



Schweizerischer Baumeisterverband
Société Suisse des Entrepreneurs
Società Svizzera degli Impresari-Costruttori
Societad Svizra dals Impressaris-Constructurs

Bundesamt für Bauten und Logistik
Herr Dr. Gustave Marchand
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Zürich, 6. November 2008 / hb

I:\U+D\Führung\Vernehmlassungen\2008\Boeb Rev 08\W-08-11-05 Rev Boeb
Vernehm def.doc

Revision BG über das öffentliche Beschaffungswesen – Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Dr. Marchand
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Bundesrat hat Ende Mai 2008 das Vernehmlassungsverfahren zu einer Revision des BG über das öffentliche Beschaffungswesen (rev BoeB) bis Mitte September 2008 eröffnet; auf Ersuchen der Kantone wurde die Frist bis Mitte November 2008 verlängert. Der Schweizerische Baumeisterverband nimmt wie folgt Stellung:

1. Allgemeine Bemerkungen

1.1 Bedeutung für das Bauhauptgewerbe

Beschaffungen der öffentlichen Hand sind für das Bauhauptgewerbe überaus wichtig. Im Tief- und Untertagbau werden die Aufträge grossmehrheitlich von der öffentlichen Hand vergeben. Die Betroffenheit unserer Betriebe durch das vorliegende Gesetz ist dementsprechend gross.

Wir nehmen zur Kenntnis, dass der Bund mit einem einzigen Gesetz sämtliche Beschaffungen erfassen will und dieses nicht auf bauwirtschaftliche Leistungen beschränkt. Dies ist ein ambitioniertes Unterfangen, da Beschaffungen von Gütern und Dienstleistungen doch unter sehr verschiedenen Bedingungen stattfinden. Zudem fällt es schwer, Voraussetzungen und Verfahren "einheitlich" zu regeln. Der Entwurf rev BoeB zeigt deutlich die Schwierigkeiten und veranlasst den SBV, verschiedene Vorschläge als für die Branche nicht geeignet abzulehnen.

Der SBV erachtet deshalb die Regelung der Beschaffung bauwirtschaftlicher Leistungen in einem separaten Erlass zumindest als prüfenswert.

Antrag

Der SBV fordert die Trennung von baulichen Dienstleistungen von den übrigen Dienstleistungen und die Prüfung eines eigenen Gesetzes für die Beschaffung bauwirtschaftlicher Leistungen.

1.2 Verordnung

Der vorliegende Gesetzesentwurf ist im Vergleich zum heutigen Gesetz klar aufgebaut, umfassend, wohltuend kurz und leicht verständlich. Kurze Gesetze bedeuten jedoch einen erweiterten Spielraum für den Vollzug. Den Verordnungen kommt deshalb noch grössere Bedeutung zu. Wir erwarten deshalb, dass der Verordnungsentwurf zu einem geeigneten Zeitpunkt ebenfalls einem Vernehmlassungsverfahren unterworfen wird und sich der SBV offiziell daran beteiligen kann.

1.3 Vergaberechtliche Prinzipien

Wie der vor kurzem erschienen Monographie von Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, entnommen werden kann (S. 5), basiert nahezu jede wettbewerbsrechtliche Regel auf den Prinzipien von Transparenz, Wettbewerb, Wirtschaftlichkeit, Gleichbehandlung und Effektivität.

Wir fordern, dass diese Prinzipien von allen Beschaffungsstellen konsequent respektiert und angewendet werden, und zwar sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Praxis.

1.4 Harmonisierung des Beschaffungsrechts innerhalb der Schweiz

1.4.1 Die GATT / WTO-Bestimmungen (GPA) sowie das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der Europäischen Union verlangen einen einheitlichen Beschaffungsraum „Schweiz“, d.h., Bund, Kantone und Gemeinden haben die gleichen Rechtsgrundsätze anzuwenden. Die Umsetzung ins nationale Recht erfolgte bis anhin auf Bundesstufe mittels des BoeB und auf der Kantonsstufe mit der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVoeB. Die Kantone müssen den Inhalt des Konkordats ins kantonale Recht transferieren. Dieses Verfahren ist überaus schwerfällig und birgt das Risiko, dass sich nicht alle Kantone dem Konkordat anschliessen (vgl. die letzte Revision des Konkordats von 2004, die von einem Kanton nicht übernommen wurde). Daraus entsteht eine Markt- und Rechtszersplitterung, die vom Baumarkt Schweiz wegführt und es selbst für Fachleute schwierig macht, den Überblick zu wahren.

Dieser Zustand und die drohende Entwicklung stehen nicht nur dem Ziel eines erleichterten und diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen entgegen, sondern stellen aus Sicht der überregional tätigen Firmen gerade auch im Bausektor eine erhebliche Belastung dar.

Der SBV begrüsst deshalb die Bemühungen des Bundes, zusammen mit den Kantonen eine Verbesserung dieses zunehmend unhaltbaren Zustands zu erreichen.

1.4.2 Der Bund hat zusammen mit den Kantonen vier Modelle geprüft und sich auf das Modell „Angleichung durch Teilvereinheitlichung“ (Modell C) geeinigt.

Der SBV kann dieser Lösung ohne Begeisterung zustimmen, verlangt aber, dass verschiedene, bewährte Bestimmungen des Konkordats in die neue Gesetzgebung überführt werden.

1.5 Inhaltliche Schwerpunkte

1.5.1 Keine Vergabe an den Billigsten

Beim Bau wird der Bauherrschaft kein fertiges Produkt geliefert, sondern es wird eine Dienstleistung, nämlich die Bauausführung, angeboten. Ausser in wenigen Fällen mit einfachen, standardisierten Leistungen kann somit der Preis, d.h. das billigste Angebot **nie** das entscheidende Vergabekriterium sein, sondern vielmehr das wirtschaftlich Günstigste (Art. 39 Abs. 2 Entwurf). Die Realität zeigt leider ein anderes Bild, weshalb mit Nachdruck auf die Umsetzung des Grundsatzes „Vergabe an den Günstigsten und nicht an den Billigsten“ hingewirkt werden muss.

Der SBV fordert, dass eine bauwirtschaftliche Leistung grundsätzlich nur dem „günstigsten“ Anbieter vergeben wird. Das bedeutet, dass diejenige Anbieterin den Zuschlag erhält, welche in Würdigung aller Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat.

1.5.2 Bekämpfung der Nachfragemacht der öffentlichen Bauherrn

Immer häufiger (so v.a. im Infrastrukturbau) muss der SBV feststellen, dass öffentliche Bauherrschaften ihre Nachfragemacht ausnützen. Sie geben z.B. in Ausschreibungen werkvertragliche Bestimmungen vor oder zwingen solche auf, die bei funktionierendem Wettbewerb nicht durchgesetzt werden könnten. Die im erläuternden Bericht auf S. 63 im Zusammenhang mit Preisverhandlungen vom Bund vertretene Auffassung, der Gefahr eines Missbrauchs der Nachfragemacht werde mit dem revidierten Kartellgesetz begegnet, wird durch die Erfahrung widerlegt. Die Revision des Kartellgesetzes 2004 hat leider keine Änderung des Verhaltens der Bauherrschaften gebracht.

Der SBV fordert mit Nachdruck, dass bei Vergaben die Nachfragemacht der öffentlichen Hand nicht ausgenützt wird.

1.5.3 Neue Lösungen

Der Entwurf will auch neue Lösungen, wie den wettbewerbsrechtlichen Dialog, zulassen. Wir begrüssen diese Vorschläge, stellen aber fest, dass im Gegensatz zum europäischen Recht kein eigentliches Verfahren eines "Competitive Dialogs" vorgesehen ist. Art. 46 Entwurf ist ein Hinweis, erfüllt aber unseres Erachtens nicht die gesetzlichen Anforderungen an ein klares und faires Verfahren.

In diesen Zusammenhang gehört auch eine Regelung der Private Public Partnership (PPP). Ohne klare Vorgaben setzt sich diese interessante und in vielen europäischen Ländern angewandte Lösung nicht durch.

1.5.4 Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbedingungen

Der Lohnanteil bei den bauwirtschaftlichen Leistungen ist besonders hoch. Aufgrund des scharfen Wettbewerbs besteht deshalb eine grosse Versuchung, bei den Lohnkosten zu sparen. Das Bauhauptgewerbe widersetzt sich diesen Gefahren mit dem allgemein verbindlich erklärten Landesmantelvertrag, dessen Vollzug von den paritätischen Berufskommissionen überwacht wird.

