



Webinar / Video-Podcast

Änderungen des öffentlichen Beschaffungsrechts im Kanton Bern IVöB 2019 / IVöBG / IVöBV

Thomas M. Fischer
Amt für Informatik und Organisation KAIO
Zentrale Koordinationsstelle Beschaffung



Programm

1. Einführung in dieses Webinar
2. Kommentierung der Änderungen im öffentlichen Beschaffungsrecht
 1. Gegenstand, Zweck und Begriffe
 2. Geltungsbereich
 3. Allgemeine Grundsätze
 4. Vergabeverfahren
 5. Vergabeanforderungen
 6. Ablauf des Vergabeverfahrens
 7. Fristen und Veröffentlichungen, Statistik
 8. Rechtsschutz
3. Ihre weiteren Fragen

Pausen:
5 / 15 / 5 Minuten
je nach ca. 1 Stunde



Einführung

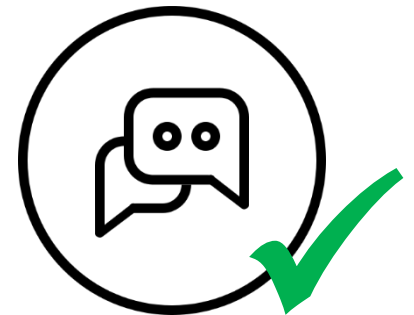
- Zu diesem Webinar
- Abkürzungen
- Weiterführende Informationen

Zu diesem Webinar: Spielregeln

Wenn Sie an diesem Webinar live teilnehmen, schalten Sie Ihr Mikrofon und Ihre Kamera bitte aus.

Sie können im Chatfenster jederzeit schriftlich Fragen stellen. Ich werde diese Fragen wiederholen und beantworten, soweit es die Zeit zulässt. Wenn ich Ihre Frage nicht aufgreifen, kann der Grund dafür auch sein, dass das entsprechende Thema später in diesem Webinar oder in einer der weiteren in diesem Abschnitt erwähnten Grundlagen behandelt wird.

Die Rechtsauffassungen, die ich in diesem Webinar äussere, sind meine eigenen, soweit ich nicht auf Quellen Bezug nehme. Sie sind weder für das KAIO noch für andere Behörden des Kantons Bern verbindlich.



Zu diesem Webinar: Über uns

Thomas M. Fischer ist Rechtsanwalt, Leiter des Stabs und des Rechtdiensts des Amtes für Informatik und Organisation des Kantons Bern (KAIO), Mitglied der Geschäftsleitung des KAIO und Vorsitzender der kantonalen Beschaffungskonferenz (KBK).

Die **Zentrale Koordinationsstelle Beschaffung** (ZKB) ist Teil der Finanzdirektion des Kantons Bern und des KAIO. Sie ist für die Querschnittsaufgaben des öffentlichen Beschaffungswesens im Kanton Bern zuständig. Sie unterstützt öffentliche Beschaffungsstellen des Kantons und der Gemeinden mit Beratung, Hilfsmitteln und Vorlagen. Diese sind verfügbar auf www.be.ch/beschaffungen.

Zu diesem Webinar: Gegenstand

Dieses Webinar stellt die wichtigen **Änderungen im öffentlichen Beschaffungsrecht des Kantons Bern** dar, die sich durch den Beitritt des Kantons Bern zur total revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) ergeben. Auf Bestimmungen, die sich im Wesentlichen nicht ändern, wird nicht eingegangen.

Die Änderungen, die sich aus den **Berner Ausführungsbestimmungen** zur IVöB 2019 ergeben, werden besonders hervorgehoben. Dies erlaubt es auch Personen, die das Recht anderer Kantone anwenden, die übrigen Inhalte zu nutzen.

Nur teilweise eingegangen wird auf die Unterschiede zwischen der IVöB 2019 und dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB). Dieses Webinar eignet sich daher nur begrenzt für Personen, die hauptsächlich das **öffentliche Beschaffungsrecht des Bundes** anwenden.

Zu diesem Webinar: Ziel

Das Ziel dieses Webinars ist es, aufzuzeigen,

- welche Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts sich im Kanton Bern wie ändern, und
- welche Auswirkungen diese Änderungen auf die Praxis der Auftraggeber und Anbieter haben.

Bei den Änderungen werden nur diejenigen berücksichtigt, die zu einer **inhaltlichen Änderung von einer gewissen Bedeutung** führen. Die vielen Bestimmungen des neuen Rechts, die bloss kodifizieren, was nach Lehre und Praxis bereits gilt, werden daher nicht kommentiert.

Zu diesem Webinar: Voraussetzungen und Abgrenzung

Dieses Webinar richtet sich an **Personen, die bereits über Erfahrungen und Kenntnisse im öffentlichen Beschaffungsrecht verfügen.**

Es ist damit keine Grundausbildung oder Einführung in das öffentliche Beschaffungswesen. Dafür gibt es andere Angebote oder Grundlagen. Sie sind auf www.be.ch/beschaffungen verlinkt.

Zu diesem Webinar: Form

Dieses Webinar wird auch als Foliensatz und als Videodatei zum Herunterladen angeboten. Sie finden diese und weitere Unterlagen unter www.be.ch/beschaffungen.

Diese Aufzeichnungen und Unterlagen können gemäss den Bedingungen der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung 4.0 International ([CC BY 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)) von allen Personen weiterverwendet werden.

Abkürzungen

In diesem Webinar verwende ich die folgenden Abkürzungen für die massgeblichen Erlasse:

Im Kanton Bern verbindlich:

GPA / GPA 2012	<u>Government Procurement Agreement 2012</u> (Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 0.632.231.422)
BGBM	<u>Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995</u> (SR 943.02)
IVöB / IVöB 2019	<u>Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019</u> (BSG 731.2-1)
IVöBG	<u>Berner Gesetz vom 8. Juni 2021 über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen</u> (BSG 731.2)
IVöBV	<u>Berner Verordnung vom 17. November 2021 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen</u> (BSG 731.21)

Abkürzungen

In diesem Webinar verwende ich die folgenden Abkürzungen für die massgeblichen Erlasse:

Zu Vergleichszwecken herangezogene Erlasse des Bundes:

BöB / BöB 2019	<u>Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)</u>
VöB / VöB 2019	<u>Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)</u>

Bis 1. Februar 2022 gültige Erlasse:

ÖBG	Gesetz vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (BSG 731.2)
ÖBV	Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (BSG 731.21)

Abkürzungen

In diesem Webinar verwende ich die folgenden weiteren Abkürzungen:

MB	Musterbotschaft (Erläuterungen) der Baudirektorenkonferenz (BPUK) zur IVöB 2019
V. IVöBG / IVöBV	Vortrag (Erläuterungen) des Regierungsrates zur IVöBG bzw. zur IVöBV
Komm.	Verschiedene Autorinnen und Autoren in: Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Schulthess 2020

S. die Folien im Anhang für weitere Abkürzungen und Quellen.

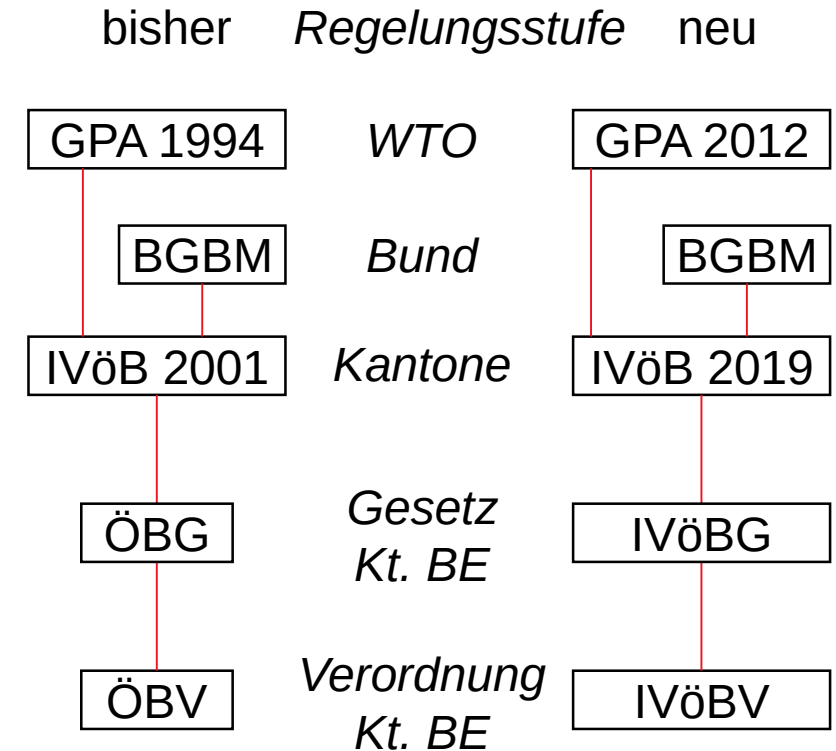
Hinweis zur Sprache: Die IVöB 2019 verwendet für den «Auftraggeber» und den «Anbieter» nur die männliche Form. Diese Konvention wird auch in den Berner Erlassen und damit auch in diesem Webinar verwendet.

Normenhierarchie

Das Bild zeigt, wie die neuen und alten Vorschriften zusammenhängen.

Im alten Recht war das öffentliche Beschaffungsrecht auf IVöB 2001, ÖBG und ÖBV verteilt.

Im neuen Recht regelt die IVöB 2019 die öffentlichen Beschaffungen fast vollständig. Das IVöBG und die IVöBV enthalten nur noch wenige ergänzende Bestimmungen.



Weiterführende Informationen

Auf www.be.ch/beschaffungen finden Sie folgende Informationen zum neuen Recht (sie werden teils erst später veröffentlicht):

- Newsletter mit Informationen über rechtliche, politische und methodische Neuerungen sowie aktuelle Gerichtsentscheide
- Texte und Materialien zum neuen Recht
- Links auf weitere Aus- bzw. Weiterbildungsangebote:
 - Webseite «Neuerungen im öffentlichen Beschaffungsrecht»
 - Web-basiertes Training für Teilnehmende an öffentlichen Vergabeverfahren
 - Interkantonaler Leitfaden zum Durchführen öffentlicher Beschaffungen
 - Aus- und Weiterbildungen im öffentlichen Beschaffungswesen von Dritten



IVöB 2019, 1. Kapitel: Gegenstand, Zweck und Begriffe

Was bleibt grundsätzlich gleich im 1. Kapitel der IVöB?

- **Grundsätze** der Wirtschaftlichkeit, Transparenz, Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung sowie des wirksamen Wettbewerbs.
- **Begriffe**, die durch die Lehre und Praxis entwickelt wurden, wie: Anbieter, öffentliches Unternehmen, Einrichtung des öffentlichen Rechts, Staatsvertragsbereich, öffentlicher Auftrag.

IVöB 2: Zweck

Neu: IVöB 2019 2.a	Bisher: IVöB 2001 1.3.d
Diese Vereinbarung bezweckt: a den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel,	³ Ihre Ziele sind insbesondere: d wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel.

Im Zweckartikel wird neben dem **weiterhin massgeblichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit** neu auch die **Nachhaltigkeit** in ihren drei Dimensionen genannt. Dies schafft zusammen mit weiteren Bestimmungen die Rechtsgrundlage zur Berücksichtigung dieser Ziele etwa im Rahmen der Kriterien. Gemäss IVöB 29.1-2, 30.4 sind **ökologische Kriterien** neu unbeschränkt zulässig, **sozialpolitische Kriterien** aber nur eingeschränkt.

Nur im deutschen Text erscheint, vom Bundesparlament eingefügt, die «volkswirtschaftliche» Nachhaltigkeit. Was das meint, ist unklar. Soweit damit ein politischer Wunsch nach mehr Heimatschutz ausgedrückt werden sollte, ist diese Klausel wegen dem entgegenstehenden übergeordneten Recht (BGBM, GPA) wirkungslos (Komm. N 13).

Die Nachhaltigkeit darf damit weiterhin nicht als Vorwand für protektionistische Massnahmen, also das Ausgrenzen ausserkantonalen bzw. nicht lokaler Anbieter, herangezogen werden (MB S. 25, Komm. N. 17).

IVöB 5: Anwendbares Recht

Neu: IVöB 2019 5.6

⁶ Öffentliche oder private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten, die ihnen durch den Bund verliehen wurden, oder die Aufgaben im nationalen Interesse erbringen, können wählen, ob sie ihre Beschaffungen dem Recht an ihrem Sitz oder dem Bundesrecht unterstellen.

Neu können **Sektorenunternehmen** gemäss IVöB 4.2.a-h (konzessionierte Unternehmen in den Bereichen Wasserversorgung, Elektrizität, Verkehr) wählen, ob sie **Bundes- oder kantonales Beschaffungsrecht** anwenden.

Im Kanton Bern ist das etwa für Unternehmen wie die BKW oder BLS relevant.

Diese Rechtswahl sollte nicht fallweise, sondern für eine längere Zeit und alle öffentlichen Aufträge erfolgen. Sie ist bei den Ausschreibungen bekanntzugeben (Komm. N 20, 23 m. Hw.).



IVöB 2019, 2. Kapitel: Geltungsbereich

Was bleibt grundsätzlich gleich im 2. Kapitel der IVöB?

- **Subjektiver Geltungsbereich** (wer ist dem öffentlichen Beschaffungsrecht als Auftraggeber unterstellt?), mit kleinen Nuancen.
- **Anwendbares Recht** bei gemeinsamen Beschaffungen (in den Grundzügen).
- Von der Lehre und Praxis entwickelte bzw. von den Staatsverträgen vorgesehene **Ausnahmen vom objektiven Geltungsbereich** (für welche Aufträge gilt das öffentliche Beschaffungsrecht nicht?). Zu diesen Ausnahmen gehören u.a. (IVöB 10):
 - Grundstücksgeschäfte
 - Wertpapiergeschäfte
 - Aufträge an Wohltätigkeitsorganisationen (nicht gewinnstrebige Organisationen mit ideeller Zielsetzung)
 - Arbeitsverträge
 - Aufträge zwischen staatlichen Akteuren (in-House-, quasi-in-house- und in-state-Beschaffungen)

IVöB 9: Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen (1/3)

Neu: IVöB 2019 9

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts gehen vor.

Das neue Recht stellt klar, dass auch Folgendes als öffentlicher Auftrag gilt und ggf. auszuschreiben ist:

- Bei der **Übertragung einer öffentlichen Aufgabe** («Beleihung») wird nicht nur eine Aufgabe, sondern auch die Erfüllungsverantwortung dafür mit übertragen. Dazu kann, muss aber nicht, die Übertragung von Verfügungsbefugnissen oder anderen hoheitlichen Befugnissen gehören.

Beispiele finden sich v.a. im Bereich der Leistungsverwaltung (wie die Elektrizitäts-, Wasser- oder Gesundheitsversorgung).

IVöB 9: Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen (2/3)

Neu: IVöB 2019 9

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts gehen vor.

Das neue Recht stellt klar, dass auch Folgendes als öffentlicher Auftrag gilt und ggf. auszuschreiben ist:

- Eine **Konzession** ist ein ausschliessliches Recht zur Nutzung einer Ressource (z.B. Abbau von Rohstoffen, Werbung an öffentlichen Gebäuden) oder zum Ausüben einer Tätigkeit (z.B. Betrieb einer Kantine in einem öffentlichen Gebäude).

Ausschreibungspflichtig ist dies, wenn es nicht (nur) im kommerziellen Interesse der Konzessionärin, sondern auch im öffentlichen Interesse erfolgt, und mit einem Entgelt für die Konzessionärin verbunden ist. Dieses kann auch der wirtschaftliche Vorteil aus der Konzession sein (Komm. N 44).

IVöB 9: Übertragung öffentlicher Aufgaben und Verleihung von Konzessionen (3/3)

Neu: IVöB 2019 9

Die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession gilt als öffentlicher Auftrag, wenn dem Anbieter dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zu- kommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts gehen vor.

Das kantonale Recht (und damit auch das kommunale, V. IVöBG S. 6) kann die Vergabe solcher Aufträge aber anderen Regeln unterstellen. Dies kann durch Gesetz oder Verordnung erfolgen (Komm. N 64).

Wenn diese **spezialgesetzlichen Bestimmungen** die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts ausschliessen, müssen sie ein anderes Auswahlverfahren vorsehen, das ebenfalls transparent, objektiv und unparteiisch sein muss. Abweichungen vom öffentlichen Beschaffungsrecht müssen sachlich begründet sein (Komm. N 64).

Dies steht der gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben von Gemeinwesen durch dafür gegründete Rechtsträger (z.B. Gemeindeverbände, AGs zum Betrieb von Schwimmbädern o.ä.) aber nicht entgegen, da solche Aufträge i.d.R. dem In-State- bzw. Quasi-In-House-Privileg unterstehen (IVöB 10.2).

IVöB 10.1.e: Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration

Anders im Kanton Bern: IVöBV 2

Die IVöB findet auch Anwendung auf Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration.

Neu: IVöB 2019 10.1.e

¹ Diese Vereinbarung findet keine Anwendung auf:
e Aufträge an (...) Organisationen der Arbeitsintegration (...);

Das Bundesparlament nahm Aufträge über arbeitsmarktliche Massnahmen vom objektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts aus. D.h., solche Aufträge dürfen ohne Ausschreibung bzw. freihändig vergeben werden. Diese Ausnahme ist vermutlich GPA-widrig (Komm. N 18).

Im Kanton Bern heben die Ausführungsbestimmungen (gestützt auf IVöBG 8) diese Ausnahme aber wieder auf. IVöB 63.4 erlaubt eine solche Ausdehnung (nicht aber eine Einschränkung) des Geltungsbereichs der IVöB. Arbeitsintegrationsleistungen werden im Kanton Bern daher weiterhin öffentlich ausgeschrieben.

