

**Gemeinsamer Antrag des Regierungsrates
und der Kommission**



**Gesetz
über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)**

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion

**Vortrag
des Regierungsrates an den Grossen Rat
betreffend das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
(ÖBG)**

I. Allgemeines

1. Änderung des Titels

Da das bisherige Gesetz vom 27. November 1997 über den Beitritt des Kantons Bern zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen aufgehoben wird und der vorliegende Gesetzesentwurf fast ausschliesslich nur beschaffungsrechtliche Vorschriften enthält, ist es gerechtfertigt, den Titel in «Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen» abzuändern.

2. Beitritt zur revidierten IVöB

Am 15. März 2001 hat die Schweizerische Konferenz der Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorinnen und -direktoren (BPUK) die Revision der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) beschlossen. Zentrale Ursache für die Revision ist das bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (EU) über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (nachstehend: bilaterales Abkommen Schweiz-EU). Dieses sektorielle Abkommen wurde in der Volksabstimmung vom 21. Mai 2000 angenommen. Es tritt voraussichtlich im Verlauf des nächsten Jahres in Kraft.

Die Revision der IVöB hat einerseits zur Folge, dass die Gemeinden nun vollständig unter das kantonale Beschaffungsrecht fallen. Ausserdem wird der Geltungsbereich auf gewisse konzessionierte privatrechtliche Unternehmen ausgedehnt. Dem kantonalen Recht neu unterstellt werden zudem die vom Kanton oder den Gemeinden mehrheitlich beherrschten Unternehmen im Bereich der Abwasser- und Abfallentsorgung sowie diejenigen privaten Vergabestellen, die mit mehr als 50% von der öffentlichen Hand (Bund, Kanton, Gemeinden) subventioniert werden (vgl. nachstehende Ausführungen zu Art. 2).

Die IVöB-Revision beinhaltet ausserdem die Verankerung des bereits in allen Kantonen des Espace Mittelland angewendeten Einladungsverfahrens (vgl. nachstehende Ausführungen zu Art. 3 und 4). Es handelt sich dabei um eine Form des freihändigen Verfahrens, wonach eine Mindestzahl von Anbietenden direkt zur Angebotsabgabe eingeladen wird. Die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens sind bedeutend tiefer als beim offenen und selektiven Verfahren.

3. Anpassung des Rechtsschutzes

Nach dem Inkrafttreten des Beitrittsgesetzes am 1. Juli 1998 hat sich gezeigt, dass die Anwendung der neuen Bestimmungen im Bereich des Rechtsschutzes aus

Sicht der Gemeinden zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. Das heute geltende Beitrittsgesetz sieht in Artikel 4 Absatz 1 vor, dass gegen Vergabeentscheide der Gemeinden innert 10 Tagen Einsprache erhoben werden kann, sofern die massgebenden Schwellenwerte der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) erreicht werden. Diese betragen zurzeit Fr. 9575000.– für Bauwerke, Fr. 383000.– für Lieferungen und Dienstleistungen sowie Fr. 766000.– für Lieferungen und Dienstleistungen der Sektoren. Die Einspracheentscheide können danach innert zehn Tagen mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden, wobei der Beschwerde in der Regel keine aufschiebende Wirkung zukommt. Dagegen gelten für kommunale Vergaben, bei denen die Schwellenwerte der IVöB nicht erreicht werden, grundsätzlich weiterhin die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG, BSG 155.21). Dies hat zur Folge, dass für Beschwerden gegen diese Vergabeentscheide der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung (Art. 68 Abs. 1 VRPG) und eine Rechtsmittelfrist von 30 Tagen (Art. 67 Abs. 1 VRPG) gilt. Die Verfahren für kleinere Vergaben der Gemeinden, die nicht dem kantonalen Submissionsrecht unterstehen, dauern somit tendenziell länger als die Verfahren für grössere Vergaben. Eine solche Lösung ist nicht sachgerecht.

Hinzu kommt die strittige Frage, bei welcher Instanz kommunale Vergabeentscheide, die nicht unter das kantonale Recht fallen, anzufechten sind. Das Verwaltungsgericht hat in einem neueren Entscheid (vgl. BVR 2000 S. 569f.) festgehalten, das geltende Beitrittsgesetz verstosse mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung nur insofern gegen Bundesrecht, als es für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte dem in Artikel 9 Absatz 2 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02) verankerten Anspruch auf «wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz» nicht Rechnung trage. Das geltende Rechtsmittelsystem sei insofern unbefriedigend, als bei solchen «unterschwelligem» Streitigkeiten die ordentlichen Regeln des VRPG gelten würden (30-tägige Beschwerdefrist, aufschiebende Wirkung), während bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte die auf das Beschaffungsrecht zugeschnittenen Besonderheiten zum Tragen kämen (10-tägige Frist, keine aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen).

