



Vortrag

Datum RR-Sitzung: 17. November 2021
Direktion: Finanzdirektion
Geschäftsnummer: 2020.KAIO.70
Klassifizierung: Nicht klassifiziert

Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBV)

Inhaltsverzeichnis

1.	Zusammenfassung	2
2.	Ausgangslage	2
2.1	Vorbehalt zugunsten des zweistufigen Beschwerdeverfahrens	2
2.2	Ausführungsbestimmungen über Lohngleichheitskontrollen	3
3.	Rechtsvergleich	3
4.	Umsetzung	5
5.	Erläuterungen zu den Artikeln	5
5.1	Geltungsbereich	5
5.1.1	Artikel 1 – Gegenrecht	5
5.1.2	Artikel 2 – Erweiterung des Geltungsbereichs der IVöB 2019	5
5.2	Allgemeine Grundsätze	6
5.2.1	Artikel 3 – Massnahmen gegen Interessenkonflikte und Korruption	6
5.2.2	Artikel 4 – Meldestelle für Missstände	8
5.2.3	Artikel 5 – Konventionalstrafe gegen Wettbewerbsabreden	8
5.2.4	Artikel 6 – Erhebung von Daten zur Aufdeckung von Wettbewerbsabsprachen	9
5.2.5	Artikel 7 – Nachweise	10
5.3	Vergabeverfahren	12
5.3.1	Artikel 8 – Dialog	12
5.3.2	Artikel 9 – Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen	12
5.3.3	Artikel 10 – Entschädigung der Anbieter	13
5.3.4	Artikel 11 – Subunternehmer	13
5.3.5	Artikel 12 – Dokumentationspflichten	14
5.3.6	Artikel 13 – Vertragsabschluss	14
5.3.7	Artikel 14 – Veröffentlichungen	15
5.3.8	Artikel 15 – Debriefing	16
5.3.9	Artikel 16 – Ausbildung der Beschaffenden	16
5.4	Sprachen	17
5.4.1	Artikel 17 – Sprache des Verfahrens	17
5.4.2	Artikel 18 – Sprache der Einladung oder Ausschreibung	18
5.5	Artikel 19 – Sprache des Angebots	18
5.6	Artikel 20 – Aufsicht	18
5.7	Artikel 21 – Vollzug	19
5.8	Artikel 22 bis 25 – Übergangs- und Schlussbestimmungen	19
5.9	Indirekte Änderungen der OÖBV	19
5.10	Indirekte Änderungen weiterer Verordnungen	20
5.11	Aufhebung der ÖBV	20
6.	Finanzielle Auswirkungen	20

7.	Auswirkungen auf die Gemeinden, auf das Personal, die Organisation und die Volkswirtschaft	20
8.	Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens	21
9.	Antrag.....	21

1. Zusammenfassung

Die IVöBV enthält die Ausführungs- und Einführungsbestimmungen zum total revidierten und national harmonisierten öffentlichen Beschaffungsrecht, das im Juni 2019 vom Bundesparlament als Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB¹) und im November 2019 von der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) als Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) verabschiedet wurde. Die Verordnung wird gestützt auf das Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG) erlassen, das den Beitritt des Kantons Bern zur revidierten IVöB 2019 vorsieht.

Die IVöBV basiert auf der entsprechenden Verordnung des Bundesrates vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB 2020²) und enthält weitgehend gleichlautende ergänzende Bestimmungen zum Beschaffungsverfahren. Dazu regelt sie die von der IVöB 2019 vorgeschriebenen Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption, nämlich Massnahmen zur Information und Sensibilisierung der Mitarbeitenden (Art. 3), eine Meldestelle für Whistleblower (Art. 4), eine Konventionalstrafe gegen Wettbewerbsabreden (Art. 5) und die Voraussetzungen für die Aufdeckung von Wettbewerbsabreden durch die Auftraggeber oder die Wettbewerbskommission (WEKO) (Art. 6). Sie regelt weiter die Nachweise, die für die Teilnahme an Beschaffungsverfahren zu erbringen sind (Art. 7), wozu neu auch ein Nachweis der Lohngleichheit von Frauen und Männern gehört, soweit bundesrechtlich erforderlich, sowie die Ausbildung von Personen, die regelmässig Ausschreibungen durchführen (Art. 16). Die Bestimmungen über die Sprache des Verfahrens und des Angebots (Art. 17-19) entsprechen grundsätzlich dem heutigen Recht. Beschaffungen der Kantonsverwaltung müssen zudem neu die Nachhaltigkeit der beschafften Leistungen berücksichtigen (Art. 6a OÖBV³).

2. Ausgangslage

Für die Ausgangslage zur Einführung des neuen öffentlichen Beschaffungsrechts wird auf den Vortrag zum IVöBG und die ihm beiliegende Musterbotschaft der BPUK zur IVöB 2019 verwiesen⁴).

In der parlamentarischen Beratung erfuhr das IVöBG zwei massgebliche Änderungen gegenüber dem Antrag des Regierungsrates, auf die in der Folge eingegangen wird.

2.1 Vorbehalt zugunsten des zweistufigen Beschwerdeverfahrens

Der Grosse Rat entschied, dass der Kanton Bern der IVöB 2019 mit einem Vorbehalt beitreten soll, der am bisherigen zweistufigen kantonalen Beschwerdeverfahren festhält (Art. 3 und 6 IVöBG). Der Regierungsrat hatte sich gegen diesen Vorbehalt ausgesprochen, weil seiner Meinung nach ein in der IVöB nicht vorgesehener Vorbehalt unzulässig ist.⁵ Gleich äusserte sich auch die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) als interkantonales Organ für das öffentliche Beschaffungswesen

¹ SR 172.056.1

² AS 2020 691.

³ Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens vom 5. November 2014, BSG 731.22

⁴ www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019

⁵ Vgl. [Nachtrag zum Vortrag zum IVöBG vom 17. Februar 2021, Gutachten von Prof. H.-R. Trüeb vom 26. Januar 2021.](#)

(InöB).⁶ Der Grosse Rat folgte aber der Meinung des Verwaltungsgerichts, das in seinen Stellungnahmen ausführte, Vorbehalte zu Konkordaten seien grundsätzlich zulässig, sie würden auch von der IVöB 2019 nicht ausgeschlossen, und der fragliche Vorbehalt gefährde auch das Harmonisierungsziel der IVöB 2019 nicht.⁷

Dementsprechend erklärte der Regierungsrat mit Schreiben an das InöB vom 1. September 2021 den Beitritt zur IVöB 2019 mit dem vom IVöBG vorgesehenen Vorbehalt.⁸ Mit Schreiben vom 28. September 2021 lehnte das InöB den Beitritt wegen des Vorbehalts ab.

Die Finanzdirektion wird weiterhin versuchen, mit den anderen Kantonen eine einvernehmliche Lösung über den Beitritt des Kantons Bern zur IVöB 2019 zu finden, die dem vom Grossen Rat gewollten Vorbehalt Rechnung trägt. Erst wenn klar ist, dass dies erfolglos ist, beabsichtigt die Finanzdirektion, dem Regierungsrat vorzuschlagen, in der IVöBV festzuhalten, dass der Beitritt gescheitert ist, so wie dies Artikel 4 Absatz 1 IVöBG vorsieht. Diese Bestimmung stellt aber auch klar, dass die IVöB 2019 so oder anders inhaltlich gelten soll: wenn nicht als Konkordat, dann als kantonales Gesetzesrecht. Bis zur abschliessenden Klärung der Beitrittsfrage werden im Streitfall die Gerichte zu entscheiden haben, ob die IVöB 2019 im Kanton Bern als Konkordat oder Gesetz gilt, was z.B. für die Beschwerdemöglichkeit vor Bundesgericht relevant sein kann.

2.2 Ausführungsbestimmungen über Lohngleichheitskontrollen

In Artikel 8 Absatz 3 IVöBG erteilte der Grosse Rat dem Regierungsrat den Auftrag, «Ausführungsbestimmungen über die Durchführung von Lohngleichheitskontrollen» zu erlassen. Diese Bestimmungen werden möglicherweise wesentliche finanzielle, organisatorische und personelle Auswirkungen haben und müssen daher sorgfältig vorbereitet werden. Die kantonale Fachstelle für die Gleichstellung von Frauen und Männern wird einen entsprechenden Regelungsvorschlag erarbeiten. Um das Inkrafttreten des neuen Beschaffungsrechts nicht deswegen zu verzögern, wird die Finanzdirektion den Regierungsrat mit einem separaten Antrag zur Änderung der IVöBV befassen, sobald der Regelungsvorschlag vorliegt.

3. Rechtsvergleich

Die folgende Tabelle zeigt auf, welche Bestimmungen der VöB 2020 in die IVöBV übernommen wurden und welche nicht.

VöB Art.	IVöBV Art.	Thema	Bemerkungen
1	1	Gegenrecht	Übernommen.
2	–	Ausklinken von Sektoren	Nicht übernommen. Dies gilt für die Kantone direkt aus der IVöB 2019, s. Art. 7 IVöB 2019.
–	2	Erweiterung des Geltungsbereichs	Das BöB sieht anders als die IVöB 2019 (Art. 63 Abs. 4) eine Erweiterung des Geltungsbereichs nicht vor.
3	3	Massnahmen gegen Interessenkonflikte und Korruption	Übernommen.
–	4	Meldestelle für Missstände	In der VöB nicht vorgesehen, weil der Whistleblowerschutz in der Bundesverwaltung bereits anderweitig geregelt ist.

⁶ Briefwechsel des Regierungsrates und des InöB vom 26. / 28. Mai 2021.

⁷ Schreiben des Verwaltungsgerichts an die Finanzkommission vom 3. Juni 2021, KAIO Dok. #351939, vgl. auch Protokoll des Grossen Rates vom 8. Juni 2021.

⁸ RRB 1021/2021.

