

Bundesamt für Bauten und Logistik
Sekretariat Beschaffungskommission
des Bundes
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Zürich, 31. Oktober 2008 BU/GW

Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

bauenschweiz ist die Dachorganisation der Schweizer Bauwirtschaft mit rund 60 Mitgliedorganisationen und gliedert sich vorab in die vier Stammgruppen Planung, Bauhauptgewerbe, Ausbau und Gebäudehülle sowie Produktion und Handel. Mit Schreiben vom 30. Mai 2008 haben Sie uns eingeladen, zu dem von Ihnen in die Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) Stellung zu beziehen. Von dieser Gelegenheit machen wir gerne Gebrauch. Wir bitten Sie, bei der Auswertung der Vernehmlassungen der volkswirtschaftlichen Bedeutung und der direkten Betroffenheit unsere Branche durch dieses Gesetz Rechnung zu tragen: Die Bauwirtschaft generiert einen jährlichen Umsatz von rund 50 Milliarden Franken, wovon ein guter Teil aus Aufträgen der öffentlichen Hand besteht.

A. Grundsätzliche Bemerkungen

Harmonisierung des Beschaffungsrechts wird begrüsst

Das geltende Recht ist so kompliziert und zersplittert, dass eine Anwendung selbst Juristen Schwierigkeiten bereitet. Um der Rechtszersplitterung und der damit verbundenen Komplizierung des Beschaffungsrechts entgegenzuwirken, ist eine möglichst weitgehende Harmonisierung bzw. Vereinheitlichung des Beschaffungsrechts auf allen drei föderalen Ebenen (Bund,

Kantone und Gemeinden) anzustreben. **bauenschweiz** unterstrich daher im Rahmen der Erhebung der Beschaffungskommission des Bundes (BKB) im Jahre 2003 zur Erarbeitung der Stärken-Schwächen-Analyse (Erhebung) die Bedeutung einer "starken formellen Vereinheitlichung", weil diese zu einer einheitlichen Vergabe- und Rechtspraxis und damit für die Gesetzgeber, die Vergabebehörden und die Auftragnehmer zu massgebenden Vereinfachungen, mehr Transparenz und höherer Rechtssicherheit führen dürfte.

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung ist unseres Erachtens die Angleichung durch eine Teilvereinheitlichung diejenige Lösung, mit der sich eine möglichst grosse Harmonisierung innert möglichst kurzer Zeit erreichen lässt. Wir begrüssen daher ausdrücklich die im Vernehmlassungsentwurf gewählte Lösung einer Angleichung durch eine Gesetzgebung des Bundes, die grundsätzlich auch für die kantonale Ebene gilt, jedoch bestimmte Regelungsfragen den Kantonen überlässt. Soweit die Kantone weiterhin autonom bleiben, ist die Harmonisierung durch die (rev.) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), die nötigenfalls zu ergänzen und zu präzisieren ist, zu gewährleisten. Die IVöB ist übrigens ein sehr gutes Beispiel, wie mit einer schlanken Rechtssetzung bereits ein beträchtliches Mass an Angleichung erreicht werden kann.

Zur Harmonisierung gehören auch möglichst kongruente Schwellenwerte für die ganze Schweiz. Die Differenzierung nach Leistungsart wird allerdings angesichts der grossen betragsmässigen Unterschiede im Staatsvertragsbereich wohl beibehalten werden müssen. Was die Kongruenz im Verhältnis Bund-Kantone anbelangt, setzen wir uns tendenziell für höhere Schwellenwerte ein und lehnen eine Kongruenz, die in die umgekehrte Richtung geht, d.h. im Ergebnis eine Senkung der Schwellenwerte für einzelne Beschaffungen zur Folge hat, ab.

bauenschweiz mit den Zielen und Inhalten der Revision zwar im Grundsatz einverstanden, Vorlage muss aber erheblich optimiert werden

Unser Verband ist im Grundsatz mit den Stossrichtungen der Revision – Modernisieren, Klären, Flexibilisieren und, wie bereits erwähnt, Harmonisieren – grundsätzlich einverstanden. Das bedeutet nicht, dass wir alle Detailregelungen unterstützen; wir verweisen auf unsere nachfolgenden Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln. Aus Sicht der KMU-Verträglichkeit sind vor allem einfache und praxisnahe Lösungen vordringlich und nicht solche, die zwar „perfekt“ sein mögen, nicht selten aber KMU und auch Vergabebehörden in ihrer täglichen Arbeit überfordern können. Insbesondere muss die Vorlage aber auch einen Beitrag dazu leisten, dass beim Zuschlag endlich nicht der Preis allein als wichtigstes Kriterium betrachtet wird, sondern Raum für eine Berücksichtigung von Qualität und Nachhaltigkeit bleibt.

Zur Frage der aufschiebenden Wirkung

Unter dem geltenden Recht wird ein Rechtsmittel praktisch nie ergriffen, falls die Leistung nicht mehr erbracht werden kann (bzw. werden die Rechtsmittel oft zurückgezogen, wenn die aufschiebende Wirkung nicht gewährt wird). Dies dürfte unter anderem auf die Schadenersatzregelung des geltenden Rechts (Art. 34 Abs. 2 BöB) zurückzuführen sein, welche den Schadenersatz auf Aufwendungen beschränkt, die der Anbieterin im Zusammenhang mit dem Vergabe-

und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind. Unter diesen Umständen frägt sich die Anbieterin zu Recht, weshalb sie überhaupt Beschwerde führen soll.

Für öffentliche Beschaffungen ist ein rasches, einfaches und transparentes Verfahren unabdingbar. Unter diesem Gesichtswinkel wäre es also auch keine befriedigende Lösung, im Beschwerdefall einfach stets die aufschiebende Wirkung zu gewähren; dies insbesondere im Hinblick auf die Firma, welche den Zuschlag erhalten und evtl. bereits Dispositionen getroffen hat, aber auch im Hinblick auf das generelle wirtschaftliche und allenfalls öffentliche Interesse an einer raschen Realisierung von ausführungsfähigen Projekten.

Mit einer differenzierten und sachgerechten Regelung von aufschiebender Wirkung und/oder einem angemessenen Schadenersatz ist nach unserer Auffassung daher darauf hinzuwirken, dass der Rechtsschutz nicht zur Farce verkommt. Dass im Fall von Grossprojekten die Beschwerde regelmässig keine aufschiebende Wirkung haben soll, wird hingegen von uns nicht unterstützt; wir werden darauf in den Detailbemerkungen zurückkommen.

Zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB)

Wir bedauern, dass der Text der geplanten Verordnung nicht gleichzeitig mit der Gesetzesrevision zur Stellungnahme unterbreitet wird. Wir sind lediglich bereit, dies zu akzeptieren, wenn auch der Verordnungsentwurf im gegebenen Zeitpunkt ein formelles Vernehmlassungsverfahren durchlaufen wird. Positiv beurteilen wir den Verweis auf die einschlägigen Bestimmungen von Fachverbänden bei Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben und dem Dialog.

Zu restriktiv sind die Vergütungsansprüche der Anbieterinnen für die Ausarbeitung der Offerten. Wir verlangen, dass die nicht berücksichtigten Bewerber für die Erstellung und die Abgabe des Angebotes immer dann zu entschädigen sind, wenn die Arbeiten über eine blosser Offertstellung hinausgehen, d.h. insbesondere wenn mit den Arbeiten entsprechende Planerleistungen verbunden sind. Das Gleiche muss bei Abbruch, Wiederholung und Neuauflage des Verfahrens gelten.

Um den Aufwand für die Anbieterinnen in einem angemessenen Rahmen zu halten, soll die Auftraggeberin die für die Offertstellung (bzw. den Antrag auf Teilnahme im selektiven Verfahren) einverlangten Dokumente auf das wirklich Nötige begrenzen.

B. Bemerkung zu den einzelnen Bestimmungen

Art. 1 Gegenstand

Keine Bemerkungen

Art. 2 Zweck

lit. a ergänzen: öffentliche Beschaffungen transparent und fair durchgeführt werden;

Begründung: Ein besonderes Anliegen ist uns die Fairness zwischen der Bauherrschaft und

den Anbieterinnen, was im Gesetz ausdrücklich erwähnt werden sollte. Insbesondere geht es darum, dass die öffentliche Hand ihre Nachfragemacht nicht ausnützt, sondern in der Vertragsgestaltung und -abwicklung eine faire Partnerschaft pflegt.

lit. d ergänzen: öffentliche Beschaffungsstellen ihre Mittel unter Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Kosten des Beschaffungswesens wirtschaftlich einsetzen.

