



Erläuternder Bericht des Baudepartementes zum Entwurf eines III. Nachtrags zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen

Inhaltsverzeichnis	Seite
1. Ausgangslage.....	1
2. Schwerpunkte der Anpassung.....	1
2.1. Form des Erlasses	1
2.2. Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen.....	2
2.3. Veröffentlichung von Angaben des Offertöffnungsprotokolls.....	3
3. Auswirkungen.....	4

1. Ausgangslage

Die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen gehört zu den Fundamenten eines fairen Wettbewerbs. Immer wieder wird dabei auf Missstände in Ländern hingewiesen, welche die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) zwar ratifiziert haben, sich aber nicht an deren Inhalt halten oder die Kernübereinkommen nicht einmal ratifiziert haben. Zu den Kernübereinkommen gehört insbesondere auch das Verbot der Kinderarbeit. Auch im Kantonsrat wurde das Thema aufgegriffen (Schriftliche Antwort der Regierung vom 22. Mai 2007 zur Interpellation "Kinderarbeit in Steinbrüchen" [Titel der Antwort] und Motion "Fairer Welthandel im öffentlichen Beschaffungswesen" [42.09.22]). Ende des Jahres 2009 hat nun der Bund für seinen Bereich eine gesetzliche Grundlage für die Gewährleistung der Einhaltung der Kernübereinkommen der IAO (Art. 7 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen in der Fassung vom 18. November 2009; AS 2009, 6149).

Mehrere Unternehmen wie auch das KMU-Forum haben das Baudepartement mehrfach er- sucht, die Möglichkeit öffentlicher Offertöffnungen zu prüfen bzw. die Protokolle der Offertöff- nungen auf einer elektronischen Plattform zu veröffentlichen. Das Baudepartement hat deshalb drei mögliche Varianten einer elektronischen Veröffentlichung auf drei verschiedenen Internet- plattformen untersucht und die Ergebnisse im Bericht "Entscheidgrundlagen für den Offertöff- nungsprozess beim öffentlichen Beschaffungswesen" vom 12. Oktober 2009 zusammenge- fasst. Als kurzfristig umsetzbar empfohlen wird die Veröffentlichung der Offertöffnungsprotokol- le auf der bestehenden Internetplattform über das Beschaffungswesen des Kantons St.Gallen "www.beschaffungswesen.sg.ch". Mit Blick auf eine mittel- bis längerfristige Lösung wird emp- fohlen, die Offertöffnungsprotokolle auf der von Bund, Kantonen und Gemeinden gemeinsam betriebenen Internetplattform im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens "www.simap.ch" weiter zu verfolgen.

2. Schwerpunkte der Anpassung

2.1. Form des Erlasses

Das Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen enthält Vorschriften über den Geltungsbereich, die Haftung und den Rechtsschutz. Der Erlass der Aus- führungsvorschriften wurde an die Regierung delegiert; nach Art. 6 Abs. 1 EGöB regelt die Re- gierung Grundsätze und Verfahren des öffentlichen Beschaffungswesens durch Verordnung (Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen). Aufgrund der bestehenden Konzeption des kantonalen Rechts mit Grundsatzgesetz und Ausführungsverordnung soll auf eine Ände-

zung des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen verzichtet werden. Die Anliegen sollen mit einem III. Nachtrag zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (III. NVöB) umgesetzt werden.

2.2. Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen

Die acht Kern-Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organization, ILO)¹, die auch von der Schweiz ratifiziert wurden, enthalten Bestimmungen zum Schutz fundamentaler Arbeitsnormen. Sie betreffen unter anderem das Vereinigungsrecht und das Recht auf Kollektivverhandlungen, das Verbot von Zwangs- und Kinderarbeit sowie die Nichtdiskriminierung am Arbeitsplatz.

Im rein innerstaatlichen Verhältnis, in dem ein Anbieter mit Sitz bzw. Niederlassung in der Schweiz eine Leistung in der Schweiz erbringt, sind diese Mindeststandards aufgrund der in der Schweiz geltenden Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen ohne weiteres erfüllt.

Erfüllt sind die Mindeststandards grundsätzlich auch, wenn ein Anbieter mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für beschränkte Zeit zur Erbringung von Arbeitsleistungen in die Schweiz entsendet. Nach Art. 2 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.20) müssen diesen betreffend Entlohnung, Arbeits- und Ruhezeit, Mindestdauer der Ferien, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz, Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen sowie Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann, mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantiert werden, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamt- und Normalarbeitsverträgen im Sinn von Art. 360a des Schweizerischen Obligationenrechts (SR 220; abgekürzt: OR) festgelegt werden.

