Leitfaden zum Einladungsverfahren

I. Einleitung

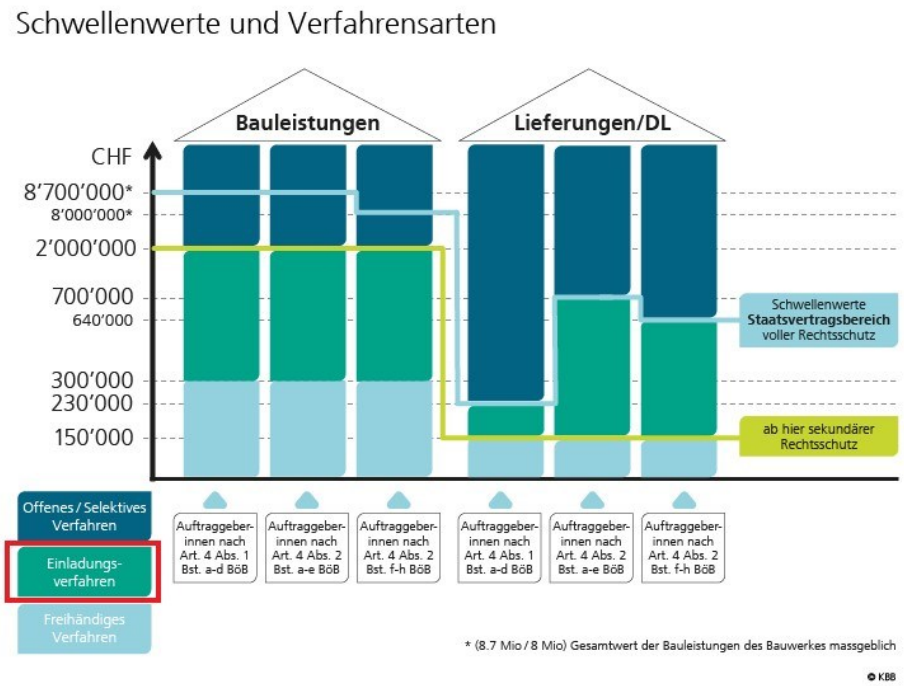
Das Einladungsverfahren wird im Art. 20 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungsrecht (BöB) und in Art. 5 der zugehörigen Verordnung (VöB) geregelt. In diesem Beschaffungsverfahren bestimmt die Auftraggeberin, welche Anbieterin sie ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe einladen will (Art. 20 Abs. 2 BöB). Im Rahmen des Einladungsverfahren findet keine öffentliche Ausschreibung statt. Generell ist das Einladungsverfahren im Unterschied zum offenen und selektiven Verfahren weniger formell geregelt. Auch im Einladungsverfahren besteht ab dem 1.1.2021 aber ein sog. sekundärer Rechtsschutz bei Lieferungen und Dienstleistungen (Art. 52 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 20 Abs. 1 sowie Anhang 5 BöB).

Der vorliegende Leitfaden befasst sich mit den Vorgaben des Gesetzes und deren praktischer Anwendung bei der Durchführung eines Einladungsverfahrens. Dabei wird versucht auch neue Ansätze aufzuzeigen, welche sich in der harmonisierten Beschaffungspraxis noch bewähren müssen.

Gerne nehmen wir Ihre Anregungen und Erfahrungen entgegen: rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch

II. Grundsätze

1 Anwendungsbereich des Einladungsverfahrens



Das Einladungsverfahren findet Anwendung für öffentliche Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nach Massgabe der Schwellenwerte von Anhang 4 Ziff. 2 des Gesetzes. Das heisst konkret:

- Bauleistungen ab CHF 300'000.-
- Lieferungen ab CHF 150'000.-
- Dienstleistungen ab CHF 150'000.-

Zudem ist das Einladungsverfahren über dem gesetzlichen Schwellenwert gemäss Art. 20 Abs. 3 BöB anwendbar bei:

- Beschaffungen von Waffen, Munition, Kriegsmaterial
- Beschaffungen von sonstigen Lieferungen, Bauleistungen, Dienstleistungen, Forschungs- oder Entwicklungsleistungen sofern diese für Verteidigungs- und Sicherheitszwecke unerlässlich sind