Der Hintergrund dieser Differenz ist, dass die Kantone sich in dieser Frage nicht einig waren. Sie liessen daher eine unterschiedliche Regelung in den einzelnen Kantonen zu.

IVöB 10.1.g: Aufträge der öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen

Neu: IVöB 2019 10.1.g

¹ Diese Vereinbarung findet keine Anwendung auf:
g die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und Gemeinden.

Das neue Recht nimmt die **öffentlichen Pensionskassen** vom subjektiven Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts aus, d.h., sie dürfen und müssen ihre Aufträge nicht mehr öffentlich ausschreiben.

Dies betrifft im Kanton Bern z.B. die kantonalen Pensionskassen BPK und BLVK.

Diese Ausnahme fügte das Bundesparlament mit Blick auf die Bundespensionskasse Publica ein. Die staatlichen Pensionskassen sollen damit – im Interesse der Versicherten – am Anlagemarkt gleich flexibel agieren können wie ihre private Konkurrenz. Ob diese Ausnahme GPA-konform ist, ist allerdings ebenfalls fraglich (Komm. N 34).

Pause

5 Minuten





IVöB 2019, 3. Kapitel: Allgemeine Grundsätze

Was bleibt grundsätzlich gleich im 3. Kapitel der IVöB?

- **Verfahrensgrundsätze:** Vertraulichkeit des Verfahrens und der Anbieterinformationen, Verbot von Abgebotsrunden (Preisverhandlungen). Letzteres ist im BöB neu.
- **Teilnahmebedingungen:** Einhaltung des massgeblichen öffentlichen Rechts durch die Anbieter (und neu ausdrücklich auch ihre Subunternehmer), wie öffentliches Arbeitsrecht, Lohnungleichheit, Umweltschutzrecht.
- **Regeln zur Bestimmung des Auftragswerts:** Zusammenrechnungspflicht bzw. Aufteilungsverbot, Regeln für wiederkehrende Beschaffungen (Wert über 12 Monate)

IVöB 11: Massnahmen gegen Fehlverhalten

Neu: IVöB 2019 11.1.b

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge beachtet der Auftraggeber folgende Verfahrensgrundsätze:
b er trifft Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption;

Bisher: IVöB 2001 11.1.b

Bei der Vergabe von Aufträgen werden folgende Grundsätze eingehalten:
b wirksamer Wettbewerb;

Neu ist es Aufgabe der öffentlichen Vergabestellen, konkrete **Massnahmen** gegen Interessenkonflikte, Wettbewerbsabreden und Korruption zu treffen. Die Korruptionsbekämpfung ist eines der zentralen Anliegen des revidierten GPA (MB S. 41).

IVöBV 3 bis 6 konkretisieren diese Massnahmen für den Kanton Bern, teils basierend auf dem Bundesrecht (VöB). Sie werden in der Folge vorgestellt.

IVöBV 3: Sensibilisierung der Mitarbeitenden

Im Kanton Bern: IVöBV 3 ≈ VöB 3

- ¹ Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eines Auftraggebers sowie von ihm beauftragte Dritte, die an einem Beschaffungsverfahren mitwirken, sind verpflichtet,
- a Nebenbeschäftigungen und Auftragsverhältnisse sowie Interessenbindungen, die zu einem Interessenkonflikt beim Vergabeverfahren führen können, offenzulegen und
 - b eine Erklärung ihrer Unbefangenheit abzugeben, wenn der Schwellenwert des Einladungsverfahrens erreicht ist. (...)
- ² Der Auftraggeber weist seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die an Vergabeverfahren mitwirken, regelmässig darauf hin, wie sie Interessenkonflikte und Korruption wirksam vermeiden.

Das neu ab dem Einladungsverfahren obligatorische **«Compliance-Formular»** gem. IVöBV 3.1 ist ein wichtiges Sensibilisierungsinstrument, um die Mitarbeitenden auf die Spielregeln eines Beschaffungsverfahrens hinzuweisen (Vertraulichkeit, Ausstandsregeln, Geschenkannahmen, etc.). Es kann auch elektronisch ausgefüllt werden (z.B. per E-Mail). Es steht auf www.be.ch/beschaffungen als Vorlage zur Verfügung. **Achtung:** Mit diesem Formular können Ausstandsgründe nicht verhindert, sondern nur besser erkannt werden. Der Auftraggeber bleibt dafür verantwortlich, dass Befangene in den Ausstand treten.

Zur Information gem. IVöBV 3.2 setzt die Kantonsverwaltung ein web-basiertes Training ein, das für alle Kantonsangestellten obligatorisch ist.

IVöBV 4: Whistleblower-Meldestelle

Im Kanton Bern: IVöBV 4

- ¹ Der Auftraggeber stellt sicher, dass sich seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an eine von ihren Vorgesetzten unabhängige Meldestelle wenden können, um Verstösse gegen Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens zu melden.
- ² Die Meldestelle behandelt solche Meldungen vertraulich. Den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern dürfen wegen ihrer Meldungen keine Nachteile entstehen.
- ³ Gemeinden und andere kommunale Auftraggeber können darauf verzichten, eine Meldestelle gemäss Absatz 1 einzurichten. In diesem Fall ist die Regierungstatthalterin oder der Regierungstatthalter die Meldestelle.
- ⁴ Die Finanzkontrolle ist (...) die Meldestelle gemäss Absatz 1 für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons.

Neu schützt das Berner Recht **«Whistleblower»**, die Fehlverhalten von Auftraggebern oder Anbietern aufzeigen, ausdrücklich. Sie können sich namentlich oder anonym an eine Meldestelle wenden, die den Meldungen nachgehen und ggf. aufsichtsrechtliche Massnahmen auslösen muss. In der Kantonsverwaltung besteht bei der Finanzkontrolle eine solche Meldestelle bereits. Alle anderen Auftraggeber müssen sie einrichten und intern kommunizieren. Sie muss so angesiedelt sein, dass sie Problemen unabhängig von der Unternehmenshierarchie nachgehen kann. Kommunale Auftraggeber können darauf verzichten; diesfalls ist das Regierungstatthalteramt die Meldestelle.

Whistleblower dürfen wegen ihrer Meldungen (ob begründet oder nicht) nicht z.B. entlassen, degradiert, versetzt, schikaniert oder sonst benachteiligt werden. Geschieht das doch, können sie sich personalrechtlich dagegen wehren.

IVöBV 5: Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden

Im Kanton Bern: IVöBV 5

- ¹ Der Auftraggeber sieht im Vertrag mit dem Auftragnehmer vor, dass dieser dem Auftraggeber eine Konventionalstrafe schuldet, wenn
- a der Auftragnehmer im Zusammenhang mit dem Auftrag unzulässige Wettbewerbsabreden trifft, wobei die Konventionalstrafe mindestens 10% der bereinigten Angebotssumme beträgt,
 - b Subunternehmer oder Lieferanten des Auftragnehmers im Zusammenhang mit dem Auftrag oder dessen Vorleistungen unzulässige Wettbewerbsabreden treffen, wobei die Konventionalstrafe mindestens 10% der Gesamtvergütung für die Leistung des Subunternehmers oder Lieferanten beträgt. (...)
- ³ Der Auftraggeber kann von den Absätzen 1 und 2 abweichen, wenn das Risiko von Wettbewerbsabreden gering ist.

Bei **Wettbewerbsabreden** vereinbaren Anbieter, so zu offerieren, dass ein bestimmter Anbieter den Auftrag erhält. Dies treibt die Preise um fast 50% in die Höhe. Anfällig ist v.a. der Bausektor. Wenn solche Kartelle entdeckt werden, ist Schadenersatz selten möglich. Daher schreibt das Berner Recht neu vertragliche Konventionalstrafen dafür vor. Sie finden sich neu auch in den kantonalen AGB (www.be.ch/agb). Damit wird die Motion 042-2019 Köpfli umgesetzt.

Der Anbieter kann sich gegen Abreden seiner Sublieferanten absichern, indem er ihnen die Konventionalstrafe überbindet. Auch «Kronzeugen» in WEKO-Verfahren profitieren von einem Rabatt, was dazu motiviert, Kartelle zu verraten (Abs. 2).

Ausnahmen (Abs. 3) sind möglich in Märkten mit gut funktionierendem Wettbewerb (viele und wechselnde Anbieter, Leistungen mit deutlichen Qualitätsunterschieden). Dies, weil Konventionalstrafen sich auf den Angebotspreis auswirken.

IVöBV 6: Daten über Wettbewerbsabreden

Im Kanton Bern: IVöBV 6

¹ Die Wettbewerbskommission oder ihr Sekretariat erhält auf Anfrage Zugang zu den Protokollen über die Angebotsöffnung.

Die Wettbewerbskommission ist die Behörde des Bundes, die sich der Bekämpfung von schädlichen Kartellen widmet. Sie hat statistische Methoden entwickelt, um in Daten über Auftragsvergaben Muster zu erkennen, die auf Wettbewerbsabreden hinweisen. Auf Anfrage müssen ihr die Auftraggeber daher neu die nötigen Daten übermitteln.

IVöB 12, 26: Teilnahmebedingungen für Subunternehmer

Neu: IVöB 2019 12.4, 26.1

Art. 12 ⁴ Die Subunternehmer sind verpflichtet, die Anforderungen nach den Absätzen 1 bis 3 [*Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen, Lohnungleichheit, Umweltschutz*] einzuhalten. Diese Verpflichtungen sind in die Vereinbarungen zwischen den Anbietern und den Subunternehmern aufzunehmen.

Art. 26 ¹ Der Auftraggeber stellt im Rahmen des Vergabeverfahrens und bei der Erbringung der zugeschlagenen Leistungen sicher, dass der Anbieter und seine Subunternehmer die Teilnahmebedingungen, namentlich die Voraussetzungen nach Artikel 12, erfüllen, die fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge bezahlt haben und auf unzulässige Wettbewerbsabreden verzichten.

Die IVöB 2019 dehnt die gesetzlichen Teilnahmebedingungen ausdrücklich auch auf **Subunternehmer** aus. Der Unterschied zwischen Subunternehmern und Lieferanten des Anbieters ist, dass der Subunternehmer selbst Teile der auftragsgegenständlichen Leistung erbringt und somit Hilfsperson des Zuschlagsempfängers gemäss Art. 101 OR ist. Der Lieferant liefert demgegenüber nur Material, Hilfsmittel oder einzelne Arbeitsleistungen (V. IVöBV 11 m. Hw.).

Diese neue Regelung hat zur Folge, dass auch für die Subunternehmer die nötigen **Nachweise** zur Erfüllung der Teilnahmebedingungen eingereicht werden müssen (s. unten zu IVöB 26 und IVöBV 11).

IVöB 13.1: Ausstand

Neu: IVöB 2019 13

- ¹ Am Vergabeverfahren dürfen auf Seiten des Auftraggebers oder eines Expertengremiums keine Personen mitwirken, die:
- a an einem Auftrag ein persönliches Interesse haben;
 - b mit einem Anbieter oder mit einem Mitglied eines seiner Organe durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder eine faktische Lebensgemeinschaft führen;
 - c mit einem Anbieter oder mit einem Mitglied eines seiner Organe in gerader Linie oder bis zum dritten Grad in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind;
 - d Vertreter eines Anbieters sind oder für einen Anbieter in der gleichen Sache tätig waren; oder
 - e aufgrund anderer Umstände die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen. (...)

Bisher: IVöB 2001 11

Bei der Vergabe von Aufträgen werden folgende Grundsätze eingehalten: (...)
d. Beachtung der Ausstandsregeln;

Anbieter haben Anspruch auf die Beurteilung ihrer Angebote durch eine **unabhängige Instanz**. Bisher galten die Ausstands- und Vorbefassungsbestimmungen des kantonalen Rechts (VRPG 9). Die neuen Regeln der IVöB gehen nun als Spezialgesetz vor, und sind **weniger streng**. Ein Anschein der Befangenheit ist nicht mehr ausreichend, sondern die Befangenheit muss sich konkret auf den Beschaffungsvorgang auswirken (Komm. N 17). Die objektiven Gründe, welche auf eine Befangenheit hindeuten, müssen eine gewisse Intensität aufweisen und liegen eher vor, je intensiver und aktueller eine Beziehungsnähe ist (MB S. 48).

IVöB 13.4: Ausstandssituationen in Jurys

Neu: IVöB 2019 13.4

⁴ Der Auftraggeber kann in der Ausschreibung vorgeben, dass Anbieter, die bei Wettbewerben und Studienaufträgen in einem ausstandsbegründenden Verhältnis zu einem Jurymitglied stehen, vom Verfahren ausgeschlossen sind.

Nur in der IVöB, nicht im BöB, findet sich diese Regel, die dem SIA-Standard 142/3 entspricht (Komm. N 27). Danach kann der Auftraggeber vorsehen, dass in Ausstandssituationen der betroffene Anbieter statt das betroffene Jurymitglied aus dem Verfahren entfernt wird.

Nach der hier vertretenen und auch vom Regierungsrat im Mitwirkungsverfahren vorgebrachten Meinung ist diese Bestimmung mit der Garantie eines fairen Verfahrens (BV 29.1) nicht vereinbar. Denn der Anbieter hat keinen Einfluss auf die Zusammensetzung der Jury. Er darf daher nicht die Konsequenzen einer ausstandsbegründenden Juryzusammensetzung tragen. Die Regel ist zudem missbrauchsanfällig, weil der Auftraggeber so durch die Juryzusammensetzung Einfluss auf den Anbieterkreis nehmen kann. **IVöB 13.4 sollte daher nicht angewendet werden.**

IVöB 14: Vorbefassung

Neu: IVöB 2019 14

¹ Anbieter, die an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens beteiligt waren, sind zum Angebot nicht zugelassen, wenn der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann und wenn der Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern nicht gefährdet.

² Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sind insbesondere:

- a die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten;
- b die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten;
- c die Verlängerung der Mindestfristen.

³ Eine der öffentlichen Ausschreibung vorgelagerte Marktabklärung durch den Auftraggeber führt nicht zur Vorbefassung der angefragten Anbieter. Der Auftraggeber gibt die Ergebnisse der Marktabklärung in den Ausschreibungsunterlagen bekannt.

Bisher: ÖBV 24.1.a

¹ Die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber schliessen Anbieterinnen oder Anbieter von der Teilnahme am Verfahren aus, welche

- a an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können,

Als Reaktion auf restriktive Gerichtsentscheide sieht die IVöB 2019 **gelockerte Vorbefassungsregeln** vor. Der Ausschluss soll nur noch letztes Mittel sein, wenn der Wettbewerbsvorteil eines vorbefassten Anbieters nicht ausgeglichen werden kann. (Dessen Bekanntgabe, IVöB 14.1.b, ist indes kein Ausgleichsmittel, sondern in jedem Fall ein Gebot der Transparenz; Komm. N 16). Selbst wenn kein Ausgleich möglich ist, bleibt der vorbefasste Anbieter im Verfahren, wenn sonst kein wirksamer Wettbewerb möglich ist (z.B. bei sehr wenigen Anbietern). Dies ermöglicht es den Auftraggebern, **Marktabklärungen viel offensiver** durchzuführen und sich dazu auch direkt mit potenziellen Anbietern auszutauschen.

IVöB 14.3: Ziel der Marktabklärung

Mit der Marktanalyse bzw. Marktabklärung sollte der Auftraggeber vor jeder Beschaffung u.a. klären:

- **Wieviele bzw. welche Anbieter gibt es am Markt?** In welchen Strukturen (Monopol, Oligopol)? Was können sie anbieten und wie gut deckt sich das mit unseren Anforderungen?
- Ist damit eine **Ausschreibung überhaupt sinnvoll** oder drängt sich eine freihändige Vergabe, eine Anpassung der Anforderungen oder ein Verzicht auf die Beschaffung auf?
- **Make or buy?** Sind eine interne Leistungserbringung oder die Beschaffung der Leistung wirtschaftlicher?
- **Ist eine Beschaffungskoooperation möglich?** Wurde die Leistung schon einmal öffentlich beschafft? Können wir uns an einer früheren Beschaffung eines anderen Auftraggebers beteiligen oder mit einem anderen Auftraggeber zusammen neu beschaffen? Sind freihändige Folgeaufträge einer früheren Beschaffung möglich?

Die **Bekanntgabe der Ergebnisse** der Marktabklärung (IVöB 14.3 Satz 2) sollte so weit gehen, wie nötig ist, um alle potenziellen Anbieter (v.a. die nicht individuell kontaktierten) auf den gleichen Informationsstand zu bringen. Vertrauliche Informationen dürfen nur mit Zustimmung der jeweiligen Unternehmen veröffentlicht werden (Komm. N 20).

IVöB 14.3: Methoden der Marktabklärung

Zu den Methoden der Marktabklärung gehören:

- **Offene Quellen auswerten:** Anbieter-Websites, Fachzeitschriften, Studien, Medien...
- **Austausch mit anderen Auftraggebern:** Erfahrungen mit Anbietern oder Produkten, lessons learned aus früheren Beschaffungsverfahren. Studium früherer Ausschreibungen (erhältlich beim Auftraggeber oder z.B. bei [intelliprocure.ch](https://www.intelliprocure.ch))
- Auf den jeweiligen Markt spezialisierte **Analyseunternehmen** beauftragen (für die ICT z.B. Gartner, Forrester), bzw. deren Analysen beschaffen, oder markterfahrene **Beratungsunternehmen** beauftragen.
- **Direkte Gespräche** mit potenziellen Anbietern, wobei zu beachten ist, dass diese möglichst keinen Informationsvorsprung erhalten bzw. dieser später auszugleichen ist, und dass man die Anforderungen nicht auf einzelne Anbieter ausrichtet.
- **Dialog** (IVöB 24): sehr aufwändig, daher nur bei Grossprojekten sinnvoll.
- **Request for information (RFI)** mit der Funktion «Vorankündigung» auf simap.ch: Darstellung der Ausgangslage und des Bedarfs. Beilage eines Fragebogens, mit dem interessierte Unternehmen ihre Eignung und ihre Abdeckung der Anforderungen beschreiben können. Ein RFI ist beiderseits unverbindlich.

