

Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement Graubünden
Stadtgartenweg 11

7000 Chur

Chur, 27. August 2003

Revision Submissionserlasse – Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrter Herr Regierungspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme der Revision der Submissionserlasse im Kanton Graubünden. Die folgende Stellungnahme erfolgt unter Federführung der Dachverbände in Zusammenarbeit mit den folgenden von Ihnen angeschriebenen Sektionen des Bündner Gewerbeverbandes:

- Graubündnerischer Baumeisterverband (GBV)
- Verband Schweizerischer Schreinermeister und Möbelfabrikanten des Kantons Graubünden (VSSM)
- Holzbau Schweiz, Sektion Graubünden
- Bündner Forstunternehmerverband
- Bündner Verband Dach und Wand
- Schweizerischer Autogewerbeverband Sektion Graubünden (AGVS)
- ASTAG Graubünden/RhTG
- Bündner Gärtnermeisterverband
- Gebäudetechnikverband Graubünden (GTVGR)
- Gipsermeisterverband der Ostschweiz, Sektion Graubünden
- Verband Bündner Beton und Kiesindustrie (VBBK)
- Verband Graubündner Elektroinstallationsfirmen (VGEI)

Diese Vernehmlassung ist somit das einstimmige Ergebnis der Diskussionen der Wirtschaftsverbände Graubündens. Im folgenden wird nur noch von den Verbänden gesprochen. Der Graubündnerische Baumeisterverband und Holzbau Graubünden lassen Ihnen eine ergänzende Stellungnahme zukommen. Die übrigen aufgeführten Branchenverbände verzichten darauf.

Bevor wir zum Beitritt zur revidierten interkantonalen Vereinbarung über das Öffentliche Beschaffungswesen, zum Vernehmlassungsentwurf zum Submissionsgesetz und zum Vernehmlassungsentwurf zur Submissionsverordnung Stellung nehmen, erlauben wir uns einige allgemeine Erläuterungen.

A. Allgemeine Bemerkungen

Der ausführliche Bericht zur Revision der Submissionserlasse im Kanton Graubünden zeigt in wesentlichen Teilen den anerkannten Handlungsbedarf in der Submissionsgesetzgebung auf. Aufgrund der Rechtsentwicklung auf internationaler Ebene (Abschluss des bilateralen Abkommens mit der EU) wurde die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB), welcher der Kanton Graubünden beigetreten ist, am 15. März 2001 revidiert. Der Kanton Graubünden hat nun die Möglichkeit, dem revidierten Konkordat beizutreten und auf diesem Wege die staatsvertraglichen Bestimmungen des Abkommens mit der EU umzusetzen. Das revidierte Konkordat beschränkt sich aber nicht auf die blosser Anpassung des kantonalen Vergaberechts an das Abkommen mit der EU. Es enthält zahlreiche darüber hinausgehende Regelungen, welche einerseits der weitgehenden Harmonisierung der Vergabeverfahren, der Schwellenwerte und des Rechtsschutzes in der Schweiz dienen und andererseits eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches der IVöB ausserhalb des Geltungsbereiches der durch die Schweiz abgeschlossenen Staatsverträge (GPA, Abkommen mit EU) zur Folge haben. Angesichts dieser Neuerungen stellt sich die Grundsatzfrage, ob der Kanton Graubünden dem revidierten Konkordat beitreten oder ob er eine autonome Umsetzung des Abkommens mit der EU (durch Revision des geltenden Submissionsgesetzes und der Submissionsverordnung) vornehmen soll. Die Verbände sind im Interesse einer möglichst weitgehenden Vereinheitlichung des Submissionsrechts in der ganzen Schweiz und damit einhergehend auch der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen der Auffassung, unser Kanton solle auf eine autonome Lösung verzichten und dem Konkordat beitreten, zumal das Abkommen mit der EU den Kantonen keinen Spielraum für individuelle kantonale Lösungen belässt. Auch die über die Anpassung an das Abkommen mit der EU hinausgehenden Änderungen des Konkordats sprechen gesamthaft gesehen grundsätzlich nicht gegen eine Konkordatslösung. Als positiv beurteilen die Verbände insbesondere die Festlegung maximal zulässiger Schwellenwerte für die Verfahren im Binnenbereich. Diese Werte liegen deutlich höher als die bisher im Kanton Graubünden gültigen, was eine willkommene Liberalisierung des Beschaffungsmarktes in unserem Kanton ermöglicht.

Die Verbände unterstützen demnach den Beitritt zur revidierten IVöB, auch wenn damit ein Autonomieverlust verbunden ist. Der Kanton Graubünden hat nämlich nur die Wahl zwischen Annahme oder Ablehnung der revidierten IVöB. Der bündnerische Gesetzgeber ist im Falle des Beitritts zum Submissionskonkordat an das revidierte Konkordatsrecht gebunden und darf es nicht von sich aus abändern. Wir verzichten daher grundsätzlich auf eine Kommentierung der neuen Bestimmungen des Konkordates. Weil aber das neue Konkordat u.a. den Geltungsbereich des Konkordatsrechts erheblich ausweitet und neu neben der Telekommunikation, dem Fernmeldewesen, dem Energiesektor, etc. auch die politischen Gemeinden erfasst, drängt sich bei der Beurteilung des Entwurfes des neuen kantonalen Submissionsgesetzes samt Verordnung eine Gesamtwürdigung der neuen Submissionserlasse unter Einbezug der die Wettbewerbsfreiheit einengenden Neuerungen auf Konkordatebene auf.

Die vorliegende Vernehmlassung konzentriert sich aus dem eben dargelegten Grund vor allem auf die vorgeschlagenen Neuerungen der kantonalen Submissionserlasse (Submissionsgesetz, Submissionsverordnung). Diese bezwecken vor allem die Submissionsverfahren im staatsvertraglichen und von

Staatsverträgen nicht erfassten Bereich besser zu koordinieren, eine Erhöhung der Schwellenwerte sowie eine Anpassung des kantonalen Submissionsrechts an die unter dem alten Submissionsgesetz ergangene Rechtsprechung. Diese Reformbestrebungen werden durch die Verbände als positiv beurteilt und unterstützt, zumal dadurch zwei Submissionserlasse aufgehoben werden können, wodurch die Transparenz im Submissionswesen verbessert wird. **Kritisch stehen die Verbände indessen dem Versuch gegenüber, neue administrative Auflagen einzuführen und unnötige Ausweitungen des Anwendungsbereiches des Submissionsgesetzes zum Nachteil der im Kanton Graubünden domizilierten Unternehmungen vorzunehmen.**

Damit die Gesetzgebung nicht zu einem rein verwaltungsinternen Anwendungsphänomen verkommt, sondern ihrem Zweck entsprechend das Verfahren für einen fairen Wettbewerb unter verschiedenen Anbietern garantiert, sind aus unserer Sicht folgende Überlegungen zu treffen, mit denen eine KMU-freundliche Praxis im öffentlichen Beschaffungswesen erzielt werden kann:

Ausnutzung des Ermessensspielraums

Wichtig ist, dass die Vergabebehörden den ihnen zustehenden Ermessensspielraum erstens kennen und befähigt sind, diesen zu nutzen. Wir begrüßen deshalb die vom Kanton durchgeführte Schulung der im Milizsystem wirkenden Vergabebehörden. Um der Komplexität des Beschaffungsrechtes entgegen zu wirken, ist unseres Erachtens eine möglichst weitgehende Vereinheitlichung des Beschaffungsrechtes und der Vollzugspraxis auf allen drei Ebenen (Bund, Kantone und Gemeinden) anzustreben. Der damit in Kauf genommene Verlust an Autonomie dient der Vereinheitlichung und der Übersichtlichkeit bei Normen, Vollzug und Rechtsprechung, was in diesem besonderen Fall höher zu gewichten ist.