Begründung: Das Beschaffungsrecht darf nicht einseitig dazu dienen, die Ausgaben der öffentlichen Haushalte nach Möglichkeit zu senken. Angebracht ist eine gesamthafte volkswirtschaftliche Sicht, die folgende Aspekte nicht ausser Acht lassen darf:

- Förderung einer gesunden Wirtschaft mit Einschluss der Arbeits- und Ausbildungsplätze
- Leistungs- statt reiner Preiswettbewerb mit Lebenszyklusbetrachtung
- Berücksichtigung der Verfahrenskosten für Anbieterinnen (bspw. bei Höhe Schwellenwerte)

Rest: keine Bemerkungen

Art. 3 Geltungsbereich

lit. b ergänzen: Leistungen, die innerhalb einer oder zwischen verschiedenen, rechtlich selbstständigen Beschaffungsstellen erbracht werden, soweit

1. ihre Beziehungen untereinander nicht kommerziellen Grundsätzen unterliegen, oder
2. die Auftraggeberin über die Leistungserbringerin eine tatsächliche Kontrolle ausübt, die Leistungserbringerin ihre hauptsächliche Tätigkeit zu Gunsten der Instanz der öffentlichen Hand ausübt, welche sie kontrolliert, und keine anderen Leistungserbringerinnen auf dem privaten Markt existieren, die den entsprechenden Auftrag erfüllen können.

Begründung: Nicht dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstehen „Geschäfte“ jedenfalls innerhalb der Verwaltung bzw. dort, wo kein Geldfluss zwischen beschaffender Stelle und beauftragter Stelle stattfindet. Ausserhalb dieses Bereichs – es geht vor allem um formell unabhängige und/oder voneinander finanziell unabhängige Körperschaften, die aber ebenfalls zur Verwaltung gehören oder durch die öffentliche Hand kontrolliert werden - hat die Auftraggeberin nach unserer Auffassung stets eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen. Eine Ausnahme ist nur zu machen, wenn die drei in Ziff. 2 eingefügten Bedingungen kumulativ erfüllt sind.

Bei einer Beteiligung durch eine „interne“ Leistungserbringerin an einer öffentlichen Ausschreibung in Konkurrenz zu privaten Anbieterinnen ist die Einhaltung des Prinzips der gleich langen Spiesse von grösster Bedeutung. Deshalb müssen die von der öffentlichen Hand kontrollierten Betriebe mittels eigener, transparenter und vollständiger Buchhaltung beweisen können und beweisen, dass keine Quersubventionierung zwischen öffentlichen Aufgaben und auf dem freien Markt erbrachten Leistungen ausserhalb dieser Aufgaben erfolgt. Es ist überdies zu gewährleisten, dass sie auch in anderer Hinsicht keinen ungebührlichen Vorteil gegenüber den privaten Mitbewerbern geniessen (z.B. bezüglich Gesamtarbeitsverträge, Sozialleistungen, Steuerregime etc.), d.h. dass die gleichen Bedingungen gelten wie für die externen Anbieter.

lit. e ergänzen:Entwicklungshilfe, soweit Zweck und Art der Erbringung der Leistung eine Abweichung von diesem Gesetz erfordern.

Begründung: Die Anwendung des Gesetzes auf derartige Beschaffungen soll lediglich insoweit ausgeschlossen sein, als die konkrete Leistung dies erfordert. Soll eine vordefinierte Leistung beispielsweise von der Schweiz her erbracht werden, ist nicht einzusehen, weshalb diesfalls nicht der Wettbewerb gemäss BöB unter den am Auftrag interessierten Firmen spielen soll.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 4 Beschaffungsstellen

Keine Bemerkungen

Art. 5 Befreiung von der Unterstellung unter dieses Gesetz

Keine Bemerkungen

Art. 6 - 8 Anwendbares Recht

Art. 6 Abs. 1 ändern:

Die Kantone können eigene Vorschriften erlassen, soweit dieses Gesetz es vorsieht. ~~Dies be-
trifft insbesondere.....~~

Begründung: **bauenschweiz** lehnt die Derogationsmöglichkeit der Kantone in lit. b) und c) ab (vgl. Kommentar zu den Art. 41 und 50). Die beiden übrigen Fälle werden bei den entsprechenden Regelungen ausdrücklich erwähnt, weshalb die ohnehin nicht abschliessende Aufzählung nicht erforderlich ist.

Grundsätzliche Bemerkung zu Art. 6: **bauenschweiz** begrüsst wie bereits erwähnt die Harmonisierung auf dem Weg der Angleichung durch Teilvereinheitlichung. Sie erachtet es jedoch als sinnvoll, wenn das Konkordat als Koordinationsinstrument erhalten bleibt und die Kantone in ihrem Kompetenzbereich gemeinsame Lösungen treffen können.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 9 - 14 Verfahrensarten und Verfahregrundsätze

Art. 11 ändern: Im Einladungsverfahren lädt die Beschaffungsstelle, soweit möglich, mindestens drei Anbieterinnen zur Abgabe eines Angebotes ein. ~~Von diesen Anbieterinnen soll mindestens eine ortsfremd sein.~~

Begründung: Die Formulierung im zu streichenden Satz 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.

Art. 12 streichen.

Begründung: Zwar haben die Beschaffungsstellen aufgrund der unterschiedlichen Anforderun-

gen der einzelnen Beschaffung einen Ermessensspielraum bezüglich der zu wählenden Beschaffungsform (funktionale oder Ausschreibung via detailliertes Pflichtenheft, Wettbewerb und Dialog). Das ist eine Selbstverständlichkeit, die keiner Erwähnung im Gesetz bedarf. Darüber hinausgehende Ermessensspielräume wie beispielsweise eine beliebige "Mischung" der Module der Beschaffungsformen lehnen wir hingegen ab.

Art. 13 ändern: Die Beschaffungsstelle nennt in der Ausschreibung die Massnahmen, mit welchen die Vertraulichkeit der von der Anbieterin gemachten Angaben sichergestellt wird.

(Abs. 2 unverändert)

Begründung: **bauenschweiz** 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. **bauenschweiz** fordert deshalb eine Präzisierung im Gesetz, wonach anzugeben ist, welche Massnahmen die Beschaffungsstelle zur Gewährleistung des Vertraulichkeitsgrundsatzes treffen will.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 15 Schwellenwerte

Abs. 1 ändern:

Schwellenwerte für die Ausschreibungsverfahren für Dienstleistungen: Fr. 383'000.– statt Fr. 250'000.– (eventuell: Fr. 383'000.— nur für Stufe Kantone)

Schwellenwerte für die Ausschreibungsverfahren für Güter Stufe Kantone Fr. 383'000.– statt Fr. 250'000.–

oberer Schwellenwert für die Ausschreibungsverfahren im Baubereich auf 10 Millionen Franken statt 8 Millionen Franken festsetzen.

alle Schwellenwerte für die Ausschreibungsverfahren in den Sektoren gemäss GPA und bilateralem Abkommen voll ausnützen!

Begründung: Ein zentrales Element der Gesetzgebungen über die öffentlichen Vergaben sind die Schwellenwerte. Diese sind aus unserer Sicht vor allem insbesondere von Bedeutung, als sie (frankenmässige) Grenzen festlegen, oberhalb derer eine öffentliche Ausschreibung verlangt wird. Bei dieser Grenze darf nicht einzig der Wettbewerbsgedanke ausschlaggebendes Kriterium sein. Öffentliche Ausschreibungen bedeuten für die Auftraggeberin stets auch Kosten. Der Preis- (und Qualitäts-) gewinn für die öffentliche Hand muss grösser sein als die Verfahrenskosten, weil die Gesetzgebungen über das öffentliche Beschaffungswesen auch eine wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel verlangen. Aus volkswirtschaftlicher Sicht ist aber auch die Wirtschaftlichkeit des Mitteleinsatzes auf Anbieterseite zu berücksichtigen. Dazu gehören primär die Kosten für die Offertstellung, zumal die Unternehmen in der Schweiz diesbezüglich in der Regel einen relativ hohen Aufwand betreiben, dem bei einer öffentlichen Ausschreibung je nachdem nur eine geringe Erfolgchance gegenübersteht.

