit. a IVöB 2001). Im selektiven Verfahren ist die Beschaffung öffentlich auszuschreiben, wobei Anbieterinnen und Anbieter einen Antrag auf Teilnahme einreichen können. Die Beschaffungsstelle bestimmt anhand von Eignungskriterien, welche Anbieterinnen und Anbieter ein Angebot einreichen dürfen (Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB 2001). Im Einladungsverfahren lädt die Beschaffungsstelle bestimmte Anbieterinnen und Anbieter zur Angebotsabgabe ein, ohne dass die Beschaffung öffentlich ausgeschrieben werden muss (Art. 12 Abs. 1 lit. b^{bis} IVöB 2001). Im freihändigen Verfahren schliesslich vergibt die Beschaffungsstelle den Auftrag direkt an eine Anbieterin oder einen Anbieter (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB 2001).

Des Weiteren ergeben sich aus der IVöB 2001 Vorgaben zum Ablauf des Beschaffungsverfahrens und insbesondere zum Rechtsschutz (Art. 15 ff. IVöB 2001). Zusammengefasst regelt die IVöB 2001 vor allem die Minimalanforderungen, belässt den Kantonen in der Umsetzung jedoch erheblichen Spielraum.

c) Regelungsgehalt der kantonalen Bestimmungen

Das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen konkretisiert die Vorschriften der IVöB 2001 und regelt die wesentlichen Zuständigkeiten. Die Verfahrensvorschriften, welche den Beschaffungsprozess regeln, ergeben sich aus der zugehörigen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen. Darin wird beispielsweise geregelt, unter welchen Voraussetzungen eine Anbieterin oder ein Anbieter zu einem Beschaffungsverfahren zugelassen wird, wie die Ausschreibung abläuft und wie die Verfahrensschritte bis hin zum Vertragsschluss ausgestaltet sind. Eine Beschaffungsstelle hat damit in einem Beschaffungsprozess in erster Linie die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen beizuziehen, muss aber auch auf die Einhaltung der IVöB 2001 achten.

d) Staatsvertragsrevision und deren Folgen

Im Jahr 2012 wurde das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA 2012, im Folgenden GPA) revidiert. Dieses erweitert den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens, vereinfacht und modernisiert den Konventionstext und regelt den Einsatz elektronischer Mittel. Dieser revidierte Staatsvertrag ist durch die Vertragsstaaten – mithin auch die Schweiz – im innerstaatlichen Recht umzusetzen.

Da verschiedene schweizerische Wirtschaftsverbände seit Jahren eine Harmonisierung zwischen den Rechtsordnungen des Bundes und der Kantone forderten, kamen der Bund und die Kantone überein, die internationalen Vorgaben im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten separat, aber basierend auf den Regelungsvorschlägen einer paritätischen Arbeitsgruppe Bund-Kantone umzusetzen. Diese Arbeitsgruppe hat seitens des Bundes unter der Federführung der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) und seitens der Kantone unter der Federführung der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) einen Entwurf des revidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen und einen Entwurf der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen ausgearbeitet.

2. Handlungsbedarf

a) Inkraftsetzung des revidierten GPA und Revision des Bundesgesetzes

Der Bundesrat unterzeichnete das GPA (SR 0.632.231.422) am 21. März 2012 unter Vorbehalt der Genehmigung durch das Parlament. Am 21. Juni 2019 beschloss das Bundesparlament das neue Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) und genehmigte das GPA. Der Bundesrat setzte das BöB (AS 2020 641) und das GPA (AS 2020 6493) per 1. Januar 2021 in Kraft. Seither müssen alle öffentlichen Beschaffungen in der Schweiz die Rahmenbedingungen des GPA einhalten. Die IVöB 2001 und die darauf gestützten kantonalen Erlasse genügen diesen Anforderungen nicht vollumfänglich, beispielsweise sieht die kantonale Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen teilweise kürzere Fristen vor als im GPA vorgesehen (z. B. Mindestfrist von 14 Tagen für die Einreichung von Angeboten statt der notwendigen 20 Tage). Die Anwendung von nicht dem GPA-entsprechenden Bestimmungen führt dazu, dass der Staatsvertrag verletzt ist. Es ist zu erwarten, dass der Bund oder das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) mittelfristig eine Anpassung durchsetzen oder dass dies in einem Rechtsmittelverfahren zu Problemen führen wird.

b) Totalrevision der interkantonalen Vereinbarung und Stand der Umsetzung

Das InöB verabschiedete an der Sonderplenarversammlung vom 15. Juni 2019 die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: IVöB 2019). Die IVöB 2019 genügt den Anforderungen des GPA. Nach der Verabschiedung sind bereits 21 Kantone der IVöB 2019 beigetreten. In drei Kantonen, unter anderem in Appenzell Ausserrhoden, läuft das Beitrittsverfahren. Dem Kanton Bern wurde der Beitritt zur IVöB 2019 aufgrund eines abweichenden mehrstufigen Rechtsmittelwegs verweigert. Er wendet die IVöB 2019 aber als kantonales Recht an. Einziger Kanton Tessin hat das Beitrittsverfahren bislang noch nicht eingeleitet.

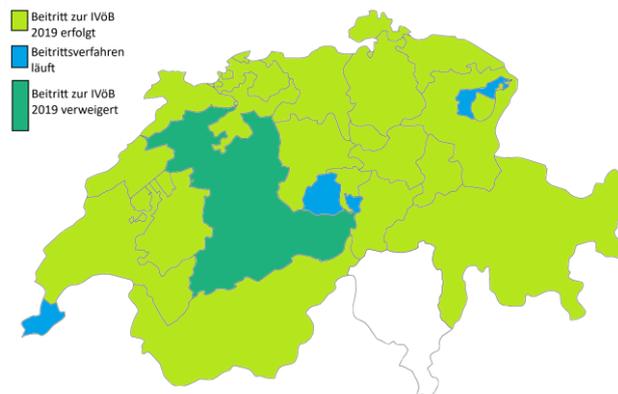


Abbildung 2: Überblick über den Stand der Beitritte zur IVöB 2019; Stand Juli 2025
(Karte: muster-vorlage.ch; Einfärbung: Kanton Appenzell Ausserrhoden)

c) Regelungsbedarf

Die geltenden Bestimmungen zum öffentlichen Beschaffungswesen in Appenzell Ausserrhoden genügen den Rahmenbedingungen des GPA nicht mehr, weshalb sie überarbeitet werden müssen. Da die IVöB 2019 diesen Rahmenbedingungen genügt und fast alle Kantone dieser beigetreten sind, handelt es sich bei einem Beitritt



zur IVöB 2019 um den sinnvollsten und praktikabelsten Weg. Dies ist allerdings nicht zwingend notwendig, sondern es könnte auch die bisherige kantonale Gesetzgebung so revidiert werden, dass sie den Rahmenbedingungen des GPA genügt. Der Regierungsrat erachtet letzteren Weg aber als nicht sinnvoll. Wie aus der oben aufgeführten Abbildung 2 hervorgeht, haben Stand Juni 2025 bereits 21 Kantone den Beitritt zur IVöB 2019 erklärt. Aus Gründen der Harmonisierung des Beschaffungsrechts unter den Kantonen soll der IVöB 2019 ebenfalls beigetreten werden.

B. Grundzüge der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019)

1. Ziele

a) Im Allgemeinen

Mit der IVöB 2019 wird hauptsächlich die Umsetzung des GPA auf kantonaler Stufe beabsichtigt. Die bisherigen Ziele des Beschaffungswesens – der wirtschaftliche Einsatz öffentlicher Mittel, die Gleichbehandlung und die Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen und Anbieter, die Förderung des Wettbewerbs sowie die Transparenz der Verfahren – werden ausdrücklich beibehalten. Nebst der sich aus dem GPA ergebenden Anpassungen sind neu zudem Massnahmen gegen die gemeinsame Zusammenarbeit mehrerer Unternehmen zur Schädigung der öffentlichen Hand und Massnahmen gegen Korruption sowie die ausdrückliche Anerkennung nachhaltiger Beschaffungen vorgesehen.

b) Neue Beschaffungsinstrumente

Im Weiteren bezweckt die IVöB 2019 die Flexibilisierung und Modernisierung. Den Beschaffungsstellen werden daher neue Beschaffungsinstrumente zur Verfügung gestellt, womit innovative Lösungen gefunden werden können. So sieht die IVöB 2019 beispielsweise neu vor: Folgebeschaffungen, das Dialogverfahren, die Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenverträgen und elektronische Auktionen. Ausserdem können oder müssen verstärkt moderne Informationstechnologien genutzt werden, beispielsweise die gemeinsame Internetplattform von Bund und Kantonen (simap.ch). Ferner soll der Administrativaufwand gesenkt und die Effizienz der Anbieterinnen und Anbieter gesteigert werden.

