

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

Zürich, 8. September 2008

Vernehmlassung zum Vorentwurf des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)

Sehr geehrter Herr Direktor,
sehr geehrte Damen und Herren

Der Fachverband Infra ist die Organisation der Schweizer Infrastrukturbauer und vertritt die Interessen von rund 250 Bauunternehmungen, welche vorwiegend für öffentliche Bauherren tätig sind. Deshalb ist die Ausgestaltung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Fachverband Infra und seine Mitglieder von zentraler Bedeutung. Gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr, um uns zur vorgeschlagenen Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen zu äussern.

1. Grundsätzliche Bemerkungen

Vorab erlauben wir uns, zum Vorentwurf des BöB bzw. zum erläuternden Bericht vier grundsätzliche Bemerkungen anzubringen.

1. Ziele des Vergaberechts

Wie das vor kurzem erschienene Buch "Ziele und Instrumente des Vergaberechts" von Martin Beyeler (2008) zeigt, **basiert das moderne Vergaberecht auf fünf Grundprinzipien: Wirtschaftlichkeit, Transparenz, Gleichbehandlung, Wettbewerb und wirksamer Rechtsschutz.**¹ Gemäss Beyeler (2008) prägten diese Prinzipien auch die Rechtsprechung in vergangener Zeit.

Der Fachverband Infra bekennt sich ausdrücklich zu diesen fünf Grundprinzipien des Vergaberechts und verlangt deren Respektierung von allen öffentlichen Beschaffungsstellen. Die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen bietet die Chance, das geltende Bundesgesetz so anzupassen, dass allen oben aufgeführten Grundprinzipien in Zukunft ausgewogen Rechnung getragen werden kann.

2. Harmonisierung des Beschaffungsrechts

Der Bund hat sich (auch unter teilweise Einbezug der Kantone) in den letzten Jahren intensiv darum bemüht, das Beschaffungsrecht auf allen drei föderalen Ebenen (Bund, Kantone und Gemeinden) zu harmonisieren. Wir haben den Eindruck gewonnen, dass der Bund dabei vor allem die Kantone dazu bewegen wollte, ihre Bestimmungen an diejenigen des Bundes anzupassen. Aufgrund des erwarteten Widerstandes der Kantone hat dies nicht zu einer vollständigen Harmonisierung, sondern zur vorliegenden Lösung einer "Teilvereinheitlichung" geführt. Obwohl die Anwendung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB bzw. revIVöB) insbesondere für die Bauwirtschaft in einigen Punkten weniger problematisch ist, haben die bewährten Bestimmungen der IVöB (z.B. betreffend Verfahren) keinen Eingang in die vorgeschlagene Bundesgesetzgebung gefunden. Bei der Überarbeitung des Vorentwurfes nach Eingang der Vernehmlassungsantworten würden wir die Übernahme von sich in der Praxis bestens bewährten Artikeln des IVöB bei umstrittenen Punkten des BöB sehr begrüßen.

3. Nachfragemacht öffentlicher Bauherren

In letzter Zeit mussten wir leider vermehrt feststellen, dass gewisse öffentliche Bauherren ihre Nachfragemacht missbrauchen. So werden in den Submissionen werkvertragliche Bestimmungen vorgegeben oder den Bewerbern während den Angebotsverhandlungen auf-

¹ Martin Beyeler: Ziele und Instrumente des Vergaberechts - Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2008

gezwungen, welche unter normalen Wettbewerbsverhältnissen von den Anbietern niemals akzeptiert werden könnten. Die im erläuternden Bericht S. 63 geäußerte Meinung, dass das per 1. April 2004 revidierte Kartellgesetz gegen den Missbrauch der Nachfragemacht einen hinreichenden Schutz bietet, können wir leider nicht teilen. Obwohl Art. 2 Abs. 1bis des Kartellgesetzes auch den Staat und seine Verwaltungseinheiten dem Kartellgesetz unterstellt, konnten wir bis anhin keine entsprechenden Auswirkungen auf das Verhalten öffentlicher Beschaffungsstellen beobachten. Deshalb bitten wir Sie, bei der Totalrevision des BÖB besonders darauf zu achten, dass der Missbrauch der Marktmacht durch öffentliche Beschaffungsstellen verhindert und eine faire Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien ermöglicht wird.

4. Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB)

Wir bedauern, dass der Text der revidierten Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) nicht gleichzeitig mit dem Vorentwurf zur revidierten BÖB in die Vernehmlassung gegeben wurde. Dies ist umso erstaunlicher, da gemäss erläuterndem Bericht S. 23 der provisorische Vorentwurf für diese Verordnung bereits vorliegt und für die praktische Umsetzung des BÖB von zentraler Bedeutung ist.

2. Stellungnahmen zu ausgewählten Bestimmungen

Wir weisen an dieser Stelle darauf hin, dass wir im Folgenden lediglich zu denjenigen Artikeln Stellung nehmen, zu welchen wir Anmerkungen oder Korrekturvorschläge haben. Mit Artikeln, welche in dieser Stellungnahme nicht erwähnt werden, sind wir grundsätzlich einverstanden oder sie sind für unsere Mitgliedfirmen von untergeordneter Bedeutung.