Vor diesem Hintergrund begrüßen wir zwar grundsätzlich eine Vereinheitlichung auch der Schwellenwerte. Allerdings sind wir der Auffassung, sie seien tendenziell zu erhöhen, soweit es um die Grenzwerte für öffentliche Ausschreibungen geht. Mit dem Einladungsverfahren kann bereits ein beachtlicher Wettbewerb erreicht werden. Dieses ist für Auftraggeberinnen und Anbieter viel weniger belastend, für die Anbieter insbesondere auch deshalb, weil der Kreis der Bewerber kleiner ist und dem Offertaufwand eine reelle Zuschlagschance gegenübersteht. Bei zu tiefen Schwellenwerten bezüglich der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung ist zudem zu befürchten, dass sich viele Unternehmen um die öffentlichen Aufträge gar nicht mehr bewerben und damit eine Vielfalt der Anbieter, die für qualitative und innovative Lösungen unabdingbar ist, nicht mehr gewährleistet ist.

Eine Angleichung der Schwellenwerte mittels Absenkung unterhalb der verpflichtenden Vorgaben des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) lehnen wir daher im Bereich Güter und Dienstleistungen ab, weshalb unter anderem auf Stufe Kanton und Gemeinden der Schwellenwert von Fr. 383'000.— "auszunützen" ist. Sollte es darüber hinaus möglich sein, sich wie von uns vorgeschlagen im Rahmen der laufenden GPA-Verhandlungen für Dienstleistungen (zumindest für komplexe Dienstleistungen) auf eine Erhöhung der internationalen Schwellenwerte auf Fr. 383'000.— zu einigen, wäre dieser Wert auch auf Bundesstufe beizubehalten. Ebenfalls wehren wir uns gegen eine Senkung im Bereich der Bauwerke von derzeit Fr. 9'575'000.— auf 8 Millionen Franken. Hingegen stimmen wir zu, dass für einzelne Bauleistungen (Einzelleistungsträger wie bspw. Maler oder Schreiner) das Ausschreibungsverfahren erst ab 2 Millionen Franken Anwendung findet.

Abs. 2 ändern: ~~Der Bundesrat und~~ die Kantone können für ihren Zuständigkeitsbereich die Schwellenwerte senken; Bund und Kantone können ~~oder~~ sie den Entwicklungen des internationalen Rechts anpassen.

Begründung: Die Festsetzung der Schwellenwerte ist ein wichtiger politischer Entscheid, welcher der parlamentarischen Kontrolle unterliegen muss.

Abs. 3 ergänzen: Die Beschaffungsstelle kann für eine Beschaffung, die unter einem Schwellenwert für ein bestimmtes Verfahren bleibt, aus wichtigen Gründen freiwillig dieses Verfahren wählen.

Begründung: Nach dem Gesagten müssen wichtige Gründe dafür sprechen, freiwillig ein höherrangiges Verfahren zu wählen welche insbesondere die damit verbundenen Mehrkosten bei den Auftraggeberinnen bzw. Anbieterinnen rechtfertigen.

Abs. 4: keine Bemerkungen

Art. 16 Bestimmung des Beschaffungswertes

Keine Bemerkungen

Art. 17 Besondere Fälle der Wertbestimmung

Keine Bemerkungen

Art. 18 Mindestinhalt und Publikation

Antrag/Begründung: Art. 18 Abs. 1 sowie Anhang 1 sind derart zu ergänzen, dass die Angaben auch für Wettbewerb und Dialog richtig gewählt werden.

im Übrigen keine Bemerkungen

Art. 19 Ausschreibungsunterlagen

Abs. 1 Satz 1 ergänzen:Die Beschaffungsstelle beschreibt in den Ausschreibungsunterlagen, die zwingend auch in der Amtssprache des Ortes, für den die Leistung vorgesehen ist, zu verfassen sind, im Detail:

.....

g. bei der Vergabe von Planerleistungen die Ziele, welche mit der Planung verfolgt werden.

Begründung: Der räumliche Anknüpfungspunkt des Leistungsortes verlangt, dass die gewählte(n) Sprache(n) zumindest auch dem jeweiligen Sprachgebiet Rechnung trägt. Damit wird auch dem Sinn und Zweck des Sprachengesetzes entsprochen.

Für die Planer ist es wichtig, von Beginn weg und vor Erstellung der Offerte Klarheit über die Ziele, welche mit einer Planung verfolgt werden, zu haben. Die Bekanntgabe der Ziele ist nicht nur bei funktionalen Ausschreibungen zwingend notwendig, sondern führt auch bei „normalen“ Planerausschreibungen zu einer besseren Vergleichbarkeit der Offerten.

Abs. 1 lit. d ergänzen: die Zahlungsbedingungen inklusive Zahlungsfristen von in der Regel 30 Tagen;

Begründung: Nicht selten sind Klagen zu hören, wonach die staatlichen Behörden bestehende Nachfragemacht ausnützen. Dies kann auf verschiedenste Art seinen Niederschlag finden, z.B. in unangemessenen Vertragsbedingungen (wie einseitiger Risikozuweisung, überlangen Zahlungsfristen mit ihren negativen Folgen für die Liquidität, in übertriebenen Sicherheitsleistungen, die kostspielig sind und die Kreditlimiten der Unternehmen belasten etc.), in einer schlechten Zahlungsmoral oder gar in Preis- oder Tarifdiktaten. Auch öffentliche Auftraggeberinnen und Auftraggeber sollen sich an die üblichen Spielregeln des Marktes halten. Zu den Spielregeln gehört auch, dass Zahlungsfristen vorgängig zu definieren und zwingend sind. Massnahmen, wie sie die EU mit der Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr erlassen hat (erhöhter Verzugszins; Zahlungsfrist von 30 Tagen ohne gegenteilige Vereinbarung; Verfahrensbeschleunigung im Rechtsweg etc.), werden von uns begrüsst. Eine Zahlungsfrist von 30 Tagen als Regel, von der mit triftigen Gründen abgewichen werden kann, ist angemessen und im Gesetz zu verankern.

Im Übrigen sind bei den Zahlungsbedingungen auch das Verfahren für die Teuerungsverrechnung aufzuführen und die Sicherheitsleistungen zu definieren; dabei soll im Baubereich nicht ohne Not von der Norm SIA 118 abgewichen werden.

Abs. 2 lit. b ergänzen:Einladung zur Angebotsabgabe. Für den Planungswettbewerb gilt auch im selektiven Ausschreibungsverfahren die Zugänglichkeitsregel des Art. 19 Abs. 2 lit. a.

Begründung: Der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen betreffend die Erarbeitung eines Projekts soll schon bei der Selektion der Teilnehmer (selektive Ausschreibungsverfahren) bekannt sein. Für die Teilnehmer ist die Entscheidung über die Teilnahme an einem Wettbewerb in der Regel vom zu projektierenden Objekt abhängig. Daher sind diese Informationen schon in der Selektionsphase bekannt zu geben.

Im Übrigen ist sicherzustellen, dass die Ausschreibungsunterlagen auch beim hier nicht erwähnten Einladungsverfahren generell im Zeitpunkt der Einladung vorhanden sind.

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

Begründung: Es muss eine Möglichkeit geschaffen werden, dass die Anbieterinnen ohne Kostenfolge Einsicht in die Papierform der Ausschreibungsunterlagen nehmen können, damit sie den Entscheid für eine Teilnahme an der Submission fällen können.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 20 Anfragen der Anbieterinnen

Keine Bemerkungen

Art. 21 Leistungsbeschreibung

Abs. 1 ergänzen:in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit. Dabei berücksichtigt sie die bewährten Standards der Fachvereinigungen.

Begründung: Wird auf die Standards der Fachverbände abgestellt, trägt dies zur Verhinderung von Widersprüchen in den Ausschreibungs- und Vertragsunterlagen bei und fördert die Vertragssicherheit. Es empfiehlt sich, bei der Vorbereitung wichtiger Beschaffungen Fachverbände und Berufsorganisationen bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen beizuziehen.

Abs. 2 ergänzen: Sie kann aus zureichenden Gründen auch lediglich das Ziel der Beschaffung umschreiben. Die Beschaffungsstelle bezeichnet die Leistungsabgrenzungen, die Schnittstellen, das Risikopotential und die Grundlagen für Mehrleistungen in den Ausschreibungsunterlagen. Eine allfällige Vergütung für die Ausarbeitung des Angebots wird in der Ausschreibung festgelegt.