Zu den wichtigsten Neuerungen gehören ausserdem die Unterstellung der Verleihung bestimmter Konzessionen und der Übertragung gewisser öffentlicher Aufgaben unter das Beschaffungsrecht, die Regelung des Ausstands aufgrund der Besonderheiten des Beschaffungsverfahrens, die systematische Regelung der Ausschluss- und Sanktionstatbestände, die Möglichkeit der gleichzeitigen Erledigung von Schadenersatzbegehren im Verfahren vor der Beschwerdeinstanz, die Verlängerung der Rechtmittelfrist von zehn auf zwanzig Tage, die zwingende Veröffentlichung von Publikationen auf einer Internetplattform von Bund und Kantonen für das öffentliche Beschaffungswesen (simap.ch) und die weitestgehende Integration der bisher als Empfehlung geltenden Vergaberichtlinien (VRöB) in den Vereinbarungstext. Schliesslich wurden in der IVöB 2019 die Erfahrungen und Entwicklungen seit dem erstmaligen Inkrafttreten der beschaffungsrechtlichen Erlasse mitberücksichtigt.



c) Umfang der Bestimmungen

Bei der Erarbeitung der IVöB 2019 wurde – wie oben erwähnt – eine Harmonisierung mit der Bundesgesetzgebung (BöB) beabsichtigt. Mit einigen wenigen Abweichungen ist dies gelungen. Dies hat auf der einen Seite zur Folge, dass im Einzelfall mit geringerem Abklärungsaufwand zu rechnen ist, da auf eine umfangreichere Fachliteratur und auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs- und des Bundesgerichts zurückgegriffen werden kann. Auf der anderen Seite hat die Harmonisierung mit dem Bundesgesetz zur Folge, dass die Bestimmungen der IVöB 2019 viel umfangreicher und detaillierter sind als jene der IVöB 2001. Daher regelt die IVöB 2019 das öffentliche Beschaffungswesen umfassend. Die Verfahrensvorschriften ergeben sich direkt aus dem Vereinbarungstext. Für Beschaffungen in Appenzell Ausserrhoden sind daher nach einem Beitritt die Bestimmungen der IVöB 2019 direkt anwendbar.

Ein Kanton kann der IVöB 2019 nur entweder beitreten oder auf einen Beitritt verzichten. Eine Modifikation des Vereinbarungstexts durch die kantonalen Ausführungsbestimmungen ist hingegen unzulässig. Im kantonalen Recht können nur sehr wenige Ergänzungen vorgenommen werden, wobei gemäss dem InöB den Adressaten des Beschaffungswesens weder neue Pflichten auferlegt noch Rechte beschnitten werden dürfen.

2. Erläuterungen zu den wesentlichen Bestimmungen

Die BPUK hat für die IVöB 2019 eine eigene Musterbotschaft erstellt. Nachfolgend wird auf die wesentlichen Bestimmungen zusammengefasst eingegangen.

Art. 4–7 IVöB 2019 Subjektiver Geltungsbereich

Der subjektive Geltungsbereich bestimmt, welche Körperschaften, Behörden oder Personen der IVöB 2019 unterstehen. Dabei unterscheidet die Vereinbarung zwischen dem Geltungsbereich im Staatsvertragsbereich und jenem ausserhalb des Staatsvertragsbereichs.

a) Staatsvertragsbereich

Dem Staatsvertragsbereich unterstehen die staatlichen Behörden sowie zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten des Kantons und der Gemeinden, aber auch (private) Auftraggeberinnen und Auftraggeber aus den Sektoren Elektrizitäts- und Wasserversorgung, öffentlicher Verkehr, Flughafenbetrieb, Binnenschiffverkehr, Gas- und Fernwärmeversorgung sowie Förderung fossiler Brennstoffe dem öffentlichen Beschaffungswesen. Die privaten Sektorenauftraggeberinnen und -auftraggeber unterstehen dem öffentlichen Beschaffungswesen jedoch nicht umfassend, sondern nur im Rahmen ihrer Kernbereichstätigkeiten.

Im Vergleich zum bisherigen Recht sind keine wesentlichen Änderungen auszumachen. Zwar unterstehen neu ausdrücklich die Anbieter im Bereich "Flughafenverkehr, Binnenschiffahrt, Gas- und Fernwärmeversorgung sowie Förderung fossiler Brennstoffe" dem Geltungsbereich der IVöB 2019. Diese Anbieter fielen jedoch aufgrund der staatsvertraglichen Verpflichtungen bereits bislang unter das öffentliche Beschaffungswesen.

b) Nichtstaatsvertragsbereich

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs wird der subjektive Geltungsbereich auch auf andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben ausgedehnt, wobei deren gewerbliche Tätigkeit ausgenommen ist. Ebenso fallen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Objekte und Leistungen, die mit mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden, unter den subjektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens.

Der subjektive Geltungsbereich im Nichtstaatsvertragsbereich unterscheidet sich nicht von jenem des geltenden Rechts.

c) Marktzutritt

Die internationalen Verpflichtungen haben auch Einfluss auf den Marktzutritt von Anbieterinnen und Anbietern. Im Staatsvertragsbereich müssen nebst inländischen Anbieterinnen und Anbietern auch solche aus Staaten zum Angebot zugelassen werden, gegenüber welchen sich die Schweiz vertraglich zur Gewährung des Marktzutritts verpflichtet hat. Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs werden zudem ausländische Anbieterinnen und Anbieter zum Angebot zugelassen, soweit deren Herkunftsstaat Gegenrecht gewährt oder soweit die Auftraggeberin oder der Auftraggeber dies zulässt. So könnte beispielsweise ein österreichischer Anbieter zu einem Beschaffungsverfahren eingeladen werden.

Gegenüber der bisherigen Regelung bestehen keine wesentlichen Unterschiede.

Art. 8–10 IVöB 2019 Objektiver Geltungsbereich

Der objektive Geltungsbereich bestimmt, wann ein Auftrag dem öffentlichen Beschaffungswesen untersteht.



Abbildung 3: Übersicht über die Auftragsarten

Dem öffentlichen Beschaffungswesen untersteht ein "öffentlicher Auftrag". Dieser zeichnet sich durch seine Entgeltlichkeit und den Austausch von Leistung und Gegenleistung aus, wobei die charakteristische Leistung durch die Anbieterin oder den Anbieter erbracht wird. Zudem muss damit die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe bezweckt werden. Die öffentlichen Aufträge werden unterschieden in Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen. Ausserdem fällt die Übertragung öffentlicher Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen unter den Begriff des öffentlichen Auftrags. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass es keinen Unterschied macht, ob der Staat die öffentliche Aufgabe selbst erfüllt oder ob die Erfüllung an einen Dritten ausgelagert wird. Schliesslich ist eine ganze Liste von Ausnahmetatbeständen vorgesehen, in welchen das öffentliche Beschaffungswesen nicht anwendbar ist. Erwähnenswert sind hier beispielsweise der Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, Bauten und Anlagen sowie der entsprechenden Rechte daran durch die öffentliche Hand, die Ausrichtung von Finanzhilfen oder die Vergabe von Aufträgen an unselbständige Organisationseinheiten der Auftraggeberin oder des Auftraggebers (sogenannte Inhouse-Vergabe).



Das geltende Recht unterscheidet ebenfalls Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen. Neu fallen die Übertragung von öffentlichen Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen ausdrücklich unter den Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens. Dies war aufgrund der Entwicklungen in der Rechtsprechung zwar bereits bis anhin der Fall, jedoch in den Bestimmungen nicht abgebildet. Ganz neu sind hingegen einige Ausnahmetatbestände, beispielsweise sind neu Verträge über Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit der Verwaltung von Wertpapieren vom Geltungsbereich ausgenommen.