Der SBV setzt sich konsequent für „gleich lange Spiesse“ ein, d.h., es gelten die Arbeits- und Arbeitsschutzbedingungen am Ort der Leistung. Liegt ein allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag vor (wie der LMV), gelten die dort festgelegten Bedingungen integral wie in Art. 2 Entsendegesetz (SR 823.20) umschrieben. Dies bedingt, dass die Schweiz zu einem einheitlichen Marktraum sich entwickeln muss: lokale und / oder regionale Unterschiede in den Arbeitsbedingungen verzerren den Wettbewerb und führen zu „ungleich langen Spiesen“.

2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

2.1 Zu Art. 1 Gegenstand

Wie eingangs bemerkt, begrüsst der SBV die Einbindung der Kantone und der Gemeinden in das vorliegende Gesetz. Mit der vorgeschlagenen Teilvereinheitlichung wird den Kantonen trotzdem noch ein genügend grosser Spielraum eingeräumt. Mit der Übernahme verschiedener Bestimmungen des bewährten Konkordats (IVoeB) wird die Akzeptanz entscheidend verbessert (siehe auch Art. 6 Entwurf).

Den Kantonen soll eine Frist von drei Jahren eingeräumt werden, während welcher sie ihr Konkordat revidieren und dem vorliegenden Gesetz anpassen können; erfolgt in dieser Zeit keine Anpassung, gilt das vorliegende Gesetz.

2.2 Zu Art. 2 Zweck

Der SBV ist mit dem Zweckartikel einverstanden. Wir betonen aber, dass das Beschaffungsrecht nicht einseitig dazu dienen darf, möglichst billig Güter und Dienstleistungen einzukaufen, sondern dass eine gesamthafte volkswirtschaftliche Sicht gepflegt wird. Ein besonderes Anliegen ist uns die Fairness zwischen Bauherrschaft und Anbieter wie oben unter Ziff. 1.5.2 beschrieben. Wir erachten deshalb eine Erwähnung im Gesetz als wichtig.

Antrag

Zu Art. 2 Zweck

Mit diesem Gesetz sollen die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass:

- a. öffentliche Beschaffungen transparent und fair durchgeführt werden;
- b. ...

2.3 Zu Art. 3 Öffentliche Beschaffungen

Immer häufiger bieten verwaltungsinterne Stellen bei öffentlichen Beschaffungen mit. Sie weisen andere, meist tiefere Kostenstrukturen auf als Drittanbieter, weil u.a. Quersubventio-

nen nicht auszuschliessen sind. Dies führt zu Marktverzerrungen und widerspricht dem Grundsatz von Fairness und Transparenz. Wenn verwaltungsinterne Stellen in einem dem BoeB unterstellten Verfahren mitbieten, dann müssen sie die gesetzlichen Bestimmungen ebenfalls einhalten. Wir erachten generell den Abs. 2 als zu weit gefasst.

Antrag

Art. 3 Öffentliche Beschaffungen

Abs. 1 ...

Abs. 2 Dieses Gesetz gilt nicht für:

a. ...

b. Leistungen, die innerhalb einer oder zwischen verschiedenen, rechtlich selbständigen Beschaffungsstellen erbracht werden. Beschaffungsstellen, die an öffentlichen Ausschreibungen anderer Beschaffungsstellen als Anbietende teilnehmen, sind dem Gesetz unterstellt;

c. ...

2.4 Zu Art. 4 Beschaffungsstelle und Art. 6 Kantonales Recht

2.4.1 Zu Art. 4: In Abs. 1 wird festgehalten, dem vorliegenden Beschaffungsrecht seien Behörden und Verwaltungseinheiten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden unterstellt. Zudem gelte das BoeB auch für Organisationen, welche direkt oder indirekt unter einem beherrschenden Einfluss des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde stünden.

Soweit es die Grundsatzfrage der Unterstellung von Kantonen und Gemeinden betrifft, siehe unsere Bemerkungen unten Ziff. 2.4.2.

Erstaunt haben uns aber die Bemerkungen auf S. 30 im Erläuternden Bericht zu Abs. 2, wonach die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt SUVA dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterworfen sein soll. Für eine derartige Unterstellung fehlt unseres Erachtens jegliche Grundlage. Die SUVA ist zwar eine öffentlich-rechtliche Anstalt und untersteht der Oberaufsicht des Bundes (Art. 61 UVG). Sie wird aber "nach dem Grundsatz der Selbstverwaltung und der Sozialpartnerschaft geleitet. ... Die SUVA ist ein finanziell unabhängiges Non-Profit-Unternehmen ohne staatliche Subventionen. Sie hat die obligatorische Unfallversicherung im Unterschied zu den privaten Versicherungen nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit zu betreiben (Art. 61 Abs. 2 UVG). ... " (S. 52 Ziff. 3.1.2 Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung vom 29. Mai 2008). Der Bundesrat wählt zwar heute den Verwaltungsrat (Art. 63 UVG, SR 832.20, künftig den Aufsichtsrat), einen beherrschenden Einfluss i. S. des BoeB übt der Bund aber nicht aus. In der Geschäftstätigkeit ist die SUVA im Rahmen des Gesetzes in gleichem Ausmass wie die Privatversicherungen, welche obligatorische Unfallversicherungen anbieten, frei. Damit ist unseres Erachtens erstellt, dass die SUVA *nicht* dem öffentlichen Beschaffungsrecht untersteht.

2.4.2 Zu Art. 6 Kantonales Recht: Wie oben erwähnt, begrüsst der SBV grundsätzlich die Harmonisierung auf dem Weg der Angleichung durch Teilvereinheitlichung. Er erachtet es je-

doch als sinnvoll, wenn das Konkordat als Koordinationsinstrument erhalten bleibt und die Kantone in ihrem Kompetenzbereich gemeinsame Lösungen treffen können. Bezüglich einer Übergangsfrist siehe unsere Bemerkungen oben zu Art. 1.

2.5 Zu Art. 11 Einladungsverfahren und freihändiges Verfahren

Der Bund geht beim Einladungsverfahren von mindestens drei Anbietern aus, wovon zumindest einer ortsfremd sein soll. Diese Formulierung ist zu unbestimmt und führt zu Unklarheiten und Rechtsunsicherheiten. Die Bemerkungen im erläuternden Bericht auf S. 34 helfen dabei wenig weiter. Es ist denn auch bezeichnend, dass in der IVoeB und den kantonalen Gesetzen offenere Formulierungen gewählt wurden.

Der SBV beantragt, auf die Spezifizierung zu verzichten.

Antrag

Art. 11 Einladungsverfahren und freihändiges Verfahren

1 Im Einladungsverfahren lädt die Beschaffungsstelle, soweit möglich, mindestens drei Anbieterinnen zur Abgabe eines Angebotes ein. ____ (streichen)

2 ...

2.6 Zu Art. 13 Vertraulichkeit und Datensicherheit

Der SBV begrüsst die vorgesehene Bestimmung über die Vertraulichkeit der Angaben der Anbieterin. Wiederholt ist es aber vorgekommen, dass Beschaffungsstellen dieses Prinzip verletzt haben. Es ist deshalb ein wichtiges Anliegen, dass dem Vertraulichkeitsgrundsatz Nachachtung verschafft wird. Der SBV fordert deshalb eine Präzisierung im Gesetz, welche Massnahmen die Beschaffungsstelle zur Gewährleistung des Vertraulichkeitsgrundsatzes treffen will.

Antrag

Art. 13 Vertraulichkeit und Datensicherheit

1 Die Beschaffungsstelle nennt in der Ausschreibung die Massnahmen, mit welchen die Vertraulichkeit der von der Anbieterin gemachten Angaben sichergestellt wird.

2 (unverändert)

2.7 Zu Art. 15 Schwellenwerte

Der Bund schlägt neue Schwellenwerte vor. Er will sie für bauliche Leistungen von heute rund 9,575 Mio. CHF auf einheitlich 8 Mio. CHF senken; es wird aber nicht begründet weshalb. Die Schwellenwerte im Dienstleistungsbereich sollen bei 250'000 CHF bleiben.

Der SBV wehrt sich gegen diese Senkung. Die heutigen Werte beruhen auf dem GATT / WTO Übereinkommen (für alle Bauwerke 5 Mio. Sonderziehungsrechte SZR). Allfällige „Gegengeschäfte“ mit anderen Staaten zur Hebung oder Senkung der Schwellenwerte lehnen wir ab. *Er teilt die Ansicht, dass für einzelne Bauleistungen erst ab 2 Mio. Franken das Aus-*

schreibungsverfahren anzuwenden ist. Er verlangt zudem, dass bis 250'000 Franken freihändige Vergabe möglich ist.