Auf Anbieter mit Sitz oder Niederlassung im Ausland kann die Geltung von schweizerischem Recht – und damit auch die in der Schweiz geltenden strengen Arbeitsschutzbestimmungen und -bedingungen – aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht ausgedehnt werden. Die Einhaltung von arbeitsschutzrechtlichen und sozialen Kriterien ist aber auch für Leistungen, die von Anbietern ohne Sitz oder Niederlassung in der Schweiz im Ausland erbracht werden, aber in der Schweiz bezogen werden, wünschenswert. Von Bedeutung ist in erster Linie der Fall, dass Güter im Ausland produziert und an Auftraggeber in der Schweiz geliefert werden. Solche ausländischen Anbieter haben zumindest die Gewähr für die Einhaltung der acht ILO-Kernübereinkommen zu bieten.

Gestützt auf Art. 12 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.11; abgekürzt: VöB) ist es zwar heute bereits möglich, über die konkrete Ausgestaltung der Eignungskriterien den Nachweis über die Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen durch die Anbietenden zu verlangen, sofern dies sinnvoll und angemessen erscheint. Wird der Nachweis nicht erbracht, kann der Ausschluss des entsprechenden Anbieters verfügt werden. Die Regelung verleiht dem Auftraggeber damit ein relativ weites Ermessen, sowohl hinsichtlich der Frage, ob der genannte Nachweis im Rahmen der Eignungskriterien überhaupt verlangt wird wie auch bezüglich der Frage, ob – falls der Nachweis nicht erbracht wird – ein Ausschluss verfügt wird. Um dem sozialen Nachhaltigkeitsgedanken – insbesondere bei Beschaffungen mit Auslandbezug – künftig verstärkte Bedeutung zu verleihen, ist es nach Ansicht der

¹ ILO-Übereinkommen: Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit (SR 0.822.713.9), Nr. 87 vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (SR 0.822.719.7), Nr. 98 vom 1. Juli 1949 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (SR 0.822.719.9), Nr. 100 vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (SR 0.822.720.0), Nr. 105 vom 25. Juni 1957 über die Abschaffung der Zwangsarbeit (SR 0.822.720.5), Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (SR 0.822.721.1), Nr. 138 vom 26. Juni 1973 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (SR 0.822.723.8), Nr. 182 vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (SR 0.822.728.2).

Regierung erforderlich, den Nachweis der Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen bei sämtlichen Beschaffungen mit Auslandsbezug zu verlangen. Eine entsprechende gesetzliche Grundlage kann durch Ergänzung von Art. 10 VöB geschaffen werden (Abs. 3 neu). Eine Ergänzung der Ausschlussgründe nach Art. 12 Abs. 1 VöB ist nicht notwendig, fällt eine Verletzung von Art. 10 Abs. 3 VöB regelmässig unter den Tatbestand von Art. 12 Abs. 1 Bst. d VöB, wonach ein Anbieter u.a. ausgeschlossen werden kann, wenn er Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen nicht einhält.

2.3. Veröffentlichung von Angaben des Offertöffnungsprotokolls

Im Beschaffungsverfahren eingereichte Angebote bleiben bis zum Zeitpunkt der Öffnung verschlossen (Art. 30 Abs. 1 VöB). Nach Ablauf der Angebotsfrist lässt der Auftraggeber die Angebote durch wenigstens zwei Beauftragte öffnen (Art. 30 Abs. 2 VöB). Über diese Öffnung wird ein Protokoll erstellt, das wenigstens die Namen und Unterschriften der anwesenden Personen, die Bezeichnung der Anbieter, die Einreichungs- und Eingangsdaten sowie die Nettopreise der Angebote enthält (Art. 30 Abs. 3 VöB). Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll wird erst nach erfolgtem Zuschlag und nur auf Gesuch hin gewährt.

Der Auftraggeber ist verpflichtet, Angaben und Unterlagen des Anbieters vertraulich zu behandeln (Art. 6 Abs. 1 VöB). Ohne sein Einverständnis oder gesetzliche Vorschrift dürfen diese weder genutzt noch Dritten weitergeleitet oder bekannt gemacht werden (Art. 6 Abs. 2 VöB). Dieses Vertraulichkeitsprinzip verletzt, wer unbefugt den Kreis der Informationsträger vergrössert oder vertrauliche Tatsachen allgemein verbreitet.

