

Transparente Bauherren

Transparenz im Ausschreibungsverfahren



© tiberius gracchus fotolia.com

“Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman.”

Louis D. Brandeis (1856-1941)

September 2014
Arbeitsgruppe Vergabe
Mario Marti, Marlis Blees (Kellerhals Anwälte)

Geschäftsstelle/Secrétariat:
Effingerstrasse 1, Postfach 6916, 3001 Bern
Telefon 031 970 08 88
Telefax 031 970 08 82
www.usic.ch
E-Mail: usic@usic.ch

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	3
II.	Transparenz – Grundpfeiler des öffentlichen Beschaffungswesens.....	5
1.	Allgemeine Bedeutung der Transparenz.....	5
2.	Transparenzdefizit.....	7
3.	Ruf nach mehr Transparenz.....	8
4.	Konsequenzen der Verletzung des Transparenzprinzips.....	8
III.	Transparenz im Ausschreibungsverfahren – Empfehlungen der usic.....	10
1.	Publikation (SIMAP) – Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen.....	10
1.1	Gesetzliche Grundlagen.....	10
1.2	Was wird publiziert?.....	11
a)	Ausschreibung.....	11
b)	Ausschreibungsunterlagen.....	12
1.3	Ausschreibungsunterlagen öffentlich zugänglich?.....	13
1.4	Bedeutung der Transparenz.....	13
2.	Fragerunden.....	14
2.1	Gesetzliche Grundlagen.....	14
2.2	Fragerunden auf simap.ch.....	14
2.3	Bedeutung der Transparenz.....	15
3.	Offertöffnung, Offertöffnungsprotokoll.....	15
3.1	Gesetzliche Grundlagen.....	15
3.2	Bedeutung der Transparenz.....	16
4.	Zu-/Absageschreiben.....	18
4.1	Gesetzliche Grundlagen.....	18
4.2	Bedeutung der Transparenz.....	19
5.	Publikation des Zuschlages.....	20
5.1	Gesetzliche Grundlagen.....	20
5.2	Bedeutung der Transparenz.....	21
6.	Debriefing.....	22
6.1	Gesetzliche Grundlage.....	22
6.2	Bedeutung der Transparenz.....	23
IV.	Fazit.....	24

I. Einleitung

Transparenz ist ein zentraler Pfeiler der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen. Gemäss Art. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) bezweckt die Gesetzgebung,

„das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen [zu] regeln und transparent [zu] gestalten;“

Auch die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB) hält die *Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren* als Ziel fest (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB).

Das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422) nimmt das Transparenzgebot im Sinne einer zentralen Zielsetzung gar in die Präambel auf,

„anerkennend, dass es wünschenswert ist, für die Transparenz der Gesetze, Vorschriften, Verfahren und Praktiken auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens zu sorgen“.

Transparenz bedeutet Offenheit und Klarheit und bildet das Gegenstück zur Intransparenz. Intransparenz ist die Voraussetzung für Willkür und Ungleichbehandlung. Das öffentliche Beschaffungsrecht als Teil der hoheitlichen Tätigkeit des Staates muss fair und willkürfrei sein und den Grundsatz der Gleichbehandlung wahren. Transparenz schafft Vertrauen. Transparenz dient der Gewährleistung des freien Wettbewerbs.

Das Transparenzgebot versieht eine wichtige Hilfsfunktion bei der Gewährleistung eines fairen Verfahrens und der Verwirklichung der übrigen Ziele und Grundsätze im öffentlichen Beschaffungswesen. Die Vergabebehörden sind gehalten, jeden Verfahrensschritt offenzulegen und nachvollziehbar zu gestalten sowie die Anbietenden ausreichend und frühzeitig zu informieren (CHRISTOPH JÄGER, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Bernisches Verwaltungsrecht, Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), S. 763).

Mit einer klaren, transparenten und inhaltlich vollständigen Ausschreibung legt der Auftraggeber den Grundstein für ein möglichst reibungsloses Verfahren (ADRIAN MAUERHOFER, Die Bedeutung des Transparenzgrundsatzes im heutigen Beschaffungsrecht, KPG-Bulletin 2002, S. 57 ff.). Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen müssen widerspruchsfrei und unmissverständlich formuliert sein. Die ausgeschriebene Leistung müsse klar und eindeutig bezeichnet werden. Nur so sind die Anbietenden in der Lage, ordnungsgemäss zu offerieren (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 26. Juni 2002 in Sachen B. AG [BRK 2002-004] (VPB 66.86) E. 2c; HANS RUDOLF TRÜEB,

Wettbewerbsrecht II Kommentar, Nr. 5 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, N 6 zu Art. 1 BöB).

Das Transparenzgebot kodifiziert somit den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit sowie den (vergabe)behördlichen Anstand.

II. Transparenz – Grundpfeiler des öffentlichen Beschaffungswesens

1. Allgemeine Bedeutung der Transparenz

Der Grundsatz der Transparenz gebietet im Vergabeverfahren nicht nur Klarheit, sondern auch Vollständigkeit betreffend den Beschaffungsgegenstand, die zugrundeliegenden Bedingungen, die Begründung von Verfügungen. Transparenz beginnt bereits vor der Publikation und wirkt durch die Veröffentlichung nach aussen. Ohne Publikation, keine Transparenz.

Der Grundsatz der Transparenz ist besonders in den folgenden Phasen des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen:

- In der Phase vor und bei der **Ausschreibung** selber sowie bei der Ausarbeitung der **Ausschreibungsunterlagen**, indem die Vergabebehörde den Beschaffungsgegenstand sowie die zur Anwendung gelangenden Bedingungen klar und vollständig zu umschreiben hat. So sind etwa nur klar definierte und quantifizierbare Leistungen auszusprechen, so dass die Angebote vergleichbar sind (Leistungen wie „Projektanpassungen sind einzurechnen“ oder „die Besprechungen sind einzurechnen“ etc. sind dagegen nicht zielführend).

Die Zuschlagskriterien sowie allfällige Subkriterien sind in der Ausschreibung zwingend bekannt zu geben. Zudem zu beachten ist, dass dem Transparenzprinzip nur entsprochen werden kann, wenn die relative Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien im Voraus deutlich präzisiert und bekannt gegeben wird, was auch die Bekanntgabe allfälliger Unterkriterien mit einschliesst (BGE 125 II 86, E. 7.c sowie Urteil des Bundesgerichts vom 24. August 2001 (2P.299/2000), E. 2.c; vgl. auch Ziff. 7, Anhang 5 VöB). Den Vergabebehörden ist es ferner verboten, im Laufe des Submissionsverfahrens und nach Abgabe der Angebote die Zuschlagskriterien oder ihre relative Gewichtung zu ändern (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 972 mit Verweis auf BGE 125 II 86, E. 7.c), es sei denn eine solche Änderung werde transparent publiziert und allen interessierten Anbietern zugänglich gemacht (in der Regel wird eine solche Änderung auch die Anpassung der Angebotsfrist bedingen).

- Im Falle von **Verhandlungen zwecks Offertbereinigung**, indem das Verbot der Änderung/Ergänzung von Angeboten bei der Offertbereinigung grundsätzlich eingehalten wird. Wird ausnahmsweise der Anbieter dennoch kontaktiert, so sind Ablauf und Inhalt der Kontaktaufnahme nachvollziehbar festzulegen (Art. 25 Abs. 2 VöB).
- **Bekanntgabe von Ausschlüssen**, indem deren Begründung den gleichen Anforderungen zu entsprechen hat, wie bei der Begründung der Zuschlagsverfügung (siehe dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 542).

- Im Fall einer **zulässigen mengenmässigen Beschränkung** im selektiven Verfahren: bei der Auswahl unter den als geeignet erachteten Bewerbern sowie bei einer nachträglichen Erhöhung der Zahl der zur Offertstellung zugelassenen Teilnehmer.
- Bei der **Offertöffnung**, indem insbesondere das Offertöffnungsprotokoll nach den massgeblichen Vorschriften erstellt wird.
- Bei der Durchführung von **Verhandlungen bzw. Angebotsrunden**, indem eine entsprechende Ankündigung in der Ausschreibung zu erfolgen hat oder diese nur dann zulässig sind, wenn kein Angebot als das wirtschaftlich günstigste erscheint (Art. 20 Abs. 1 BöB; Art. 26 VöB). Auf kantonaler Ebene besteht indes von vornherein ein Verhandlungsverbot (§ 30 VRöB).
- Beim **Abbruch des Vergabeverfahrens** infolge Änderung des Beschaffungsgegenstandes in einem wichtigen Punkt ist infolge des Transparenzgebots und der Publizität auf den Beschaffungsgegenstand ein neues Verfahren einzuleiten, damit neue potenzielle Anbieter die Gelegenheit erhalten, ein Angebot einzureichen.
- Bei der Beurteilung der Anbieter aufgrund der Eignungskriterien (**Eignungsprüfung**), indem die Vergabebehörde, ihren Entscheid über die Selektion der Anbieter nachvollziehbar dokumentiert (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 579).

