

Erlacherhof, Junkerngasse 47  
Postfach 3000 Bern 8

Telefon 031 321 62 16  
Fax 031 321 60 10  
stadtkanzlei@bern.ch  
www.bern.ch

Schweizerischer Städteverband (SSV)  
Frau Renate Amstutz  
Direktorin  
Florastrasse 13  
3000 Bern 6

Bern, 4. September 2008

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

Sehr geehrte Frau Amstutz

Der Gemeinderat bedankt sich für die Gelegenheit, zur geplanten Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) Stellung nehmen zu können. Die Stadt Bern hat zusammen mit ihren Anstalten Stadtbauten Bern und Energie Wasser Bern ein Investitionsvolumen von weit über 100 Mio. Franken jährlich. Sie ist somit von der Änderung des übergeordneten Rechts in starkem Mass betroffen und kann praxisbezogen zu der geplanten Revision Stellung nehmen.

Nach heutigem Recht hat der Bund die internationalen Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (WTO-Übereinkommen und bilaterales Abkommen mit der EU) im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) und der entsprechenden Verordnung (VoeB; SR 172.056.11) umgesetzt. Die Kantone setzen die beiden Abkommen in der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) um. Somit gelten für die Kantone und ihre Gemeinden einheitliche Beschaffungsvorschriften und Spielregeln.

Mit grossem Interesse hat der Gemeinderat dem erläuternden Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements entnommen, dass 43 % der gesamtschweizerisch getätigten öffentlichen Beschaffungen von Bauten, Gütern und Dienstleistungen durch die Gemeinden getätigt werden. Nur 19 % betreffen den Bund. Umso erstaunlicher ist, dass der Bund ohne Mitwirkung der Gemeinden eine Totalrevision des öffentlichen Beschaffungswesens erarbeitet hat, die partiell auch für Kantone und Gemeinden gelten soll.

Fraglich ist neben inhaltlichen Schwächen (siehe unten) auch der Zeitpunkt der Revision. Die Überarbeitung des WTO-Abkommens ist noch nicht abgeschlossen und Erfahrungen aus den beschaffungsrechtlich relevanten Freihandelsverträgen mit China und Mexiko werden keine genannt. Neuere Entwicklungen müssten aber in eine Totalrevi-

sion des Beschaffungsrechts einfließen. Da die Kantone zahlreiche Harmonisierungsschritte bereits autonom vollzogen haben (Konkordat) und der Bund im Rahmen der föderalistischen Aufgabenteilung keine umfassende Gesetzgebungskompetenz in Fragen des Beschaffungsrechts hat, ist die vorliegende Totalrevision des Rahmengesetzes von beschränkter Bedeutung. Wenig plausibel ist daher die Hoffnung, dass die Revision des Beschaffungsrechts einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung des Wirtschaftswachstums leisten kann. Viel zentraler für die öffentlichen Investitionen sind die zur Verfügung stehenden Finanzmittel der drei staatlichen Ebenen. Sie werden einerseits durch den Konjunkturverlauf, andererseits durch die finanzpolitischen Strategien von Gemeinden, Bund und Kantonen beeinflusst (restriktive, antizyklische oder werterhaltende Finanzpolitik).

### **Grundsätzliche Bemerkungen zum Gesetzesentwurf**

Mit der vorliegenden Totalrevision des BöB sollten ursprünglich folgende zwei Hauptziele erreicht werden:

- Harmonisierung des Beschaffungsrechts zwischen Bund und Kantonen.
- Ausschöpfen eines bedeutenden Sparpotentials für die öffentliche Hand auf allen Ebenen.

Mit der heute geltenden Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen ist es leider nicht möglich, dass der Bund das Beschaffungswesen für alle Kantone verbindlich regelt. Dies dokumentiert der vorliegende Gesetzesentwurf. Es wird also nach Inkraftsetzung des neuen BöB wieder an den Kantonen sein, sich mittels einer Überarbeitung der IVöB auf verbindliche Standards im Beschaffungswesen zu einigen. Dies wird viel Zeit und Arbeit beanspruchen. Es wäre allenfalls noch vor Inkraftsetzung des neuen BöB abzuklären, ob die Zeit für eine Kompetenzabtretung im Bereich des Beschaffungswesens von den Kantonen an den Bund reif wäre und welche Schritte dafür unternommen werden müssten. Unter den gegebenen Voraussetzungen ist mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf das Ziel einer Harmonisierung des Beschaffungswesens höchstens teilweise erreicht.