Begründung: Funktionale Ausschreibungen erschweren den Marktzutritt für kleine Unternehmen, können die individuellen Offertkosten erhöhen, erschweren die Vergleichbarkeit der Offerten und dürfen daher nur zurückhaltend und bei komplexen Projekten praktiziert

werden. Die Vergabestelle hat jedenfalls auch bei funktionalen Ausschreibungen die massgeblichen Eckwerte der Leistung anzugeben. Nicht zuletzt mit Blick auf die KMU, die sich bei funktionalen Aufwendungen einem besonders grossen Submissionsaufwand gegenübersehen, kann sich eine Entschädigung rechtfertigen (vgl. auch unsere Bemerkungen zur VöB S. 3 hiervor).

Abs. 3: keine Bemerkungen

Art. 22 Technische Spezifikationen

Keine Bemerkungen

Art. 23 Aufteilung in Lose und Teilangebote

Neufassung:

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 für welche Bereiche Lose gebildet werden können und ob allenfalls auch ein Angebot für die Gesamtleistung einzureichen ist.

Begründung: Nach unserer Ansicht ist es namentlich aus KMU-Sicht zu begrüssen, wenn der Auftrag gegebenenfalls in Fach- oder Teillose aufgeteilt wird. Damit können die Möglichkeiten für die Vielzahl der Unternehmen durch Erteilung (kleinerer) Aufträge, die ihre Kapazität nicht sprengen, ausgeweitet werden. Allerdings dürfte eine Losbildung nur in Betracht fallen, wenn sie das Gesamtprojekt weder erheblich verteuert noch erschwert. Auch darf die Aufteilung selbstverständlich nicht dazu dienen, die Anwendbarkeit gesetzlicher Bestimmungen zu umgehen. Besonders wichtig ist, die Losbildung stets in zeitlicher und sachlicher Hinsicht klar zu umschreiben. Es kommt regelmässig vor, dass sich in den Ausschreibungen 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.

Art. 24 Varianten

Abs. 2 ändern: Die Anbieterinnen können ~~anstelle oder~~ neben einem Angebot gemäss Ausschreibung.....

Begründung: Zu Recht ist der Gesetzestext relativ offen gegenüber Unternehmervarianten. Diese können eine wichtige Möglichkeit zu einer Projektoptimierung darstellen, die im Rahmen des rechtlich Zulässigen ohne entgegenstehende sachliche Gründe erlaubt und bei der Frage des Zuschlages gebührend in Erwägung gezogen werden sollte. Zur Innovation gehört im Übrigen auch die Förderung der (möglichst frühzeitigen) Zusammenarbeit von Pla-

nern und ausführenden Unternehmen.

Um die Offerten vergleichen und eine objektive Beurteilung der Konkurrenzfähigkeit vornehmen zu können, ist es unabdingbar, dass sich die Anbieterinnen mit dem Amtsvorschlag auseinandersetzen und ein entsprechendes Angebot einreichen.

neuer Abs. 4: Die Verwendung von Varianten von Anbieterinnen, die den Zuschlag nicht erhalten haben, durch die Auftraggeberin ist nur mit Zustimmung der Anbieterin und nach Klärung der Entschädigungsfrage erlaubt.

Begründung: Mit dieser Regelung soll dem geistigen Eigentum Rechnung getragen werden.

Rest: einverstanden

Art. 25 Fehlender Nachweis der Einhaltung rechtlicher Anforderungen

Abs. 1

lit. a ergänzen: Sozialversicherungsrecht (inkl. Sozialabgaben);

Begründung: Die Anbieterin hat ausdrücklich nachzuweisen, 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. Es ist im Gesetz eindeutig klarzustellen, dass dieser Tatbestand unter lit. a fällt und den Ausschluss bewirkt.

lit. b ergänzen: staatlich festgelegte Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen mit Einschluss der Vorschriften der allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge und der Normalarbeitsverträge;

Begründung: Dass die allgemein verbindlich erklärten GAV ebenfalls unter lit. b fallen sollen – was wir ausdrücklich begrüssen – wird zwar im Erläuternden Bericht ausgeführt, geht aber aus dem Gesetzeswortlaut nicht oder jedenfalls nicht genügend klar hervor. Der Text ist daher entsprechend zu ergänzen.

lit. d streichen

Begründung: Anbieterinnen haben bei der Ausführung des Auftrags eine Vielzahl von gesetzlichen Rahmenbedingungen einzuhalten. Tun sie es nicht, sind die auch ausserhalb des öffentlichen Beschaffungswesens in Betracht fallenden Sanktionen zu ergreifen. Eine Sonderstellung der Umweltgesetzgebung im BöB rechtfertigt sich nicht.

Bemerkung zu lit. c und e: Die Behörden sind auf die Ausführungen im Erläuternden Bericht zu behaften, wonach ein Ausschluss nicht überspitzt formalistisch sein darf. Besser wäre es, vom Gebot der Verhältnismässigkeit zu sprechen.

Grundsätzliche Bemerkung zu Abs. 3: Nach dem Entwurf soll für Unternehmen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz im Grundsatz (nach Massgabe des Binnenmarktgesetzes) das Herkunftsortsprinzip gelten, für Unternehmungen im Ausland das Leistungsortsprinzip. Wir

unterstützen diese Lösung aus folgenden Gründen: Es ist für den bauwirtschaftlichen Dachverband aus nahe liegenden Gründen schlichtweg nicht denkbar, für alle Unternehmen, also auch ausländische, auf das Herkunftsortsprinzip abzustellen. Auf der anderen Seite kämpft **bauenschweiz** seit längerer Zeit für einen einheitlichen Binnen- und vor allem Baumarkt Schweiz. Dieser muss durch eine schweizweite Vereinheitlichung von Gesetzgebung und Vollzug, vor allem aber auch der Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge (nach Möglichkeit keine regionalen Regelungen) erreicht werden. Zur Zeit ist dies bedauerlicherweise noch nicht der Fall. Solange dieser unbefriedigende Zustand andauert, bleibt nur, für Anbieterinnen **mit** Sitz oder Niederlassung in der Schweiz das Herkunftsortsprinzip anzuwenden. Nur so kann - wenigstens zum Teil - der Gedanke des schweizerischen Binnenmarktes erhalten bleiben.

neuer Abs. 4: Sie überprüft die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen mittels geeigneter Massnahmen und sorgt für eine angemessenen Kontrolldichte.

Begründung: Die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen ist bei allen Anbieterinnen durchzusetzen, damit dem Grundsatz der gleich langen Spiesse nachgelebt werden kann. Soweit sich die Anbieterinnen nicht auf einer ständigen Liste befinden (vgl. Art. 49), bedarf es hierfür unter Wahrung des Prinzips der Verhältnismässigkeit stichprobeartiger Kontrollen.

Art. 26 Rechtskräftige Feststellung wegen Missachtung gesetzlicher Vorschriften

neuer Abs. 2: Die Beschaffungsstelle geht in gleicher Weise bei Vorliegen eines rechtskräftigen Beschlusses einer Paritätischen Berufskommission wegen Verstosses gegen einen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag vor.

Abs. 2 des Entwurfes wird neu Abs. 3

Begründung: Rechtskräftige Beschlüsse der Paritätischen Berufskommissionen sind Gerichtsurteilen gleichzustellen, da sie von Gesetzes wegen für den Vollzug der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge zuständig sind (Art. 356 OR, Art. 6 AVEG).

Art. 27 Beschaffungsrechtliche Ausschlussgründe

Bemerkung: **bauenschweiz** begrüsst die in Art. 27 lit. d vorgeschlagene Lösung der Ausstandsfrage bei Wettbewerben ausdrücklich. Sonst keine Bemerkungen

Art. 28 Ausschluss wegen Vorbefassung

Neufassung:

Abs. 1:aus, die an der Vorbereitung der Beschaffung massgeblich beteiligt war, wenn sie den dadurch erlangten Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen hat.

Abs. 2: Sie kann auf einen Ausschluss verzichten, wenn durch den Ausschluss der wirksame Wettbewerb unter den Anbieterinnen gefährdet wäre.

Begründung: Vom Knowhow der ausführenden Planer bzw. Unternehmungen ist nach Möglichkeit Gebrauch zu machen; es soll möglichst frühzeitig in das Bauvorhaben einfliessen. Das

bedingt, einen Ausschluss aufgrund von Vorbefassung möglichst restriktiv zu handhaben. Prioritär hat die Behörde deshalb mit geeigneten Massnahmen darauf hinzuwirken, dass ein Ausschluss nicht nötig ist. Würde der Ausschluss den wirksamen Wettbewerb gefährden, soll die Beschaffungsstelle aufgrund einer Interessenabwägung gänzlich auf den Ausschluss verzichten können.