Auch bei Planungs- und Gesamleistungswettbewerben ist die Eignung der Anbieter in einer individuellen Art und Weise für jeden Bewerber einzeln anhand der anwendbaren Eignungskriterien zu prüfen (siehe dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 997).

- Ebenso hat die Vergabebehörde ihren Zuschlagsentscheid in einem **Evaluationsbericht** so zu dokumentieren, dass er für einen Dritten nachvollziehbar ist und ihm ermöglicht wird, den Zuschlagsentscheid im Lichte der publizierten Zuschlagskriterien, der Subkriterien und der für jedes Kriterium massgeblichen Gewichtung zu überprüfen (vgl. BRK 2000-006 vom 25. August 2000, E. 2.a). Das Fehlen eines korrekten Evaluationsberichts ist als formeller Mangel des Submissionsverfahrens und als Verletzung des Transparenzprinzips zu werten (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 868).
- Bei **Vertragsabschluss**, indem der Vertragsinhalt gestützt auf den Zuschlag festgelegt wird und aufgrund des Transparenzgebots keine wesentlichen Änderungen mehr erfahren darf (Verhandlungsverbot; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1089). Als wesentlich sind in diesem Sinne Änderungen zu verstehen, welche die angebotenen Leistungen verändern.

2. Transparenzdefizit

Der Bundesrat hat erkannt, dass die Verfahren im öffentlichen Beschaffungswesen gewisse Transparenzdefizite aufweisen (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Revision des Korruptionsstrafrechts] sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19. April 1999 [BBI 1999, S. 5497 ff., S. 5500]). Umso mehr ist die vorgängige Bekanntgabe der einzelnen Zuschlagskriterien, der Subkriterien und der Gewichtung aller Kriterien im Lichte des Transparenzprinzips als zwingend zu erachten. Sofern das Bundesgericht die Rechtsprechung nach BGE 125 II 86 diesbezüglich relativiert (siehe dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 975 ff.), ist diese vor dem Hintergrund des Transparenzprinzips abzulehnen. Das Transparenzprinzip ist als Grundpfeiler des öffentlichen Beschaffungswesens konsequent umzusetzen, weshalb sich das Bundesgericht vor einer Eindämmung der Transparenz hüten sollte.

Kritisiert werden zuweilen die freihändigen Auftragsvergaben ohne Ausschreibung. Es besteht hier die Gefahr, dass dieses kaum formalisierte Verfahren auch dort zur Anwendung gelangt, wo von Gesetzes wegen eigentlich eine öffentliche Ausschreibung erfolgen müsste (siehe dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1148 mit Hinweisen). Diesen Risiken kann mit mehr Transparenz begegnet werden, indem die freihändigen Vergaben publiziert werden. Falsch wäre, die Möglichkeiten der freihändigen Vergabe zu beschränken (z.B. durch das Absenken der Schwellenwerte), da diese in einer gesamtheitlichen Betrachtung oftmals wirtschaftlicher sind als die Verfahren der öffentlichen Ausschreibung. Auch beim Einladungsverfahren könnte die Vergabebehörde den freien Wettbewerb zu umgehen versuchen, indem sie nur solche Anbieter einlädt, die zu ihrem favorisierten Anbieter keine Konkurrenz darstellen, auch wenn das Einladungsverfahren a priori voraussetzt, dass die Eignung der eingeladenen Unternehmen gegeben ist. Art. 35 Abs. 2 VöB soll hier für Abhilfe gesorgt werden, indem die Vergabebehörde wenn möglich mindestens drei Angebote einholen muss. Von diesen soll mindestens eines von einem ortsfremden Anbieter oder einer ortsfremden Anbieterin stammen. Eine weitere Gefahr besteht in der auf Bundesebene unter bestimmten Voraussetzungen bestehenden Möglichkeit, mit den Anbietern Verhandlungen zu führen (Art. 20 BöB). Grundsätzlich kann jeder Dialog mit einzelnen Anbietern zu Transparenzdefiziten führen, sobald deren Inhalt den übrigen Anbietern nicht unbeschränkt mitgeteilt wird. Zum Beseitigen von Unklarheiten – damit vergleichbare Angebote vorliegen – kann ein Dialog notwendig sein, wobei sichergestellt werden muss, dass alle Anbieter gleichermassen darüber informiert werden, was mit einem einzelnen Anbieter besprochen wurde.

Die sogenannte „Vetternwirtschaft“ ist vor allem auf Gemeindeebene noch ein bekanntes Problem, der durch eine einheitliche gesetzliche Grundlage zur Publikation von Ausschreibun-

gen und Ausschreibungsunterlagen entgegengewirkt werden könnte. Zahlreiche Gemeinden haben eigene Submissionsreglemente mit kommunalen Ausprägungen erlassen, was nicht sinnvoll ist. Bei einer konsequenten Anwendung der übergeordneten Gesetzgebung könnten unliebsame Diskussionen weitgehend vermieden werden.

Dass die bisherigen Erfahrungen der Vergabebehörde mit den Unternehmen Eingang in die Bewertung der Offerte finden, kann nicht verhindert werden und ist angesichts der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots auch zulässig. Im Sinne des Transparenzgebots ist die „Unternehmensbewertung“ indes als eigenes Zuschlagskriterium offen zu legen und einheitlich zu handhaben.

3. Ruf nach mehr Transparenz

Der Ruf nach mehr Transparenz ist aufgrund der vorhergehenden Aussagen nicht unbegründet. Transparenz kann geschaffen werden, indem

- die Publikation der Ausschreibung auf simap.ch gesamtschweizerisch mittels einheitlicher gesetzlicher Grundlage vorgeschrieben wird (siehe nachfolgend Kapitel III.1),
- die Ausschreibungsunterlagen einheitlich auf simap.ch aufgeschaltet werden und deren Zugang nicht durch Gebühren zu Lasten des Grundsatzes der Transparenz und der Gleichbehandlung eingeschränkt wird,
- Kontaktaufnahmen mit dem Anbieter nachvollziehbar protokolliert werden (Art. 25 Abs. 2 VöB),
- die Offertöffnungen öffentlich gestaltet werden (siehe nachfolgend Kapitel III.3),
- das Zuschlagskriterium „Unternehmensbewertung“ offen gelegt und einheitlich gehandhabt wird,
- die Art und Bedeutung der allfälligen Beteiligung bzw. Vorbefassung eines Anbieters konsequent offen gelegt wird,
- das Verhandlungsverbot auch auf den Bund ausgedehnt wird.

Grundsätzlich gilt, dass dem Transparenzgebot bei jedem Verfahrensschritt genügend Rechnung zu tragen ist.

4. Konsequenzen der Verletzung des Transparenzprinzips

Betreffend der Konsequenzen der Verletzung des Transparenzprinzips hat das Bundesgericht betont, dass es sich beim Gebot, das Ausschreibungs- bzw. Zuschlagsverfahren transparent zu gestalten, um eine Regel formeller Natur handelt. „Deren Missachtung muss Konsequenzen haben und unter Umständen auch zur Aufhebung des Zuschlags führen“. Der Zuschlags-

entscheid kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung regelmässig nämlich dann nicht aufrechterhalten werden, „wenn den Bewerbern entscheidende Zuschlagskriterien vorenthalten bzw. nachträglich (während des hängigen Verfahrens) massgeblich verändert worden sind“ (Urteil des Bundesgerichts vom 24. August 2001 (2P.299/2000), E. 4).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt dem Transparenzgebot nicht der **Charakter selbstständiger Verfassungsgarantien** zu (Urteil des Bundesgerichts vom 11. März 2009 (2C_634/2008), E. 2.3) und wird demnach nur im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geprüft.

Betreffend der Frage, ob eine Verletzung des Transparenzprinzips sich auf die Zuschlagserteilung ausgewirkt haben muss, um eine Aufhebung der Zuschlagsverfügung zu bewirken, besteht (zumindest auf kantonaler Ebene) eine uneinheitliche Rechtsprechung. Das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen, ob bei fehlender Beeinflussung des Zuschlagsentscheids, von einer Aufhebung des Zuschlags allenfalls abzusehen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 24. August 2001 (2P.299/2000), E. 4). In einem anderen Entscheid führt das Bundesgericht diesbezüglich aus, dass sich bei nicht schwerwiegenden Verletzungen von Verfahrensregeln eine Aufhebung des Zuschlagsentscheides nur rechtfertigt, wenn sie für die Bewerber einen Nachteil zur Folge hatten oder der Vergabebehörde verunmöglichten, festzulegen, welches das wirtschaftlich günstigste Angebot ist (siehe GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1393, Fn. 3287 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 13. September 2002 (2P.74/2002), E. 2.3).