Mit der vorliegenden Gesetzesrevision werden die erwähnten Probleme im Bereich des Rechtsschutzes beseitigt (vgl. nachstehende Ausführungen zu Art. 10–13). Einerseits sollen in Bezug auf die Rechtsmittelfrist und die aufschiebende Wirkung für sämtliche kommunalen Vergabeentscheide künftig die gleichen Regeln gelten wie bei Vergaben, die unter das kantonale Submissionsrecht fallen. Andererseits wird sichergestellt, dass alle Vergabeentscheide der Gemeinden in zweiter Instanz bei einer verwaltungsunabhängigen Justizbehörde, dem Verwaltungsgericht, angefochten werden können. Der Regierungsrat hält allerdings an der heute geltenden Regelung fest, wonach die Anfechtbarkeit nur dann gegeben ist, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder die tieferen kommunalen Schwellenwerte, falls solche von den Gemeinden festgelegt worden sind, erreicht werden. Da das BGBM jede Beschränkung des freien Zugangs zum Markt als anfechtbare Verfügung bezeichnet (Art. 9 Abs. 1 BGBM), sehen die meisten Kantone die Anfechtbarkeit unbesehen der Schwellenwerte, d. h. «ab 1 Franken», vor. Dies ist aber nicht zweckmässig, da ein Rechtsmittelverfahren nur bei denjenigen Auftragsvergaben praktikabel und justiziabel ist, bei denen vorgängig

ein formelles Beschaffungsverfahren (Ausschreibung, Prüfung der Eignungs- und Zuschlagskriterien, formeller Zuschlag usw.) durchgeführt wurde. Im Übrigen vertritt der Kanton Bern die Auffassung, dass das BGBM als Rahmenerlass zu betrachten ist, dessen Grundsätze in der kantonalen Gesetzgebung – insbesondere auch im Bereich des Rechtsschutzes des öffentlichen Beschaffungswesens – ausgeführt und präzisiert werden können und dürfen. Die Beschränkung des Rechtsschutzes auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ist somit zulässig.

II. Zu den einzelnen Bestimmungen

Artikel 1

Diese Bestimmung setzt den Beitritt des Kantons Bern zur revidierten IVöB um. In Abs. 1 wird auf Anhang I verwiesen, der die bereinigte Fassung der IVöB enthält. Anhang II enthält die abgeänderten Vorschriften der IVöB (Abs. 2). Auf die wichtigsten Änderungen der IVöB-Revision wird bereits oben in der Einleitung hingewiesen. Einzelheiten der IVöB-Revision sind der Musterbotschaft der BPUK vom Juni 2001 zu entnehmen.

Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b

Das bilaterale Abkommen Schweiz–EU verpflichtet die Schweiz dazu, die «Behörden und öffentlichen Stellen auf Bezirks- und Gemeindeebene» in die Liste der Auftraggeberinnen und Auftraggeber nach Anhang I des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA], SR 0.632.231.422) aufzunehmen. Das GPA gilt in der Schweiz somit auch für kommunale Aufträge. Statt der hohen GPA-Schwellenwerte gelten aber auch für die Gemeinden die Schwellenwerte des Beschaffungsgesetzes, die sich an die Schwellenwerte der IVöB anlehnen, oder die tieferen kommunalen Schwellenwerte (Artikel 5).

Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c

Das geltende Beschaffungsrecht des Kantons Bern unterstellt nur diejenigen Sektoren der Submissionsgesetzgebung, die vom Kanton oder den Gemeinden mehrheitlich beherrscht werden (Art. 2 Abs. 1 Bst. c BeitrittsG).