Art. 29 Weitere Gründe für den Ausschluss

Abs. 1 lit. b ergänzen: staatliche Abgaben wie Steuern nicht bezahlt; oder

Begründung: Zu den Steuern sind auch Abgaben wie z.B. die LSVA zu zählen. In diesem Sinn ist lit. b zu ergänzen.

Art. 30 Beurteilungskriterien im Allgemeinen

Änderungsantrag: Die Beschaffungsstelle legt der Komplexität der Beschaffung angemessene sowie überprüfbare Eignungs- und leistungsbezogene sowie überprüfbare Zuschlagskriterien.....

Begründung: Eignungskriterien sind nicht ausschliesslich leistungsbezogen, wie das Institut der ständigen Listen exemplarisch zeigt. Der jeweils geforderte Nachweis der Eignung soll mit Blick auf die jeweilige Beschaffung den Grundsatz der Verhältnismässigkeit respektieren. Zurückhaltung ist namentlich am Platz, um den Marktzutritt junger bzw. innovativer Unternehmen nicht allzu stark zu beschränken und nicht KMU unnötig weiter administrativ zu belasten.

Den Ausführungen im Erläuternden Bericht kann insoweit zugestimmt werden, dass eine Diskriminierung ausländischer Anbieterinnen **jedenfalls im Bereich der staatsvertraglichen Verpflichtungen** nicht zulässig ist. Die gesamtwirtschaftlichen Kosten des Beschaffungswesens dürfen allerdings nicht unberücksichtigt bleiben; wir verweisen dazu ausdrücklich auf unsere Anträge und Bemerkungen zu Art. 2. Was die Anfahrts- bzw. Transportwege anbelangt, verweisen wir auf unseren Kommentar zu Art. 32. Richtig ist, dass es nicht darum gehen kann, beliebigen sozialpolitischen Forderungen über das Beschaffungsrecht Nachdruck verleihen zu wollen.

Art. 31 Eignungskriterien

Keine Bemerkungen

Art. 32 Zuschlagskriterien

Grundsätzliche Bemerkungen: Zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots müssen bekanntlich neben dem Preis verschiedene andere Kriterien berücksichtigt werden, so z.B. Qualität, Zweckmässigkeit, Termin, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Kundendienst etc. Neben den Erstellungskosten sind mithin auch die Nutzungskosten in die Berechnungen einzubeziehen; der momentane Angebotspreis darf nicht die Hauptrolle spielen. Je nach konkretem Auftrag ist, wie bereits erwähnt, auch ökologischen Aspekten, wozu unter Umständen auch die Transport- oder Anfahrtswege gehören können, oder tatsächlichen Vorteilen von lokal verankerten Unternehmen (Service, Pickettleistungen, Vertrautheit mit den örtlichen Verhältnis-

sen etc.) Rechnung zu tragen. Von ganz besonderer Bedeutung sind daneben die eigentlichen Lebensdauerkosten (Betriebs- und Unterhaltskosten), die ein Mehrfaches der reinen Anschaffungskosten ausmachen können. Zu Recht wird denn auch im Erläuternden Bericht auf S. 50 ausgeführt, dass selbst innerhalb der monetären Zuschlagskriterien der Preis mit Blick auf die Gesamtkosten (Lebensdauerkosten) nur ein Kriterium unter vielen ist.

Wenn auch schon nach der geltenden Rechtslage die Berücksichtigung anderer Kriterien als des Preises theoretisch unbestritten ist und dieser Grundsatz praktisch in alle geltenden Gesetze verankert wurde, ist die Realität oft diejenige, dass einzig der Preis entscheidet. Zu selten finden andere, oben erwähnte Faktoren Eingang in die Vergaben. In diesen Zusammenhang gehört ebenfalls das Anliegen, dass die Unternehmen auch bei öffentlichen Beschaffungen für ihren Aufwand einen unter Berücksichtigung der Wettbewerbssituation angemessenen Preis sollten erzielen können. Es kann nämlich nicht im Interesse der öffentlichen Hand sein, Leistungen zu betriebswirtschaftlich nicht korrekt kalkulierten Preisen einzukaufen. Das Gemeinwesen trägt neben einer sparsamen Haushaltsführung auch die Verantwortung für eine Preispolitik, die den offerierenden KMU auch die für eine nachhaltige Wirtschaftstätigkeit erforderlichen Rückstellungen erlaubt. Der Aspekt des realen Preises hat beispielsweise spezielles Gewicht in Bezug auf die Lebensbedingungen junger Unternehmen, die über keine Substanz zur betriebsinternen Subventionierung von Billigangeboten verfügen.

Antrag 1 ad Abs. 2: Auf die Unterscheidung monetäre und nicht monetäre Zuschlagskriterien sei zu verzichten. Jedoch sei eine Aufzählung der wichtigsten Kriterien beizubehalten.

Begründung: Die vorgeschlagene Unterscheidung zwischen monetären und nicht monetären Zuschlagskriterien könnte allenfalls dazu beitragen, die heute auf den Preis fokussierte Praxis zu ändern. Dies wäre allerdings nur dann der Fall, wenn es für die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes bei der Anwendung von Art. 39 Abs. 3 tatsächlich zu einer **Gesamtbeurteilung** der monetären und nicht monetären Zuschlagskriterien käme. Unseres Erachtens kann aber die Unterscheidung zwischen monetären und nicht monetären Kriterien gerade das Gegenteil bewirken und dazu verleiten, dass bei den monetären Kriterien der tiefste Preis entscheidet und dies dann für die Vergabe entscheidend ist.

Antrag 2 ad Abs. 2 (Zuschlagskriterium "Umweltverträglichkeit" ergänzen):.....Innovationsgehalt und Umweltverträglichkeit (inkl. der Emissionen auf den Transportwegen).

Begründung: Der Nutzen eines konkreten Angebotes bestimmt sich nicht zwingend nur nach dem Nutzen des nachgefragten Produkts oder der nachgefragten Leistung, sondern auch nach weiteren Auswirkungen, die mit diesem Produkt bzw. dieser Leistung zusammenhängen. Die Beschaffung ist stets im Kontext der verfassungsmässigen Vorgaben staatlichen Handelns zu sehen. So kann unter bestimmten Umständen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Berücksichtigung des Anfahrtsweges im Rahmen der Umweltverträglichkeit nicht nur zulässig, sondern allenfalls gar sachlich geboten sein. Natürlich darf dieses Kriterium nicht in dem Sinn vorgeschoben sein, dass es einzig der Bevorzugung Ortsansässiger dient. In gleicher Weise gilt dies auch etwa mit Bezug auf die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung (siehe Bemerkung zu Art. 39 Abs. 5). Wollte man die Dinge anders betrachten, hiesse dies die Kohärenz der Rechtsordnung zu untergraben. Weshalb dann beispielsweise im Beschaffungsverfahren die Einhaltung des Grundsatzes der Lohngleichheit von Frau und Mann zu gewährleisten ist, bliebe unerfindlich. Da das Abstellen auf die Distanz vom Geschäftsort einer Anbie-

terin zum Einsatzort unter dem Aspekt der Gleichbehandlung problematisch sein kann und zudem das Emissionsverhalten der benutzten Fahrzeuge unter Umständen von grösserer Relevanz ist als die reine Fahrdistanz, soll auf eine gesamtheitliche Betrachtung der Emissionen auf den Transportwegen abgestellt werden. Anhand der Emissionsklassen lassen sich die Emissionen mit guter Näherung bestimmen.

Abs. 3 ergänzen: Die Beschaffungsstelle gibt in den Ausschreibungsunterlagen die einzelnen Zuschlagskriterien mit deren Gewichtung samt Umrechnung in Punkte bekannt.

Begründung: Im Verfahrensablauf ist entscheidend, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien mit den Umrechnungsfaktoren bereits in der Ausschreibung bekannt gegeben wird.

Abs. 4 ergänzen: Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen, insbesondere Intellektuelle Dienstleistungen, Gegenstand der Beschaffung.....

Die Einfügung von "Lösungen" ist überall vorzunehmen, wo der Gesetzestext von "Lösungswegen oder Vorgehensweisen" spricht.