Das wirtschaftliche günstigste versus das preislich tiefste Angebot

Zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes müssen neben dem Preis verschiedene andere Kriterien berücksichtigt werden. Im Verlaufe der Anwendung des geltenden Submissionsrechtes ist diesem Grundsatz in letzter Zeit vermehrt Beachtung geschenkt worden. **In der Realität spielt der Preis immer noch eine grös-sere Rolle als andere Kriterien.** Noch zu selten finden Faktoren wie Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Betriebskosten, Kreativität, Kundendienst etc. Eingang in die Vergabeentscheide. Insbesondere bemängeln wir, dass kaum gesamtwirtschaftliche Betrachtungen (wie Lehrlingsausbildung, öffentliches Engagement, Losbildung, Fristen bei der Arbeitsausführung etc.) bei der Vergabe berücksichtigt werden.

Gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise

Da alles staatliche Handeln im öffentlichen Interesse liegen muss, sind auch **allgemeine Interessen der Gemeinschaft bei der Vergabe im Rahmen des rechtlich Möglichen, des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und der Nichtdiskriminierung sowie des Gebotes vorgängiger Bekanntgabe zu berücksichtigen**, gegebenenfalls unter Schaffung entsprechender ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen, wozu die gegenwärtige Revision Gelegenheit bietet. Zu den allgemeinen Interessen gehören unter anderem die Lehrlingsausbildung, das öffentliche Engagement des Unternehmens oder des Mitarbeiters, besondere Berücksichtigung von KMU-Belangen bei der Losbildung und bei den Fristen, letzteres auch bezüglich der Arbeitsausführung. Letztlich geht es ja darum, dass im Grunde genommen für den Auftraggeber – sprich die öffentliche Hand – Vergaben dann interessant sind, wenn auch wieder Mittel in Form von Steuern zurückfliessen.

Im weiteren sind wir der Auffassung, dass dort, wo nicht sachliche Gründe entgegenstehen, die Vielfalt der Anbieter Gelegenheit erhalten soll, direkt vom Auftraggeber engagiert zu werden. Ausschreibungen an General- oder Totalunternehmer dürfen nicht dazu führen, dass die Stellung der KMU, die dann nur noch als Subunternehmer tätig werden können, im Vergleich zu einer direkten Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand geschmälert wird.

Der reelle Preis

Die Unternehmer müssen auch bei öffentlichen Beschaffungen für ihren Aufwand einen unter Berücksichtigung der Wettbewerbssituation angemessenen Preis erzielen können. Angemessen bedeutet in Wirtschaftskreisen, dass die Kosten gedeckt und ein angemessener Gewinn erzielt werden kann (Zitat Christoph Blocher, VR-Präsident EMS Chemie anlässlich der GV vom 16.8.2003: „*Der Gewinn ist das Blut der Unternehmung*“).

Es ist kein Geheimnis, dass v.a. in der Bauhauptbranche bei der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen seit längerem in der Regel kein Gewinn mehr erzielt werden kann. Wer anderes behauptet, kennt die Verhältnisse nicht. Deshalb ist für die Verbände klar, dass sich die Auftraggeberin bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten – darunter fallen alle Angebote, die klarerweise ausserhalb des Bereichs des Offertspiegelschwerpunktes sind – zumindest konsequent darüber zu vergewissern, dass der entsprechende Anbieter die Teilnahmebedingungen einhält und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. **Es kann nicht im Interesse der öffentlichen Hand sein, Leistungen zu betriebswirtschaftlich nicht korrekt kalkulierten Preisen einzukaufen.** Auch das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb verbietet Preisunterbietungen, die nur wegen eines zuvor begangenen Rechtsbruches möglich geworden sind oder Leistungen verspricht, die unter gewissen Voraussetzungen unter dem Einstandspreis angeboten werden. Verbilligungen, die wegen der Unterbezahlung von Arbeitnehmern und den daraus resultierenden niedrigeren Gestehungskosten (soziales Dumping) ermöglicht werden, sind ebenso unzulässig wie Preisunterbietungen, die gezielt zur Behinderung oder gar Vernichtung eines missliebigen Konkurrenten eingesetzt werden (vgl. zum Ganzen: Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, UWG, insbesondere Art. 3 lit.f., Art. 7; Lucas David, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N122ff). Man kann es wenden und drehen wie man will und den Unternehmungen vorwerfen, sie selber würden die Preise gestalten. Bei richtiger Betrachtung kommt man nicht umhin festzustellen, dass das Gemeinwesen neben einer sparsamen Haushaltsführung zum einen die Verantwortung für eine Preispolitik trägt, die den offerierenden KMU erlaubt, einen Gewinn zu erzielen, und zum anderen ein Interesse an regelmässigen Steuerleistungen von Unternehmen haben muss.

Ausnützung der Nachfragemacht der Behörden

Nicht selten sind aus unseren Kreisen Klagen zu hören, wonach die Behörden die bestehende Nachfragemacht ausnützen. Dies kann auf verschiedene Art seinen Niederschlag finden. Zum Beispiel in

unangemessenen Vertragsbedingungen (einseitige Risikozuweisung, übertriebene finanzielle Sicherheitsleistungen, verzögerte Abnahme des Werkes) oder in einem unangemessenen hohen administrativen Aufwand. So stellen wir beispielsweise fest, dass in den Ausschreibungsunterlagen auch für kleinere Aufträge gesteigerte Anforderungen gestellt werden, die beim Unternehmer in der Bearbeitung der Offertunterlagen einen sehr hohen administrativen Aufwand auslösen.

Fairer Wettbewerb

Die Beachtung der Arbeitsschutzbestimmungen bei den Arbeitsbewilligungen ist nicht nur zu fordern, sondern auch konsequent zu kontrollieren. Beurteilungskriterien können die jeweiligen Gesamtarbeitsverträge in der Branche sein, auch gegenüber Unternehmen, die die Sozialpartnerschaft nicht mittragen. Ebenfalls ist zu verlangen, dass Steuern und Sozialabgaben bezahlt sind. Im Interesse eines fairen Wettbewerbes sind überdies Unternehmen grundsätzlich auszuschliessen, wenn sie als Auffanggesellschaften von konkursiten Unternehmen wirtschaftlich von denselben Personen beherrscht werden. Wer im Nachlassverfahren steht oder einer Konkursandrohung entgegensteht, kann sich nicht an öffentlichen Submissionen beteiligen.