Das bilaterale Abkommen Schweiz–EU sieht demgegenüber eine Ausweitung des Geltungsbereichs vor. Dem Submissionsrecht unterstellt sind demzufolge auch diejenigen privaten Vergabestellen, die im Rahmen einer öffentlichen Dienstleistung Aufträge vergeben. Eine Mehrheitsbeherrschung durch die öffentliche Hand ist dabei nicht erforderlich. Betroffen sind sämtliche Behörden sowie öffentliche und private Unternehmen, die in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationsbereich tätig sind und vom Kanton oder den Gemeinden mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten (insbesondere Konzessionen) ausgestattet sind. Der Geltungsbereich wird allerdings auf folgende Bereiche beschränkt:

- Bereitstellung oder Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Produktion, dem Transport oder der Verteilung von

Trinkwasser oder Strom bzw. die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser oder Strom,

- Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr mit Flughäfen bzw. im See- oder Binnenschiffsverkehr mit Häfen oder sonstigen Verkehrseinrichtungen,
- Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des städtischen Verkehrs per Schiene, automatische Systeme, Strassenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabel.

Die Revision der IVöB geht noch einen Schritt weiter und legt fest, dass sämtliche Behörden sowie öffentliche und private Unternehmen, die in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationsbereich tätig sind und vom Kanton oder den Gemeinden mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten (insbesondere Konzessionen) ausgestattet sind, der IVöB unterstehen. Unterstellt sind aber nicht nur konzessionierte öffentlich- oder privatrechtliche Organisationen, sondern auch solche, denen eine öffentliche Aufgabe übertragen wurde (z. B. Übertragung der Wasserversorgung durch die Gemeinden nach Art. 6 Abs. 2 des Wasserversorgungsgesetzes vom 11. November 1996; WVG, BSG 752.32).

Dem Gesetz neu unterstellt werden im Übrigen auch die im Bereich der Abwasser- und Abfallentsorgung tätigen Unternehmen. Mit der Unterstellung des Abwasser- und Abfallentsorgungsbereichs geht die gesetzliche Regelung weiter, als das GATT/WTO-Übereinkommen bzw. die IVöB verlangen. Es sind jedoch keine sachlichen Gründe ersichtlich, weshalb die Unternehmen der Wasserversorgung und Verkehrsinfrastruktur den gesetzlichen Submissionsbestimmungen unterliegen sollten, diejenigen der Abwasser- und Abfallentsorgung dagegen nicht.

Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d

Die Unterstellung der von der öffentlichen Hand subventionierten Auftragsvergaben war bislang bloss in der bisherigen Submissionsverordnung vom 29. April 1998 (SubV; BSG 731.21), nicht dagegen auf Gesetzesstufe enthalten. Der geltende Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe d der bisherigen SubV stützt sich dabei auf Artikel 12 des Staatsbeitragsgesetzes vom 16. September 1992 (StBG, BSG 641.1). Danach kann die Staatsbeitragsempfängerin oder der Staatsbeitragsempfänger den kantonalen Submissionsvorschriften unterstellt werden, wenn Investitionsbeiträge zugesprochen werden (Art. 12 Abs. 1 StBG). Handelt es sich um namhafte Staatsbeiträge, mit denen mehr als 50 Prozent der anrechenbaren Kosten eines Projekts finanziert werden, so ist die Unterstellung unter die Submissionsvorschriften obligatorisch (Art. 12 Abs. 2 StBG). Das Verwaltungsgericht hat in einem neuen Urteil festgehalten, dass die generelle Unterstellung der subventionierten Aufträge auf dem Verordnungsweg durch Artikel 12 Absatz 1 StBG nur insoweit abgedeckt sei, als der Regierungsrat befugt sei, über den fraglichen Kantonsbeitrag zu beschliessen. Liege dieser über 1 000 000 Franken und falle die Ausgabe somit in die Finanzkompetenz des Grosse Rates, so könne dieser wohl nicht daran gehindert werden, anders zu entscheiden und von einer Unterstellung unter die Submissionsvorschriften abzusehen. Mit der ergänzenden neuen Bestimmung in Artikel 2 Ab-

satz 1 Buchstabe d werden diese Abgrenzungsfragen nun geklärt und die subventionierten Aufträge dem kantonalen Submissionsrecht unterstellt. Allerdings ist diese Unterstellung nur dann gegeben, wenn die Subvention durch die öffentliche Hand mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten beträgt. Dies entspricht inhaltlich Artikel 8 Absatz 2 IVöB. Währenddem sich Artikel 12 StBG allein auf Beiträge des Kantons beschränkt, schliesst Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d des Entwurfs Subventionen von Bund, Kanton oder Gemeinden ein. Es ist aus Gründen der Gesetzessystematik und Rechtssicherheit daher sachgerecht, Artikel 12 StBG zu streichen.