Begründung: Mit der namentlichen Nennung der intellektuellen Dienstleistungen wird in Analogie zu Art. 46 verdeutlicht, dass sie den Hauptanwendungsfall von Lösungswegen oder Vorgehensweisen ausmachen dürften und dass den monetären Kriterien bei den IDL keine vorrangige Bedeutung zukommt (vgl. Art. 40 Abs. 3). In Projektwettbewerben sind im Übrigen Lösungen gefragt und nicht Lösungswege oder Vorgehensweisen. Deshalb ist das Wort "Lösungen" in den Gesetzestext einzufügen.

Art. 33 - 35 Beschränkung der Zahl der Anbieterinnen oder Angebote

Keine Bemerkungen

Art. 36 Öffnung der Angebote

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

Begründung: Wir fordern, dass die Offertöffnung generell öffentlich erfolgt (d.h. die Anbieterinnen sind zur Teilnahme einzuladen) und dass das Protokoll der Offertöffnung den Anbieterinnen innert zwei Tagen zugestellt wird. Damit erhalten Anbieterinnen mit geringen Chancen die Möglichkeit, das Projekt abzuschliessen und sich anderen Aufgaben zuzuwenden. Den im Erläuternden Bericht geäusserten Befürchtungen, es komme zu Absprachen, falls nach der Öffnung noch Verhandlungen geführt werden, kann mit dem von uns geforderten Verbot von Verhandlungen (über den Preis) Rechnung getragen werden.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 37 Bereinigung der Angebote

Abs. 1 ändern: Die Beschaffungsstelle bereinigt die Angebote in inhaltlicher, technischer und rechnerischer Hinsicht so, dass sie vergleichbar sind.

Begründung: Mit der Möglichkeit, ein Angebot auch in inhaltlicher Hinsicht zu bereinigen, besteht die Gefahr, dass die Vergabebehörde dazu verleitet wird, die Spielregeln zu ändern; dies widerspricht dem Grundsatz der Transparenz und der Gleichbehandlung. Zudem sind die Grenzen einer inhaltlichen Bereinigung – sie kann sich auf Leistungsinhalte und Offertpreise auswirken – zu den Verhandlungen, die wir ablehnen (vgl. Antrag und Begründung zu Art. 47) fließend.

Abs. 3 ändern:aussergewöhnlich niedrig ist, holt sie bei der Anbieterin Erkundigungen ein.....Sie ergreift alle notwendigen Massnahmen, damit während der Ausführung des Auftrags die Anforderungen von Art. 25 erfüllt bleiben.

Begründung: Ungewöhnlich tiefe Angebote sind u. E. Angebote, die sich klarerweise ausserhalb des Bereichs des Offertspiegel-Schwerpunktes befinden. Die Auftraggeberin hat sich in diesen Fällen zumindest konsequent darüber zu vergewissern, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten und die Auftragsbedingungen erfüllt werden können sowie Gewähr geboten ist, dass der Auftrag zu Ende geführt werden kann. Eine sorgfältige Prüfung kann der Auftraggeberin im Übrigen helfen, gegebenenfalls ihren Entscheid zu verteidigen, und liegt somit in ihrem ureigenen Interesse.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 38 Änderung der Anforderungen an die Leistung und Beurteilungskriterien

Antrag: streichen

Begründung: Die Möglichkeit nicht wesentlicher Änderungen lädt geradezu ein, das Gesamtangebot nachträglich zu optimieren. Auch hier sind die Grenzen zu Verhandlungen fließend, insbesondere wenn es sich um Änderungen nach dem Abgabetermin handelt. Nachträgliche Änderungen, auch wenn sie von der Beschaffungsstelle als unwesentlich bezeichnet werden, widersprechen den Grundsätzen der Transparenz und der rechtsgleichen Behandlung, abgesehen davon, dass die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen schwierig ist. Entsprechend der heutigen Praxis sind sogenannte unwesentliche Punkte im Rahmen der Werkvertragsverhandlungen zu bereinigen.

Art. 39 Zuschlag

Abs. 3 ändern: Sie ermittelt das wirtschaftlich günstigste Angebot, indem sie die Angebote anhand der ~~monetären und der nicht monetären~~ Zuschlagskriterien ganzheitlich bewertet.

Grundsätzliche Bemerkung: Bezüglich Unterscheidung zwischen monetären und nicht monetären Zuschlagskriterien verweisen wir auf unsere Bemerkungen zu Art. 32 und unterstreichen noch einmal die Notwendigkeit, dass auch für den Fall, dass an dieser Unterscheidung festgehalten werden sollte, stets eine **Gesamtbeurteilung** vorgenommen wird. Die Vorgehensweise, wie sie im Erläuternden Bericht auf S. 55 oben erwähnt wird (danach soll es der Beschaffungsstelle offen stehen, funktionale Mindestanforderungen an die zu erbringende Leistung festzulegen und dann aus der Gruppe der Angebote, welche diese Mindestanforderungen erfüllen, demjenigen mit den tiefsten Kosten den Zuschlag zu erteilen) lehnen wir kategorisch

ab. Wir nehmen darüber hinaus zustimmend zur Kenntnis, dass nach den Ausführungen im Erläuternden Bericht die so genannte 2-Couvert-Methode verwendet werden darf.

Abs. 5 ändern: Bei annähernd gleichwertigen Angeboten berücksichtigt die Beschaffungsstelle in der Regel, inwieweit eine Anbieterin Ausbildungsplätze anbietet.

Begründung: Die Lehrlingsausbildung bzw. das Angebot von Ausbildungsplätzen soll - im Rahmen der Transparenz, Nichtdiskriminierung und der Verhältnismässigkeit - beim Zuschlag eine Rolle spielen. Selbstverständlich soll das öffentliche Beschaffungswesen in erster Linie effizienzorientiert sein und sich vor allem auf den Nutzen der beschafften Güter und Dienstleistungen ausrichten. Vorab ist aber zu unterstreichen, dass es sich bei der Lehrlingsausbildung im Besonderen aus unserer Sicht nicht um ein beliebiges sozialpolitisch motiviertes Kriterium handelt – wir lehnen deren Berücksichtigung im Beschaffungswesen ab -, sondern dieses Kriterium letztlich der Gewährleistung des beruflichen Nachwuchses dient. Dieser ist aber unabdingbar, wenn Beschaffungsleistungen auch in Zukunft fachgerecht erbracht werden sollen. Es ist daher folgerichtig, wenn der Aspekt Lehrlingsausbildung bei der Vergabe mitberücksichtigt wird. Allerdings soll diesem Kriterium auch kein übermässiger Stellenwert zukommen, welcher der Verhältnismässigkeit nicht entsprechen würde. Das Zürcher Verwaltungsgericht etwa geht im Sinne einer einfach anzuwendenden Regel davon aus, dass die Gewichtung des Kriteriums Lehrlingsausbildung 10% des Gesamtgewichtes aller Zuschlagskriterien nicht übersteigen darf.

Der von den Eidg. Räten verabschiedete Text der Motion Galladé lautet: "Der Bundesrat wird beauftragt, bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen Betrieben, welche Lehrstellen und andere Ausbildungsplätze anbieten, vermehrt Rechnung zu tragen, indem die Lehrlingsausbildung im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen berücksichtigt wird." Mit dem von der Verwaltung vorgeschlagenen Wortlaut wird man dieser verbindlichen Weisung nicht gerecht, zumal als gleichwertig nur Angebote mit der gleichen Punktzahl betrachtet werden. Damit bleibt die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung in praktisch allen Fällen blosser Theorie. Die von uns vorgeschlagene Fassung trägt dem Anliegen des Parlamentes besser Rechnung.

Um allfälligem Missbrauch durch die Unternehmen vorzubeugen, kann für die Ausbildungsanstrengungen auf die Zahl der erfolgreich abgeschlossenen Lehren abgestellt werden, die regelmässig in Relation zum gesamten Personalbestand zu bringen sind. Gegebenenfalls sind auch andere Arten von **Ausbildungsplätzen** wie Stages und Praktika in angemessener Weise in die Beurteilung mit einzubeziehen.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 40 Besondere Fälle

Keine Bemerkungen

Art. 41 Abweichendes kantonales Recht

Streichen, da dem Harmonisierungsziel widersprechend. Der weite Ermessensspielraum bei der Anwendung der Kriterien lässt kantonalen Gegebenheiten genügend Raum.

Art. 42 Publikationspflicht

Abs. 2 ändern: Die Veröffentlichung muss spätestens 30 Tage nach dem Zuschlag erfolgen.