VöB Art.	IVöBV Art.	Thema	Bemerkungen
–	5	Konventionalstrafe	Im Bundesrecht nicht vorgesehen. Umsetzung der Motion 042-2019.
26	6	Daten für die WEKO	Übernommen.
4 Abs. 1	–	Lohnleichheitskontrollen durch eine Bundesfachbehörde	Diese Vorschriften werden später eingefügt (s. oben Ziff. 2.2).
4 Abs. 2	–	Internationale Übereinkommen (Arbeitsrecht)	Nicht übernommen. Dasselbe steht im Wesentlichen schon in Art. 12 Abs. 2 Satz 2 IVöB 2019.
4 Abs. 3	–	Internationale Übereinkommen (Umweltrecht)	Nicht übernommen. Diese Übereinkommen sind für die Kantone in Anhang 4 zur IVöB 2019 aufgeführt.
4 Abs. 4	7	Nachweise	Die VöB sieht nur eine indikative Liste von Nachweisen vor. In der IVöBV ist sie verbindlich und detaillierter. Dies ist die Grundlage für die Zertifikatsvergabe.
5	–	Einladungsverfahren	Nicht übernommen, da die sprach- bzw. regionalpolitische Ausgangslage nicht dieselbe ist wie im Bund.
6	8	Dialog	Übernommen.
7	–	Leistungsbeschreibung	Nicht übernommen. Die Bestimmung gibt nur Selbstverständliches wieder.
8	9	Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen	Übernommen.
9	10	Entschädigung der Anbieter	Übernommen.
–	11	Subunternehmer	Zur Klarstellung auf Wunsch der Sozialpartner neu eingefügt.
10	12	Dokumentationspflichten	Übernommen.
11	13	Vertragsabschluss	Übernommen, ergänzt durch den Hinweis auf die subsidiär abwendbaren kantonalen AGB.
–	14	Veröffentlichung freihändiger Zuschläge	Mit dieser Bestimmung wird die Rechtslage an diejenige gemäss BöB angeglichen.
12	15	Debriefing	Übernommen.
–	16	Ausbildung der Beschaffenden	Die VöB sieht das nicht vor, weil der Bund über ein internes Ausbildungsangebot verfügt.
13-19	–	Wettbewerbs- und Studienauftragsverfahren	Diese Bestimmungen der VöB setzen Art. 22 Abs. 2 BöB um. Diese Bestimmung gibt es in der IVöB 2019 nicht.
20-23	17-19	Sprachen	Die sprachpolitische Situation des Bundes und des Kantons ist unterschiedlich. Die bisherige Regelung der ÖBV wird daher grundsätzlich übernommen.
24	–	Preisprüfung	Diese Bestimmungen der VöB haben keine Grundlage in BöB und IVöB 2019, nachdem sie das Parlament im BöB ablehnte.

VöB Art.	IVöBV Art.	Thema	Bemerkungen
25	–	Ausschluss und Sanktion	Für die Führung der Liste sanktionierter Anbieter ist auf interkantonaler Ebene das InöB zuständig. Sanktionen sind ihm zu melden (Art. 45 Abs. 3 IVöB 2019).
27	–	Bekanntgabe der Beschaffungen ab 50'000 Franken	Mangels technischer Grundlagen ist diese Bekanntgabe für die Kantonsverwaltung noch nicht mit verhältnismässigem Aufwand möglich. Sie wird nach der Einführung des kantonalen ERP-Systems zu prüfen sein.
28-29	–	Statistik, KBBK	Diese organisatorischen Aufgaben des Bundes sind für den Kanton Bern nicht relevant. Vgl. jedoch die OÖBV.
30	20-21	Vollzug und Überwachung	Übernommen, ergänzt mit Bestimmungen zur Aufsicht.

4. Umsetzung

Vgl. die Ausführungen im Vortrag zum IVöBG.

Die Verordnung setzt die Motion 042-2019 Köppli (Wohlen b. Bern, glp) «Was bei Doping im Sport gilt, muss auch bei Kartellen in der Wirtschaft gelten: Wer betrügt, gehört bestraft und gesperrt»⁹ sowie zusammen mit der IVöB 2019 und den noch zu erstellenden Hilfsmitteln die als Postulat überwiesene Motion 124-2016 Grüne (Imboden, Bern) «Kantonales Beschaffungsrecht nachhaltiger ausgestalten»¹⁰ um.

5. Erläuterungen zu den Artikeln

Die Gliederung und die Abschnittstitel folgen der IVöB 2019.

5.1 Geltungsbereich

5.1.1 Artikel 1 – Gegenrecht

Die Bestimmung entspricht Artikel 1 VöB 2020. Dazu bemerkt das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) in den Erläuterungen zur VöB 2020:

«In- und ausländische Anbieterinnen sowie Auftraggeberinnen können sich im Zweifelsfall beim SECO erkundigen, ob und inwieweit ein Staat Gegenrecht gewährt. Solche Anfragen werden vom SECO in der Regel in Zusammenarbeit mit den zuständigen Botschaften ad hoc geprüft.»

5.1.2 Artikel 2 – Erweiterung des Geltungsbereichs der IVöB 2019

Artikel 63 Absatz 4 IVöB 2019 erlaubt den Kantonen die Ausdehnung (nicht aber die Einschränkung) des Geltungsbereichs der IVöB 2019.¹¹ Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe d IVöBG delegiert diese Kompetenz an den Regierungsrat.

⁹ <https://www.gr.be.ch/gr/de/index/geschaefte/geschaefte/suche/geschaefte.gid-7979f851347f4ba3a38336cf75aa50fd.html>

¹⁰ <https://www.gr.be.ch/gr/de/index/geschaefte/geschaefte/suche/geschaefte.gid-d83bb2907bd948a89b02982b1c5e0315.html>

¹¹ Musterbotschaft zu Art. 10 Abs. 1 Bst. e und g IVöB 2019, S. 38 f.

Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e IVöB 2019 nimmt Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration vom öffentlichen Beschaffungsrecht aus. Der Kanton hat aber gute Erfahrungen mit der öffentlichen Ausschreibung solcher Aufträge gemacht. Die öffentlichen Ausschreibungen sind akzeptiert, fair und transparent. Diese Praxis soll daher weitergeführt werden.

5.2 Allgemeine Grundsätze

5.2.1 Artikel 3 – Massnahmen gegen Interessenkonflikte und Korruption

Gemäss Artikel 11 Buchstabe b IVöB 2019 trifft der Auftraggeber «Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption». Die Bestimmungen der Artikel 3 bis 6 IVöBV konkretisieren diese Massnahmen. Den Auftraggebern bleibt es unbenommen, darüber hinaus weitere Massnahmen zu ergreifen. Das kantonale Personalrecht, das ohne andere kommunale Regelung auch für die Gemeinden gilt, sieht in den Artikeln 8a und 8b der Personalverordnung¹² bereits Vorschriften über die Annahme von Einladungen und Geschenken vor. Danach ist die Annahme solcher Vorteile in einem laufenden Beschaffungsprozess verboten und ausserhalb eines solchen nur stark eingeschränkt zulässig.

Artikel 3 IVöBV entspricht Artikel 3 VöB 2020, mit der Ausnahme, dass die Pflicht zum Ausfüllen eines Compliance-Formulars (Abs. 1 Bst. b) in der IVöBV nur für Aufträge oberhalb des Schwellenwerts des Einladungsverfahrens gilt (also auch für überschwellige freihändige Aufträge). Nach dem Wortlaut von Artikel 3 VöB 2020 müsste das Formular für jeden auch kleinsten Auftrag ausgefüllt werden, was unverhältnismässig aufwändig wäre. Anders als die VöB 2020 sieht Artikel 3 IVöBV zudem vor, dass die im Formular enthaltene Unbefangenheitserklärung «abgegeben» statt «unterzeichnet» werden muss, um klarzustellen, dass das Formular auch elektronisch ausgefüllt werden kann.

Zu Artikel 3 VöB 2020 bemerkt das BBL:

«In dieser Bestimmung sind Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten und Korruptionsfällen aufgeführt. Die Korruptionsbekämpfung ist eines der zentralen Anliegen des GPA 2012. Diese Massnahmen illustrieren die Handlungsoptionen; weitere Massnahmen können erforderlich werden. Die Auftraggeberin kann zum Beispiel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder im Beschaffungsvertrag mit der berücksichtigten Anbieterin verbindliche Verhaltenspflichten vereinbaren (etwa Integritätsklauseln, Konventionalstrafen, Massnahmen zur Sicherstellung rechtskonformer Geschäftsprozesse u.a.m.). Die Auftraggeberin kann die berücksichtigte Anbieterin überdies verpflichten, diese Massnahmen auf allfällige Subunternehmerinnen zu überbinden.

Abs. 1 Bst. a

Angestellte der Bundesverwaltung haben ihren Vorgesetzten bereits gestützt auf Artikel 91 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) über sämtliche öffentlichen Ämter sowie ausserhalb ihres Arbeitsverhältnisses gegen Entgelt ausgeübte Tätigkeiten in Kenntnis zu setzen.¹³ Können Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen werden, sind auch unentgeltlich ausgeübte Tätigkeiten meldepflichtig. Buchstabe a geht über Artikel 91 BPV hinaus, indem neben den Nebentätigkeiten auch die Interessenbindungen offenzulegen sind, die bei einem Beschaffungsprojekt zu einem Interessenkonflikt führen können.

Eine konfliktträchtige Interessenbindung liegt bspw. dann vor, wenn ein Angebot einer Anbieterin eingeht, zu der die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Auftraggeberin oder von dieser beauftragte Dritte, die an einem Vergabeverfahren mitwirken, eine besondere Beziehungsnähe aufweisen. Darunter fallen

¹² Personalverordnung (PV) vom 18. Mai 2005, BSG 153.011.1

¹³ Im kantonalen Personalrecht: Art. 203 ff. PV (Nebenbeschäftigungen) und 199ff. PV (öffentliche Ämter).

zum Beispiel enge aktuelle oder frühere (private) Geschäftsbeziehungen (z.B. Kundenbeziehung, strategische Partnerschaft, Beteiligungsform, Anstellungsverhältnis), Ehe, eingetragene Partnerschaft oder eine eheähnliche Gemeinschaft, Verwandtschaft oder Schwägerschaft (siehe Art. 13 Abs. 1 Bst. b und c revBöB), ein wirtschaftliches oder anderes Abhängigkeitsverhältnis oder eine mehrjährige vertiefte Kameradschaft (z.B. aufgrund des Militärdienstes). In einem solchen Fall haben die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter umgehend ihre Vorgesetzten zu informieren. Beauftragte Dritte teilen dies unverzüglich schriftlich der Auftraggeberin mit. *[Hinweis der Finanzdirektion: Eine bestehende Geschäftsbeziehung zwischen dem Auftraggeber und einem Anbieter stellt dagegen noch keinen Ausstandsgrund dar.]*

Das bloss Vorliegen einer besonderen Beziehungsnähe zur Anbieterin kann zum Ausstand verpflichten, erfüllt die verschiedenen Tatbestände aus dem Korruptionsstrafrecht aber noch nicht. Diese Tatbestände setzen regelmässig die Gewährung oder Annahme eines nicht gebührenden Vorteils voraus. Dieser Vorteil kann ideeller oder geldwerter Natur sein.