Aufgrund der formellen Natur des Transparenzgebots muss bei schwerwiegender Verletzung konsequenterweise die Aufhebung des Zuschlags erfolgen, unabhängig davon, ob die Verletzung des Transparenzgebots sich auf die Zuschlagserteilung ausgewirkt hat.

III. Transparenz im Ausschreibungsverfahren – Empfehlungen der usic

1. Publikation (SIMAP) – Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen

1.1 Gesetzliche Grundlagen

Jeder geplante Auftrag, der im offenen oder im selektiven Verfahren vergeben wird, muss einzeln ausgeschrieben werden (Art. 18 Abs. 1 BöB). Gemäss Art. 24 Abs. 1 BöB erfolgt die Veröffentlichung der Ausschreibung in einem vom Bundesrat bezeichneten Publikationsorgan. Seit 1. Januar 2010 erfolgen Veröffentlichungen auf der durch den Verein simap.ch elektronisch geführten Internetplattform für öffentliche Beschaffungen (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz; www.simap.ch; Art. 8 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, VöB, SR 172.056.11).

Die Publikationspflicht besteht seit 1996 für Bundesbeschaffungen für Ausschreibungen und Zuschlüsse im offenen und selektiven Vergabeverfahren sowie für freihändige Vergaben ab dem jeweils einschlägigen Schwellenwert. Keine Publikationspflicht besteht im nicht unterstellten Bereich (sog. übrige Beschaffungen, nicht nach WTO-GPA oder EU-Staatsvertrag).

Gemäss § 10 der Vergaberichtlinien (VRöB) zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) erfolgt die Ausschreibung von Aufträgen im offenen und selektiven Verfahren mindestens im kantonalen Amtsblatt (Abs. 1). Im Staatsvertragsbereich wird zusätzlich mindestens die Zusammenfassung der Ausschreibung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) oder auf einer gemeinsamen elektronischen Plattform von Bund und Kantonen publiziert (Abs. 2). Im Einladungsverfahren sowie im freihändigen Verfahren erfolgt die Einladung zur Offertstellung durch direkte Mitteilung. Im freihändigen Verfahren kann dies formlos erfolgen (Abs. 3).

Für Bundesbeschaffungen besteht somit für Ausschreibungen und Zuschlüsse im offenen und selektiven Vergabeverfahren sowie für freihändige Vergaben ab dem jeweils einschlägigen Schwellenwert eine Publikationspflicht.

Im kantonalen Beschaffungswesen ist eine Publikation auf simap.ch je nach Kanton und Verfahrensart hingegen gesetzlich nur teilweise oder überhaupt nicht vorgeschrieben. Eine Übersicht über die Regelungen der Kantone bezüglich der Publikation ist im Anhang zu dieser Publikation aufgeführt und auf simap.ch verfügbar.

1.2 Was wird publiziert?

a) Ausschreibung

Auf simap.ch ist der Aufbau der Ausschreibungen in fixen Masken vorgegeben. Dadurch ist ein gewisses Mass an Rechtssicherheit erreicht und das einheitliche Erscheinungsbild sichergestellt (ASTRA-Handbuch, S. 70).

Inhalt der Ausschreibung bilden die im Anhang 4 der VöB aufgeführten Mindestangaben. Demnach muss die Ausschreibung eines Auftrages im offenen oder im selektiven Verfahren mindestens die folgenden Angaben enthalten:

1. Bezeichnung, Adresse, Telefon und Telefax der Auftraggeberin;
2. Die Angabe, ob das Verfahren offen oder selektiv ist;
3. (a) Ort der Ausführung; (b) Gegenstand und Umfang des Auftrages, einschliesslich Optionen für zusätzliche Mengen sowie - wenn möglich - Schätzung des Zeitpunktes, in dem solche Optionen ausgeübt werden. Im Falle wiederkehrender Aufträge: deren Gegenstand und Umfang sowie - wenn möglich - eine Schätzung des Zeitpunktes der nachfolgenden Ausschreibungen für die zu beschaffenden Leistungen, sowie (c) allfällige Lose bei einer Teilung des Auftrages;
4. Ausführungs- oder Liefertermin;
5. Die besondere Rechtsform von Bietergemeinschaften, soweit eine solche für die Ausführung des Auftrages notwendig ist;
6. (a) Ort und Frist für die Einreichung des Antrages auf Einladung zur Angebotsabgabe, des Antrages auf Qualifikation zur Aufnahme in ein Verzeichnis oder der Einreichung von Angeboten, und (b) Sprache oder Sprachen der Anträge oder Angebote;
7. Beim selektiven Verfahren: allenfalls die Angabe des Datums, ab welchem mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu rechnen ist;
8. Allfällige geforderte Kauttionen und Sicherheiten;
9. Wesentliche Finanzierungs- und Zahlungsbedingungen;
10. Die Eignungskriterien;
11. Die Höhe der für die Vergabeunterlagen zu entrichtenden Gebühren und die diesbezüglichen Zahlungsmodalitäten;
12. Die Angaben darüber, ob die Auftraggeberin Angebote für Kauf, Leasing, Miete oder Miet-Kauf respektive für mehr als eine dieser Formen einholt;
13. Der Hinweis darauf, ob es sich um eine Ausschreibung nach GATT-Übereinkommen handelt oder nicht;
14. Die Zuschlagskriterien, falls keine Ausschreibungsunterlagen abgegeben werden;
15. Gegebenenfalls die Absicht, Dialoge (Art. 26a Abs. 1) oder Verhandlungen zu führen;
16. Gegebenenfalls der Vorbehalt, die Folgeplanung oder die Koordination nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe I freihändig zu vergeben;
17. Gegebenenfalls die Absicht, den Auftrag in mehrere Leistungen (Lose) aufzuteilen (Art. 22 Abs. 2);

18. Gegebenenfalls der Hinweis, dass nur Teilangebote oder zusätzlich zu Teilangeboten ein Gesamtangebot einzureichen ist (Art. 22 Abs. 3 und 4);
19. Gegebenenfalls der Vorbehalt, dass der Zuschlag trotz Gesamtangebot in einem Teilauftrag erteilt oder eine Zusammenarbeit mit Dritten verlangt wird (Art. 22 Abs. 5);
20. Gegebenenfalls die Beschränkung oder der Ausschluss von Varianten (Art. 22a Abs. 1).

Werden keine Ausschreibungsunterlagen abgegeben, so sind sämtliche Angaben gemäss Anhang 5 der VöB zusätzlich in die Ausschreibung aufzunehmen (siehe nachfolgend Kapitel III.1.2.b)).

Die vorgängige Bekanntgabe der einzelnen Zuschlagskriterien, der Subkriterien und der Gewichtung aller Kriterien im Lichte des Transparenzprinzips ist als zwingend zu erachten und besteht unabhängig vom gewählten Vergabeverfahren (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 956).

b) Ausschreibungsunterlagen

Die Ausschreibungsunterlagen, die in einem offenen oder einem selektiven Verfahren abgegeben werden, müssen mindestens die folgenden Angaben enthalten (Anhang 5 VöB):

1. Name, Adresse, Telefon und Telefax der Auftraggeberin, an welche die Angebote zu richten sind;
2. Die Anschrift, an welche Ersuchen um zusätzliche Angaben zu richten sind;
3. Die Sprache oder die Sprachen des Angebotes;
4. Die Frist für die Einreichung des Angebotes;
5. Die Zeitspanne, in welcher der Anbieter oder die Anbieterin an das Angebot gebunden ist;
6. Die Rangfolge und Gewichtung der Eignungskriterien, wenn die Auftraggeberin die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden im selektiven Verfahren gemäss Artikel 15 Absatz 4 des Gesetzes beschränken will;
7. Die Zuschlagskriterien in ihrer Reihenfolge und gegebenenfalls in ihrer Gewichtung (Art. 27 Abs. 1), einschliesslich aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden;
8. Die bei der Beurteilung der Angebotspreise einzubeziehenden Kostenelemente wie Transport-, Versicherungs- und Inspektionskosten, Zölle und andere Einfuhrabgaben;
9. Die Währung, in der die Zahlung geleistet wird, sowie die Zahlungsbedingungen;
10. Allfällige Voraussetzungen, unter denen Angebote aus Ländern eingereicht werden können, die nicht Vertragspartei des GATT-Übereinkommens sind, sich aber an die Bestimmungen von Artikel XII des Übereinkommens halten;
11. Gegebenenfalls der Hinweis, dass die Anbieter und Anbieterinnen ihre Eingaben auch in einer anderen im Geschäftsverkehr üblichen Form einreichen können (Art. 20 Abs. 1);
12. Gegebenenfalls die Vergütung insbesondere von Vorleistungen (Art. 23 Abs. 2 und 3);
13. Gegebenenfalls der Hinweis, dass vorbestehende Immaterialgüterrechte ganz oder teilweise auf die Auftraggeberin übergehen (Art. 23a Abs. 2);

14. Falls ein Dialog geführt wird: die Vergütung für die Teilnahme am Dialog und für die Nutzung der vorgeschlagenen oder weiterentwickelten Lösungswege und Vorgehensweisen (Art. 26a Abs. 2).

