

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

Bern, 13. November 2008 MM/rb

## **Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen; Vernehmlassung**

Sehr geehrter Herr Direktor  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, zu welcher Sie am 30. Mai 2008 eine Vernehmlassung eröffnet haben. Innert der verlängerten Vernehmlassungsfrist nimmt unser Verband, die Schweizerische Vereinigung Beratender Ingenieurunternehmen (USIC), gerne zum Gesetzesentwurf Stellung.

Unsere Vereinigung ist der grösste patronale Ingenieurverband der Schweiz mit über 800 Mitgliedsunternehmen, welche ihrerseits rund 8'000 Mitarbeitende beschäftigen.

Die USIC befasst sich seit längerem mit Fragen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen. Unsere Mitgliederfirmen beziehen einen grossen Teil ihrer Mandate über den öffentlichen Beschaffungsmarkt. Umso wichtiger ist für sie eine Gesetzesgrundlage, welche effiziente, faire, transparente und nachhaltige Beschaffungsverfahren ermöglicht.

## **A. Grundsätzliche Bemerkungen**

### **1. Klares Ja zu einer möglichst weitgehenden Harmonisierung**

Das Hauptziel der geplanten Revision, die angestrebte Harmonisierung der Bundes- und Kantonsvorschriften, ist sehr begrüßens- und unterstützenswert. In der Tat stellen die unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben in den jeweiligen Gemeinwesen eine unzumutbare administrative Hürde dar, welche den Wettbewerb behindern und die mit dem Beschaffungsverfahren verbundenen Kosten unnötigerweise in die Höhe treiben. Der Revisionsentwurf ist in seiner diesbezüglichen Stossrichtung zu unterstützen.

Drei Bemerkungen seien zur Harmonisierung erlaubt:

- a) Es wurde in den letzten Monaten offenkundig, dass die Kantone mit der vom Bund vorgeschlagenen (Teil-)harmonisierung offenbar nicht einverstanden sind. Für Aussenstehende sind die vorgebrachten Argumente weitgehend unklar und die Diskussionen schwer verständlich. Es ist jedenfalls zu bedauern, dass es zu Meinungsverschiedenheiten gekommen ist und nicht gelungen ist, rechtzeitig eine gemeinsame und tragfähige Lösung zu erarbeiten, welche eine echte Harmonisierung erlauben würde. Als wichtige Vertreter der Anbieterschaft haben unsere Mitgliederunternehmen kein Verständnis für das Ausleben unterschiedlicher Befindlichkeiten.
- b) Das BBL rechnet aufgrund einer Ecoplan-Studie aus dem Jahr 2004 mit einem Einsparpotential von CHF 400 Mio. pro Jahr. Ob diese Zahl realistisch ist, kann dahingestellt bleiben. Tatsache ist jedenfalls, dass eine Vereinheitlichung der Rechtsgrundlagen bei den beteiligten Parteien zu wesentlichen Einsparungen führen kann. Es versteht sich von alleine, dass ein Planungsbüro, welches an Ausschreibungen in der ganzen Schweiz teilnimmt, effizienter arbeiten kann, wenn nicht in jedem Kanton andere Verfahrensvorschriften beachtet werden müssen. In diesem Zusammenhang ist auch auf die von unserer Vereinigung bei der Universität St. Gallen (Prof. Jaeger) in Auftrag gegebenen Studie „Volkswirtschaftliche Kosten bei öffentlichen Ausschreibungen von Planeraufträgen“ von November 2006 hinzuweisen, welche eindrücklich die bei den Planungsbüros durch das Vergabeverfahren anfallenden, hohen Kosten darstellt.
- c) Die usic ist sich bewusst, dass eine volle Harmonisierung ihre Grenzen an der verfassungsmässig vorgegebenen Kompetenzordnung findet. Es ist verständ-

lich, dass die lange Dauer einer allfälligen Verfassungsänderung abschreckend wirkt und deshalb nur eine Teilharmonisierung vorgeschlagen wird. Nachdem unsere Mitgliederunternehmer klar für eine möglichst weitgehende Harmonisierung eintreten, ist diesbezüglich immerhin zu fordern, dass (i) die heute vorgesehene Teilharmonisierung so weit gehen soll, als dies verfassungsrechtlich zulässig ist (keine freiwilligen Ausnahmen) und (ii) eine Änderung auf Verfassungsstufe jedenfalls mittelfristig ernsthaft zu prüfen ist.