IVöB 15: Vertragshöchstdauer

Neu: IVöB 2019 15.4

⁴ Bei Verträgen mit bestimmter Laufzeit errechnet sich der Auftragswert anhand der kumulierten Entgelte über die bestimmte Laufzeit, einschliesslich allfälliger Verlängerungsoptionen. Die bestimmte Laufzeit darf in der Regel 5 Jahre nicht übersteigen. In begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden.

⁵ Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit errechnet sich der Auftragswert anhand des monatlichen Entgelts multipliziert mit 48.

Neu gilt für alle Beschaffungen, was bisher nur im Bundesrecht und für Beschaffungen der Kantonsverwaltung galt: **Verträge dürfen normalerweise höchstens fünf Jahre lang dauern**, dann muss der Auftrag neu ausgeschrieben werden. Damit wird sichergestellt, dass der Wettbewerb immer wieder spielt und bessere / nachhaltigere / wirtschaftlichere Lösungen regelmässig eine Chance erhalten.

Wenn es sachlich begründet ist, kann aber eine längere Vertragsdauer (oder Verlängerungsoption) gewählt werden. Dies ist z.B. sinnvoll, wenn die Ausschreibung oder der Wechsel des Anbieters sehr aufwändig ist, oder wenn der Auftrag Investitionen voraussetzt, die einer längeren Amortisation bedürfen.

Unbefristete oder sich selbst erneuernde Verträge sind damit nicht mehr zulässig, auch wenn IVöB 15.5 das Gegenteil suggeriert. Diese etwas unreflektiert aus dem GPA kopierte Regel hat als Folge von IVöB 15.4 kaum mehr Anwendungsbereiche (Komm. N 19).



IVöB 2019, 4. Kapitel: Vergabeverfahren

Was bleibt grundsätzlich gleich im 4. Kapitel der IVöB?

- **Verfahrensarten:** Öffentliche Beschaffungen erfolgen weiterhin im freihändigen, Einladungs-, selektiven oder offenen Verfahren.
- **Ausnahmegründe für überschwellige freihändige Vergaben,** ausser was Folgeaufträge betrifft.
- Über die Nachweise für die Erfüllung der Teilnahmebedingungen stellt das KAIO weiterhin auf Wunsch ein **Zertifikat** aus.

IVöB 16: Schwellenwerte

Neu: IVöB 2019 Anhang 2

Verfahrensarten	Lieferungen (Auftragswert CHF)	Dienstleistungen (Auftragswert CHF)	Bauleistungen (Auftragswert CHF) Bau- nebengewerbe	Bauleistungen (Auftragswert CHF) Bauhaupt- gewerbe
Freihändiges Verfahren	unter 150'000	unter 150'000	unter 150'000	unter 300'000
Einladungsverfah- ren	unter 250'000	unter 250'000	unter 250'000	unter 500'000
offenes / selekti- ves Verfahren	ab 250'000	ab 250'000	ab 250'000	ab 500'000

Bisher: IVöB 2001 Anhang 2

Verfahrensarten	Lieferungen (Auftragswert CHF)	Dienstleistungen (Auftragswert CHF)	Bauarbeiten (Auftragswert CHF)	
			Baunebengewerbe	Bauhauptgewerbe
Freihändige Vergabe	unter 100 000	unter 150 000	unter 150 000	unter 300 000
Einladungs- verfahren	unter 250 000	unter 250 000	unter 250 000	unter 500 000
offenes/selektives Verfahren	ab 250 000	ab 250 000	ab 250 000	ab 500 000

In Bezug auf die Schwellenwerte ändert sich nur etwas: Neu gilt für **Lieferungen und Dienstleistungen** einheitlich ein Schwellenwert von CHF 150'000 exkl. MwSt für das Einladungsverfahren. Bisher galt für Lieferungen ein Schwellenwert von CHF 100'000 exkl. MwSt.

IVöB 21.2.e: Freihändige Folgeaufträge (1/2)

Neu: IVöB 2019 21.2.e

² Der Auftraggeber kann einen Auftrag unabhängig vom Schwellenwert freihändig vergeben, wenn eine der nachstehenden Voraussetzungen erfüllt ist: (...)

- e ein Wechsel des Anbieters für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen ist aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich, würde erhebliche Schwierigkeiten bereiten oder substantielle Mehrkosten mit sich bringen; (...)

Bisher: ÖBV 7.3.g

³ Er *[der Auftrag]* kann überdies unter einer der folgenden Voraussetzungen freihändig vergeben werden: (...)

- e Unvorhersehbare Ereignisse verlangen zusätzliche Leistungen, um einen zuvor im Wettbewerb vergebenen Auftrag auszuführen (...)
- f Ersatz, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen müssen der ursprünglichen Anbieterin oder dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder die Kontinuität der Dienstleistungen gewährleistet ist.
- g Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber vergibt einen neuen Auftrag, der sich auf einen Grundauftrag bezieht, der im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren vergeben worden ist und bei dem die Möglichkeit einer freihändigen Vergabe in den Ausschreibungsunterlagen enthalten war.

Für **überschwellige freihändige Folgeaufträge** gibt es neu nur noch einen Ausnahmegrund (IVöB 21.2.e) statt deren drei (ÖBV 7.3.e–g).

IVöB 21.2.e: Freihändige Folgeaufträge (2/2)

Für **Folgeaufträge** gilt neu, dass sie freihändig zulässig sind, wenn ein Anbieterwechsel unmöglich oder stark nachteilig wäre (IVöB 21.2.e). Dies ist teils strenger, teils weniger streng als das bisherige Recht:

- In den Fällen, in denen aus technischen oder Know-how-Gründen eine **faktische Abhängigkeit** vom bestehenden Anbieter besteht, sind freihändige Folgevergaben nun deutlich einfacher zu begründen als bisher. Dies, weil ein Anbieterwechsel nun nicht mehr unmöglich sein muss, sondern nur noch stark nachteilig. Dies kann auch eine Folge von Migrationskosten (Umschulung, Einarbeitung, Tests, etc.) sein. Die Mehrkosten müssen nicht nur in absoluten Zahlen hoch sein, sondern sie dürfen auch in keinem angemessenen Verhältnis zum Auftragswert stehen.
- Aber die Möglichkeit, einen **pauschalen Vorbehalt** zugunsten von Folgeaufträgen anzubringen, entfällt. Jeder Folgeauftrag muss also begründet werden. Daher empfiehlt es sich, **absehbare Folgeaufträge als Optionen mit auszuschreiben** und zu bewerten. So müssen sie beim Auslösen bzw. Ziehen nicht begründet und publiziert werden.

Folgeaufträge dürfen aber weiterhin **nicht der Umgehung des Beschaffungsrechts** dienen:

- Sie setzen nach wie vor einen beschaffungsrechtskonformen Grundauftrag voraus (Komm. N 20).
- I.d.R. darf der Auftragswert eines Folgeauftrags nie höher sein als der Auftragswert eines Grundauftrags, wobei der Grundauftrag mindestens im Einladungsverfahren vergeben worden sein muss (MB S. 57). Es ist also nicht möglich, mit einem kleinen Erstauftrag (z.B. Planung, Pilotprojekt) die spätere freihändige Vergabe grosser Aufträge (z.B. Umsetzung, flächendeckender Einsatz) zu begründen. Diese sind vielmehr als Option mit auszuschreiben.

IVöB 21, 22: Wettbewerbe und Studienaufträge

Neu: IVöB 2019 21.2.i, 22

- i der Auftraggeber vergibt den Folgeauftrag an den Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs oder eines Auswahlverfahrens zu Planungs- oder Gesamleistungsstudien; dabei müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:
1. das vorausgehende Verfahren wurde in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Vereinbarung durchgeführt;
 2. die Lösungsvorschläge wurden von einem unabhängigen Expertengremium beurteilt;
 3. der Auftraggeber hat sich in der Ausschreibung vorbehalten, den Folgeauftrag oder die Koordination freihändig zu vergeben.

Bisher: IVöB 2001 12.3

³ Wer einen Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb veranstaltet, regelt im Rahmen der Grundsätze dieser Vereinbarung das Verfahren im Einzelfall. Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber kann dabei ganz oder teilweise auf einschlägige Bestimmungen von Fachverbänden verweisen, soweit solche Bestimmungen nicht gegen die Grundsätze dieser Vereinbarung verstossen.

Die Bestimmungen **über Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbe oder von Studienaufträgen** sollen nicht mehr nur auf Bauaufträge beschränkt sein, sondern überall dort Anwendung finden, wo sie den Beschaffungen dienlich sind (MB S. 58). Damit können neu z.B. auch Beschaffungen von ICT-Leistungen oder intellektueller Dienstleistungen über einen Wettbewerb erfolgen. Hierbei kann auf die Bestimmungen von Fachverbänden verwiesen werden (IVöB 22).

(Achtung: Der hier erwähnte «Folgeauftrag» hat mit den vorher besprochenen Folgeaufträgen gemäss IVöB 21.2.e nichts zu tun.)

IVöB 23: Elektronische Auktionen

Neu: IVöB 2019 23

¹ Der Auftraggeber kann für die Beschaffung standardisierter Leistungen im Rahmen eines Verfahrens nach dieser Vereinbarung eine elektronische Auktion durchführen. Dabei werden die Angebote nach einer ersten vollständigen Bewertung überarbeitet und mittels elektronischer Hilfsmittel und allenfalls mehrfacher Durchgänge neu geordnet. In der Ausschreibung ist darauf hinzuweisen. (...)

⁴ Alle zugelassenen Anbieter werden gleichzeitig und auf elektronischem Weg aufgefordert, neue beziehungsweise angepasste Angebote einzureichen. Der Auftraggeber kann die Zahl der zugelassenen Anbieter beschränken, sofern er dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben hat. (...)

Elektronische Auktionen sind ein Instrument, das neu in einem offenen, selektiven oder Einladungsverfahren eingesetzt werden kann. Damit können standardisierte Leistungen weitgehend automatisiert beschafft werden – d.h. fungible (qualitativ identische) Leistungen wie Strom, Benzin, Rohstoffe oder Softwarelizenzen, und solche, deren qualitative Eigenschaften (Zuschlagskriterien) inkl. Aspekten wie der Lieferung quantifizierbar sind und keiner Bewertung durch den Auftraggeber bedürfen (Komm. N 12).

Bei Auktionen unterbieten die Anbieter sich so lange, bis der Sieger feststeht. Dieses Verfahren senkt die Transaktionskosten, erhöht die Transparenz und fördert den Marktzutritt ortsfremder Anbieter (MB S. 59). Es setzt aber spezialisierte Software voraus. Solche Funktionen werden ev. zwischen 2023 und 2026 auf simap.ch eingeführt.

IVöB 24: Dialog (1/2)

Im Kanton Bern: IVöBV 8 = VöB 6

- ¹ Der Auftraggeber wählt wenn möglich mindestens drei Anbieter aus, die er zum Dialog einlädt.
- ² Der Ablauf des Dialogs einschliesslich Dauer, Fristen, Entschädigung und Nutzung der Immaterialgüterrechte werden in einer Dialogvereinbarung festgelegt. Die Zustimmung zur Dialogvereinbarung bildet eine Voraussetzung für die Teilnahme am Dialog.
- ³ Während eines Dialogs und auch nach der Zuschlagserteilung dürfen ohne schriftliche Zustimmung der betroffenen Anbieter keine Informationen über Lösungen und Vorgehensweisen der einzelnen Anbieter weitergegeben werden.

Neu: IVöB 2019 24.1

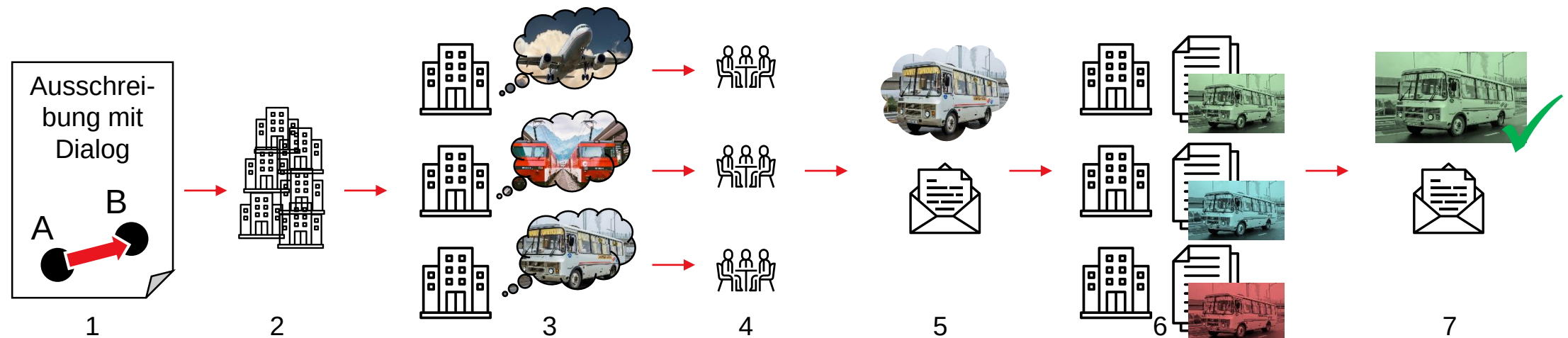
- ¹ Bei komplexen Aufträgen, bei intellektuellen Dienstleistungen oder bei der Beschaffung innovativer Leistungen kann ein Auftraggeber im Rahmen eines offenen oder selektiven Verfahrens einen Dialog durchführen mit dem Ziel, den Leistungsgegenstand zu konkretisieren sowie die Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln und festzulegen. Auf den Dialog ist in der Ausschreibung hinzuweisen. (...)

Der **Dialog** ist ein für das kantonale Recht neues Instrument in einem offenen oder selektiven Verfahren. Damit kann der Auftraggeber den Leistungsgegenstand oder die Lösungswege bei komplexen oder innovativen Leistungen im Austausch mit den Anbietern konkretisieren.

IVöB 24: Dialog (2/2)

Der Dialog läuft im offenen Verfahren z.B. wie folgt ab. (Der Auftraggeber kann ihn auch anders gestalten.)

1. Der Dialog samt Bedingungen (Kriterien, Vereinbarung, Entschädigung) wird in der Ausschreibung angekündigt.
2. Alle interessierten Unternehmen können sich um die Teilnahme am Dialog bewerben.
3. Der Auftraggeber wählt durch Verfügung (Komm. N 26) mindestens drei Dialogteilnehmende aus.
4. Mit ihnen führt er bilaterale Gespräche, um ihren Lösungsansatz an die eigenen Bedürfnisse anzupassen.
5. Er wählt den geeignetsten Lösungsansatz aus und teilt ihn den Dialogteilnehmenden mit.
6. Diese können innert Frist ihr Angebot basierend auf dem gewählten Lösungsansatz abgeben.
7. Evaluation, Zuschlag und Vertrag werden dann nach den gleichen Regeln abgewickelt wie in normalen Verfahren.



IVöB 25: Rahmenverträge

Neu: IVöB 2019 25

¹ Der Auftraggeber kann Vereinbarungen mit einem oder mehreren Anbietern ausschreiben, die zum Ziel haben, die Bedingungen für die Leistungen, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums bezogen werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf deren Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommenen Mengen. Gestützt auf einen solchen Rahmenvertrag kann der Auftraggeber während dessen Laufzeit Einzelverträge abschliessen. (...)

³ Die Laufzeit eines Rahmenvertrags beträgt höchstens fünf Jahre. Eine automatische Verlängerung ist nicht möglich. In begründeten Fällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden. (...)

Mit **Rahmenverträgen** kann ein Auftraggeber einem oder mehreren Anbietern einen Auftrag für Leistungen erteilen, die während einer gewissen Zeit abgerufen werden sollen, ohne dass ein abschliessend bestimmtes Leistungsvolumen ausgeschrieben wird. Der Abschluss des Einzelvertrags wird in der Regel nur noch Liefermengen und Termine sowie allenfalls besondere kommerzielle Bedingungen (Rabatte) enthalten.

Wenn Rahmenverträge mit mehreren Anbietern abgeschlossen werden, regeln sie, wer im Bedarfsfall liefert, z.B:

- in der Reihenfolge der Bewertung der Angebote,
- gemäss einem «Mini-Tender-Verfahren» (IVöB 25.5), in dem jeder Rahmenvertragspartner nochmal ein Angebot abgibt,
- nach freier Wahl des Auftraggebers (in der Praxis anzutreffen, aber u.W. noch nicht gerichtlich überprüft).



IVöB 2019, 5. Kapitel: Vergabeanforderungen

Was bleibt grundsätzlich gleich im 5. Kapitel der IVöB?

- Die Regeln zu den **Teilnahmebedingungen, Zuschlags- und Eignungskriterien** bleiben grundsätzlich gleich, werden aber punktuell im Sinne der Ziele des neuen Rechts ergänzt.
- Auch die Regeln über **Lose und Teilleistungen sowie Varianten** entsprechen grundsätzlich der bisherigen Regelung bzw. der bisherigen Praxis.

