

25. Juni 2020 ce/ds

Finanzdirektion
des Kantons Bern
Münsterplatz 12
3011 Bern

Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 8. Mai 2020 laden Sie uns ein, zum Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Gelegenheit zur Meinungsäusserung, von der wir sehr gerne Gebrauch machen.

Der Gewerbeverband Berner KMU ist mit 20'000 angeschlossenen kleinen und mittleren Unternehmen aus verschiedenste Branchen der grösste Wirtschaftsverband im Kanton Bern. Die Regeln, nach welchen die öffentliche Hand Güter und Dienstleistungen einkauft sowie Bauten und Anlagen erstellen lässt, sind für unsere Mitglieder von sehr hoher Bedeutung. Wir bitten Sie, unsere Anliegen und Bemerkungen entsprechend zu gewichten.

Gegenstand

Gegenstand der Vernehmlassung ist der Entwurf des Regierungsrats für das Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (EG IVöB). Das Einführungsgesetz regelt den Beitritt des Kantons Bern zur total revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB 2019) und ihre Einführung im Kanton Bern. Die Vereinbarung modernisiert das öffentliche Beschaffungsrecht der Kantone und harmonisiert es mit dem revidierten Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), das vom Bundesparlament im Juni 2019 einstimmig verabschiedet wurde. Die Revision führt zu keiner grundlegenden Änderung des öffentlichen Beschaffungswesens. Aber sie verfolgt neben der Rechtsvereinheitlichung auch politische Ziele, nämlich die stärkere Berücksichtigung der ökologischen, sozialen und wirtschaftlichen Nachhaltigkeit bei öffentlichen Aufträgen sowie die Stärkung des Qualitätswettbewerbs gegenüber dem Preiswettbewerb. Das Beschaffungsverfahren und die Schwellenwerte bleiben grundsätzlich unverändert, aber viele Einzelheiten des Verfahrens werden angepasst.

Stellungnahme

Grundsätzliche Bemerkungen

Wir unterstützen die Ziele und die wichtigsten Neuerungen, namentlich

- die vorgesehene Rechtsvereinheitlichung,
- die stärkere Berücksichtigung der ökologischen, sozialen und wirtschaftlichen Nachhaltigkeit bei öffentlichen Aufträgen und
- die Stärkung des Qualitätswettbewerbs gegenüber dem Preiswettbewerb.

Wir sehen darin einen massgeblichen Beitrag, die Chancen von Schweizer Unternehmen zum Erhalt von Aufträgen zu stärken. Die Vereinfachung des Ausschlusses von Anbietern, die unzuverlässig arbeiten oder sich nicht an Vorschriften halten, soll zu faireren Wettbewerbsbedingungen führen.

Optionen der Kantone im Rahmen der IVöB 2019

Gemäss Art. 63 Absatz 4 IVöB können die Kantone «unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz Ausführungsbestimmungen insbesondere zu den Artikeln 10, 12 und 26 erlassen».

Mit dem Wort «insbesondere» wird zum Ausdruck gebracht, dass Ausführungsbestimmungen zu anderen als den in der Aufzählung erwähnten Artikeln nicht a priori ausgeschlossen sind.

Die IVöB 2019 enthält einige Regelungen, die sich vom neuen Bundesgesetz unterscheiden. Wir gehen davon aus, dass es den Kantonen sicher erlaubt ist, namentlich in diesen Fällen auf Regelungen des neuen Bundesgesetzes (BöB) zurückzugreifen.

Bemerkungen und Anträge zu einzelnen Bestimmungen

Art. 12 Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohnleichheit und des Umweltrechts

Art. 12 IVöB 2019 sieht gegenüber dem heute geltenden Recht einige Verschärfungen vor.

Die Subunternehmer sind verpflichtet, die Anforderungen nach Art. 12 Abs. 1 bis 3 einzuhalten. Diese Verpflichtungen sind in die Vereinbarungen zwischen den Anbietern und den Subunternehmern aufzunehmen.

Der Auftraggeber kann die Einhaltung der Anforderungen nach Art. 12 Abs. 1 bis 3 kontrollieren oder die Kontrolle Dritten übertragen, soweit diese Aufgabe nicht einer spezialgesetzlichen Behörde oder einer anderen geeigneten Instanz, insbesondere einem paritätischen Kontrollorgan, übertragen wurde.

Für die Durchführung dieser Kontrollen kann der Auftraggeber der Behörde oder dem Kontrollorgan die erforderlichen Auskünfte erteilen sowie Unterlagen zur Verfügung stellen.

Auf Verlangen hat der Anbieter die erforderlichen Nachweise zu erbringen.

Die mit der Einhaltung der Anforderungen nach Art. 12 Abs. 1 bis 3 befassten Behörden und Kontrollorgane erstatten dem Auftraggeber Bericht über die Ergebnisse der Kontrollen und über allfällige getroffene Massnahmen.

Wir begrüssen die in der IVöB enthaltenen verschärften Anforderungen an die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltschutzes ausdrücklich, inkl. die entsprechende Inpflichtnahme von Subunternehmern.