Qualität der Ausschreibung

Die Qualität der Ausschreibung ist von grosser Bedeutung. Dies betrifft unter anderem die Vollständigkeit bezüglich der zu offerierenden Leistungen oder die richtige Erfassung der Mengen. Auf qualitativ ungenügenden Leistungsbeschreibungen basierende Offerten können nicht objektiv miteinander verglichen werden, und das gesamtwirtschaftlich günstigste Angebot lässt sich nur schwer evaluieren. Ausschreibungen in reiner Textform ohne definitive Planungsunterlagen und Mengengerüst genügen den Anforderungen in der Regel nicht. Ebenfalls **unabdingbar ist eine vorgängige, umfassende Bekanntgabe aller Eignungs- und Zuschlagskriterien.** Bei den Zuschlagskriterien ist eine Gewichtung anzugeben. Nur wenn der Anbieter weiss, welchen Merkmalen der ausgeschriebenen Leistung welches Gewicht zukommt, kann er bedarfsgerecht offerieren und ist in seinem Vertrauen auf die Zuschlagskriterien geschützt.

Deregulierung des Beschaffungswesens

Die öffentliche Ausschreibung eines Auftrages verursacht heute für alle Behörden und Unternehmen einen hohen administrativen Aufwand. Bis eine Ausschreibung korrekt vorliegt, sind umfangreiche Abklärungen zu treffen und in der Regel auch Spezialisten beizuziehen. Der Zuschlagsentscheid selber erfolgt zwar sehr oft einem vorgegebenen Raster, dessen Erstellung und Auswertung aber ebenfalls einen hohen Aufwand verursacht. Dazu kommt ein allfälliges kostspieliges und zeitraubendes Rechtsmittelverfahren. **Auch auf dem Gebiet des Submissionswesens drängt sich deshalb eine Deregulierung auf.** Dabei anerkennen wir durchaus, dass bei komplizierten Ausschreibungen, bei denen auch erhebliche Mittel der öffentlichen Hand zur Verfügung gestellt werden müssen, aufwändige Abklärungen nötig sein können, die auch beim interessierten Unternehmer zu einem grossen administrativen Aufwand führen. Unverständlich wird es aber dann, wenn auch bei kleineren Aufträgen ein gleicher oder ähnlicher Aufwand verlangt wird, der sich im Verhältnis zur Auftragshöhe keinesfalls mehr rechtfertigt. Hier vermischen die Verbände ganz eindeutig die Verhältnismässigkeit. Die Erhöhung der Schwellenwerte muss dazu beitragen, dieses Problem zu lösen.

B. Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IvöB)

Das neue Konkordat garantiert die Umsetzung der internationalen Verpflichtungen und führt zur weitgehenden Harmonisierung der Verfahren und Schwellenwerte im Binnenbereich. Zudem wird der Rechtsschutz harmonisiert. Viele, wenn auch nicht alle unserer obigen Überlegungen werden von der IVöB erfasst. Die bedeutendste Auswirkung der revidierten IVöB auf den Kanton Graubünden ist, dass auch im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich die Ausschreibung anfechtbar ist.

Der Beitritt des Kantons Graubünden zur revidierten IVöB ist für die Verbände im Sinne unserer obigen Ausführungen unbestritten.

C. Revision des Submissionsgesetzes

Die nachfolgenden Bemerkungen beschränken sich im Wesentlichen auf jene Bestimmungen des Entwurfes des Submissionsgesetzes, welche Neuerungen im Vergleich zum geltenden Recht enthalten.

Art. 4 Abs. 2; Streichung der kommunalen Gesetzgebungskompetenz

Im Sinne der von uns postulierten, möglichst einheitlichen Gesetzgebung und Anwendung teilen wir die Auffassung im Vernehmlassungsentwurf, dass die kommunale Gesetzgebungskompetenz, die bisher kaum konkordatskonform ausgenutzt wurde, gestrichen werden soll.

Die Bestimmung unterstellt dem Gesetz alle Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben. Gemeint sind damit gemäss den Erläuterungen (S. 22) öffentliche Aufgaben. Da das neue Submissionsgesetz im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich u.a. auch auf Kreise und Bürgergemeinden anwendbar sein soll, erscheint uns die Formulierung von Art. 4 Abs. 2 zu eng. Denn Kreise und Bürgergemeinden oder andere Institutionen, die nicht der Kantons- oder Gemeindeebene zugeordnet werden können, erfüllen nicht bzw. nicht ausschliesslich oder primär kantonale bzw. kommunale Aufgaben. Wir schlagen daher vor, den Begriff "öffentliche Aufgaben" zu verwenden.

Art. 5; Erfasste Auftraggeber

Im Sinne der Sicherstellung gleich langer Spiesse im Wettbewerb um öffentliche Beschaffungen ist es richtig, dass die Beschaffungen, welche mit öffentlichen Mitteln zur Hauptsache finanziert werden, den Submissionsbestimmungen unterstehen. Es ist deshalb auch richtig, dass die RhB, welche von der öffentlichen Hand beherrscht wird und zum überwiegenden Teil eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, der Submissionsgesetzgebung unterworfen bleibt. Erfasst werden müssen aber auch die Gemeinden, **die quasi in eigener Sache über ihre eigenen Werkgruppen tätig sind. Angesprochen sind die Aufträge, die in den Gemeinden den eigenen Forstgruppen vergeben werden**, ohne dass der Wettbewerb nur im Entferntesten spielt. Diese Situation hat mit gleich langen Spiessen nichts mehr zu tun, fördert ineffiziente Strukturen und gehört abgeschafft. Wir haben nichts dagegen einzuwenden, wenn die Gemeinden die Werkgruppen erhalten wollen oder unter den Werkgruppen regionale Zusammenschlüsse suchen. Nur müssen sowohl die bestehenden als auch die neu strukturierten Organisationen im Rahmen der Umsetzung von Forstprojekten den gleichen Bedingungen unterworfen werden, wie die privatwirtschaftlich tätigen Forstunternehmen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Forstarbeiten mit Beiträgen von Bund und Kanton subventioniert werden.