Abs. 1 Bst. b

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie beauftragte Dritte dürfen erst nach Unterzeichnung *[Hinweis der Finanzdirektion: oder elektronischer Abgabe]* einer Unabhängigkeitserklärung in einem Beschaffungsprojekt eingesetzt werden. Diese Unabhängigkeitserklärung stellt sicher, dass nur Mitarbeiter eingesetzt werden, die in der Lage sind, Angebote neutral und unabhängig von persönlichen Interessen zu beurteilen.

Die Unbefangenheitserklärung bewirkt eine weitere Sensibilisierung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und soll zur Korruptionsprävention beitragen. Die Unbefangenheitserklärung wird in der Bundesverwaltung schon heute verlangt. Die Unbefangenheitserklärung kann allgemeiner Natur sein und hat damit Gültigkeit für alle Beschaffungen, oder sie kann sich auf ein besonderes Projekt beziehen. Neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von grossen Beschaffungsstellen unterzeichnen diese in der Regel bereits bei ihrer Anstellung *[Hinweis der Finanzdirektion: oder geben sie elektronisch ab]*. Der Auftraggeberin steht es frei, bei jeder neuen Beschaffung eine projektbezogene Unbefangenheitserklärung zu verlangen. Die Verordnungsbestimmung lässt somit offen, ob eine Beschaffungsstelle von ihren Mitarbeitenden die Unbefangenheitserklärung zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, anlässlich deren erstmaliger Mitwirkung in einem Vergabeverfahren oder jeweils in jedem konkreten Vergabeverfahren verlangt.

Analog dazu sind auch beauftragte Dritte, die von Beschaffungsstellen beispielsweise zur Ausarbeitung von Ausschreibungsunterlagen oder zur Auswertung von Angeboten beigezogen werden, mittels Unbefangenheitserklärung an ihre Pflicht zu erinnern, ihre Interessenbindungen offenzulegen.

Abs. 2

Namentlich das Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1), die BPV sowie der Verhaltenskodex der Bundesverwaltung enthalten diverse Bestimmungen, um das Korruptionsrisiko zu reduzieren und Interessenkonflikte vorzubeugen bzw. diese zu lösen.¹⁴

Die Auftraggeberinnen machen alle im Beschaffungswesen involvierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter regelmässig auf diese Bestimmungen aufmerksam. Bei Bedarf werden spezifische Ausbildungen oder Informationsveranstaltungen durchgeführt.»

¹⁴ Im kantonalen Personalrecht u.a. Art. 203 ff. PV (Nebenbeschäftigungen), Art. 199ff. PV (öffentliche Ämter), Art. 8a PV (Annahme von Geschenken) und Art. 8b PV (Einladungen), sowie der Verhaltenskodex für Kantonsmitarbeitende.

5.2.2 Artikel 4 – Meldestelle für Missstände

Das Einrichten einer Meldestelle für Personen, die Missstände melden («Whistleblower») ist eine weitere wichtige Massnahme zum Aufdecken und Sanktionieren von Korruption und Verstössen gegen das öffentliche Beschaffungsrecht. Gemäss einer 2019 erstellten Studie¹⁵ verfügen bereits 65 Prozent der privaten Schweizer Unternehmen über eine Whistleblowermeldestelle. Bei diesen erhielten 57 Prozent der Meldestellen mindestens eine Meldung pro Jahr,¹⁶ wobei sich rund 47 Prozent der Meldungen als relevant erwiesen und nur 5 Prozent als missbräuchlich.¹⁷ 45 Prozent der Schweizer Unternehmen konnten dank solchen Meldungen Schäden aufdecken, 19 Prozent sogar Schäden von über 100'000 Euro.¹⁸

Absatz 1 und 2: Alle öffentlichen Auftraggeber müssen mindestens für den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eine Whistleblowermeldestelle vorsehen. Die rechtliche und organisatorische Ausgestaltung der Meldestelle ist den Auftraggebern überlassen. Sie können z.B. ihre eigene Finanzkontrolle bzw. Revisionsstelle oder eine private Dienstleisterin damit beauftragen. In kleineren Gemeinden oder Unternehmen könnte z.B. auch die Gemeindepräsidentin oder der Verwaltungsratspräsident diese Rolle übernehmen. Wichtig ist, dass die Meldestelle von der Linienführung unabhängig ist und direkt der obersten Führung des Gemeinwesens oder des Unternehmens rapportiert, so dass die Mitarbeitenden darauf vertrauen können, dass ihre Meldungen vertraulich behandelt werden und sie deswegen keine Nachteile zu befürchten haben.

Absatz 3: Gemeinden oder andere kommunale Auftraggeber (z.B. Gemeindeverbände, Unternehmen der Gemeinden) können darauf verzichten, eine eigene Whistleblowermeldestelle vorzusehen. In diesem Fall nimmt die oder der Regierungsstatthalterin oder Regierungsstatthalter als Aufsichtsbehörde über die Gemeinden diese Aufgabe wahr.

Absatz 4: Für die Kantonsverwaltung besteht bei der Finanzkontrolle bereits eine Whistleblowermeldestelle. Nur andere kantonale Auftraggeber (z.B. Hochschulen, Spitäler, kantonale Unternehmen) müssen daher noch eine Meldestelle einrichten, wenn sie nicht bereits über eine verfügen. Dazu haben sie ein Jahr nach Inkrafttreten der Verordnung Zeit (Art. 22).

5.2.3 Artikel 5 – Konventionalstrafe gegen Wettbewerbsabreden

Absatz 1 Buchstabe a: Mit der Bestimmung wird die als Postulat überwiesene Motion 042-2019 Köpfli (Wohlen b. Bern, glp) «Was bei Doping im Sport gilt, muss auch bei Kartellen in der Wirtschaft gelten: Wer betrügt, gehört bestraft und gesperrt»¹⁹ umgesetzt. Sie forderte im Nachgang der Sanktionen der WEKO gegen Kieshersteller im Kanton Bern, dass der wegen den vermutlich überhöhten Kiespreisen als Bauherr mittelbar geschädigte Kanton in solchen Fällen Schadenersatzklagen erhebt.

Solche Klagen haben aber selten Erfolgsaussichten. Die Bestimmung sieht daher als präventive Massnahme vor, dass für solche Fälle eine Konventionalstrafe zu vereinbaren ist. Gemäss dem Sekretariat der WEKO wird national und international davon ausgegangen, dass Submissionskartelle mit mindestens 10 Prozent höheren Preisen verbunden sind; eine internationale empirische Studie geht in Kartellsituationen von durchschnittlich 45 Prozent höheren Preisen aus.²⁰ Die Konventionalstrafe muss daher mindestens 10 Prozent des Preises betragen. Sie wird fällig, sobald die WEKO entsprechende Sanktionen verfügt, und ist gegebenenfalls zurückzuerstatten, wenn sie erfolgreich angefochten werden.

¹⁵ Studie der Hochschule für Technik und Wirtschaft Chur, www.whistleblowingreport.ch

¹⁶ <https://whistleblowingreport.egs.com/results/anzahl-meldungen>

¹⁷ <https://whistleblowingreport.egs.com/results/qualitaet-der-meldungen>

¹⁸ <https://whistleblowingreport.egs.com/results/hoechster-aufgedeckter-schadensfall>

¹⁹ <https://www.gr.be.ch/gr/de/index/geschaeft/geschaeft/suche/geschaeft.gid-7979f851347f4ba3a38336cf75aa50fd.html>

²⁰ Mette Damgaard, Gavan Conlon, Moritz Godel (London Economics): [The Nature and Impact of Hardcore Cartels. A Report to the Danish Competition Authority](#), London 2011: "In summary the bulk of the evidence seems to suggest that the median cartel overcharge is in the order of magnitude of 23-25% of the counterfactual price and the average cartel overcharge is in the order of magnitude of 46-49%. The fact that the median value is much lower than the average value suggests that a few cartels result in very high overcharges."

Die Konventionalstrafe wird als pauschalisierter Schadenersatz normalerweise auf allenfalls nachweisbare Schäden aus wettbewerbswidrigem Verhalten anzurechnen sein. Sie wird aber zusätzlich zu einer allfälligen Busse für dasselbe Verhalten gemäss Artikel 45 IVöB 2019 erhoben, da die Busse einen Strafcharakter hat und nur in schwerwiegenden Fällen auferlegt werden kann. Sie ist in den allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Kantons vorgesehen (s. Art. 13).

Absatz 1 Buchstabe b: Ein Schaden für den Kanton kann sich nicht nur aus wettbewerbswidrigem Verhalten des Auftragnehmers selbst ergeben, sondern auch seiner Subunternehmer und Lieferanten – bei Bauaufträgen z.B. also auch aus Preisabsprachen der Kieslieferanten des Generalunternehmers. Um den Auftragnehmer dazu zu motivieren, auch Preisabsprachen seiner Vertragspartner nicht hinzunehmen, gilt die zu vereinbarende Konventionalstrafe daher auch bei Wettbewerbsabreden auf dieser Ebene. Der Auftragnehmer kann sich von diesem Risiko befreien, indem er in den Verträgen mit seinen Lieferanten und Subunternehmen für diese Fälle eine entsprechende Konventionalstrafe zu Gunsten des Auftraggebers vereinbart (Absatz 2 Buchstabe a).