IVöB 26: Nachweise (1/4)

Neu: IVöB 26

¹ Der Auftraggeber stellt im Rahmen des Vergabeverfahrens und bei der Erbringung der zugeschlagenen Leistungen sicher, dass der Anbieter und seine Subunternehmer die Teilnahmebedingungen, namentlich die Voraussetzungen nach Artikel 12, erfüllen, die fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge bezahlt haben und auf unzulässige Wettbewerbsabreden verzichten. (...)

³ Er gibt in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, zu welchem Zeitpunkt welche Nachweise einzureichen sind.

Bisher: ÖBV 20

¹ Dem Angebot oder dem Antrag auf Teilnahme am selektiven Verfahren sind die Nachweise über die Erfüllung der Pflichten gegenüber der öffentlichen Hand, der Sozialversicherung sowie den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (Selbstdeklaration und weitere Bestätigungen) beizulegen.

Die Anbieter müssen die Erfüllung der Teilnahmebedingungen (IVöB 12, 26) für sich und neu auch für ihre Subunternehmer mit **Nachweisen** dokumentieren.

Neu kann der Auftraggeber vorsehen, dass die Nachweise zu den Teilnahmebedingungen (IVöB 26.3) und zu den Eignungskriterien (27.3) auch **nach dem Angebot** eingereicht werden können. Damit kann er chancenlosen Anbietern das Einholen aufwändiger Nachweise ersparen (z.B. ISO-Zertifizierung des Unternehmens). Die Eignungskriterien müssen spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit der Nachweise sowie beim Zuschlag erfüllt sein (Komm. Art. 27 N 14).

IVöB 26 / IVöBV 7: Nachweise (2/4)

Im Kanton Bern neu: IVöBV 7

¹ Um zu prüfen, ob die Anbieter die Teilnahmebedingungen erfüllen, fordert der Auftraggeber in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Nachweise gemäss Anhang 1 ein.

² Anstelle dieser Nachweise können die Anbieter einreichen

a ein Zertifikat gemäss Absatz 4 oder

b gleichwertige Nachweise ihres ausländischen Sitzstaates.

³ Der Auftraggeber kann unter Berücksichtigung des konkreten Auftrags weitere Nachweise einfordern.

Bisher: ÖBV 20

¹ Dem Angebot oder dem Antrag auf Teilnahme am selektiven Verfahren sind die Nachweise über die Erfüllung der Pflichten gegenüber der öffentlichen Hand, der Sozialversicherung sowie den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (Selbstdeklaration und weitere Bestätigungen) beizulegen.

Die IVöBV regelt die (mindestens) zu erbringenden Nachweise neu einheitlich in Anhang 1.

Die Auftraggeber müssen mindestens das kantonale Selbstdeklarationsformular zusammen mit den Nachweisen einfordern. Die Auftraggeber können für weitere Nachweise, die sie verlangen wollen, auch ein eigenes Selbstdeklarationsformular beilegen.

Anhang IVöBV: Nachweise (3/4) (rot: neu)

Teilnahmebedingung	Nachweis	Neuerungen
Arbeits(schutz)bedingungen eingehalten	GAV-Bescheinigung ISAB , oder Bestätigung der paritätischen Kommission, oder Selbstdeklaration	Für an ISAB angeschlossene Branchen ist die ISAB-Bescheinigung nötig. Für Branchen ohne GAV genügt die Selbstdeklaration.
Sozialversicherungsbeiträge bezahlt	Bestätigungen von AHV, Pensionskasse, Suva; ggf. Krankentaggeldversicherung, FAR	-
Steuern von Gemeinden, Kanton, Bund bezahlt	Bestätigungen der Steuerbehörden	-
Finanzielle Stabilität	Betreibungsregistrauszug	-
Keine Schwarzarbeit	Selbstdeklaration, nicht verzeichnet auf der Sanktionsliste des SECO	Neue Teilnahmebedingung gemäss IVöB 12.1.

Anhang IVöBV: Nachweise (4/4)

Teilnahmebedingung	Nachweis	Neuerungen
Lohngleichheit für Frauen und Männer (max. unerklärte Differenz 5%)	Selbstdeklaration, ggf. auch Lohnvergleichsanalyse gemäss Gleichstellungsgesetz oder Bericht einer erfolgten staatlichen Kontrolle	Unternehmen mit über 100 Mitarbeitenden, die seit 2020 vom Gleichstellungsgesetz zur Lohnvergleichsanalyse verpflichtet werden, müssen die entsprechenden Unterlagen einreichen.
Umweltschutzgesetzgebung eingehalten	Selbstdeklaration	-

IVöB 26 / IVöBV 7, 11: Nachweise: Zertifikat

Im Kanton Bern neu: IVöBV 7, 11

Art. 7 ⁴ Anbieter können bei der Zentralen Koordinationsstelle Beschaffung (ZKB) ein Zertifikat über das Erbringen der Nachweise gemäss Anhang 1 beziehen. Die Nachweise sind in digitaler Form einzureichen, und das Zertifikat wird in digitaler Form ausgestellt. Es gilt bis zum Erreichen des Höchstalters eines der Nachweise gemäss Anhang 1.

Art. 11 ² Der Auftraggeber kann in der Ausschreibung oder in der Einladung vorsehen, dass (...) *b* die Nachweise gemäss Artikel 7 für die Subunternehmer in der Form des Zertifikats gemäss Artikel 7 Absatz 4 zu erbringen sind.

Bisher: ÖBV 20

² Anbieterinnen oder Anbieter können beim Amt für Informatik und Organisation (KAIO) ein Zertifikat über das Erbringen der gebräuchlichsten Nachweise nach Absatz 1 beziehen. Das Zertifikat ersetzt die darin erbrachten Nachweise.

³ Die Nachweise dürfen nicht älter als ein Jahr sein. Das Zertifikat verfällt ein Jahr nach Ausstellung des ältesten der eingereichten Nachweise.

Anstelle des Selbstdklärationsformulars und der Nachweise kann weiterhin ein Zertifikat der ZKB eingereicht werden. Es kann für CHF 150 auf www.be.ch/beschaffungen bestellt werden. Das Zertifikat kann neu nur noch digital bestellt werden und wird ausschliesslich digital ausgestellt.

Der Auftraggeber kann neu verlangen, dass die Nachweise für Subunternehmer in der Form des Zertifikats erbracht werden. Dies erspart bei Grossaufträgen (z.B. General-/Totalunternehmeraufträgen) das Review vieler Einzelnachweise. Anbieter solcher Leistungen sollten daher darauf achten, dass ihre Subunternehmer über das Zertifikat verfügen.

IVöB 27.4: Referenzen aus der öff. Verwaltung

Neu: IVöB 2019 27

(...)

⁴ Er [der Auftraggeber] darf nicht zur Bedingung machen, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge eines dieser Vereinbarung unterstellten Auftraggebers erhalten hat.

Nicht mehr zulässig ist als Eignungskriterium das Verlangen von **Referenzaufträgen nur aus der öffentlichen Verwaltung** (inkl. Bundesverwaltung). Referenzen sind als Eignungskriterium weiterhin zulässig, aber Referenzaufträge aus der Privatwirtschaft müssen ebenso zugelassen werden wie solche eines öffentlichen Auftraggebers. Ebenso verboten sind damit Muss-Kriterien wie «Erfahrung in der Zusammenarbeit mit der öffentlichen Verwaltung» (Komm. N 20).

Damit sollen langjährige Seilschaften und Diskriminierungen verhindert sowie die Transparenz und der Marktzutritt gesichert werden (MB S. 67).

IVöB 29: Zuschlagskriterien

Neu: IVöB 2019 29.1

¹ Der Auftraggeber prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Neben dem Preis und der Qualität einer Leistung kann er insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik berücksichtigen.

Bisher: ÖBV 30.3

³ Zuschlagskriterien können insbesondere sein: Qualität, Preis, Termine, Ökologie, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität, Infrastruktur. Die Zuschlagskriterien sind auftragsspezifisch festzulegen und wo nötig zu präzisieren.

Die **möglichen Zuschlagskriterien** werden in IVöB 29.1 nun etwas ausführlicher dargestellt. Weiterhin sind aber alle diese Kriterien (bis auf den Preis) optional, und ist die Aufzählung nicht abschliessend. D.h., es ist weiterhin Sache des Auftraggebers, dem konkreten Auftrag angemessene Kriterien festzulegen.

Wichtig ist, dass die Zuschlagskriterien **leistungsbezogen** sind, d.h. für den Einsatzzweck relevante Eigenschaften der Leistung beschreiben. Die einzigen Ausnahmen sind die gesetzlich vorgesehenen «vergabefremden» Kriterien, nämlich Nachhaltigkeit gem. IVöB 29.1 und sozialpolitische Kriterien gem. IVöB 29.2.

IVöB 29 / IVöBG 7: Berücksichtigung der KMU

Im Kanton Bern: IVöBG 7

- ¹ Die Auftraggeber tragen den Bedürfnissen und der Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen auf geeignete Weise Rechnung.
- ² Sie beachten dabei die allgemeinen Grundsätze des Verfassungs- und Völkerrechts sowie des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM).

Die so genannte «**Preisniveauklausel**» in BöB 2019 29.1, welche die Stellung der KMU im Rahmen öffentlicher Beschaffungen stärken sollte, wurde weder in die IVöB noch ins Berner Recht übernommen. Stattdessen wird den Anliegen der KMU dadurch entsprochen, dass Auftraggeber deren besonderen Situation durch geeignete Massnahmen Rechnung tragen müssen, ohne dabei die Ziele des öffentlichen Beschaffungsrechts oder übergeordnetes Recht zu verletzen.

Beispiele solcher Massnahmen sind die Aufteilung in Lose, Zulassen von Bietergemeinschaften und Subunternehmen, Festlegung angemessener Eignungskriterien sowie die Berücksichtigung von Nachhaltigkeits- und Innovationskriterien (V. IVöBG S. 14).

IVöBG 7.2 stellt klar, dass solchen Massnahmen aber nicht gegen das übergeordnete Recht verstossen dürfen, etwa indem sie ausserkantonale Anbieter benachteiligen (was das BGBM verbietet) oder im Staatsvertragsbereich Anbieter aus anderen GPA-Mitgliedstaaten benachteiligen (was das GPA verbietet).

IVöB 29: Zuschlagskriterien: Besonders günstige Angebote

Neu: IVöB 2019 29.1, 38.3

Art. 29 ¹ Der Auftraggeber prüft die Angebote anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien. Neben dem Preis und der Qualität einer Leistung kann er insbesondere Kriterien wie Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Wirtschaftlichkeit, Lebenszykluskosten, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Plausibilität des Angebots, Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik berücksichtigen. (...)

Art. 38 ³ Geht ein Angebot ein, dessen Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, so muss der Auftraggeber beim Anbieter zweckdienliche Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden.

Auch im neuen Recht ist es zulässig, **nicht kostendeckende Angebote** abzugeben, z.B. aus markttaktischen Gründen. Weil diese aber mit höheren Risiken betreffend Qualität und Nachforderungen verbunden sein können, sieht das neue Recht Methoden vor, um diesen Risiken zu begegnen:

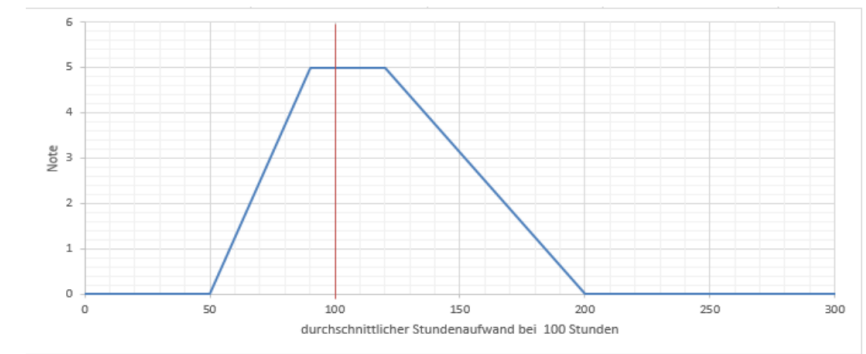
- IVöB 38.3 verpflichtet den Auftraggeber zu einer **besonderen Überprüfung** ungewöhnlich niedriger Angebote.
- Sie können **ausgeschlossen** werden, wenn die vertragskonforme Leistungserbringung nicht gewährt ist (IVöB 44.2.c).
- IVöB 29.1 sieht das optionale Kriterium der «**Plausibilität des Angebots**» vor.
- Anders als in BöB 29 ist jedoch in IVöB 29 das Kriterium «**Verlässlichkeit des Preises**» **nicht vorgesehen**.

IVöB 29: Zuschlagskriterien: Plausibilität des Angebots

Achtung: Angebote dürfen gestützt auf das Kriterium «Plausibilität des Angebots» nicht nur deswegen schlechter bewertet werden, weil sie «zu» preisgünstig sind. Es gilt weiterhin der **Grundsatz der Wirtschaftlichkeit**. Eine tiefere Bewertung wegen einem unplausiblen Angebot darf nur erfolgen, wenn wahrscheinlich ist, dass die Lösung so nicht umsetzbar ist und daher das Risiko von Mehrkosten oder anderen Komplikationen droht (MB S. 69). Mögliche Methoden sind der Vergleich mit früheren oder ähnlichen Beschaffungen, oder der Vergleich mit der fundierten, dokumentierten vorherigen Aufwandschätzung des Auftraggebers. Vor einem Punkteabzug sollten Erläuterungen eingeholt werden.

Eine von der KBOB erwähnte («Tessiner») Methode der Anwendung des Kriteriums «Plausibilität des Angebots» sieht vor, dass Abweichungen vom Mittelwert der Preise bzw. des Aufwands mit Punktabzügen bestraft werden sollen (s. Grafik unten). **Diese Methode ist u.E. unzulässig:**

- Der Preis allein sagt noch nichts über die Plausibilität des Angebots aus.
- Die Methode verletzt IVöB 2.d (Grundsatz des wirksamen Wettbewerbs). Sie zwingt die Anbieter nämlich faktisch zur Preisabsprache, wenn sie nicht Abzüge riskieren wollen, und engt den Wettbewerbsbereich ein. Die IVöB will aber Preisabsprachen gerade verhindern (s. u.a. IVöB 11).
- Sie verletzt auch IVöB 2.a (Wirtschaftlichkeit), weil so günstigere Angebote schlechter bewertet werden können als teurere.



Unzulässige Methode nach KBOB 2021, Anh. 2, S. 11

IVöB 29.2: Sozialpolitische Kriterien

Neu: IVöB 2019 29.2

² Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann der Auftraggeber ergänzend berücksichtigen, inwieweit der Anbieter Ausbildungsplätze für Lernende in der beruflichen Grundbildung, Arbeitsplätze für ältere Arbeitnehmende oder eine Wiedereingliederung für Langzeitarbeitslose anbietet.

Bisher: ÖBV 16.2

² Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, technische, organisatorische oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen oder Anbieter sein. Es können auch besondere Leistungen zu Gunsten der Berufsbildung und besondere Massnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau mitberücksichtigt werden. Die Eignungskriterien sind auftragsspezifisch festzulegen und wo nötig zu präzisieren.

Der Auftraggeber kann als Zuschlagskriterium (statt wie bisher als Eignungskriterium: ÖBV 16.2) die in IVöB 29.2 genannten sozialpolitischen Aspekte berücksichtigen. Dies ist nur **unterhalb des staatsvertraglichen Schwellenwerts** (Anhang 1 zur IVöB) möglich, weil ausländische Anbieter diese Kriterien meist nicht erfüllen können (MB S. 70).

Weil diese Kriterien «vergaberechtsfremd», d.h. nicht leistungsbezogen (IVöB 29.1) sind, dürfen sie zu höchstens 10% gewichtet werden (Komm. N 31). Für die Lehrstellen ist das Verhältnis zu den anderen Arbeitsplätzen massgeblich, nicht die absolute Zahl (a.a.O.). Mangels gesetzlicher Grundlage sind **andere sozialpolitische Kriterien unzulässig**, z.B. Kriterien, die am Lohn der Mitarbeitenden anknüpfen.

IVöB 30: Technische Spezifikationen

Neu: IVöB 2019 30

- ¹ Der Auftraggeber bezeichnet in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen. Diese legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung.
- ² Bei der Festlegung der technischen Spezifikationen stützt sich der Auftraggeber, soweit möglich und angemessen, auf internationale Normen, ansonsten auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder Branchenempfehlungen. (...)
- ⁴ Der Auftraggeber kann technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen.

Neben Eignungs- und Zuschlagskriterien werden neu auch die in der Praxis bereits verwendete Kategorie der **technischen Spezifikationen** genannt. Dies sind zwingend zu erfüllende Anforderungen an die Leistung. Dazu gehören auch vom Auftraggeber vorgegebene Verträge oder AGB.

Technische Spezifikationen können wie die Zuschlagskriterien neu auch ökologischer Natur sein (z.B. maximaler Energieverbrauch, maximaler CO²-Ausstoss, Label über nachhaltige Produktion). Vgl. für Ideen zu entsprechenden Kriterien die Wissensplattform nachhaltige öffentliche Beschaffung des Bundes (woeb.swiss).

OÖBV 6a: Nachhaltigkeit

Im Kanton Bern: OÖBV 6a

- ¹ Die Beschaffungsstellen [der Kantonsverwaltung] berücksichtigen die Nachhaltigkeit der beschafften Leistungen.
- ² Sie sehen dazu entsprechende Kriterien oder technische Spezifikationen vor, wenn dies ohne übermässige Einschränkung des Wettbewerbs möglich ist.
- ³ Im Rahmen des Preises berücksichtigen sie wenn möglich alle Kosten während und nach der voraussichtlichen Nutzungsdauer der Leistung.