## 2. Besonderheiten bei der Vergabe intellektueller Dienstleistungen

Die von unserer Vereinigung vertretenen Ingenieurunternehmungen erarbeiten komplexe Planerleistungen. Es handelt sich um intellektuelle Dienstleistungen, welche nicht mit standardisierten Gütern oder Dienstleistungen vergleichbar sind. Unsere Vereinigung weist – im Verbund mit den übrigen Planerverbänden, die in der Stammgruppe Planung von bauenschweiz organisiert sind – seit vielen Jahren auf die Besonderheiten bei der Vergabe solcher intellektueller Dienstleistungen hin. Umso erfreulicher ist der Vorschlag, den Begriff der intellektuellen Dienstleistungen nun explizit im Gesetz vorzusehen (Art. 46 der Revisionsvorlage).

Freilich kann dieser Hinweis auf die besondere Form von Dienstleistungen nur einen ersten Schritt hin zu deren gesonderten Behandlung im Rahmen der öffentlichen Beschaffungsverfahren darstellen. Es dürfte heute weitgehend unbestritten sein, dass bei der Vergabe intellektueller Dienstleistungen – immer im Vergleich zur Vergabe standardisierter Güter und Dienstleistungen – einige Besonderheiten zu beachten sind:

- Zum einen ist an die erhöhten Anforderungen an einen korrekten, detaillierten und vollständigen *Leistungsbeschreibung* zu denken. Intellektuelle Dienstleistungen zeichnen sich dadurch aus, dass bei Arbeitsvergabe oftmals noch wenig Konkretes über das angestrebte Endprodukt bekannt ist. Entsprechend anspruchsvoll ist die Ausschreibung solcher Dienstleistungen. Unsere Mitgliedsunternehmungen erhoffen sich vom neuen Gesetz eine wesentliche Verbesserung in der diesbezüglichen Vollzugspraxis.
- Zum anderen hat die *Qualität* der von Planerinnen und Planern erbrachten intellektuellen Dienstleistungen einen wesentlichen Einfluss auf die weitere Projektbearbeitung. Der Planung eines Bauvorhabens kommt regelmässig eine eigentliche Hebelwirkung in Bezug auf die Gesamtdauer und –kosten des Bauprojekts zu. Je besser die vorgängige Planung, desto effizienter und qualitativ hochstehender wird das Gesamtprojekt realisiert werden. Vor diesem Hintergrund muss dem (im Vergleich zum Gesamtprojekt geringfügigen) Preis der in-

tellektuellen Dienstleistung gegenüber deren Qualität eine untergeordnete Rolle zukommen. In diesem Sinne ist es zentral, dass bei der Vergabe intellektueller Dienstleistungen qualitätsbezogene Zuschlagskriterien deutlich höher gewichtet werden, als rein monetäre Überlegungen.

Der nun vorliegende Revisionsentwurf scheint – wie gesagt – die Besonderheiten der intellektuellen Dienstleistungen nicht zu negieren. Die Planerbranche hätte sich aber erhofft, dass dem Gesetzgeber eine noch weitergehende Differenzierung zwischen standardisierten Gütern resp. Dienstleistungen und komplexen, intellektuellen Dienstleistungen vorgeschlagen worden wäre. In diesem Punkt erwarten unsere Mitgliedsunternehmen weitere Verbesserungsvorschläge.

### **3. Grundsätzliche Unterstützung für die Ziele und die Inhalte der Revisionsvorlage**

Die für die Revision formulierten Ziele – Modernisieren, Klären, Flexibilisieren und Harmonisieren – werden von uns unterstützt. Insgesamt ist den Autoren der Revisionsvorlage zu attestieren, dass sie die Zielvorgaben umsichtig und mit guter Qualität umgesetzt haben. Wir sind überzeugt, dass das Gesetz in seiner neuen Form – und ergänzt mit den unten diskutierten Änderungsvorschlägen – eine bessere Regulierung darstellen wird als unter dem geltenden Recht und dass damit, so hoffen wir, eine qualitative Verbesserung der Vergabekultur in der Schweiz erzielt werden kann.