Artikel 2 Absatz 2

Diese Vorschrift stellt klar, dass den in Artikel 2 Absatz 1 aufgeführten Vergabestellen nur im Rahmen des Gesetzes, d. h. im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, Verfügungsbefugnis zukommen soll.

Artikel 2 Absatz 3

Dieser Absatz verdeutlicht, dass im Rahmen eines Auftrags nur ein Vergabeverfahren durchzuführen ist. Fiktives Beispiel: Der Bund vergibt im Rahmen eines öffentlichen Beschaffungsverfahrens einen Auftrag im Bereich der Abfallverwertung an den Kanton Bern, der den Auftrag an eine private Abfallverwertungs-AG weitervergeben will. Für diese Weitervergabe muss der Kanton kein erneutes Verfahren (Ausschreibung usw.) durchführen.

Artikel 3 und 4

Die Gesetzessystematik wird insoweit geändert, als in Bezug auf die Schwellenwerte zwischen dem offenen bzw. selektiven Verfahren, dem Einladungsverfahren und dem freihändigen Verfahren unterschieden wird. Der Vorstand der Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz (BPUK) hat am 15. März 2001 die IVöB-Revision verabschiedet, welche ein Einladungsverfahren ausdrücklich vorseht.

Die Revision sieht für die einzelnen Verfahren im kantonalen bzw. kommunalen Bereich folgende Schwellenwerte in Franken vor:

Verfahrensarten	Lieferungen	Dienstleistungen	Baunebengewerbe	Bauhauptgewerbe
freihändiges Verfahren	unter 100 000	unter 150 000	unter 150 000	unter 300 000
Einladungsverfahren	unter 250 000	unter 250 000	unter 250 000	unter 500 000
offenes/selektives Verfahren	ab 250 000	ab 250 000	ab 250 000	ab 500 000

Die Schwellenwerte der IVöB-Revision werden unverändert in das Beitrittsgesetz übernommen. Was das offene und selektive Verfahren anbetrifft, so wird neu zwi-

schen Bauaufträgen des Bauneben- und Bauhauptgewerbes unterschieden. Das Einladungsverfahren ist im Submissionsrecht des Kantons Bern faktisch bereits heute enthalten, und zwar als Form des freihändigen Verfahrens: Artikel 9 Absatz 2 der bisherigen SubV bestimmt nämlich, dass beim freihändigen Verfahren in der Regel Konkurrenzofferten einzuholen sind, und zwar unabhängig von der Höhe des Auftragswertes. Die Gesetzesänderung sieht demgegenüber vor, dass nur noch Aufträge oberhalb der in Artikel 4 aufgeführten Schwellenwerte im Einladungsverfahren vergeben werden müssen. Der administrative Aufwand wird für die Auftraggeberinnen und Auftraggeber somit reduziert.

Artikel 4 Absatz 2 und 3

Die revidierte IVöB sieht vor, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber im Rahmen des Einladungsverfahrens «wenn möglich mindestens drei Angebote einholen» muss. Dementsprechend sah der Gesetzesentwurf des Vernehmlassungsverfahrens vor, dass mindestens drei Anbieterinnen bzw. Anbieter zu einer Offerte eingeladen werden müssen. Im Vernehmlassungsverfahren wurde von verschiedener Seite darauf hingewiesen, in Zeiten guter Auslastung der Anbietenden komme es regelmässig vor, dass eingeladene Anbietende keine Offerte einreichen. Dies führe dazu, dass der gewünschte minimale Wettbewerb nicht mehr gewährleistet sei. Mit der Bestimmung in Artikel 4 Absatz 2, dass mindestens drei Offerten eingeholt werden müssen, soll dieser Gefahr entgegengewirkt werden. In der Praxis sind allerdings Fälle nicht auszuschliessen, bei denen es schwierig ist, überhaupt drei gültige Offerten zu erhalten. Diese Fälle fallen heute zum Teil bereits unter den Ausnahmekatalog von Artikel 12 Absatz 2 SubV, wonach ein Auftrag freihändig vergeben werden kann, wenn «technische oder künstlerische Besonderheiten» den Wettbewerb ohnehin ausschliessen. Für den Fall, dass sich die Bestimmung von Artikel 4 Absatz 2 in der Praxis als zu streng erweisen sollte, soll der Regierungsrat auch in weiteren Fällen auf dem Verordnungsweg bestimmen können, wann vom Erfordernis, drei Offerten einzuholen, abgewichen werden kann (Art. 4 Abs. 3). Mit dieser Delegationsnorm wird eine mittelfristige Anpassung an die jeweilige Marktsituation gewährleistet.