Art. 1 *Gegenstand*

Dieses Gesetz:

- a. regelt das Verfahren der öffentlichen Beschaffung durch den Bund;*
- b. vereinheitlicht in Teilen das Recht des Bundes und der Kantone im öffentlichen Beschaffungswesen.*

Stellungnahme

Der Fachverband Infra unterstützt das Bestreben des Bundes, das Beschaffungsrecht gesamtschweizerisch auf allen drei föderalen Ebenen (Bund, Kantone und Gemeinden) zu

harmonisieren. Die vorgeschlagene Teilvereinheitlichung, welche den Kantonen weiterhin einen gewissen Spielraum zugesteht, ist im Grundsatz ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Einer allzu starken Kompetenzbeschneidung der Kantone stehen wir im Moment eher skeptisch gegenüber; nicht zuletzt deshalb, weil das Regelwerk der IVöB ausgewogen ist und bei Unternehmen wie auch Vergabestellen auf grosse Akzeptanz stösst.

Art. 3 Öffentliche Beschaffungen

¹ *Dieses Gesetz gilt für die Beschaffung von Leistungen, welche die Beschaffungsstellen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben benötigen. Als Leistungen gelten Güter und Dienstleistungen einschliesslich Bauwerken und Bauleistungen.*

² *Dieses Gesetz gilt nicht für:*

- a. ...
- b. *Leistungen, die innerhalb oder zwischen verschiedenen, rechtlich selbständigen Beschaffungsstellen erbracht werden; Beschaffungsstellen, welche als Anbieterinnen an öffentlichen Ausschreibungen anderer Beschaffungsstellen teilnehmen, sind dem Gesetz unterstellt;*
- c. ...

Stellungnahme

Art. 3 Abs. 2 lt. b ist aus folgendem Grund zu ergänzen: Bietet eine verwaltungsinterne Stelle oder eine sich im Mehrheitsbesitz des Bundes befindende Unternehmung bei einer öffentlichen Ausschreibung mit, so sind diese ebenfalls dem BöB zu unterstellen. Die Bevorteilung dieser Stellen gegenüber den Mitbewerbern ist zu vermeiden, indem sie z.B. durch Quersubventionierungen aus anderen Geschäftsbereichen tiefere Kostenstrukturen vorweisen und so einen (ungerechtfertigten) Wettbewerbsvorteil erzielen können (z.B. die SBB bei Gleisbauarbeiten). Weiter soll ein Gemeinwesen oder eine vom Gemeinwesen kontrollierte selbständige Vergabestelle nur dann ohne Ausschreibung Leistungen anbieten können, wenn es sich um Leistungen im hoheitlichen Aufgabenbereich dieser Vergabestelle handelt. Das Tiefbauamt der Stadt Zürich soll z.B. nicht ohne Ausschreibung Strassenreparaturen für das Tiefbauamt des Kantons Zürich ausführen können.

Art. 6 Kantonales Recht

¹ Die Kantone können eigene Vorschriften erlassen, soweit dieses Gesetz es vorsieht. Dies betrifft insbesondere:

- a. die Senkung der Schwellenwerte (Art. 15 Abs. 2);
- b. die Zuschlagsregelungen (Art. 39 Abs. 2-5 und 40);
- c. den Ausschluss oder die Einschränkung sowie die Ausgestaltung besonderer Elemente des Ausschreibungsverfahrens (Art. 44-49);
- d. die Regelung des Einladungsverfahrens (Art. 58 und 59).

² Sie gewährleisten für Beschaffungen in ihrem Zuständigkeitsbereich einen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Vorgaben internationaler Übereinkommen.

³ Die Kantone können die kantonalen Vorschriften durch gemeinsam bestimmte Grundsätze und in Übereinstimmung mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz harmonisieren.

⁴ Bund und Kantone informieren sich rechtzeitig und umfassend über geplante Änderungen ihrer Vorschriften. Sie beziehen sich gegenseitig in die vorbereitenden Arbeiten ein.

Stellungnahme

Durch die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) konnten in den letzten Jahren die kantonalen Vergabeverfahren in den wichtigsten Elementen vereinheitlicht werden. Durch die Einführung von Art. 6 Abs. 3 wird vermieden, dass mit der Totalrevision des BöB die bestehende IVöB abgeschafft wird und die Kantone in ihrem Zuständigkeitsbereich wieder 26 eigenständige Bestimmungen anwenden. Die IVöB ist deshalb nicht ausser Kraft zu setzen, sondern für die Kantone nahtlos weiter zu führen und an die Bestimmungen des revidierten BöB anzupassen.

Art. 15 Schwellenwerte

¹ Welches Verfahren auf eine bestimmte Beschaffung anzuwenden ist, ergibt sich, unter Vorbehalt der Artikel 58 - 67, aus der folgenden Tabelle:

	Beschaffungsstelle nach Art. 4 Abs. 1 Bst. a	Beschaffungsstelle nach Art. 4 Abs. 1 Bst. b
Güter
Dienstleistungen
Bauwerke und Bauleistungen	unterhalb von 150'000 CHF: freihändiges Verfahren	
	ab 150'000 CHF: Einladungsverfahren	
	ab 10.8 Mio. CHF für Bauwerke bzw. ab 2 Mio. CHF für einzelne Bauleistungen: Ausschreibungsverfahren	

² Der Bundesrat und die Kantone können für ihren Zuständigkeitsbereich die Schwellenwerte senken oder sie den Entwicklungen des internationalen Rechts anpassen.

³ Die Beschaffungsstelle kann für eine Beschaffung, die unter einem Schwellenwert für ein bestimmtes Verfahren bleibt, freiwillig dieses Verfahren wählen.