Im Weiteren sind auch die Schwellenwerte für Dienstleistungen auf die nach GATT / WTO-Abkommen maximalen Werte anzuheben. Diese Höhe liegt aktuell bei 383'000 CHF.

Antrag

- Der heutige Schwellenwert für Bauwerke von 5 Mio. SZR, entspricht aktuell CHF 9,575 Mio., sei zu belassen;
- für einzelne Bauleistungen sei erst ab CHF 2 Mio. das Ausschreibungsverfahren anzuwenden;
- bis CHF 250'000 sei die freihändige Vergabe zuzulassen;
- die Schwellenwerte für Dienstleistungen seien auf CHF 383'000 zu erhöhen.

2.8 Zu Art. 19 Ausschreibungsunterlagen

Zu Abs. 1: Die Ausschreibungsunterlagen müssen sorgfältig erstellt werden und komplett sein. Zudem dürfen sie Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht vermischen. In der Praxis ist regelmässig festzustellen, dass die Unterlagen diesen Anforderungen nicht oder nur teilweise entsprechen. Zudem verlangt die Praxis, dass die Unterlagen den Interessierten grundsätzlich unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden und mindestens in der Sprache des Leistungsortes ausgeschrieben wird. Kürzlich hat das Bundesverwaltungsgericht der diesen Tatbestand einklagenden Sektion Tessin des SBV in diesem Sinn Recht gegeben.

In lit. d von Abs. 1 werden Zahlungsbedingungen erwähnt. Dazu gehören die Zahlungsfristen. Es ist für die Betriebe stark belastend, wenn Zahlungen nicht fristgerecht eingehen. In Anlehnung an die EU-Richtlinie 2000/35 EG wird international von einer Zahlungsfrist von 30 Tagen ausgegangen. Der SBV fordert, dass auch in der Schweiz grundsätzlich diese Frist statuiert wird.

Zu Abs. 2: Ergänzend ist anzufügen, dass auch im Einladungsverfahren im Zeitpunkt der Einladung die Ausschreibungsunterlagen vorhanden sein müssen. In diesem Sinn ist der Entwurf zu präzisieren (die Ausführungen alleine im Erläuternden Bericht, S. 40 erachten wir als ungenügend).

Zu Abs. 3: Gestützt auf internationales Recht (Art. X:10, lit. b rev. GPA) hat eine Anbieterin das Recht, die Ausschreibungsunterlagen innert kurzer Frist zu erhalten. Diese Bestimmung löst nicht die für die Praxis wichtige Frage der Entgeltlichkeit der Unterlagen (in § 12 Vergaberichtlinie VRöB zur IKV wird in lit. i nur auf den Preis der Unterlagen verwiesen, in Art. VoeB (SR 172.056.11) lässt sich nichts über den Preis finden). **Der SBV fordert deshalb, dass die Ausschreibungsunterlagen gratis abgegeben werden. Falls eine sich für die Unterlagen interessierende Gesuchstellerin kein Angebot einreicht, kann die Ausschreibungsstelle dieser Gesuchstellerin die Kosten für die Unterlagen verrechnen.**

Antrag**Art. 19 Ausschreibungsunterlagen**

1 Die Beschaffungsstelle beschreibt in den Ausschreibungsunterlagen, die den Anbietenden unentgeltlich abgegeben werden und mindestens in der Sprache des Leistungsorts verfasst sind, im Detail:

- a. die Anforderungen an die zu beschaffende Leistung;
- b. die Eignungs- und Zuschlagskriterien (Beurteilungskriterien);
- c. die in die Angebotspreise einzubeziehenden Kostenelemente;
- d. die Zahlungsbedingungen inkl. Zahlungsfristen von in der Regel 30 Tagen;
- e. den vorgesehenen Verfahrensablauf;
- f. die Dauer der Angebotsbindung.

2 Sie macht die Ausschreibungsunterlagen zugänglich:

- a. im offenen Ausschreibungsverfahren im Zeitpunkt der Ausschreibung;
- b. im selektiven Ausschreibungsverfahren im Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe;
- c. (neu) im Einladungsverfahren im Zeitpunkt der Einladung.

3. Sie stellt die Ausschreibungsunterlagen den Anbieterinnen auf Verlangen und unentgeltlich zu. Reicht eine Anbieterin kein Angebot ein, können ihr die Kosten für die Ausschreibungsunterlagen verrechnet werden.

2.9 Zu Art. 21 Leistungsbeschreibung / Art. 22 Technische Spezifikationen

Zu Art. 21 Abs. 1: Die Formulierung in Abs. 1 ist unklar. Gerade im Baubereich existieren viele von Fachorganisationen herausgegebene Standards, z. B. die SIA- oder VSS-Normen. Abs. 1 ist deshalb zu ergänzen (siehe unten).

Zu Art. 21 Abs. 2: Neben Varianten (siehe Art. 24 Entwurf) geben funktionale Ausschreibungen die Möglichkeit, innovative und integrale Lösungen einzuholen. Voraussetzung ist jedoch eine optimale Vorbereitung des Projektes durch die Beschaffungsbehörde mit einer exakten Beschreibung des Zweckes und der erwarteten Funktionalität. Zu prüfen ist im Weiteren, ob eine gewisse Entschädigung für nicht berücksichtigte Bewerber sich nicht rechtfertigt, da eine funktionale Ausschreibung für Anbietende einen wesentlich grösseren Aufwand bedeutet als eine normale Ausschreibung.

Antrag**Art. 21 Leistungsbeschreibung**

1 Die Beschaffungsstelle beschreibt die Anforderungen an die zu beschaffende Leistung, insbesondere deren technische Spezifikationen in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit. Sie berücksichtigt dabei die Standards anerkannter Fachorganisationen.

2 Sie kann aus zureichenden Gründen auch lediglich das Ziel der Beschaffung umschreiben (funktionale Ausschreibung), wobei dieses mindestens den Zweck und die Funktionalität des Beschaffungsgegenstandes präzise definieren soll.

3 ...

2.10 Zu Art. 23 Aufteilung in Lose und Teilangebote

Der Entwurf sieht in Art. 23 die Möglichkeit von Losbildungen vor. Der Gesetzgeber versteht darunter die Aufteilung der Gesamtleistung in Teilleistungen, d.h. entweder nach Leistungsarten oder nach räumlichen Gebieten oder nach quantitativen Kriterien.

Gegen diese Lösung haben wir nichts einzuwenden unter der Voraussetzung, dass die Losbildung in zeitlicher und sachlicher Hinsicht klar umschrieben ist. Es kommt regelmässig vor, dass in den Ausschreibungen sich Texte finden lassen, wie "Losbildung bleibt vorbehalten". Mit dieser unbestimmten Form werden dann je nach Eingang der Offerten Lose gebildet, was gegen eine faire Ausschreibung verstösst. Noch weniger kann in Frage kommen, während der Bauausführung Teilleistungen von der Gesamtleistung abzutrennen. Falls Teilangebote zugelassen werden, ist auch ein Angebot für die Gesamtleistung einzureichen.

Antrag

Art. 23 Aufteilung in Lose und Teilangebote

1 Die Beschaffungsstelle kann in der Ausschreibung die Beschaffung in mehrere Leistungen (Lose) aufteilen.

2 Ausnahmsweise kann die Beschaffungsstelle sich vorbehalten, im Verlauf des Verfahrens aber noch vor dem Zuschlag die Gesamtleistung in mehrere Leistungen (Lose) aufteilen. In diesem Fall weist sie ausdrücklich in der Ausschreibung darauf hin, unter welchen Bedingungen und unterscheidet in der Ausschreibung für welche Bereiche Lose gebildet werden können und ob allenfalls auch ein Angebot für die Gesamtleistung einzureichen ist.

2.11 Zu Art. 24 Varianten

Die Zulassung von Varianten ist zu begrüessen. Sie fördern die Innovation und erweisen sich häufig als wirtschaftlicher denn die Amtsvariante. Strittig ist, ob in jedem Fall neben einer Unternehmervariante auch die Amtsvariante zu offerieren ist, da das Rechnen von zwei Varianten einen wesentlichen Mehraufwand verursacht. Mit der Formulierung gemäss Abs. 2 wird die Beantwortung dieser Frage der Beschaffungsstelle überlassen. Sie überlässt es den Vergabebehörden, ob sie neben der Amtsvariante Unternehmervarianten alleine oder kumulativ zulassen wollen. Grossmehrheitlich lehnen die Betriebe die vorgeschlagene Lösung im Entwurf ab.

Die Unternehmer verlangen, dass grundsätzlich auch die Amtsvariante gerechnet wird, da Unternehmervarianten vielfach schwierig zu beurteilen sind und Beschaffungsstellen sowie Planer wegen der notwendigen Vergleichbarkeit der eingereichten Lösungen regelmässig vor erhebliche Herausforderungen stellen.