Begründung: Die Frist von 72 Tagen, eine Maximalfrist des GPA, ist offensichtlich zu lange und ist durch den schweizerischen Gesetzgeber auf 30 Tage herabzusetzen.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 43 Zeitpunkt des Vertrages

Keine Bemerkung

Art. 43a Unwirksamer Vertrag

Der Tatbestand von Abs. 1 lit. b ist angesichts der Rechtsfolge der Nichtigkeit relativ unbestimmt abgefasst. Die Bestimmung rechtfertigt sich aber grundsätzlich im Hinblick auf den Dritten, der sich sonst nicht gegen einen Vertrag zur Wehr setzen könnte, der unzulässigerweise vom siegreichen Angebot abweicht. Eine allfällige Konkretisierung zur Erhöhung der Rechtssicherheit würden wir begrüßen.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 44 Pflicht zur Vorankündigung

Antrag: streichen

Begründung: Verhandlungen und elektronische Auktionen werden von uns abgelehnt (vgl. nachfolgend Kommentare zu Art. 47 und 48), Wettbewerbe und Dialoge sind der Sache nach Beschaffungsformen wie die funktionale oder die Ausschreibung via detailliertes Pflichtenheft.

Art. 45 Wettbewerbe

Bezüglich Art. 45 verweisen wir auf die Ausführungen in der Vernehmlassung der Stammgruppe Planung von **bauenschweiz**.

Art. 46 Dialoge

Bezüglich Art. 46 verweisen wir auf die Ausführungen in der Vernehmlassung der Stammgruppe Planung von **bauenschweiz**.

Art. 47 Verhandlungen

Neufassung Art. 47: Verhandlungen über den Preis, den Leistungsumfang oder das Preis-Leistungs-Verhältnis sind untersagt.

Begründung: Verhandlungen über den Preis, den Leistungsumfang oder das Preis-Leistungs-Verhältnis lehnen wir strikte ab; sie sind auf allen Stufen zu untersagen. Sie haben mit einem

fairen Wettbewerb nichts gemein und provozieren geradezu den Missbrauch von Nachfragemacht durch öffentliche Auftraggeber. Gauch/Stöckli weisen in ihren Vergabethesen 1999, S. 47 ff. auf zahlreiche andere Gesichtspunkte hin, welche gegen derartige Verhandlungen sprechen. Anders kann der Fall unter gewissen Voraussetzungen dann liegen, wenn Verhandlungen – insbesondere bei komplexen Projekten - tatsächlich nur der nötigen Präzisierung von Detailfragen oder der Erläuterung eines Angebots dienen. Hierfür genügt aber Art. 37.

Art. 48 Elektronische Auktionen

Antrag: streichen

Begründung: Elektronische Auktionen fördern unseres Erachtens den von uns missbilligten reinen Preiswettbewerb und können das Ausnutzen staatlicher Nachfragemacht begünstigen. Sie werden von uns daher vollumfänglich abgelehnt. Das gilt jedenfalls für den Bereich der Bauwirtschaft.

Eventualiter wären Verhandlungen lediglich für standardisierte Leistungen zu gestatten.

Art. 49 Ständige Listen

Abs. 4 ergänzen: ...und ob sie die Eignungskriterien erfüllt. Der Eintrag begründet die Vermutung, die Anforderungen von Abs. 1, soweit Gegenstand der Liste, seien erfüllt.

Begründung: Ständige Listen werden von uns befürwortet. Sie reduzieren den Aufwand für alle Beteiligten, beschleunigen den Vergabeprozess und erhöhen die Transparenz. Dies setzt allerdings voraus, dass der Eintrag zumindest vermutungsweise auf Übereinstimmung mit den rechtlichen Anforderungen schliessen lässt. Sollen ständige Listen nicht auf eine Doppelprüfung hinauslaufen und damit ihr Zweck ins Gegenteil verkehrt werden, wird die Beschaffungsstelle ohne konkrete Hinweise auf Rechtsverstösse auf Abklärungen verzichten müssen. Wir geben unserer festen Erwartung Ausdruck, dass nicht jede Beschaffungsstelle ihre eigenen ständigen Listen führen will und wird, sondern alle Synergien bestmöglich genutzt werden.

Art. 50 Modalitäten und Abweichungen

Antrag: streichen, da dem Harmonisierungsziel widersprechend.

Art. 51 - 55 Fristen, Formvorschriften und Publikationsorgane

neue lit. c. von Art. 52: in den übrigen Verfahren 20 Tage ab Zustellung der Unterlagen.

Begründung: Eine Minimalfrist für das Einladungs- und das freihändige Verfahren ist im Gesetz festzusetzen, um eine Minimalgarantie für die Anbieterinnen zu gewährleisten.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 56 Widerruf des Zuschlags

Keine Bemerkungen

Art. 57 Abbruch des Verfahrens

Abs. 1 ergänzen: Die Beschaffungsstelle kann ein Verfahren aus einem wichtigen, nicht voraussehbaren Grund abbrechen, wenn daran ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht, insbesondere wenn:.....

neuer Abs. 3: Wird ein Verfahren aufgrund des Tatbestands von lit. b oder lit. d abgebrochen, sind die Anbieterinnen in der Regel angemessen zu entschädigen. Das Gleiche gilt im Falle von lit. c für diejenigen Anbieterinnen, die am allfälligen kartellwidrigen Verhalten nicht beteiligt sind.

Begründung: Auch öffentliche Auftraggeberinnen sollen sich an die üblichen Spielregeln des Marktes halten. Ausschreibungen dürfen nicht dazu missbraucht werden, um die Machbarkeit zu prüfen, das Budget abzustecken und dergleichen und dürfen erst erfolgen, wenn das Projekt vergabereif und die Finanzierung geregelt ist. Daher ist Art. 57 so zu präzisieren, dass ein Abbruch des Verfahrens nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (d.h. objektiv schwerwiegend und für die Beschaffungsstelle zudem nicht voraussehbar), überhaupt zulässig ist. Mit Bezug auf lit. c sind zudem diejenigen Anbieterinnen zu schützen, denen kein Fehlverhalten vorzuwerfen ist; abgesehen davon ist diesen Fällen wenn immer möglich mit einem Ausschluss der Fehlbaren aus dem Verfahren zu begegnen.

Nur mit einer relativ grosszügigen Schadenersatzregelung sind die Tatbestände für den zulässigen Abbruch des Verfahrens in der relativ offenen Fassung des Vorentwurfs akzeptabel. Die Anbieterinnen, die in guten Treuen Aufwendungen für die Offerteingabe getätigt und im Hinblick auf das Verfahren ihre Dispositionen getroffen haben, sind in ihren berechtigten Interessen zu schützen. Der Schweizerische Baumeisterverband, eine unserer wichtigsten Mitgliedsorganisationen, möchte daher die Rechtfertigungsgründe für einen Verfahrensabbruch weiter einschränken, lit. b streichen und lit. d auf die wesentlichen Änderungen der Rahmenbedingungen beschränken.

Art. 58 - 67 Verfahren ohne Ausschreibung

Art. 66 ändern: Die Beschaffungsstelle beschafft in der Regel bei einer Anbieterin,freihändig, wenn:

Begründung: Regel ist die Vergabe des Folgeauftrags an den Sieger des Wettbewerbs.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 68 - 71 Allgemeine Bestimmungen zur Rechtspflege

Art. 68 ändern: Der Rechtsschutz gemäss diesem Gesetz besteht, unabhängig von der tatsächlich gewählten Verfahrensart, bei Beschaffungsverfahren, in denen die massgebenden Schwellenwerte für das offene oder das selektive Ausschreibungsverfahren oder das Einladungsverfahren erreicht oder überschritten werden; im Einladungsverfahren besteht kein Anspruch auf Teilnahme.

Begründung: Nachdem die Schwellenwerte für das offene bzw. selektive Ausschreibungsverfahren relativ hoch angesetzt werden (sollen) und damit das Einladungsverfahren (richtigerweise) einen relativ grossen Anwendungsbereich hat, rechtfertigt es sich, auch für das Einladungsverfahren einen Rechtsschutz vorzusehen. Die Eingeladenen sollen über ein Rechtsmittel verfügen, um die Korrektheit des Zuschlages überprüfen lassen zu können. Hingegen ist ein Anspruch auf Teilnahme naturgemäss nicht gegeben; die Beschaffungsstelle bestimmt grundsätzlich frei, wen sie zur Einreichung eines Angebots auffordert, so dass mit den Rechtsmitteln nicht verlangt werden kann, zum Verfahren zugelassen zu werden.