## **B. Bemerkungen zu einzelnen Artikeln**

### ***Art. 2 Zweck***

**Antrag:** Lit. d ist zu 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.

### **Art. 3 Geltungsbereich**

**Antrag:** Ad lit. d unterstützen wir den Vorschlag von bauenschweiz betreffend Ergänzung.

**Antrag:** Lit. e ist zu 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 BoeB unter den am Auftrag interessierten Firmen spielen soll. Künftig hat die Mehrheit der Beschaffungen der betroffenen Ämter ebenfalls im Rahmen der normalen Verfahren des BoeB zu erfolgen.

### **Art. 6 Anwendbares Recht**

**Antrag:** Abs. 1 ist nach dem ersten Satz zu streichen (ganze Aufzählung lit. a – d streichen).

**Begründung:** Die Derogationsmöglichkeit der Kantone gemäss den vorgesehen lit. a – d werden abgelehnt, weil damit das Ziel der Harmonisierung untergraben wird.

### **Art. 12 Ausgestaltung der Verfahren**

**Antrag:** streichen.

**Begründung:** Zwar haben die Beschaffungsstellen aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen der einzelnen Beschaffung einen Ermessensspielraum bezüglich der zu wählenden Beschaffungsart (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 Beschaffungsverfahren lehnen wir hingegen ab.

## **Art. 15 Schwellenwerte**

**Antrag:** Die Schwellenwerte sind in allen Bereichen höchst möglich anzusetzen und es darf zu keinen freiwilligen Reduktionen kommen.

**Begründung:** Eine freiwillige Reduktion gegenüber den staatsvertraglich vereinbarten Schwellenwerten ist nicht gerechtfertigt und wird von uns strikte abgelehnt. Die Teilnahme an Ausschreibungsverfahren ist für die Anbieter mit nicht unerheblichen Kosten verbunden, namentlich bei der Ausschreibung von komplexen Planeraufgaben. Nicht selten ist bei solchen Offerten bereits ein wesentlicher Teil der effektiv erfragten intellektuellen Dienstleistung im Rahmen der Offerterarbeitung zu erbringen. Die bereits erwähnte Studie der Universität St. Gallen hat empirisch nachgewiesen, dass das offene Verfahren für die Vergabe von Planerleistungen aus Sicht der volkswirtschaftlichen Kostenverursachung frühestens ab einer Vergabesumme von über CHF 600'000 Sinn macht.

Im Sinne eines dringenden Wunsches wird im Weiteren beliebt gemacht, im Rahmen der nächsten Staatsvertragsverhandlungen darauf hinzuwirken, dass für die intellektuellen Baudienstleistungen eine separate Kategorie geschaffen wird, für welche im Vergleich zu anderen Dienstleistungen höhere Schwellenwerte gelten. Wir sind überzeugt, dass sich andere Staaten einen solchen Vorstoss der Schweiz anschliessen können, da in anderen Staaten gleiche Probleme aus volkswirtschaftlicher Sicht bestehen.

**Antrag:** In Absatz 2 ist der Zusatz „~~senken oder sie~~“ zu streichen.

**Begründung:** Die Schwellenwerte sollen fix so angewendet werden, wie es nach Staatsvertragsrecht zulässig ist. Eine freiwillige Reduktion – gleich auf welcher Stufe – ist abzulehnen. Entsprechend ist Absatz 2 so anzupassen, dass lediglich eine Anpassung an die Entwicklung des internationalen Rechts zulässig ist, nicht aber eine freiwillige Senkung der Schwellenwerte.

**Antrag:** Absatz 3 ist zu ergänzen: „Die Beschaffungsstelle kann für eine Beschaffung, die unter einem Schwellenwert für ein bestimmtes Verfahren bleibt, aus wichtigen Gründen freiwillig dieses Verfahren wählen.“

**Begründung:** Eine freiwillige Anwendung eines nicht notwendigerweise durchzuführenden Verfahrens darf höchstens in Ausnahmefällen erfolgen, wenn gewichtige

Gründe hierfür sprechen. Im Normalfall hat die Vergabebehörde innerhalb der jeweiligen Bandbreite der Schwellenwerte das jeweils „richtige“ Verfahren anzuwenden.