Art. 11–15 IVöB 2019 Allgemeine Grundsätze

a) Allgemeines

Zu den allgemeinen Grundsätzen des Beschaffungswesens gehören unter anderem die Nichtdiskriminierung von Anbieterinnen und Anbietern, das Bekenntnis zu einem transparenten und unparteiischen Verfahren, die Bekämpfung der Korruption sowie der Verzicht auf Kompensationsgeschäfte. Ausserdem werden Anforderungen an die Anbieterinnen und Anbieter umschrieben. So müssen die Arbeitsschutzbestimmungen, die Anforderungen an die Arbeitsbedingungen (bspw. Schwarzarbeit), die Bestimmungen der Lohngleichheit und die Bestimmungen des Umweltrechts eingehalten werden. Für alle in der Schweiz zu erbringenden Leistungen sind die schweizerischen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen zu respektieren.

Im Vergleich zum bisherigen Recht sind die Regelung in der IVöB 2019 detaillierter und griffiger.

b) Leistungs- und Herkunftsortprinzip

Ausländische Anbieterinnen und Anbieter, welche eine Leistung in der Schweiz erbringen, müssen die am Leistungsort geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten (Leistungsortprinzip), also die Regelung nach schweizerischem Recht (bspw. Obligationenrecht oder Arbeitsgesetz). Anbieterinnen und Anbieter mit Sitz in der Schweiz müssen die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen einhalten, die an ihrem Sitz- oder Niederlassungsort Geltung haben (Herkunftsortprinzip).

Im Vergleich zum bisherigen Recht werden vor allem für ausländische Anbieterinnen und Anbieter klarere Regeln aufgestellt. Für inländische Anbieterinnen und Anbieter ändert sich hingegen nichts.

c) Ausstand und Vorbefassung

Aus den Art. 13 und 14 IVöB 2019 ergeben sich Gründe, welche die Mitarbeit einer Person aufseiten der Auftraggeberin oder des Auftraggebers ausschliesst (Ausstand), aber auch Gründe für Wettbewerbsvorteile, die eine Anbieterin oder einen Anbieter von der Abgabe eines Angebots ausschliessen (Vorbefassung).

Der Ausstand von beteiligten Personen aufseiten der Auftraggeberin oder des Auftraggebers war bis anhin nicht explizit geregelt, sondern es musste nach den allgemeinen Verfahrensvorschriften vorgegangen werden. Bei den in der IVöB 2019 vorgesehenen Bestimmungen handelt es sich um die üblichen Ausstandstatbestände. Die Vorbefassung ist neu ausführlicher geregelt, ohne dass jedoch wesentliche Neuheiten auszumachen sind.

d) Auftragswert

Ein wesentliches Element im Beschaffungswesen ist die Bestimmung des Auftragswerts (Art. 15 IVöB 2019). Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber hat diesen realistisch und pflichtgemäss zu schätzen, wobei eigene Kenntnisse oder spezifische Marktabklärungen heranzuziehen sind. Anhand dieses geschätzten Auftragswerts wird das anwendbare Verfahren bestimmt, weshalb diesbezüglich eine ganze Reihe von Vorgaben zu beachten sind. Insbesondere ist darauf zu achten, dass zusammenhängende Aufträge nicht aufgeteilt werden dürfen und dass bei Dauerleistungen oder Dauerverträgen die Entgelte kumuliert werden müssen. In diesen Fällen ist ausserdem normalerweise die Vertragsdauer zu beschränken, damit andere Anbieterinnen und Anbietern nicht aus dem Markt gedrängt werden können.

Bereits im bisherigen Recht stellte der Auftragswert ein wesentliches Element dar. Die IVöB 2019 hält daran fest, legt jedoch aufgrund der ergangenen Rechtsprechung klarer dar, wie der Auftragswert zu berechnen ist.

Art. 16–25 IVöB 2019 Vergabeverfahren

a) Verfahrensarten

Öffentliche Aufträge können in vier unterschiedlichen Verfahren beschafft werden.



Abbildung 4: Übersicht über die Vergabeverfahren

Im freihändigen Verfahren vergibt eine Auftraggeberin oder ein Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag direkt ohne Ausschreibung, wobei das Einholen von Vergleichsofferten zulässig ist (Art. 21 Abs. 1 IVöB 2019).

Im Einladungsverfahren entscheidet die Auftraggeberin oder der Auftraggeber welche Anbieterinnen und Anbieter er zur Angebotsabgabe einladen will. Dies ist nicht öffentlich auszuschreiben, allerdings sind Ausschreibungsunterlagen zu erstellen. Im Normalfall sind mindestens drei Anbieterinnen und Anbieter zu einer Angebotsabgabe einzuladen (Art. 20 IVöB 2019).

Im selektiven Verfahren schreibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber den Auftrag öffentlich aus und fordert die Anbieterin oder den Anbieter auf, zuerst einen Antrag auf Teilnahme zu stellen. In der Folge wählt sie diejenigen aus, die ein Angebot einreichen dürfen. Dies hängt von der Eignung der jeweiligen Anbieterinnen und Anbieter ab. Die Auftraggeberin und der Auftraggeber hat jedoch darauf zu achten, dass er mindestens so viele Anbieterinnen und Anbieter zur Angebotsabgabe zulässt, dass ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet werden kann (Art. 19 IVöB 2019).



Im offenen Verfahren schliesslich schreibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber einen Auftrag öffentlich aus, wobei sämtliche Anbieterinnen und Anbieter ein Angebot einreichen können (Art. 19 IVöB 2019).

Die Verfahren unterscheiden sich also vor allem durch den Kreis der zugelassenen Anbieterinnen und Anbieter, wobei die Anforderungen vom freihändigen Verfahren bis zum offenen Verfahren stetig ansteigen.

Das geltende Recht unterscheidet ebenfalls in die vier unterschiedlichen Verfahren.

b) Schwellenwerte

Aus dem geschätzten Auftragswert (vgl. oben Art. 11–15 IVöB 2019, lit. d) ergibt sich, welches Verfahren anzuwenden ist. Für jedes Verfahren gibt es einen sogenannten Schwellenwert. Wenn dieser überschritten wird, muss jeweils das Verfahren mit den höheren Vorgaben angewandt werden. Die Schwellenwerte werden durch das interkantonale Organ für öffentliches Beschaffungswesen (InöB) nach Konsultation des Bundesrates angepasst (Art. 16 IVöB 2019) und befinden sich im Anhang der IVöB 2019. Aktuell gelten die folgenden Schwellenwerte:

Staatsvertragsbereich			
Auftraggeberin und Auftraggeber	Auftragswert in Fr.		
	Bauleistungen	Lieferungen	Dienstleistungen
Kantone	8'700'000	350'000	350'000
Behörden und öff. Unternehmen in den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation	8'700'000	700'000	700'000
Gemeinden	8'700'000	350'000	350'000
Private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten in den Sektoren Wasser, Energie und Verkehr	8'700'000	700'000	700'000
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich des Schienenverkehrs und der Gas- und Wärmeversorgung	8'000'000	640'000	640'000
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich der Telekommunikation	8'000'000	960'000	960'000

Nichtstaatsvertragsbereich				
Verfahrensarten	Lieferungen (in Fr.)	Dienstleistungen (in Fr.)	Bauleistungen (in Fr.)	
			Baunebengewerbe	Bauhauptgewerbe
Freihändiges Verfahren	unter 150'000	unter 150'000	unter 150'000	unter 300'000
Einladungsverfahren	unter 250'000	unter 250'000	unter 250'000	unter 500'000
Offenes und selektives Verfahren	ab 250'000	ab 250'000	ab 250'000	ab 500'000



c) Ausnahmsweise freihändige Vergabe

Das freihändige Verfahren kann in bestimmten Fällen ausnahmsweise auch über dem Schwellenwert angewandt werden. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen das offene, das selektive oder das Einladungsverfahren nicht durchführbar oder nicht zweckmässig wären. Die Fälle sind in einer abschliessenden Liste in Art. 21 Abs. 2 IVöB 2019 aufgeführt. Beispielsweise darf ein Auftrag freihändig vergeben werden, wenn im Rahmen eines offenen, selektiven oder Einladungsverfahrens keine Angebote oder keine Teilnahmeanträge eingegangen. Aufgrund des Ausnahmecharakters sind die Bestimmungen jedoch restriktiv anzuwenden.