Artikel 5

Diese Vorschrift weist ausdrücklich darauf hin, dass die Gemeinden für Beschaffungen, die unterhalb der kantonalen Schwellenwerte liegen, tiefere kommunale Schwellenwerte vorsehen können. Der Umfang der Beschaffungen der meisten Gemeinden erreicht die vorgesehenen kantonalen Schwellenwerte nicht; ein wirksamer Wettbewerb auf kommunaler Ebene wird dadurch eingeschränkt. Nach Inkrafttreten des neuen Beschaffungsrechts vor rund drei Jahren haben zahlreiche Gemeinden versucht, ihre Submissionsvorschriften den Vorgaben des BGBM entsprechend anzupassen. Die Gemeinden des Vereins Region Bern (VRB) beispielsweise sehen in ihren Reglementen bzw. Verordnungen bedeutend tiefere Schwellenwerte als der Kanton vor (offenes/selektives Verfahren ab Fr. 100 000.-). Diese Schwellenwerte können als Richtschnur für die Umsetzung des BGBM auf Ge-

meindeebene dienen; sie können nach dem heutigen Stand als «BGBM-konform» bezeichnet werden.

Artikel 6

Artikel XV des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen nennt verschiedene Fälle, bei welchen ein Auftrag unabhängig von dessen Wert freihändig vergeben werden kann. Dieser Ausnahmekatalog ist heute bereits in Artikel 12 Absatz 2 der bisherigen SubV enthalten. Im Sinne einer wirksamen Kontrolle dieser freihändigen Vergaben ist der Entscheid der Vergabestelle, ein freihändiges Verfahren gemäss der erwähnten GATT/WTO-Vorschrift durchführen zu wollen, vor dem Zuschlag im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen (Abs.2). Gegen diesen Entscheid steht dann der Rechtsschutz nach Artikel 10 ff. offen. Voraussetzung für die Publikation ist allerdings, dass die in Artikel 3 aufgeführten Schwellenwerte des offenen bzw. selektiven Verfahrens erreicht werden, d.h. es muss sich um Vergaben handeln, die normalerweise ausschreibungspflichtig wären. Absatz 3 enthält diejenigen Fälle, in denen auf eine Veröffentlichung gänzlich verzichtet werden kann. Es handelt sich um zwei Situationen, bei welchen ein möglichst rascher Vergabeentscheid unabdingbar ist.

Artikel 7

Diese Bestimmung verdeutlicht den allgemeinen Grundsatz des BGBM, wonach bei sämtlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BGBM zu beachten sind. Dies bedeutet insbesondere, dass ortsfremde Anbietende gegenüber ortsansässigen nicht diskriminiert werden dürfen und der freie Zugang zum Markt grundsätzlich gewährleistet werden muss. Das Gebot, möglichst wirtschaftlich zu vergeben, ist nicht neu und bereits in der bisherigen SubV enthalten (Art.9 Abs.2).

Artikel 8

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich der geltenden Regelung in Artikel 5 BeitrittsG. Artikel 19 Absatz 2 IVöB verpflichtet die Kantone, für den Fall der Verletzung der Vergabebestimmungen Sanktionen vorzusehen. Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber kann die erteilte Zuschlagsverfügung widerrufen. Die in Absatz 1 aufgeführten Fälle entsprechen inhaltlich weitgehend den Ausschlussgründen in Artikel 33 der bisherigen SubV. Der Widerruf der Zuschlagsverfügung ist nicht davon abhängig, ob der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin oder dem Zuschlagsempfänger bereits abgeschlossen worden ist oder nicht. In besonders schwerwiegenden Fällen kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber zusätzlich den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin oder des Zuschlagsempfängers von künftigen Vergabeverfahren für eine Dauer von bis zu 5 Jahren anordnen (Abs.2).