Art. 6a OÖBV schreibt der Kantonsverwaltung neu vor, bei ihren Beschaffungen wenn möglich **Nachhaltigkeitskriterien** vorzusehen. Darauf kann nur verzichtet werden, wenn es für die Beschaffung keine sinnvollen Nachhaltigkeitskriterien gibt oder mit ihnen kein wirksamer Wettbewerb möglich wäre (z.B., weil es nur einen Anbieter gibt, der die Kriterien erfüllen würde). Zur wirtschaftlichen Nachhaltigkeit gehört die zwingende Berücksichtigung der Kosten über den ganzen Lebenszyklus einer Leistung, also inkl. etwa Wartung, Support, Ersatzteile und Entsorgung.

Für die zentralen Beschaffungsstellen der Kantonsverwaltung ist dies auch in der Beschaffungspolitik des Regierungsrates (RRB 461/2018) näher geregelt.

Weil das Festlegen der Kriterien zur Verantwortung der Auftraggeber gehört, kann und will der Regierungsrat diese Vorschrift nicht auch den Gemeinden und autonomen Auftraggebern (wie Spitälern, Hochschulen) überbinden. Diesen wird aber **empfohlen, sich selbst analoge Vorschriften zu geben**.

KV 31a (Klimaschutz)

Im Kanton Bern: KV 31a (angenommen in der Volksabstimmung vom 26.09.2021)

- ¹ Kanton und Gemeinden setzen sich aktiv für die Begrenzung der Klimaveränderung und deren nachteiliger Auswirkungen ein.
- ² Sie leisten im Rahmen ihrer Kompetenzen den erforderlichen Beitrag zur Erreichung der Klimaneutralität bis 2050 und stärken die Fähigkeit zur Anpassung an die nachteiligen Auswirkungen der Klimaveränderung. (...)
- ⁴ Kanton und Gemeinden richten die öffentlichen Finanzflüsse insgesamt auf eine klimaneutrale und gegenüber der Klimaveränderung widerstandsfähige Entwicklung aus.

Der neue **Klimaartikel der Kantonsverfassung** beauftragt Kanton und Gemeinden, sich in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen für eine Begrenzung der Klimaveränderung einzusetzen. Ziel ist, dass der Kanton Bern bis 2050 klimaneutral wird. Dazu ist es insbesondere nötig, die Verbrennung von fossilen Energieträgern wie Erdöl oder Erdgas stark zu reduzieren (Botschaft des Grossen Rates an die Stimmberechtigten, S. 7).

Dieser Verfassungsauftrag ist nach der hier vertretenen Auffassung **auch in den öffentlichen Beschaffungen** des Kantons und der Gemeinden umzusetzen. D.h., auch soweit Art. 6a OÖBV nicht Anwendung findet, dürfen die Auftraggeber keine Beschaffungen durchführen, die dem Klimaschutzauftrag der Verfassung widersprechen. Sie müssen insbesondere, soweit technisch und wirtschaftlich möglich, durch geeignete Kriterien sicherstellen, dass keine klimaschädlichen Leistungen beschafft werden, etwa indem sie Elektrofahrzeuge statt Benzinfahrzeuge beschaffen.

IVöB 31: Bietergemeinschaften und Subunternehmer

Neu: IVöB 2019 31

- ¹ Bietergemeinschaften und Subunternehmer sind zugelassen, soweit der Auftraggeber dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausschliesst oder beschränkt.
- ² Mehrfachbewerbungen von Subunternehmern oder von Anbietern im Rahmen von Bietergemeinschaften sind nur möglich, wenn sie in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zugelassen werden.
- ³ Die charakteristische Leistung ist grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen.

Bisher: ÖBG 9.1

- ¹ Die Zuschlagsempfängerin oder der Zuschlagsempfänger hat der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber Art und Umfang der Arbeiten, die untervergeben werden sollen, sowie Namen und Sitz der an der Ausführung des Auftrags beteiligten Unternehmen bekannt zu geben.

Um den Wettbewerb und KMU zu fördern, sind **Bietergemeinschaften oder der Einsatz von Subunternehmern** (zum Begriff s. oben zu IVöB 12), grundsätzlich zugelassen. Ausschlussgründe können sein: hoher Koordinationsaufwand, Verteuerung des Auftrags wegen hoher Transaktionskosten zwischen den Beteiligten (v.a. bei kleineren Aufträgen), oder ansonsten ungenügender Wettbewerb wegen einer geringen Anzahl geeigneter Anbieter (Komm. N 28 f.). Ausschlüsse sollen aber im Interesse der KMU möglichst selten erfolgen (vgl. IVöBG 7).

Um «Durchlauferhitzer» zu vermeiden, darf der **Kerngehalt des Auftrags** nicht an Subunternehmer delegiert werden, sondern muss vom Zuschlagsempfänger selbst ausgeführt werden. Ausnahmen sind möglich z.B. bei Konzerngesellschaften, gemischten Verträgen, GU-/TU-Verträgen oder ansonsten ungenügendem Wettbewerb (Komm. N 40 ff.).

IVöBV 11: Bezeichnung der Subunternehmer

Neu im Kanton Bern: IVöBV 11

- ¹ Der Anbieter muss allfällige Subunternehmer im Angebot bezeichnen.
- ² Der Auftraggeber kann in der Ausschreibung oder in der Einladung vorsehen, dass
- a der Anbieter die Subunternehmer später bezeichnen kann oder
 - b die Nachweise gemäss Artikel 7 für die Subunternehmer in der Form des Zertifikats gemäss Artikel 7 Absatz 4 zu erbringen sind.

Bisher: ÖBG 9.1

- ¹ Die Zuschlagsempfängerin oder der Zuschlagsempfänger hat der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber Art und Umfang der Arbeiten, die untervergeben werden sollen, sowie Namen und Sitz der an der Ausführung des Auftrags beteiligten Unternehmen bekannt zu geben.

Weil neu auch für Subunternehmer Nachweise beizubringen sind (IVöB 26), müssen sie neu im Angebot bezeichnet werden.

Der Auftraggeber kann aber auch zulassen, dass sie erst später bezeichnet werden (z.B. bei General- oder Totalunternehmeraufträgen, weil bei diesen die Subunternehmer meist nicht schon beim Zuschlag feststehen). In diesem Fall müssen die Nachweise für die Subunternehmer in einer vom Auftraggeber anzusetzenden Frist nachgereicht werden, sicher aber vor dem Arbeitsbeginn. Sind die Nachweise ungenügend, muss der Auftragnehmer die entsprechenden Subunternehmer austauschen; ansonsten ist der Zuschlag zu widerrufen.

IVöB 34.2 / GPA IV:3: Elektronische Angebote

Neu: IVöB 2019 34.2

IVöB 34 ² Sie *[Angebote und Anträge auf Teilnahme]* können elektronisch eingereicht werden, wenn dies in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist und die seitens des Auftraggebers definierten Anforderungen eingehalten werden.

GPA IV:3 Bei der elektronischen Abwicklung einer unterstellten Beschaffung sorgt der betreffende Auftraggeber dafür:

- a) dass dabei Informationstechnologie-Systeme und Software, einschliesslich jener zur Authentifizierung und Verschlüsselung von Daten, zum Einsatz kommen, die allgemein verfügbar und mit anderen allgemein verfügbaren Informationstechnologie-Systemen und Software kompatibel sind; und
- b) dass Mechanismen bestehen, um die Integrität von Teilnahmeanträgen und von Angeboten zu gewährleisten und unter anderem die Zeit des Eingangs festzustellen und unbefugte Zugriffe zu verhindern.

Der Auftraggeber kann (und sollte) neu **elektronische Angebote** zulassen. Schreibt er dazu nichts, müssen Angebote weiterhin unterschrieben auf Papier eingehen (Komm. N 33). Er kann elektronische Angebote nicht nur zulassen, sondern auch vorschreiben (Komm. N 34). Das wird oft sinnvoll sein, um eine einheitliche Bewertung sicherzustellen.

IVöB 34.2 geht als *lex specialis* der allgemeinen Regel von VRPG 32.2 vor, wonach Parteieingaben (von Hand) unterschrieben sein müssen (V. IVöBG S. 8).

Elektronische Angebote: Form und Methode

Der Auftraggeber muss Regeln über die **Form der elektronischen Angebote** aufstellen, unter Berücksichtigung von GPA IV:3. Danach muss die vom Auftraggeber eingesetzte Software allgemein verfügbar sein sowie die **Authentizität, Vertraulichkeit und Integrität** der Angebote gewährleisten.

Geeignete Softwarelösungen:

- E-Mail alleine reicht nicht aus.
- Funktionen für die elektronische Angebotseingabe sollen ab 2023 in simap.ch verfügbar sein. Siehe die Projektwebseite www.kissimap.ch.
- Bis zum Vorliegen einer Lösung in simap.ch prüft die ZKB eine kantonale Übergangslösung. Darüber informieren wir im Newsletter auf www.be.ch/beschaffungen.
- Zudem gibt es auf dem Markt bereits verschiedene Softwarelösungen für die digitale Beschaffungsabwicklung. Diese können grundsätzlich weiterhin eingesetzt werden; die Auftraggeber müssen aber sicherstellen, dass sie den massgeblichen Sicherheits- und Datenschutzvorschriften und den Anforderungen gemäss GPA IV:3 entsprechen.



Noch

403 Tage

bis zur neuen Ausschreibungsplattform
des öffentlichen Beschaffungswesens der
Schweiz, simap.ch

Pause

15 Minuten





IVöB 2019, 6. Kapitel: Ablauf des Vergabeverfahrens

Was bleibt grundsätzlich gleich im 6. Kapitel der IVöB?

- Der **Ablauf des Vergabeverfahrens** bleibt grundsätzlich derselbe, namentlich in Bezug auf
 - Angebotsöffnung
 - Angebotsprüfung und -bewertung
 - Verhandlungsverbot
 - Zuschlag an das Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis (d.h. das Angebot mit den meisten Punkten für Preis und Qualität zusammengezählt)
 - Vertragsabschluss erst nach rechtskräftigem Zuschlag
 - Abbruchmöglichkeit aus sachlichen Gründen

IVöB 35: Inhalt der Ausschreibung (1/3)

Neu: IVöB 2019 35

¹ Die Veröffentlichung einer Ausschreibung enthält mindestens folgende Informationen:

- a Name und Adresse des Auftraggebers;
- b Auftrags- und Verfahrensart sowie die einschlägige CPV-Klassifikation, bei Dienstleistungen zusätzlich die einschlägige CPC-Klassifikation;
- c Beschreibung der Leistungen, einschliesslich der Art und Menge, oder wenn die Menge unbekannt ist, eine diesbezügliche Schätzung, sowie allfällige Optionen;
- d Ort und Zeitpunkt der Leistungserbringung;
- e gegebenenfalls eine Aufteilung in Lose, eine Beschränkung der Anzahl Lose und eine Zulassung von Teilangeboten;
- f gegebenenfalls eine Beschränkung oder einen Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmern;
- g gegebenenfalls eine Beschränkung oder einen Ausschluss von Varianten;
- h bei wiederkehrend benötigten Leistungen wenn möglich eine Angabe des Zeitpunktes der nachfolgenden Ausschreibung und gegebenenfalls einen Hinweis, dass die Angebotsfrist verkürzt wird;
- i gegebenenfalls einen Hinweis, dass eine elektronische Auktion stattfindet;
- j gegebenenfalls die Absicht, einen Dialog durchzuführen;

Die Liste oben zeigt, welche **Informationen neu im Ausschreibungstext** (nicht nur in den Unterlagen) enthalten sein müssen, die im bisherigen Recht (ÖBV 10) nicht vorgeschrieben sind. Die neuen Angaben sind unterstrichen.

IVöB 35: Inhalt der Ausschreibung (2/3)

Neu: IVöB 2019 35

- k die Frist zur Einreichung von Angeboten oder Teilnahmeanträgen;
- l Formerfordernisse zur Einreichung von Angeboten oder Teilnahmeanträgen, gegebenenfalls die Auflage, dass Leistung und Preis in zwei separaten Couverts anzubieten sind;
- m Sprache oder Sprachen des Verfahrens und des Angebots;
- n die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise;
- o bei einem selektiven Verfahren gegebenenfalls die Höchstzahl der Anbieter, die zur Offertstellung eingeladen werden;

Der Auftraggeber kann neu vorschreiben, dass Leistung und Preis in zwei separaten Couverts (oder wohl auch elektronischen Eingaben) anzubieten sind («**Zwei-Couvert-Methode**», Bst. I). Diesfalls wird zuerst das Leistungscouvert geöffnet und bewertet, und erst dann das Preisouvert geöffnet und bewertet (IVöB 38). Dies soll im Interesse des Qualitätswettbewerbs verhindern, dass der Auftraggeber sich bei der Qualitätsbewertung bewusst oder unbewusst auch vom Preis leiten lässt (Komm. N 498).

Die Sprache des Verfahrens und des Angebots ist in der IVöBV geregelt (s. nachstehend).

IVöB 35: Inhalt der Ausschreibung (3/3)

Neu: IVöB 2019 35

- p die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung, sofern diese Angaben nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind;
- q gegebenenfalls den Vorbehalt, Teilleistungen zuzuschlagen;
- r die Gültigkeitsdauer der Angebote;
- s die Bezugsquelle für die Ausschreibungsunterlagen sowie gegebenenfalls eine kostendeckende Gebühr;
- t einen Hinweis, ob die Beschaffung in den Staatsvertragsbereich fällt;
- u gegebenenfalls zum Verfahren zugelassene, vorbefasste Anbieter;
- v eine Rechtsmittelbelehrung.

Hinweis: Widerspruch im Erlass: Gem. IVöB 35.1.s ist eine «kostendeckende Gebühr» zulässig, gem. IVöB 48.2 müssen die Ausschreibungsunterlagen dagegen unentgeltlich sein. Die Materialien lassen vermuten, dass IVöB 35.1.s massgeblich ist (AB 2019 N 1209 f., Votum Pardini). Schutzgebühren (also Gebühren, die nicht ernsthafte Anbieter abschrecken sollen) sind aber anders als bisher (ÖBV 10.1.h) verboten.

IVöBV 17-19: Sprachen

Im Kanton Bern neu: IVöBV 19

- ¹ Das Angebot oder der Antrag auf Teilnahme am selektiven Verfahren ist in der Sprache des Verfahrens einzureichen.
- ² Beilagen können in Deutsch, Französisch oder Englisch eingereicht werden. Nachweise können in Deutsch, Französisch, Italienisch oder Englisch eingereicht werden.
- ³ Die Einladung oder die Ausschreibung kann die Sprache des Angebots oder der Beilagen anders regeln.

Bisher: ÖBV 21

Das Angebot oder der Antrag auf Teilnahme am selektiven Verfahren muss in der Sprache des Vergabeverfahrens abgefasst werden.

Die Sprachenregelung in der IVöBV ist grundsätzlich dieselbe wie bisher in der ÖBV: Verfahrens-, Ausschreibungs- und Angebotssprache ist die Sprache (deutsch oder französisch) des betreffenden Verwaltungskreises. Bei überregionalen Aufträgen oder im Verwaltungskreis Biel/Bienne bestimmt der Auftraggeber die Verfahrenssprache. Eine Zusammenfassung des Ausschreibungstexts (IVöB 48.4) ist in die andere Sprache zu übersetzen, in Biel/Bienne der ganze Ausschreibungstext.

Neu kann der Auftraggeber aber auch Angebote in zusätzlichen Sprachen zulassen, und er muss Beilagen und Nachweise in mehreren Sprachen entgegennehmen. Dies erleichtert den Marktzugang für Anbieter aus anderen Sprachregionen, und bei Leistungen, deren Nachweise (z.B. Zertifikate) auf Englisch vorliegen.

IVöB 36: Inhalt der Ausschreibungsunterlagen (1/2)

Neu: IVöB 2019 36

¹ Soweit diese Angaben nicht bereits in der Ausschreibung enthalten sind, geben die Ausschreibungsunterlagen Aufschluss über: (...)

- a Name und Adresse des Auftraggebers;
- b den Gegenstand der Beschaffung, einschliesslich technischer Spezifikationen und Konformitätsbescheinigungen, Pläne, Zeichnungen und notwendiger Instruktionen sowie Angaben zur nachgefragten Menge;
- c Formerfordernisse und Teilnahmebedingungen für die Anbieter, einschliesslich einer Liste mit Angaben und Unterlagen, welche die Anbieter im Zusammenhang mit den Teilnahmebedingungen einreichen müssen, sowie eine allfällige Gewichtung der Eignungskriterien;
- d die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung;

Die Liste oben zeigt, welche **Informationen neu in den Ausschreibungsunterlagen** enthalten sein müssen, die im bisherigen Recht (ÖBV 10) nicht vorgeschrieben sind. Die neuen Angaben sind unterstrichen.

IVöB 36: Inhalt der Ausschreibungsunterlagen (2/2)

Neu: IVöB 2019 36

¹ Soweit diese Angaben nicht bereits in der Ausschreibung enthalten sind, geben die Ausschreibungsunterlagen Aufschluss über: (...)

- e wenn der Auftraggeber die Beschaffung elektronisch abwickelt: allfällige Anforderungen an die Authentifizierung und Verschlüsselung bei der elektronischen Einreichung von Informationen;
- f wenn der Auftraggeber eine elektronische Auktion vorsieht: die Regeln, nach denen die Auktion durchgeführt wird, einschliesslich der Bezeichnung jener Angebotselemente, die angepasst werden können und anhand der Zuschlagskriterien bewertet werden;
- g das Datum, die Uhrzeit und den Ort für die Öffnung der Angebote, falls die Angebote öffentlich geöffnet werden;
- h alle anderen für die Erstellung der Angebote erforderlichen Modalitäten und Bedingungen, insbesondere die Angabe, in welcher Währung (in der Regel Schweizerfranken) das Angebot einzureichen ist;
- i Termine für die Erbringung der Leistungen.