Absatz 2 Buchstaben b und c: Der vom Sekretariat der WEKO vorgeschlagene Absatz 2 ist für das kartellrechtliche Instrument der Selbstanzeigeregelung von Bedeutung. Ohne diese Regelung besteht die Gefahr, dass an einem Submissionskartell beteiligte Unternehmen aufgrund der drohenden Konventionalstrafe keine Selbstanzeige einreichen bzw. dass der Anreiz zur Einreichung einer Selbstanzeige stark abnimmt. So würde die Aufdeckung und Verfolgung von Submissionskartellen erschwert, was wiederum bedeutet, dass auch die Konventionalstrafe ihre Bedeutung verlieren würde. Mit der Regelung in Absatz 2 steigt hingegen der Anreiz für die betroffenen Unternehmen, eine Selbstanzeige einzureichen, was wiederum für die Aufdeckung und Verfolgung von Submissionskartellen förderlich ist.

Absatz 3: Nicht alle Aufträge sind gleichermassen absprachegefährdet. Das Risiko besteht namentlich bei Märkten mit wenig Anbietern, stabilen Marktverhältnissen, geringem technischem Fortschritt, regelmässigen Ausschreibungen, gleichartigen Gütern und Leistungen, und wenig Alternativen²¹ – also beispielsweise oft im Strassenbaubereich. Auf die Konventionalstrafe kann verzichtet werden, oder sie kann tiefer ausfallen, wenn diese Risikofaktoren nicht vorliegen. Dies kann auch der Fall sein, wenn der Auftraggeber eine entsprechende Vertragsbestimmung wegen einer im Verhältnis zum Auftragnehmer schwachen Marktstellung nicht durchsetzen kann, z.B. wenn nur ein Anbieter in Frage kommt und der Auftraggeber den Auftrag daher freihändig vergeben muss. In einer solchen Situation ist nicht eine Wettbewerbsabrede das wettbewerbsrechtliche Problem, sondern allenfalls der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

5.2.4 Artikel 6 – Erhebung von Daten zur Aufdeckung von Wettbewerbsabsprachen

Auch diese Bestimmung setzt die Motion 042-2019 Köppli (Wohlen b. Bern, glp) «Was bei Doping im Sport gilt, muss auch bei Kartellen in der Wirtschaft gelten: Wer betrügt, gehört bestraft und gesperrt»²² um. Sie verlangt «eine Rechtsgrundlage zu schaffen, damit der WEKO die nötigen Unterlagen (wie z. B. Offertöffnungsprotokolle) zur systematischen Analyse von Preisabsprachen jederzeit und in der von der WEKO gewünschten Frist/Form zugestellt werden können». Dazu übernimmt die IVöBV die Bestimmung gemäss Art. 26 VöB 2020. Das BBL bemerkt dazu: «Statistische Auswertungen von Offertpreisen erlauben es den Wettbewerbsbehörden, Wettbewerbsabreden aufzudecken und entsprechenden Hinweisen auch ausserhalb von laufenden Verfahren nachzugehen.»

²¹ Wettbewerbskommission, Merkblatt «Submissionsabreden bekämpfen»

²² <https://www.gr.be.ch/gr/de/index/geschaefte/geschaefte/suche/geschaefte.gid-7979f851347f4ba3a38336cf75aa50fd.html>

5.2.5 Artikel 7 – Nachweise

Absätze 1 bis 3 und Anhang 1: Gemäss Artikel 26 Absatz 3 und Artikel 27 Absatz 3 IVöB 2019 muss der Auftraggeber in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen angeben, welche Nachweise mit dem Angebot einzureichen sind. Die VöB sieht in Artikel 4 Absatz 4 und in Anhang 2 eine indikative Liste von möglichen Nachweisen vor. Im Berner Recht soll die ZKB aber weiterhin Zertifikate über die Nachweise ausstellen (Absatz 4). Das setzt voraus, dass alle Auftraggeber für alle Aufträge denselben Mindestbestand von Nachweisen verlangen, die auch mit dem Zertifikat dokumentiert werden können, und zusätzlich je nach Auftrag ggf. weitere Nachweise. Bisher wurde der einzureichende Mindestbestand an Nachweisen nicht gesetzlich geregelt. Eine faktische Standardisierung der Nachweise ergab sich jedoch weitgehend aus dem von der ZKB gestützt auf Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung über die Organisation des öffentlichen Beschaffungswesens vom 5. November 2014 (OÖBV) zur Verfügung gestellten Selbstdeklarationsformular²³, das auch die Grundlage ihrer Zertifikatsvergabe war. Angesichts der praktischen Bedeutung der Nachweise ist es sinnvoll, sie nunmehr gesetzlich zu regeln.

Die Liste der notwendigen Nachweise gemäss Anhang 1 ergibt sich aus den Anforderungen namentlich gemäss Artikel 12, Artikel 26 Absatz 3, Artikel 27 Absatz 3 und Artikel 44 IVöB 2019. In Anhang 1 nicht separat aufgeführt werden die Nachweise der gesetzlichen Anforderungen, die in jedem Fall nicht durch Unterlagen, sondern nur durch eine Bestätigung auf dem Selbstdeklarationsformular zu erbringen sind, wie etwa betreffend die Einhaltung der Umweltschutzgesetzgebung, der Kartellgesetzgebung oder der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) für Leistungen im Ausland. Wenn der Auftraggeber sowohl hinsichtlich der gesetzlichen Teilnahmebedingungen wie auch hinsichtlich der Kriterien und Anforderungen der Ausschreibung weitere Nachweise benötigt, kann er diese einfordern.

Inhaltlich entspricht die Liste der Nachweise der bisherigen Praxis gemäss dem Selbstdeklarationsformular und den Zertifikaten der ZKB, mit folgenden Neuerungen:

– *Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen (Anhang 1 Ziff. 1):*

Seit 2020 betreibt der paritätisch von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen getragene Verein «Allianz Bau» die Online-Plattform «Informationssystem Allianz Bau» (ISAB²⁴), über die schweizweit Informationen für den sozialpartnerschaftlichen GAV-Vollzug im Bauhaupt- und Ausbaugewerbe zentral zur Verfügung gestellt werden. Es verschafft Vergabestellen, General- und Totalunternehmen und privaten Bauherrschaften Zugang zu allen im Vergabeprozess relevanten Informationen rund um die GAV-Unterstellung und die GAV-Konformität potenzieller Auftragnehmerinnen und -nehmer. Die Unternehmen und Vergabestellen können jederzeit eine digital signierte «GAV-Bescheinigung» herunterladen, die das Ergebnis der letzten paritätischen Kontrolle wie folgt zusammenfasst:

BESCHEINIGUNGSERGEBNIS

- Keine Informationen über aktuelle GAV-Verfehlungen
- GAV-Konformität ist nachgewiesen worden
- Aktuell liegen GAV-Verfehlungen vor

Neu müssen daher Anbieter, die einem GAV unterstehen, der dieser Plattform angeschlossen ist, die entsprechende Bescheinigung einreichen. Für andere GAVs ist weiterhin eine Bestätigung der GAV-Konformität durch die zuständige paritätische Kommission erforderlich.

Für Anbieter, die keinem GAV unterstehen, lässt die IVöBV (wie praxismässig bisher schon auch für andere Nachweise) die Selbstdeklaration genügen. Die Praxis hat nämlich gezeigt, dass die bisher

²³ Abzurufen über www.be.ch/beschaffungen.

²⁴ <https://isab-siac.ch/>

teils verlangte Bestätigung durch die Revisionsstelle wenig aussagekräftig und verlässlich ist (da auch ein GAV als Massstab fehlt) und für die Unternehmen mit Mehrkosten verbunden sein kann, oder je nach Revisionsstelle auch nicht erhältlich ist. Immerhin riskieren Unternehmen, die eine falsche Selbstdeklaration abgeben, eine Strafverfolgung wegen Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) sowie beschaffungsrechtliche Sanktionen wie den Ausschluss von Verfahren oder Bussen (Art. 45 Abs. 1 IVöB 2019).

– *Schwarzarbeit (Anhang 1 Ziff. 5):*

Artikel 12 Absatz 1 IVöB 2019 sieht neu als Teilnahmevoraussetzung das Einhalten der Melde- und Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA²⁵) vor. Soweit hier bekannt stellte der BöB/IVöB-Gesetzgeber keine Überlegungen zum Vollzug dieser Bestimmung an. Von ihrem Wortlaut her verweist sie wohl auf Artikel 6 BGSA: «Das kantonale Kontrollorgan prüft die Einhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellensteuerrecht.» Massgeblich sind also diese Pflichten.²⁶

Die sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Pflichten sind weitgehend bereits durch die anderen Nachweise gemäss Anhang 1 abgedeckt. Für die übrigen Pflichten lässt die IVöBV die Selbstdeklaration genügen, verbunden damit, dass der Anbieter nicht auf der im Internet publizierten Liste²⁷ der rechtskräftig sanktionierten Arbeitgeber nach Artikel 13 BGSA des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO) erscheinen darf. Dies, weil das Einholen einer Bestätigung der kantonalen Kontrollstellen wenig aussagekräftig erscheint: Die Kontrollstellen führen nur Stichproben durch, und ihnen sind auch nicht alle Verfehlungen bekannt, die von den einzelnen Fachbehörden (z.B. der AHV-Ausgleichskasse) erkannt und sanktioniert werden. Zudem ist nicht sichergestellt, dass die Kontrollstellen aller Kantone überhaupt bereit und in der Lage sind, entsprechende Bestätigungen auszustellen.

– *Lohnleichheit (Anhang 1 Ziff. 6):*

Seit 2020 schreibt das Gleichstellungsgesetz des Bundes (GIG) für Unternehmen mit mehr als 100 Mitarbeitenden die Erstellung einer Lohnleichheitsanalyse vor. Unternehmen mit einer Rechtsform des Obligationenrechts (namentlich AG, GmbH und Genossenschaft) müssen diese Analyse auch durch Dritte überprüfen lassen. Damit liegen nun bei den Unternehmen Nachweise über die Einhaltung der Lohnleichheit vor, die einverlangt werden können, ohne den Unternehmen Mehraufwand zu verursachen. Auch dies ist eine Angleichung an die Beschaffungspraxis des Bundes. Anders als gemäss der Praxis des Bundes sieht die IVöBV aber davon ab, zu verlangen, dass die Analyse immer jünger als vier Jahre sein muss. Artikel 13a Absatz 3 GIG erlaubt es den Unternehmen nämlich, auf die vierjährige Erneuerung einer Analyse zu verzichten, wenn die Analyse aufzeigt, dass die Lohnleichheit eingehalten ist. Diese vom Bundesgesetzgeber für die ganze Wirtschaft aufgestellte Regel soll auch für öffentliche Beschaffungen gelten.