### **Art. 18 Mindestinhalt und Publikation**

**Antrag:** Art. 18 Abs. 1 sowie der Anhang 1 sind derart zu ergänzen, dass für die jeweilige Beschaffungsform die entsprechenden Angaben publiziert werden. Bezüglich der Wettbewerbe und der Dialoge sind zusätzliche Angaben notwendig.

**Begründung:** Die jetzt vorgesehenen Angaben gemäss Anhang 1 sind für die Wettbewerbe und die Dialoge zu ergänzen.

### **Art. 19 Ausschreibungsunterlagen**

**Antrag:** Art. 19 Abs. 1 ist mit einer weiteren Litera zu ergänzen: „bei der Vergabe von intellektuellen Dienstleistungen die Ziele, welche von der Beschaffungsstelle verfolgt werden“.

**Begründung:** 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 bei jeder Vergabe intellektueller Dienstleistungen zu einer besseren Vergleichbarkeit der Offerten.

**Antrag:** Art. 19 Abs. 2 lit. b ist zu ergänzen: „... zur Angebotsabgabe. Für den Planungswettbewerb gilt auch im selektiven Ausschreibungsverfahren die Zugänglichkeitsregel von 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.

## **Art. 21 Leistungsbeschreibung**

**Antrag:** Abs. 1 ergänzen: „... in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit. Dabei berücksichtigen sie die bewährten Standards der Fachvereinigungen.“

**Begründung:** Die Standards der Fachvereinigungen, namentlich des SIA, haben sich bewährt. Ihre Anwendung im Ausschreibungsverfahren ist deshalb zu fordern. Dies verhindert Widersprüchlichkeiten und fördert die Vertragssicherheit. Im Übrigen wird die vorgeschlagene Formulierung „in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit“ ausdrücklich begrüsst. Es ist zwingend notwendig, dass sich die Vergabebehörde vor der Ausschreibung Klarheit über die zu beschaffende Leistung verschafft.

**Antrag:** 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, rechtfertigt sich zudem die Ausrichtung einer Entschädigung für die (aufwändige) Offerterarbeit.

## **Art. 24 Varianten**

**Antrag:** Abs. 2 streichen von: „Die Anbieterinnen können ~~anstelle oder~~ neben einem Angebot...“.

**Begründung:** 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.



### **Art. 27 Beschaffungsrechtliche Ausschlussgründe**

Die Planer begrüßen die in Art. 27 lit. d vorgeschlagene Lösung der Ausstandsfrage bei Wettbewerben ausdrücklich.

### **Art. 30 Beurteilungskriterien im Allgemeinen**

**Antrag:** Artikel wie folgt ändern: „Beschaffungsstelle legt angemessene, 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.

### **Art. 32 Zuschlagskriterien**

**Antrag:** Generell ist zu prüfen, ob nicht bei der Vergabe von intellektuellen Dienstleistungen anstelle des Preiskriteriums auf das *Kriterium der Gesamtwirtschaftlichkeit* abgestellt werden kann.

**Begründung:** Für den Erfolg eines Bauwerks spielt der Preis der Planung regelmässig nur eine untergeordnete Rolle; vielmehr hat eine gute Planung massive Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaftlichkeit eines Projektes (Hebelwirkung). Aus Sicht der Beschaffungsstelle ist somit eine Gesamtbeurteilung sinnvoller als eine Einzelbetrachtung der Planungskosten.

**Antrag:** Absatz 2 lit. b ergänzen: „... 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

den 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.

**Antrag:** Absatz 4 ergänzen: „Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen, insbesondere intellektuelle Dienstleistungen, Gegenstand der Beschaffung, gibt die Beschaffungsstelle mindestens die Rangfolge der Kriterien an. Den monetären Zuschlagskriterien kommt in diesem Fall nur eine untergeordnete Bedeutung zu“.