Dass an einem Beschaffungsverfahren beteiligte Anbieter ein erhebliches Interesse haben, möglichst früh zu wissen, im welchem Bereich der durch die eingegangenen Angebote abgesteckten Preisspanne ihr eigenes Angebot liegt, ist nachvollziehbar. Dies zumindest in den betragsmässig bedeutenderen offenen und selektiven Verfahren.

Zu beachten ist, dass die kantonale Internetplattform www.beschaffungswesen.sg.ch jedermann ohne Beschränkung zugänglich ist. Einsicht in die dort veröffentlichten Daten haben somit nicht nur die am Beschaffungsverfahren beteiligten Anbieter, sondern auch irgendwelche Dritte, insbesondere am Beschaffungsverfahren nicht beteiligte Konkurrentinnen und Konkurrenten. Unter dem Gesichtspunkt des Vertraulichkeitsprinzips ist eine gesamthafte Veröffentlichung des Offertöffnungsprotokolls aller Voraussicht nach nicht zulässig. Dem Interesse der beteiligten Anbieter kann indessen auch mit einem nur auszugsweise und anonymisiert veröffentlichten Offertöffnungsprotokoll, das sich auf die Angabe der offerierten Nettopreise beschränkt, ausreichend Rechnung getragen werden. Der einzelne Anbieter weiss aufgrund der eigenen Beteiligung, wo sein Angebot im Vergleich mit den anderen Angeboten betragsmässig steht, umgekehrt gewährt eine anonymisierte Veröffentlichung weder Mitbietern noch nicht beteiligten Dritten irgendwelche Rückschlüsse auf die jeweiligen hinter den Angeboten stehenden Anbieter. Damit ist das Vertraulichkeitsprinzip ausreichend gewahrt. Für die offenen und selektiven Verfahren soll daher eine entsprechende Veröffentlichung vorgesehen werden. Dementsprechend ist Art. 30 Abs. 4 erster Satz (neu) VöB anzupassen. Gemeinden und andere Auftraggeber haben derzeit keinen Zugriff auf die Internetplattform www.beschaffungswesen.sg.ch. Es ist deshalb angezeigt, für sie eine gesonderte Regelung zu treffen; die Nettopreise der Offerten sollen entweder in den entsprechenden Publikationsorganen der betroffenen Institutionen oder direkt bekannt gegeben werden (Art. 30 Abs. 4 zweiter Satz [neu] VöB).

Von dieser Anpassung nicht berührt wird das Recht der beteiligten Anbieter, nach erfolgtem Zuschlag auf Gesuch hin Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll zu verlangen.

Mit Blick auf eine allenfalls mittelfristig angestrebte Veröffentlichung der Offertöffnungsprotokolle auf der Internetplattform www.simap.ch wird abzuklären sein, ob technisch sichergestellt werden kann, dass nur die an der jeweiligen Beschaffung tatsächlich beteiligten Anbieter Zugriff auf das elektronisch publizierte Offertöffnungsprotokoll erhalten. Kann dies gewährleistet werden, wäre eine gesamthafte Publikation des Offertöffnungsprotokolls auch im Licht des Vertraulichkeitsprinzips denkbar. Dies würde allerdings eine erneute Änderung von Art. 30 VöB und eine Anpassung von Art. 6 Abs. 3 VöB bedingen.

3. Auswirkungen

Die Neuerungen führen auf Auftraggeberseite zwar zu einem gewissen Mehraufwand, er dürfte allerdings bescheiden sein.

Für schweizerische Anbieter ändert sich aufgrund der Einführung des Nachweises der Einhaltung der ILO-Kernübereinkommen grundsätzlich nichts.

Die Erhöhung der Transparenz durch Veröffentlichung der Nettopreise nach der Offertöffnung dürfte demgegenüber zu einer wesentlich besseren Verlässlichkeit der Auslastungsplanung bei KMU's führen und damit die Produktionskosten tendenziell senken. Die Anpassung liegt damit im Zielbereich des Berichtes der Regierung vom 24. Mai 2005 zum Postulat "Belastende Administration für KMU" (40.05.05).