Das geltende Recht lässt die ausnahmsweise Vergabe im freihändigen Verfahren ebenfalls zu. Die einzelnen Tatbestände wurden angepasst, inhaltlich hat sich aber im Grundsatz nichts geändert.

d) Neue Instrumente

Neu sieht die IVöB 2019 elektronische Auktionen, das Dialogverfahren und die Möglichkeit zum Abschluss von Rahmenverträgen vor.

Bei einer elektronischen Auktion nach Art. 23 IVöB 2019 handelt es sich um ein Instrument, das im offenen oder selektiven Verfahren, im Einladungsverfahren oder im Rahmen eines Abrufverfahrens nach dem Zuschlag von Rahmenverträgen eingesetzt werden kann. Nach einer ersten Evaluation der eingegangenen Angebote werden die Anbieterinnen und Anbieter dazu aufgefordert, neue bereinigte Angebote einzureichen. Diese werden anschliessend anhand eines automatisierten, in mehreren Rechenschritten ablaufenden Verfahrens bewertet. Ziel der elektronischen Auktion ist es, dass sich die Anbieterinnen und Anbieter gegenseitig unter- oder überbieten können. So kann beispielsweise eine Anbieterin oder ein Anbieter eine höhere Punktzahl beim Kriterium "Realisierungsdauer" erhalten, wenn sie oder er sich verpflichtet, eine Leistung rascher zu erbringen.

Das Dialogverfahren (Art. 24 IVöB 2019) dient dazu, bei intellektuellen Dienstleistungen (z. B. eine Entwicklungsdienstleistung) oder bei der Beschaffung innovativer Leistungen (z. B. eine neu zu erstellende Software) den Leistungsgegenstand zu konkretisieren. Am Ende des Dialogs soll eine Leistungsausschreibung resultieren, die den Ansprüchen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers sowie den Fähigkeiten und Möglichkeiten der Anbieter angemessen Rechnung trägt. Mithilfe des Dialogs kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber auf das spezifische Fachwissen der Anbieterinnen und Anbieter auf dem konkreten Beschaffungsmarkt zurückgreifen und Innovationen fördern. Die Anbieterinnen und Anbieter können aus dem Dialog den Vorteil ziehen, dass sie ihre Angebote zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht bis ins letzte Detail, sondern in einem fortlaufenden Prozess konkretisieren können.

Ebenfalls neu ist die Möglichkeit, Rahmenverträge abzuschliessen (Art. 25 IVöB 2019). Dabei umfasst der Auftrag nicht ein abschliessend bestimmtes Leistungsvolumen, sondern das Recht der Auftraggeberin oder des Auftraggebers, gewisse Leistungen einer spezifischen Leistungskategorie über einen bestimmten Zeitraum zu beziehen (z. B. Beschaffung von Büromaterial).



Art. 26–34 IVöB 2019 Teilnahmebedingungen

a) Teilnahmebedingungen, Eignungskriterien und Verzeichnisse

Die Teilnahmebedingungen (Art. 26 IVöB 2019) sollen sicherstellen, dass eine Anbieterin oder ein Anbieter die allgemeinen Grundsätze des Beschaffungswesens einhalten (Lohnleichheit, Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen und dergleichen), die fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge bezahlt hat und unzulässige Wettbewerbsabreden unterlässt. Diese Bedingungen sind unabhängig vom Leistungsgegenstand zu erfüllen und nachzuweisen. Von den Anbieterinnen und Anbietern ist ein Beweis über die Erfüllung der Teilnahmebedingungen zu verlangen, was in der Regel mit einer Selbstdeklaration erfolgt. Unter Umständen können – im Sinne der Vermeidung bürokratischer Leerläufe – gewisse Nachweise auch erst zu einem späteren Zeitpunkt einverlangt werden.

Mit den Eignungskriterien (Art. 27 IVöB 2019) soll sichergestellt werden, dass nur jene Angebote bewertet werden, welche den absoluten Minimal- beziehungsweise Muss-Anforderungen für die Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags genügen. Die Kriterien dürfen jedoch nicht mit der Absicht oder der Wirkung gewählt werden, den Marktzutritt zu erschweren oder unnötige Hemmnisse zu schaffen, sondern es geht darum, ungeeignete Angebote auszusortieren. Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber bestimmt, welche Nachweise für die jeweiligen Eignungskriterien verlangt werden.

Ausserdem besteht die Möglichkeit, ein Verzeichnis über die geeigneten Anbieterinnen und Anbieter (Art. 28 IVöB 2019) zu führen. Damit muss die Eignung einer Anbieterin oder des Anbieters nicht jedes Mal von Neuem geprüft werden.

Im geltenden Recht sind die Teilnahmekriterien, die Eignungskriterien und die Möglichkeit der Führung eines Verzeichnisses geeigneter Anbieterinnen und Anbieter bereits vorgesehen.

b) Zuschlagskriterien und technische Spezifikationen

Bei den Zuschlagskriterien (Art. 29 IVöB 2019) handelt es sich um eine der Kernbestimmungen des Beschaffungswesens, da anhand dieser Kriterien bestimmt wird, welche Anbieterin oder welcher Anbieter einen Auftrag erhält. Primär orientieren sich die Zuschlagskriterien an der Leistung. Der Angebotspreis ist immer, aber nur ausnahmsweise allein ausschlaggebend. Daher wäre es unzulässig, ein Angebot ausschliesslich anhand preisfremder Kriterien zu bewerten und auszuwählen. Neu soll aber grundsätzlich immer auch das Zuschlagskriterium der Qualität im Rahmen der Angebotsbewertung berücksichtigt werden. Dabei geht es darum, nachhaltige und hochwertige Beschaffungen vorzunehmen und den Preisdruck etwas zu senken. Explizit erwähnt ist aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zudem das Kriterium der "Plausibilität des Angebots". Wenn eine Anbieterin oder ein Anbieter den mit der Leistung verbundenen Aufwand massgeblich unterschätzt oder die Schwierigkeiten eines Vorhabens nicht erkennt, können in der Punktierung Abzüge vorgenommen werden. Ungewöhnlich niedrige Angebote können unter Umständen ganz vom Verfahren ausgeschlossen werden. Nebst den Lebenszykluskosten und der Nachhaltigkeit können unter bestimmten Voraussetzungen auch vergabefremde Kriterien – beispielsweise die Ausbildung von Lernenden – berücksichtigt werden. Bei der Wahl und der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien haben die Auftraggeberinnen und Auftraggeber einen grossen Ermessensspielraum. Allerdings müssen die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bereits in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden.

Die Bedeutung des Preises hängt grundlegend vom Beschaffungsgegenstand ab. Bei standardisierten Leistungen (z. B. Druckerpapier) darf ausschliesslich auf den Preis abgestellt werden. Bei nicht standardisierten Leistungen soll der Preis hingegen nicht von vorneherein eine die übrigen Kriterien überragende Bedeutung haben. In diesem Fall ist das Bewertungssystem anhand aller relevanten Zuschlagskriterien auszugestalten. Insbesondere ist die Preiskurve so zu wählen, dass sie die gemäss Marktklärung zu erwartende Angebotsspanne gut abdeckt. Zudem ist in diesen Fällen die Gewichtung des Preiskriteriums entscheidend.

In der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen müssen die relevanten technischen Spezifikationen bezeichnet werden. Hierfür ist auf die anerkannten Normen oder Branchenempfehlungen abzustellen. Die Einschränkung auf eine bestimmte Firma oder Handelsmarke ist hingegen nicht ohne Weiteres zulässig.

Das geltende Recht sieht unterschiedliche Zuschlagskriterien vor, welche in der IVöB 2019 weiterbestehen. In der IVöB 2019 ist jedoch ein Paradigmenwechsel vorgesehen, da das Zuschlagskriterium der Qualität immer in die Bewertung einfließen muss.