**Begründungen:**

- Bei Projektwettbewerben sind Lösungen gefragt, nicht Lösungswege oder Vorgehensweisen. Entsprechend ist im ganzen Gesetz der Begriff „Lösungswege oder Vorgehensweisen“ um „Lösungen“ zu ergänzen.
- Die Rangfolge der Kriterien soll zwingend angegeben werden.
- So genannte intellektuelle Dienstleistungen stellen komplexe Dienstleistungen dar, für welche nicht die gleichen Vergaberegeln Anwendung finden können wie für standardisierte Güter. Die Autoren des Vernehmlassungsentwurfs tragen diesem Umstand insofern Rechnung, als dass sie in Art. 46 der Revisionsvorlage den Begriff der intellektuellen Dienstleistung einführen. Die Erwähnung in Art. 46 wird von unserer Vereinigung ausdrücklich begrüsst. Darüber hinaus sind wir der Ansicht, dass eine Differenzierung aufgrund des Beschaffungsgegenstandes auch bei der Beschreibung der Zuschlagskriterien sinnvoll und angebracht ist. Bei der Beurteilung von intellektuellen Dienstleistungen stehen in erster Linie Qualitätsaspekte im Vordergrund; rein monetäre Beurteilungskriterien dürfen dagegen keine resp. höchstens eine untergeordnete Rolle spielen. Mit dem Zusatz in Absatz 4 von Art. 32 soll auf diese Besonderheit bei der Vergabe von intellektuellen Dienstleistungen hingewiesen werden.

**Art. 36 Öffnung der Angebote**

**Antrag:** Abs. 4 anpassen und 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 Anbietern innert zwei Tagen zugestellt wird. Damit erhalten Anbieter mit geringen Chancen die Möglichkeit, das Projekt abzuschliessen und sich anderen Aufgaben zuzuwenden. Die Offertöffnung gibt ihnen auch ein Bild über ihre Offerten im Vergleich zu denjenigen der anderen Anbieter. Damit kann auch aus einem Nichtzu-

schlag etwas für künftige Ausschreibungen gelernt werden. Ebenso zeugt eine transparente und offene Kommunikation gegenüber allen Anbietern von Wertschätzung der Beschaffungsstelle gegenüber den abgegebenen Angeboten. 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.

### **Art. 37 Bereinigung der Angebote**

**Antrag:** Änderung von Absatz 3: „...aussergewöhnlich niedrig ist, holt sie bei der Anbieterin Erkundigungen ein...“

**Begründung:** Ungewöhnlich tiefe Angebote sind 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. Entsprechend ist die Norm zwingend auszugestalten.

### **Art. 38 Änderung der Anforderungen an die Leistung und der Beurteilungskriterien**

**Antrag:** Absatz 1 ergänzen: „Die Beschaffungsstelle bzw. das Preisgericht bei Wettbewerben kann bis zum Abgabetermin für die Angebote die Anforderungen...“

**Begründung:** Eine Änderung nach dem Abgabetermin liefe letztlich auf eine von uns nicht akzeptierte Verhandlung hinaus, weshalb die Anforderungen nur bis zum Abgabetermin geändert werden dürfen. Bei Wettbewerben ist dafür nicht eine Beschaffungsstelle, sondern das Preisgericht zuständig.

**Antrag:** Absatz 3 ändern: „Unwesentliche Änderungen sind mit der im Verfahren vorgesehenen Fragerunde zu erledigen und allen Teilnehmern mitzuteilen.“

**Begründung:** Die Überarbeitung ist nur bis zur Fragerunde möglich und nicht mehr nach der Abgabe der Offerte oder des Projekts (bei Wettbewerben).

### **Art. 39 Zuschlag**

**Antrag:** Änderung von Absatz 5: „Bei annähernd gleichwertigen Angeboten berücksichtigt die Beschaffungsstelle in der Regel, inwieweit eine Anbieterin Ausbildungsplätze anbietet.“

**Begründung:** Die Lehrlingsausbildung 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 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.