Stellungnahme

Die Schwellenwerte für Bauwerke betragen gemäss GPA und bilateralen Abkommen für Behörden und Verwaltungseinheiten derzeit 5 Millionen Sonderziehungsrechte (SZR) bzw. 9.575 Mio. CHF, für bestimmte Sektoren (z.B. Schiene) jedoch nur 8 Mio. CHF. Eine Harmonisierung bei den Schwellenwerten ist grundsätzlich anzustreben. Wir sind jedoch klar der Meinung, dass die Möglichkeiten von GPA und bilateralen Abkommen voll auszunützen und die Schwellenwerte für alle Bauwerke bei den 5 Mio. SZR festzulegen sind. Dies entspricht auch den Schwellenwerten, welche für die Kantone verbindlich sind (vgl. Anhang 1 des revIVöB) und stellt ein klares Bekenntnis zur Harmonisierung des Beschaffungswesens dar. Handel und Gegengeschäfte mit Schwellenwerten zwischen den einzelnen Beschaffungen (z.B. Dienstleistungen vs. Bauwerke) lehnen wir konsequent ab.

Art. 19 Ausschreibungsunterlagen

¹ Die Beschaffungsstelle beschreibt in den Ausschreibungsunterlagen 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
- e. den vorgesehenen Verfahrensablauf
- f. die Dauer der Angebotsbindung

² Sie macht die Ausschreibungsunterlagen zugänglich ...

³ Sie stellt die Ausschreibungsunterlagen den Anbieterinnen auf Verlangen zu.

Stellungnahme

Die Erfahrung zeigt, dass verschiedene ausschreibende Stellen zu wenig genau zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien unterscheiden. Durch die Präzisierung von Art. 19 Abs. 1 lit. b in Ergänzung zu den Mindestangaben für die Ausschreibung in Anhang 1 kann eine grössere Rechtssicherheit und eine Vereinheitlichung mit Art. 30 BöB erreicht werden.

Wir stellen immer wieder fest, dass sich Bauherren für die Bezahlung der Rechnungen deutlich mehr Zeit lassen als von den Anbieterinnen aufgrund der Ausschreibungsunterlagen angenommen werden kann. Zur genauen Kalkulation der Kapitalkosten braucht es in den Submissionsunterlagen präzise Angaben zu den vorgesehenen Zahlungsfristen. Insbesondere empfehlen wir eine Anlehnung an die Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr. In dieser Richtlinie ist eine Referenzzahlungsfrist von 30 Tagen vorgegeben.

Art. 21 Leistungsbeschreibung

¹ Die Beschaffungsstelle beschreibt die Anforderungen an die zu beschaffende Leistung, insbesondere deren technischen Spezifikationen in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit. Dabei berücksichtigt sie die bewährten Standards anerkannter Fachverbände.

² Sie kann auch lediglich das Ziel der Beschaffung umschreiben (funktionale Ausschreibungen). Sie hat den Zweck und die Funktionalität des Beschaffungsgegenstandes genau zu definieren und genügend präzise zu umschreiben.

³ Sie teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind.

Stellungnahme

Werden die Leistungsbeschreibungen gemäss den Standards anerkannter Fachverbände vorgenommen, können ungenaue und unvollständige Beschreibungen oder Widersprüche in den Ausschreibungsunterlagen weitgehend verhindert werden. Insbesondere bei Bauwerken fördert die Berücksichtigung von Normen und Richtlinien anerkannter Verbände wie dem SIA oder dem VSS die Rechtssicherheit für alle Beteiligten.

Funktionale Ausschreibungen bieten neben Varianten (Art. 24 BöB) eine echte Chance für Innovationen und bringen bei optimaler Projektvorbereitung der Beschaffungsstelle einen realen Mehrwert. Entscheidend ist jedoch, dass Zweck und Funktionalität des Beschaffungsgegenstandes genau definiert und genügend präzise umschrieben werden. Deshalb ist Art. 21. Abs. 2 gemäss dem oben stehenden Vorschlag zu ergänzen.

Art. 24 Varianten

¹ Als Variante gilt ein Angebot einer Anbieterin, mit welchem das Ziel der Beschaffung auf andere Art als von der Beschaffungsstelle vorgesehen erreicht werden kann.

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

³ Die Anbieterin der Variante hat darzulegen:

- a. dass mit dieser das Ziel, das mit der Beschaffung verfolgt wird, erreicht werden kann;
- b. dass die Variante die zwingenden Anforderungen an die Leistung erfüllt;
- c. welche Vorteile die Variante im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung aufweist.

⁴ Unternehmervarianten dürfen grundsätzlich nur durch diejenige Anbieterin ausgeführt werden, welche diese Variante offeriert hat. Von diesem Grundsatz darf die Vergabestelle nur dann abweichen, wenn die betreffende Anbieterin der Verwendung der Variante zustimmt und die Entschädigungsfrage angemessen geregelt ist.

Stellungnahme

Gemäss Art. 24 Abs. 2 des Vorentwurfes zum BöB sollen Unternehmervarianten auch ohne Eingabe eines Amtsvorschlages eingereicht werden können, wenn dies von der Beschaffungsstelle zugelassen wird. Der Fachverband Infra ist grundsätzlich offen für Bestimmungen, mit welchen Innovationen bei den Anbietern gefördert und aufwändige Bearbeitungen von in einzelnen Fällen nicht realisierbaren Amtsvorschlägen vermieden werden können. Bezüglich der praktischen Umsetzung dieser Bestimmung durch die Beschaffungsstellen sind wir jedoch skeptisch und beantragen daher, dass aus folgenden Gründen bei jeder Submission auch immer ein Angebot gemäss Ausschreibung einzureichen ist:

1. Mit dem bisherigen Prinzip haben die Unternehmer in der Regel gute Erfahrungen gemacht, auch wenn die Ausarbeitung des Amtsvorschlages oft sehr aufwändig ist und viele Varianten meistens nur geringe Chancen auf einen Zuschlag haben.
2. Um die eingegangenen Offerten vergleichen und eine objektive Beurteilung der Konkurrenzfähigkeit vornehmen zu können, sollten sich die Anbieter mit dem Amtsvorschlag auseinandersetzen und ein entsprechendes Angebot einreichen. Insbesondere ist auch die Tatsache zu beachten, dass Varianten selten komplett neue Vorschläge beinhalten, sondern nur für bestimmte Teilbereiche neue Lösungsansätze vorweisen.
3. Der Vergleich der eingegangenen Amtsprojekte mit den Unternehmervarianten stellt viele Beschaffungsstellen und Planer vor grosse Herausforderungen. Um mögliche Fehler bei der Bewertung der Offerten oder beim Zuschlag zu vermeiden, werden viele Aufträge

gemäss Amtsprojekt vergeben. Reicht ein Bewerber lediglich eine Unternehmervariante ein, hat er demzufolge geringere Chancen auf eine Auftragserteilung, als wenn von ihm auch ein Amtsprojekt vorliegt.

Müssen alle Anbieterinnen ein Amtsprojekt einreichen, wird den Grundsätzen von Gleichbehandlung und Wettbewerb besser Rechnung getragen.

Um dem geistigen Eigentum genügend Respekt zu verschaffen, beantragen wir mit Art. 24 Abs. 4 eine Regelung zum Umgang mit Varianten von Anbieterinnen, welche keinen Zuschlag erhalten haben.

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 rechtlichen Anforderungen erfüllt:

- a. Sozialversicherungsrecht;
- b. staatlich festgelegte Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen inkl. der Vorschriften der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge und der Normalarbeitsverträge;
- c. Grundsatz der Lohngleichheit von Frau und Mann;
- d. Umweltschutzgesetzgebung;
- e. Melde- und Bewilligungspflicht gemäss Ausländerrecht.

² Dies gilt auch, wenn die Anbieterin Dritte, die für sie Leistungen erbringen, nicht zur Einhaltung dieser rechtlichen Anforderungen vertraglich verpflichtet hat.

³ Massgeblich sind grundsätzlich die Bestimmungen am Ort, wo die Leistung erbracht wird. ~~Für Anbieterinnen mit Sitz oder Niederlassung gelten die Bestimmungen am Ort ihres Sitzes ihrer Niederlassung nach Massgabe des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1996 über den Binnenmarkt.~~ Wird die Leistung im Ausland erbracht, so hat die Anbieterin zumindest die Einhaltung der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation zu gewährleisten.

Stellungnahme

Unter Abs. 1 lit. b ist nicht nur auf die Arbeits- und Arbeitsschutzbestimmungen, sondern auch auf die allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge und allfällige Normalarbeitsverträge hinzuweisen. Die Kann-Formulierung in Art. 29 Abs. 1 BöB dazu ist zu schwach.

Wir beantragen die Streichung von Art. 25 Abs. 1 lit. d, da die Anbieterinnen eine Vielzahl von gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten haben und eine Sonderstellung der Umweltschutzgesetzgebung im BöB sich nicht rechtfertigt.

Der gemäss Abs. 2 vorgesehene Ausschluss von Anbieterinnen, welche die rechtlichen Anforderungen gemäss Abs. 1 mit den Subunternehmern nicht vertraglich vereinbart haben, stimmen wir grundsätzlich zu. Dies entspricht auch dem Inhalt von Art. 5 des Entsendegesetzes. Zu beachten ist jedoch, dass Anbieterinnen nicht für Verstösse der Subunternehmer haftbar gemacht werden kann, weil die entsprechenden Einsichts- und Kontrollmöglichkeiten fehlen (keine Sippenhaftung!).

Gemäss Abs. 3 gilt für Unternehmen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz grundsätzlich das Herkunftsortsprinzip, während für Anbieter ohne Sitz oder Niederlassung in der Schweiz die Bestimmungen am Ort der Leistung gelten (Leistungsortsprinzip). Diese Unterscheidung dürfte aus unserer Sicht der Nichtdiskriminierung aus GPA und bilateralen Verträgen, weshalb wir eine Streichung des zweiten Satzes von Abs. 3 beantragen.

Der im Vorentwurf in Art. 25 Abs. 3 vorgeschlagenen Version mit der Anwendung des Herkunftsprinzips für Inländer und des Leistungsortsprinzips für Ausländer messen wir politisch kaum grosse Chancen bei. Unternehmer bzw. die Politiker aus europäischen Ländern werden den vorliegenden Vorschlag nicht akzeptieren, indem sie auf die vereinbarte Nichtdiskriminierung in Art. 6 des bilateralen Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens bzw. auf Art. 3 des GPA hinweisen. Verlangen auch sie das Herkunftsprinzip, so besteht die grosse Gefahr, dass die Bedingungen gemäss Art. 25 Abs. 1, insbesondere lit. b, unterlaufen werden und in- und ausländische Anbieterinnen nicht mehr gleichgestellt sind. Die Anwendung des Herkunftsprinzips im internationalen Kontext hätte verheerende Konsequenzen für verschiedene Wirtschaftszweige der Schweiz und ist deshalb strikte abzulehnen.

Wir gehen zudem nicht davon aus, dass die Kantone vom Leistungsortsprinzip abweichen werden. Die Bestimmungen in § 7 Abs. 2 der Vergaberichtlinien zur IVöB (VRöB) sprechen eine deutliche Sprache: "Als Arbeitsbedingungen gelten die Vorschriften der Gesamt- und der Normalarbeitsverträge; wo diese fehlen, gelten die orts- und berufsüblichen Vorschriften".