Art. 35 – 45 IVöB 2019 Ablauf des Vergabeverfahrens

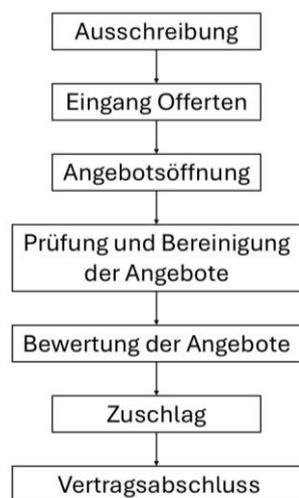


Abbildung 5: Verfahrensablauf

a) Anforderungen an die Ausschreibung

In Art. 35 und 36 IVöB 2019 wird detailliert vorgegeben, welche Inhalte die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen aufweisen müssen. Dies ist bereits im geltenden Recht der Fall, allerdings sind die Anforderungen neu detaillierter und umfangreicher, dafür einfacher verständlich.

b) Öffnung, Prüfung und Bereinigung der Angebote

Die eingereichten Angebote werden nach bestimmten Vorgaben geöffnet (Art. 37 IVöB 2019). Dadurch werden unerlaubte Nachbesserungen der Offerten im Interesse der Gleichbehandlung aller Anbieter verhindert. Über die Angebotsöffnung ist ein Protokoll zu erstellen, welches zu den Verfahrensakten zu nehmen ist. Die Auftrag-



geberin oder der Auftraggeber kann zudem verlangen, dass die Leistung und der Preis in zwei separaten Couverts eingereicht werden müssen. Damit soll sichergestellt werden, dass eine qualitative Bewertung der Angebote zunächst ohne Berücksichtigung der finanziellen Bedingungen erfolgt.

Im Rahmen der Prüfung der Angebote (Art. 38 IVöB 2019) werden die eingereichten Angebote zunächst auf die Einhaltung der Formvorschriften geprüft. Danach müssen sie rechnerisch und anhand der Eignungs- und Zuschlagskriterien kontrolliert werden. Anschliessend ist eine bereinigte Vergleichstabelle über die Angebote zu erstellen, welche als Grundlage für den Zuschlagsentscheid dient. Wenn ungewöhnlich niedrige Angebote eingehen, ist bei der Anbieterin oder dem Anbieter nachzufragen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die Modalitäten der Auftragserfüllung richtig verstanden wurden. Wenn die Einhaltung der Bedingungen nicht oder nicht überzeugend garantiert oder allfällige Zweifel an einer korrekten Auftragserfüllung nicht ausgeräumt werden können, kann das Angebot ausgeschlossen werden. Ein niedriger Preis ist allerdings nicht grundsätzlich ein beschaffungsrechtliches Problem. Dies ist erst dann der Fall, wenn ein unlauteres Angebot vorliegt. Ein solches läge beispielsweise vor, wenn die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln gedeckt wird. Ausserdem kann ein Ausschluss geboten sein, wenn gewisse Einzelpreise ungewöhnlich niedrig, andere jedoch ungewöhnlich hoch sind. Dies kann zur Folge haben, dass die zu niedrig angegebenen Einzelpreise nachträglich angehoben werden müssen, weshalb der öffentlichen Hand ein erhebliches Beschaffungsrisiko entsteht.

Im Vergleich zum geltenden Recht sind keine wesentlichen Neuerungen auszumachen. Die Regelungen in der IVöB 2019 sind jedoch detaillierter, womit einige Lücken geschlossen werden.

c) Bewertung, Zuschlag und Vertragsschluss

Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber hat die Angebote nach Art. 40 IVöB 2019 zu bewerten, was ausschliesslich anhand der mitgeteilten Zuschlagskriterien erfolgen darf. Bei der Bewertung der Kriterien kommt der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber ein erhebliches Ermessen zu. Daher müssen aus der Dokumentation die wesentlichen Gründe für die Bewertung klar und zweifelsfrei nachvollziehbar sein.

Im bisherigen Recht erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Neu erhält das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag (Art. 41 IVöB 2019). Dabei handelt es sich nach wie vor um das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis, mithin um jenes mit der besten Punktzahl. Inhaltlich unterscheiden sich somit das "wirtschaftlich günstigste Angebot" und das "vorteilhafteste Angebot" nicht. Es geht nach wie vor um die optimale Erfüllung aller Zuschlagskriterien und damit um die Gesamtqualität des Angebots. Der Zuschlag erfolgt mittels Verfügung.

Der eigentliche Vertragsschluss (Art. 42 IVöB 2019) erfolgt nach den privatrechtlichen Regeln. Unter Umständen können auch andere Regeln zur Anwendung gelangen, beispielsweise wenn mehrere öffentlich-rechtliche Organisationen einen verwaltungsrechtlichen Vertrag abschliessen. Aufgrund dessen, dass der Zuschlag keinen Kontrahierungszwang nach sich zieht, sind weder die Auftraggeberin oder der Auftraggeber noch die Anbieterin oder der Anbieter zu einem Vertragsschluss verpflichtet. Erfolgt keine Einigung über die einzelnen Vertragsbestimmungen, muss daher nicht zwingend ein Vertrag abgeschlossen werden.



d) Abbruch des Verfahrens

Der Abbruch eines Beschaffungsverfahrens (Art. 43 IVöB 2019) ist aus hinreichenden Gründen in jedem Verfahrensstand möglich. Entscheidend ist allerdings, dass der Abbruch auf sachliche Gründe gestützt wird und damit weder eine gezielte Diskriminierung einer Anbieterin oder eines Anbieters noch eine Behinderung des Wettbewerbs beabsichtigt oder bezweckt wird. Zulässige Gründe für einen Verfahrensabbruch stellen beispielsweise ein Verzicht auf die Beschaffung oder veränderte Rahmenbedingungen dar. Der Abbruch eines Verfahrens erfolgt mittels Verfügung, aus der sich die sachlichen Gründe ergeben müssen. Bei einem Abbruch eines Verfahrens haben die Anbieterin oder der Anbieter keinen Anspruch auf eine Entschädigung ihrer Auslagen für die Einreichung ihres Angebots. Der Abbruch des Verfahrens ist im geltenden Recht ebenfalls vorgesehen.

e) Ausschluss, Widerruf des Zuschlags und Sanktionen

Bei Fehlverhalten oder aus anderen Gründen kann eine Anbieterin oder ein Anbieter aus dem Verfahren ausgeschlossen werden. Hierbei darf auch auf negative Erfahrungen aus früheren Aufträgen oder auf Resultate einer Abklärung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) zurückgegriffen werden. Die IVöB 2019 sieht gewisse Tatbestände vor, die für einen Ausschluss die sichere Kenntnis voraussetzen (Art. 44 Abs. 1 IVöB 2019), aber auch solche, die bereits bei Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte zur Anwendung gelangen können (Art. 44 Abs. 2 IVöB 2019). In allen Fällen kann ein Ausschluss folgen, die Auftraggeberin oder der Auftraggeber muss einen solchen jedoch nicht zwingend verfügen.

Nach Art. 45 IVöB 2019 sind Sanktionen möglich. Es liegt im Ermessen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers, ob eine Sanktion ausgesprochen wird, wobei das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten ist. Schliesslich sind auch gegen fehlbare Auftraggeberinnen und Auftraggeber Massnahmen möglich. Die in der Ausführungsgesetzgebung zu bezeichnende kantonale Behörde kann zum einen Weisungen erlassen und bereits geschlossene Verträge kündigen, zum anderen auch kantonale Beiträge an öffentliche Aufträge entziehen oder zurückfordern.

Das geltende Recht sieht bereits ähnliche Massnahmen vor. In der IVöB 2019 sind der Ausschluss, der Widerruf und die Sanktionen jedoch griffiger geregelt.

Art. 46–50 IVöB 2019 Fristen und Veröffentlichungen, Statistik

a) Fristen

Art. 46 und 47 IVöB 2019 sehen für die Einreichung der Angebote Mindestfristen vor, da je nach Komplexität der Beschaffung auch längere Fristen angebracht sein können. Innerhalb des Staatsvertragsbereichs ist im offenen Verfahren eine Frist von 40 Tagen zur Einreichung des Angebots, im selektiven Verfahren eine Frist von 25 Tagen zur Einreichung des Teilnahmeantrags und weitere 40 Tage zur Einreichung des Angebots zu beachten. Diese Fristen können unter bestimmten Voraussetzungen weiter verkürzt werden. Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gilt eine Mindestfrist von 20 Tagen, welche bei standardisierten Leistungen auf fünf Tage reduziert werden darf.