Mit den in Artikel 15 vorgesehenen hohen Schwellenwerten wird das zweite Hauptziel der Totalrevision, das Ausschöpfen eines bedeutenden Sparpotentials für die öffentliche Hand, kaum erreicht. Bekanntlich werden über offene Verfahren die vorteilhaftesten Preise erreicht. Bei Einladungsverfahren liegen sie, je nach Art des Beschaffungsgegenstands nach den Erfahrungen der Stadt Bern ca. 10 % bis 20 % höher und bei der freihändigen Vergabe gar bei 20 % bis 40 %. Aus diesem Grund hat der Verein Region Bern (VRB) in seiner Musterbeschaffungsverordnung wesentlich tiefere Schwellenwerte vorgesehen. Die Stadt Bern, die diese Musterverordnung integral übernahm, hat mit den tiefen Schwellenwerten sehr gute Erfahrungen gemacht und konnte mit geringem Verwaltungsaufwand wesentliche Einsparungen generieren. Unter dem Aspekt des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel ist bei der Festlegung von Schwellenwerten abzuwägen zwischen Verwaltungsaufwand und reduziertem Beschaffungspreis bei Konkurrenzsituation. Die Erfahrungen der Stadt Bern zeigen, dass es sich bei Gütern und Bauarbeiten schon ab Fr. 25 000.00 lohnt ein Einladungsverfahren durchzuführen. Bedingt durch den höheren Verwaltungsaufwand bei der Ausschreibung von Dienstleistungsaufträgen liegt der Erfahrungswert der Stadt Bern dort bei Fr. 100 000.00. Der

Verwaltungsaufwand für ein Einladungs- oder offenes Verfahren ist beim Bund kaum grösser als bei den Kantonen und Gemeinden. Mit tieferen Schwellenwerten für Beschaffungen auf Bundesebene liesse sich gemäss den Erfahrungen der Stadt Bern noch ein beträchtliches Sparpotential nutzen. Deshalb ist zu überlegen, ob die Schwellenwerte im totalrevidierten BÖB nicht tiefer als im vorliegenden Entwurf vorgeschlagen festgesetzt werden sollten.

Ein wichtiger Grundsatz bei öffentlichen Beschaffungen ist das „Gebot der gleich langen Spiesse“. Anbietende, die ihrem Personal nicht Arbeitsbedingungen bieten, die den Gesamtarbeitsverträgen entsprechen oder bei deren Fehlen zumindest orts- und branchenüblich sind, die die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau nicht einhalten und die ihren Pflichten gegenüber der öffentlichen Hand, den Sozialversicherungen sowie den Arbeitnehmenden nicht nachkommen, sind zwingend von einem Verfahren auszuschliessen. Ansonsten verschaffen sie sich gegenüber ihren Mitanbieterinnen einen unzulässigen Vorteil. Die entsprechende Regelung in Artikel 25 ff geht in die richtige Richtung, könnte aber noch strenger sein (vgl. Bemerkung zu Artikel 25).

Wichtig ist neben der Definition auch die Kontrolle der Wettbewerbsbedingungen. Die Beschaffungsstellen sollen deshalb konkrete Nachweise für die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen verlangen und Kontrollen durchführen können. Es ist zu begrüssen, dass die Leistungsaufträge auch an Dritte delegiert werden können, zum Beispiel in Fragen der Lohngleichheit an die Gleichstellungsfachstellen. Der erläuternde Bericht zu Artikel 25 Absatz 1 (S. 44) müsste entsprechend angepasst werden: „Abgesehen von den bereits bestehenden in Sondergesetzen geregelten Kontrollkompetenzen besteht die Möglichkeit, das Kontrollrecht an Dritte zu delegieren, z.B. an paritätische Organe des Gesamtarbeitsvertrags *oder an Gleichstellungsfachstellen.*“

Gemäss Artikel 47 will der Bund für seine Beschaffungsstellen weiterhin „Abgebotsrunden“ zulassen. Der Gemeinderat erachtet dies als falsch. Das Führen von Preisverhandlungen widerspricht einem zentralen Grundprinzip des Beschaffungsrechts, dem Grundsatz der Transparenz (vgl. Bemerkung zu Art. 47).

## **Bemerkungen zu einzelnen Artikeln des Gesetzesentwurfs**

### **Zu Artikel 1**

Der Gemeinderat bedauert, dass die geltende Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen keine umfassende Vereinheitlichung des Beschaffungsrechts auf Bundesebene zulässt.

### **Zu Artikel 11 Absatz 1**

Falls der Markt vorhanden ist, sollten in einem Einladungsverfahren nicht bloss drei, sondern mindestens fünf Anbieterinnen zur Abgabe eines Angebots eingeladen werden. Damit kann möglicherweise ein besserer Preis erzielt werden.

### **Zu Artikel 14**

Ergänzen mit „...kann eine längere Vertragsdauer vereinbart werden, *jedoch nicht für mehr als acht Jahre.*“ Die maximale mögliche Vertragsdauer ist zu normieren. Lehre und Rechtsprechung verneinen im Beschaffungswesen die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses auf unbestimmte Zeit.