Der Fachverband Infra ist sich bewusst, dass durch die Anwendung eines generellen Leistungsortsprinzips dem regionalen Heimatschutz Auftrieb verliehen und das Binnenmarktgesetz ausgehebelt werden könnte. Wir weisen an dieser Stelle ausdrücklich darauf hin, dass dem Binnenmarktgesetz weiterhin grösste Beachtung zu schenken ist. Der Lösungsansatz für einen einheitlichen Schweizer Binnenmarkt wird aus unserer Sicht vor allem dann erreicht, wenn Arbeitsgesetze, Umweltauflagen, Bauvorschriften usw. auf nationaler Ebene harmonisiert und insbesondere lokale Gesamtarbeitsverträge (GAV) verhindert werden. Es sollen nicht alle einschlägigen GAV, sondern nur die allgemeinverbindlich erklärten GAV

eingehalten werden. Dem Bund und den Kantonen kommen dabei wichtige Funktionen zu. Aufgrund der oben aufgeführten Überlegungen unterstützt der Fachverband Infra die Anwendung des Leistungsortsprinzips für alle Anbieter. Die Vorteile bestehen darin, dass dadurch alle Unternehmer in der Schweiz gleich lange Spiesse haben und diese Bestimmung mit dem Bilateralen Abkommen und dem GPA kompatibel ist.

Art. 28 *Ausschluss wegen Vorbefassung*

¹ *Die Beschaffungsstelle schliesst eine Anbieterin aus einem Verfahren aus, wenn diese an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt war und deshalb einen Wettbewerbsvorteil erlangt hat.*

² *Sie kann auf den Ausschluss verzichten, wenn sie den Wettbewerbsvorteil mit geeigneten Mitteln, insbesondere durch zusätzliche Informationen oder Verlängerung der Fristen, ausgleicht.*

Stellungnahme

Gemäss erläuterndem Bericht S. 46 muss eine Anbieterin massgebend an der Vorbereitung einer Beschaffung beteiligt gewesen sein, damit sie ausgeschlossen werden kann (z. B. wenn sie die Ausschreibungsunterlagen vorbereitet hat). Wir schlagen vor, auf Verordnungsstufe zu präzisieren, was unter "massgebend" zu verstehen ist.

Art. 31 *Eignungskriterien*

¹ *Die Beschaffungsstelle legt die Kriterien zur Überprüfung der fachlichen, technischen, wirtschaftlichen und organisatorischen Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen fest.*

² *Dabei orientiert sie sich insbesondere an den Kriterien nach Anhang 2.*

³ *Sie kann von den Anbieterinnen die erforderlichen Nachweise nach Anhang 2 verlangen.*

⁴ *Die Eignungskriterien werden mit der Ausschreibung bekannt gegeben.*

Stellungnahme

Zur Erhöhung der Transparenz verlangen wir die Bekanntgabe der Eignungskriterien mit der Ausschreibung und beantragen deswegen eine entsprechende Vorgabe an die Beschaffungsstellen gemäss Art. 31 Abs. 4.

Art. 32 Zuschlagskriterien

¹ Die Beschaffungsstelle legt Zuschlagskriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (Art. 39 Abs. 2) fest.

² Es ist zu unterscheiden zwischen:

- a. monetären Zuschlagskriterien: sie beziehen sich auf die Kosten der angebotenen Leistung wie insbesondere den Preis sowie mögliche Kosten, die während der Lebensdauer der Leistung zu erwarten sind, insbesondere Betriebs-, Unterhalts- und Entsorgungskosten; und
- b. nicht monetären 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.

³ Die Beschaffungsstelle gibt in den Ausschreibungsunterlagen die einzelnen Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und deren Umrechnung in Punkte bekannt.

⁴ Sind Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand der Beschaffung, gibt die Beschaffungsstelle mindestens die Rangfolge der Kriterien an.

Stellungnahme

Zur Erhöhung der Transparenz bei öffentlichen Beschaffungen verlangen wir die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien mit der Ausschreibung und beantragen deswegen entsprechende Vorgaben an die Beschaffungsstellen gemäss unserer Neuformulierung von Art. 32 Abs. 3. Die heutige Praxis, nur die Reihenfolge oder allenfalls die prozentuale Gewichtung der Zuschlagskriterien anzugeben, bewirkt bestenfalls eine Scheintransparenz. Nur wenn die Anbieterinnen wissen, wie die einzelnen Zuschlagskriterien (insbesondere der Preis) in Punkte umgerechnet werden, können sie eine auf die Bedürfnisse der Vergabestelle ausgerichtete Offerte einreichen. Namentlich bei den messbaren Kriterien können durch eine volle Transparenz Manipulationen unterbunden oder wenigsten erschwert werden.

Art. 36 Öffnung der Angebote

¹ Die Beschaffungsstelle hält die Angebote bis zum Öffnungstermin verschlossen.

² Sie öffnet die fristgerecht eingereichten Angebote ~~in Anwesenheit von mindestens zwei Personen öffentlich.~~

³ Sie erstellt über die Öffnung der Angebote ein Protokoll. ...

~~⁴ Sie führt die Öffnung der Angebote öffentlich durch, wenn sie dies in der Ausschreibung angekündigt hat.~~

⁴ Sie stellt das Protokoll über die Öffnung der Angebote den Anbieterinnen innert 48 Stunden zu.