Im Vergleich zum bisherigen Recht ist die Frist zur Einreichung eines Angebots ausserhalb des Staatsvertragsbereichs verlängert worden.



b) Veröffentlichungen

Neu sieht Art. 48 IVöB 2019 vor, dass im offenen und selektiven Verfahren die Vorankündigung, die Ausschreibung, der Zuschlag und der Abbruch des Verfahrens zwingend auf einer Internetplattform für öffentliche Beschaffungen ("simap.ch") veröffentlicht werden müssen. Ebenfalls sind freihändig erteilte Zuschlüsse im Staatsvertragsbereich neu zu publizieren. Dadurch soll die Transparenz des öffentlichen Beschaffungswesens verbessert und der Marktzutritt erleichtert werden. Gleichzeitig mit der Ausschreibung müssen auch die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt werden. Zuschlüsse für Beschaffungen im Staatsvertragsbereich müssen mit bestimmten Angaben innert 30 Tagen veröffentlicht werden. Den Kantonen steht es offen, nebst der Publikation auf "simap.ch" zusätzliche Publikationsorgane vorzusehen.

c) Statistik

Bereits nach dem bisherigen Recht mussten die Kantone eine Statistik über die Beschaffungen des Vorjahres im Staatsvertragsbereich beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO einreichen. Diese Pflicht wird beibehalten und umfasst nebst der Angabe der Beschaffungen im Staatsvertragsbereich des Kantons auch jene aller Gemeinden, der Sektorenauftraggeberinnen und -auftraggeber und dergleichen (Art. 50 IVöB 2019).

Art. 51–59 IVöB 2019 Rechtsschutz

Verfügungen können entweder durch Publikation oder zusätzlich durch individuelle Zustellung an die Anbieterin oder den Anbieter eröffnet werden (Art. 51 IVöB 2019), womit die Rechtsmittelfrist beginnt. Bis anhin war eine Beschwerde theoretisch gegen jede Verfügung zulässig. Praktisch konnte diese jedoch nur bei Kenntnis der Eröffnung einer Verfügung erhoben werden. Neu ist eine Beschwerde mindestens ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert zulässig (Art. 52 IVöB 2019). Gegen freihändige Vergaben unter dem Schwellenwert ist hingegen keine Beschwerde möglich. Die Beschwerde ist direkt beim kantonalen Verwaltungsgericht als einzige Instanz zu erheben. Beschwerdefähig sind jedoch nur bestimmte, konkret umschriebene Verfügungen (Art. 53 IVöB 2019). Erwähnenswert ist, dass im Einladungsverfahren die Auswahl der eingeladenen Anbieterinnen und Anbieter nicht angefochten werden kann. Nicht eingeladene Anbieterinnen und Anbieter sind daher nicht zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen oder des Zuschlags berechtigt.

Das Verfügungs- und Beschwerdeverfahren richtet sich nach dem kantonalen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, soweit sich aus der IVöB 2019 keine speziellen Vorschriften ergeben (Art. 55 IVöB 2019). Eine Beschwerde hat – wie bislang – keine aufschiebende Wirkung (Art. 54 IVöB 2019). Allerdings kann diese auf Gesuch hin gewährt werden.

Die Beschwerdefrist beträgt im geltenden Recht zehn Tage. Diese erwies sich in der Praxis als äusserst knapp, weshalb sie auf zwanzig Tage angehoben wurde (Art. 56 IVöB 2019). Damit kann effektiver Rechtsschutz gewährt werden, ohne dass das Beschleunigungsgebot massiv eingeschränkt wird. Im Beschwerdeverfahren gelten keine Gerichtsferien und es sind nur bestimmte Rügen zulässig. Im freihändigen Verfahren können Vergaben nur ausnahmsweise nach Art. 21 IVöB 2019 angefochten werden.



Art. 60–62 IVöB 2019 Behörden

Sowohl die Kommission Beschaffungswesen Bund-Kantone (KBBK [Art. 60 IVöB 2019]) als auch das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB [Art. 61 IVöB 2019]) bestehen bereits. Die KBBK ist vor allem in der politischen Vertretung auf internationaler Ebene, in der Kontrolle der Einhaltung der internationalen Verpflichtungen und in der Wissensvermittlung tätig. Das InöB setzt sich aus den an der IVöB 2019 beteiligten Kantonen zusammen. Die wesentlichen Aufgaben umfassen die Vorbereitung und den Erlass von Änderungen der IVöB 2019, unter Vorbehalt der Zustimmung aller beteiligten Kantone, die Anpassung der Schwellenwerte und die Kontrolle der Umsetzung der IVöB 2019. Für die Überwachung der Einhaltung der IVöB 2019 sind normalerweise jedoch die Kantone selbst zuständig. Allerdings sind Anzeigen betreffend die Einhaltung der IVöB 2019 an das InöB möglich.

Art. 63–65 IVöB 2019 Schlussbestimmungen

In den Schlussbestimmungen werden die Möglichkeit zum Beitritt und zum Austritt, die Übergangsbestimmungen und das Inkrafttreten der IVöB 2019 geregelt.

3. Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

Die IVöB 2019 regelt das öffentliche Beschaffungsrecht – im Vergleich zur IVöB 2001 – und von wenigen Ausnahmen abgesehen (vgl. nachfolgend) umfassend.

Gemäss Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019 können die Kantone unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen insbesondere Ausführungsbestimmungen zu den Art. 10, 12 und 26 IVöB 2019 erlassen. Dabei dürfen den Adressaten des Beschaffungswesens weder neue Pflichten auferlegt noch Rechte beschnitten werden. Beispielsweise dürfte eine Ausdehnung des Geltungsbereichs auf die in Art. 10 IVöB 2019 ausgenommenen Beschaffungsgegenstände vorgenommen werden. Gestützt auf Art. 12 Abs. 5 IVöB 2019 könnte ausserdem in den kantonalen Ausführungsbestimmungen zur Kontrolle der Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts eine spezialgesetzliche Behörde geschaffen werden. Schliesslich könnte Art. 26 IVöB 2019 konkretisiert werden, indem in den kantonalen Ausführungsbestimmungen die Teilnahmebedingungen generell-abstrakt umschrieben werden. Insgesamt verbleiben jedoch wenig Anpassungsmöglichkeiten.

Im Rahmen der Ausarbeitung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen und der IVöB 2019 wurde die Berücksichtigung von weiteren Zuschlagskriterien diskutiert. Im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen fanden die beiden Kriterien "Preisniveaunklausel" und "Verlässlichkeit des Preises" Eingang. In die IVöB 2019 wurden diese Kriterien hingegen nicht aufgenommen. Da eine Aufnahme dieser Zuschlagskriterien jedoch in diversen Kantonen diskutiert wurde, ist kurz darauf einzugehen.

Mit der "Preisniveaunklausel" sollen die schweizerischen Unternehmen vor der ausländischen Konkurrenz im Preiskampf um öffentliche Aufträge geschützt oder gestärkt werden. Im Rahmen der Angebotsbewertung im Beschaffungsverfahren sollen die unterschiedlichen Preisniveaus der einheimischen und ausländischen Anbieter deshalb berücksichtigt werden. Die Auftraggeberinnen und Auftraggeber werden hierbei verpflichtet, einen internationalen Preisvergleich vorzunehmen, um feststellen zu können, welches Angebot das günstigste ist.



Hierfür müssen zur Feststellung des inländischen Preisniveaus vorgängig branchen- oder sektorenspezifische Preisvergleiche herangezogen werden, was eine sehr gute Kenntnis der betroffenen Märkte voraussetzt. Jede Ausschreibung müsste sich dabei auf entsprechende Hypothesen abstützen, welche sich nach der Öffnung und Bewertung auch als falsch erweisen könnten. Insbesondere bei der Verwendung von Rohstoffen beziehungsweise der Weiterverarbeitung von Halbprodukten müssten ganze Preisniveauketten gebildet werden. Die Erhebung und laufende Aktualisierung zuverlässiger Daten in diesem Kontext zögen bei den Auftraggeberinnen und Auftraggeber einen erheblichen administrativen Aufwand nach sich. Ebenso hätten die Anbieterinnen und Anbieter, welche Offerten eingeben, zusätzliche Angaben einzureichen. Können diese die verlangten Auskünfte nicht erteilen – was bei den meisten Unternehmen aufgrund des Detaillierungsgrades der Fall sein wird –, müssten sie entsprechende Nachforschungen initiieren. Dies zöge auch für die Anbieterinnen und Anbieter erheblichen Mehraufwand nach sich.

