

B 2

## **6. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni**

B 2.6

### **1. Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1. Februar 2000 (pour le français B 2.6 2.)**

*Empfehlungen, Stellungnahmen; Art. 8 Abs. 2 BGBM*

*Recommandations, préavis; art. 8 al. 2 LMI*

*Raccomandazioni, preavviso; art.8 cpv. 2 LMI*

*Empfehlungen nach Artikel 8 Absatz 2 BGBM vom 17. April 2000 betreffend Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 1. Februar 2000 (Anpassung an die bilateralen Abkommen CH – EG) zuhanden der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK).*

#### **1. Einleitung**

1. Am 7. Februar 2000 hat die Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK) einen Entwurf für eine Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) in die interne Konsultation gegeben. Im Sinne der Transparenz

und der guten Zusammenarbeit ist die Vorlage auch der Wettbewerbskommission zur fakultativen Stellungnahme zugestellt worden.

2. Der Entwurf dient einerseits der Anpassung der IVöB an die Verpflichtungen der Kantone aus dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (bilaterales Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen). Andererseits vereinheitlicht der Entwurf auch die Schwellenwerte der Vergabeverfahren für Beschaffungen, welche nicht von den internationalen Verpflichtungen erfasst werden und demnach allein durch innerstaatliches Recht geregelt werden.

3. Die vorliegenden Empfehlungen stützen sich auf das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02). Gemäss Artikel 8 Absatz 2 BGBM kann die Wettbewerbskommission Bund, Kantone und Gemeinden Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben. Der Entwurf wird mit diesen Empfehlungen daher allein aus Sicht des BGBM beurteilt.

4. Die Wettbewerbskommission hat im Mai 1998 zu einem Entwurf vom 25. März 1998 für eine Revision der IVöB Stellung genommen, welcher das kantonale und kommunale Beschaffungswesen in der Schweiz weitgehend vereinheitlicht hätte<sup>1</sup>. Wo angezeigt, wird für weitere Ausführungen auf diese Empfehlungen hingewiesen.

## **2. Die Mindestanforderungen des BGBM an das kantonale und kommunale Beschaffungsrecht**

5. Das BGBM enthält für das Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden verbindliche Mindestvorschriften. Es sind dies:

- Die Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung (Art. 5 i.V.m. Art. 3 BGBM),
- Die Publikation umfangreicher Vorhaben sowie der Kriterien für Teilnahme und Zuschlag im Vergabeverfahren (Art. 5 Abs. 2 BGBM), und
- Die Vorschrift, dass Beschränkungen des Marktzuganges in Form von Verfügungen zu erfolgen haben (Art. 9 Abs. 1 BGBM) und dass das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorsieht (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

6. Von diesen Minimalanforderungen darf nur unter den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM abgewichen werden. Die Beschränkungen

---

<sup>1</sup> Recommandations de la Commission de la Concurrence du 18 mai 1998 concernant le projet de révision de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 mars 1998 (Recommandations rév. AIMP), RPW/DPC 1998/2, p. 329 ff.

müssen demnach gleichermassen auch für Ortsansässige gelten, im überwiegenden öffentlichen Interesse erfolgen und verhältnismässig sein. Ferner dürfen sie in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten. Das BGBM stellt demnach keine detaillierten Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen auf, sondern dient allein der Durchsetzung des diskriminierungsfreien Marktzuganges.

7. Unter den Begriff der "öffentlichen Beschaffung" fallen sämtliche Beschaffungen der Kantone, Gemeinden und anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben. Artikel 5 Absatz 1 BGBM erfasst somit grundsätzlich sämtliche Auslagen, die von Trägern öffentlicher Aufgaben zur Erfüllung derselben getätigt werden<sup>2</sup>.