Stellungnahme

Gemäss den einleitend erwähnten Grundprinzipien des Beschaffungsrechts fordern wird bei den Offertöffnungen gegenüber den Anbieterinnen grösstmögliche Transparenz. Deshalb schlagen wir eine Anpassung von Art. 36 Abs. 2 sowie die Streichung von Art. 36 Abs. 4 vor. Als zusätzliche Bestimmung schlagen wir einen neuen Abs. 4 vor, welcher die Frist für die Zustellung des Protokolls über die Offertöffnung an die Anbieterinnen regelt. Wir erachten es als äusserst wichtig, dass die Anbieterinnen möglichst rasch über ihre Chancen für eine Auftragserteilung informiert werden. Bei einer wenig aussichtsreichen Position können die Bewerber das Projekt abschliessen und sich auf neue Aufgaben konzentrieren. Die Anwendung dieser Praxis bei den Kantonen hat sich bewährt und gibt zu keinen Beanstandungen Anlass.

Art. 37 Bereinigung der Angebote

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

² ...

Stellungnahme

Die inhaltliche Bereinigung von Angeboten durch die Beschaffungsstelle beurteilen wir als äusserst gefährlich, weil sich diese direkt auf Leistungsinhalte und Offertpreise auswirkt. Sie widerspricht zudem den Grundsätzen von Transparenz und Gleichbehandlung. Deshalb sind die Angebote nur technisch und rechnerisch zu bereinigen. Vgl. dazu auch unsere Stellungnahme zu Art. 47 (Verhandlungen).

~~Art. 38 — Änderung der Anforderungen an die Leistung und die Beurteilungskriterien~~

~~¹Die Beschaffungsstelle kann die Anforderungen an die Leistung und die Beurteilungskriterien ändern, soweit die Änderung nicht wesentlich ist.~~

~~²Eine Änderung ist jedenfalls dann wesentlich, wenn:~~

~~a. anzunehmen ist, dass in Kenntnis dieser Änderung weitere Angebote eingereicht worden wären; oder~~

~~b. aufgrund dieser Änderung bereits ausgeschiedene Anbieterinnen oder Angebote berücksichtigt werden müssten, die im laufenden Verfahren jedoch nicht mehr möglich ist.~~

~~³Sie teilt die unwesentliche Änderung allen Verfahrensteilnehmerinnen mit und eröffnet ihnen die Möglichkeit, innerhalb angemessener Frist ein überarbeitetes Angebot einzureichen.~~

Stellungnahme

Können die Anbieterinnen ein überarbeitetes Angebot einreichen, orientieren sie sich nicht mehr ausschliesslich an der veränderten Anforderung, sondern nehmen die Chance wahr, um das Gesamtangebot zu optimieren. Nachträgliche Änderungen der Anforderungen an die Leistung, auch wenn sie von der Vergabebehörde als unwesentlich bezeichnet werden, haben deshalb den Charakter einer Abgebotsrunde und widersprechen aus unserer Sicht den Grundprinzipien von Transparenz, Gleichbehandlung und wirksamer Rechtsschutz.

Bei nicht wesentlichen Änderungen rechtfertigt sich die erneute Submissionsrunde nicht. Wie in der Praxis heute üblich, hat die Bereinigung der nicht wesentlichen Punkte mit der beauftragten Anbieterin im Rahmen der Werkvertragsverhandlungen zu erfolgen. Bei wesentlichen Änderungen ist das Verfahren im Sinne von Art. 57, Abs. 1, lit. d. abzubrechen und gegebenenfalls zu wiederholen.

Aufgrund der oben aufgeführten Begründungen beantragen wir, Art. 38 ersatzlos zu streichen.

Art. 39 Zuschlag

¹ Für die Erteilung des Zuschlags kommen die Angebote jener Anbieterinnen in Betracht ...

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

Stellungnahme

Die Anzahl der angebotenen Ausbildungsplätze ist als Zuschlagskriterium bei gleichwertigen Angeboten ein wenig hilfreiches und zukunftsorientiertes Kriterium. Es gilt zu verhindern, dass Unternehmen nur deswegen Lehrstellen schaffen und zu deren Besetzung ungeeignete Lernende einstellen, um ihre Chancen auf den Erhalt öffentlicher Aufträge zu erhöhen. Solche Anreize führen gemäss unseren Erfahrungen zu einer überdurchschnittlichen Anzahl an Lehrabbrüchen und grösseren Problemen in den Berufsfachschulen.

Wir beantragen deshalb, nicht das Ausmass der Ausbildungsplätze, sondern die Anzahl der in den letzten drei Jahren erfolgreich abgeschlossenen Lehren (Anzahl ausgestellte EFZ oder EBA) zu berücksichtigen. Auch wenn dieser Artikel selten zur Anwendung kommen wird, ist die Signalwirkung dieser Bestimmung auf die kantonale oder kommunale Beschaffungsstellen nicht zu unterschätzen.

Art. 47 Verhandlungen

~~¹ Die Beschaffungsstelle kann mit denjenigen Anbieterinnen, die für den Zuschlag in Betracht kommen, Verhandlungen führen, damit diese ihre Angebote verbessern können.~~

~~² Ergibt die Bewertung der Angebote, dass kein Angebot eindeutig das wirtschaftlich günstigste ist, so dürfen Verhandlungen geführt werden, selbst wenn diese in der Ausschreibung nicht angekündigt worden sind.~~

~~Abgebotsrunden bzw. Verhandlungen über den Preis, den Leistungsumfang oder das Preis-Leistungsverhältnis sind untersagt.~~

Stellungnahme

Die beiden Absätze 1 und 2 von Art. 47 sind durch ein Verbot von Abgebotsrunden bzw. Verhandlungen über den Preis, den Leistungsumfang oder das Preis-Leistungsverhältnis zu ersetzen. Abgebotsrunden lehnen wir strikte ab, weil sie nicht den Grundzügen eines fairen Wettbewerbs entsprechen und den Missbrauch von Nachfragemacht durch die Beschaffungsstellen geradezu provoziert. Entgegen der Aussage im erläuternden Bericht S. 63 sind

wir klar der Meinung, dass das Kartellgesetz keinen hinreichenden Schutz vor Missbrauch der Nachfragemacht durch öffentliche Bauherren bietet!