Dort wo Institutionen, die mit der öffentlichen Hand in einer direkten oder indirekten Verbindung stehen oder von dieser mitgetragen werden, aber in einem Konkurrenzverhältnis zur Privatwirtschaft stehen, oder die Beschaffungen der Institution Anlagecharakter haben, ist die Unterstellung unter die Submissionsgesetzgebung indessen nicht gerechtfertigt. Dies betrifft, entgegen der Darstellung im Vernehmlassungsbericht (Seite 22), nicht nur die Graubündner Kantonalbank, sondern beispielsweise auch die Gebäudeversicherungsanstalt oder die Kantonale Pensionskasse, wenn sie mit ihren frei verfügbaren Mitteln Anlagen in Immobilien tätigen. Aufgabe dieser Unternehmen ist es, mit vorhandenen Mitteln eine möglichst hohe Rendite zu erzielen. Im weiteren sollten sich unseres Erachtens Unternehmen, an denen der Kanton direkt oder indirekt massgebend beteiligt ist (z.B. Rätia Energie), im freien Markt aber behaupten müssen und zu ihrer langfristigen Existenzsicherung auf gleich lange Spiesse angewiesen sind, der Submissionsgesetzgebung nur soweit unterworfen werden, als das übergeordnete Recht dies ausdrücklich verlangt.

Art. 5 enthält auch die Umsetzung der in Art. 8 Abs. 2 der revIVöB nicht zwingend gebotenen Erweiterung des Anwendungsbereiches des kantonalen Submissionsrechts auf die den Staatsverträgen unterstellten Sektorunternehmen (Telekommunikation, Wasser, Energie, Verkehrsversorgung). Tritt der Kanton Graubünden dem revidierten Konkordat bei, dann sind auch private Sektorunternehmen dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt, und zwar selbst dann, wenn die Schwellenwerte der internationalen Abkommen unterschritten werden. Diese Ausweitung des Anwendungsbereiches ist in mehrfacher Hinsicht problematisch. So bietet schon die Abgrenzung öffentliche/private Sektorunternehmen etliche Schwierigkeiten. Weiter verursachen Submissionsverfahren den privaten Unternehmen administrativen Mehraufwand und sind i.d.R. mit einem grossen Zeitaufwand verbunden. Das alles spricht an sich gegen den Beitritt des Kantons Graubünden zum revidierten Konkordat. Auf diesen negativen Punkt des Revisionsvorhabens ist aber bei der abschliessenden Gesamtwürdigung der zu beurteilenden Entwürfe der kantonalrechtlichen Submissionserlasse zurückzukommen. Dabei wird in einer Gesamtbeurteilung der vorliegenden Submissionserlasse zu prüfen sein, ob deren Vorteile diesen Nachteil aufzuwiegen vermögen.

Art. 6; subventionierter Bereich

Art. 6 Abs. 1 lit. a enthält eine weniger restriktive Regelung hinsichtlich des Anteils öffentlicher Gelder an den Gesamtkosten des Beschaffungsvorhabens als im geltenden Recht. Diese Neuerung ist zu begrüssen. Nicht restlos zu überzeugen vermag jedoch die Formulierung von Art. 6 Abs. 1 lit. c. Dieser lässt sich nicht entnehmen, ob der Subventionsgeber auch dann die Einhaltung der Submissionsvorschriften verlangen darf, wenn die Voraussetzungen von lit. a und b bzw. Art. 2 Abs. 1 Submissionsverordnung nicht erfüllt sind. Ist diese Bestimmung in diesem Sinne zu verstehen, dann sollte der Gesetzestext dahingehend präzisiert werden, dass der Subventionsgeber nur bei Ausrichtung namhafter Beiträge die Einhaltung der kant. Submissionsvorschriften verlangen darf.

Art. 10; Selbstdeklaration

Um den administrativen Aufwand möglichst gering zu halten, ist das System der Selbstdeklaration richtig. Weitergehende Anforderungen (Einholen von Bestätigungen etc.) sollen nur auf Verlangen möglich sein (vgl. allerdings die Einschränkung im folgenden Absatz). Die schon im geltenden Recht getroffene Regelung ist zweck-mässig. **Falsch ist indessen, dass auch ein Anbieter, der sich in einem Nachlassverfahren befindet oder gegen den eine Konkursandrohung ausgesprochen wurde, berücksichtigt werden kann** (selbst wenn der Anbieter eine angemessene Sicherheit verlangt). Abgesehen davon, dass bereits die Einholung der Sicherheit einen erheblichen administrativen Aufwand nach sich zieht, ist eine Gleichbehandlung in vielen Fällen gar nicht möglich. Das heisst, das Gleichbehandlungsgebot wird verletzt, ist es doch einfach nachvollziehbar, dass ein Mitbewerber, der in einem Nachlassverfahren steckt und dem ein Teil seiner Forderungen erlassen wird, nicht mit denselben Kalkulationsgrundlagen arbeiten muss, wie ein Unternehmer, dem diese Rechtswohlthat nicht zukommt. Eine Auftragsvergabe an einen Anbieter im Nachlass oder eine mit einer Konkursandrohung behaftete Person kommt unseres Erachtens deshalb einer falschen Nachsicht gegenüber säumigen Zahlern gleich und benachteiligt insbesondere jene Anbieter, welche ihren Verpflichtungen ordnungsgemäss nachkommen. Diese Ungleichbehandlung kann auch nicht mit dem statuierten Sicherheitsnachweis behoben werden. Im Gegenteil. Mit der Sicherstellung der Vertragserfüllung vor der Zuschlagserteilung wird der öffentliche Bauherr gegenüber allen übrigen Gläubigern einseitig bevorzugt. Dies ist rechtlich verfehlt, ordnungspolitisch verwerflich und volkswirtschaftlich schlicht nicht vertretbar. Es kann nicht sein, dass der öffentliche Auftraggeber bevorzugt wird, wenn Zahlungsausstände beispielsweise bei den Löhnen, AHV, Pensionskasse, Mehrwertsteuer, Paritätischen Fonds etc. vorliegen. Art. 10 Abs. 1 ist deshalb in dem Sinne zu ergänzen, dass der Anbieter in der Selbstdeklaration auch bestätigen muss, dass er sich in keinem Nachlassverfahren befindet oder gegen ihn keine Konkursandrohung vorliegt (in lit. f neu aufzunehmen). Dafür ist Art. 10 Abs. 3 zu streichen.

Art. 10 Abs. 2 verpflichtet jeden Anbieter, die Richtigkeit der von ihm gemachten Angaben nachzuweisen. Gemäss Abs. 1 lit. d dieser Bestimmung muss der Anbieter u.a. im Rahmen einer Selbstdeklaration versichern, dass er keine Absprachen oder andere wettbewerbsbeeinträchtigende Massnahmen getroffen hat. Die Richtigkeit einer solchen Deklaration kann der Anbieter indessen nicht unter Beweis stellen. Er müsste nämlich eine negative Tatsache unter Beweis stellen, was naturgemäss ausgeschlossen ist. Art. 10 Abs. 2 sollte daher eine entsprechende Einschränkung vorsehen.

Art. 12; Ausstand und Vorbefassung

In Abs. 1 sollte nach Auffassung der Verbände klargestellt werden, dass nebst verwandtschaftlichen Beziehungen insbesondere auch enge wirtschaftliche und persönliche Verflechtungen zwischen einem Mitglied der Vergabebehörde und einem Anbieter eine Ausstandspflicht zu begründen vermag (vgl. dazu ZGRG 4/01, S. 191 ff.).