1.3 Ausschreibungsunterlagen öffentlich zugänglich?

Für die Abgabe der Ausschreibungsunterlagen werden von simap.ch keine Gebühren verlangt. In der Regel werden die Unterlagen elektronisch über die simap.ch-Plattform zur Verfügung gestellt (mit Anmeldung der Unterlagenbezüger).

Während sämtliche Dienstleistungen der Plattform www.simap.ch kostenfrei sind, besteht für eine Beschaffungsstelle die Möglichkeit, individuell eine Gebühr für den Bezug der Ausschreibungsunterlagen zu verlangen. Die Höhe der Gebühren ist mit Blick auf das Transparenzgebot (sowie allenfalls unter Berücksichtigung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips) allerdings nicht unproblematisch und sollte – wenn sie denn überhaupt verlangt werden soll – tief angesetzt sein.

1.4 Bedeutung der Transparenz

In der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabebehörde den Beschaffungsgegenstand und die auf das konkrete Geschäft zur Anwendung gelangenden Bedingungen zu umschreiben. Der Inhalt von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen hat für die Anbieter eine grosse Bedeutung. Die Nichtkonformität kann sodann zum Ausschluss der betreffenden Offerte vom Vergabeverfahren führen (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, Rz. 382).

In der Vorbereitungsphase für ein Vergabeverfahren spielen die Ausschreibungsunterlagen eine zentrale Rolle. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten die in Anhang 5 VöB aufgelisteten Angaben sowie einen Produkte- oder Aufgabenbeschrieb oder ein detailliertes Leistungsverzeichnis und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder besondere Bedingungen, weiter formelle und technische Anforderungen, Beilagen und Pläne etc. Die Ausschreibungsunterlagen beschreiben somit den Gegenstand der Ausschreibung in ausführlicher Weise, so dass es den Anbietenden möglich ist, eine sachgerechte und quantifizierbare Offerte auszuarbeiten (vgl. ASTRA-Handbuch, S. 52).

Ein möglichst transparenter Zugang zum öffentlichen Nachfragemarkt fördert den Wettbewerb und die Chancengleichheit für alle Anbieter. Das Publikationsorgan simap.ch führt zweifellos zu einer Verbesserung der Transparenz auf dem Beschaffungsmarkt. Erklärtes Ziel von simap.ch ist es denn auch, die Geschäftsbeziehungen zwischen den Vergabestellen, den Anbietern und der Öffentlichkeit zu fördern.

Von einer gesamtschweizerischen Transparenz kann indes auch nach der Einführung von simap.ch nicht gesprochen werden. Noch immer sind die kantonalen Amtsblätter zu konsultie-

ren. Überdies besteht keine Publikationspflicht im nicht unterstellten Bereich. Die Tragweite des Transparenzgebots ist also auch nach Einführung der simap.ch-Plattform beschränkt. Eine einheitliche gesetzliche Grundlage auf Kantons- und Bundesebene könnte dem Ruf nach mehr Transparenz gerecht werden.

Empfehlung der usic

- Auf Kantons- und Bundesebene ist eine einheitliche gesetzliche Grundlage zu schaffen für eine einheitliche Publikation der Ausschreibungen auf simap.ch.
- Auf die Gebührenerhebung im Zusammenhang mit dem Zugang zu Ausschreibungsunterlagen ist zu verzichten.

2. Fragerunden

2.1 Gesetzliche Grundlagen

Gemäss Art. 17 Abs. 3 VöB ist die Vergabebehörde verpflichtet, innert kurzer Frist Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen zu beantworten, soweit die Zusatzinformationen dem Anbieter oder der Anbieterin keine unzulässigen Vorteile verschaffen.

2.2 Fragerunden auf simap.ch

Die Fragen können grundsätzlich auf simap.ch eingegeben werden (ASTRA-Handbuch, S. 78). Im Beschaffungsprozess des ASTRA wird gar verlangt, dass die Fragen der Publikationsplattform und nur ausnahmsweise per Mail gestellt werden. Ist die Vergabebehörde (ASTRA) mit der Beantwortung in Verzug, muss der Eingabetermin neu angesetzt werden. Der neue Termin für die Einreichung der Angebote ist auf simap.ch zu publizieren. Die Anbieter sind gleichzeitig per Schreiben zu informieren. Die Vergabebehörde hat jeweils abzuschätzen, wie viel Zeit die Anbieter nach Erhalt der Antworten zum Erstellen der Angebote noch benötigen. Sie stellt sicher, dass mindestens noch 10 Arbeitstage zur Verfügung stehen. Bei komplexen Projekten kann es durchaus notwendig sein, eine zweite Fragerunde vorzusehen.

Gemäss ASTRA-Handbuch sind folgende Punkte zu beachten (ASTRA-Handbuch, S. 79):

- Die Fragen müssen anonymisiert werden, so dass keine Rückschlüsse auf den Fragesteller gezogen werden können;
- Die Fragen dürfen keine Rückschlüsse auf vertrauliche, geschäftsrelevante Informationen von Anbietern zulassen;

- Fragen, welche das geistige Eigentum (Urheberrecht) des Anbieters betreffen, werden nur diesem separat beantwortet;
- Zu spät eintreffende Fragen werden in der Regel nicht mehr beantwortet. Ausnahmen kann es dort geben, wo eine zu spät eingereichte Frage für das Projekt oder die zu erwartenden Angebote sehr relevant ist. Es ist einzelfallgerecht zu entscheiden und sämtlichen Anbietern die massgebliche Frage und Antwort zukommen zu lassen.

Die Antworten zu den Fragen werden auf simap.ch aufgeschaltet, ohne dass die Bezüger der Offertunterlagen gesondert benachrichtigt werden müssen. Sobald das Dokument mit den durch das ASTRA beantworteten Fragen wieder auf simap.ch gestellt wird, werden diejenigen Anbieter, welche die Ausschreibungsunterlagen auf simap.ch herunter geladen haben, per Mail automatisch benachrichtigt resp. es erscheint eine Mitteilung im Dialog (ASTRA-Handbuch, S. 79).

2.3 Bedeutung der Transparenz

Die Fragerunde dient dazu, Unklarheiten betreffend der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen aus dem Weg zu räumen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht seitens der Anbietenden gar eine Fragepflicht bei unklaren Ausschreibungsunterlagen (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juli 2004 (2P.1/2004), E. 3.3), weshalb die Verpflichtung gemäss Art. 17 Abs. 3 VöB auch dazu dient, der Fragepflicht des Anbietenden eine entsprechende Antwortpflicht der Vergabebehörde gegenüberzustellen.

Das Transparenzprinzip gebietet, dass Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen widerspruchsfrei und unmissverständlich formuliert sind und die ausgeschriebene Leistung klar und eindeutig bezeichnet wird. Durch die Fragerunden werden Klarheit und Vollständigkeit im Vergabeverfahren sichergestellt und somit wird für alle Anbietenden die entsprechende Grundlage für eine ordnungsgemässe Offerte geschaffen. Mittels Online-Fragerunden können einerseits die Anbieter auf einfache Art und Weise ihrer Fragepflicht nachkommen und andererseits können die Vergabebehörden die Antworten innert kurzer Frist erbringen.

3. Offertöffnung, Offertöffnungsprotokoll

3.1 Gesetzliche Grundlagen

Auf Bundesebene regelt Art. 24 VöB das Thema der Offertöffnung:

1. Im offenen oder selektiven Verfahren zur Vergabe von Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen prüfen zwei Vertreter oder Vertreterinnen der Auftraggeberin, ob die Angebote fristgerecht eingereicht worden sind, und öffnen diese.
2. Im offenen oder selektiven Verfahren zur Vergabe von Bauaufträgen werden die Angebote

Empfehlung der usic

Online-Fragerunden sind grundsätzlich begrüssenswert.

nach folgenden Regeln geöffnet:

- a. Mindestens zwei Vertreterinnen oder Vertreter der Auftraggeberin öffnen gemeinsam die fristgerecht eingereichten Angebote zu der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zeit und am angegebenen Ort.
- b. Sie erstellen über die Öffnung der Angebote ein Protokoll und halten darin mindestens folgende Angaben fest:
 3. die Namen der anwesenden Personen;
 4. die Namen der Anbieter und Anbieterinnen;
 5. das Datum ihrer Eingaben;
 6. den jeweiligen Gesamtpreis der Angebote;
 7. Angebotsvarianten.