Absatz 4: Diese Bestimmung führt die Bestimmung von Artikel 20 Absatz 2 der aufzuhebenden Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Oktober 2002 (ÖBV; BSG 731.21) weiter, wonach die ZKB gebührenpflichtig (Ziff. 4.3 des Anhangs 6 zur Gebührenverordnung) Zertifikate über das Vorliegen der Nachweise ausstellt, die an ihrer Stelle eingereicht werden können. Dies vereinfacht die Handhabung der Nachweise durch die Anbieter und die Prüfung durch die Auftraggeber, weil die Nachweise so nach einheitlichen Kriterien durch Fachpersonen geprüft werden. Neu wird in Fortschreibung der seit der Coronaviruspandemie geltenden Praxis festgehalten, dass die Nachweise nur digital (als eingescannte bzw. original digitale PDF-Dateien) entgegengenommen werden, und dass das Zertifikat nur

²⁵ SR 822.41

²⁶ Vgl. die Musterbotschaft zur IVöB S. 47 zu Art. 12 Abs. 5, sowie Pandora Kunz-Notter in: Hans-Rudolf Trüeb (Hrsg.), Kommentar zu BöB und IVöB (noch nicht erschienen), Art. 12 N 23. Danach sollen «insbesondere» diese Pflichten gemeint sein. Welche anderen Pflichten gemeint sein könnten, ist aber nicht ersichtlich.

²⁷ https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/schwarzarbeit/Bundesgesetz_gegen_Schwarzarbeit.html

digital als PDF-Datei ausgestellt wird. Wo der Anhang auf das Datum des Angebots Bezug nimmt, bezieht sich dies bei der Ausstellung eines Zertifikats auf das Datum des Gesuchs.

5.3 Vergabeverfahren

5.3.1 Artikel 8 – Dialog

Die Bestimmung entspricht Artikel 6 VöB. Das BBL bemerkt dazu:

«Der Dialog eignet sich für komplexe Beschaffungen, intellektuelle Dienstleistungen oder innovative Vorhaben. In Anbetracht des Kosten- und Zeitaufwands seitens der Auftraggeberinnen und der Anbieterinnen ist der Dialog ein Instrument bei Ausschreibungen, bei denen die Anzahl der Anbieterinnen beschränkt ist oder bereits gesenkt wurde, wie beispielsweise im selektiven Verfahren.

Abs. 1

Der Wettbewerb wird durch den Dialog mit mehreren Anbieterinnen begünstigt. Die Zahl der Anbieterinnen – *[Hinweis der Finanzdirektion: wenn möglich]* mindestens drei – entspricht der bereits bisher beim selektiven Verfahren und beim Einladungsverfahren geltenden Anforderung.

Abs. 2

Die Einzelheiten des Dialogs werden in einer Vereinbarung geregelt, die mit den Anbieterinnen abgeschlossen wird. Eine Entschädigung für die Teilnahme am Dialog ist nur dann geschuldet, wenn und soweit dies in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde. Im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Anbieterinnen müssen die Dialogvereinbarungen im jeweiligen Verfahren inhaltlich übereinstimmen.

Abs. 3

Damit Geschäftsgeheimnisse und Urheberrechte geschützt bleiben, dürfen im Rahmen des Dialogs entwickelte Lösungen und Vorgehensweisen der jeweiligen Anbieterinnen ohne deren Zustimmung nicht weitergegeben oder von der Auftraggeberin verwendet werden. Damit soll das Interesse der Anbieterinnen zur Teilnahme am Dialog gewahrt bleiben, das sie bei einer Gefahr der Aneignung oder Nutzung ihrer Arbeitsergebnisse durch Dritte verlieren würden. Die Zustimmung der Anbieterin kann im Rahmen des Dialogs eingeholt werden und ist in diesem Fall im entsprechenden Protokoll festzuhalten. Sie kann auch schriftlich erteilt werden. Die Lösungen und Vorgehensweisen können nach Artikel 24 Absatz 3 Buchstabe c revBöB zur späteren Nutzung entgeltlich erworben werden.»

5.3.2 Artikel 9 – Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen

Die Bestimmung entspricht Artikel 6 VöB. Das BBL bemerkt dazu:

«Abs. 1

Diese Bestimmung übernimmt weitgehend den bisherigen Artikel 17 Absatz 3 VöB und nennt neu die wichtigsten Modalitäten für die Q&A-Phase. Durch die Begrenzung der Frist für die Unterbreitung und Beantwortung von Fragen wird vermieden, dass einer Anbieterin ein Vorteil durch zusätzliche Informationen erwächst.

Abs. 2

Die Frist für die Beantwortung von Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen ist abhängig von der Komplexität des Beschaffungsvorhabens sowie von der Anzahl Fragen. In der Regel sollten die Antworten den Anbieterinnen innert circa fünf bis sieben Arbeitstagen nach Ablauf der Einreichungsfrist für Fragen zur Verfügung gestellt werden. Um eine Verkürzung der minimalen Angebotsfrist (Art. 46 Abs. 2 revBöB)

zu vermeiden, sind Fragen und Missverständnisse der Anbieterinnen in jedem Fall möglichst rasch zu klären und die Q&A-Phase zeitnah abzuschliessen.»

Zur Durchführung der Fragerunden stellt die Internetplattform simap.ch ein Forum zur Verfügung.

5.3.3 Artikel 10 – Entschädigung der Anbieter

Die Bestimmung entspricht Artikel 9 VöB. Das BBL bemerkt dazu:

«Abs. 1

Die Bestimmung entspricht im Wesentlichen Artikel 23 der aktuell geltenden VöB, wobei präzisiert wird, dass für die Verfahrensteilnahme, also etwa für die Ausarbeitung des Angebots, keine Entschädigung geschuldet ist. Vorbehalten bleiben zudem allfällige Schadenersatzansprüche gemäss Artikel 58 revBöB.

Abs. 2

Ausnahmen von der Regel der Entschädigungslosigkeit sind für Vorleistungen vorgesehen, die über den gewöhnlichen Verfahrensaufwand hinausgehen und üblicherweise nur gegen Entgelt erbracht werden wie bspw. planerische Vorleistungen. Es liegt im Ermessen der Auftraggeberin, die Höhe und Modalitäten der Entschädigung zu bestimmen. Sie gibt in den Ausschreibungsunterlagen die Abgeltungsmodalitäten bekannt. Ohne entsprechende Ankündigung in den Ausschreibungsunterlagen gilt nach wie vor die Regel, dass keine Entschädigung für die Teilnahme an einer Ausschreibung geschuldet ist.»

5.3.4 Artikel 11 – Subunternehmer

Artikel 11 konkretisiert die Bestimmungen von Artikel 26 und Artikel 31 IVöB 2019 zum Beizug von Subunternehmern. Die in Absatz 1 und 3 aufgestellten Vorschriften ergeben sich grundsätzlich bereits aus der IVöB 2019. Sie werden hier aber ausdrücklich wiedergegeben, um ihre Anwendung in der Praxis zu erleichtern.

Der Beizug von Subunternehmern ist zulässig, wenn er in der Ausschreibung nicht ausgeschlossen wurde (Art. 31 Abs. 1 IVöB). Die charakteristische Leistung muss aber grundsätzlich der Zuschlagsempfänger erbringen. Er darf den ausgeschriebenen Auftrag daher nicht ganz oder weitgehend, sondern nur teilweise an Subunternehmer weitergeben (Art. 31 Abs. 3 IVöB 2019). Der Unterschied zwischen Subunternehmern und (immer zulässigen) Lieferanten des Zuschlagsempfängers besteht darin, dass der Subunternehmer selbst Teile der auftragsgegenständlichen Leistung erbringt und somit Hilfsperson des Zuschlagsempfängers gemäss Art. 101 des Obligationenrechts (OR²⁸) ist. Der Lieferant liefert demgegenüber nur Material, Hilfsmittel oder einzelne Arbeitsleistungen.²⁹

Absatz 1: Ein umfangreicher oder mehrstufiger Beizug von Subunternehmern ist in einigen Branchen verbreitet. Er kann betriebs- und volkswirtschaftlich sinnvoll sein, u.a. auch zur Förderung der Beteiligung von KMU an öffentlichen Aufträgen. Er kann in der Praxis aber zu Schwierigkeiten bei der Überprüfung der Einhaltung von Arbeitsbedingungen und weiterer Vorschriften (z.B. zum Umweltschutz) führen. Der Auftraggeber muss daher immer wissen, wer welche Teile des Auftrags ausführt. Dies ist auch deshalb notwendig, weil der Anbieter auch für seine Subunternehmer die Nachweise zur Erfüllung der Teilnahmebedingungen beibringen muss (Art. 26 Abs. 1 IVöB 2019, vgl. Art. 7 IVöBV). Deshalb müssen allfällige (zulässige) Subunternehmer grundsätzlich im Angebot bezeichnet werden (Abs. 1).

²⁸ SR 220

²⁹ Beat Joss in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Schulthess 2020, Art. 31 N 18.

Absatz 2 Buchstabe a: Vor allem bei Bauaufträgen gibt es oft viele Subunternehmer, und sie stehen im Zeitpunkt des Angebots meist noch nicht alle fest. Um dem Rechnung zu tragen, kann der Auftraggeber diesfalls in der Ausschreibung zulassen, dass die Subunternehmer später bezeichnet werden können, in jedem Fall aber vor dem Arbeitsbeginn. Dies ändert nichts daran, dass der Zuschlagsempfänger auch diesfalls die nötigen Nachweise für die Subunternehmer nachreichen muss. Erfolgt die Meldung nicht, fehlen die Nachweise oder sind sie ungenügend, wird das Angebot auszuschliessen oder der bereits erteilte Zuschlag zu widerrufen sein (vgl. Art. 44 IVöB 2019), wenn der Anbieter nicht innert kurzer anzusetzender Frist Subunternehmer mit ungenügenden Nachweisen durch solche mit genügenden ersetzt.