Im Weiteren werden Varianten häufig ohne Zustimmung der Anbieterin „weitergereicht“, was eine Verletzung des geistigen Eigentums darstellen kann. Dies ist im Gesetz klarzustellen.

Antrag**Art. 24 Varianten**

1 ...

2 Die Anbieterinnen können ___ neben einem Angebot gemäss Ausschreibung Varianten anbieten, wenn die Beschaffungsstelle dies in der Ausschreibung nicht ausgeschlossen oder soweit sie es nicht eingeschränkt hat.

3 ...

4 (neu) Unternehmervarianten dürfen in der Regel nur von derjenigen Anbieterin ausgeführt werden, welche diese Varianten angeboten hat. Die Anbieterin hat ihre Zustimmung zu erteilen und ist zu entschädigen, wenn die Beschaffungsstelle die Varianten weiter verwenden will, ohne der Anbieterin den Zuschlag zu erteilen.

2.12 Zu Art. 25 Fehlender Nachweis der Einhaltung rechtlicher Anforderungen / Art. 29 Weitere Gründe für den Ausschluss

Zu Art. 25 Abs. 1 lit. a: Diese Litera ist zu ergänzen in dem Sinn, dass die Anbieterin ausdrücklich nachweist, dass sie alle ihre Sozialabgaben bezahlt hat. Eine Anbieterin, welche in der Baubranche die Abgaben nicht bezahlt hat, gewinnt einen bedeutenden Marktvorteil. Die ist unfair und verdient keinen Schutz.

Zu Art. 25 Abs. 1 lit. b: Diese Bestimmung ist missverständlich. Zu den Arbeitsbedingungen gehören neben den staatlich festgelegten selbstverständlich auch die in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und in Normalarbeitsverträgen enthaltenen Bedingungen, wie z.B. Mindestlöhne. Analog zum Entsendegesetz (SR 943.02) ist lit. b in diesem Sinn zu präzisieren.

Zu Art. 25 Abs. 1 lit. d: In dieser Bestimmung wird die Umweltschutzgesetzgebung aufgeführt. Sie ist nur eine unter vielen, die wie die Gewässerschutzgesetzgebung, der Natur- und Heimatschutz usw. zu beachten sind. Eine Sonderstellung kommt der Umweltschutzgesetzgebung nicht zu, weshalb diese Litera zu streichen ist.

Wichtig ist hingegen, dass die Behörden die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen regelmässig überprüfen, beispielsweise durch Stichproben oder durch Paritätische Berufskommissionen. Nur so kann die Bauherrschaft glaubwürdig die Einhaltung der Arbeits- und Arbeitsschutzbedingungen verlangen.

Zu Art. 25 Abs. 3: Eine zentrale Frage ist, ob das Leistungsortsprinzip oder das Herkunftsortsprinzip anzuwenden ist. Die vorliegende Fassung in Abs. 3 ist verwirrend und suggeriert, es sei möglich, innerhalb der Schweiz das Binnenmarktgesetz mit dem Herkunftsortsprinzip anzuwenden und gegen ausländische Anbieter das Entsendegesetz mit dem Leistungsortsprinzip im Bereich der Arbeitsbedingungen durchzusetzen. Der SBV äussert sich nicht darüber, ob dies aufgrund des internationalen GATT / WTO-Abkommens und des Personenfreizügigkeitsabkommens (PFA) mit der Europäischen Union mit Blick auf die Respektierung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung der Anbietenden möglich ist. Der SBV unterstützt das Leistungsortsprinzip, wie dies im Entsendegesetz festgehalten ist und auch in kantonalen

Vergabevorschriften zu finden ist. Voraussetzung für diese Position ist allerdings, dass die Schweiz einen einzigen Markt darstellt. Allfällige lokale und / oder regionale Unterschiede in den Arbeitsbedingungen in der Schweiz - soweit nicht aufgrund ganz besonderer Umstände, wie Arbeitszeiten in Berggebieten, unerlässlich - verzerren den Wettbewerb und führen zu „ungleich langen Spiessen“.

In **Art. 29 Entwurf**, der den Art. 25 ergänzt, wird in Abs. 1 ausgeführt, dass aus „wichtigen Gründen“ eine Anbieterin vom Verfahren ausgeschlossen werden könne. Als wichtige Gründe werden in nicht abschliessender Folge einige Tatbestände aufgezählt, darunter die Nichtbezahlung von Steuern. Zu diesen zählen wir auch Abgaben, wie z.B. die LSV. In diesem Sinn ist lit. b in Abs. 1 zu ergänzen.

Antrag

Art. 25 Fehlender Nachweis der Einhaltung rechtlicher Anforderungen

1 Die Beschaffungsstelle schliesst eine Anbieterin von einem Beschaffungsverfahren aus, wenn diese auf Anfrage hin nicht nachweist, dass sie die folgenden Anforderungen erfüllt:

- a. Sozialversicherungsrecht (inkl. Sozialabgaben);
- b. staatlich festgelegte Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen einschliesslich solche in allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen sowie Normalarbeitsverträgen mit allgemeinverbindlich erklärten Lohnbestimmungen;
- c. ...
- d. _____ *(streichen)*
- e. ...

2 ...

3 Massgeblich sind die Bestimmungen am Ort, wo die Leistung erbracht wird. Für ausländische Anbieterinnen gilt das Entsendegesetz (SR 823.20).

4 (neu) Die Beschaffungsstelle überprüft die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen mittels geeigneter Massnahmen, wie Kontrollen.

Art. 29 Weitere Gründe für den Ausschluss

1 Die Beschaffungsstelle kann eine Anbieterin aus anderen wichtigen Gründen aus einem laufenden Verfahren ausschliessen. Wichtige Gründe liegen insbesondere vor, wenn die Anbieterin:

- a. ...
- b. staatliche Abgaben, wie Steuern, nicht bezahlt, oder
- c. ...

2.13 Zu Art. 26 Rechtskräftige Feststellung wegen Missachtung gesetzlicher Vorschriften

In Art. 26 Abs. 1 Entwurf ist ein Ausschluss während des Beschaffungsverfahrens möglich, falls die Beschaffungsstelle Kenntnis davon erhält, dass die Anbieterin während des Verfahrens oder in den drei Jahren zuvor von einem Gericht rechtskräftig verurteilt worden ist. Zu den Ausschlussgründen gehören u. a. schwerwiegende Verletzungen von Vorschriften gemäss Art. 25 Abs. 1 Entwurf. In Ergänzung zu unserem Antrag auf ausdrückliche Erwähnung von allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen gehören zu den Gerichtsbe-

schliessen auch rechtskräftige Beschlüsse der Paritätischen Berufskommissionen. Sie sind von Gesetzes wegen für den Vollzug von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen zuständig (OR 356, Art. 6 AVEG).

Ergänzend weisen wir darauf hin, dass in Abs. 1 lit. a der unbestimmte Rechtsbegriff „schwerwiegende Verletzung“ zu erheblichen Diskussionen Anlass geben wird. Wir erwarten in der Botschaft Präzisierungen seitens des Gesetzgebers (allenfalls sind in der Vollzugsverordnung Präzisierungen vorzunehmen). Es versteht sich, dass Bagatellfälle nicht zu einem Ausschluss führen dürfen, sondern nur schwerwiegende und stossen Verstösse.

Antrag

Art. 26 Rechtskräftige Feststellung wegen Missachtung gesetzlicher Vorschriften und von Bestimmungen in allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen

1 Die Beschaffungsstelle schliesst eine Anbieterin von einem Beschaffungsverfahren aus, wenn sie Kenntnis davon hat, dass sie während des Verfahrens oder in den drei Jahren vor dessen Beginn von einem Gericht rechtskräftig verurteilt worden ist oder von einer Paritätischen Berufskommission ein rechtskräftiger Beschluss wegen Verstosses gegen einen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag gegen sie vorliegt, dass im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit der Anbieterin einer der nachstehend genannten Tatbestände erfüllt ist und die Anbieterin nicht nachweisen kann, dass in der Zwischenzeit der rechtskonforme Zustand wieder hergestellt ist und sie alle erforderlichen und zumutbaren Massnahmen getroffen hat, um einen solchen Verstoss künftig zu verhindern:

- a. schwerwiegende und stossende Verletzung von Vorschriften nach Art. 25 Abs. 1;
- b. ...
- c. ...