Artikel 9

Auch diese Vorschrift ist inhaltlich gleich geblieben und entspricht dem heute geltenden Artikel 6 BeitrittsG. Die in Artikel 2 Absatz 2 aufgeführten Auftraggeberin-

nen und Auftraggeber haften für einen Schaden, den sie durch eine rechtswidrige Verfügung verursacht haben (Abs.1). Widerrechtlich ist eine Handlung dann, wenn die Auftraggeberin oder der Auftraggeber Vergabebestimmungen verletzt hat. Voraussetzung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ist die Feststellung der Widerrechtlichkeit durch die Beschwerdeinstanzen (Art. 18 IVöB). Die Rechtmässigkeit einer formell rechtskräftigen Verfügung kann nicht mehr in einem Schadenersatzverfahren überprüft werden. Ist demzufolge kein Rechtsmittelverfahren anhängig gemacht worden, kann auch kein Schadenersatz mehr geltend gemacht werden. Schadenersatz kann verlangen, wer durch eine widerrechtliche Verfügung einen Schaden erlitten hat. Zwischen dem Schaden und der widerrechtlichen Verfügung muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Die Haftung ist indessen auf diejenigen Aufwendungen beschränkt, die der Anbieterin oder dem Anbieter im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (Abs.2). Der vorliegende Gesetzesentwurf folgt hiermit der bundesrechtlichen Regelung in Artikel 34 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1). Entgangener Gewinn wird somit nicht entschädigt. Hingegen gelten die übrigen allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechts (Obligationenrecht), wie z.B. die Schadenminderungspflicht. Im Übrigen gilt das Gesetz über das öffentliche Dienstrecht, insbesondere für den Regress auf Verantwortliche und für widerrechtliche Handlungen, die nicht im Erlass einer fehlerhaften Verfügung bestehen (Abs.3).

Artikel 10 bis 13

Die Bestimmungen über die Rechtspflege präsentieren sich systematisch und inhaltlich in neuer Form:

- **Artikel 10** nennt die anfechtbaren Verfügungen. Neu sind auch die Ausschreibung des Auftrags und der Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren (Art.8 Abs.2) anfechtbar. Es wird zwischen Verfügungen unterschieden, die voraussetzungslos (Abs.1) und solchen, die nur bei Erreichen des Schwellenwertes anfechtbar sind (Abs.2). Die Gemeinden sind frei, eigene Schwellenwerte zu bestimmen (Art.5). Machen sie von dieser Autonomie Gebrauch, so profitieren auch Beschaffungen oberhalb der Schwellenwerte des Gemeinderechts vom speziellen Rechtsschutz gemäss diesem Gesetz.
- **Artikel 11** sieht in Bezug auf kantonale Vergaben neu ein zweistufiges Rechtsmittelverfahren vor: Verfügungen kantonaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber werden in erster Instanz von der zuständigen Direktion des Regierungsrates beurteilt. Deren Beschwerdeentscheide sind beim Verwaltungsgericht anfechtbar. Das bisherige Einspracheverfahren bei der Beschaffungsstelle fällt weg. Verfügt eine Direktion in erster Instanz, so ist direkt Beschwerde beim Verwaltungsgericht zu erheben (einstufiges Beschwerdeverfahren). Abs.3 stellt zudem klar, dass Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens – also im Bereich des freihändigen Verfahrens – nicht mit Verwaltungsbeschwerde anfechtbar sind. Die Gründe für diesen beschränkten

Rechtsschutz wurden bereits vorne in Ziff. 2 der allgemeinen Bemerkungen erwähnt. Dem Ausschluss der Verwaltungsbeschwerde durch das ÖBG als neues Spezialgesetz steht Art. 60 Abs. 1 VRPG nicht entgegen.

- Auch für kommunale Vergaben sieht **Artikel 12** ein zweistufiges Beschwerdeverfahren vor: Verfügungen kommunaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber werden in erster Instanz vom zuständigen Regierungsrat beurteilt. Dessen Beschwerdeentscheide sind ebenfalls beim Verwaltungsgericht anfechtbar. In Bezug auf die Anfechtbarkeit der Verfügungen gelten die gleichen Voraussetzungen wie bei den kantonalen Vergaben. Für den Fall, dass eine Gemeinde in ihren eigenen Submissionsvorschriften tiefere Schwellenwerte vorsieht, sind diese massgebend. Gegen Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder allfälliger tieferer kommunaler Schwellenwerte steht wie bei den kantonalen Vergaben kein Rechtsmittel, d. h. weder Verwaltungs- noch Gemeindebeschwerde, zur Verfügung (Abs. 3).
- **Artikel 13** enthält die massgeblichen Verfahrensvorschriften, die für alle Auftraggeberinnen und Auftraggeber anwendbar sind. Inhaltlich entsprechen diese Bestimmungen weitgehend dem bisherigen Recht.