**Hinweis:** Wir gehen davon aus, dass die in Absatz 5 erwähnten Ausbildungsplätze nicht nur Lehrlingsausbildungen umfassen. Etliche unserer Mitglieder können aufgrund ihres Tätigkeits- und Fachgebiets (z.B. Geologie) keine Lehrlingsplätze anbieten. Sie tragen aber mit dem Bereitstellen von *Praktikaplätzen* für Studierende und Doktoranden einen ebenso wichtigen Beitrag an die Ausbildung und Förderung des beruflichen Nachwuchses. Entsprechend sind solche Ausbildungsplätze ebenfalls unter Absatz 5 zu subsumieren. Der Bundesrat wird gebeten, in seiner Botschaft an das Parlament eine entsprechende Präzisierung anzubringen.

### **Art. 41 Abweichendes kantonales Recht**

**Antrag:** Ganzer Artikel streichen.

**Begründung:** Der Artikel widerspricht dem Ziel der Harmonisierung. Die Ausnahmen sind nicht erforderlich, schaffen erneut eine Zersplitterung des Rechts und behindern damit den freien Binnenmarkt.

### **Art. 42 Publikationspflicht**

**Antrag:** Absatz 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.

### **Art. 43a Unwirksamer Vertrag (Variante)**

**Antrag:** Der Artikel 43a ist aufzunehmen, indessen ohne Absatz 1 lit. b.

**Begründung:** Die Unbestimmtheit des Tatbestandes („wesentliche Punkte“) steht in krassem Missverhältnis zur angedrohten Sanktion der Nichtigkeit. Es muss möglich sein, im Vertragsverhandlungsstadium gewisse Anpassungen an den Leistungen vorzunehmen, ohne dass die Nichtigkeit des Vertrages (welche von jedem Dritten geltend gemacht werden kann) droht.

### **Art. 45 Wettbewerbe**

**Antrag:** Absatz 2 ergänzen: „Die Anonymität wird während der ganzen Jurierung bis zur Ermittlung des Siegers gewährleistet.“

**Begründung:** Es ist wichtig, dass die Anonymität während der ganzen Jurierung bis zur Ermittlung des Siegers gewährleistet bleibt.

**Antrag:** Absatz 4, Satz 2 streichen.

**Begründung:** Die Abgeltung eines allfälligen Vergütungsanspruchs mit dem Preisgeld ist nicht akzeptabel.

**Antrag:** Absatz 5 ergänzen: „Die Beschaffungsstellen verweisen so weit als möglich auf die einschlägigen Bestimmungen von Fachverbänden.“

**Begründung:** Wie im erläuternden Bericht ausgeführt wird, ist es sachgerecht, auf die einschlägigen Regelwerke der Fachverbände abzustellen. Dieser Grundsatz gehört aber ins Gesetz, zumal dann, wenn sich der Gesetzgeber darauf beschränken will, die konstitutiven Elemente der Wettbewerbe festzulegen.

### **Art. 46 Dialoge**

Die usic begrüsst ausdrücklich die Erwähnung der intellektuellen Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Dialog. Es ist wichtig, dass die Besonderheiten der intellektuellen Dienstleistungen erkannt und durch eine Nennung im Gesetz anerkannt werden.

**Antrag:** Neue Absätze 2 – 4:

„<sup>2</sup> Die von den Anbieterinnen ausgearbeiteten Beiträge sind nicht anonym und werden von einer Jury beurteilt. Die Urheberrechte an den Beiträgen verbleiben bei den Anbieterinnen.

„<sup>3</sup> Die Mehrheit der Jury ist unabhängig von der Beschaffungsstelle und besteht aus Fachleuten mit mindestens den gleichen Qualifikationen wie sie von den Anbieterinnen verlangt wird.

„<sup>4</sup> Die Jury analysiert die Beiträge nach den im Programm vordefinierten Beurteilungskriterien, empfiehlt der Beschaffungsstelle den für den Zuschlag zu berücksichtigenden Beitrag. Alle Anbieterinnen erhalten eine gleiche, vordefinierte Entschädigung.“

**Begründung:** Die Regelung über Dialoge ist zu kurz und unbestimmt. Die Regelung auf Gesetzesstufe sollte mit einer ähnlichen Regelungsdichte wie Art. 45 erfolgen. Die hier formulierten Vorschläge entsprechen gängiger Praxis.

### **Art. 47 Verhandlungen**

**Antrag:** Ersatzlos streichen.

**Begründung:** Verhandlungen, namentlich solche 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 der 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:** Neuer Absatz 1 (die restlichen Absätze verschieben sich entsprechend): „Für die Beschaffung standardisierter Güter können elektronische Auktionen durchgeführt werden“.