Art. 70 Abs. 1 ergänzen: Die anfechtbaren Entscheide erfolgen in Deutsch, Französisch oder Italienisch. In jedem Fall muss der Entscheid auch in der Amtssprache des Ortes, für den die Leistung vorgesehen ist, ergehen.

siehe Begründung zu Art. 19 Abs. 1 Satz 1

Rest: keine Bemerkungen

Art. 72 - 77 Beschwerde

Antrag: In Art. 73 Abs. 1 ist ein Beschwerderecht der Berufsverbände vorzusehen.

Begründung: Mit Bezug auf die Ausschreibung ist ein spezielles Beschwerderecht der Berufsverbände der jeweiligen Branche vorzusehen. Damit wird ermöglicht, dass sich diese Verbände für die Gesamtheit der potentiell Betroffenen gegen mangelhafte Ausschreibungen wehren können. Missbrauch und Verzögerungen sind durch eine entsprechende gesetzliche Ausgestaltung zu unterbinden. Beim Zuschlag dürfte ein Verbandsbeschwerderecht in der Regel schon daran scheitern, dass sich die Verbände in der Regel nicht in den Wettbewerb zwischen einzelnen Unternehmen einmischen werden oder können.

Art. 73 Abs. 3 streichen

Begründung: Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Beschaffungsstelle legitimiert sein sollte, den Entscheid der ihr vorgesetzten Rechtsmittelinstanz an das Bundesgericht weiterzuziehen.

Neufassung Art. 76

1 Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

2 Die Beschwerdeinstanz kann auf Gesuch oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen.

3 Wird die aufschiebende Wirkung auf Gesuch der Beschwerdeführerin angeordnet und kann sie zu einem bedeutenden Nachteil führen, kann die Beschwerdeführerin innerhalb nützlicher Frist zur Leistung von Sicherheiten für die Verfahrenskosten und mögliche Parteientschädigungen verpflichtet werden. Wird die Sicherheit nicht fristgerecht geleistet, wird der Entscheid über die aufschiebende Wirkung hinfällig.

4 Die Beschwerdeführerin ist verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, der aus der aufschiebenden Wirkung entstanden ist, wenn sie absichtlich oder grobfahrlässig gehandelt hat.

Begründung: Dass bei Beschaffungen von nationaler Bedeutung schlechthin keine aufschiebende Wirkung gewährt werden soll, kann nicht hingenommen werden, zumal die vorgesehenen Schadenersatzansprüche klarerweise ungenügend sind. Damit wird der Rechtsschutz (offensichtlich aufgrund unerfreulicher Erfahrungen in einem Einzelfall) ausgehöhlt, was rechtsstaatlich nicht angeht. Die Lösung muss vielmehr darin bestehen, mit geeigneten Massnahmen den Vergabeprozess zu beschleunigen.

Im Übrigen beantragen wir Ihnen die Übernahme der bewährten Regelung von Art. 17 IVöB. Es haben sich innerhalb **bauenschweiz** auch Stimmen vernehmen lassen, die einen Systemwechsel, wonach einer Beschwerde neu grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt, begrüßen würden.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 78 - 81 Schadenersatz

Art. 78 Abs. 1 ändern: Was den Schadenersatz für die zu Unrecht nicht berücksichtigte Anbieterin anbelangt, ist er erheblich weiter zu fassen als der vorgeschlagene Ersatz der Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Beschaffungs- und mit dem Rechtsschutzverfahren. Mindestens wenn die Beschwerdeführerin den Nachweis führen kann, dass sie ohne die festgestellte Rechtswidrigkeit den Zuschlag mit erheblicher Wahrscheinlichkeit erhalten hätte, ist der entgangene Gewinn angemessen zu entschädigen.

Art. 81 streichen

Begründung: Mit dieser Bestimmung wird der Rechtsschutz untergraben, da sich für eine Beschwerdeführung das Risiko, dass die Rechtsmittelinstanz nachträglich eine Beschwerde als offensichtlich unbegründet erachtet, als zu hoch erweist. Wollte man trotzdem eine Haftung der beschwerdeführenden Anbieterin statuieren, wäre sie auf den Tatbestand zu beschränken, dass die offensichtlich unbegründete Beschwerde in missbräuchlicher Absicht eingereicht wurde. Auch der Umfang des Schadenersatzes wäre angemessen zu begrenzen.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 82 - 86 Aufsicht, Koordination und Statistik

Art. 82 ändern: Bund und Kantone sorgen unter Einbezug der Wirtschaft in

Begründung: Die Auftragnehmerseite ist ebenfalls in die Bestellung der Aufsichtsinstanz einzubeziehen. Nur wenn Auftraggeber und Auftragnehmer vertreten sind, kann eine sinnvolle Kontrolle stattfinden. Zu prüfen ist überdies die Einführung einer Ombudsperson, welche die abgeschlossenen Fälle behandeln und aus diesen Erfahrungen die nötigen Erkenntnisse gewinnen kann.

Art. 85 Abs. 4 ergänzen: Sie ist paritätisch zusammengesetzt aus Vertreterinnen und Vertretern des Bundes, der Kantone, der Gemeinden und der Wirtschaft. Der Bundesrat und die Kantone wählen ihre jeweiligen Vertreterinnen und Vertreter, die Dachorganisationen der Städte und Gemeinden sowie der Wirtschaft delegieren ihre Vertreterinnen und Vertreter.

Begründung: Gemäss Art. 85 Abs. 2 soll unter anderem auch der Sachverstand der Wirtschaft nutzbar gemacht werden. Es ist daher unerfindlich, weshalb die Privatwirtschaft keine Vertreter in die Kommission soll entsenden können, wie dies bei ausserparlamentarischen Kommissionen regelmässig der Fall ist. Aber auch der Einbezug der kommunalen Ebene, die für einen wesentlichen Teil der Beschaffungen zuständig ist, erscheint uns unabdingbar zu sein.

Rest: keine Bemerkungen

Art. 87 - 89 Schlussbestimmungen

Keine Bemerkungen

Anhang 1 Mindestangaben für die Ausschreibung

Gemäss E Art. 32 Abs. 3 sind die Zuschlagskriterien (stets) zu gewichten. Dazu steht Ziff. 5 im Widerspruch, wonach dies nur "gegebenenfalls" erfolgen soll.

Die Bindung der Anbieterinnen an ihre Angebote ist in Ziff 7 auf sechs Monate zu begrenzen (vgl. Art. 18 Abs. 2 geltende VoeB).

Rest: keine Bemerkungen

Anhang 2 Eignungskriterien und -nachweise

Einleitungssatz modifizieren im Sinne unserer Bemerkungen zu E Art. 30 (Verhältnismässigkeit der Eignungskriterien).

Die * sind direkt bei den einzelnen betreffenden Kriterien in der Liste abzubringen. Gesetzliche Bescheinigungen sollten sich auf die letzten 12 (nicht 6) Monate vor der Ausschreibung zurückbeziehen dürfen.

Rest: keine Bemerkungen

Anhang 3 Mindestangaben in der Ankündigung einer ständigen Liste

Die ständigen Listen beschränken sich auf Prüfpunkte unabhängig von einer konkreten Beschaffung wie beispielsweise Einhaltung der Gesamtarbeitsverträge oder Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen etc. Sie vermögen damit die Prüfung der Eignung für den konkreten Auftrag nicht zu ersetzen, wie aus Anhang 3 fälschlicherweise geschlossen werden könnte. Dies ist durch entsprechende Textredaktion zu verdeutlichen.

Rest: keine Bemerkungen

Anhang 4 Mindestangaben in der Veröffentlichung eines Zuschlags

Ziff. 6 ist wie folgt zu ändern: Preis des berücksichtigten Angebotes sowie der höchste und tiefste Preis; ist der Preis nicht das einzige Kriterium, ist die Bewertungstabelle der Zuschlagskriterien anzugeben.

Rest: keine Bemerkungen

Gerne nehmen wir an, dass Sie unsere Anträge berücksichtigen werden, und danken Ihnen dafür bestens.

Mit freundlichen Grüssen
bauenschweiz



aNR Robert Keller
Präsident



Charles Buser
Direktor

Zustellung per Post (im Doppel) und elektronisch (bkb@bbl.admin.ch)