### **Zu Artikel 15 Absatz 1**

Auf eine Unterscheidung der Schwellenwerte für die Beschaffungsstellen nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a und Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b ist zu verzichten. Der Gemeinderat ist der Auffassung, dass es für diese Unterscheidung keinen Grund gibt.

Generell sind aus wirtschaftlichen Gründen, speziell beim offenen Verfahren für Bauwerke und Bauleistungen, tiefere Schwellenwerte vorzusehen (vgl. Passus bei den grundsätzlichen Bemerkungen).

### **Zu Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe b**

Der Gemeinderat schlägt folgende Präzisierung vor: „die *Beurteilungskriterien mit ihrer prozentualen Gewichtung*“

### **Zu Artikel 25 Absatz 1**

Der Gemeinderat vertritt die Auffassung, dass jede Anbieterin bei der Einreichung des Angebots nachzuweisen hat, dass sie die aufgezählten rechtlichen Anforderungen erfüllt. Die Nachweise sollten nicht erst auf Anfrage erbracht werden müssen. Deshalb wird folgende neue Formulierung vorgeschlagen: „Die Beschaffungsstelle schliesst eine Anbieterin von einem Beschaffungsverfahren aus, wenn diese (...) nicht nachweist, dass sie die folgenden rechtlichen Anforderungen erfüllt: ...“

### **Zu Artikel 29 Absatz 1**

Dem Gemeinderat ist bewusst, dass der Bund den Kantonen diesbezüglich keine Vorschriften machen kann. Es ist trotzdem störend, dass Anbieterinnen, die ihren Pflichten gegenüber Arbeitnehmenden und Behörden nicht nachkommen, nicht zwingend ausgeschlossen werden.

Der Gemeinderat würde es begrüssen, wenn bei der Aufzählung wichtiger Ausschlussgründe die nicht allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge explizit erwähnt wären. Er schlägt folgende Formulierung für Buchstabe a vor: „sich nicht an die orts- und branchenüblichen Arbeitsbedingungen *wie beispielsweise nicht allgemein verbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge* hält.“

### **Zu Artikel 31 Absatz 3**

Die Praxis zeigt, dass eine Kannformulierung ungenügend ist.

Vorschlag neu: „*Dem Angebot oder dem Antrag auf Teilnahme an selektiven Verfahren sind die Nachweise über die Erfüllung der Pflichten gegenüber der öffentlichen Hand, den Sozialversicherungen sowie den Arbeitnehmenden (Selbstdeklaration mit den entsprechenden Bestätigungen der Betroffenen) beizulegen.*“

### **Zu Artikel 33 Absatz 2**

Um einen möglichst guten Preis zu erreichen, sollte die Beschaffungsstelle das beste Angebot aus einer genügend grossen Anzahl auswählen (vgl. auch Bemerkung zu Art. 11).

Vorschlag zur Ergänzung von Absatz 2: „*Dabei sind, soweit möglich, mindestens fünf Anbieterinnen zu berücksichtigen.*“

### **Zu Artikel 35 Absatz 2**

Auch hier sollten aus wirtschaftlichen Gründen mindestens fünf Angebote in die Evaluation einbezogen werden.

Vorschlag für einen neuen Absatz 3: *„Es sind mindestens fünf Angebote zu berücksichtigen, soweit dies möglich ist.“*

### **Zu Artikel 39 Absatz 5**

Die Praxis zeigt, dass höchst selten Angebote nach einer Bewertung die gleiche Punktzahl erreichen. Eine Gleichwertigkeit sollte mit einer Bandbreite definiert werden.

Vorschlag für einen neuen Absatz 6: *„Angebote sind gleichwertig, wenn sie nicht mehr als 2 % voneinander abweichen.“*

### **Zu Artikel 40 Absatz 3**

Es ist tatsächlich so, dass bei gewissen Ausschreibungen eine Gewichtung der nicht monetären Beurteilungskriterien sehr schwierig ist. Da mit dem Beschaffungswesen jedoch vor allem auch erreicht werden soll, dass die öffentliche Hand Leistungen und Güter nach wirtschaftlichen Kriterien beschafft, sollten auch in solchen Fällen die monetären Kriterien mindestens zu 25 % gewichtet werden. Sonst erfolgt die Beschaffung nicht mehr primär nach wirtschaftlichen Kriterien. Der Preis würde somit ein Viertel gewichten, die nicht monetären Beurteilungskriterien insgesamt drei Viertel.