Mit dem Zuschlagskriterium "Verlässlichkeit des Preises" sollen Angebote mit auffallend tiefen Preisen ermittelt und aussortiert werden. Damit versprechen sich die Befürworter die Verhinderung von Nachtragsforderungen durch die Anbieterin oder den Anbieter. Entsprechend soll normalerweise nicht das Angebot mit dem tiefsten Preis die höchste Teilpunktierung erhalten. Im Gegenteil würde einem preislich günstigen Angebot gar ein Verfahrensausschluss drohen. Wie genau das Zuschlagskriterium "Verlässlichkeit des Preises" angewandt werden soll, ist unklar. Nach dem sogenannten "Tessiner Modell" wird beispielsweise das Angebot mit dem Medianpreis am höchsten punktiert, da auf die Hypothese abgestellt wird, dass dieser Preis am realistischsten ist. Allerdings haben die Anbieterinnen und Anbieter grundsätzlich Kalkulationsfreiheit. Ein tiefes Angebot darf nach der heutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung allein aufgrund seines Preises nicht schlechter bewertet werden. Des Weiteren besteht die Gefahr, dass mit diesem Zuschlagskriterium Submissionsabreden beziehungsweise Kartelle gefördert werden. Damit würde ein wirksamer Wettbewerb verhindert. Bei der Anwendung des Zuschlagskriteriums "Verlässlichkeit des Preises" müssten die Anbieterinnen und Anbieter die Zusammensetzung ihres Angebotspreises genauer darlegen und begründen.

Bei beiden Zuschlagskriterien werden sowohl den Auftraggeberinnen und Auftraggebern als auch den Anbieterinnen und Anbietern neue Pflichten auferlegt. Sie widersprechen daher den Bestimmungen der IVöB 2019, weshalb eine allfällige Anwendung rechtlich unzulässig wäre. Selbst wenn dies ausser Acht gelassen wird, wäre der Anwendungsbereich äusserst eingeschränkt. Beide Zuschlagskriterien widersprechen den Grundsätzen der Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung, weshalb völkerrechtliche Verpflichtungen verletzt würden und daher eine Anwendung im Staatsvertragsbereich ausgeschlossen ist. Im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren hat die Auftraggeberin oder der Auftraggeber die Wahlfreiheit hinsichtlich des potenziellen Anbieterkreises. Folglich wäre eine Anwendung der beiden Zuschlagskriterien lediglich im selektiven und im offenen Verfahren möglich. Trotz der rechtlichen Unzulässigkeit haben einige Kantone eines oder beide Zuschlagskriterien in ihre Ausführungsbestimmungen aufgenommen:

- "Preisniveaunklausel" und "Verlässlichkeit des Preises": Aargau, Appenzell Innerrhoden, Glarus, Luzern, Solothurn, Zug
- "Preisniveaunklausel": Nidwalden, Thurgau, Schwyz, Zürich
- "Verlässlichkeit des Preises": Basel-Stadt, Wallis

Die Kantone wurden vom InöB auf den Umstand hingewiesen, dass diese Bestimmungen rechtlich unzulässig sind und im Rahmen von Rechtsmittelverfahren allenfalls Schwierigkeiten folgen werden. Ausserdem sind die beiden zusätzlichen Zuschlagskriterien in der Praxis recht unbedeutend, zumal sie weder der Kanton Thurgau¹

¹ Die entsprechende Regelung ist seit dem 1. April 2022 in Kraft.



noch der Kanton Appenzell Innerrhoden² bislang zur Anwendung gebracht haben. Dies gründet darauf, dass ohnehin nur selten Angebote von ausländischen Anbieterinnen und Anbietern eingehen, die Preise auch ohne spezielles Zuschlagskriterium auf ihre Verlässlichkeit geprüft werden müssen (vgl. Art. 29 Abs. 1 IVöB 2019 und Art. 44 Abs. 2 lit. c IVöB 2019) und zudem hinsichtlich den Kernanliegen beider Zuschlagskriterien alternative und erprobte Alternativen bestehen.

C. Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen der Vorlage

Art. 1 GöB Beitritt Interkantonale Vereinbarung

Die Beschaffungsstellen in Appenzell Ausserrhoden müssen ihre Beschaffungen nach einem Beitritt gemäss den Bestimmungen der IVöB 2019 vornehmen. Damit weist die IVöB 2019 gesetzgebenden Charakter auf. Interkantonale Verträge mit gesetzgebendem Charakter unterliegen dem fakultativen Referendum (Art. 60^{bis} Abs. 1 lit. b KV), weshalb der Kantonsrat für den Abschluss zuständig ist (Art. 74 Abs. 2 KV). Demzufolge muss der Kantonsrat den Beitritt zur IVöB 2019 beschliessen.

Wie dargelegt müssen die kantonalen Bestimmungen zum öffentlichen Beschaffungswesen den Rahmenbedingungen des GPA angepasst werden. Dies ist am sinnvollsten und praktikabelsten mittels Beitritt zur IVöB 2019 zu erreichen, da die IVöB 2019 den Bestimmungen des GPA genügt. Mithin handelt es sich beim Beitritt zur IVöB 2019 um den wesentlichsten Punkt der Vorlage. Ohne den Beitritt sind die nachfolgenden Bestimmungen hinfällig und es ist von der Vorlage abzusehen.

Der Beitritt zur IVöB 2019 ist gemäss Art. 63 Abs. 1 IVöB 2019 mittels Erklärung gegenüber dem InöB möglich. Hierfür ist nach Art. 87^{bis} Abs. 1 KV der Regierungsrat zuständig.

Art. 2 GöB Anbieter (Art. 6 IVöB)

Art. 6 IVöB 2019 regelt, welche Anbieter zur Abgabe eines Angebots zugelassen sind. Den Kantonen steht es gemäss Abs. 4 frei, mit Grenzregionen und Nachbarstaaten Vereinbarungen abzuschliessen. Diese Möglichkeit bestand bereits im geltenden Recht (Art. 2 lit. b IVöB 2001). Bezweckt wird damit, dass über die Anforderungen der IVöB hinausgehende Vereinbarungen getroffen werden können (vgl. Erklärungen des Regierungsrates zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, Landsgemeindevorlage, 1996, S. 5). Die Bedeutung dieser Vereinbarungen ist gering respektive bislang theoretischer Natur. Nichtsdestotrotz ist die diesbezügliche Zuständigkeit zu regeln, da die Möglichkeit in der IVöB 2019 vorgesehen ist. Der Regierungsrat vertritt den Kanton nach aussen, weshalb er auch für den Abschluss von Vereinbarungen mit Grenzregionen und Nachbarstaaten zuständig ist. Dies entspricht dem geltenden Recht (Art. 8 Abs. 2 Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [bGS 712.1]).

² Die entsprechende Regelung ist seit dem 1. November 2022 in Kraft.



Art. 3 GöB Veröffentlichungen (Art. 48 IVöB)

Die Veröffentlichung von bestimmten Verfahrensschritten und Verfügungen dient einerseits der Information interessierter Personen über das Beschaffungsverfahren, andererseits wird damit aber auch die Ergreifung von Rechtsmitteln ermöglicht.