Bei der Berechnung des Auftragswertes sind die allgemein geltenden Anforderungen zu beachten (vgl. dazu Art. 15 BöB): Die Auftraggeberin schätzt den voraussichtlichen, maximalen Gesamtwert einer Beschaffung. Sie berücksichtigt dabei alle Leistungen, die *sachlich oder rechtlich eng zusammenhängen* und rechnet Bestandteile der Vergütung ein, insbesondere auch sämtliche zu erwartenden Prämien, Gebühren, Kommissionen und Zinsen die für die geplante Einsatzdauer anfallen. Es ist wichtig zu beachten, dass ein Auftrag nicht in der Absicht, die Anwendbarkeit des Gesetzes zu umgehen und ersatzweise ein Einladungsverfahren zu realisieren, aufgeteilt werden darf.

2 Einhaltung der Vergabegrundsätze

Die Einhaltung der für das offene und selektive Vergabeverfahren geltenden strengen, formellen Prozeduren ist im Rahmen eines Einladungsverfahrens seiner Natur entsprechend nicht in demselben Umfang notwendig. Die fünf allgemeinen Grundsätze von Art. 2 BöB sind jedoch auch beim Einladungsverfahren einzuhalten:

- Wirtschaftlichkeit
- Nachhaltigkeit
- Transparenz
- Gleichbehandlung
- Wettbewerb

Konkret bedeutet dies, dass in einem beschränkten **Wettbewerb** und unter **Gleichbehandlung** der Anbieterin werden die öffentlichen Mittel in einem **transparenten** Beschaffungsverfahren möglichst **wirtschaftlich und nachhaltig** eingesetzt. Dies hat z.B. zur Konsequenz, dass allen eingeladenen Unternehmen dieselben Informationen abgegeben werden, alle Eingeladenen den identischen Zeitraum für die Erstellung der Offerte zur Verfügung haben und, dass für allfällige Angebotsergänzungen alle Unternehmen begrüsst werden, etc. Die Vorgaben müssen für alle eingeladenen Unternehmen dieselben sein (Schaffung einer effektiven Wettbewerbssituation).

Neben den obengenannten Beschaffungsgrundsätzen sind die in Art. 11 BöB aufgeführten Verfahrensgrundsätze einzuhalten. Die Vergabestelle hat insbesondere sicherzustellen, dass die Geschäftsgeheimnisse der Anbieterin vertraulich behandelt werden (Art. 11 Bst. e BöB).

3 Einzuladende Anbieterinnen

Um einen minimalen Wettbewerb zu gewährleisten sind, wenn möglich, mindestens **drei geeignete Anbieterinnen** zur Offerteingabe einzuladen (Art. 20 Abs. 2 BöB). Die Wahl der zugelassenen Anbieterinnen liegt im Ermessen der Auftraggeberin und die ausgewählten Unternehmen werden direkt von der Vergabe- resp. Bedarfsstelle angeschrieben.
Aus dem Wortlaut des Gesetzes geht hervor, dass sich die Mindestanzahl auf die einzuholenden Angebote und nicht bloss auf die Einladungen bezieht – sofern so viele geeignete Anbieterin überhaupt vorhanden sind. Die grundsätzliche Eignungsprüfung der Anbieterin für die nachzufragenden Leistungen sollte deshalb, wenn möglich bereits vor der Offerteinladung erfolgen, so dass lediglich geeignete Anbieterinnen zur Offertstellung eingeladen werden. Ziel muss es sein, mindestens 3 Offerten für die Evaluation der Zuschlagskriterien vorliegen zu haben.

Falls es möglich und zumutbar ist, soll **mindestens eine** der eingeladenen **Anbieterinnen** einem **anderen Sprachraum** der Schweiz angehören (Art. 5 VöB). Damit soll nicht nur die Gleichbehandlung der Anbieterinnen, sondern auch der Marktzugang über die Sprachgrenzen hinweg sichergestellt werden. Für die Beurteilung, ob das Einholen von Angeboten aus einem anderen Sprachraum möglich oder zumutbar ist, bedarf es hinreichender Marktkenntnisse. Die Auftraggeberin soll ihr Ermessen gestützt auf diese Kenntnisse ausüben. Ausnahmen von dieser Regel sind dann möglich, wenn der Markt ein solches Vorgehen nicht zulässt, es also beispielsweise nur Unternehmungen in der französischsprachigen Schweiz gibt, welche die gesuchte Leistung erbringen. Dieser Grundsatz muss zudem nicht beachtet werden, wenn z.B. aufgrund des Beschaffungsgegenstands ausschliesslich Anbieterinnen im Ausland zur Offertstellung eingeladen werden. Für die Wirtschaftsförderung der Schweiz scheint es jedoch angebracht zu sein, dass wenn möglich (auch) Schweizer Firmen berücksichtigt werden.