Dass die Problematik der Vorbefassung im neuen SubG ausdrücklich geregelt und damit diesbezüglich Klarheit für die Akteure auf dem Beschaffungsmarkt geschaffen wird, wird begrüsst. Die Formulierung in Abs. 2 erscheint aber etwas unglücklich. Die Vorbefassung ist nicht nur dann zu bejahen, wenn ein Anbieter an der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen oder des Vergabeverfahrens beteiligt war, sondern auch im Falle der Mitwirkung eines Anbieters in der Vorprojektphase (z.B. Erarbeitung eines Vorprojektes; vgl. dazu ZGRG 4/01, S. 194 ff.). Andererseits führt die zu restriktive

Praxis des Verwaltungsgerichtes beinahe bei jeder Mitwirkung eines Unternehmens im Vorfeld einer Ausschreibung zu dessen Ausschluss im eigentlichen Submissionsverfahren. Ausschreibungen mit bescheidenen Vorarbeiten wird diese Übung nicht gerecht. Die im Vorfeld einer Ausschreibung zu tätigen Arbeiten sind teilweise wenig attraktiv. Auch der Kreis der Anbieter ist unter Umständen nicht sehr gross. Aus Gründen der effizienten Einsetzung der Mittel ist daher anzustreben, dass nicht jede Mitwirkung von Unternehmern in der Planungs- und Projektierungsphase zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führt. Wie in den Erläuterungen aufgezeigt wird, können Ausgleichsmechanismen (z.B. Offenlegung der bisherigen Mitwirkung, Einsicht in die entsprechenden Unterlagen, Auskunftserteilung, ausreichende Eingabefristen etc.) durchaus sicherstellen, dass zwischen den Anbietern ein fairer Wettbewerb herrscht. Der Verdacht, der Mitbewerber habe einen Wissensvorsprung oder die Anmeldeunterlagen seien auf ihn zugeschnitten, kann mit geeigneten Begleitmassnahmen beseitigt werden. Eine effiziente Einsetzung der Mittel gebietet es jedenfalls geradezu, dass mit den geeigneten Massnahmen ein für den Auftraggeber potentiell wirtschaftlicher Anbieter nicht zum vornherein ausgeschlossen werden muss. Auf eine entsprechende Auslegung dieser Bestimmung ist in der Botschaft Wert zu legen. Zudem ist der Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 entsprechend zu ergänzen.

Art. 13 Abs. 1 lit d; Verfahrensarten

Wir wenden uns nicht gegen eine Ausdehnung des freihändigen Verfahrens im Vergleich zur heutigen Regelung (insbesondere Schwellenwerte). Andererseits dürfte es der öffentlichen Hand sehr schwer fallen, Vorwürfe der Diskriminierung und der mangelnden Transparenz bis hin zum Amtsmissbrauch und der Korruption zu entkräften, wenn Konkurrenzofferten eingeholt werden können, und Verhandlungen ermöglicht werden, ohne dass diese in einem bestimmten Rahmen vorgeschrieben werden. Die Einführung neuer Vorschriften liegt aber nicht in unserem Interesse und um der Deregulierung tatsächlich Nachachtung zu verschaffen, schlagen wir vor, dass im **freihändigen Verfahren die Konkurrenzofferten zwingend gleichzeitig eingeholt werden müssen, und Abgebotsverhandlungen** (siehe Art. 19) **nicht statthaft sind.**

Art. 14; Verfahrenswahl und Schwellenwerte

Mit ähnlichen Begründungen wie seinerzeit bei der Einführung des Submissionsgesetzes spricht sich die Regierung für eine Erhöhung der Schwellenwerte aus, will allerdings nicht die maximal zulässigen Werte, welche die revidierte IVöB zulässt, in die kantonale Gesetzgebung übernehmen. Eine Ausnahme wird lediglich bei der Abgrenzung zwischen Einladungsverfahren und offenem Verfahren bei den Dienstleistungen gemacht. Abgesehen davon, dass diese einzige Ausnahme kaum sachlich begründet werden kann, verweisen wir auf unsere allgemeinen Ausführungen, mit welchen wir eine Anpassung der Schwellenwerte auf das Maximum verlangen. Dies rechtfertigt sich vor allem mit Blick auf die zahlreichen im Kanton ansässigen Unternehmen, welche über die Kantonsgrenzen hinaus tätig sind und im Wettbewerb mit ausserkantonalen Konkurrenten stehen. Die vorgesehene Lösung würde solche Bündner Unternehmen gegenüber ausserkantonalen Unternehmen schlechter stellen, welche in Kantonen domiziliert und tätig sind, in welchen höhere Schwellenwerte gelten. Ein Unternehmen in einem Kanton mit niedrigen Schwellenwerten ist an mehr Submissionen als ein solches in einem Kanton mit höheren Schwellenwerten beteiligt, was bei Anbietern namentlich höhere Kosten und damit Wettbewerbsnachteile verursacht.

Entgegen der Behauptung im Vernehmlassungsbericht wird mit der Ausschöpfung des in der revIVöB den Kantonen eingeräumten Spielraumes nicht ein Rückschritt in Richtung Abschottung der kantonalen und kommunalen Märkte bezweckt. **Zu behaupten, bei einer Erhöhung der Schwellenwerte würden die bisherigen Bestrebungen zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs in die Ferne gerückt, ist realitätsfremd.** Einerseits würde dies ja bedeuten, dass die revIVöB dem fälschlicherweise angeprangerten „Heimatschutz“ Vorschub leisten würde, was wirklich nicht gesagt werden kann. Andererseits ist heute bei allen Ausschreibungen Tatsache, dass sich die Unternehmen in einem enorm grossen Überlebenskampf bewegen und günstig offerieren müssen, wenn sie den Zuschlag erhalten wollen. Viele, vor allem kommunale Behörden, würden die Aufträge sehr gerne in der Region behalten. Dies führt letztlich dazu, dass über komplizierte Ausschreibungen versucht wird, dem einheimischen Bewerber einen Vorteil zu generieren. Das mag bei sehr grossen Aufträgen durchaus seine Berechtigung haben und kann auch den administrativen Aufwand, der damit verbunden wird, rechtfertigen. Bei kleineren Aufträgen macht es aber keinen Sinn, den Behörden die öffentliche Ausschreibung vorzuschreiben, dann aber - wie heute nicht unüblich - auf dem Wege der Zuschlagserteilung und des Ausschlussverfahrens die nicht-einheimischen Bewerber wieder zu eliminieren.

Alle Branchenverbände mit Ausnahme des Graubündnerischen Baumeisterverbandes sind für die Ausschöpfung der Schwellenwerte gemäss revIVöB und gegen den Vorschlag der Regierung.