### 3. Allgemeine Beurteilung des Entwurfs

8. Die WEKO beurteilt den Entwurf insgesamt sehr positiv. Sie begrüsst die Anstrengungen der Kantone zur Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens im Sinne eines Binnenmarktes Schweiz. Von besonderer Bedeutung sind die nachfolgenden Punkte, welche den Mindestanforderungen des BGBM entsprechen:

- Der Anwendungsbereich des Entwurfs erfasst sämtliche Beschaffungen von Kantonen und Gemeinden;
- Die Schwellenwerte für die Vergabeverfahren werden im Sinne von Obergrenzen gesamtschweizerisch vereinheitlicht, mit der Möglichkeit für die Kantone, auch tiefere Schwellenwerte anzusetzen;
- Beschaffungen, die aufgrund der Bagatellklausel nicht den internationalen Verpflichtungen unterstehen, werden gemäss dem innerstaatlichen Recht vergeben;
- Der Rechtsschutz wird für alle Beschaffungen verstärkt, indem der Zuschlag generell in Form von Verfügungen zu erfolgen hat und eine Beschwerde an eine unabhängige kantonale Rechtsinstanz vorzusehen ist<sup>3</sup>.

9. Diese Änderungen tragen zu mehr Transparenz, zu mehr Wettbewerb und daher zur Bildung eines Binnenmarktes Schweiz im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens bei.

<sup>2</sup> Vgl. Empfehlungen der Wettbewerbskommission vom 13. November 1996 zum Entwurf der Submissionsverordnung des Kantons Uri (Empfehlung Uri), nicht publiziert, Bemerkungen zu Artikel 6 des Entwurfs, S. 4 f., und Recommandations de la Commission de la Concurrence du 6 juillet 1998 concernant le projet de loi sur les marchés publics du Canton de Neuchâtel du 6 mai 1998 (Recommandations NE), RPW/DPC 1998/2, p. 336 ss., chiffre 9, p. 338.

<sup>3</sup> Vgl. auch Empfehlungen der Wettbewerbskommission vom 3. November 1997 zu den Submissionsgesetzesentwürfen der Kantone Basel-Land und Basel-Stadt, RPW/DPC 1997/4, S. 591 ff.

10. Empfehlungen gestützt auf das BGBM ergehen zum Anwendungsbereich betreffend Konzessionen, zur Ausnahmeregelung, zum Gegenrecht, zur freien Wahl zwischen dem offenen und dem selektiven Verfahren, zur Beschränkung der Anzahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbieter im Rahmen des selektiven Verfahrens, zum weiteren Vorgehen betreffend die Erfahrungen zu den Vergabeverfahren sowie zur Problematik der Vorschriften betreffend Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen.

#### **4. Der Anwendungsbereich und Konzessionen**

11. In Bezug auf den Anwendungsbereich der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen ist die Problematik vorhanden, dass mit der Vergabe von Konzessionen zum Teil die Erledigung von öffentlichen Aufgaben verbunden ist (z.B. Verleihung des ausschliesslichen Rechts zur Bewirtschaftung des öffentlichen Grundes für die Aussenwerbung, sogenannte Werbepachtverträge)<sup>4</sup>. Die Wettbewerbskommission empfiehlt sicherzustellen, dass die Vergabe von solchen Konzessionen, mit denen die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben verbunden ist, unter den Anwendungsbereich des Entwurfes fallen.

**Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt sicherzustellen, dass die Vergabe von Konzessionen, mit welchen die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben verbunden ist, in den Anwendungsbereich des Entwurfes fallen.**

#### **5. Die Ausnahmen (Art. 10 des Entwurfes)**

12. In Artikel 10 des Entwurfes sind Fälle aufgelistet, in denen die Vereinbarung keine Anwendung finden soll (Aufträge an Behinderterinstitutionen, im Rahmen von Agrarprogrammen, für Beschaffung von Waffen, etc. sowie bei Gefährdung der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung etc.).

13. Das BGBM erfasst grundsätzlich alle Beschaffungen, welche zur Erledigung von öffentlichen Aufgaben getätigt werden. Ausnahmen von der Anwendung von Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 3 BGBM gibt es in diesem Sinne nicht<sup>5</sup>. Je nach den Umständen des Einzelfalles kann es aber gerechtfertigt sein, ein Verfahren zu wählen, aus welchem gleichzeitig Beschränkungen des Marktzuganges resultieren (z.B. die direkte Vergabe). Dies ist jedoch in jedem Fall einzeln zu entscheiden.

<sup>4</sup> Vgl. Empfehlungen der Wettbewerbskommission gemäss Artikel 8 Absatz 2 BGBM vom 17. Mai 1999 betreffend Pachtverträge über die Aussenwerbung zu Handen der kantonalen und kommunalen Gemeinwesen, RPW/DPC 1999/2, S. 260.