2 (unverändert)

2.14 Zu Art. 28 Ausschluss wegen Vorbefassung

Ein Ausschluss wegen Vorbefassung soll gemäss Entwurf dann erfolgen, wenn objektiv erkennbar sei, dass eine Anbieterin sich einen Wettbewerbsvorteil zu ihren Konkurrentinnen dank Vorbefassung verschafft hat. Als Regel gelte, so im erläuternden Bericht, S. 46, wenn eine Anbieterin „massgebend“ an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt gewesen sei.

Diese Umschreibung wird zu Diskussionen Anlass geben. Wir schlagen vor, dass in der Vollzugsverordnung „massgebend“ präzisiert wird.

2.15 Zu Art. 30 – 32 Beurteilungskriterien

Jede Anbieterin muss für die Erbringung der zu beschaffenden Leistung bzw. zur Lieferung des gewünschten Produkts "geeignet" sein. In Anhang 2 werden die in Art. 31 Abs. 2 erwähnten Eignungskriterien näher umschrieben: diese Kriterien sind objektiv und haben nichts mit der eigentlichen Leistung der Anbieterin zu tun. In diesem Sinn wird die Formulierung in Art. 30 "Die Beschaffungsstelle legt leistungsbezogene und überprüfbare Eignungs- und Zuschlagskriterien (Beurteilungskriterien) fest" nicht konkretisiert. Diese Kriterien sind noch zu konkretisieren.

Die Eignungs- und Zuschlagskriterien müssen in allen Fällen im Voraus bekannt sein. Sie gehören deshalb bereits in die Ausschreibung. Für die Transparenz des Verfahrens und die Akzeptanz eines Beschaffungsentscheides ist überaus wichtig, dass die "Spielregeln" schon bei der Ausschreibung bekannt sind. Art. 38 Entwurf "Änderung der Anforderungen an die Leistung und der Beurteilungskriterien" steht deshalb in krassem Widerspruch zu dieser Forderung und ist ersatzlos zu streichen.

Bei den Zuschlagskriterien wird neu nach monetären und nicht monetären Zuschlagskriterien unterschieden. Diese Unterscheidung wird grossmehrheitlich abgelehnt. Bei den monetären Kriterien wird in der Botschaft ausgeführt (S. 50), dass bei vielen Gütern nicht nur die Beschaffungskosten allein entscheidend seien, sondern auch die Gesamtkosten, der Preis sei nur ein Zuschlagskriterium unter vielen. Der SBV teilt diese Auffassung und wird öffentliche Bauherrschaften, wann immer sie versuchen, nur dem Billigsten zu vergeben, an diesen gesetzgeberischen Willen erinnern.

Im Verfahrensablauf entscheidend ist hingegen, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien mit den Umrechnungsfaktoren bereits in der Ausschreibung bekannt gegeben wird. Der Preis soll dabei nicht mehr als 50 % ausmachen. Falls das Kriterium der Umweltverträglichkeit als Zuschlagskriterium gelten soll, dann ist auch die Emissionsbilanz der Transportwege einzu beziehen, wie dies der bundesgerichtlichen Praxis Rechtsprechung entspricht. Natürlich darf dieses Zuschlagskriterium nicht vorgeschoben werden, um einzig Ortsansässige zu begünstigen.

Antrag

Art. 31 Eignungskriterien

1 - 3 (unverändert)

4 (neu) Die Eignungskriterien werden in geeigneter Form zusammen mit der Ausschreibung bekannt gegeben.

Zu Art. 32 Zuschlagskriterien

1 (unverändert)

2 **Hauptantrag:** streichen

Eventualantrag: Es ist zu unterscheiden zwischen:

a. ...

b. nicht monetäre Zuschlagskriterien: sie beziehen sich auf die Qualität der angebotenen Leistung, wie insbesondere auf deren Funktionalität, Ästhetik, technischen Wert, Realisierungsdauer, Servicebereitschaft, Fachkompetenz, Effizienz der Methodik, Innovationsgehalt und Umweltverträglichkeit (inkl. der Emissionen auf den Transportwegen).

3 Die Beschaffungsstelle gibt in den Ausschreibungsunterlagen die einzelnen Zuschlagskriterien mit deren Gewichtung inkl. Umrechnung in Punkte bekannt. Der Preis darf dabei nicht mit mehr als 50 % gewichtet werden.

4 (unverändert)

2.16 Zu Art. 36 Öffnung der Angebote

Transparenz des Verfahrens ist für ein faires Verfahren damit für die Anbietenden ein entscheidender Punkt. Die vorgeschlagene Lösung erfüllt diese Anforderungen nicht.

Mit **Nachdruck** fordern die Betriebe, dass die Offertöffnung generell öffentlich erfolgt (d. h. die Anbieterinnen werden zur Teilnahme eingeladen) und dass das Protokoll der Offertöffnung innert zwei Tagen den Anbietenden zugestellt wird. Damit erhalten Anbietende mit geringen Chancen die Möglichkeit, das Projekt abzuschliessen und sich anderen Aufgaben zuzuwenden. Die im erläuternden Bericht (S. 52) geäusserten Befürchtungen, es komme zu Absprachen, falls nach der Öffnung noch Verhandlungen geführt werden, sind unbegründet: der SBV lehnt Verhandlungen über den Preis strikte ab.

Antrag

Art. 36 Öffnung der Angebote

1 (unverändert)

2 Sie öffnet die fristgerecht eingereichten Angebote in Anwesenheit von mindestens zwei Personen, welche die Rechtmässigkeit des Verfahrens gewährleisten.

3 (unverändert)

4 Sie führt die Öffnung der Angebot öffentlich durch und stellt das Protokoll über die Öffnung der Angebote innert zwei Tagen den Anbieterinnen zu.

2.17 Zu Art. 37 Bereinigung der Angebot

Abs. 1 gibt der Vergabestelle die Möglichkeit, die Angebote nicht nur in technischer sondern auch in wirtschaftlicher/preislicher und inhaltlicher Hinsicht zu bereinigen. Soweit es sich um Preisberechnungsaspkete oder technische Fragen handelt, ist nichts dagegen einzuwenden. Inhaltliche Bereinigungen hingegen können die Vergabebehörden dazu verleiten, die Spielregeln zu ändern; dies widerspricht den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung. **Der SBV lehnt deshalb eine inhaltliche Bereinigung bei baulichen Dienstleistungen klar ab.**

Abs. 3: Begrüssst wird die Möglichkeit, bei einem Angebot mit einem ungewöhnlich tiefen Preis Abklärungen zu tätigen. Die Formulierung „kann sie bei der Anbieterin Erkundigungen einholen“ ist zu schwach und stellt es in das Ermessen der Vergabebehörde, ob sie tätig werden will oder nicht. Es wird denn einhellig gefordert, dass die Vergabebehörde Abklärungen treffen **muss**. Zusätzlich muss die Beschaffungsstelle auch die notwendigen Massnahmen ergreifen, wie Festlegung im Werkvertrag, dass die Baustelle regelmässig von einer Paritätischen Berufskommission überprüft wird, damit Art. 25 Entwurf auch während der Auftragsausführung gewahrt bleibt.

Antrag**Art. 37 Bereinigung der Angebote**

1 Die Beschaffungsstelle bereinigt die Angebote in ____ technischer und rechnerischer Hinsicht, so dass sie vergleichbar sind.

2 *(unverändert)*

3 Erhält die Beschaffungsstelle ein Angebot, dessen Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten aussergewöhnlich niedrig ist, so muss die Beschaffungsstelle ausdrücklich prüfen, ob nicht ein Ausschlussgrund nach den Artikeln 25 und 26 vorliegt und sie die Eignungskriterien (Art. 31) erfüllt, bevor sie die Zuschlagskriterien prüft und bewertet. Sie ergreift alle notwendigen Massnahmen, damit während der Ausführung des Auftrags die rechtlichen Anforderungen gemäss Art. 25 und 26 erfüllt bleiben.

2.18 Zu Art. 38 Änderung der Anforderungen an die Leistung und der Beurteilungskriterien

Der Entwurf sieht vor, dass die Anforderungen an die Leistung und die Beurteilungskriterien im Verlauf des Verfahrens geändert werden können, soweit diese Änderungen nicht wesentlich seien. Diese Lösung lädt geradezu dazu ein, die Ausschreibung zu manipulieren und das Gesamtangebot nachträglich zu optimieren. Der Grundsatz der Transparenz und der rechtsgleichen Behandlung kann dadurch verletzt werden, denn die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen ist schwierig. Die heutige Praxis besteht darin, sog. unwesentliche Änderungen im Rahmen der Werkvertragsverhandlungen vorzunehmen; bei wesentlichen Änderungen hingegen das Verfahren gemäss Art. 57 Abs. 1 lit. d abzubrechen.