Diese nicht ganz einheitliche Meinungs-äusserung hat ihre Begründung. Mit einer Ausschöpfung der Schwellenwerte müssten im Bauhauptgewerbe rund 97% aller Aufträge über das Einladungsverfahren oder das freihändige Verfahren vergeben werden, was nach Auffassung des GBV nicht vernünftig wäre. Da für das Bauhauptgewerbe ohnehin eigene Werte greifen, stellt die unterschiedliche Auffassung kein unüberwindbares Problem dar und kann durch eine geeignete Abstufung beim freihändigen Verfahren sichergestellt werden. Wir schlagen deshalb folgende Abgrenzungen vor:

Verfahrensarten	Lieferungen	Dienstleistungen	Bauneben-gewerbe	Bauhaupt-gewerbe
Freihändiges Verfahren	Unter 100'000 (unter 50'000)	Unter 100'000 (unter 100'000)	Unter 100'000 (unter 50'000)	Unter 150'000 (unter 100'00)
Einladungs-verfahren	Unter 250'000 (unter 150'000)	Unter 250'000 (unter 250'000)	Unter 250'000 (Unter 150'000)	Unter 400'000 (unter 400'000)
Offenes/selektives Verfahren	Ab 250'000 (ab 150'000)	Ab 250'000 (ab 250'000)	Ab 250'000 (ab 150'000)	Ab 400'000 (ab 400'000)

Auftragswerte in CHF; in Klammern (Vorschlag Regierung)

Art. 16; Untervergaben

Die Realisierung komplexer Bauvorhaben kann einem Total- oder Generalunternehmer übertragen werden. Die Übertragung der Gesamtverantwortung an einen Anbieter, welcher die meisten Aufträge durch Dritte ausführen lässt, darf aber nicht dazu führen, dass bei einer öffentlichen Beschaffung die Bestimmungen der Submissionsgesetzgebung umgangen werden. Der Total- oder Generalunternehmer ist für die Submissionen der Aufträge an Dritte den Bestimmungen der Submissionsgesetzgebung unterstellt. Die Verfahrensabläufe sind zwingend einzuhalten, was im Gesetz auf geeignete Art geregelt werden muss.

Art. 18 Abs. 2; Verbindlichkeit

Die Verbindlichkeitsdauer im heutigen Gesetz erweist sich in der Praxis als zu hoch (IVöB nur zwei Monate). Selbst wenn Abklärungen getroffen werden müssen oder ein Rechtsmittelverfahren durchgeführt wird, kann der Unternehmer nicht für eine zu lange Dauer behaftet werden. Gerade in der heute schnelllebigen Zeit, in welcher vom Unternehmer hohe Flexibilität in der Disposition verlangt wird, muss er die Möglichkeit haben, sich einseitig nach spätestens drei Monaten von einem Angebot zurückzuziehen, wenn dies in den Offertunterlagen nicht anders umschrieben ist. Die Ausdehnung der Verbindlichkeitsdauer ist deshalb im subsidiären Recht auf drei Monate zu beschränken.

Art. 19; Verbot von Verhandlungen

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Art. 13 und **raten der öffentlichen Hand in eigenem Interesse mit allem Nachdruck davon ab, Verhandlungen als zulässig zu erklären**. Es ist naheliegend, mit unserer Begründung die Schwellenwerte für das freihändige Verfahren tiefer anzusetzen. Diese Haltung würde aber verkennen, dass mit der Submissionsgesetzgebung dem Auftraggeber ein möglichst grosser Spielraum überlassen werden soll. Auf der anderen Seite muss mit diesem grossen Ermessensspielraum verantwortungsvoll umgegangen werden und jede mögliche Verbindung mit einem Amtsmissbrauch – oder eine Korruptionsmöglichkeit – abgewendet werden.

Art 20; Eignungskriterien

In Abs. 1 legt der Auftraggeber objektive Eignungskriterien fest. Die Formulierung des Gesetzestextes legt den Schluss nahe, dass es sich bei dieser Norm um eine Mussvorschrift handelt. Demgegenüber ergibt sich aus den Erläuterungen (S. 34), dass es sich wohl um eine blosses Kannvorschrift handelt, was auch sachgerechter wäre. Bei der Vergabe von Aufträgen, welche standardisierte Ware oder Leistungen betreffen, erübrigt sich im Regelfall eine Eignungsprüfung. Im Gesetzeswortlaut sollte daher klargestellt werden, dass der Auftraggeber, sofern sich eine Eignungsprüfung aufdrängt, objektive Eignungskriterien in den Ausschreibungsunterlagen festlegen kann (und nicht muss).

Art. 21; Zuschlagskriterien

Ein KMU-freundliches Beschaffungswesen wird zur Hauptsache über die Anwendung der Zuschlagskriterien definiert. Mit Einführung des neuen Submissionsgesetzes vor fünf Jahren war das niedrigste Preisangebot regelmässig auch das wirtschaftlich günstigste Angebot. Mit Einführung der Gewichtung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung hat sich dieses Verhältnis etwas verändert, wobei immer noch am häufigsten der niedrigste Preis für die Zuschlagserteilung im Endergebnis massgebend sein dürfte. Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Infrastruktur mögen zwar an Bedeutung zugenommen haben, der Preis hat aber in der praktischen Anwendung der Submissionsgesetzgebung immer noch eine überragende Bedeutung. Dies obwohl sich die Auftraggeber aufgrund vieler Beispiele bewusst geworden sind, dass

der niedrigste Preis sehr oft mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot nichts mehr zu tun hat. **Die Verbände fordern deshalb, dass bei nicht standardisierten Beschaffungen mindestens drei Zuschlagskriterien erfüllt sein müssen und diese auch schon in der Ausschreibung zu bezeichnen und zu gewichten sind.** Eine entsprechende Vorschrift ist in Art. 21 aufzunehmen.