<sup>5</sup> Recommandations NE du 6 juillet 1998, RPW/DPC 1998/2, p. 336 ss., chiffre 8 ss.

14. Die Wettbewerbskommission empfiehlt daher, Artikel 10 des Entwurfes so abzuändern, dass die Ausnahmen nur für den Staatsvertragsbereich gelten und ansonsten die Vorschriften des Allgemeinen Teils anwendbar sind. Dies bedingt eine Änderung der Überschrift und des Einleitungssatzes des ersten Absatzes. Absatz 2 von Artikel 10 ist zu streichen. Im Kurzkomentar oder in allfälligen Erläuterungen kann darauf hingewiesen werden, dass die darin angesprochenen Fälle von öffentlichen Beschaffungen (Schutz der Polizeigüter und der Rechte des geistigen Eigentums) allenfalls im freihändigen Verfahren vergeben werden können.

**Empfehlungen: Die Wettbewerbskommission empfiehlt, die Überschrift von Artikel 10 des Entwurfes wie folgt zu formulieren:**

" Art. 10 Ausnahmen des Staatsvertragsbereichs

<sup>1</sup> Die Vorschriften gemäss Staatsvertragsbereichs finden keine Anwendung auf: . . .".

**Die Wettbewerbskommission empfiehlt, Artikel 10 Absatz 2 des Entwurfes zu streichen und den Kurzkomentar im dargestellten Sinne zu ergänzen.**

#### **6. Die Gegenrechtsklausel (Art. 10bis Bst. a des Entwurfes)**

15. Gemäss Artikel 10bis des Entwurfes ist die Vereinbarung anwendbar auf Angebote von Anbietern, die ihren Sitz oder Wohnsitz haben: a) in einem beteiligten Kanton; b) in einem Staat, der durch einen Staatsvertrag entsprechend verpflichtet ist.

16. Ein Gegenrecht ist möglich in Bezug auf Staaten, welche durch Staatsvertrag entsprechend verpflichtet sind. Gegenrechtsvorbehalte in Bezug auf Kantone hingegen sind mit dem Inkrafttreten des BGBM hinfällig geworden. In einem Binnenmarkt Schweiz haben alle Anbieterinnen und Anbieter mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz Anspruch auf freien und diskriminierungsfreien Marktzugang. Die Wettbewerbskommission empfiehlt daher, Artikel 10bis Buchstabe a des Entwurfes zu streichen<sup>6</sup>.

**Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt, die Gegenrechtsklausel in Bezug auf die Kantone in Artikel 10bis Buchstabe a des Entwurfes zu streichen.**

#### **7. Die Vergabeverfahren (Art. 12 des Entwurfes)**

17. Gemäss Artikel 12 des Entwurfes wird zwischen dem offenen und selektiven Verfahren, dem Einladungsverfahren und der direkten Ver-

<sup>6</sup> Vgl. auch *Recommandatios rév. AIMP*, a.a.O., chiffre 12, RPW/DPC 1998/2, p. 329 ss.

gabe unterschieden. Im offenen Verfahren wird der geplante Auftrag öffentlich ausgeschrieben und alle Anbieter können ein Angebot einreichen. Im selektiven Verfahren wird der geplante Auftrag öffentlich ausgeschrieben und alle Anbieter können einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Anschliessend werden die Anbieter bestimmt, welche die Eignungskriterien erfüllen und daher ein Angebot einreichen dürfen. Im Einladungsverfahren bestimmt der Auftraggeber ohne Ausschreibung direkt diejenigen Anbieter, welche zur Angebotsabgabe eingeladen werden. Bei der freihändigen Vergabe schliesslich vergibt der Auftraggeber direkt.

**1. *Wahl zwischen dem offenen und dem selektiven Verfahren (Art. 12bis Abs. 1 des Entwurfes)***

18. Im Staatsvertragsbereich kann wahlweise im offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden (Art. 12bis des Entwurfes). Dasselbe gilt für den Allgemeinen Bereich, da diesbezüglich keine anderen Bestimmungen vorhanden sind. Der Kurzkomentar enthält dazu keine Ausführungen.