Das Bundesrecht schliesst die Teilnahme von Anbietern an der Offertöffnung nicht explizit aus, womit im Interesse der Transparenz auch eine öffentliche Offertöffnung möglich wäre (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 652). Ob auf Bundesstufe eine öffentliche Offertöffnung erfolgen darf resp. ob die Anbieter ein Einsichtsrecht in das Offertöffnungsprotokoll haben, ist umstritten, wird aber unter Verweis auf den Vertraulichkeitsgrundsatz (Art. 8 Abs. 1 lit. d BÖB) mehrheitlich abgelehnt.

Die Vorgabe für die Regelungen auf kantonaler Ebene findet sich in § 26 VRöB, welcher ebenfalls keine Aussage zur Öffentlichkeit macht. Die Praxis in den Kantonen ist entsprechend uneinheitlich; soweit ersichtlich scheint die Mehrheit der Kantone die Offertöffnung öffentlich durchzuführen. Im Kanton Zürich verlangt § 27 SubmV keine Öffentlichkeit der Offertöffnung, sieht aber vor, dass den Anbietern spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll zu gewähren ist.

Auf staatsvertraglicher Ebene regelt Art. XIII GPA die Öffnung der Angebote, wobei keine Vorgaben über die Öffentlichkeit dieses Aktes gemacht werden.

3.2 Bedeutung der Transparenz

Eine wichtige Funktion des Offertöffnungsprotokolls besteht im Schutz vor Missbräuchen, indem etwa verhindert wird, dass eine verspätet eingereichte Variante doch noch berücksichtigt wird (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 662). Das Offertöffnungsprotokoll trägt grundsätzlich dazu bei, dass das Vergabeverfahren transparent gestaltet wird.

Um der Transparenz im Vergabeverfahren gerecht zu werden, ist die Offertöffnung überdies öffentlich zu gestalten. Dafür sprechen namentlich folgende Überlegungen:

- **Gebot der Transparenz:** Transparenz schafft Vertrauen in die Vergabebehörde und die angewandten Verfahren. Wenn die Offertöffnung hinter verschlossenen Türen erfolgt, können stets Zweifel aufkommen über den korrekten Ablauf. Für die Vergabebehörde gibt es

bei der Offertöffnung nichts zu verbergen, weshalb die Offertöffnung ohne Weiteres öffentlich erfolgen kann.

- **Gebot der Fairness** (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB): Die Vergabe von Planerleistungen kann aufgrund der komplexen Aufgabenstellung nicht mit der Vergabe von standardisierten Waren oder Dienstleistungen verglichen werden. Vielmehr müssen die Anbieter bei der Ausarbeitung von Offerten für Planerleistungen regelmässig einen grossen Aufwand betreiben; Offerten können gerne mehrere CHF 10'000 kosten. Hinzu kommt, dass die angebotene Leistung nicht per Knopfdruck abrufbar ist, sondern in Bezug auf die geforderten personellen Ressourcen besonderer Planung bedarf. Vor diesem Hintergrund entspricht es dem Gebot der Fairness, dass ein Anbieter möglichst rasch weiss oder zumindest abschätzen kann, ob sein Angebot den Zuschlag erhält oder nicht. Der Anbieter muss möglichst rasch wissen, ob die personellen Ressourcen im vorgesehenen Umfang bereit gestellt werden dürfen oder anderweitig eingesetzt werden können. Im Rahmen der Offertöffnung erlangen die Anbieter zwar noch keine Gewissheit; aufgrund der angebotenen Preise können sie sich aber ein Bild über ihre Chancen auf den Zuschlag machen. Dies erleichtert massgeblich die weitere Ressourcenplanung des Anbieters. Dieses Interesse der Anbieter ist hoch zu gewichten und ernst zu nehmen. Die Auftraggeber haben mit Blick auf die Preisgestaltung der Anbieter selber ein Interesse an einer effizienten Arbeitsweise der Anbieter.
- **Gebot des effizienten Mitteleinsatzes** (Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB): Werden im Zeitpunkt der Offertöffnung keine Informationen bekannt gegeben, sind die Anbieter versucht, Hinweise durch direkte Gespräche mit dem Auftraggeber erhältlich zu machen. Ein Anbieter, welcher erst im Rahmen des Zuschlages von seiner Nichtberücksichtigung erfährt, ist zudem eher geneigt, ein Verlierergespräch einzufordern als ein Anbieter, welcher bereits in einem frühen Stadium weiss, dass sein Angebot keine Chance auf den Zuschlag hat. Es ist deshalb ein Gebot des effizienten Mitteleinsatzes auf Seiten der Vergabebehörde wie auch zu Gunsten der Anbieter, möglichst rasch Transparenz zu schaffen und so unnötigen Aufwand zu vermeiden.

Die zuweilen gegen die öffentliche Offertöffnung geltend gemachten Einwände sind nicht überzeugend.

- **Keine Verletzung des Vertraulichkeitsgrundsatzes** (Art. 11 lit. g IVöB): Vor allem auf Bundesstufe wird argumentiert, eine öffentliche Offertöffnung verletze den Vertraulichkeitsgrundsatz. Dieses Argument verkennt, dass auch das Gebot der Transparenz ein Grundsatz des Vergaberechts ist und somit eine Güterabwägung zwischen den Transparenz- und den Vertraulichkeitsanforderungen vorgenommen werden muss. Hier gilt zu beachten, dass im Rahmen der Offertöffnung nur wenige Informationen bekannt werden (insb. das Preisangebot der Anbieter, vgl. § 26 Abs. 3 VRöB). Daraus lassen sich keine „Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse“ der Anbieter (vgl. § 17 Abs. 1 VRöB) ableiten, welche be-

sonderen Schutzes bedürften (wie z.B. technisches Know-how, Angaben zu Schlüsselpersonen etc.).

- **Keine Manipulationsgefahr** (Art. 11 lit. c IVöB): Ein anderer Einwand gegen die Öffentlichkeit der Offertöffnung wird darin gesehen, dass die Kenntnis über die Rangierung der Angebote die Anbieter dazu verleiten könnte, nachträglich ihr Angebot zu verändern, um so ihre Chancen auf den Zuschlag zu verbessern. Auf Bundesebene sind Verhandlungen zugelassen (Art. 20 BöB), womit diese Gefahr theoretisch besteht. In der Praxis hat eine Vergabebehörde aber alle Mittel, solche Manipulationsversuche zu unterbinden. Auf kantonalen Ebene besteht ein Verhandlungsverbot (Art. 11 lit. c IVöB), weshalb dem Argument von vornherein die Grundlage entzogen ist.

Empfehlung der usic

Die Offertöffnung hat öffentlich zu erfolgen.

4. Zu-/Absageschreiben

4.1 Gesetzliche Grundlagen

Verfügungen nach Art. 29 BöB sind nach den Vorschriften von Art. 23 Abs. 1 und 2 BöB zu begründen und zu eröffnen, d.h. entweder durch individuelle Eröffnung oder durch Publikation auf der Internetplattform simap.ch. Diese Regelung stellt eine *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 und 3 sowie Art. 36 VwVG dar (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1243).

Art. 23 BöB enthält zur Begründungspflicht von Verfügungen Folgendes:

1. Die Auftraggeberin eröffnet summarisch begründete Verfügungen nach Artikel 29 durch Veröffentlichung nach Artikel 24 Absatz 1 oder durch Zustellung.
2. Auf Gesuch hin muss die Auftraggeberin den nicht berücksichtigten Anbietern und Anbieterinnen umgehend Folgendes bekanntgeben:
 - a. das angewendete Vergabeverfahren;
 - b. den Namen des berücksichtigten Anbieters oder der berücksichtigten Anbieterin;
 - c. den Preis des berücksichtigten Angebots oder die tiefsten und die höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote;
 - d. die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung;
 - e. die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes.

In der Praxis werden indes keine hohen Anforderungen an die Begründungsdichte der Zuschlagsverfügung gestellt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B 1383/2011 vom 23. Mai 2011 E. 4.1):

« Decisioni che rientrano nella sfera di applicazione della LAPub possono dunque anche solo essere munite di **una semplice motivazione sommaria**. Conformemente alla prassi dello scrivente Tribunale, **le esigenze** poste all'obbligo di motivazione sommaria giusta l'art. 23 cpv. 1 LAPub **non sono molto elevate**.