Neu müssen Angaben zur Angebotsöffnung nur gemacht werden, wenn diese öffentlich erfolgt. Darüber entscheidet der Auftraggeber. Davon wird abgeraten, um nicht Absprachen zu begünstigen (s. Komm. Art. 37 N 8). Das bisherige Recht sah keine öffentliche Angebotsöffnung vor.

IVöBV 9: Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen

Im Kanton Bern: IVöBV 9 = VöB 8

- ¹ Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen bestimmen, bis zu welchem Zeitpunkt Fragen entgegengenommen werden.
- ² Er anonymisiert alle Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen und stellt die Fragen und die Antworten innert wenigen Arbeitstagen nach Ablauf der Einreichungsfrist für Fragen allen Anbietern gleichzeitig zur Verfügung.

Die schon heute übliche Fragerunde wird neu in IVöBV 9 geregelt.

In der Regel sollten die Antworten den Anbietern innert ca. fünf bis sieben Arbeitstagen nach Ablauf der Einreichungsfrist zur Verfügung gestellt werden. Um eine Verkürzung der minimalen Angebotsfrist zu vermeiden, sind Fragen und Missverständnisse der Anbieter in jedem Fall möglichst rasch zu klären und die Fragerunde zeitnah abzuschliessen (V. IVöBV S. 11 f.). Bei Bedarf können mehrere Fragerunden durchgeführt werden.

Zur Durchführung der Fragerunden stellt die Internetplattform simap.ch ein Forum zur Verfügung.

IVöB 37: Angebotsöffnung und Öffnungsprotokoll

Neu: IVöB 2019 37

² Über die Öffnung der Angebote wird ein Protokoll erstellt. Darin sind mindestens die Namen der anwesenden Personen, die Namen der Anbieter, das Datum der Einreichung ihrer Angebote, allfällige Angebotsvarianten sowie die jeweiligen Gesamtpreise der Angebote festzuhalten.

³ Sind Leistung und Preis in separaten Couverts anzubieten, so ist für die Öffnung der Couverts nach den Absätzen 1 und 2 vorzugehen, wobei im Protokoll über die Öffnung der zweiten Couverts nur die Gesamtpreise festzuhalten sind.

⁴ Allen Anbietern wird spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in das Protokoll gewährt.

Bisher: ÖBV 23

³ Über die Öffnung der Angebote wird ein Protokoll erstellt (Öffnungsprotokoll). Dieses enthält mindestens folgende Angaben:

- a die Namen der anwesenden Personen,
- b die Namen der Anbieterinnen oder Anbieter,
- c die Eingangsdaten,
- d die Preise der Angebote sowie allfälliger Angebotsvarianten oder Teilangebote.

⁴ Alle Anbieterinnen und Anbieter können auf Verlangen in das anonymisierte Öffnungsprotokoll Einsicht nehmen.

Neu ist das Öffnungsprotokoll den Anbietern spätestens nach dem Zuschlag und dafür ohne Anonymisierung zugänglich (bisher anonymisiert vor dem Zuschlag). Der Komm. (N 14) rät von einer früheren Einsichtgabe ab, weil das Protokoll ungeprüfte und unbereinigte Preise ausweise, die ggf. falsche Erwartungen wecken könnten und die Anbieter zu Manipulationen veranlassen könnten. U.E. ist es aber weiterhin sinnvoll, anonymisiert vor dem Zuschlag Auskunft zu erteilen, damit chancenlose Anbieter ihre Ressourcen anders disponieren können.

IVöB 38: Prüfung der Angebote

Neu: IVöB 2019 38.3, 38.4

³ Geht ein Angebot ein, dessen Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, so muss der Auftraggeber beim Anbieter zweckdienliche Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden.

⁴ Sind Leistung und Preis in separaten Couverts anzubieten, so erstellt der Auftraggeber in einem ersten Schritt eine Rangliste entsprechend der Qualität der Angebote. In einem zweiten Schritt bewertet er die Gesamtpreise.

Der Auftraggeber ist neu verpflichtet, im Falle von **ungewöhnlich niedrigen Angeboten** beim Anbieter nachzufragen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten und die Modalitäten der Auftragserfüllung richtig verstanden wurden. Kann der Anbieter die Einhaltung der Bedingungen nicht oder nicht überzeugend garantieren und allfällige Zweifel an einer korrekten Auftragserfüllung nicht ausräumen, kann das Angebot ausgeschlossen werden (IVöB 44.2.c). Gleiches gilt, wenn gewisse Einzelpreise ungewöhnlich niedrig und andere Einzelpreise dagegen ungewöhnlich hoch sind und dadurch ein erhebliches Vergaberisiko entsteht (MB S. 78, Komm. N 521). Ungewöhnlich hohe oder niedrige Angebote, bei denen der Grund dafür auch nach Erläuterungen nicht nachvollziehbar ist, können auch mit dem Zuschlagskriterium «Plausibilität der Angebote» schlechter bewertet werden, wenn dieses Kriterium eingesetzt wird.

Bei der «Zwei-Couvert-Methode» wird zuerst das Leistungscouvert geöffnet und bewertet, und erst dann das Preiscouvert geöffnet und bewertet (MB S. 78).

IVöB 39: Bereinigung der Angebote

Neu: IVöB 2019 39

- ¹ Der Auftraggeber kann mit den Anbietern die Angebote hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung bereinigen, um das vorteilhafteste Angebot zu ermitteln.
- ² Eine Bereinigung findet nur dann statt, wenn:
 - a erst dadurch der Auftrag oder die Angebote geklärt oder die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv vergleichbar gemacht werden können; oder
 - b Leistungsänderungen objektiv und sachlich geboten sind, wobei der Leistungsgegenstand, die Kriterien und Spezifikationen nicht in einer Weise angepasst werden dürfen, dass sich die charakteristische Leistung oder der potentielle Anbieterkreis verändert.
- ³ Eine Aufforderung zur Preisanpassung ist nur im Zusammenhang mit den Tatbeständen von Absatz 2 zulässig.
- ⁴ Der Auftraggeber hält die Resultate der Bereinigung in einem Protokoll fest.

Das Verhandlungsverbot bzw. der Grundsatz der Unveränderlichkeit der Angebote wird durch die in der Praxis bereits genutzte Möglichkeit der **Angebotsbereinigung** relativiert. Eine Bereinigung und eine Anpassung der Angebote nach der Öffnung sind möglich, wenn dies zur Vergleichbarmachung oder wegen Leistungsänderungen nötig ist. Auch sind Preisanpassungen unter diesen Voraussetzungen zulässig. Reine Preisverhandlungen («Abgebotsrunden») bleiben aber weiterhin verboten (IVöB 11.d). Zudem sind sämtliche Kontakte mit den Anbietern zu dokumentieren (MB S. 79 f.).

IVöB 40: Bewertung der Angebote

Neu: IVöB 2019 40

¹ Sofern die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen erfüllt sind, werden die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv, einheitlich und nachvollziehbar geprüft und bewertet. Der Auftraggeber dokumentiert die Evaluation.

² Erfordert die umfassende Prüfung und Bewertung der Angebote einen erheblichen Aufwand und hat der Auftraggeber dies in der Ausschreibung angekündigt, so kann er alle Angebote auf der Grundlage der eingereichten Unterlagen einer ersten Prüfung unterziehen und rangieren. Auf dieser Grundlage wählt er nach Möglichkeit die drei bestrangierten Angebote aus und unterzieht sie einer umfassenden Prüfung und Bewertung.

Je nach der Komplexität der Beschaffungsvorhaben kann die Prüfung der Offerten einen erheblichen Aufwand bedeuten. Wenn die Bewertung sehr aufwändig ist (z.B. wegen Tests oder Pilotversuchen) kann der Auftraggeber die Detailbewertung auf die **drei Angebote einschränken**, die anhand der Unterlagen als die besten erscheinen.

Dieses «**Shortlisting**» ist im offenen Verfahren eine **zeitsparende Alternative zum selektiven Verfahren**. Der Auftraggeber muss es ankündigen und auch die fürs Shortlisting relevanten Angebotsteile bzw. Kriterien bezeichnen. Ein Shortlisting kann nicht damit begründet werden, dass der Auftraggeber wenig Zeit oder Ressourcen hat (Komm. N 17 ff.).

IVöB 41: Zuschlag

Neu: IVöB 2019 41.1

¹ Das vorteilhafteste Angebot erhält den Zuschlag.

Bisher: ÖBV 30.1

¹ Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag.

Gemäss BöB und in Anlehnung an die Begrifflichkeit des GPA («most advantageous offer») gilt neu der Begriff des «**vorteilhaftesten Angebots**» für den Zuschlag, was im Bundesparlament zu intensiven Diskussionen führte.

Einigkeit besteht aber darüber, dass es sich trotz Umformulierung immer noch um das **Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis** handelt, d.h. jenes Angebot, welches die höchste Punktzahl aller gewichteten Kriterien erhält (Komm. N 555). Damit hat diese **neue Wortwahl keine praktischen Auswirkungen**.

IVöB 42: Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

Neu: IVöB 2019 42

¹ Der Vertrag mit dem berücksichtigten Anbieter darf nach Ablauf der Frist für die Beschwerde gegen den Zuschlag abgeschlossen werden, es sei denn, das kantonale Verwaltungsgericht *[Bern: die Beschwerdeinstanz]* habe einer Beschwerde gegen den Zuschlag aufschiebende Wirkung erteilt.

Bisher: ÖBV 32

¹ Der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin oder dem Zuschlagsempfänger darf nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden, wenn

- a die Beschwerdefrist unbenutzt abgelaufen ist,
- b im Fall einer Beschwerde kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt wird,
- c im Fall einer Beschwerde mit Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung feststeht, dass die aufschiebende Wirkung nicht erteilt wird.

Bisher war der Vertragsabschluss verboten, solange noch kein Entscheid über ein Gesuch über die aufschiebende Wirkung vorliegt. Neu gilt dieses Verbot gemäss Normtext erst, wenn die aufschiebende Wirkung erteilt wurde.

Einige Beschwerdeinstanzen (auch das Verwaltungsgericht) verfolgten bisher die Praxis, den Entscheid über die aufschiebende Wirkung nie zu fällen, sondern direkt den Entscheid in der Sache. Nach der hier vertretenen Meinung ist dies jedenfalls nach neuem Recht unzulässig, weil damit im Ergebnis die aufschiebende Wirkung immer gewährt wird, was der Gesetzgeber gerade nicht will (s. Komm. N 12 f.).

Jedenfalls im neuen Recht **muss u.E. die Beschwerdeinstanz daher über die beantragte aufschiebende Wirkung immer rasch einen Zwischenentscheid fällen**. Entscheidet sie über das entsprechende Gesuch nicht, ist es denkbar, dass Auftraggeber sich dazu entschliessen, den Vertrag gemäss IVöB 42.1 trotz hängiger Beschwerde abzuschliessen.

IVöB 42: Vertragsabschluss

Im Kanton Bern: IVöBV 13 ≈ VöB 11

- ¹ Der Auftraggeber schliesst den Vertrag in Schriftform ab. Eine eigenhändige Unterschrift oder eine elektronische Signatur beim Abschluss in digitaler Form sind nicht erforderlich.
- ² Er wendet seine allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) an, es sei denn, die Art der Leistung erfordere besondere Vertragsbedingungen.
- ³ Verfügt er nicht über eigene AGB, wendet er die AGB des Kantons an (www.be.ch/agb).

Der Abschluss und der Inhalt eines Beschaffungsvertrages müssen nachvollziehbar sein, weshalb der Vertrag in **Schriftform** (d.h. nicht mündlich oder stillschweigend) abzuschliessen ist. Das kann auch digital erfolgen, z.B. per E-Mail. IVöBV 13.1 Satz 2 stellt klar, dass die privatrechtlichen Anforderungen der «Schriftlichkeit» nicht erfüllt werden müssen.

Zwecks Vergleichbarkeit der Angebote sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Auftraggebers anzuwenden. Eine Ausnahme hiervon rechtfertigt sich nur, wenn ein wirksamer Wettbewerb oder ein Zuschlag aufgrund der Besonderheiten der Leistung oder der Marktgegebenheiten sonst nicht möglich wäre. Dies ist der Fall bei einem sehr marktmächtigen Anbieter, wenn für die Leistung nur ein Anbieter in Frage kommt oder bei hoch standardisierten komplexen Leistungen (wie SaaS) (V. IVöBV S. 13 f.).

Der Kanton verfügt über eigene AGB für Güter- und Dienstleistungsbeschaffungen. Für ICT-Leistungen wendet er die AGB der SIK an (www.sik.swiss), für Bauleistungen die SIA-Standards.

IVöB 43: Abbruch

Neu: IVöB 2019 43

¹ Der Auftraggeber kann das Vergabeverfahren abbrechen, insbesondere wenn:

- a er von der Vergabe des öffentlichen Auftrags aus zureichenden Gründen absieht; (...)
- d die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben oder den Kostenrahmen deutlich überschreiten;
- e hinreichende Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede unter den Anbietern bestehen; (...)

² Im Fall eines gerechtfertigten Abbruchs haben die Anbieter keinen Anspruch auf eine Entschädigung.

Ein **Verfahrensabbruch** ist neu ausdrücklich auch zulässig, wenn die eingereichten Angebote nicht finanzierbar sind oder wenn der Auftraggeber das beabsichtigte Vorhaben nicht mehr verwirklichen will. Dazu kann es zum Beispiel dann kommen, wenn eine Leistung unter Vorbehalt der Kreditgewährung ausgeschrieben wird und der Kredit in der Folge nicht gesprochen wird. Ebenfalls können neue Erkenntnisse dazu führen, dass der Auftraggeber auf die Vergabe des öffentlichen Auftrags verzichtet (Komm. N 578). Das heisst: Ein Verfahren kann immer abgebrochen werden, wenn sich die Ausgangslage der Beschaffung massgeblich verändert hat.

Aus einer Abbruchverfügung muss direkt hervorgehen, aus welchen sachlichen Gründen der Auftraggeber das Verfahren abbricht (MB S. 83).

IVöB 44: Ausschluss, Widerruf, Streichung (1/6)

Neu: IVöB 2019 44.1

- ¹ Der Auftraggeber kann einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihm bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass auf den betreffenden Anbieter, seine Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:
- a sie erfüllen die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr, oder der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens wird durch ihr Verhalten beeinträchtigt;
 - b die Angebote oder Anträge auf Teilnahme weisen wesentliche Formfehler auf oder weichen wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung ab;

Der **Ausschluss** vom Verfahren oder der **Widerruf** des Zuschlages sind aus mehr Gründen als bisher zulässig. Die Änderungen sind oben unterstrichen.

In Absatz 1 werden diejenigen Tatbestände abschliessend aufgeführt, die *sichere Kenntnis* voraussetzen.

Einleitungssatz: Die Ausschlussgründe sind jetzt eine «Kann»-Bestimmung. Dies reflektiert das Verhältnismässigkeitsprinzip. Abweichungen von einer gewissen Schwere müssen weiterhin einen Ausschluss bzw. Widerruf zur Folge haben, wenn dieser verhältnismässig und nicht überspitzt formalistisch ist (Komm. N 6).

Bst. b: In diesem Sinne müssen unwesentliche Abweichungen von Muss-Kriterien nicht mehr zwingend einen Ausschluss zur Folge haben (so z.B. schon BGer 2C_698/2019 E.5.3: Ein Gerät erfüllt eine von 75 TS nicht, ist aber einsatztauglich).

IVöB 44: Ausschluss, Widerruf, Streichung (2/6)

Neu: IVöB 2019 44.1

- c es liegt eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers oder wegen eines Verbrechens vor;
- d sie befinden sich in einem Pfändungs- oder Konkursverfahren;
- e sie haben Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption verletzt;
- f sie widersetzen sich angeordneten Kontrollen;

Bst. c: Dies bezieht sich nicht nur auf Verbrechen und Vergehen gemäss dem StGB, sondern auch gemäss der Spezialgesetzgebung wie bspw. der Umweltschutz-, Steuer- oder Baugesetzgebung.

Bst. d: Neu genügt ein laufendes Konkursverfahren für den Ausschluss, also schon die Konkursandrohung, und nicht wie bisher erst der eröffnete Konkurs (ÖBV 24.1.i). Betreibungen alleine genügen nicht (Komm. N 23), aber Betreibungen wegen offenen Lohnzahlungen, Steuern oder Sozialabgaben können auf das Vorliegen der entsprechenden Ausschlussgründe (IVöB 44.1.g) hinweisen.

Bst. f: Kontrollen können durch den Auftraggeber, andere Behörden oder durch paritätische Organe angeordnet und durchgeführt werden (MB S. 83 f.).

IVöB 44: Ausschluss, Widerruf, Streichung (3/6)

Neu: IVöB 2019 44.1

- g sie bezahlen fällige Steuern oder Sozialabgaben nicht;
- h sie haben frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt oder liessen in anderer Weise erkennen, keine verlässlichen und vertrauenswürdigen Vertragspartner zu sein;
- i sie waren an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt, und der dadurch entstehende Wettbewerbsnachteil der anderen Anbieter kann nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden;
- j sie wurden nach Artikel 45 Absatz 1 von künftigen öffentlichen Aufträgen rechtskräftig ausgeschlossen.