Art. 29 Zuschlagskriterien

Das BöB sieht die folgenden Zuschlagskriterien vor, die in der IVöB 2019 nicht enthalten sind:

- Berücksichtigung der unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern
- Verlässlichkeit des Preises

In den Beratungen des BöB forderte der Ständerat, dass bei Beschaffungen auch die «Kaufkraft» in jenem Land berücksichtigt werden müsse, in dem eine Leistung erbracht werde. Schliesslich einigte man sich auf «Preisniveaus» in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird. Zugleich hat das Parlament eingangs der Bestimmung ausdrücklich den Vorbehalt eingefügt, wonach dieses Kriterium nur unter Beachtung der staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz anwendbar sei.

Mit den weiteren vom Parlament neu eingeführten Kriterien «Plausibilität des Angebots» und «Verlässlichkeit des Preises» soll der Qualitätswettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen zusätzlich gefördert werden.

Das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen InöB beruft sich auf eine Umfrage vom Sommer 2019 bei den Kantonen, wonach die vom Bundesparlament eingeführten Kriterien der «unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird» und «Verlässlichkeit des Preises» kaum als umsetzbar betrachtet würden. Nur das bereits bekannte und vom Bundesgericht bestätigte Kriterium «Plausibilität des Angebots» ist in die IVöB aufgenommen worden.

Wir sind sehr erstaunt, dass das Interkantonale Organ ausgerechnet in dieser für die schweizerische Wirtschaft eminent wichtigen Frage eine Abweichung des kantonalen Rechts vom Bundesrecht durchsetzen will. Begründet wird dies mit falschen, fadenscheinigen und irreführenden Argumenten.

Die in Art. 29 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) verankerte «Preisniveau-Klausel» verstösst nicht gegen WTO-Recht. Bereits auf Bundesebene vertraten Bundesrat und Verwaltung die Meinung, das Preisniveau-Kriterium widerspreche den GATT/WTO-Bestimmungen und gefährde die Bilateralen mit der EU. Mit guten Gründen haben die eidgenössischen Räte das anders beurteilt. Sie können sich dabei auf Prof. Dr. Beat Stalder, Universität Bern, abstützen, der in einem Beitrag der CH Medien AG vom 1. November 2018 unter anderem wie folgt zitiert wird: «Eine durch Ungleichheit bei der Kaufkraft entstandene Diskriminierung von Schweizer Unternehmen solle eliminiert werden, sagt der Berner Rechtsprofessor Beat Stalder. 'So betrachtet steht die Bestimmung im Einklang mit dem Beschaffungsrecht. Bei diesem geht es ja eben gerade darum, einen diskriminierungsfreien Markt

sicherzustellen.' (...) Aus rechtlicher Sicht jedenfalls, sagt Stalder, halte er dieses für vertretbar.»

Die «Preisniveau-Klausel» ist weltweit ein Novum. Vor dem Hintergrund der aktuell herrschenden Preisniveau-Unterschiede zwischen der Schweiz und den meisten anderen Ländern liegt die Klausel im Interesse der inländischen Anbieter. Obschon sie einen Beitrag zu gerechten Wettbewerbsverhältnissen leistet, wird sie je nach Interessenlage bestritten, auch mit juristischen Argumenten. Im Moment gibt es dazu keinen Gerichtsscheid, der die Anwendung des Kriteriums verbieten würde. Von schweizerischen Behörden auf Bundes- und Kantonebene darf verlangt werden, dass sie sich bis zum Beweis des Gegenteils für die durch den nationalen Gesetzgeber gewählte Lösung stark machen. Der Standpunkt, die Preisniveau-Klausel sei im Einklang mit internationalem Recht, ist juristisch haltbar. Solange die Klausel auch korrekt angewendet wird, führt sie nicht zur Diskriminierung von ausländischen Anbietern. Die Preisniveau-Klausel gemäss Art. 29 Abs. 1 BöB gilt für das gesamte Beschaffungswesen, den Staats- und den Nicht-Staatsvertragsbereich.

Die korrekte Umsetzung der Preisniveau-Klausel verursacht bei den Beschaffungsstellen einen gewissen Mehraufwand. Sie ist aber machbar. Ansätze zur Umsetzung wurden bereits entwickelt. Es ist sinnvoll, dass sich neben den verantwortlichen Bundesstellen auch die Kantone mit den Kriterien und Werkzeugen vertraut machen und diese weiterentwickeln.

Wir stellen den Antrag, abweichend von der IVöB 2019, die Zuschlagskriterien Berücksichtigung der «unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird» und «Verlässlichkeit des Preises» in das Einführungsgesetz aufzunehmen.

Fazit

Wir unterstützen die Ziele des vorgelegten Einführungsgesetzes.

Abweichend vom Entwurf des Regierungsrats plädieren wir für die Aufnahme einer Preisniveau-Klausel analog zum Bundesrecht. Es ist die Hauptforderung unserer Stellungnahme, in dieser wichtigen Frage keine Differenz zum Bundesrecht zu schaffen (Harmonisierungsziel).

Ausdrücklich begrüssen werden wir die (in der IVöB enthaltenen) verschärften Anforderungen an die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltschutzes (inkl. der entsprechenden Inpflichtnahme von Subunternehmern).

Wir bitten Sie, unseren Antrag und unsere Überlegungen bei der Weiterbearbeitung der Vorlage zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

Berner KMU


Toni Lenz
Präsident


Christoph Erb
Direktor

per E-Mail an
thomas.fischer@be.ch

Kopie per E-Mail zur Orientierung an

- die Mitglieder des Leitenden Ausschusses
- die Mitglieder der Parlamentarischen Gruppe Wirtschaft des Grossen Rates