Schon in unserer Vernehmlassung zum geltenden Submissionsgesetz haben wir verlangt, auch die Lehrlingsausbildung als Vergabekriterium zu berücksichtigen. Damals wie heute wird dieses Begehren damit abgewendet, dass es sich um eine sachfremde Regelung handle und zu Diskriminierungen mit jenen Anbietern führe, die aufgrund der Strukturen ihrer Betriebe nicht in der Lage seien, Lehrlinge auszubilden. Letztere Begründung mag kaum überzeugen. Die öffentliche Hand schreibt verschiedene Aufträge aus, die von unterschiedlichen Unternehmungen ausgeführt werden. Nicht jeder Betrieb kann alle Aufträge ausführen. Wir sind denn auch nicht der Auffassung, dass die Lehrlingsausbildung ausschlaggebendes Kriterium für einen Zuschlag sein soll. Ob es – wie im Vernehmlassungsbericht erwähnt – um eine sachfremde Regelung geht, ist bis heute nicht geklärt. Es geht um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch gesamtwirtschaftliche und gesellschaftliche Interessen in den Vergabeentscheid einbezogen werden dürfen, das heisst, inwieweit sich die Vergabebehörde an allgemeinen Interessen orientieren darf, die über den Nutzen der angebotenen Leistung für das auftraggebende Gemeinwesen selber hinaus gehen. Dass solche Kriterien gegebenenfalls eine Rolle spielen sollten, sofern sie ohne Diskriminierung, transparent und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit gehandhabt werden, zeigt das Beispiel der Lehrlingsausbildung. Sie liegt in einem eminenten öffentlichen Interesse (was ja die erhebliche finanzielle und ideelle Unterstützung von Bund und Kanton zeigt) und wird darum auch von einzelnen Kantonen als Zuschlagskriterium in ihren Rechtsgrundlagen aufgeführt. So bestimmt Paragraph 5 Abs. 4 des Gesetzes über die Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 des Kantons Luzern, dass *«besondere Anstrengungen der Anbieter/innen zur Ausbildung von Lehrlingen oder zur Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen bei der Beurteilung der Angebote angemessen berücksichtigt werden können»*. Mit dieser Präzisierung ist auch gewährleistet, dass nicht jeder Unternehmer, der einen Lehrling ausbildet oder diesen gar nur einstellt, um an öffentliche Aufträge zu gelangen, besondere Berücksichtigung findet, sondern nur jener, der sich qualifiziert um das Lehrlingswesen bemüht. Soweit uns bekannt, ist diese Bestimmung in Luzern bisher nie als verfassungswidrig bezeichnet worden.

Je stärker ein Bauherr auf die Erfahrung und die Referenzen in der Ausführung eines Bauwerkes oder in der Vergabe einer Dienstleistung vertrauen kann, um so geringer wird sein Risiko. Im selektiven Verfahren können Erfahrung und Referenzen im Rahmen der Qualifikation beurteilt werden. Beim Einladungsverfahren und beim freihändigen Verfahren können Erfahrung und Referenzen dazu dienen, den entsprechenden Unternehmer anzufragen. Beim offenen Verfahren, bei dem jeder Unternehmer sich an der Ausschreibung beteiligen kann, sollten aber gerade diese beiden Kriterien in vielen Fällen zum Tragen kommen. Es empfiehlt sich deshalb, Erfahrung und Referenzen in den Katalog der Zuschlagskriterien aufzunehmen. Ebenfalls rechtfertigt sich die Aufnahme des Kriteriums der Ökologie. Mit raumplanerischen und gesetzgeberischen Massnahmen nehmen Bund, Kanton und Gemeinden Einfluss auf die Ressourcenbewirtschaftung im Bereich der Rohstoffgewinnung (Beispiel Kiesabbaugebiete, Holzschlag und Verwendung von einheimischen Holz), der Wiederverwendung (Beispiel

Belagsrecycling) und der Entsorgung (Deponiestandorte) und verlangen von den betroffenen Unternehmen jeweils sehr hohe ökologische Standards. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, wenn der Auftraggeber ein Angebot auch unter dem Aspekt der ökologischen Nachhaltigkeit in einem weiteren Sinn (nicht nur innerhalb des Ablaufs einer Baustelle) beurteilt. Dies gilt in besonderem Masse für die Verbauung von Holz, zum Beispiel im Bereich der hoch subventionierten Stallbauten, wo in letzter Zeit aus Preisgründen fast ausschliesslich Holz aus Deutschland verwendet wird, was auch im Sinne einer Gesamtbeurteilung (Ökologie und Ökonomie) unsinnig ist. Der Bauherr entscheidet im konkreten Fall, mit welchem Gewicht er die Kriterien in die Beurteilung der Angebote einfließen lässt. In Abs. 2 sind deshalb die Kriterien der Erfahrung/Referenzen und Ökologie neu aufzunehmen und analog der Bestimmung im Kanton Luzern ist der Lehrlingsbildung mit einer eigenen Vorschrift (z.B. neuer Abs. 3) Rechnung zu tragen.

Art. 22; Ausschlussgründe

In Fortführung der Ausführungen zu Art. 10 Abs. 2 ist in lit. n ist darauf hinzuweisen, dass ebenso ausgeschlossen wird, wer sich in einem Nachlassverfahren befindet oder eine Konkursandrohung gegen sich gerichtet hat.

Art. 23; Eröffnung des Zuschlages

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Vergabebehörden den Zuschlagsentscheid nur sehr summarisch begründen und im Beschwerdeverfahren Gründe für den gefällten Zuschlagsentscheid nachschieben. Diese Praxis ist deshalb unbefriedigend, weil im Nachhinein nicht überprüfbar ist, ob die nachgeschobenen Gründe tatsächlich für den Vergabeentscheid massgebend waren. Die Möglichkeit des Nachschiebens von Gründen setzt zudem die nichtberücksichtigten Unternehmer einem erhöhten Prozessrisiko aus. Im Interesse der Wahrung des rechtlichen Gehörs, eines fairen Submissionsverfahrens und der Vermeidung von Missbräuchen und vermeidbaren Beschwerdeverfahren **ist von den Vergabebehörden zu verlangen, dass sie sämtliche entscheiderelevanten Gründe in ihrer Begründung, wenn auch nur summarisch, den Submissionsteilnehmern bekannt geben.** Ferner ist klarzustellen, dass die Vergabebehörde nur ausnahmsweise im Rahmen des Beschwerdeverfahrens von ihrer einmal abgegebenen Entscheidungsbegründung abweichen darf, so etwa dann, wenn sie erst nachträglich von entscheiderelevanten Fakten Kenntnis erhält. Eine solche Regelung trägt wesentlich zur Erhöhung der Rechtssicherheit im Submissionsbereich bei, weshalb eine entsprechende Ergänzung von Art. 23 beantragt wird.

Art. 25; Beschwerde

Die in Art. 25 vorgesehene selbständige Anfechtbarkeit der Ausschreibung und anderer Akte wird begrüsst. Sie ermöglicht u.a. ein frühzeitiges Vorgehen der Anbieter gegen nicht gesetzeskonforme Ausschreibungen und nicht erst eine nachträgliche Beanstandung nach bereits erfolgtem Zuschlag.

Art. 28; Aufschiebende Wirkung

In Abs. 3 wird die Gewährung der aufschiebenden Wirkung u.a. davon abhängig gemacht, dass der Beschwerdeführer bei Nichterteilung des Suspensiveffektens einen bedeutenden Nachteil erleidet. Zahlreiche Prozessgesetze (vgl. z.B. Art. 52 Abs. 2 ZPO GR) verlangen in diesem Zusammenhang nicht nur einen bedeutenden, sondern einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Die Verbände schlagen vor, Art. 28 an diese übliche Terminologie anzupassen.