Bst. h: Negative Erfahrungen mit einem Anbieter bei früheren Vergaben berechtigen neu zum Ausschluss. Die Gründe für einen solchen Ausschluss müssen jedoch objektiv und schwerwiegend sein. Untergeordnete Mängel oder Versäumnisse bei der Erfüllung früherer Aufträge berechtigen nicht zu einem Ausschluss (Komm. N 594).

IVöB 44: Ausschluss, Widerruf, Streichung (4/6)

Neu: IVöB 2019 44.2

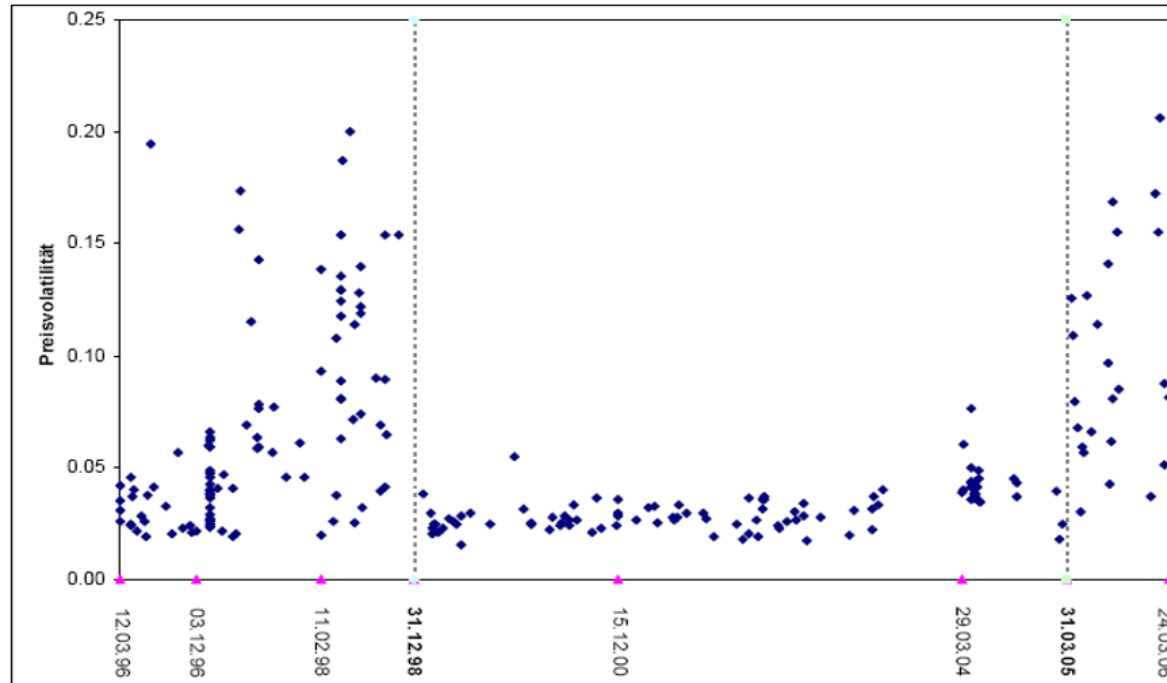
² Der Auftraggeber kann überdies Massnahmen nach Absatz 1 treffen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf den Anbieter, seine Organe, einen beigezogenen Dritten oder dessen Organe insbesondere einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:

- a sie haben unwahre oder irreführende Aussagen und Auskünfte gegenüber dem Auftraggeber gemacht;
- b es wurden unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen;
- c sie reichen ein ungewöhnlich niedriges Angebot ein, ohne auf Aufforderung hin nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden, und bieten keine Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen;
- d sie haben gegen anerkannte Berufsregeln verstossen oder Handlungen oder Unterlassungen begangen, die ihre berufliche Ehre oder Integrität beeinträchtigen;

Absatz 2 enthält eine nicht abschliessende Liste von Tatbeständen, die bereits bei *Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte* zur Anwendung gelangen können. Ein Beweis ist also nicht nötig.

Die Zusammenarbeit bei der Leistungserbringung setzt Vertrauen in den Anbieter voraus. Ist dieses Vertrauen zerstört oder ernstlich gefährdet, soll der Auftraggeber nicht zur Zusammenarbeit gezwungen werden. Er soll aber auch nicht auf den blossen Verdacht hin einen Anbieter ausschliessen. Vielmehr ist er gehalten, sorgfältig die Verdachtsgründe abzuklären und allfällige Beweise sorgfältig zu würdigen (MB S. 85 f.).

IVöB 44.2.b: Hinweise auf Wettbewerbsabreden (5/6)



Diese Auswertung der WEKO zeigt Wettbewerbsabreden, die daran erkennbar sind, dass in der Kartellperiode (zwischen den Strichen) die Preisvolatilität aller Angebote sehr gering ist.

Quelle: WEKO / Frank Stüssi 2021

Wettbewerbsabreden bzw. Preisabsprachen sind Kartelle, in denen die Anbieter vereinbaren, wer von ihnen den Zuschlag erhalten soll. Der Auserwählte gibt das beste Angebot ein, alle anderen ein schlechteres. Dieses Risiko besteht v.a. in Märkten mit wenig Anbietern, stabilen Marktverhältnissen, geringem technischem Fortschritt, regelmässigen Ausschreibungen, gleichartigen Gütern und Leistungen, und wenig Alternativen – z.B. im Strassenbau.

Eine Analyse der Angebote kann Hinweise auf Abreden geben, z.B.: fast identische Angebote, alle Angebote sind deutlich teurer als der Kostenvoranschlag, reihum gewinnt ein anderer, immer derselbe gewinnt, oder es gibt nicht nachvollziehbare bzw. fast identische Preisdifferenzen.

Beratung ist bei der WEKO erhältlich:
submissionsabreden@weko.admin.ch. Ein Verdacht muss der WEKO gemeldet werden (IVöB 45.2).

IVöB 44: Ausschluss, Widerruf, Streichung (6/6)

Neu: IVöB 2019 44.2

- e sie sind insolvent;
- f sie missachten die Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit oder die Bestimmungen über die Vertraulichkeit, die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts oder die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt;
- g sie haben Melde- oder Bewilligungspflichten nach dem BGSA [Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit] verletzt;
- h sie verstossen gegen das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb.

Mögliche Anwendungsfälle der (fakultativen) Ausschluss- bzw. Widerrufsgründe gem. IVöB 44.2 sind:

- Bst. e (Insolvenz): z.B. Überschuldung oder Einleiten der Nachlassstundung. Diesfalls sollten bei der Sachwalterin oder beim Sachwalter Erläuterungen eingeholt werden; nur noch sie oder er kann das Unternehmen vertreten.
- Bst. h (unlauterer Wettbewerb): Beispiele dafür sind: falsche oder irreführende Werbung oder Qualitätsangaben (UWG 3.1.a-b), besonders aggressive Verkaufsmethoden (UWG 3.1.h), Versand von Spam-E-Mails (UWG 3.1.o), fehlende Kontaktangaben im Internet (UWG 3.1.s), unzulässige Werbeanrufe (UWG 3.1.u-w), aktive und passive Bestechung (UWG 4a), unerlaubte Verwertung fremder Leistungen oder Geschäftsgeheimnisse (UWG 5, 6), missbräuchliche AGB (UWG 8).

IVöB 45: Sanktionen

Neu: IVöB 2019 45

¹ Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde kann einen Anbieter oder Subunternehmer, der selber oder durch seine Organe in schwerwiegender Weise einen oder mehrere der Tatbestände von Artikel 44 Absatz 1 Buchstaben c und e sowie Absatz 2 Buchstaben b, f und g erfüllt, von künftigen öffentlichen Aufträgen für die Dauer von bis zu fünf Jahren ausschliessen oder ihm eine Busse von bis zu zehn Prozent der bereinigten Angebotssumme auferlegen. In leichten Fällen kann eine Verwarnung erfolgen. (...)

Bisher: ÖBG 8.2

² In schwer wiegenden Fällen kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber die Zuschlagsempfängerin oder den Zuschlagsempfänger zusätzlich für eine Dauer von bis zu fünf Jahren von ihren oder seinen künftigen Vergabeverfahren ausschliessen.

Anbieter oder neu auch Subunternehmer, die in **schwerwiegender Weise gegen Vorschriften** verstossen, können nicht nur für bis zu fünf Jahren von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden, sondern neu auch mit einer Busse von bis zu 10% der Auftragssumme bestraft werden. Sanktionierte Unternehmen werden in einer zentralen Liste der BPUK geführt (V. IVöBG S. 9). Gegen den Entscheid ist die Beschwerde möglich (IVöB 53.1.i).

Verwarnungen haben schriftlich zu erfolgen und stellen in der Regel eine Reaktion auf leichtere Widerhandlungen dar, die nach keiner weitergehenden Sanktion rufen. Bei der Verhängung einer Massnahme hat der Auftraggeber stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Schwere der Verfehlung Rechnung zu tragen (MB S. 87).

Pause

5 Minuten



IVöB 2019, 7. Kapitel: Fristen und Veröffentlichungen, Statistik

Was bleibt grundsätzlich gleich im 7. Kapitel der IVöB?

- Die **Mindestfristen für die Angebotsabgabe** bleiben grundsätzlich gleich:
 - 20 Tage ausserhalb des Staatsvertragsbereichs
 - 40 Tage im Staatsvertragsbereich

Nur die Regeln für die Verkürzung dieser Mindestfristen ändern.

- Die **Veröffentlichungen** erfolgen weiterhin alle auf simap.ch.
- Die **Vergabeunterlagen** sind weiterhin während mindestens drei Jahren aufzubewahren.

IVöB 46: Fristen

Neu: IVöB 2019 46.4

⁴ Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs beträgt die Frist für die Einreichung der Angebote in der Regel mindestens 20 Tage. Bei weitgehend standardisierten Leistungen kann die Frist auf nicht weniger als 5 Tage reduziert werden.

Bisher: ÖBV 15

¹ Die Fristen für das Einreichen eines Angebots oder eines Antrags auf Teilnahme im selektiven Verfahren sollen in der Regel nicht kürzer als 20 Tage sein.

(...)

³ In dringlichen Fällen können die Fristen nach den Absätzen 1 und 2 bis auf zehn Tage verkürzt werden.

Die gesetzlichen **Mindestfristen können neu stärker verkürzt** werden. Das sollte nur ausnahmsweise erfolgen, weil kürzere Fristen den Wettbewerb einschränken und die Qualität der Angebote darunter leidet.

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist neu eine Verkürzung auf bis zu fünf Tage möglich. Dies nicht nur (weiterhin) in dringlichen Fällen, sondern neu auch bei standardisierten Leistungen («weitgehend» ist ein Redaktionsfehler, s. Komm. N 24). Dies ist für Fälle bestimmt, in denen sich die Evaluation auf die Preisbewertung beschränkt (s. IVöB 29.4).

IVöB 47: Fristverkürzung im Staatsvertragsbereich

Neu: IVöB 2019 47

- ¹ Der Auftraggeber kann die Minimalfristen nach Artikel 46 Absatz 2 in Fällen nachgewiesener Dringlichkeit auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen.
- ² Er kann die minimale Angebotsfrist von 40 Tagen nach Artikel 46 Absatz 2 um je 5 Tage kürzen, wenn:
- a die Ausschreibung elektronisch veröffentlicht wird;
 - b die Ausschreibungsunterlagen zeitgleich elektronisch veröffentlicht werden;
 - c Angebote auf elektronischem Weg entgegengenommen werden.
- ³ Er kann die minimale Angebotsfrist von 40 Tagen (...) auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen, sofern er mindestens 40 Tage bis höchstens 12 Monate vor der Veröffentlichung der Ausschreibung eine Vorankündigung mit folgendem Inhalt veröffentlicht hat: (...)
- ⁴ Er kann die minimale Angebotsfrist von 40 Tagen nach Artikel 46 Absatz 2 auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen, wenn er wiederkehrend benötigte Leistungen beschafft und bei einer früheren Ausschreibung auf die Fristverkürzung hingewiesen hat.

Die Mindestangebotsfrist von 40 Tagen im Staatsvertragsbereich kann neu **deutlich verkürzt** werden, wenn die Ausschreibung und ihre Unterlagen elektronisch veröffentlicht werden (was die Regel ist, s. IVöB 48.1), wenn elektronische Angebote entgegengenommen werden und wenn die Ausschreibung vorher angekündigt wurde. So lassen sich Vergabeverfahren beschleunigen, was aber auch höhere Ansprüche an die Flexibilität und Verfügbarkeit der Anbieter stellt (V. IVöBG S. 9).

IVöB 47: Fristverkürzung im Staatsvertragsbereich

Neu: IVöB 2019 47.5

⁵ Überdies kann der Auftraggeber beim Einkauf gewerblicher Waren oder Dienstleistungen oder einer Kombination der beiden in jedem Fall die Frist zur Angebotseinreichung auf nicht weniger als 13 Tage verkürzen, sofern er die Ausschreibungsunterlagen gleichzeitig mit der Ausschreibung elektronisch veröffentlicht. Nimmt der Auftraggeber Angebote für gewerbliche Waren oder Dienstleistungen elektronisch entgegen, so kann er ausserdem die Frist auf nicht weniger als 10 Tage verkürzen.

«Gewerbliche Waren oder Dienstleistungen», deren Einkauf eine Fristverkürzung ermöglicht, sind solche, die «im Allgemeinen auf dem Markt zum Verkauf angeboten und gewöhnlich von privaten Käufern zu nicht öffentlichen Zwecken erworben werden» (Komm. N 14).

IVöB 48: Veröffentlichung des Zuschlags

Neu: IVöB 2019 48.1

Art. 48 ¹ Im offenen und im selektiven Verfahren veröffentlicht der Auftraggeber die Vorankündigung, die Ausschreibung, den Zuschlag sowie den Abbruch des Verfahrens auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen. (...)

⁶ Im Staatsvertragsbereich erteilte Zuschläge sind in der Regel innerhalb von 30 Tagen zu veröffentlichen. Die Mitteilung enthält folgende Angaben: (...) *f* Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots einschliesslich Mehrwertsteuer.

Bisher: ÖBV 36

Art. 36 ÖBV ¹ Im Staatsvertragsbereich veröffentlichen die Auftraggeberinnen oder die Auftraggeber den Zuschlag spätestens 72 Tage nachdem die Verfügung in Rechtskraft erwachsen ist auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz (<http://www.simap.ch>).

² Die Veröffentlichung enthält folgende Angaben: (...) *f* Preis des berücksichtigten Angebots.

Die Veröffentlichung der Zuschläge im offenen und selektiven Verfahren muss neu innert **30 statt 72 Tagen** erfolgen. Wenn der Zuschlag per simap.ch eröffnet wird (s. zu IVöB 51.1), ist damit auch IVöB 48 Genüge getan. Neu muss der **Zuschlag im offenen und selektiven Verfahren** immer publiziert werden, nicht nur im Staatsvertragsbereich.

Klarer als bisher regelt die IVöB, dass der **Gesamtpreis** (nicht z.B. der Einheitspreis) des Siegerangebots publiziert werden muss. Der Gesetzgeber nimmt in Kauf, dass in sehr preissensitiven Märkten ggf. Anbieter deswegen auf ein Angebot verzichten (Komm. N 24).

IVöB 48: Veröffentlichung überschwelliger Freihänder

Im Kanton Bern: IVöBV 14	Neu: IVöB 2019 48.1	Bisher: ÖBG 6.2
¹ Der Auftraggeber veröffentlicht auf der Internetplattform www.simap.ch ebenfalls Zuschläge, die ab dem für das offene oder selektive Verfahren massgebenden Schwellenwert freihändig erteilt wurden.	¹ Im offenen und im selektiven Verfahren veröffentlicht der Auftraggeber die Vorankündigung, die Ausschreibung, den Zuschlag sowie den Abbruch des Verfahrens auf einer gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen Internetplattform für öffentliche Beschaffungen. Ebenso veröffentlicht er Zuschläge, die im Staatsvertragsbereich freihändig erteilt wurden.	² Der Entscheid über die Durchführung des freihändigen Verfahrens nach Absatz 1 Buchstabe a ist vor dem Zuschlag auf der Website des Vereins für ein Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz (http://www.simap.ch) zu veröffentlichen, wenn die Schwellenwerte des offenen und des selektiven Verfahrens erreicht werden.

Zwecks Transparenz und Rechtsschutz müssen im Kanton Bern **überschwellige freihändige Zuschläge** weiterhin ab der Schwelle des offenen Verfahrens publiziert werden, nicht nur im Staatsvertragsbereich (V. IVöBV S. 14 f.). Dies ermöglicht anderen Anbietern bei Bedarf, eine Beschwerde zu erheben.



IVöB 2019, 8. Kapitel: Rechtsschutz

Was bleibt grundsätzlich gleich im 8. Kapitel der IVöB?

- **Rechtsschutz** besteht weiterhin erst ab dem Schwellenwert des Einladungsverfahrens.
- Der **kantonale Instanzenzug** bleibt (als **Berner Abweichung** von der IVöB) derselbe: Erstinstanzlich sind Beschwerden vor dem Regierungsstatthalteramt bzw. der zuständigen Direktion anzufechten, zweitinstanzlich vor Verwaltungsgericht.
- Die **Beschwerdeobjekte** bleiben dieselben: Ausschreibung, Ausstand, Selektion, Zuschlag, Widerruf, Abbruch, Ausschluss, Sanktion.
- Die Beschwerde hat weiterhin **in der Regel keine aufschiebende Wirkung**.
- Mit der Beschwerde kann weiterhin **kein bereits abgeschlossener Vertrag rückgängig** gemacht werden.
- Der **Schadenersatzanspruch** der Anbieter beschränkt sich weiterhin auf das negative Vertragsinteresse (d.h. die Kosten für das Angebot).