19. Durch das selektive Verfahren wird die Zahl der am Vergabeverfahren teilnehmenden Anbieter eingeschränkt. Es sollte daher nur restriktiv verwendet werden und nur dann Anwendung finden, wenn die Umstände des Einzelfalles, wie zum Beispiel die Komplexität des Falles, dies verlangen. Die willkürliche Anwendung des selektiven Verfahrens kann zu Marktzugangsbeschränkungen führen, die sich nicht durch Artikel 3 BGBM rechtfertigen lassen. Eine allfällige Verwendung von protektionistischen Kriterien ist ohnehin BGBM-widrig.

**Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt die Verankerung des Prinzips der restriktiven Anwendung des selektiven Verfahrens.**

**2. *Beschränkung der Anzahl der Offerierenden im selektiven Verfahren (Art. 12 Abs. 1 Bst. b des Entwurfes)***

20. Der Auftraggeber kann im selektiven Verfahren nach der Qualifikation der Anbieter die Zahl der zur Angebotseingabe Eingeladenen beschränken, "wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann. Dabei muss ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein" (Art. 12 Abs. 1 Bst. b des Entwurfes). Der Kurzkomentar enthält dazu keine Ausführungen.

21. Grundsätzlich sollen alle im selektiven Verfahren qualifizierten Anbieter ein Angebot einreichen können. Die Beschränkung der Anzahl der Offerierenden führt zu einer Wettbewerbsbeschränkung. In den Empfehlungen vom 18. Mai 1998 hat die Wettbewerbskommission die Ausführungen des Erläuternden Berichts begrüsst, wonach eine Beschränkung die Ausnahme darstellt und in den Ausschreibungsun-

terlagen anzukündigen ist<sup>7</sup>. Die Wettbewerbskommission bestätigt diese Ausführungen und empfiehlt die Ergänzung von Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b des Entwurfes mit einer entsprechenden Formulierung. Ausserdem ist in einem allfälligen Erläuternden Bericht zu dieser Revision darauf hinzuweisen, dass eine Beschränkung der Offerierenden im selektiven Verfahren nur in Ausnahmefällen zulässig ist.

22. Ferner darf der Auftraggeber ortsfremde Anbieter nicht diskriminieren (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM, vgl. Ziff. 6 und nachfolgend Ziff. 26 dieser Empfehlungen). Ein entsprechender Hinweis ist ebenfalls in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b des Entwurfes aufzunehmen.

**Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt die Ergänzung von Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b des Entwurfes,**

- **Wonach die Beschränkung der Zahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbieter in den Ausschreibungsunterlagen anzukündigen ist, und**
- **Ortsfremde Anbieter bei der Auswahl nicht diskriminiert werden dürfen.**

### **3. Das offene Verfahren als Grundsatz**

23. Der Grundsatz des diskriminierungsfreien Marktzuganges gemäss Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 3 BGBM gilt für sämtliche Beschaffungen der Kantone und Gemeinden, unabhängig vom Umfang des einzelnen Vorhabens<sup>8</sup>. Der Begriff "umfangreich" ist somit im Zusammenhang mit der Mindestanforderung von Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 3 BGBM zu interpretieren.

24. Aus Sicht des diskriminierungsfreien Marktzuganges und des Wettbewerbs ist von den verschiedenen Vergabeverfahren das offene Verfahren zu bevorzugen<sup>9</sup>. Alle interessierten Anbieter, welche sich in den einschlägigen Publikationsorganen informieren, bekommen dadurch die Möglichkeit, sich um die Vergabe zu bewerben und ein Angebot einzureichen. Sie haben damit zunächst Marktzugang zu den einzelnen Beschaffungsvorhaben. Wird einem Anbieter im weiteren Verlauf des Verfahrens der Zuschlag nicht erteilt, so kann er den Vergabeentscheid im Rechtsmittelverfahren überprüfen lassen.

<sup>7</sup> Recommandations rév. AIMP, a.a.O., chiffres 16 s., p. 332 s.

<sup>8</sup> Recommandations NE, a.a.O., chiffres 8-10, p. 338; Thomas Cottier/Benoît Merkt, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das öffentliche Beschaffungswesen, in: Roland von Büren/Thomas Cottier (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Berner Tage für die juristische Praxis BTJP, Stämpfli Verlag AG, Bern 1996, S. 35 ff., S 57 f.