III. Auswirkungen auf die Gemeinden

Bis heute verhält es sich so, dass die Gemeinden und Gemeindeverbände dem kantonalen Vergaberecht nur dann unterstellt sind, wenn der jeweilige Wert des zu vergebenden Auftrags die verhältnismässig hohen Schwellenwerte des GPA bzw. der IVöB erreicht. Die Gesetzesrevision sieht demgegenüber vor, dass für Vergaben der Gemeinden und Gemeindeverbände generell die in Artikel 3 aufgeführten tieferen Schwellenwerte zur Anwendung kommen, was sich dementsprechend auf das Vergabeverfahren auswirkt. Im Endeffekt sind die Auswirkungen der Revision auf die Gemeinden jedoch gering, da die in Artikel 3 aufgeführten Schwellenwerte für die meisten Gemeinden – zumindest für das offene und selektive Verfahren – weiterhin als hoch bezeichnet werden müssen. Hinzu kommt, dass zahlreiche Gemeinden ihre eigenen Submissionsvorschriften dem übergeordneten Recht (insbesondere dem BGBM) angepasst haben und ihre Aufträge bereits heute ab deutlich tieferen Schwellenwerten als denjenigen des vorliegenden Entwurfs ausschreiben. Positiv wirkt sich die Gesetzesrevision für die Gemeinden insbesondere im Bereich des Rechtsschutzes aus (verkürzte Beschwerdefrist, keine aufschiebende Wirkung als Regelfall, Ausschluss der Gemeindebeschwerde unterhalb der massgebenden Schwellenwerte).

IV. Finanzielle und personelle Auswirkungen

Der Revisionsentwurf sieht neu vor, dass Verfügungen kantonalen Auftraggeberinnen und Auftraggeber in erster Instanz bei der in der Sache zuständigen Direktion des Regierungsrates mit Beschwerde angefochten werden können. Das bisherige Einspracheverfahren bei der Vergabebehörde fällt weg. Dasselbe gilt für Verfügungen kommunaler Auftraggeberinnen und Auftraggeber; deren Vergaben können

zunächst bei der Regierungsrathalterin bzw. beim Regierungsrathalter mit Beschwerde angefochten werden. Die Einführung des zweistufigen Beschwerdeverfahrens wird auf kantonalen Ebene in der gesamten Verwaltung einen personellen Mehraufwand zur Folge haben. Im Rechtsamt der BVE wird dieser zurzeit mit 0,5 Stellen veranschlagt.

V. Auswirkungen auf die Wirtschaft

Es wurde bereits im Vortrag zum Beitrittsgesetz vom 8. Februar 1996 darauf hingewiesen, dass eine möglichst liberale Regelung der öffentlichen Vergabe mit erheblichen wirtschaftlichen Vorteilen verbunden ist. Dieses Ziel verfolgt auch die vorgesehene Änderung des Beitrittsgesetzes. Die Änderung bewirkt, dass sämtliche Verfahrensabläufe im Bereich des Vergabewesens sowohl auf kantonalen wie auch auf kommunaler Stufe optimiert werden. Die formelle Einführung eines Einladungsverfahrens, das zweistufige Beschwerdeverfahren und die Anpassung des Rechtsmittelverfahrens bei Vergaben der Gemeinden an das kantonale Recht erhöht nicht nur die Rechtssicherheit, sondern ist auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten positiv zu werten, da Transparenz und Berechenbarkeit der Verfahren erhöht und damit ein Beitrag zu stabilen Rahmenbedingungen erbracht wird.

VI. Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

1. Allgemeines

Die geplante Gesetzesrevision wurde von allen Vernehmlassungsadressaten, mit Ausnahme der Stadt Biel, im Grundsatz positiv aufgenommen. Speziell begrüsst wird die Anpassung des kommunalen Rechtsschutzes an das kantonale Recht, die Einführung eines zweistufigen Beschwerdeverfahrens im Sinne des Verwaltungsrechtspflegegesetzes sowie die gesetzliche Stipulierung des Einladungsverfahrens.

2. Schwellenwerte

a) Die Schwellenwerte der Vergabeverfahren werden von einzelnen Vernehmlassungsadressaten als zu tief, von anderen Adressaten als zu hoch eingestuft. Allgemein befürwortet werden einheitliche Schwellenwerte für Kanton und Gemeinden. Zahlreiche Adressaten beantragen, es seien grundsätzlich die Schwellenwerte der IVöB-Revision zu übernehmen.