IVöB 51: Eröffnung des Zuschlags

Neu: IVöB 2019 51.1

Art. 51 ¹ Der Auftraggeber eröffnet Verfügungen durch Veröffentlichung oder durch individuelle Zustellung an die Anbieter. (...)

Bisher: VRPG 44

¹ Verfügungen und Entscheide werden grundsätzlich durch die Post zugestellt.

In Abweichung von der allgemeinen Regel von VRPG 44.1 sieht IVöB 51.1 neu vor, dass Zuschläge und andere Verfügungen (z.B. Abbrüche) den Anbietern nicht nur wie bisher per Brief, sondern neu auch durch **Publikation auf simap.ch** eröffnet werden können. Dies entspricht der bisherigen Regelung des Bundes. Der erste Tag der Beschwerdefrist ist bei dieser Methode der Kalendertag nach dem Tag der Publikation.

Den Auftraggebern wird **empfohlen, bei offenen und selektiven Verfahren nur noch die Eröffnung durch Publikation auf simap.ch** durchzuführen. Sie spart Aufwand, weil mit ein- und derselben simap-Publikation nicht nur die Veröffentlichung gem. IVöB 48, sondern auch die Eröffnung der Verfügung gem. IVöB 51 erfolgt. Sie spart auch Zeit, weil der Zeitbedarf für die Postzustellung und die allfällige Postabholung (bis zu 7 Tage) entfällt.

Weil dieses Verfahren der Eröffnung für viele Anbieter neu sein wird, empfiehlt es sich, **die Anbieter zu informieren**, etwa mit der E-Mail-Funktion von simap.ch, sobald der Zuschlag auf simap.ch publiziert wurde.

IVöB 51: Begründung des Zuschlags

Neu: IVöB 2019 51.1

² Beschwerdefähige Verfügungen sind summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

³ Die summarische Begründung eines Zuschlags umfasst:

- a die Art des Verfahrens und den Namen des berücksichtigten Anbieters;
- b den Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots;
- c die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots;
- d gegebenenfalls eine Darlegung der Gründe für eine freihändige Vergabe.

⁴ Der Auftraggeber darf keine Informationen bekanntgeben, wenn dadurch:

- a gegen geltendes Recht verstossen würde oder öffentliche Interessen verletzt würden;
- b berechnete wirtschaftliche Interessen der Anbieter beeinträchtigt würden; oder
- c der laute Wettbewerb zwischen den Anbietern gefährdet würde.

Die Zuschlagsverfügung muss neu **summarisch begründet** werden.

Die Begründung ist damit viel kürzer als gemäss den bisherigen Verfügungsvorlagen der ZKB. Es ist namentlich nicht mehr zulässig, die Punktzahlen aller Angebote oder die Gründe für das Unterliegen bestimmter Angebote anzugeben (u.a. auch, weil der Zuschlag i.d.R. durch Veröffentlichung eröffnet wird, s. IVöB 51.1). Solche Informationen müssen die Unterlegenen ggf. in einem Debriefing erfragen (IVöBV 15).

Leerformeln wie «der Zuschlag geht an das vorteilhafteste Angebot» genügen jedoch nicht (Komm. N 27).

IVöB 51: Debriefing

Im Kanton Bern: IVöBV 15 = VöB 12

- ¹ Der Auftraggeber führt mit einem nicht berücksichtigten Anbieter auf dessen Verlangen hin ein Gespräch durch (Debriefing).
- ² Im Gespräch werden insbesondere die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots bekanntgegeben. Die Vertraulichkeit nach Artikel 51 Absatz 4 IVöB 2019 ist zu beachten.

Der Anspruch auf das in der Praxis schon häufig anzutreffende **Debriefinggespräch** wird neu in der IVöBV verankert. Das Gespräch hat zum Ziel, dem Anbieter die Gründe für den Zuschlag (bzw. für sein Unterliegen) näher zu erläutern, auch weil diese sich aus der neu summarischen Zuschlagsbegründung (IVöB 51.3) nicht immer ergeben werden. Zum Debriefing sollten auch Informationen über Anzahl, Rang und Gesamtpunktzahl der anderen Anbieter gehören, damit der Anbieter weiss, ob eine Beschwerde ihm etwas bringen würde (Komm. N 32 ff.).

Ein gutes Debriefinggespräch hilft dem Anbieter, das Ergebnis zu verstehen und zu akzeptieren, und Verbesserungspotenzial für ein nächstes Verfahren aufzuzeigen. So kann auch oft eine aussichtslose Beschwerde vermieden werden. Das Debriefinggespräch sollte daher **wenn möglich während der Beschwerdefrist** stattfinden.

Das Debriefing muss nicht protokolliert werden, und der Anbieter hat keine Akteneinsicht (Komm. N 31).

IVöB 52: Beschwerde

Im Kanton Bern: IVöBG 6	Neu: IVöB 2019 52	Bisher: ÖBG 12, 13
¹ Verfügungen kommunaler Auftraggeber sind mit Beschwerde bei der Regierungstatthalterin oder beim Regierungstatthalter anfechtbar. ² Verfügungen kantonaler Auftraggeber sind mit Beschwerde bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates oder der Staatskanzlei anfechtbar.	¹ Gegen Verfügungen der Auftraggeber ist mindestens ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert die Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig. ² Für Beschwerden gegen Beschaffungen der oberen kantonalen Gerichtsbehörden ist das Bundesgericht direkt zuständig.	Art. 12 ¹ Gegen Verfügungen kantonaler Auftraggeberinnen oder Auftraggeber (...) kann bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates Beschwerde erhoben werden. Art. 13 ¹ Gegen Verfügungen kommunaler Auftraggeberinnen oder Auftraggeber (...) kann bei der Regierungstatthalterin oder beim Regierungstatthalter Beschwerde erhoben werden.

IVöBG 3 und 6 enthalten einen **Vorbehalt des Kantons Bern zur IVöB**, wonach für das kantonale Beschwerdeverfahren weiterhin der bisherige zweistufige Instanzenzug gilt.

Direkte **Vorinstanzen des Verwaltungsgerichts** sind neu auch die Staatskanzlei, die Gerichtsbehörden, die Staatsanwaltschaft sowie der Grosse Rat (IVöBG 6.3). Für die Bestimmung der in der Sache zuständigen Direktion oder der Staatskanzlei ist weiterhin die Organisationsgesetzgebung oder die Spezialgesetzgebung massgeblich.

IVöB 54: Aufschiebende Wirkung

Neu: IVöB 2019 54

- ¹ Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.
- ² Das kantonale Verwaltungsgericht *[Bern: die Beschwerdeinstanz]* kann einer Beschwerde auf Gesuch hin aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Zur Frage der aufschiebenden Wirkung findet in der Regel nur ein Schriftenwechsel statt.

Bisher: IVöB 2001 17

- ¹ Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.
- ² Die Beschwerdeinstanz kann auf Gesuch oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. *[Wortgleich auch ÖBV 33.1.]*

Bisher konnte die Beschwerdeinstanz die aufschiebende Wirkung von Beschwerden von Amtes wegen gewähren. Neu ist dies **nur noch auf Gesuch hin** möglich. Bei Laienbeschwerden wird allerdings meist geprüft, ob sie einen sinngemässen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung enthalten (Komm. N 16).

Vgl. auch zu Art. 42 (Zeitpunkt des Vertragsabschlusses) oben zur Erforderlichkeit eines Zwischenentscheids über die aufschiebende Wirkung.

IVöB 56: Beschwerdefrist, Beschwerdegründe und Legitimation

Neu: IVöB 2019 56

¹ Beschwerden müssen schriftlich und begründet innert 20 Tagen seit Eröffnung der Verfügung eingereicht werden.

Bisher: IVöB 2001 15

² Beschwerden sind schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügungen einzureichen.

Die Beschwerdefrist beträgt wie bisher im Bundesrecht neu **20 Tage** statt 10 Tage.



IVöB 2019, 9. Kapitel: Aufsicht und Vollzug

IVöBV 16: Ausbildung der Beschaffenden

Im Kanton Bern: IVöBV 16

- ¹ Auftraggeber, die regelmässig offene oder selektive Beschaffungsverfahren durchführen, stellen sicher, dass die dafür verantwortlichen Personen oder Organisationen mindestens über die folgenden Kompetenzen verfügen:
- a Sie kennen die Grundsätze, Verfahren, Schwellenwerte, Verhaltens- und Rechtsschutzregeln des öffentlichen Beschaffungsrechts.
 - b Sie können das angemessene Beschaffungsverfahren bestimmen, gesamtheitlich planen und durchführen.
 - c Sie können wo erforderlich eine Marktanalyse durchführen.
 - d Sie können Anforderungen erheben und dokumentieren.
 - e Sie können gestützt darauf angemessene Qualitäts-, Preis- und Nachhaltigkeitskriterien festlegen.
 - f Sie können gemäss diesen Anforderungen und Kriterien gestützt auf Vorlagen qualitativ angemessene Ausschreibungsunterlagen und einen Vertrag verfassen.
 - g Sie können Angebote bewerten und den Zuschlag nachvollziehbar begründen.

Eine wichtige Voraussetzung für das Erreichen der Ziele der IVöB ist die Professionalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens. Um die rechtskonforme und qualitativ hochstehende Abwicklung öffentlicher Vergabeverfahren sicherzustellen, ist im Kanton Bern neu vorgesehen, dass die für die Beschaffung verantwortlichen Personen über die erforderlichen Kompetenzen verfügen müssen.

IVöBV 16: Ausbildung der Beschaffenden

Im Kanton Bern: IVöBV 16

- ² Die Auftraggeber können die Kompetenzen gemäss Absatz 1 vermuten bei Personen, die
- a über den eidgenössischen Fachausweis als Spezialistin oder Spezialist öffentliche Beschaffung verfügen
 - b über eine andere Ausbildung im öffentlichen Beschaffungswesen verfügen, die die Kompetenzen gemäss Absatz 1 vermittelt, oder
 - c über eine angemessene Erfahrung im verantwortlichen Durchführen von offenen oder selektiven Beschaffungsverfahren verfügen.

Öffentliche Beschaffungen durchführen benötigt viele rechtliche und methodische Spezialkenntnisse. Die national anerkannte Berufsausbildung im öffentlichen Beschaffungswesen ist der seit 2019 verfügbare eidgenössische Fachausweis als Spezialistin oder Spezialist öffentliche Beschaffung (www.iaöb.ch). Auftraggebern, die regelmässig Beschaffungen durchführen, wird sehr empfohlen, ihr Personal entsprechend weiterbilden zu lassen. Ansonsten bleiben sie davon abhängig, dieses Fachwissen bei Beraterinnen und Beratern deutlich teurer einzukaufen.

Auch eine andere angemessene Ausbildung oder genügend Erfahrung können aber die nötigen Kompetenzen vermitteln.

IVöBV 20: Aufsicht

Im Kanton Bern: IVöBV 20.1 = VöB 30.2	Neu: IVöB 2019 62	Bisher: IVöB 2001 19.1
¹ Die internen Kontrollorgane der Auftraggeber überwachen die Einhaltung der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen.	¹ Die Kantone überwachen die Einhaltung dieser Vereinbarung. (...)	¹ Die Kantone überwachen die Einhaltung der Vergabebestimmungen vor und nach dem Zuschlag durch die Auftraggeberinnen oder Auftraggeber und die Anbieterinnen und Anbieter.

Die **Aufsicht** im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens umfasst namentlich die Zuständigkeit zum Erteilen von Anweisungen zur Änderung der Beschaffungspraxis, wenn Auftraggeber wiederholt oder schwerwiegend beschaffungsrechtliche Vorschriften missachten – etwa wenn sie ihre Aufträge nicht wie vorgeschrieben öffentlich ausschreiben. Diese Aufsicht ist nötig, weil die Möglichkeit, gegen Vergabeentscheide Beschwerde zu erheben, die Umsetzung des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht immer wirksam gewährleisten kann (V. IVöBV S. 17 f.).

IVöBV 20: Aufsicht

Im Kanton Bern: IVöBV 20.2

² Für die Aufsicht sind zuständig

- a die Direktionen und die Staatskanzlei für die Aufträge der ihnen unterstellten Organisationseinheiten,
- b der Regierungsrat für die Aufträge der Direktionen und der Staatskanzlei,
- c die Justizleitung für die Aufträge der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft,
- d der Regierungsrat, auf Antrag der für den betreffenden Aufgabenbereich zuständigen Direktion oder der Staatskanzlei, für die Aufträge der anderen Träger kantonaler Aufgaben (Art. 95 Abs. 3 [KV]),
- e die Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter für die Aufträge der Gemeinden (Art. 87 [GG]),
- f die Gemeinden für die Aufträge der Trägerinnen und Träger kommunaler Aufgaben (Art. 65 Abs. 2 und Art. 69 Abs. 1 GG).

Die Aufsichtszuständigkeiten ergeben sich aus der hierarchischen Unterstellung der Behörden bzw. den verfassungsmässigen Zuständigkeiten. Zur Unterstützung können die Aufsichtsbehörden die Dienste der ZKB in Anspruch nehmen (OöBV 19.1.o).

Wenn eine Aufsichtsbehörde feststellt (ggf. auf Anzeige eines Anbieters hin), dass die beaufsichtigte Behörde das öffentliche Beschaffungsrecht nicht richtig anwendet, muss sie nötigenfalls durch eine aufsichtsrechtliche Verfügung gestützt auf IVöBV 20 das richtige Verhalten erzwingen. Diese Verfügung kann wenn nötig mit einer Strafandrohung im Widerhandlungsfall verbunden werden (StGB 292).

IVöBV 20: Aufsicht

Im Kanton Bern: IVöBV 20.3

- ³ Kantonale Behörden, die Leistungsvereinbarungen mit Trägerinnen und Trägern öffentlicher Aufgaben abschliessen, regeln in diesen auch die Einhaltung des öffentlichen Beschaffungsrechts durch die Leistungserbringerinnen und Leistungserbringer, namentlich
- a die Pflicht zur Durchführung öffentlicher Beschaffungsverfahren in Bezug auf Aufträge im Bereich der Leistungsvereinbarung,
 - b die Berichterstattung über die Erfüllung dieser Pflicht.

Zur Aufsicht gehört auch, sicherzustellen, dass von Behörden beauftragte Private, denen öffentliche Aufgaben übertragen wurden, das öffentliche Beschaffungsrecht einhalten. Die Leistungsvereinbarungen müssen daher die Pflicht zum Durchführen öffentlicher Beschaffungsverfahren ausdrücklich überbinden, und die beauftragende Behörde muss die Einhaltung dieser Pflicht anhand der Berichte der Beauftragten überprüfen.

IVöB 64: Übergangsrecht

Neu: IVöB 2019 64

¹ Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, werden nach bisherigem Recht zu Ende geführt.

Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten der IVöB 2019 (1. Februar 2022) eingeleitet wurden, werden nach bisherigem Recht zu Ende geführt.

Das bisherige Recht (IVöB 2001, ÖBG, ÖBV) gilt also noch:

- für unerschwellige freihändige Vergaben, bei denen der Vertrag vor dem 1. Februar 2022 abgeschlossen wurde,
- für überschwellige freihändige Vergaben, die vor dem 1. Februar 2022 auf simap.ch publiziert wurden,
- für offene, selektive oder Einladungsverfahren, deren Einladung oder Ausschreibung vor dem 1. Februar 2022 erfolgte.



Ihre weiteren Fragen

Danke für Ihr Interesse!

Als öffentlicher Auftraggeber können Sie uns auch nach diesem Webinar jederzeit Fragen zum neuen Recht stellen:

- www.be.ch/beschaffungen
- beschaffungen@be.ch
- Tel. +41 31 633 44 10



Kontakt

Thomas M. Fischer
Vorsitzender Kantonale Beschaffungskonferenz
thomas.fischer@be.ch
+41 31 633 40 94

Dok.-Nr. 344560

Anhang: Abkürzungen

Abkürzung	Bedeutung
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GU	Generalunternehmer/-in
KBOB	Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren
TU	Totalunternehmer/-in

Anhang: Weitere zitierte Erlasse

Abkürzung	Erlass
BV	<u>Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999</u> , SR 101.1
GG	<u>Gemeindegesetz vom 16. März 1998</u> , BSG 170.11
KV	<u>Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993</u> , BSG 101.1
OÖBV	<u>Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens vom 05.11.2014</u> , BSG 731.22
StGB	<u>Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937</u> , SR 311.0
VRPG	<u>Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege</u> vom 23.05.1989

Anhang: Weitere zitierte Quellen

Abkürzung	Werk
AB	<u>Amtliches Bulletin der Bundesversammlung</u>
KBOB 2021	KBOB, <u>KBOB Leitfaden zur Beschaffung von Planerleistungen (unter Berücksichtigung des revidierten Vergaberechts 2019)</u> , 9. Juli 2021, abgerufen 12. Juli 2021
Stüssi 2021	Frank Stüssi: CAS Öffentliche Beschaffungen Modul 2, Kursunterlagen, Universität Bern 2021
Wittenwiller 2021	Martin Wittenwiller: CAS Öffentliche Beschaffungen Modul 2, Kursunterlagen, Universität Bern 2021

Bildquellen, wenn nicht angegeben

Bildquelle	Autor/-in	Lizenz
https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Microphone-outlined-circular-button.svg	Sebastien Gabriel	CC-BY 3.0
https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Chat-button-outline.svg	Sebastien Gabriel	CC-BY 3.0
Weitere Bilder: verschiedene Quellen wie pexels.com, unsplash.com	verschiedene	urheberrechtsfrei