Absatz 2 Buchstabe b: Bei Aufträgen mit vielen Subunternehmern kann die Prüfung aller Nachweise aller Subunternehmer aller Anbieter einen unverhältnismässigen Aufwand verursachen – sowohl für den Auftraggeber wie auch für den Anbieter. Daher kann die Ausschreibung vorsehen, dass die Nachweise für die Subunternehmer in der Form des vom KAIO ausgestellten Zertifikats erbracht werden müssen. Es ist Sache der Anbieter bzw. der Subunternehmer, dieses rechtzeitig zu beantragen.

Absatz 3: Der Klarheit halber wird festgehalten, dass als Subunternehmer auch ein Sub-Subunternehmer, ein Sub-Sub-Subunternehmer etc. gilt.³⁰

Die Missachtung dieser Vorschriften hat vor dem Zuschlag zur Folge, dass das entsprechende Angebot ausgeschlossen wird (Art. 44 Abs. 1 Bst. a IVöB 2019). Nach dem Zuschlag stellt sie eine Vertragsverletzung dar, die zum Widerruf des Auftrags führen kann (vgl. ebenfalls Art. 44 Abs. 1 Bst. a IVöB 2019), und die der Auftraggeber auch vertragsrechtlich sanktionieren kann, z.B. durch das Vereinbaren einer entsprechenden Konventionalstrafe in seinen AGB.

5.3.5 Artikel 12 – Dokumentationspflichten

Die Bestimmung entspricht Artikel 10 VöB. Das BBL bemerkt dazu:

«Eine Dokumentation der verfahrensrechtlichen Schritte ist ein Gebot der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit der darauf basierenden Entscheide. Im Falle eines Beschwerdeverfahrens (nicht aber im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren; vgl. Art. 51 Abs. 1 revBöB) hat eine Beschwerdeführerin Anspruch auf Einsicht in die entscheiderelevanten Akten. Dazu gehören nicht schlechthin alle im Verlauf eines Vergabeverfahrens anfallenden Akten. Amtsinterne Vorgänge (z.B. eine interne Terminvereinbarung oder eine interne Kompetenzzuweisung), die ohne Einfluss auf einen Entscheid im Sinne von Artikel 53 Absatz 1 revBöB bleiben, unterliegen nicht der Dokumentationspflicht und auch nicht der Akteneinsicht in einem nachfolgenden Beschwerdeverfahren.»

5.3.6 Artikel 13 – Vertragsabschluss

Absatz 1 und 2: Die Bestimmung basiert auf Artikel 11 VöB. Das BBL bemerkt dazu:

«*Abs. 1*

Der Abschluss und der Inhalt eines Beschaffungsvertrages müssen nachvollziehbar und revisionsfähig sein. Beschaffungsverträge sind daher in Schriftform abzuschliessen. Die Schriftform darf jedoch nicht dahingehend verstanden werden, dass nur eine handschriftliche Unterzeichnung auf Papier die Vertragspflicht begründet. Die Schriftform umfasst etwa auch den Mailverkehr bzw. den digitalen Vertragsabschluss. Es steht der Auftraggeberin frei, in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen eine bestimmte Form für den Abschluss des Vertrages festzulegen (z.B. mit Unterschrift oder mit qualifizierter

³⁰ Vgl. Joss, N 17.

elektronischer Signatur nach dem ZertES). *[Hinweis der Finanzdirektion: Weil die Vorschrift in der Bundesverwaltung dem Vernehmen nach dennoch teils missverstanden wird, hält die IVöBV ausdrücklich fest, dass Verträge auch digital abgeschlossen werden können und eine Handunterschrift oder ein Zertifikat z.B. nach Art. 14 Abs. 2^{bis} OR nicht erforderlich sind. Damit wird klar, dass z.B. auch per E-Mail abgeschlossene und revisionsfähig digital abgelegte Verträge zulässig sind.]* Mündlich oder konkludent geschlossene Beschaffungsverträge erfüllen diese Erfordernisse nicht. Ein mündlicher Vertragsabschluss ist nur in Notfällen wie beispielsweise Rettungseinsätze möglich, er muss jedoch im Anschluss in Schriftform bestätigt werden.

Abs. 2

Diese Bestimmung entspricht sinngemäss Artikel 29 Absatz 3 der bisherigen VöB.»

Der Grund dafür, dass bei öffentlichen Beschaffungen grundsätzlich die AGB des Staates (wozu auch Vertragsvorlagen gehören) verwendet werden sollen, ist, dass dies nötig ist, um die Angebote vergleichbar zu machen. Wenn Angebote z.B. auf unterschiedlichen Garantiefristen, Haftungs- oder Verzugsregeln basieren, sind sie nicht gleichwertig, auch wenn sie dieselbe Qualität und denselben Preis vorsehen. Zudem sind die AGB der Anbieter oft einseitig zu ihren Gunsten verfasst.

Abweichungen von dem Grundsatz, dass staatliche AGB einzusetzen sind, rechtfertigen sich dann, wenn ein wirksamer Wettbewerb oder ein Zuschlag aufgrund der Besonderheiten der Leistung oder der Marktgegebenheiten sonst nicht möglich wäre. Steht der Staat etwa einem sehr marktmächtigen Anbieter gegenüber oder kommt nur ein Anbieter für die Leistung in Frage, oder erbringt er hoch standardisierte komplexe Leistungen (wie «Software as a Service»), wird er oft seine eigenen Vertragsbestimmungen durchsetzen können.

Absatz 3: Der Kanton verfügt über eigene AGB sowohl für allgemeine Lieferungs- und Dienstleistungsverträge wie auch für Bauleistungen und Leistungen der Informations- und Kommunikationstechnik (ICT) sowie weitere Spezialgebiete. Für Bauleistungen gelangen u.a. die SIA-Norm 118 und die Allgemeinen Vertragsbedingungen der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) zur Anwendung. Für ICT-Leistungen wendet der Kanton die AGB der Schweizerischen Informatikkonferenz (SIK) an. Die kantonalen AGB können über www.be.ch/agb abgerufen werden. Will ein Auftraggeber, der nicht der Kantonsverwaltung angehört, keine eigenen AGB erarbeiten, hat er die kantonalen AGB einzusetzen.

5.3.7 Artikel 14 – Veröffentlichungen

Wie im bisherigen Recht müssen gemäss der IVöB 2019 alle Ausschreibungen, Abbrüche und Zuschläge im öffentlichen und selektiven Verfahren auf der Internetplattform simap.ch veröffentlicht werden (Art. 48 Abs. 1 IVöB 2019), und zwar mit den Angaben gemäss Artikel 48 Absatz 6 IVöB 2019. Neu ist, dass der Auftraggeber den Zuschlag mit der Publikation auch gleich den Anbietern eröffnen kann. Diesfalls muss die Zuschlagspublikation auch eine summarische Begründung und eine Rechtsmittelbelehrung enthalten (Art. 51 IVöB 2019). Er kann aber auch wie bisher den Zuschlag den Anbietern durch separate Verfügung eröffnen und die dann nur noch informative Publikation des Zuschlags erst nach dessen Rechtskraft vornehmen.

Nach Artikel 48 Absatz 1 IVöB 2019 müssen die Kantone überschwellige freihändige Zuschläge (z.B. wegen Dringlichkeit, vgl. Artikel 21 IVöB 2019) nur im Staatsvertragsbereich veröffentlichen. Der Bund muss demgegenüber gemäss Artikel 48 Absatz 1 BöB Zuschläge bereits ab dem Schwellenwert des offenen bzw. selektiven Verfahrens veröffentlichen. Der Grund für den Unterschied sind die unterschiedli-

chen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz für die nationale und die subnationale Ebene gemäss Artikel XVI:4 des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012³¹) in Verbindung mit den Annexen 1 bis 3 der Schweiz.

Die Vorschrift der IVöB 2019 wäre in Bezug auf die Transparenz und den wirksamen Rechtsschutz ein Rückschritt gegenüber dem bisherigen Recht, das die Publikation ab dem Schwellenwert des offenen bzw. selektiven Verfahrens vorschrieb (Art. 6 Abs. 2 ÖBG). Denn ohne Kenntnis des Zuschlags können Konkurrenzanbieter nicht mit Beschwerde geltend machen, dass die freihändige Vergabe zu Unrecht erfolgt sei. Artikel 14 schreibt daher vor, dass entsprechende Zuschläge wie bisher zu veröffentlichen sind. Der Vertrag darf erst nach Ablauf der mit der Publikation beginnenden Beschwerdefrist abgeschlossen werden (Art. 42 Abs. 1 IVöB 2019).

5.3.8 Artikel 15 – Debriefing

Die Bestimmung entspricht Artikel 12 VöB, ausser dass im Text der Anglizismus «Debriefing» durch «Gespräch» ergänzt wird. Das BBL bemerkt dazu:

«Das sog. Debriefing, das in der Regel kurz nach der Zuschlagserteilung stattfinden soll, erfolgt anlässlich eines (physischen oder virtuellen) Treffens mit den nicht berücksichtigten Anbieterinnen, bei dem die Auftraggeberin die Gründe für die Nichtberücksichtigung der jeweiligen Angebote erläutert. Sie kann nicht berücksichtigte Anbieterinnen von sich aus zu einem Debriefing einladen, wenn sie dies für sinnvoll erachtet. Oft können auf diese Weise Beschwerden verhindert werden. Zudem können die Anbieterinnen die im Rahmen des Debriefings erhaltenen Rückmeldungen für künftige Angebote nutzen.

Das Debriefing kann auch nach Ablauf der Beschwerdefrist durchgeführt werden. Statt eines Debriefings können die Gründe der Nichtberücksichtigung unter Beachtung von Artikel 51 Absatz 4 revBöB auch schriftlich bekannt gegeben werden.»

Auch im Debriefinggespräch ist die Vertraulichkeit der Inhalte der Angebote der anderen Anbieter zu beachten. Das Gespräch wird sich daher auf die Bewertung des Angebots, das Gegenstand des Gesprächs ist, konzentrieren müssen.