Diese Anforderungen an die einzuladenden Anbieterinnen bedingt, dass die entsprechenden Sprachkenntnisse in dem Evaluationsteam vorhanden sind.

Weitere Informationen bezüglich der Sprachenthematik finden Sie in den Empfehlungen der BKB und der KBOB zur Förderung der Mehrsprachigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen.

4 Fälle eines eingeschränkten Anbieterinnenmarktes

Wenn es im betroffenen Beschaffungsbereich auf dem Markt nur zwei Anbieterinnen gibt, dürfen die beiden Unternehmen zur Offertstellung eingeladen werden. Der Nachweis, dass es tatsächlich nur zwei Anbieterinnen gibt, muss von der Vergabestelle aufgrund einer ausreichenden Marktabklärung erbracht werden. Für diesen Geschäftsfall wird empfohlen, in einem internen Dokument die Gründe dafür zu erläutern. Das Dokument legen Sie dann mit Vorteil den Akten bei, damit die Beschränkung auf zwei Firmen auch später und auch für Drittpersonen nachvollziehbar ist.

Es wird ebenso empfohlen, eine solche interne Notiz zu erstellen, um transparent darzulegen, falls keine Anbieterin aus einem anderen Sprachraum eingeladen werden konnte (vgl. hierzu Kapitel II. 3).

Kommt im Ausnahmefall für die Beschaffung nur eine Anbieterin in Frage, kann der Auftrag freihändig vergeben werden. In diesem Fall muss das Vorliegen ausreichender Gründe mittels einer schriftlichen Begründung nachgewiesen werden (Voraussetzungen siehe Art. 21 Abs. 2 BöB).

III. Prozessablauf des Einladungsverfahrens

Hier finden Sie eine Übersicht über den Grobablauf eines Einladungsverfahrens. Nachfolgend werden nur diejenigen Schritte näher betrachtet, welche Abweichung/ Besonderheiten im Vergleich zu einem offenen Verfahren aufweisen.



1 Ausschreibungsunterlagen erstellen – Pflichtenheft

Im Pflichtenheft für ein Einladungsverfahren besteht die Möglichkeit, auf die Anwendung/Formulierung von Eignungskriterien zu verzichten, da die Auftraggeberin auswählt, wer an dem Verfahren teilnehmen wird (vgl. dazu auch Kapitel II. 3). Die Auftraggeberin muss in diesem Fall die nötigen Markt- und Lieferantenkenntnisse besitzen. Zudem ist mittels Vertrag in Schriftform sicherzustellen, dass die Anbieterin die AGB des Bundes akzeptiert (vgl. aber auch Art. 11 Abs. 2 VöB) und die Selbstdeklaration der BKB unterzeichnet wird. Ebenso ist die Erfüllung der weiteren Teilnahmebedingungen nach Art. 26 BöB sicherzustellen.

Die Technischen Spezifikationen (TS) legen die minimalen Muss-Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand bzw. die nachgefragte Leistung in punkto Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit etc. fest (vgl. Art. 30 BöB). Auf die Anwendung der TS sollte grundsätzlich nicht verzichtet werden, ausser es liegt eine entsprechend präzise Leistungsdefinition vor, welche den gleichen Zweck erfüllt.

Um das vorteilhafteste Angebot zu bestimmen, ist es notwendig, Zuschlagskriterien festzulegen (vgl. Art. 29 BöB). Zudem erlauben es sauber formulierte Zuschlagskriterien, die Grundsätze des Art. 2 BöB zu respektieren (vgl. Kapitel II. 2).

Es muss - ebenso wie im Fall einer offenen Ausschreibung - im Rahmen der Offertanfrage bereits bestimmt und für die Anbieterin klar erkennbar sein, welche Leistungen von der Bedarfsstelle gefordert werden (klarer Leistungsbeschrieb).