Antrag

Art. 38 *(streichen)*

2.19 Zu Art. 39 Zuschlag und Art. 41 Abweichendes Recht

Abs. 2 und 3: Abs. 2 stellt das wirtschaftlich günstigste Angebot in den Vordergrund. Der tiefste Preis soll einzig bei standardisierten Leistungen ausschlaggebend sein (Abs. 4). Verwirrend ist zudem die Unterscheidung in nicht-monetäre und monetäre Kriterien. Dies kann dazu führen, dass bei den monetären Kriterien der tiefste Preis entscheidet, was dann für die Vergabe entscheidend ist. Deshalb ist unser Hauptantrag, die Unterscheidung monetär - nicht monetär zu streichen (siehe auch vorne Ziff. 2.15 zu Art. 32). Wird die Unterscheidung trotzdem beibehalten, ist sicherzustellen, dass eine Gesamtbeurteilung vorgenommen wird.

Wir fordern von den Vergabebehörden, dass sie nicht einfach an den Billigsten vergeben, sondern eine objektive Bewertung vornehmen, bei welcher der Preis nicht mehr als 50 % ausmacht, aber die anderen Kriterien auch nicht so manipuliert werden, dass letztlich doch der Preis entscheidet. Konsequenterweise ist die Unterscheidung von monetär und nicht-monetär aufzuheben und eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen.

Abs. 5 sieht bei gleichwertigen Angeboten als entscheidendes Kriterium die Anzahl der angebotenen Ausbildungsplätze vor; dies ist ein wichtiges Kriterium und ein Bekenntnis zum Ausbildungsplatz „Schweiz“. Allerdings ist diese Lösung wenig hilfreich und nicht zukunftsorientiert, auch wenn sie in der Politik populär ist. Die Gefahr besteht nämlich, dass Anbieterinnen Ausbildungsplätze nur pro forma anbieten, um die Chancen bei den Vergaben zu erhöhen. Falls dann tatsächlich Lehrverträge abgeschlossen werden, mag es an der Seriosität der Ausbildungen fehlen. Im Weiteren muss dieses Kriterium bereits bei „annähernd gleichwertigen“ Angeboten eine ausschlaggebende Rolle spielen und nicht erst bei exakt gleichwertigen, was ohnehin kaum je der Fall ist.

Wir beantragen, dass nicht die Zahl der Ausbildungsplätze eine Rolle spielen soll, sondern die in den letzten drei Jahren vor der Vergabe erfolgreich abgeschlossenen Lehren.

Art. 41 will den Kantonen die Befugnis einräumen, in den Art. 39 Abs. 2 bis 5 und Art. 40 vom Entwurf abzuweichen. Der weite Ermessensspielraum bei der Anwendung der Kriterien lässt den Kantonen genügend Raum zur Berücksichtigung kantonaler Gegebenheiten. **Wir fordern deshalb, dass diese Bestimmung gestrichen wird.**

Antrag

Art. 39 Zuschlag

1, 2 und 4 (*unverändert*)

3 Sie ermittelt das wirtschaftlich günstigste Angebot, indem sie die Angebote anhand der ___ Zuschlagskriterien nach einem objektiven, zum Voraus bekannten Massstab bewertet. Das Kriterium Preis soll bei der Bewertung mit höchstens 50 % gewichtet werden; bei ungewöhnlich tiefen Angeboten gilt Art. 37 Abs. 3.

5 Bei annähernd gleichwertigen Angeboten berücksichtigt die Beschaffungsstelle, in welchem Ausmass eine Anbieterin in den letzten drei Jahren erfolgreich Lernende ausgebildet hat.

Art. 41 Abweichendes Recht

streichen

2.20 Zu Art. 47 Verhandlungen

Die heutige Interkantonale Vereinbarung IKV sieht keine Verhandlungen vor, im Gegensatz zum heutigen BoeB. Trotz des heftigen Widerstandes der gewerblichen Branchen hat der Bund wiederum eine Bestimmung eingefügt, die es den Vergabebehörden erlaubt, Verhandlungen auch über den Preis durchzuführen.

Die Bemerkungen im erläuternden Bericht (S. 63), viele Gründe würden für Preisverhandlungen sprechen, der Gefahr von Missbräuchen der Nachfragemacht könne mit dem Kartellgesetz begegnet werden, sind wenig überzeugend und finden weder in der Wirtschaft noch bei den Kantonen Zustimmung. Mit Preisverhandlungen wird das Zuschlagsverfahren unterlaufen: Auf der einen Seite hebt ein Teil der Anbietenden ihre Preise, um eine Verhandlungsmarge zu haben, auf der anderen Seite geht die Vergabestelle davon aus, es müsse noch ein Spielraum vorhanden sein. Dies führt zwangsläufig zu einem Bazar um den Preis und zwingt die Vergabestelle, ihre Nachfragemacht auch tatsächlich auszunützen und die Hypothese von

überhöhten Preisen zu bestätigen. Preisrunden sind einzig bei standardisierten Gütern denkbar, wie dies in Art. 39 Abs. 4 Entwurf vorgesehen sind.

Preisverhandlungen sind deshalb unannehmbar und werden von der Baubranche auf das Entschiedenste bekämpft. Es ist im Gesetz zu präzisieren, dass Abgebotsrunden untersagt sind.

Antrag

Art. 47 Verhandlungen

1 Eine Verhandlung über den Preis, den Leistungsumfang oder das Preis-/Leistungsverhältnis ist unter Vorbehalt von Art. 39 Abs. 4 dieses Gesetzes nicht gestattet.

2 (streichen)

2.21 Zu Art. 48 Elektronische Auktionen

Elektronische Auktionen sind in den Ländern der EU üblich; der Bund will deshalb diese Möglichkeit auch im schweizerischen Vergaberecht verankern. Im erläuternden Bericht werden auf S. 65 Fälle erwähnt, bei welchen elektronische Auktionen als sinnvoll bewertet werden. Seitens der Betriebe werden derartige Ausschreibeverfahren bei baulichen Dienstleistungen als unsinnig und nicht realisierbar angeschaut. Der SBV fordert deshalb, dass der Gesetzgeber die Fälle abschliessend erwähnt, in welchen elektronische Auktionen in Frage kommen können, oder eine Negativenumeration vornimmt.

2.22 Zu Art. 49 Ständige Liste

Ständige Listen sind gemäss Art. IX:8 GPA möglich. Der Bund will deshalb diese Möglichkeit auch in das schweizerische Vergaberecht übernehmen. Im Kanton Thurgau wurden derartige Listen vom Kanton in Zusammenarbeit mit der Wirtschaft für den Bausektor eingeführt: die Erfahrungen sind positiv, der administrative Aufwand relativ gering. Der Bund benützt in verschiedenen Bereichen ebenfalls derartige Listen. Es fragt sich, ob nicht eine zentrale Liste geschaffen werden sollte, damit der Überblick besser gewahrt und die Administration vereinfacht werden kann. Es ist richtig, dass den Kantonen die Kompetenz verbleiben soll, ob sie von diesem Instrument Gebrauch machen wollen.

2.23 Zu Art. 52 Minimalfristen / Art. 53 Verkürzungen

Im GATT / WTO-Abkommen (GPA) sind minimale Fristen vorgesehen; diese Fristen sind in Art. 52 des Entwurfs festgehalten. Für grosse Ausschreibungen im Baubereich erweisen sich die Minimalfristen regelmässig als zu kurz und die Anbieterinnen müssen Verlängerungsgesuche einreichen. Hier empfiehlt sich eine flexible Lösung.

Es kommt regelmässig vor, dass bereits ausgeschrieben wird, ohne dass die Unterlagen für die Anbieterinnen erhältlich sind. Es können Tage vergehen, bis diese endlich im Besitz der notwendigen Dokumente sind und die Offerten bearbeiten können. Dies ist unbefriedigend. Durch eine bessere Koordination zwischen der Publikation der Ausschreibung und der Aufar-

beutung der Submissionsunterlagen kann viel Ärger wegen zu kurzer Ausschreibungsfristen verhindert werden. **Der SBV fordert deshalb, dass erst dann publiziert wird, wenn alle Ausschreibungsunterlagen bereit gestellt sind.**

Mit Art. 53 wird für die Vergabestelle die Möglichkeit geschaffen, diese Fristen zu verkürzen, wenn eine elektronische Publikation erfolgt. Die elektronische Publikation hat im baulichen Bereich wenig mit der Ausschreibung zu tun. Wir fordern deshalb, dass dies im Gesetz klar gestellt wird.