Der Gemeinderat schlägt folgende Formulierung vor: *„Hat sie bei der Ausschreibung von Lösungswegen und Vorgehensweisen auf eine Gewichtung der nicht monetären Beurteilungskriterien verzichtet, so bewertet sie die Angebote anhand einer gesamthafter Würdigung unter Berücksichtigung der Rangfolge der Kriterien. Bei hochkomplexen Beschaffungsgegenständen kann dabei die Gewichtung der monetären Kriterien bis auf 25 % reduziert werden.“*

### **Zu Artikel 45 Absatz 2**

In gewissen Fällen kann es auch Sinn machen, einen Wettbewerb nicht anonym durchzuführen. Der Gemeinderat schlägt für diesen Absatz eine Kann-Formulierung vor: *„Ein Wettbewerbsverfahren kann anonym durchgeführt werden.“*

### **Zu Artikel 45 Absatz 3**

Der Gemeinderat schlägt vor, diesen Absatz ersatzlos zu streichen. Bei der Zusammensetzung einer Jury sollte nur das Kriterium der Fachkundigkeit den Ausschlag geben. Dies liegt im Interesse der AusrichterIn oder des Ausrichters des Wettbewerbs und muss deshalb nicht normiert werden. Zweitrangig ist bei einer Fachjury dagegen, ob die Mehrheit oder die Minderheit der Mitglieder von der Beschaffungsstelle unabhängig ist.

### **Zu Artikel 47**

Der Gemeinderat ist der Auffassung, dass über den Preis eines Angebots nicht sollte verhandelt werden können. Dies widerspricht dem Grundsatz der Transparenz, der im Beschaffungswesen zentral ist. Die Kantone und ihre Gemeinden haben in den letzten Jahren sehr gute Erfahrungen gemacht mit ihrem Verbot von Abgebotsrunden (Art. 11 Bst. c IVöB). Verhandlungen sollten nur zur Präzisierung eines Angebots erlaubt sein.

Neue Formulierung: „*Verhandlungen zur Präzisierung des Angebots sind zulässig. Über den Preis, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts darf nicht verhandelt werden.*“

#### **Zu Artikel 55**

Im Zeitalter des Internets wäre es wirtschaftsfreundlich, wenn der Bund seine Ausschreibungen zusätzlich zu seinem amtlichen Publikationsorgan auch auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) publizieren würde. Damit wären alle Ausschreibungen von Bund, Kantonen, grösseren Städten und auch sonst vielen Gemeinden zentral abrufbar. Die entsprechende Regelung könnte in diesen Artikel integriert werden.

#### **Zu Artikel 57 Absatz 1**

Der Gemeinderat beantragt, einen zusätzlichen Buchstaben e aufzunehmen: „*die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren.*“

#### **Zu Artikel 61 Absatz 3**

Die Überprüfung der Kalkulation durch die Beschaffungsstelle sollte immer möglich sein. Deshalb sollte der Passus „*...wenn der Wert der Beschaffung eine Million Franken erreicht*“ ersatzlos gestrichen werden.

#### **Zu Artikel 68**

Der Rechtsschutz sollte auch schon für das Einladungsverfahren gelten.

#### **Zum Anhang 1**

Der Gemeinderat schlägt in Ziffer 5, 1. Lemma, Buchstabe b folgende Präzisierung vor: „*Zuschlagskriterien in ihrer Rangfolge und der prozentualen Gewichtung.*“

#### **Zum Anhang 2**

Bei den gesetzlichen Bescheinigungen ist zusätzlich der Nachweis auf Einhaltung der Lohngleichheit aufzunehmen. Die Umsetzung in der Praxis könnte wie folgt aussehen: Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) hat ein Instrument zur Kontrolle der Einhaltung der Lohngleichheit entwickelt (logib). Es könnte in Zukunft Unternehmen ab der kritischen Grösse anbieten, mit logib die entsprechende Prüfung durchzuführen. Die geprüften Unternehmen würden ein Zertifikat erhalten, das sie bei der Einreichung von Offerten auf eine Ausschreibung als Nachweis der Einhaltung der Lohngleichheit beilegen könnten.

#### **Zum Anhang 4 Ziffer 6**

Für den Gemeinderat ist nicht ersichtlich, inwiefern durch die Publikation des Preises eines Angebots ein Geschäftsgeheimnis verletzt werden kann. Es ist aus Gründen der Transparenz und des Wettbewerbs unerlässlich, dass der Preis des berücksichtigten Angebots bei der Veröffentlichung des Zuschlags in jedem Fall angegeben wird.

Der Gemeinderat bedankt sich für die Berücksichtigung seiner Bemerkungen. Wunschgemäß erhalten Sie diese Stellungnahme auch in elektronischer Version an [info@staedteverband.ch](mailto:info@staedteverband.ch).

Mit freundlichen Grüßen

Alexander Tschäppät  
Stadtpräsident

Dr. Jürg Wichtermann  
Stadtschreiber