5.3.9 Artikel 16 – Ausbildung der Beschaffenden

Eine wichtige Voraussetzung für das Erreichen der politischen Ziele der IVöB 2019 – mehr Qualitätswettbewerb und mehr Nachhaltigkeit bei öffentlichen Beschaffungen – ist die Professionalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens. Bisher bestanden kaum professionelle Standards für die Ausbildung von öffentlich Beschaffenden und die Abwicklung von öffentlichen Beschaffungsverfahren. Allein die Gerichtspraxis und die juristische Forschung haben vereinzelte Grundsätze entwickelt, und die Bundesverwaltung bot ein Ausbildungsprogramm für ihre Beschaffenden an. Auch die grossen Beschaffungsstellen insbesondere des Kantons verfügen bereits heute über standardisierte Beschaffungsprozesse und organisieren teilweise interne Ausbildungen für Mitarbeitende, die mit Beschaffungen betraut sind. Trotzdem ist es heute möglich, dass Personen mit nur rudimentären Kenntnissen oder wenig Erfahrung im öffentlichen Beschaffungswesen im Namen des Kantons oder der Gemeinden wichtige öffentliche Beschaffungsverfahren durchführen.

Dies ist unter verschiedenen Gesichtspunkten problematisch. Unerfahrene oder methodisch wenig kompetente Personen begehen häufiger Fehler bei der Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts, was Beschwerderisiken erzeugt oder zu einer ungenügenden Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben

³¹ [BBL 2017 2175](#)

führt. Vor allem aber kennen solche Personen die verschiedenen Methoden zur Erhebung von Anforderungen und ihrer Umsetzung in sachgerechte technische Spezifikationen, Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht. Unzweckmässige Kriterien, die nicht scharf die guten von den schlechten Angeboten trennen, können zur Folge haben, dass alle Angebote die Kriterien ungefähr gleich gut oder schlecht erfüllen, was bedeutet, dass nur der Preis entscheidet und der von der IVöB 2019 gewollte Qualitätswettbewerb nicht stattfindet. Dasselbe gilt, wenn der Auftraggeber aus Bequemlichkeit oder Unvermögen auf qualitätsbezogene Kriterien ganz oder weitgehend verzichtet.

Im Hinblick auf die Erarbeitung des neuen Rechts haben öffentliche Beschaffungsorganisationen des Bundes und des Kantons Bern daher den Verein «Interessensgemeinschaft eidg. Abschlüsse öffentliche Beschaffung IAöB» gegründet³². Dieser ist Träger des seit 2019 vom Bund anerkannten Berufsabschlusses «Spezialist/-in öffentliche Beschaffung mit eidg. Fachausweis». Diese Fachausbildung versetzt Berufsleute in die Lage, gesetzeskonforme, nachhaltige und methodisch einwandfreie öffentliche Beschaffungen durchzuführen. Zurzeit (Stand 2021) sind die Universität Bern (Forschungsstelle Digitale Nachhaltigkeit) und der Verband procure.ch als Anbieter entsprechender Kurse zertifiziert und führen sie seit 2020 durch; weitere Kursanbieter werden folgen.

Um die rechtskonforme und qualitativ hochstehende Abwicklung öffentlicher Beschaffungsverfahren sicherzustellen, schreibt Artikel 16 nun vor, dass zumindest bei Auftraggebern, die regelmässig offene oder selektive Beschaffungsverfahren durchführen, die dafür verantwortlichen Einkäuferinnen und Einkäufer über die nötigen Kompetenzen verfügen müssen. Deren Vorhandensein kann bei entsprechender Ausbildung oder Erfahrung vermutet werden. Dies betrifft also grössere Gemeinden oder Ämter, oder auch die zentralen Beschaffungsstellen der Kantonsverwaltung, aber nicht kleinere Auftraggeber, die hin und wieder einzelne Beschaffungen durchführen. Der Kompetenzkatalog in Absatz 1 wurde in Zusammenarbeit mit Vertretungen des Gemeindeverbands und des Baumeisterverbands sowie mit Beschaffungsfachleuten der Verwaltung erarbeitet.

Weil die Vorschrift öffentliche und nicht private Interessen schützen will, wird ihre Verletzung in der Regel nicht dazu führen, dass ein Beschaffungsverfahren, das von einer nicht genügend qualifizierten Person durchgeführt wird, allein deswegen auf die Beschwerde von Anbietern hin aufzuheben ist. Es ist der Beschwerdeinstanz aber unbenommen, ein Ausbildungsdefizit beim Entscheid über die Aufhebung eines anderweitig fehlerhaften Beschaffungsverfahrens mit zu berücksichtigen, oder deswegen die Ermessensausübung des Auftraggebers etwa bei der Festlegung und Anwendung von Kriterien weitgehender zu hinterfragen.

5.4 Sprachen

Die IVöB 2019 äussert sich nicht zur Sprache des Verfahrens oder der Angebote, abgesehen davon, dass «ausserhalb des Staatsvertragsbereichs auf die sprachlichen Verhältnisse des Gebiets Rücksicht zu nehmen ist, in welchem der Auftrag zur Ausführung gelangt» (Art. 48 Abs. 5 IVöB 2019). Die Kantone können in diesem Rahmen die sprachlichen Aspekte des Vergabeverfahrens also weiterhin selbst regeln. Die IVöBV übernimmt grundsätzlich die bisherige Regelung.

5.4.1 Artikel 17 – Sprache des Verfahrens

Die Bestimmung entspricht mit redaktionellen Anpassungen der bisherigen Regelung in Artikel 8 ÖBV.

³² www.iaoeb.ch

5.4.2 Artikel 18 – Sprache der Einladung oder Ausschreibung

Die Bestimmung entspricht sinngemäss der bisherigen Regelung in Artikel 9 Absatz 2 ÖBV. Damit wird auch die in Artikel 48 Absatz 4 IVöB 2019 vorgeschriebene allfällige Publikation einer Zusammenfassung in einer Amtssprache der World Trade Organisation (WTO), also Französisch, sichergestellt.

5.5 Artikel 19 – Sprache des Angebots

Absatz 2: In der Praxis werden Beilagen zu Angeboten (wie Produktbeschreibungen oder Dokumentationen) vor allem bei technischen Leistungen oft auf Englisch eingereicht. Wenn ein Unternehmen aus der französisch- oder italienischsprachigen Schweiz ein Angebot einreicht, werden seine Nachweise (Art. 7) zudem meist in dieser Sprache vorliegen. Absatz 2 stellt klar, dass dies zulässig ist.

Absatz 3: Der Auftraggeber kann die Sprache des Angebots anders regeln. Er kann z.B. Angebote in zusätzlichen Sprachen zulassen und damit mehr Wettbewerb schaffen. Bei mangelnden eigenen Sprachkenntnissen kann er Beilagen in anderen Sprachen ausschliessen, wenn dies nicht in diskriminierender Absicht erfolgt.

5.6 Artikel 20 – Aufsicht

Absatz 1: Dies entspricht Artikel 30 Absatz 2 VöB.

Absatz 2: Die Musterbotschaft zu Artikel 62 Absatz 1 IVöB 2019 bemerkt: «Neben der gerichtlichen Überprüfung bei Beschwerdeverfahren sind die Kantone ebenso gehalten, die Umsetzung dieser Vereinbarung durch die Auftraggeber und Anbieter sicherzustellen. Hierzu steht es ihnen frei, eine kantonale Kontrollstelle bzw. Aufsichtsinstanz zu bezeichnen.» Dies wird mit Absatz 2 umgesetzt.

Die Aufsicht im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens umfasst namentlich die Zuständigkeit zum Erteilen von Anweisungen zur Änderung der Beschaffungspraxis, wenn Auftraggeber wiederholt oder schwerwiegend beschaffungsrechtliche Vorschriften missachten – etwa wenn sie ihre Aufträge nicht wie vorgeschrieben öffentlich ausschreiben. Diese Aufsicht ist nötig, weil die Möglichkeit, gegen Vergabeentscheide Beschwerde zu erheben, die Umsetzung des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht immer wirksam gewährleisten kann. Ein Beschwerdeverfahren ist mit einigem Aufwand verbunden, an kurze Fristen geknüpft, und kann nicht zur Ausrichtung von Schadenersatz für entgangene Aufträge führen. Es ist für Anbieter daher oft unattraktiv. Daher hat das Instrument der aufsichtsrechtlichen Anzeige (Art. 101 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989, VRPG; BSG 155.21) auch im öffentlichen Beschaffungsrecht seine Berechtigung.

Die Aufsichtszuständigkeiten gemäss Buchstabe a und b ergeben sich bereits aus der hierarchischen Unterstellung der Behörden, diejenigen gemäss Buchstabe d bis f aus den dort angegebenen Erlassen. Diese Zuständigkeitsbestimmungen sind daher deklaratorisch und werden hier der Übersicht halber aufgeführt. Buchstabe d stellt aber klar, dass die einzelnen Fachdirektionen den Regierungsrat mit Aufsichtsgeschäften aus ihrem Wirkungskreis befassen müssen, so etwa die Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion in Bezug auf Aufträge der Spitäler oder die Bildungs- und Kulturdirektion in Bezug auf Aufträge der Hochschulen. Für die Aufträge der Justizbehörden (Bst. c) kommt wegen der Gewaltenteilung nur die Justizleitung als Aufsichtsbehörde in Frage. Der Grosse Rat muss sich in beschaffungsrechtlichen Belangen selbst beaufsichtigen. Zur Unterstützung der Aufsichtstätigkeit können die Aufsichtsbehörden die Dienste der ZKB in Anspruch nehmen (Art. 19 Bst. o OÖBV).

5.7 Artikel 21 – Vollzug

Die Bestimmung orientiert sich an Artikel 30 Absatz 1 VöB.

5.8 Artikel 22 bis 25 – Übergangs- und Schlussbestimmungen

Die IVöBV tritt grundsätzlich zusammen mit dem IVöBG und dem Beitritt des Kantons zur IVöB 2019 in Kraft. Für die Einrichtung einer Whistleblowermeldestelle, soweit noch erforderlich (Art. 4) erhalten die Auftraggeber aber ein zusätzliches Jahr Zeit.