Es wurde bereits vorne ausgeführt, dass die Schwellenwerte der IVöB-Revision unverändert in das Beitrittsgesetz übernommen werden (vgl. Ausführungen zu Art. 3 und 4).

b) Dem Gesetzesentwurf lag eine Variante bei, welche tiefere Schwellenwerte für kommunale Aufträge vorsieht. Damit sollte einer Forderung des Vereins Region Bern (VRB) entsprochen werden. Die Variante wird von 7 Vernehmlassungsadressaten begrüsst und von 21 Adressaten verworfen. Unter den Befürwortern der Variante befinden sich vor allem die Gemeinden des VRB.

Zu den Gegnern der Variante gehören u. a. Gemeinden wie Thun, Biel, Steffisburg, Langenthal, Münsingen und Burgdorf. Auch der Verband Bernischer Gemeinden lehnt die Variante klar ab. Die Gegner vertreten die Auffassung, dass sowohl bei Beschaffungen des Kantons und der Gemeinden grundsätzlich die gleichen, aber tiefere Schwellenwerte gelten sollten. Mit tieferen Schwellenwerten würden die protektionistischen Vergaben der Gemeinden in Schach gehalten.

Angesichts des überwiegenden Widerstands ist von einer Variante mit tieferen Schwellenwerten für die Gemeinden im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens abzusehen. Der Verzicht auf die Variante bedeutet, dass die Gemeinden in Bezug auf die Festsetzung tieferer kommunaler Schwellenwerte autonom sind. Macht eine Gemeinde von dieser Autonomie Gebrauch und bestimmt die Schwellenwerte tiefer, so profitieren Beschaffungen oberhalb dieser kommunalen Schwellenwerte vom speziellen Rechtsschutz gemäss diesem Gesetz.

3. Unterstellung der Abwasser- und Abfallentsorgung

Mehrere Vernehmlassungsadressaten verlangen, nur zu regeln, was vom übergeordneten Recht (GATT/WTO-Übereinkommen, bilaterales Abkommen Schweiz-EU, IVöB) zwingend verlangt wird. In diesem Zusammenhang wird der Vorschlag beanstandet, die Abwasser- und Abfallentsorgung dem bernischen Submissionsrecht zu unterstellen.

Der Bereich der Abwasser- und Abfallentsorgung ist im Geltungsbereich des bernischen Submissionsrechts zu belassen. Es gibt keine sachlichen Gründe dafür, Unternehmen in diesem Bereich anders zu behandeln als etwa solche im Bereich der Wasserversorgung.

4. Beschwerdefristen, aufschiebende Wirkung

Wirtschaftsnahe Adressaten vertreten die Auffassung, die Beschwerdefrist von 10 Tagen sei aus Sicht der Unternehmen zu kurz. Eine denkbare Kompromisslösung sei eine Beschwerdefrist von 15 bzw. 20 Tagen. Auch der Entzug der aufschiebenden Wirkung sei von der Unternehmerseite her weniger erwünscht.

Die erwähnten Regelungen des Rechtsschutzes haben zum Ziel, zeitliche Verzögerungen bei der Vergabe zu verhindern. Sie entsprechen den Bestimmungen der IVöB und dem öffentlichen Interesse an der zügigen Realisierung öffentlicher Aufträge.

5. Mindestzahl von Offerten im Einladungsverfahren

Von verschiedener Seite wird beantragt, Satz 2 von Artikel 4 Absatz 2 sei dahingehend abzuändern, als im Einladungsverfahren mindestens drei Offerten eingeholt werden müssen. In Zeiten guter Auslastung der Anbietenden komme es regelmässig vor, dass eingeladene Anbietende keine Offerte einreichen würden. Der Antrag ist berechtigt und wird berücksichtigt.

6. Definition der Wirtschaftlichkeit

Ein Vernehmlassungsadressat empfiehlt, den Begriff der Wirtschaftlichkeit in Artikel 7 gesetzlich zu definieren.

Das geltende Recht enthält in Artikel 40 SubV eine ausreichende Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebotes. Artikel 7 der Vorlage erinnert lediglich daran, bei sämtlichen Vergabeverfahren, also auch denjenigen unterhalb der Schwellenwerte, möglichst wirtschaftlich zu vergeben.

Bern, 5. Dezember 2001

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident: *Luginbühl*

Der Staatsschreiber: *Nuspliger*