Die weniger hohen Anforderungen an die Zuschlagsbegründung werden dadurch begründet, dass im Anschluss das Gesuchsverfahren gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB zur Verfügung steht. Als summarische Begründung nicht zu genügen vermag aber die nichtssagende Floskel, wonach sich etwa das Angebot der Firma X. als das wirtschaftlich günstigste erwiesen habe (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1243 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 19. Mai 2008 (2D_40/2008), E. 2.4: „*der Zuschlag erfolgte an das wirtschaftlich günstigste Angebot, wobei die Kriterien Eignung, Preis, Ökologie und Kapazität massgebend waren*“).

Für den Anbieter besteht die Möglichkeit auf Gesuch hin weitere Informationen über die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes zu erhalten (Art. 23 Abs. 2 lit. d und e BöB; siehe auch nachfolgend Kapitel III.6). Aufgrund der erteilten Informationen sollte der Anbieter in die Lage versetzt werden, eine substantiierte Beschwerde einzureichen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B 1383/2011 vom 23. Mai 2011 E. 4.1).

Würden durch die Informationen gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB öffentliche Interessen verletzt, gegen Bundesrecht verstossen, berechnete wirtschaftliche Interessen der Anbieter beeinträchtigt oder der lautere Wettbewerb zwischen ihnen verletzt, so muss der Auftraggeber die entsprechenden Informationen nicht liefern (Art. 23 Abs. 3 BöB).

4.2 Bedeutung der Transparenz

Der Grundsatz der Transparenz fordert grundsätzlich, dass Zu- oder Absageschreiben klar und nachvollziehbar zu begründen sind. Es ist mit einer grösseren Akzeptanz des Vergabeentscheids zu rechnen, wenn in jedem Stadium eine ständige und umfassende Information der Beteiligten erfolgt und die Begründung des Zuschlags klar und nachvollziehbar ist.

Im Rahmen der Zuschlagsverfügung steht es der Vergabebehörde frei, ob sie von Anfang an die Informationen nach Absatz 2 als Begründung mitliefern will, oder erst ein Gesuch abwarten will (vgl. GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994, BBI 1994 IV 1194).

Regelmässig ist der Anbieter indes nicht in der Lage aufgrund der summarischen Begründung gemäss Art. 23 Abs. 1 BöB eine Beschwerde anzuheben. Die Information durch die Vergabebehörde ist für den Anbieter umso mehr relevant, als dessen Akteneinsichtsrecht gemäss

Art. 26 Abs. 2 BöB ausdrücklich ausgeschlossen ist (vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1363).

Problematisch ist ferner, dass die Beschwerdefrist bereits ab Eröffnung der Zuschlagsverfügung läuft (Art. 30 BöB). Zwar kann dem nicht berücksichtigten Anbieter eine Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerde eingeräumt werden, wenn die *umgehend* von der Vergabestelle bekannt zu gebenden Informationen erst nach Ablauf der Beschwerdefrist eintreffen. Indes ist es grundsätzlich Sache des Beschwerdeführers, die Informationen in die Beschwerdefrist einzubeziehen, wenn die Begründung während laufender Beschwerdefrist eintrifft (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1246 mit weiteren Hinweisen; Zwischenentscheid BRK 2006-011 vom 22. August 2006, E. 4a/bb).

Angesichts der bereits laufenden Beschwerdefristen sowie des Transparenzgebots ist eine Begründung gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB zusammen mit der Eröffnung der Zuschlagsverfügung erforderlich. In den Absageschreiben sollen analog zu den verlangten Zuschlagskriterien die Einzelbewertungen aufgezeigt werden. Im Sinne einer «Win-win»-Situation haben nicht nur die Anbieter, sondern auch die Vergabebehörde ein Interesse daran, die Gründe für den Zuschlag klar darzulegen. Transparenz schafft Vertrauen und verhindert das zumeist auf einen ablehnenden Entscheid entstehende Misstrauen. Durch die vorzeitige Begründung des Zuschlags können Unklarheiten weggeräumt werden. Der Anbieter ist zudem bereits zu Beginn des Fristenlaufs in der Lage, zu beurteilen, ob er gegen den Zuschlagsentscheid überhaupt opponieren möchte.

Empfehlung der usic

Die Zuschlagsverfügungen sind von den Vergabebehörden von Beginn weg und nicht erst auf Gesuch hin zu begründen.

5. Publikation des Zuschlages

5.1 Gesetzliche Grundlagen

Gemäss Art. 24 Abs. 2 BöB ist der Zuschlag immer zu veröffentlichen. Nebst der schriftlichen Zustellung des Zuschlagsentscheides an den Zuschlagsempfänger und der Absagebriefe an allfällige weitere Anbieter, hat der Zuschlag immer zuerst auf simap.ch veröffentlicht zu werden (ASTRA-Handbuch, S. 92).

Auf kantonaler Ebene bestehen bei der Publikation des Zuschlages unterschiedliche Bestimmungen. Es wird auch auf die Übersicht über die Regelungen der Kantone im Anhang zu dieser Publikation verwiesen.

Zusätzlich zu den in Art. 28 VöB genannten Angaben (Verfahrensart, Art und Umfang der Leistung, Name und Adresse der Vergabebehörde, Datum des Zuschlags, Name und Adresse

des Zuschlagsempfängers, i.d.R. der Preis des berücksichtigten Angebotes oder ausnahmsweise die Preisspanne der eingereichten Angebote) hat die Vergabebehörde mittels einer kurzen Begründung darzulegen, weshalb der Zuschlag an diesen bestimmten Anbieter ergangen ist (ASTRA-Handbuch S. 92). Wie bereits erwähnt (siehe Kapitel III.4.1), reicht es diesbezüglich nicht aus, lediglich festzuhalten, dass der Zuschlagsempfänger das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat.

Mit der Eröffnung der Zuschlagsverfügung beginnt die Beschwerdefrist von 20 Tagen zu laufen (Art. 30 BöB). Wird eine Zuschlagsverfügung durch Publikation auf der Publikationsplattform simap.ch eröffnet, so bestimmt sich der Beginn der Beschwerdefrist nach dem Publikationsdatum (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1271). Das Bundesverwaltungsgericht hielt diesbezüglich fest, dass *„ein Orientierungsschreiben der Vergabestelle, das einem nichtberücksichtigten Anbieter nach Eröffnung der Verfügung zugestellt wird und das lediglich auf eine Abschrift der Verfügung und das diesbezügliche Publikationsdatum verweist, (...) den Beginn des Fristenlaufs nicht hinauszuschieben [vermag]“* (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5865/2007 vom 3. Dezember 2007, E. 1.5). Im konkreten Fall fiel das Schreiben der Vergabestelle als rechtsgenügende und den Fristenlauf auslösende Verfügung ausser Betracht, da es keine Rechtsmittelbelehrung enthielt. Wird der Zuschlagsentscheid rechtsgenügend durch persönliche (Post-)Zustellung eröffnet und der Zuschlag erst nachträglich publiziert, beginnt die Frist mit Eröffnung des schriftlichen Zuschlagsentscheids (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1271). Wird der Zuschlag aber publiziert und nachher zusätzlich noch direkt eröffnet, beginnt der Fristenlauf mit der Publikation (Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD zur Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2008, S. 78 zu Art. 75 VE BöB).

5.2 Bedeutung der Transparenz

Der genannte Fristenlauf ab Publikation des Zuschlags ist im Lichte des Transparenzprinzips problematisch. Es ist fraglich, ob ein Adressat rechtzeitig Kenntnis von der Publikation des Zuschlags erhält. Überdies können bei nachfolgender direkter Eröffnung des Zuschlagsentscheids erhebliche Unsicherheiten bezüglich des Fristenlaufs entstehen.

Ein Blick auf die Publikationsplattform simap.ch ergibt überdies, dass die Zuschlagsbegründung entweder ganz fehlt oder nur ungenügend erfolgt (unter Berücksichtigung der Zuschlagspublikationen auf simap.ch des Monats November 2013, zentrale/dezentrale Bundesverwaltung):

Begründung: Beste Erfüllung der Zuschlagskriterien gemäss Ausschreibungsunterlagen (15.11.2013|Projekt-ID 101550|Meldungsnummer 798399|Zuschläge)

Begründung: Nach Evaluation der eingegangenen Offerten wurden die meisten Anbieter als geeignet und als wirtschaftlich leistungsfähig qualifiziert. Nach Beurteilung der Zuschlagskriterien erreichte der Zuschlagsempfänger die höchste Punktzahl aller Anbieter. Seine Offerte ist somit in ihrer Gesamtheit die wirtschaftlich günstigste. (18.11.2013|Projekt-ID 103309|Meldungsnummer 797455|Zuschläge) [im Sinne einer Standardbegründung]

Begründung: Begründung auf Anfrage

Begründung: Aufgrund der Bewertung aller Zuschlagskriterien liegt das Angebot im ersten Rang. Es besticht durch ein preisgünstiges und wirtschaftliches Ausführungskonzept. Der offerierte Preis ist der tiefste sämtlicher bewerteten Angebote.