Antrag

Art. 53 Verkürzungen

1 Sofern es sich nicht um bauliche Dienstleistungen handelt, kann die Beschaffungsstelle ____ mit jeder der folgenden Voraussetzungen, die erfüllt ist, die Minimalfristen für die Einreichung der Angebote von 40 Tagen um je 5 Tage bis auf 25 Tage verkürzen:

- a. ...
- b. ...
- c. ...

2 (unverändert)

2.24 Zu Art. 57 Abbruch des Verfahrens

Das GATT / WTO-Abkommen sieht vor, dass Ausschreibungsverfahren abgebrochen werden können (Art. XV:5 rev. GPA). Der Entwurf enthält eine umfassende Bestimmung, wann und wie Verfahren abgebrochen werden dürfen. Bei Verstössen gegen das Kartellgesetz (Abs. 1 lit. b) oder wenn ein Angebot die zentralen Anforderungen an die zu erbringende Leistung nicht erfüllt (Abs. 1 lit. a), ist dies nachvollziehbar.

Grundsätzlich abzulehnen sind jedoch Gründe, wie Änderungen der technischen oder finanziellen Rahmenbedingungen (Abs. 1 lit. b) oder Änderung der Anforderungen durch die Beschaffungsstelle (Abs. 1 lit. d). Von den Beschaffungsbehörden ist zu erwarten, dass sie eine Submission sorgfältig vorbereiten, die Rahmenbedingungen genau geprüft haben und die nötigen politischen Entscheidungen eingeholt haben. Eine Ausschreibung darf nicht dazu dienen, lediglich Machbarkeiten zu evaluieren und Kosten zu ermitteln, wie dies in letzter Zeit wiederholt vorgekommen ist; in diesem Sinn müssen schwerwiegende Indizien für ein kartellrechtswidriges Verhalten vorliegen (siehe Art. 57 Abs. 1 lit. c). Jede grössere Ausschreibung verursacht bei den Anbietenden einen erheblichen finanziellen und personellen Aufwand. Sollte der Bund trotzdem Gründe wie in lit. b und d zulassen, fordert der SBV eine Vergütung des Aufwandes, den die – nicht berücksichtigten – Anbietenden erlitten haben. Rechtfertigen es die Umstände, kann das Beschaffungsverfahren mit denjenigen Anbietenden fortgesetzt werden, welche mit dem kartellrechtswidrigen Verhalten nichts zu tun haben.

Antrag

Art. 57 Abbruch des Verfahrens

1 Die Beschaffungsstelle kann ausnahmsweise ein Verfahren abbrechen, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Ein solches kann insbesondere dann gegeben sein, wenn:

- a. kein Angebot die zwingenden Anforderungen an die Leistung erfüllt;
- b. (streichen)

- c. ein begründeter Verdacht auf ein kartellrechtswidriges Verhalten besteht bzw. schwerwiegende Indizien dafür vorliegen. ____
- d. sich wesentliche Änderungen der Rahmenbedingungen ergeben.

2 (unverändert)

3 (neu) Wird ein Verfahren gemäss Abs. 1 lit. d abgebrochen, sind die Anbieterinnen für den Aufwand für die Angebotseingaben voll zu entschädigen. Das Gleiche gilt grundsätzlich im Fall von Abs. 1 lit. c für diejenigen Anbieterinnen, die am allfälligen kartellrechtswidrigen Verhalten nicht dabei waren; die Beschaffungsstelle kann jedoch ausnahmsweise das Verfahren mit diesen Anbieterinnen auch fortsetzen.

2.25 Zu Art. 68 Grundsatz

Das GATT / WTO-Abkommen (Art. XX gpa) sieht einen Rechtsschutz nur für Vergaben über den Schwellenwerten vor (bei baulichen Vergaben 5 Mio. Sonderziehungsrechte). In Art. 68 Entwurf wird dies nochmals festgehalten und im erläuternden Bericht (S. 74) präzisiert. Unter den Schwellenwerten ist kein ausgebauter Rechtsschutz vorgesehen. Die korrekte Anwendung des Beschaffungsrechts müsse mittels einer gut ausgebauten und effektiven Aufsicht erfolgen, so im erläuternden Bericht.

Dagegen wird verschiedentlich eingewendet, der Rechtsschutz müsse auch für Vergaben unter den Schwellenwerten (dies betrifft die überwiegende Mehrzahl der Vergaben) gewährleistet werden. Dieses Anliegen ist ernst zu nehmen. Bund und Kantone werden eingeladen, entsprechende Massnahmen zu treffen, damit auch unterhalb der Schwellenwerte ein genügender Rechtsschutz besteht (in der Rechtsweggestaltung sind die Kantone unter den Schwellenwerten frei, das Bundesrecht kann diesbezüglich keine Vorschriften machen). Die Betriebe fordern insbesondere, dass auch im Einladungsverfahren eine Rechtsmittelmöglichkeit bestehen müsse. Natürlich nur für die eingeladenen Anbietenden. Damit keine Missverständnisse entstehen, ist in einem neuen Abs. 2 festzuhalten, dass kein Anspruch auf Teilnahme an einem Einladungsverfahren besteht; die Behörde entscheidet frei, wen sie einladen will.

Der SBV fordert den Bund auf, für das rev Boeb nach geeigneten Massnahmen zu suchen, welche den Rechtsschutz bei tieferen Beschaffungswerten ebenfalls effizient gewährleisten.

Antrag

Art. 68 Grundsatz

1 Der Rechtsschutz gemäss diesem Gesetz besteht, unabhängig von der tatsächlich gewählten Verfahrensart, ____ bei Beschaffungsverfahren, in denen die massgebenden Schwellenwerten für das offene oder das selektive Ausschreibungsverfahren oder das Einladungsverfahren erreicht oder überschritten werden.

2 Im Einladungsverfahren besteht kein Anspruch auf Teilnahme.

2.26 Zu Art. 70 Sprache

In einem vielsprachigen Land wie die Schweiz ist die Sprachenfrage sehr wichtig. Zudem finden sich auch im GATT / WTO-Abkommen (GPA) diesbezügliche Vorschriften.

Die verschiedenen Sprachregionen machen darauf aufmerksam, dass ein Vergabeentscheid immer in der Sprache am Leistungsort erfolgen müsse. Der SBV unterstützt diese Forderung.

Antrag

Art. 70 Sprache

1 Die anfechtbaren Entscheide erfolgen in Deutsch, Französisch oder Italienisch. In jedem Fall muss der Entscheid auch in der Amtssprache am Leistungsort ergehen.

2 (unverändert)

2.27 Zu Art. 73 Beschwerdelegitimation

Im Entwurf wird festgelegt, wer zu einer Beschwerde legitimiert ist. Gestützt auf das GATT / WTO-Abkommen (GPA) ist dies naturgemäss eine betroffene Anbieterin. Es ist in keiner Art und Weise ersichtlich, weshalb eine Beschaffungsstelle befugt werden soll, einen Entscheid einer Rekursinstanz anfechten zu dürfen. Abs. 3 ist deshalb zu streichen.

In verschiedenen Fällen genügen die Ausschreibungsunterlagen nicht den gesetzlichen Anforderungen. Die Bewerber werden dies verärgert und zähneknirschend akzeptieren und aus Angst vor einer Benachteiligung beim Zuschlag keine Beschwerde erheben. Diese unbefriedigende Situation kann damit behoben werden, dass der **zuständige Berufs- oder Branchenverband ausdrücklich berechtigt ist, anstelle seiner Mitglieder gegen derartige Ausschreibungen Beschwerde zu erheben**. Es sollen die allgemeinen Voraussetzungen für die Erhebung einer Beschwerde durch Verbände gelten (siehe Häfelin / Müller, Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz 1786 ff.).

Antrag

Art. 73 Beschwerdelegitimation

1 *Zur Beschwerde berechtigt sind Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz.*

2 *Anbieterinnen aus dem Ausland sind zur Beschwerde berechtigt, soweit schweizerischen Anbieterinnen im betreffenden Staat Gegenrecht gewährt wird.*

3 (streichen)

4 (neu) Berufs- und Branchenverbände sind berechtigt, gegen eine Ausschreibung Beschwerde zu erheben und die gerichtliche Überprüfung zu verlangen, ob die Ausschreibung den gesetzlichen Anforderungen entspricht.