<sup>9</sup> Recommandations NE, a.a.O., chiffre 16, p. 340; Recommandations rév. AIMP, a.a.O., chiffre 14, p. 332.

25. Das Einladungsverfahren und die direkte Vergabe berauben die nicht berücksichtigten Anbieter der Möglichkeit, sich über das Beschaffungsvorhaben zu informieren und sich um den Zuschlag zu bewerben. Sie stellen daher eine Beschränkung des Marktzuganges dar, welche nur unter den Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM zulässig ist<sup>10</sup>.

#### **4. Allgemeine Voraussetzungen der Bestimmung der Schwellenwerte**

26. Da das Einladungsverfahren wie auch die direkte Vergabe grundsätzlich eine Beschränkung des Marktzuganges darstellen, sind die Schwellenwerte, welche die Anwendbarkeit der beiden Verfahren definieren, nur zulässig, wenn die kumulativen Voraussetzungen von Artikel 3 BGBM erfüllt sind. Schwellenwerte müssen demnach gleichermaßen für ortsansässige Personen gelten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM) und verhältnismässig sein (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM). Auf keinen Fall dürfen bei der Bestimmung der Höhe der Schwellenwerte Argumente oder Überlegungen berücksichtigt werden, die als verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen zu interpretieren sind (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

#### **Keine formelle Diskriminierung (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)**

27. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a BGBM müssen Beschränkungen des Marktzuganges gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten. Schwellenwerte sind daher für ortsansässige und ortsfremde Personen unterschiedslos zu bestimmen.

#### **Überwiegendes öffentliches Interesse (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)**

28. Als überwiegendes öffentliches Interesse kommen in Bezug auf die Höhe der Schwellenwerte für die Publikation verfahrenswirtschaftliche und volkswirtschaftliche Aspekte in Betracht. Andere Interessen, wie zum Beispiel wirtschaftspolitische Interessen, sind nicht zulässig. Die Höhe der Schwellenwerte ist damit vom Verwaltungsaufwand, wie er bei der Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens anfällt, abhängig zu machen.

29. Insgesamt aber sind die volkswirtschaftlichen Auswirkungen der Regelung der Schwellenwerte ausschlaggebend. Ziel der Regelung der Schwellenwerte muss es sein, unter Wahrung der Wirtschaftlichkeit der Vergabeverfahren einen möglichst grossen Anteil des Gesamtvo-

<sup>10</sup> Recommandations NE, a.a.O., chiffre 16, p. 340; Recommandations rév. AIMP, a.a.O., chiffre 14, p. 332.



lumen der öffentlichen Beschaffungen im Wettbewerb zu vergeben. Dies dient der sparsamen Verwendung der öffentlichen Mittel und fördert in volkswirtschaftlicher Hinsicht Qualität und Innovation, was wiederum dem Wirtschaftsstandort Schweiz zu Gute kommt.

### **Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM)**

30. Die Massnahmen, welche den Marktzugang beschränken, müssen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c und Absatz 3 BGBM entsprechen. Die Massnahmen müssen daher geeignet sein und das mildeste zur Verfügung stehende Mittel darstellen. Ferner darf der Eingriff im Sinne einer angemessenen Zweck-Mittel-Relation im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen nicht unangemessen schwer wiegen<sup>11</sup>. Gemäss Artikel 3 Absatz 3 BGBM sind Beschränkungen nur dann verhältnismässig, wenn die angestrebte Schutzwirkung nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erzielt wird. Dabei sind die Nachteile und Sicherheiten zu berücksichtigen, welche der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat. Unzulässig ist es, vorgängig zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit die Niederlassung oder den Sitz am Bestimmungsort zu verlangen.

31. Das Einladungsverfahren und die direkte Vergabe und damit die Bestimmung der entsprechenden Schwellenwerte sind grundsätzlich geeignete Mittel, um die Verfahrensökonomie zu wahren. Werden die Schwellenwerte auf einem Niveau festgelegt, welches den Anliegen der Verfahrensökonomie entspricht und gleichzeitig die volkswirtschaftlichen Aspekte wahrt, handelt es sich auch um das mildeste der zur Verfügung stehenden Mittel. Konkret ist bei der Festlegung der Schwellenwerte das Verhältnis zwischen dem Umfang der Beschaffung und dem Verwaltungsaufwand des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen<sup>12</sup>. Gleichzeitig muss aber auch gesichert sein, dass ein möglichst grosser Anteil des Gesamtvolumens der öffentlichen Beschaffungen im Wettbewerb vergeben wird.