Erfolgt eine Publikation des Zuschlags somit ausschliesslich auf simap.ch und wird diese nicht vorab brieflich angekündigt, so könnte der Rechtsschutz des Anbieters nicht genügend gewährleistet sein.

Empfehlung der usic

- Der Zuschlagsentscheid ist den unterlegenen Anbietern rechtsgenügend durch persönliche (Post)-Zustellung zu eröffnen oder die Publikation des Zuschlags im Sinne eines Orientierungsschreibens (ohne Rechtsmittelbelehrung) vorab anzukündigen.
- Um Missverständnisse zu vermeiden, haben nach der Publikation Mitteilungen an die unterlegenen Anbieter als Orientierungsschreiben zu erfolgen.
- Die Begründung auf simap.ch hat mindestens den Anforderungen gemäss Art. 23 Abs. 1 BöB zu entsprechen. Zu befürworten ist überdies eine Begründung, die den Anforderungen von Art. 23 Abs. 2 BöB entspricht, dies insbesondere dann, wenn der Fristenlauf bereits durch die Publikation des Zuschlags auf simap.ch ausgelöst wird, d.h. davor keine rechtsgenügende Eröffnung der Zuschlagsverfügung erfolgt.

6. Debriefing

6.1 Gesetzliche Grundlage

Wie bereits erwähnt (siehe Kapitel III.4.1), muss die Vergabebehörde auf Gesuch hin den nicht berücksichtigten Anbietern umgehend die Informationen gemäss Art. 23 Abs. 2 lit. a – e BöB bekannt geben. Dieses so genannte Debriefing kann schriftlich oder mündlich (Verlierergespräch) erfolgen.

6.2 Bedeutung der Transparenz

Eine schriftliche Erteilung der Informationen ist sicherlich dann angebracht, wenn der unterlegene Anbieter dies so wünscht. Unter Berücksichtigung des Transparenzprinzips ist überdies zu empfehlen, dass die Informationen gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB bereits bei Publikation des Zuschlags bzw. Eröffnung der Zuschlagsverfügung erfolgen. Bei genügender schriftlicher Begründung wird ein mündliches Debriefing (Verlierergespräch) regelmässig entfallen.

Findet dennoch ein Verlierergespräch statt, so empfiehlt sich eine gute Vorbereitung. Es sind die zuständigen Personen aufzubieten und die Gründe für die Nichtberücksichtigung klar darzulegen. Ein Anbieter erhält dadurch die Möglichkeit, seine Chancen in zukünftigen Vergabeverfahren zu verbessern. Regelmässig kann mittels eines konstruktiven Verlierergesprächs das Beschwerderisiko minimiert, wenn nicht sogar verhindert werden (siehe ASTRA-Handbuch, S. 93).

Empfehlung der usic

- Vorab sind die Zuschlagsverfügungen von Beginn weg und nicht erst auf Gesuch hin zu begründen.
- Findet dennoch ein Verlierergespräch (alternativ oder zusätzlich) statt, ist dieses gut vorzubereiten, so dass dem unterlegenen Anbieter klare Gründe für die Nichtberücksichtigung dargelegt werden können.

IV. Fazit

Der Grundsatz der Transparenz ist *der* zentrale Grundsatz des öffentlichen Beschaffungswesens. Die Vergabebehörde hat das Transparenzprinzip bei jedem Verfahrensschritt zu beachten, beginnend bei der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bis hin zur Publikation und Begründung des Zuschlags.

Obwohl als zentraler Pfeiler des Beschaffungsrechts anerkannt, bestehen im Vergabeverfahren immer noch Transparenzdefizite, die einerseits auf die fehlende Harmonisierung des Beschaffungsrechts in der Schweiz und andererseits auf den Charakter des Vergabeverfahrens als Wettbewerbssituation zurückzuführen sind. Die Vergabebehörde kann dem Ruf nach mehr Transparenz nur gerecht werden, wenn jede Kommunikation mit den Anbietern klar und vollständig erfolgt und jeder Verfahrensschritt offengelegt wird.

Die Ausschreibung zeitigt mit der Einführung der Publikationsplattform simap.ch einen gewissen Harmonisierungseffekt. Einen gesamtschweizerischen Überblick bietet die Publikationsplattform indes noch lange nicht. Diesbezüglich ist im Lichte des Transparenzprinzips eine einheitliche gesetzliche Grundlage zur einheitlichen Publikation auf simap.ch anzustreben.

Weitere Abstriche erfährt das Transparenzprinzip bei der meist ungenügenden Begründung der Zuschlagsentscheide. Die Vergabebehörde verkennt dabei, dass mit frühzeitiger Offenlegung der Gründe für die Nichtberücksichtigung das Beschwerderisiko minimiert, wenn nicht sogar verhindert werden kann. Von mehr Transparenz profitiert somit nicht nur der Anbieter, sondern auch die Vergabebehörde.

Transparenz schafft Vertrauen. Vertrauen bildet die Grundlage für einen konstruktiven Umgang zwischen Anbieter und Vergabebehörde. Die [usid](http://usid.ch) und ihre Mitgliedsunternehmen sind davon überzeugt, dass mit den geeigneten Massnahmen ein faires Verfahren sichergestellt und die Kommunikation mit den Vergabebehörden verbessert werden kann.

* * * * *

Regelungen der Kantone und des Bundes bezüglich der Publikation von Ausschreibungen und Zuschlägen



simap.ch Partner	Publikation Ausschreibung gemäss den gesetzlichen Bestimmungen	Publikation Zuschlag	Anmerkung	Gesetzliche Bestimmungen sind zu finden unter:
simap.ch Partenaires	Publication selon les dispositions légales	Publication des adjudications	Remarques	Dispositions légales
Bund	simap.ch	simap.ch	Seit 1. Januar 2010 ist simap.ch amtliches Publikationsorgan des Bundes. Die Publikationspflicht besteht seit 1996 für Bundesbeschaffungen für Ausschreibungen und Zuschläge im offenen und selektiven Vergabeverfahren sowie für freihändige Vergaben ab dem jeweils einschlägigen Schwellenwert. Keine Publikationspflicht besteht im nicht unterstellten Bereich (sog. übrige Beschaffungen, nicht nach WTO-GPA oder EU-Staatsvertrag).	Art. 24 B6B, Art. 8 und Art. 34 Abs. 2 V6B
Kanton Appenzell A.RH	Amtsblatt und simap.ch	wenn WTO: Amtsblatt und simap.ch		http://www.bgs.ar.ch (712 Beschaffungswesen)
Kanton Appenzell I.RH	amtliches Publikationsorgan	Im Staatsvertragsbereich - amtliches Publikationsorgan	zusätzlich auf simap.ch	www.lex.ai.ch
Kanton Aargau	Amtsblatt und simap.ch ab dem offenen oder selektiven Verfahren	simap.ch ab den WTO-Schwellenwerten		SubmD vom 26.11.96/Stand 1.01.11: § 12 sowie § 34 bis § 36
Kanton Basel-Landschaft	Amtsblatt, simap.ch	Amtsblatt, simap.ch	Publikation zumindest im KAB, Verfahren die dem GPA/Staatsvertrag unterstellt sind zusätzlich auf simap.ch zu publizieren	Beschaffungswesen - Gesetz und Verordnung
Kanton Basel-Stadt	Kantonsblatt, simap.ch	Kantonsblatt, simap.ch		www.submissionen.bs.ch
Kanton Bern	simap.ch. Bei freihändigen Vergaben über dem Schwellenwert muss zusätzlich noch im Amtsblatt publiziert werden.	simap.ch	Im Kanton Bern gibt es nur die Eingabe via simap.ch. Ein direkter Zugang zum Amtsblatt ist nicht möglich.	Ausschreibung: Art. 9 Abs. 1 Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV) / Zuschlag: Art. 36 Abs. 1 ÖBV
Canton de Fribourg	Amtsblatt und simap.ch	wenn WTO: Amtsblatt und simap.ch		Loi du 11 février 1998 sur les marchés publics 122.91.11 -> Art. 12 et 32