Auch im Sinne der Harmonisierung zwischen Bund und Kantonen ist das Verbot von Abgebotsrunden gemäss Art. 11 des revIVöB zu übernehmen. Die Erfahrungen in den Kantonen zeigen, dass die öffentliche Hand auch ohne Abgebotsrunden wirtschaftlich günstige Beschaffungen vornehmen kann. Viele Vergabestellen gehen (irrtümlicherweise) davon aus, dass durch Verhandlungen günstigere Beschaffungen realisiert werden können. Besteht nämlich die Möglichkeit von Abgebotsrunden, so wird beim Angebotspreis in der Regel noch eine gewisse "Verhandlungsmarge" eingebaut. Wie die Praxis zeigt, können faire Vergaben und die Gleichbehandlung aller Anbieter bei Abgebotsrunden selten garantiert werden. Zudem wird den Vergabestellen eine nicht zu unterschätzende Nachfragemacht zugestanden, welche dann oft auch ausgenutzt wird.

Auch um die Offerten vergleichbar machen zu können, braucht es keine Abgebotsrunden. Dazu reicht die Formulierung in Art. 37 (Bereinigung der Angebote) vollkommen aus.

~~Art. 48 Elektronische Auktionen~~

~~¹-Vor einer elektronischen Auktion führt die Beschaffungsstelle eine erste vollständige Bewertung der Angebote anhand der Beurteilungskriterien durch und bestimmt, welche Anbieterinnen zur Auktion zugelassen werden.~~

~~²-In der elektronischen Auktion haben die Anbieterinnen während einer definierten Zeitspanne die Möglichkeit, neue Preise oder neue Werte für andere messbare Bestandteile ihrer Angebote zu unterbreiten.~~

~~³-Die Auktion erfolgt anonym.~~

~~⁴-Die Angebote werden elektronisch aufgrund einer mathematischen Formel automatisch bewertet.~~

~~⁵-Die Beschaffungsstelle erteilt den Zuschlag aufgrund der automatischen Bewertung und der übrigen Zuschlagskriterien.~~

Stellungnahme

Wie Art. 47 führt auch Art. 48 dazu, dass sich der Angebotsvergleich nur noch auf den Preiswettbewerb beschränkt. Wir beantragen deshalb, Art. 48 ersatzlos zu streichen. Durch ein Verbot elektronischer Auktionen kann gerade bei den nicht standardisierten Angeboten der Bauwirtschaft ein reiner Preiswettbewerb vermieden und die Nachfragemacht der Beschaffungsstellen eingeschränkt werden. Auch hier bietet das Kartellgesetz keinen ausreichenden Schutz vor dem Missbrauch der Nachfragemacht.

Art. 57 Abbruch des Verfahrens

¹ Die Beschaffungsstelle kann ein Verfahren abbrechen, wenn daran ein öffentliches Interesse besteht, insbesondere wenn:

- a. kein Angebot die zwingenden Anforderungen an die Leistung erfüllt;
- b. wesentliche technische oder finanzielle Rahmenbedingungen ändern;
- c. ein begründeter Verdacht auf ein kartellrechtswidriges Verhalten besteht; oder
- d. die Beschaffungsstelle die Anforderungen an die Leistung oder die Beurteilungskriterien wesentlich ändert.

² Sie kann in der Folge auf die Beschaffung verzichten oder das Verfahren wiederholen.

³ Wird auf eine Beschaffung aufgrund Art. 57 Abs. 1 lit. b und d verzichtet, sind die Aufwendungen der nicht ausgeschlossenen Anbieterinnen für die Offertstellung angemessen zu entschädigen.

Stellungnahme

Aus Effizienzgründen ist wichtig, dass die Beschaffungsstellen nur sorgfältig geplante und vorbereitete Submissionen publizieren. Ausschreibungen dürfen nicht dazu benutzt bzw. missbraucht werden, um lediglich Machbarkeiten zu prüfen oder Kosten zu evaluieren, wie dies in letzter Zeit hin und wieder vorgekommen ist. Anbieterinnen investieren schliesslich für jede Submission ein wesentlicher Teil ihrer personellen und finanziellen Ressourcen. Deshalb beantragen wir die Aufnahme von Art. 57 Abs. 3.

Art. 76 Aufschiebende Wirkung

~~¹ Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde richtet sich nach Artikel 55 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren.~~

~~² Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung, wenn das Interesse des Landes oder eines grossen Teils desselben den Bau eines öffentlichen Werkes oder die Erfüllung einer Bundesaufgabe, namentlich einer Aufgabe im sicherheits- oder rüstungspolitischen Bereich, innert einer Frist verlangt, welche keinen Aufschub des Vertragabschlusses zulässt.~~

~~³ Die Beschwerdeinstanzen dürfen in den Fällen nach Absatz 2 keine abweichenden Anordnungen treffen.~~

~~⁴ Der Bundesrat kann in einer Verordnung eine Liste der öffentlichen Werke und Bundesaufgaben führen, bei denen die Beschwerdeinstanz einzig feststellen kann, inwiefern der angefochtene Entscheid das anwendbare Recht verletzt.~~

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 innert nützlicher Frist zur Leistung von Sicherheiten für die Verfahrenskosten und mögliche Parteienentschädigungen verpflichtet werden. Wird die Sicherheit nicht fristgerecht geleistet, so 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.