**Begründung:** Elektronische Auktionen eignen sich höchstens für die Beschaffung von standardisierten Gütern. Für die Beschaffung von Dienstleistungen, namentlich intellektuellen Dienstleistungen, sind elektronische Auktionen denkbar ungeeignet, weshalb eine klare Begrenzung auf standardisierte Güter vorgenommen werden muss.

#### **Art. 49 Ständige Listen**

**Antrag:** Die Anzahl geführter ständiger Listen ist möglichst klein zu halten und es ist sicherzustellen, dass die jeweiligen Einträge gegenseitig anerkannt werden.

**Begründung:** Ständige Listen werden von uns grundsätzlich befürwortet. Sie reduzieren den Aufwand für alle Beteiligten, beschleunigen den Vergabeprozess und erhöhen die Transparenz. Das Institut macht aber dann keinen Sinn, wenn es selber zu einem Mehraufwand für die Anbieter führt. Bei der jetzigen Formulierung des Gesetzestextes ist zu befürchten, dass verschiedene Beschaffungsstellen ihre jeweiligen eigenen ständigen Listen führen werden. Dies gilt es zu verhindern. Die Zahl der ständigen Listen muss so klein wie möglich sein. Beschaffungsstellen sind zu verpflichten, gemeinsame ständige Listen zu führen. Jedenfalls ist zu fordern, dass die jeweiligen Einträge auf ständigen Listen von den Beschaffungsstellen gegenseitig anerkannt werden. *Kann eine solche Effizienz im System nicht gewährleistet werden, lehnen wir ständige Listen ab.*

**Antrag:** Absatz 2 ergänzen: “Der Eintrag erfolgt kostenlos.“

**Begründung:** Der Zugang zur Eintragung in eine ständige Liste hat möglichst tief zu sein. Entsprechend ist auf eine allfällige Erhebung von Gebühren zu verzichten.

**Antrag:** Absatz 4 ergänzen: "...und ob sie die Eignungskriterien erfüllt. Der Eintrag begründet die Vermutung, die Anforderungen von Abs. 1 seien erfüllt."

**Begründung:** Der Eintrag muss 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.

### ***Art. 50 Modalitäten und Abweichungen***

**Antrag:** Ersatzlos streichen.

**Begründung:** Der Artikel widerspricht dem Ziel der Harmonisierung. Die Ausnahmen sind nicht erforderlich, schaffen erneut eine Zersplitterung des Rechts und behindern damit den freien Binnenmarkt.

### ***Art. 57 Abbruch des Verfahrens***

**Antrag:** Neuer Absatz 3 einfügen: Wird ein Verfahren aufgrund des Tatbestands von lit. b oder lit. d abgebrochen, sind die Anbieterinnen 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 anzulegen, dass ein Abbruch des Verfahrens nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, der objektiv schwerwiegend und für die Beschaffungsstelle zudem nicht voraussehbar gewesen ist, 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 Of-



fer-teingabe getätigt und im Hinblick auf das Verfahren ihre Dispositionen getroffen haben, sind in ihren berechtigten Interessen zu schützen (culpa in contrahendo).

### **Art. 62 Zusatzleistungen**

**Antrag:** Neue lit. c einfügen: „aus wirtschaftlichen Gründen unverhältnismässig wäre.“

**Begründung:** Der Beschaffungsstelle ist auch dann die Möglichkeit zu geben, einen Zusatzauftrag freihändig an den bisherigen Anbieter zu vergeben, wenn dies aus wirtschaftlichen Gründen sinnvoll ist. Wenn von Vornherein klar ist, dass ein Wechsel des Anbieters zu unverhältnismässigen Mehrkosten führen würde, ist auf eine erneute Ausschreibung zu verzichten.

### **Art. 66 Folgebeschaffung bei planerischen Leistungen**

**Antrag:** Einleitungssatz ändern: „Die Beschaffungsstelle beschafft in der Regel bei einer Anbieterin, .... freihändig, wenn: ...“

**Begründung:** In der Regel geht die Vergabe des Folgeauftrags an den Sieger des Wettbewerbs. Eine Kann-Vorschrift ist fehl am Platz.