Regelungen der Kantone und des Bundes bezüglich der Publikation von Ausschreibungen und Zuschlägen

simap.ch

simap.ch Partner	Publikation Ausschreibung gemäss den gesetzlichen Bestimmungen	Publikation Zuschlag	Anmerkung	Gesetzliche Bestimmungen sind zu finden unter:
simap.ch Partenaires	Publication selon les dispositions légales	Publication des adjudications	Remarques	Dispositions légales
Canton de Genève	Amtsblatt. Wenn WTO: Amtsblatt oder simap.	Zwei Möglichkeiten: der Zuschlags-Entscheid wird per Publikation mitgeteilt oder durch ein Schreiben an die Anbieter. Fall 1 - Publikation: Amtsblatt + SHAB oder Amtsblatt + simap. Fall 2 - Schreiben: 72 Tage nach schriftlicher Mitteilung des Zuschlags, Bekanntmachung im Amtsblatt.		Règlement sur la passation des marchés publics (RMP) L 6 05.01 -> Art. 25, 51 et 52
Kanton Glarus	Amtsblatt	wenn WTO spätestens 72 Tage nach dem Zuschlag eine Bekanntmachung im kantonalen Amtsblatt	Kantonale Verwaltung publiziert gestützt auf einen regierungsrätlichen Beschluss Ausschreibungen im offenen Verfahren auf simap (inkl. Zuschlag). Gemeinden sind nicht zur Ausschreibung auf Simap verpflichtet.	SubmG (http://gs.gl.ch/pdf/ii/g_s_ii_g_2_1.pdf) und SubmV (http://gs.gl.ch/pdf/ii/g_s_ii_g_2_2.pdf)
Kanton Graubünden	Amtsblatt	nur WTO - mindestens im Bündner Kantonsblatt		
Canton du Jura	Amtsblatt und simap.ch	Wenn WTO, spätestens 72 Tage nach Zuschlag (der dem Anbieter schriftlich mitgeteilt wurde), Bekanntmachung im Amtsblatt und im simap.		Ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics (OAMP) -> Art. 25 et 58
Kanton Luzern	Luzerner Kantonsblatt, zusätzliche Publikationen in weiteren Medien sind zulässig.	nur WTO - mindestens im Luzerner Kantonsblatt	Zusammenfassung in französischer oder englischer Sprache	öBG (SRL Nr. 733), öBV (SRL Nr. 734), IVöB (SRL Nr. 733a) Submissionsverordnung (SRL 720.11); Grundsatz für Vergabe von Aufträgen (Art. 11 IVöB und §§3 und 4 öGB) http://www.lu.ch/index/beschaffungswesen.htm
Canton de Neuchâtel	Amtsblatt und simap.ch	Wenn WTO, spätestens 72 Tage nach Zuschlag (der dem Anbieter schriftlich mitgeteilt wurde), Bekanntmachung im Amtsblatt und im simap.		Loi cantonale sur les marchés publics (LCMP) 801.72 -> Art. 16 et 32

Regelungen der Kantone und des Bundes bezüglich der Publikation von Ausschreibungen und Zuschlägen

simap.ch

simap.ch Partner	Publikation Ausschreibung gemäss den gesetzlichen Bestimmungen	Publikation Zuschlag	Anmerkung	Gesetzliche Bestimmungen sind zu finden unter:
simap.ch Partenaires	Publication selon les dispositions légales	Publication des adjudications	Remarques	Dispositions légales
Kanton Nidwalden	Amtsblatt, zusätzlich CH-Zeitung, Fachzeitschrift oder el. Netzwerk	wenn WTO - mindestens Amtsblatt oder el. Plattform	wenn WTO: mind. Zufsg auf el. Plattform	Art. 6 SubmG, § 10, 34 SubmV
Kanton Obwalden	mindestens Amtsblatt. Staatsvertragsbereich: mindestens Zufsg im SHAB oder gemeinsame elektronischen Plattform von Bund und Kantonen [simap.ch nicht wörtl. erwähnt]	[wenn WTO - Amtsblatt oder el. Plattform] Staatsvertragsbereich: mindestens Amtsblatt, SHAB oder gemeinsame elektronischen Plattform von Bund und Kantonen		Gesetz: http://ilz.ow.ch/gessamml/pdf/975600.pdf . Ausführungsbestimmungen: http://ilz.ow.ch/gessamml/pdf/975611.pdf
Kanton St-Gallen	Amtsblatt und simap.ch (wenn WTO: zusätzlich mit französischer Zusammenfassung)	wenn WTO: Amtsblatt und simap.ch	Die Publikationspflicht im Amtsblatt und auf simap.ch gilt für alle Auftraggeber (Staatsverwaltung, Gemeinden und Sektorenternehmen)	Art. 17 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2 und Art. 36 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11; abgekürzt VöB). Siehe http://www.gallex.ch/gallex/8/fs841.11.html
Kanton Schaffhausen	Amtsblatt	-	zusätzlich auf simap.ch	www.sh.ch
Kanton Schwyz	Nicht-Staatsvertragsbereich: mind. kant. Amtsblatt, Staatsvertragsbereich: kant. Amtsblatt plus zusätzlich mind. eine Zusammenfassung auf einer gemeinsamen elektronischen Plattform von Bund und Kantonen (simap.ch)	Staatsvertragsbereich: kant. Amtsblatt oder gemeinsame elektronische Plattform von Bund und Kantonen (simap.ch)	Publikation Zuschlag enthält folgende Angaben: - Art des angewandten Verfahrens - Gegenstand & Umfang des Auftrags - Name & Adresse des Auftraggebers - Datum des Zuschlags - Name & Adresse der berücksichtigten Anbieterin	Systematische Gesetzessammlung (SRSZ): http://www.sz.ch/xml_1/internet/de/application/d999/d2522/d24457/p24456.cfm
Kanton Solothurn	Kantonales Amtsblatt, zusätzlich auf einer gemeinsamen elektronischen Plattform von Bund und Kantonen (simap.ch)	wenn WTO im Amtsblatt		http://www.so.ch/staatskanzlei/egistik-und-justiz/submissionsrecht.html
Canton du Tessin	Amtsblatt, FUC - Foglio ufficiale cantonale	Solo per i concorsi retti dal CIAP, che vengono poi pubblicati sul FUC (art. 57 RLCPubb/CIAP)	Per casi particolari può essere pubblicato nel FUSC (Foglio ufficiale svizzero). I concorsi retti dal CIAP possono essere pubblicati sul sito SIMAP.ch	art. 17 LCPubb/13 CIAP

Regelungen der Kantone und des Bundes bezüglich der Publikation von Ausschreibungen und Zuschlägen



simap.ch Partner	Publikation Ausschreibung gemäss den gesetzlichen Bestimmungen	Publikation Zuschlag	Anmerkung	Gesetzliche Bestimmungen sind zu finden unter:
simap.ch Partnaires	Publication selon les dispositions légales	Publication des adjudications	Remarques	Dispositions légales
Kanton Thurgau	Amtsblatt	wenn WTO im Amtsblatt	Gemeinden sind nicht zur Ausschreibung auf Simap verpflichtet.	www.tg.ch
Kanton Uri	Amtsblatt	wenn WTO im Amtsblatt	Es besteht keine Rechtsgrundlage, die Gemeinden zur Publikation über simap verpflichtet	Artikel 28 und 55 Submissionsverordnung des Kantons Uri
Canton du Valais	Marchés nationaux: uniquement le Bulletin officiel cantonal (BO). Marchés internationaux: BO et simap.ch	BO et sur le simap.ch si l'appel d'offres a été publié sur la plate-forme électronique	La publication de l'appel d'offres des marchés soumis aux traités internationaux doit être rédigée en français et en allemand (de manière complète) - art. 4 de l'ordonnance sur les marchés publics du 11 juin 2003 -OoMP-RS 726.100	art. 3 et art. 34 OoMP
Canton de Vaud	simap.ch, Feuille des avis officiels	simap.ch, Feuille des avis officiels		art. 11, al.1 et 1bis, art. 39, al.1 et art. 42, al.1 du RLMP-VD (RSV 726.01.1) www.rsv.vd.ch www.vd.ch/marches-publics
Kanton Zug	Amtsblatt; im Staatsvertragsbereich zusätzlich auf simap.ch ("gemeinsamen elektronischen Plattform von Bund und Kantonen")	Im Staatsvertragsbereich im kantonalen Amtsblatt und auf simap.ch ("gemeinsamen elektronischen Plattform von Bund und Kantonen")		BGS 721.53 - Submissionsverordnung (SubV) vom 20.09.2005, § 10 Abs. 2 und § 33
Kanton Zürich	Amtsblatt, simap.ch ("gemeinsame elektronische Plattform von Bund und Kantonen")	Amtsblatt, simap.ch ("gemeinsame elektronische Plattform von Bund und Kantonen")		§ 35 SVO ZH