32. Die Schwellenwerte sind somit auf einem Niveau anzusetzen, welches den grössten volkswirtschaftlichen Nutzen repräsentiert. Unter Wahrung der Wirtschaftlichkeit der Vergabeverfahren muss ein möglichst grosser Anteil des Gesamtvolumens der öffentlichen Beschaffungen im Wettbewerb vergeben werden. Aufgrund von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a BGBM, welcher die formelle Diskriminierung verbietet, können diesbezüglich aber keine Argumente eingebracht werden, welche einen "gewissen Spielraum" für die Bevorzugung von Ortsansässigen fordern.

<sup>11</sup> BGE 121 I 129 E.3b, mit Verweisen.

<sup>12</sup> Vgl. diesbezüglich auch: *Recommandations rév. AIMP*, chiffre 21, p. 334.

## 5. Die Schwellenwerte des Entwurfs (Art. 12bis Abs. 2 des Entwurfes)

33. Der Anwendungsbereich des Entwurfs unterscheidet zwischen dem Staatsvertragsbereich und dem Allgemeinen Bereich (Art. 5bis und 6 des Entwurfs). Zum Staatsvertragsbereich gehören all jene Beschaffungen, welche von den Verpflichtungen der internationalen Verträge erfasst werden. In den Allgemeinen Bereich fallen alle übrigen Beschaffungen (Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 des Entwurfs).

34. Die Schwellenwerte für den Staatsvertragsbereich richten sich nach den internationalen Verpflichtungen. Darauf ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen. Von besonderer Bedeutung sind aus Sicht des BGBM die Schwellenwerte für den Allgemeinen Bereich.

35. Die Schwellenwerte des Allgemeinen Bereichs lauten wie folgt:

	<b>Güter/DL (in CHF)</b>	<b>Baufträge (in CHF)</b>
<b>Freihändige Vergabe</b>	bis 50'000.--	bis 100'000.--
<b>Einladungsverfahren</b>	bis 250'000.--	bis 500'000.--
<b>Offenes Verfahren</b>	ab 250'000.--	ab 500'000.--

36. Die Schwellenwerte sind einseitig durchlässig, d.h. im Einzelfall kann anstelle des zulässigen freihändigen Verfahrens auch im Einladungsverfahren oder im offenen Verfahren vergeben werden. Die Kantone sind ferner frei, im Allgemeinen Bereich für die Verfahren generell tiefere Werte vorzusehen. Festzuhalten ist, dass die Bestimmungen des gewählten Verfahrens anzuwenden sind und dass aus der Anwendung tieferer Schwellenwerte keine Gegenrechtsvorbehalte abgeleitet werden können (Art. 12bis des Entwurfes).

37. Das Sekretariat hat sich in einem Schreiben vom 2. September 1999 an die BPUK zur Höhe der Schwellenwerte geäußert. Es hat, gestützt auf eine ECOPLAN-Studie vom Januar 1994, niedrigere Schwellenwerte (Publikation von Bauaufträgen ab CHF 300'000.-- bzw. Güter/DL ab CHF 150'000.--) vorgeschlagen.

38. Die WEKO nimmt das Schreiben des Sekretariates zur Kenntnis. Zu dieser Problematik hat sie sich bereits in ihren Empfehlungen vom 25. März 1998 zum Entwurf für eine revidierte IVöB geäußert. Sie bekräftigt die damaligen Feststellungen, wonach die Erfahrungen der Praxis zeigen werden, ob die Schwellenwerte des Entwurfs allenfalls anzupassen sind.

39. Um in ein paar Jahren beurteilen zu können, ob die Schwellenwerte anzupassen sind, müssen heute die entsprechenden Daten erfasst werden. Die WEKO empfiehlt den Kantonen daher, die entsprechenden Vorkehren an die Hand zu nehmen und das Sekretariat der

Wettbewerbskommission im Sinne von Artikel 4 Absatz 4 des Entwurfes dabei mit einzubeziehen.

**Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt, die entsprechenden Vorkehren zu treffen, damit nach einer geeigneten Dauer die notwendigen Daten und Erfahrungen vorhanden sind, um über eine allfällige Änderung der Schwellenwerte entscheiden zu können. Sie empfiehlt, dabei das Sekretariat der WEKO mit einzubeziehen.**

#### **8. Arbeitsschutzvorschriften und Arbeitsbedingungen (Art. 11 Bst. e des Entwurfes)**

40. Bei der Vergabe von Aufträgen sind allgemein die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu beachten (Art. 11 Bst. e des Entwurfes). Der Kurzkomentar enthält keine Ausführungen zu dieser Problematik.

41. Gemäss BGBM ist diesbezüglich grundsätzlich das Herkunftsprinzip anzuwenden. Die Wettbewerbskommission bekräftigt diesbezüglich ihre Empfehlungen vom 18. Mai 1998 (Recommandations rév. AIMP) und vom 6. Juli 1998 (Recommandation NE). Demnach kann in Bezug auf die Einhaltung von Vorschriften betreffend Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen grundsätzlich das Leistungsortsprinzip gelten, vorausgesetzt, dass alle diesbezüglichen Bestimmungen im Inland als gleichwertig anzusehen sind. Die Wettbewerbskommission empfiehlt, die Problematik im Kurzkomentar darzustellen und Artikel 11 Buchstabe e des Entwurfes entsprechend zu ergänzen.

**Empfehlung: Die Wettbewerbskommission empfiehlt, Artikel 11 Buchstabe e des Entwurfes wie folgt und den Kurzkomentar im dargestellten Sinne zu ergänzen:**

"Art. 11 Allgemeine Grundsätze

...

e. ... und Arbeitnehmer; dabei gelten im Inland alle als gleichwertig;"

#### **9. Die "Auslinkklausel" (Art. 8 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. b des Entwurfs)**

42. Zum Staatsvertragsbereich und zum Allgemeinen Bereich enthält der Entwurf eine Vorschrift, wonach Auftraggeber der Vereinbarung unterstellt sind, "soweit sie keinen kommerziellen oder industriellen Charakter haben" (Art. 8 Abs. 1 Bst. a, Abs. 2 Bst. b des Entwurfs). Anders formuliert fallen jene Auftraggeber nicht unter die Vereinbarung, welche einen kommerziellen oder industriellen Charakter haben. Der Kurzkomentar weist diesbezüglich auf die im bilateralen Abkommen enthaltene sogenannte "Auslinkklausel" hin.

---

43. Artikel 3 Ziffer 5 des bilateralen Abkommens EG – CH sieht die Möglichkeit vor, dass "in einem Bereich Beschaffungen von dem Abkommen unterstellten Auftraggebern (z.B. Telekommunikation und Energie) von der Anwendung des Abkommens auszunehmen, falls nachweisbar Wettbewerb herrscht, d.h. innerhalb eines geographisch bestimmten Gebietes Konkurrenten dieselben Dienstleistungen unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten in der Lage sind (Prinzip der Ausklinkklausel)"<sup>13</sup>. Gemäss Botschaft ist in diesen Fällen genügend gewährleistet, dass die Beschaffungen nach wirtschaftlichen Kriterien erfolgen und demnach kein Bedarf mehr für eine staatliche Regulierung gegeben ist. In einer Arbeitsgruppe aus Vertretern des Bundes und der Kantone sollen Abgrenzungsfragen zur Kompetenz der Kantone geklärt werden<sup>14</sup>.

44. Zurzeit sind die Arbeiten zur Umsetzung der aus dem bilateralen Abkommen resultierenden Verpflichtungen im Gange. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist in der Arbeitsgruppe der Bundesverwaltung vertreten. Angesichts des Umstandes, dass diese Umsetzungsarbeiten noch nicht abgeschlossen sind, sollte im Entwurf eine allgemeinere Formulierung gewählt werden, welche eventuell Bezug nimmt auf das bilaterale Abkommen CH - EG.

<sup>13</sup> Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 VI 6128, 6205; Sonderdruck, S. 78.

<sup>14</sup> A.a.o., S. 6205 f., bzw. S. 78 f. sowie S. 6210 bzw. S. 83.