Die Veröffentlichung des Zuschlags ergibt sich aus Art. 48 Abs. 1 IVöB 2019. Danach ist eine Veröffentlichung im offenen und im selektiven Verfahren Pflicht. Zudem sind Zuschläge, die im Staatsvertragsbereich freihändig erteilt wurden, zu veröffentlichen. Hinsichtlich der Rechtsmittelerhebung sieht Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019 vor, dass mindestens ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert eine Beschwerde zulässig ist. Dabei ist zu beachten, dass in Ausnahmefällen auch bei Beschaffungen, deren Auftragswert den für das Einladungsverfahren massgebenden Schwellenwert übersteigen, eine freihändige Vergabe zulässig ist (Art. 21 Abs. 2 IVöB 2019). In diesen Fällen dürfte eine nicht berücksichtigte Konkurrentin oder ein nicht berücksichtigter Konkurrent den Zuschlag anfechten. Ohne eine Veröffentlichung dieser Zuschläge kann er jedoch in der Praxis keine Beschwerde erheben, da er keine Kenntnis vom Zuschlag hat. Um allfälligen Konkurrentinnen und Konkurrenten effektiven Rechtsschutz zu gewähren, wird mit Abs. 2 die Pflicht geschaffen, die freihändigen Zuschläge über dem Schwellenwert zu veröffentlichen. Nicht veröffentlicht werden müssen hingegen freihändige Zuschläge unterhalb des Schwellenwerts.

Die IVöB 2019 sieht vor, dass Zuschläge im Staatsvertragsbereich innert 30 Tagen zu veröffentlichen sind. Hinsichtlich der Zuschläge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs besteht keine Fristenregelung. Dies soll gelöst werden, indem für Zuschläge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ebenfalls eine 30-tägige Frist vorgesehen ist (Abs. 3).

Art. 4 GöB Statistik (Art. 50 IVöB)

Bereits bisher musste jährlich eine Statistik über die Beschaffungen im Staatsvertragsbereich zuhanden des SECO erstellt werden. Bis anhin war hierfür das Departement Bau und Volkswirtschaft zuständig (Art. 40 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [bGS 712.11]). Es ist Sache des Regierungsrates, die Organisationsstruktur der Verwaltung und insbesondere die Zuständigkeiten der Amtsstellen festzulegen (Art. 28 Organisationsgesetz; bGS 142.112). Daher erhält der Regierungsrat die Kompetenz zur Delegation. Daher bestimmt der Regierungsrat die für die Erstellung der Statistik zuständige Stelle (Abs. 1).

Die Statistik kann nur erstellt werden, wenn die zuständige Stelle von sämtlichen Beschaffungen Kenntnis hat. Zwar können diese Informationen aktuell auf der Internetplattform von Bund und Kantonen für das öffentliche Beschaffungswesen ("simap.ch") eingesehen und gefiltert heruntergeladen werden. Da aber unklar ist, ob diese Möglichkeit immer bestehen bleibt, sind die Beschaffungsstellen wie bis anhin zur Meldung der Informationen an die zuständige Stelle verpflichtet (Abs. 2).

Art. 5 GöB Eröffnung von Verfügungen (Art. 51 IVöB)

Für die Eröffnung von Verfügungen ist der Auftraggeber zuständig. Eine Delegation an Dritte ist zulässig, wozu jedoch eine Grundlage in den kantonalen Ausführungsbestimmungen vorgesehen werden muss. Die Delega-



tion an einen Dritten macht Sinn, wenn dieser mit der Durchführung der Beschaffung, insbesondere der Ausschreibungsunterlagen oder der Bewertung der Angebote, beauftragt wird. Mit einer Delegation kann der beauftragte Dritte auch die entsprechenden Verfügungen eröffnen, was eine Entlastung für die Beschaffungsstellen bedeutet. Des Weiteren ist eine Delegation bei gemeinsamen interkantonalen oder interkommunalen Beschaffungen oder auch bei zu koordinierenden Projekten von Gemeinden und dem Kanton sinnvoll. In diesen Fällen übernimmt jeweils eine bestimmte Behörde die Federführung. Konsequenterweise sind in diesen Fällen auch die Verfügungen von der federführenden Behörde zu eröffnen.

Art. 6 GöB Rechtsschutz (Art. 52 IVöB)

Wie dargelegt ist die Beschwerde ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert zulässig. Auf kantonaler Ebene könnte die Rechtsmittelmöglichkeit für sämtliche Beschaffungen – auch für jene im freihändigen Verfahren – geschaffen werden. Sinn und Zweck des freihändigen Verfahrens ist es, bei niederschweligen Beschaffungen eine schnelle und einfache Vergabe des Auftrags zu ermöglichen. Wenn also eine Beschwerdemöglichkeit für das freihändige Verfahren eingeräumt würde, würde diesem Ziel widersprochen.

Zuständig für die Behandlung von Beschwerden im öffentlichen Beschaffungswesen ist das kantonale Verwaltungsgericht – in Appenzell Ausserrhoden das Obergericht.

Art. 7 GöB Kontrollen (Art. 62 IVöB)

Die Aufsicht über den Vollzug des öffentlichen Beschaffungswesens – im Wesentlichen die Überwachung der Einhaltung der massgeblichen Gesetzesbestimmungen – obliegt nach geltendem Recht dem Regierungsrat. Dies wird beibehalten, wobei neu die Übertragung an ein Departement möglich ist.

Art. 8 GöB Übergangsrecht (Art. 64 IVöB)

Die IVöB 2019 sieht vor, dass Beschaffungsverfahren, die vor Inkrafttreten der IVöB 2019 eingeleitet wurden, nach dem bisherigen Recht zu Ende geführt werden. Die IVöB 2019 ist bereits in Kraft, weshalb auf kantonaler Ebene eine eigenständige Übergangsregelung zu schaffen ist. Die Bestimmung der IVöB 2019 macht Sinn, weshalb im kantonalen Recht dieselbe Regelung vorgesehen ist.

Aufhebung geltenden Rechts

Das geltende Recht (Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [bGS 712.1] und Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [bGS 712.11]) ist mit dem Erlass des neuen Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen aufzuheben.



D. Auswirkungen

1. Praktische Auswirkungen

Die Harmonisierung der nationalen und kantonalen Bestimmungen zum öffentlichen Beschaffungsrecht bringt auf kantonaler und auf kommunaler Ebene Vorteile mit sich. Es ist zu erwarten, dass sowohl der Kanton als auch die Gemeinden durch die weitgehend einheitliche Rechtsprechung und Rechtsanwendung, gemeinsame Hilfs- und Lehrmittel sowie abgestimmte Aus- und Weiterbildungen ihre Beschaffungen einfacher vornehmen können. Auch für die Anbieterinnen und Anbieter ist eine Vereinfachung zu erwarten, da überall im schweizerischen Markt die gleichen Verfahrensbestimmungen gelten. Die verbesserte Anwenderfreundlichkeit, Klarheit und Rechtssicherheit verspricht zudem weniger administrativer Aufwand.

2. Finanzielle Auswirkungen

Bei der Neuregelung des Beschaffungsrechts handelt es sich vor allem um eine Verfahrensgesetzgebung, weshalb keine direkten finanziellen Auswirkungen auf den Kanton und die Gemeinden zu erwarten sind. Die Flexibilisierung des Beschaffungsprozesses, beispielsweise die Einführung neuer Beschaffungsinstrumente, kann Kosten nach sich ziehen. Allerdings handelt es sich meist um Kann-Bestimmungen, weshalb die Beschaffungsstellen entscheiden, ob und wie stark diese Bestimmungen umgesetzt werden sollen. Die aus der Revision des Beschaffungsrechts entstehenden Kosten hängen damit stark vom konkreten Vollzug ab und können daher nicht näher quantifiziert werden.

3. Personelle und organisatorische Auswirkungen

Die Umsetzung und der Vollzug der IVöB 2019 kann durch die Nutzung der neuen Beschaffungsinstrumente am Anfang einen leichten Mehraufwand nach sich ziehen, der jedoch mit den vorhandenen Ressourcen bewältigt werden kann.

Die IVöB 2019 hat keine direkten Auswirkungen auf die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens. Die einzelnen Gemeinwesen regeln nach wie vor selbständig, wer für die Beschaffung einer bestimmten Leistung zuständig ist. Für den Kanton sind aufgrund der Aufhebung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (bGS 712.11) die Zuständigkeiten und die Zuschlagskompetenzen neu zu regeln. Dies erfolgt in der Organisationsverordnung (bGS 142.121), welche folglich angepasst werden muss.

E. Weiteres Vorgehen

Nach der Durchführung und Auswertung der Vernehmlassung wird der Regierungsrat die Vorlage zuhanden des Kantonsrates verabschieden. Dieser wird die Vorlage voraussichtlich im Sommerhalbjahr 2026 in 1. Lesung behandeln. Die Inkraftsetzung ist auf den 1. September 2027 geplant.