Stellungnahme

Die Vergabe für die Ausführung der Bahntechnik im Gotthard-Basistunnel hat jüngst gezeigt, dass Vergabebeschwerden bei zeitlich kritischen Submissionen problematisch sein können. Art. 1 verweist auf Art. 55 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG), dessen Artikel 1 beinhaltet, dass die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat. Art. 76 Abs. 2 des BÖB entzieht im Gegensatz zum VwVG die aufschiebende Wirkung bei Bauten von grossem öffentlichem Interesse. Als Beispiel werden im erläuternden Bericht S. 81 folgende Objekte aufgeführt: Westumfahrung Zürich, Verbindung Schweiz-Frankreich bis Porrentruy, Seelisbergtunnel, Vollausbau Roveredo, Belchentunnel. Dem Bundesrat wird gemäss Art. 76 Abs. 4 die Kompetenz zur Bezeichnung diejenigen Objekte erteilt, welchen kein voller

Rechtsschutz mehr zugestanden wird. Die Übertragung dieser Kompetenz an den Bundesrat erachten wir als politisch zu heikel und lehnen diesen Vorschlag darum ab.

Wir betrachten die im Vorentwurf unter Art. 76 zur aufschiebenden Wirkung vorgeschlagenen Bestimmungen als zu kompliziert und zu störungsanfällig. Aufgrund der Erfahrungen in den Kantonen mit Beschwerden und aufschiebenden Wirkungen beantragen wir, im BöB die Bestimmungen von Art. 17 des revIVöB vollumfänglich zu übernehmen. Dadurch kann eine hohe Rechtssicherheit erzielt werden, ohne dass einzelnen Parteien ihre Rechtsmittel entzogen werden bzw. diese die Beschwerde ohne Schadenersatzpflicht missbrauchen können.

Obwohl wir die Beschleunigung von Vergabeverfahren begrüssen, dürfen die Rechtsmittel der Anbieter nicht eingeschränkt werden. Besondere Beachtung ist in diesem Zusammenhang auch Art. XX des GPA beizumessen, welche unter Punkt 2 nichtdiskriminierende, zügige, transparente und wirksame Verfahren verlangt.

Art. 78 Umfang des Schadenersatzes für die Anbieterin

¹ Kann die beschwerdeführende Anbieterin nachweisen, dass ihr ohne die festgestellte Rechtswidrigkeit der Zuschlag mit erheblicher Wahrscheinlichkeit erteilt worden wäre, so hat sie Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Beschaffungs- und mit dem Rechtsschutzverfahren.

² Unterliess die Beschaffungsstelle eine Ausschreibung, obwohl dies offenkundig rechtswidrig war, so hat die erste Beschwerdeführerin, die sich deswegen nicht am Verfahren beteiligen konnte, Anspruch auf eine angemessene Entschädigung. Die Gesamtsumme dieser Entschädigung ist dabei auf maximal 3 Promille des Werts gemäss Zuschlag beschränkt.

Stellungnahme

Gemäss erläuterndem Bericht S. 82 wird demjenigen Anbieter, welcher durch eine widerrechtliche Vergabe einen Schaden erlitten hat, alle nachgewiesenen Kosten im Zusammenhang mit dem Beschaffungs- und dem Rechtsmittelverfahren entschädigt. Nicht abgegolten wird ein allfälliger entgangener Gewinn.

Der Fachverband Infra verlangt, dass das Ausmass der Entschädigungen an die beschwerdeführenden Anbieter bei widerrechtlicher Vergabe deutlich höher zu bemessen ist. Die Aufwendungen für die Offertstellung und die Beschwerdeführung stehen in keinem Zusammenhang mit den entgangenen Deckungsbeiträgen.

Art. 81 Schadenersatz für die Beschaffungsstelle

~~¹ Hat die beschwerdeführende Anbieterin eine offensichtlich unbegründete Beschwerde eingereicht, so haftet sie der Beschaffungsstelle für den entstandenen Schaden.~~

~~2 Macht die Beschaffungsstelle den Schadenersatzanspruch im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens geltend, so kann die zuständige Beschwerdeinstanz in ihrem Entscheid über die Beschwerde auch über den Schadenersatz entscheiden.~~

Stellungnahme

Wir erachten die Regelung in Art. 81 für unausgewogen und beantragen dessen ersatzlose Streichung. Während die Schadenersatzansprüche der um den Zuschlag gekommenen Anbieterinnen materiell und finanziell erheblich limitiert sind, soll eine Beschwerdeführerin schon dann den vollen Schaden tragen, wenn die Beschwerde "offensichtlich unbegründet" war. Für eine Beschwerdeführerin ist nicht immer klar, wie die zuständigen Gerichte mit dem Begriff "offensichtlich" umgehen. Ein Unternehmen kann sich in guten Treuen in den Rechts- und Sachverhaltsfragen irren. Die Schwelle für eine volle Haftung ist damit unseres Erachtens zu tief angesetzt. Wie es der Praxis in anderen Verfahren entspricht, hat eine Beschwerdeführerin nur dann zu haften, wenn sie eine Beschwerde wider Treu und Glauben erhoben hat.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Fachverband Infra

Michel Buro
Präsident

Dr. Benedikt Koch
Geschäftsführer

Kopien an: Schweizerischer Baumeisterverband SBV
 bauenschweiz
 economiesuisse
 Schweizerischer Gewerbeverband SGV
 Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz BPUK