2.28 Zu Art. 76 Aufschiebende Wirkung

In den vergangenen Jahren war die Frage der aufschiebenden Wirkung eines Rekurses in der Politik aber auch unter Juristen heftig umstritten. Mit der Vergabe des ATG-Loses Tunnel Erstfeld sowie der Vergabe der Bahntechnik im Gotthard-Basistunnel wurde die Problematik inkl. Kostenfolgen voll aufgedeckt. Zu Recht will deshalb der Bund mit einer neuen Lösung diese Schwierigkeiten mindern. Er schlägt vor, grundsätzlich auf das Bundesverwaltungsrecht abzustellen (danach hat ein Rekurs von Gesetzes wegen eine aufschiebende Wirkung), je-

doch diesen Grundsatz einzuschränken, wenn es das Interesse des Landes gebiete (Abs. 2). Zudem soll der Bundesrat auf dem Verordnungsweg eine Liste von öffentlichen Werken und Bundesaufgaben publizieren dürfen, bei denen die Beschwerdeinstanz nur feststellen könne, ob der angefochtene Entscheid Recht verletze.

Diese vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung wird einhellig abgelehnt. Für die Betriebe kommt **nur** die heute im Interkantonalen Konkordat in Art. 17 festgehaltene und mittlerweile bewährte Regelung in Frage. Danach hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung. Wird ein Rekurs eingereicht, hat die Beschwerdeführerin zuerst die aufschiebende Wirkung zu verlangen. Ist mit einem bedeutenden Nachteil zu rechnen, so Art. 17 Abs. 3 IKV, kann die Beschwerdeführerin zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet werden. Diese Lösung hat sich in den Kantonen bewährt; es sind in letzter Zeit kaum mehr Fälle von Verfahrensverzögerungen bekannt geworden.

Als untauglich erachten wir den Vorschlag gemäss Art. 76 Abs. 4 Entwurf, wonach eine Liste von öffentlichen Werken und Bundesaufgaben publiziert werden soll, bei deren Vergabe nur ein eingeschränkter Rechtsschutz gelten soll.

Antrag

Art. 76 Aufschiebende Wirkung

1 Eine Beschwerde (Rekurs) 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 private Interessen entgegenstehen.

3 Wird die aufschiebende Wirkung auf Gesuch der Beschwerdeführerin anerkannt, kann die Beschwerdeführerin innerhalb nützlicher Frist zur Leistung von Sicherheiten für die Verfahrenskosten und mögliche Parteientschädigungen verpflichtet werden. Wird die Sicherheit nicht innert der angesetzten Frist geleistet, wird die Erteilung aufschiebende Wirkung nicht erteilt.

4 Die Beschwerdeführerin hat den Schaden zu ersetzen, der Dritten oder der Vergabestelle bei einer erfolglosen Einreichung eines Gesuches um aufschiebende Wirkung entstanden ist.

2.29 Zu Art. 78 Umfang des Schadenersatzes für die Anbieterin

Das GATT / WTO-Abkommen (Art. XVIII:7 lit. c rev. GPA) sieht einen Schadenersatz für eine Beschwerde führende Anbieterin vor, falls sie mit erheblicher Wahrscheinlichkeit den Zuschlag erhalten hätte. Der Bund will lediglich vorschreiben, dass Ersatz für Aufwendungen zu leisten ist, die im Zusammenhang mit dem Beschaffungs- und dem Rechtsschutzverfahren stehen (Aufwendungen für die Offerterstellung, gesamte Aufwendungen für das Rechtsschutzverfahren und eine angemessene Entschädigung).

Die Betriebe lehnen eine solche minimale Entschädigung ab. Bei einer widerrechtlichen Vergabe muss die Ersatzleistung deutlich höher sein (als Massstab sind die entgangenen Deckungsbeiträgen heranzuziehen).

Antrag**Art. 78 Umfang des Schadenersatzes für die Anbieterin**

1 Kann die Beschwerde führende Anbieterin nachweisen, dass ihr ohne die festgestellte Rechtswidrigkeit der Zuschlag mit erheblicher Wahrscheinlichkeit erteilt worden wäre, so hat sie Anspruch auf vollen Ersatz ihrer Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Beschaffungs- und mit dem Rechtsschutzverfahren sowie auf Zusprechung einer angemessenen Entschädigung.

2 (unverändert)

2.30 Zu Art. 81 Schadenersatz für die Beschaffungsstelle

Der Gesetzgeber will eine Beschwerde führende Anbieterin zu Schadenersatz an die Beschaffungsstelle verpflichten, wenn es sich um eine offensichtlich unbegründete Beschwerde handelt und die Beschaffungsstelle dadurch einen Schaden erlitten hat.

Die vorgeschlagene Bestimmung kann bei extensiver Auslegung dazu führen, dass praktisch in jedem Fall eine rekurrierende Anbieterin mit Schadenersatzfolgen rechnen muss; dies ist nicht Sinn und Zweck des Beschwerdeverfahrens und widerspricht auch dem Geist des GPA. Es kann sich allein um trölerische, missbräuchliche Beschwerden handeln. Beim Schadenersatz beläuft sich der Ersatz auf die zusätzlichen Verfahrensaufwendungen, welche die Beschaffungsstelle durch die missbräuchliche oder trölerische Beschwerde erlitten hat.

Antrag**Art. 81 Schadenersatz für die Beschaffungsstelle**

1 Hat die Beschwerde führende Anbieterin in missbräuchlicher Absicht eine offensichtlich unbegründete Beschwerde eingereicht, so haftet sie der Beschaffungsstelle für den der Beschaffungsstelle durch das Rechtsschutzverfahren direkt entstandenen Schaden.

2 (unverändert).

2.31 Zu Art. 82 – 86 Aufsicht, Koordination und Statistik

In Art. 82 wird verlangt, dass der Bund und die Kantone in ihren Zuständigkeitsbereichen für eine wirksame Aufsicht sorgen. Die Seite der Anbietenden ist ebenfalls in diese Aufsicht einzubinden; nur so kann eine sinnvolle Kontrolle stattfinden. In Art. 84 Abs. 4 – Zusammensetzung der Kommission für öffentliches Beschaffungswesen – müssen deshalb auch die Wirtschaft und die Gemeinden / Städte vertreten sein. Solche nationalen Kommissionen haben sich grundsätzlich bewährt. Wichtig ist jedoch, dass in ihnen alle direkt betroffenen Kreise vertreten sind.

Wir fordern deshalb, dass die Wirtschaft in der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen vertreten ist (Art. 85).

Es ist im Weiteren zu prüfen, ob nicht eine Ombudsstelle in vielen Fällen hilfreich sein könnte.

2.32 Zu den Anhängen

Anhang 1 Mindestangaben für die Ausschreibung

Der SBV fordert, dass die Zuschlagskriterien in Ziff. 5 stets gewichtet werden und nicht nur fallweise.

In Ziff. 7 verlangen wir, dass Anbietende längstens während sechs Monaten an ihre Angebote gebunden werden.

Anhang 2 Eignungskriterien und -nachweise

Bei den Eignungskriterien ist Augenmass zu bewahren. Nur bei grossen und bei komplexen Aufträgen soll die gesamte Liste gemäss Anhang 2 angewendet werden.

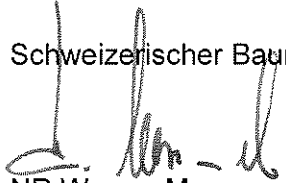
Zusammenfassend erachten wir die Vorlage als eine gute Grundlage für ein einheitliches nationales Beschaffungsrecht. Der Entwurf räumt den Kantonen in verschiedenen Punkten die Möglichkeit ein, weiterhin eigene Lösungen zu gestalten. Aufgrund der fehlenden Verfassungsgrundlage für eine einzige nationale Gesetzeslösung und in Berücksichtigung der verschiedenen Vorbehalte der Kantone ist der vorgeschlagene Weg im heutigen politischen Umfeld der wohl einzig taugliche.

Bei verschiedenen Artikeln haben wir Änderungsvorschläge angebracht, welche alle aus der praktischen Erfahrung stammen und aus einem breit abgestützten internen Vernehmlassungsverfahren hervorgegangen sind. Wir danken Ihnen, wenn Sie diese Änderungen berücksichtigen.

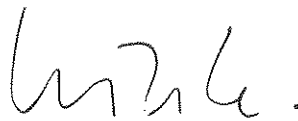
Für ergänzende Fragen gibt Ihnen der Rechtsunterzeichnende gerne Auskunft.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Baumeisterverband



NR Werner Messmer
Zentralpräsident



Fürsprecher Heinrich Bütikofer
Vizedirektor

Kopie

- bauenschweiz, Zürich
- Schweiz. Gewerbeverband, Bern
- economiesuisse, Zürich
- Schweizerischer Arbeitgeberverband, Zürich
- Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz BPUK
- Kantone (Baudirektionen)
- Schweiz. Unfallversicherungsanstalt SUVA, Bern
- Parlamentariergruppe
- Zentralvorstand, Sektionen und Fachgruppen des Schweizerischen Baumeisterverbands