Als Faustregel kann man sich merken: qualitativ gute Offerten erfordern gute Projektunterlagen.

2 Fragerunde

Häufig wird auch im Einladungsverfahren eine Fragerunde durchgeführt, insbesondere bei komplexeren Beschaffungsgegenständen ist dies sehr zu empfehlen. Die Auftraggeberin beantwortet innerhalb kurzer Frist nach Einladung zur Offerteinreichung mögliche Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen.

Die Termine für die Einreichung der Fragen gibt sie im Pflichtenheft bekannt.

Sämtliche Antworten auf alle Fragen werden allen Anbieterinnen anonymisiert – d.h. die anfragende Anbieterin darf nicht bekannt gegeben werden bzw. daraus ersichtlich sein (vgl. Art. 11 Bst. e BöB betreffend die Vertraulichkeit) – und gleichzeitig zugestellt. Die Durchführung des Einladungsverfahrens kann über www.simap.ch abgewickelt werden. Falls die Durchführung des Einladungsverfahrens nicht über www.simap.ch abgewickelt wird, kann der Versand der Antworten bspw. via E-Mail erfolgen.

3 Frist für die Einreichung der Angebote

Bei der Durchführung eines Einladungsverfahrens beträgt die Frist für die Einreichung der Angebote in der Regel mindestens 20 Kalendertage. Bei weitgehend standardisierten Leistungen kann die Frist sogar auf bis zu 5 Tage gekürzt werden (Art. 46 Abs. 4 BöB). Bei der Bestimmung der Fristen für die Einreichung der Angebote hat die Auftraggeberin aber immer der Komplexität des Auftrags Rechnung zu tragen. Der Anbieterinnen ist also eine genügend lange Frist zur Erstellung der Offerte zu gewähren, Ziel muss es sein, qualitativ hochstehende Angebote zu erhalten. Eine Verkürzung auf eine Eingabefrist von 5 Tagen ist somit nur in Ausnahmefällen zu empfehlen. Denkbar könnte eine Verkürzung bspw. bei der Beschaffung von Personalverleihleistungen mit sehr standardisierten Profilen, so wie bei Druck- und WC-Papier Beschaffungen sein. Sinnvollerweise sollte bei einer Verkürzung der Mindestfristen auch darauf geachtet werden, die Frist so zu legen, dass diese auf Arbeitstage zu liegen kommen um diese nicht faktisch noch weiter zu verkürzen.

Auch bei Einladungsverfahren kann eine festgelegte Eingabefrist durch die Auftraggeberin verlängert werden. Verlängert die Auftraggeberin diese Frist für eine Anbieterin, so gilt die Fristverlängerung auch für alle anderen. Die Verlängerung ist allen Anbieterinnen gleichzeitig bekannt zu geben.

4 Öffnung und Auswertung der Angebote

Die Offertstellung der Eingeladenen hat schriftlich zu erfolgen.

Die Öffnung der Angebote findet intern bei der Beschaffungsstelle statt. Es wird empfohlen die Angebote alle am gleichen Tag und unter Anwendung des **Vier-Augen-Prinzips** zu öffnen. Ziel ist es, das Risiko von Fehlern und Missbrauch zu reduzieren.

Ob ein Offertöffnungsprotokoll auch im Einladungsverfahren zu erstellen ist, lässt sich nicht aus Art. 37 Abs. 2 BöB entnehmen. Die Botschaft äussert sich hierzu ebenfalls nicht. Das KBB empfiehlt, in analoger Anwendung von Art. 37 Abs. 2 BöB ein solches auch in einem Einladungsverfahren zu erstellen, da ein solches Vorgehen die Transparenz erhöht.

5 Evaluationsbericht

Die Evaluation erfolgt nach Massgabe der aufgestellten und bekanntgegebenen Kriterien.

Auch im Einladungsverfahren muss das Zustandekommen des Zuschlages später objektiv nachgeprüft werden können. Deshalb wird empfohlen auch in diesem Vergabeverfahren einen Evaluationsbericht zu erstellen oder den Vergabeentscheid in anderer Form transparent und nachvollziehbar darzulegen. Die Prüfungsergebnisse der Auswertungen alle Anbieterin sind auf jeden Fall nachvollziehbar aufzuzeigen (vgl. Art. 40 Abs. 1 BöB und Art. 10 VöB zur Dokumentationspflicht).