Art. 30; Schadenersatz

Aus dem Wortlaut von Art. 30, welche Bestimmung die Schadenersatzfolgen im Falle einer rechtswidrigen Vergabe und vorzeitigem Abschluss des Beschaffungsvertrages regelt, geht nicht hervor, welcher Schaden dem zu Unrecht nicht berücksichtigten Anbieter genau ersetzt wird. In den Erläuterungen wird ohne weitere Begründung festgehalten, der entgangene Gewinn müsse nicht entschädigt werden (S. 40). Eine solche Einschränkung ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 30 nicht und wäre auch nicht sachgerecht. Es ist nicht einzusehen, warum ein zu Unrecht nicht berücksichtigter Anbieter, welchem durch die rechtswidrige Vorenthaltung eines Auftrages eine Gewinnmöglichkeit genommen wird, den damit verbundenen Schaden nicht geltend machen können. **Wir schlagen im Interesse der Vermeidung unnötiger späterer Diskussionen vor, in Art. 30 klar zum Ausdruck zu bringen, dass auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist.**

Soweit ersichtlich, regelt der vorliegende Entwurf die Frage, welches das (zivil- und vergabe-) rechtliche Schicksal eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages ist, nicht explizit. Gemäss den Erläuterungen (S. 40) wird offenbar die zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrages angenommen, was in der Lehre nicht unbestritten ist (vgl. zu dieser Problematik Peter Gauch, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag, BR 2003, S. 3 ff.). Da sich im Falle eines unzulässigen vorzeitigen Vertragsabschlusses heikle und in der Lehre kontrovers diskutierte rechtliche Fragen stellen, empfehlen die Verbände die Aufnahme einer Bestimmung in das Submissionsgesetz, welche die angeschnittene Problematik klar und auf adäquate Weise regelt.

Art. 34; Statistikpflicht

Die Bestimmung betreffend die Statistikpflicht ist ersatzlos zu streichen. Mit ihr wird den Auftraggebern auch im nichtstaatsvertraglichen Bereich ohne ersichtlichen Grund ein überflüssiger administrativer Aufwand zugemutet.

D. Revision Submissionsverordnung

Art. 12; Ausschreibungsunterlagen

In der Praxis fehlt in den Ausschreibungsunterlagen oft eine klare Regelung der Frage, wer bei risikobehafteten Arbeiten die Folgen von Schadenseintritten während der Ausführung der im Submissionsverfahren vergebenen Arbeiten (z.B. Naturereignisse) zu tragen hat. Insbesondere enthalten die Ausschreibungsunterlagen in der Regel keine Regelung der Frage, ob solche Risiken zu versichern sind und wenn ja durch wen und auf wessen Kosten. Da die Versicherungsprämien für die in Betracht fallenden Versicherungen finanziell ins Gewicht fallen, sollte Art. 12 dahingehend ergänzt werden, dass die Ausschreibungsunterlagen klare Auskunft darüber zu geben haben, wie es sich bezüglich allfälliger Versicherungen verhält. Dadurch kann erreicht werden, dass die Offerten auch Angaben zu allfälligen Versicherungskosten enthalten und damit vollständig und transparent sind.

Art. 17 Abs. 4; Einreichung des Angebotes

Die Angebotsbearbeitung mittels EDV entspricht heute weitgehend dem Stand der Technik. Hilfsmittel wie der Normenpositionskatalog (NPK) oder Devisierungs- und Kalkulationssoftware erleichtern Planern und Anbietern die Anwendung. Standardisierte Schnittstellen ermöglichen den elektronischen Datenaustausch zwischen den Beteiligten. Wir begrüssen die Zulassung des EDV-Ausdrucks in Papierform.

Art. 18; Einreichung des Antrages auf Teilnahme

Gemäss dieser Bestimmung dürfen Anträge auf Teilnahme im selektiven Verfahren auch per Fax oder durch elektronische Übermittlung eingereicht werden. Auch wenn hier eine administrative Erleichterung beabsichtigt ist, die wir grundsätzlich sehr begrüessen, müssen wir darauf hinweisen, dass diese Regelung zu beweisrechtlichen Problemen führen könnte.

Art. 28; Vertragsschluss

Abs. 2 betrifft die Problematik des vorzeitigen Vertragsabschlusses und erweckt etliche Bedenken. Es ist nach Auffassung der Verbände tunlichst zu vermeiden, dass Beschaffungsverträge abgeschlossen werden, bevor allfällige Beschwerden rechtskräftig erledigt sind. Diese Ansicht vertritt offenbar auch die Regierung (Erläuterungen, S. 57). Dort wird nämlich ausgeführt, Ausnahmen wären nur in Fällen ausserordentlicher Dringlichkeit zulässig. Diese wichtige Einschränkung wird in Art. 28 Abs. 2 nicht zum Ausdruck gebracht. Diese Bestimmung ist daher dahingehend zu präzisieren, dass ein vorzeitiger Vertragsabschluss vor Abschluss des Beschwerdeverfahrens nur in Fällen ausserordentlicher Dringlichkeit gestattet ist. Der Umstand, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt wurde, vermag keinen vorzeitigen Vertragsschluss zu rechtfertigen.

E. Würdigung der Revisionsentwürfe

Die Verbände unterstützen die angestrebte Revision, und zwar mit den vorgebrachten Einschränkungen und vorbehältlich der Berücksichtigung der Änderungsvorschläge gemäss den vorstehenden Bemerkungen. Positiv zu werten ist vor allem, dass die mit dem geltenden Submissionsgesetz gemachten Erfahrungen und die Rechtsprechung der letzten Jahre in die kantonalen Submissionserlasse eingeflossen sind. Durch das Wegfallen von zwei submissionsrechtlichen Erlassen wird der Submissionsdschungel etwas ausgelichtet. Die Submissionsgesetzgebung wird aber trotzdem auch inskünftig für juristische Laien, zu welchen die überwiegende Mehrzahl unserer Mitglieder zu zählen ist, kaum leichter überblick- und anwendbar sein. Zu viele Normen erschweren den Zugang zur und den Überblick über die komplizierte und durch zahlreiche Formvorschriften geprägten Rechtsmaterie. Das ist zwar zu bedauern und wohl kaum zu vermeiden, steht aber einer gesamthaft positiven Beurteilung der vorliegenden Entwürfe nicht entgegen, auch wenn uns die Ausdehnung des Anwendungsbereiches der kantonalen Submissionsgesetzgebung in den Sektorbereichen keine Freude bereitet. Diese wohl nur eine beschränkte Anzahl privater Sektorunternehmen berührende Ausdehnung ist aber hinzunehmen, will man nicht auf die als positiv zu beurteilenden Neuerungen der revidierten IVöB verzichten. Aus der Sicht der Verbände sind vor allem die Erhöhung der Schwellenwerte in der revIVöB - welche in unserem Kanton im Sinne unserer Erwägungen nachzuvollziehen ist - und die damit verbundene Marktliberalisierung positiv zu werten.

Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Bündner Gewerbeverband

**Handelskammer und
Arbeitgeberverband Graubünden**

Sig. Jan Mettler, Präsident

Sig. Ludwig Locher, Präsident

Sig. Jürg Michel, Direktor

Sig. Dr. Marco Ettisberger, Sekretär