5.9 Indirekte Änderungen der OÖBV

Artikel 6a (neu): Ein Ziel des neuen öffentlichen Beschaffungsrechts ist die verstärkte Berücksichtigung der ökologischen, sozialen und wirtschaftlichen Nachhaltigkeit.³³ Die IVöB 2019 stellt die Art und Weise der Umsetzung dieses Ziels, namentlich durch die Auswahl und Gewichtung entsprechender Kriterien (Art. 27, 29, 30 IVöB 2019) in das Ermessen der einzelnen Auftraggeber bzw. der ihnen vorgesetzten Exekutivbehörden. Angesichts dieser Regelung des übergeordneten Rechts und mit Rücksicht auf die Gemeindeautonomie kann der Kanton Bern keine weitergehenden Vorschriften über die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien, die alle Auftraggeber im Kanton verpflichten, erlassen. Der Regierungsrat kann aber der ihm unterstellten Kantonsverwaltung entsprechende Weisungen erteilen, was hiermit geschieht; ebenso können dies die anderen Auftraggeber (z.B. die Gemeinden) gegenüber ihren Beschaffungsstellen tun. Als Verwaltungsverordnung ist die Bestimmung, wie der Rest der OÖBV, nicht justiziabel.

Mit Artikel 6a wird den zentralen und dezentralen Beschaffungsstellen der Kantonsverwaltung aufgegeben, der Nachhaltigkeit ihrer Beschaffungen durch geeignete Kriterien Rechnung zu tragen, wenn und soweit das aufgrund der Art der Leistung möglich ist. Damit werden u.a. die Vorgaben von Artikel 31 KV (Umweltschutz) umgesetzt, ebenso wie die Richtlinien der Regierungspolitik 2019-2022, die sich an der Maxime der nachhaltigen Entwicklung orientieren.³⁴ Die Zentrale Koordinationsstelle Beschaffung wird sicherstellen, dass den Beschaffungsstellen Hilfsmittel für die nachhaltige Beschaffung zur Verfügung stehen, etwa über die nationale Wissensplattform nachhaltige öffentliche Beschaffung (WöB).³⁵

Absatz 3 konkretisiert den Grundsatz der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit, indem er bestimmt, dass die Lebenszykluskosten gemäss Artikel 29 Absatz 1 IVöB 2019 («*total cost of ownership*»), soweit sie bestimmbar sind, zu berücksichtigen sind. Nachhaltigkeitskriterien müssen aber auch einen sachlichen Bezug zum konkreten Beschaffungsobjekt haben und dürfen nicht protektionistischen Zwecken dienen.³⁶ Sie dürfen auch den wirksamen Wettbewerb, der nach wie vor im Zentrum des Beschaffungswesens steht, nicht übermässig behindern: «Bei alledem bleibt die Wirtschaftlichkeit einer Beschaffung im Sinn des (...) Kosten-Nutzen-Verhältnisses die oberste Richtschnur. Beschaffungsrecht steht weder im Dienst der Sozial- noch der Umweltpolitik.»³⁷

Artikel 11 Buchstabe a (Aufhebung): Der Inhalt der Zuschlagsverfügung ist neu in Artikel 51 Absatz 3 IVöB 2019 abschliessend geregelt. Auf davon abweichende Vorschriften ist daher zu verzichten.

³³ Vgl. Art. 2 IVöB 2019. Dessen Bst. a nennt nur im deutschen Text zudem als Zweck noch die «volkswirtschaftliche» Nachhaltigkeit von Beschaffungen. Soweit damit die Bevorzugung inländischer bzw. kantonaler Anbieter gemeint ist, kann dieses Ziel aber wegen den Diskriminierungsverboten des übergeordneten Binnenmarkt- und WTO-Rechts nicht erreicht werden (vgl. Hans Rudolf Trüb, in: ders. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Schulthess 2020, Art. 2 N 8, N 13).

³⁴ [Regierungsrichtlinien](#) S. 3.

³⁵ www.woeb.swiss

³⁶ Trüb, op.cit., Art. 2 N 17.

³⁷ Trüb, op.cit., Art. 2 N 18.

Artikel 12 (Aufhebung): Die Bestimmungen über die Aufsicht sind nun umfassender in Artikel 20 IVöBV geregelt und können daher in der OÖBV entfallen.

Artikel 19 Buchstabe n (neu): Bei Bedarf können die Aufsichtsbehörden gemäss Artikel 20 Absatz 2 IVöBV die ZKB beziehen, um ihre Fachmeinung einzuholen oder die Aufsichtsbehörden bei der Vorbereitung von Aufsichtsmaßnahmen zu unterstützen.

Anhang 1: Ziffer 1 wird hinsichtlich der zentral beschafften Postleistungen angepasst, um den Entscheid des Regierungsrates gemäss RRB 104/2018 vom 7. Februar 2018 abzubilden. Danach ist die ZBS Büromaterial und Post seit 1. Januar 2019 auch für die Sonderpostdienstleistungen (Einschreiben, A+, Paket, Gerichts- und Betreuungsurkunde, Zahlungsbefehl, Ausland) zuständig. Zudem werden auch die Couverts der Zentralverwaltung als Gegenstand der zentralen Beschaffung erwähnt.

5.10 Indirekte Änderungen weiterer Verordnungen

Anhang 6 zur GebV: Der Gebührentarif für das Zertifikat gemäss Artikel 7 Absatz 5 IVöBV muss sich auf diese neue Rechtsgrundlage beziehen. Die Gebühr für das Zertifikat wird zudem von 100 auf 150 Franken erhöht. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass bei vielen Zertifikatsbestellungen eine teils aufwändige Korrespondenz und Beratung nötig ist, bis die Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller alle nötigen Nachweise richtig zur Hand haben.

Artikel 9 AGV: Die Bestimmungen über den Abschluss von Leistungsvereinbarungen mit Transportunternehmen nehmen auf die beschaffungsrechtlichen Ausschlussgründe gemäss der ÖBV Bezug. Dieser Verweis muss sich neu auf die IVöB 2019 beziehen, wo diese Gründe nun geregelt sind.

Die Direktion für Inneres und Justiz wird zudem separat Ziffer 7.10 des Anhangs 1 der Direktionsverordnung über die Verwaltung und Archivierung der Unterlagen von öffentlich-rechtlichen Körperschaften nach Gemeindegesetz und deren Anstalten (ArchDV Gemeinden; BSG 170.711) anpassen müssen. Dieser regelt die dreijährige Aufbewahrungsfrist für Beschaffungsakten. Der Verweis in der entsprechenden Norm wird sich neu auf Artikel 49 Absatz 1 IVöB 2019 beziehen müssen.

5.11 Aufhebung der ÖBV

Die ÖBV wird durch die IVöB 2019 und die IVöBV abgelöst und ist daher aufzuheben.

6. Finanzielle Auswirkungen

Vgl. die Ausführungen im Vortrag zum IVöBG.

7. Auswirkungen auf die Gemeinden, auf das Personal, die Organisation und die Volkswirtschaft

Vgl. die Ausführungen im Vortrag zum IVöBG.

Ein gewisser Mehraufwand für die Auftraggeber ergibt sich für autonome kantonale Auftraggeber ggf. aus der Einrichtung einer Whistleblowermeldestelle (Art. 4). Diese Mehraufwände sollten aber mehr als wettgemacht werden durch die Abschreckung und Aufdeckung kostentreibender Beschaffungskartelle und Beschaffungsrechtsverstösse (vgl. zum Spareffekt von Meldestellen oben zu Art. 4).

8. Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

Im Vernehmlassungsverfahren wurde die IVöBV grundsätzlich von allen Teilnehmenden begrüsst. Zu den vorgebrachten Anliegen gehörten die folgenden:

- Die Wirtschaftsverbände kritisierten die Ausbildungsanforderungen in Artikel 16 als zu aufwändig. Die Verordnung nimmt nun statt auf bestimmte Ausbildungsabschlüsse primär auf die nötigen Kompetenzen Bezug.
- Sie kritisierten auch die Konventionalstrafe für Vergabekartelle (Art. 5) und die Gebührenerhöhung für das Zertifikat (via GebV). In diesen Punkten blieb die Vorlage unverändert.
- Verschiedene Teilnehmende forderten Bestimmungen über Lohngleichheitsnachweise und Lohngleichheitskontrollen. Erstere wurden in Anhang 1 Ziff. 6 aufgenommen, letztere werden gemäss dem Beschluss des Grossen Rates zu Artikel 5 Absatz 3 IVöBG in einer späteren Änderung der IVöBV einzufügen sein.
- Auch eine stärkere Berücksichtigung der Nachhaltigkeit wurde von verschiedenen Teilnehmenden verlangt. Diesbezüglich wurde der Antrag der Finanzkommission des Grossen Rates umgesetzt, wonach die Kantonsverwaltung die Nachhaltigkeit «berücksichtigen» statt «beachten» soll.
- Der Antrag des Gewerkschaftsbundes zu Artikel 11 (Subunternehmer), den auch die Grünen aufgriffen, wurde in der Begleitgruppe zum neuen Beschaffungsrecht zurückgezogen, da er auf einem Missverständnis beruhte.
- Der Conseil des affaires francophones de l'arrondissement de Biel/Bienne (CAF) verlangte, dass im Verwaltungskreis Biel/Bienne Beschaffungsverfahren durchgehend zweisprachig abgewickelt werden sollen. Dies wurde nicht umgesetzt, da es unverhältnismässig aufwändig wäre.
- Die EVP schlug eine Obergrenze für freihändige Vergaben vor. Dies ist nicht umsetzbar, da überschwellige freihändige Vergaben nur in den von der IVöB vorgesehenen Fällen zulässig und dann meist auch faktisch zwingend sind.

Für eine nähere Auseinandersetzung mit den Anliegen aus dem Vernehmlassungsverfahren wird auf die Vernehmlassungsauswertung der Finanzdirektion verwiesen.³⁸

9. Antrag

Die Finanzdirektion beantragt, die vorliegende Verordnung zu erlassen.

³⁸ Veröffentlicht in: www.be.ch/beschaffungen > Neues öffentliches Beschaffungsrecht