6 Zuschlagsverfügung

Die Anbieterin, die das vorteilhafteste Angebot einreicht, erhält den Zuschlag (Art. 41 BöB). Gemäss Art. 51 BöB können Verfügungen im Einladungsverfahren durch Individualzustellung eröffnet werden. Dementsprechend ist nach dem Wortlaut des Gesetzes jeder Zuschlag im Einladungsverfahren an sämtliche am Verfahren beteiligte Anbieterinnen durch individuelle Zustellung formell zu eröffnen. Sie finden hier die Vorlage einer Zuschlagsverfügung im Einladungsverfahren.
Sollte sich die Vergabestelle aus Praktikabilitätsgründen dafür entscheiden, im Einzelfall oder generell Zuschläge im Einladungsverfahren zunächst nur informell (z.B. per E-Mail) mitzuteilen und lediglich auf Verlangen formell zu eröffnen, sind die nicht berücksichtigten Anbieterinnen bei Mitteilung des Zuschlagsentscheids zumindest über die Möglichkeit, eine anfechtbare Verfügung zu verlangen und diese mit Beschwerde anzufechten (vgl. Kapitel III. 8) zu informieren. Wir empfehlen, bei einem solchen Vorgehen den Mustertext «Informelle Mitteilung per E-Mail» des KBB zu verwenden.

7 Verfahrensabbruch

Der Abbruch eines Einladungsverfahrens aus wichtigen Gründen (vgl. Art. 43 BöB) kann grundsätzlich jederzeit erfolgen. Ein Abbruchentscheid im Einladungsverfahren ist gemäss Art. 53 Abs. 1 lit. g BöB bei Lieferungen und Dienstleistungen anfechtbar (vgl. Kapitel III. 8) und somit den eingeladenen Anbieterinnen individuell zu eröffnen. Vergleichen sie generell zum Abbruch das Merkblatt.

8 Sekundärer Rechtschutz und Vertragsschluss

Bei der Durchführung eines Einladungsverfahrens gemäss den massegebenden Schwellenwerten (vgl. Kapitel II. 1) besteht bei Lieferungen und Dienstleistungen ein sog. Sekundärrechtschutz. Die Verfügungen im Einladungsverfahren sind also anfechtbar, es kann aber lediglich die Feststellung, dass eine Verfügung Bundesrecht verletzt, verlangt werden (Art. 52 Abs. 2 BöB). Dies bedeutet, dass bspw. ein angefochtener Zuschlag nicht durch das Gericht aufgehoben werden kann, sondern – wenn die Beschwerde gutgeheissen wird – lediglich die Widerrechtlichkeit der Verfügung festgestellt wird.

Die Beschwerde im Sekundärrechtsschutz kennt zudem keine aufschiebende Wirkung, somit kann der Vertragsschluss im Einladungsverfahren grundsätzlich unmittelbar nach Zuschlagserteilung erfolgen (vgl. Art. 54 BöB).

Die 20-tägige Beschwerdefrist beginnt ab der Zustellung der Individualverfügung zu laufen. Sollte in einem ersten Schritt ein Zuschlagsentscheid lediglich mit einer einfachen Mitteilung bekanntgegeben werden (vgl. Kapitel III. 6) so ist zu beachten, dass die Beschwerdefrist dadurch nicht offiziell zu laufen beginnt. Es ist deshalb unbedingt auch in dieser einfachen Mitteilung für das Verlangen einer anfechtbaren Verfügung eine angemessene Frist anzusetzen. Nach deren Ablauf darf man nach Treu und Glauben grundsätzlich davon ausgehen, dass der Zuschlagsentscheid akzeptiert wird, wobei es sich allerdings nicht um eine Verwirkungsfrist handelt, weshalb bei dieser Vorgehensweise theoretisch denkbar ist, dass auch noch sehr lange Zeit nach Abschluss des Verfahrens eine Beschwerde eingereicht und vom Bundesverwaltungsgericht als rechtzeitig erachtet werden könnte (vgl. hierzu auch Erläuterungen zum Mustertext «Informelle Mitteilung per E-Mail»).

Wichtig: Der sekundäre Rechtsschutz besteht nicht bei Einladungsverfahren von Bauleistungen (vgl. Art. 52 Abs. 1 Bst. b BöB).