### **Art. 68 Rechtspflege und Schadenersatz bei Beschaffungen – Allgemeine Bestimmungen - Grundsatz**

**Antrag:** 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. 73 Beschwerdelegitimation***

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

**Begründung:** Mit Bezug auf die Ausschreibung ist ein spezielles Beschwerderecht der Berufsverbände der jeweiligen Branche der Anbieterinnen 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.

**Antrag:** 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. Ein solches Beschwerderecht der hierarchisch untergeordneten Verwaltungsstelle gegen einen Entscheid der ihr vorgesetzten Instanz ist systemwidrig und deshalb abzulehnen.

### ***Art. 76 Aufschiebende Wirkung***

Der Systemwechsel, wonach einer Beschwerde neu grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt (Abs. 1), wird ausdrücklich begrüsst. Wichtig ist, dass das zuständige Gericht innert kürzester Frist über ein allfälliges Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung entscheidet. Wir regen an zu prüfen, inwiefern die Gerichte zu einem verzugslosen Vorgehen angehalten werden können.

**Antrag:** Absätze 2 und 3 streichen.

**Begründung:** Dass bei Beschaffungen von nationaler Bedeutung schlechthin keine aufschiebende Wirkung gewährt werden soll, kann nicht hingenommen werden, zu-

mal 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 (und allenfalls den Rechtsmittelprozess) zu beschleunigen. Hinzu kommt, dass der Tatbestand viel zu unbestimmt formuliert ist und damit in der Praxis nur zusätzliche Probleme schaffen würde.

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

**Antrag:** 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 überwiegender Wahrscheinlichkeit erhalten hätte, ist der entgangene Gewinn angemessen zu entschädigen.

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

**Antrag:** Der Artikel ist ersatzlos zu 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. Der Artikel ist auch deshalb unbrauchbar, da er zu offen und unbestimmt formuliert ist („offensichtlich unbegründet“) und damit zu einer ungewollten Rechtsunsicherheit führt.

#### ***Art. 82 Aufsicht***

**Antrag:** Absatz 1 ergänzen: „Bund und Kantone sorgen unter Einbezug der Anbieter-schaft...“

**Begründung:** Die Auftragnehmerseite ist ebenfalls in die Bestellung der Aufsichtsinstanz einzubeziehen. Nur wenn Auftraggeber und Auftragnehmer vertreten sind, kann eine sinnvolle Kontrolle stattfinden. Da es sich beim vorliegenden Gesetz um die Spielregeln für die gegenseitige Geschäftsbeziehung (jedenfalls dessen Anbahnung)

handelt, ist es nichts als Recht, wenn beide Seiten bei der Beaufsichtigung und Weiterentwicklung mitarbeiten dürfen.

### ***Art. 85 Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz***

**Antrag:** Absatz 4 ergänzen: „Sie ist paritätisch zusammengesetzt aus Vertreterinnen und Vertretern des Bundes, der Kantone, der Gemeinden und der Anbieterschaft. Der Bundesrat und die Kantone wählen ihre jeweiligen Vertreterinnen und Vertreter, die Dachorganisationen der Städte und Gemeinden sowie der Anbieterschaft 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 senden 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.

### ***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).

### ***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 anzubringen.

Gesetzliche Bescheinigungen sollten sich auf die letzten 12 (nicht 6) Monate vor der Ausschreibung zurückbeziehen dürfen.

### ***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 Sozialversicherungsbeträgen etc. Sie vermögen damit die Prüfung der Eignung für den konkreten Auftrag nicht zu ersetzen, wie aus Ziff. 2 fälschlicherweise geschlossen werden könnte. Dies ist durch entsprechende Textredaktion zu verdeutlichen.

#### **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.

Gerne bitten wir Sie, unsere Anträge bei der weiteren Bearbeitung des Gesetzes zu berücksichtigen. Für Ihre Bemühungen danken wir Ihnen bestens. Für eine weitergehende Diskussion gewisser Aspekte der Revisionsvorlage stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

**u s i c**

Flavio Casanova  
Präsident

Dr. Mario Marti  
Geschäftsführer