



Markus Aeschbacher

lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Partner, Co-Head Bau, Immobilien und
Hotels
Telefon +41 58 258 10 00
markus.aeschbacher@bratschi.ch



Ulrich Keusen

Rechtsanwalt CAS
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
Partner
Telefon +41 58 258 16 00
ulrich.keusen@bratschi.ch

Weisse Liste – Schwarze Liste Wie man rein und wie man wieder raus kommt

Mit dem Verzeichnis der Anbieter wird endlich eine Liste eingeführt, die den Anbietern abnimmt, immer die gleichen Unterlagen und Erklärungen zusammenzutragen für den praktisch immer gleichen Nachweis der generellen Eignung. Bei den Sanktionen kommt aber neu auch eine Liste ins Spiel, die bis zu einer fünfjährigen Sperre von öffentlichen Aufträgen führt und die unter den Auftraggebern bzw. Beschaffungsstellen ausgetauscht werden kann. Wie kommt man auf diese Listen und wie kommt man wieder heraus?

1. Vorbemerkung zur Revision

In einem Gemeinschaftsprojekt von Bund und Kantonen wurde ein neues Beschaffungsrecht geschaffen, das weitgehend vereinheitlicht ist. Die Vereinheitlichung wurde erreicht, indem auf Bundesebene der gleiche Gesetzestext erlassen wurde (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB), wie ihn die Konferenz der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren durch die Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) geschaffen hat. Obwohl nicht ein Beschaffungsrecht für die ganze Schweiz gilt, wird im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes und der neuen IVöB je ein praktisch gleicher Normtext zur Verfügung gestellt, der dann Vergleiche und gemeinsame Entwicklungen zulässt.

Das BöB und die dazu gehörige Verordnung treten am 1. Januar 2021 in Kraft. Die IVöB geht im Moment in verschiedenen Kantonen in die Vernehmlassung und sie tritt in Kraft, sobald sie von zwei Kantonen angenommen wurde. Sie gilt in den Kantonen, welche sie in ihr eigenes Beschaffungsrecht aufgenommen haben.

2. Weisse Liste – Worum geht es?

Art. 28 rev. BöB/IVöB sieht ein Verzeichnis vor, mit welchem die generelle Eignung für Beschaffungen nachgewiesen werden kann. Die Liste trägt den Titel «Verzeichnisse» und nicht «Weisse Liste». Wir verwenden den Begriff «Weisse Liste» nur als eingängiges Schlagwort. Der Auftraggeber oder eine nach kantonal gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde kann demnach

ein Verzeichnis der Anbieter führen, die aufgrund ihrer Eignung die Voraussetzungen zur Übernahme öffentlicher Aufträge erfüllen. Mit dem Verzeichnis sind Angaben auf einer Internetplattform von Bund und Kantonen zu veröffentlichen, die bestimmte Informationen offenlegen. Die Verordnungsgeber werden sicherstellen müssen, dass mit einem transparenten Verfahren der Eintrag, die Prüfung oder Nachprüfung sowie auch die Streichung aus dem Verzeichnis jederzeit möglich ist.

In der Sache geht es darum, dass Anbieter immer wieder die gleichen oder analoge Unterlagen zusammentragen müssen, welche sie mit einer Offerte einreichen. Es geht dabei immer um dieselben Aspekte der grundsätzlichen Eignung, wie beispielsweise den Nachweis, dass keine Beteiligungen offen sind, dass die Steuern bezahlt werden, dass Sozialversicherungen abgerechnet sind, dass Frau und Mann gleich behandelt werden, dass Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen eingehalten werden sowie allenfalls auch der Nachweis von Strafregistereinträgen von Schlüsselpersonen. All diese Unterlagen müssen jedes Mal zusammengetragen und präsentiert werden. Bei Offerten in Arbeitsgemeinschaften oder mit Subunternehmern bedeutet das immer wieder eine grosse Fleissübung und der Ruf nach einem zentralen Verzeichnis wurde immer wieder laut.

Nun kommt es: Auf Bundesebene sind es die Auftraggeber, die solche Listen führen können, auf kantonaler Ebene kann dies auch eine nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde sein. Soweit heute ersichtlich, wird es wohl auch Ausschreibungen geben, bei denen die Ausschreibungsunterlagen auf die Möglichkeit hinweisen, sich auf eine solche Liste eines Auftraggebers oder der Behörde zu berufen. Eine Praxis dazu ist natürlich noch nicht abzusehen. Die Liste ist neu und soll eine Erleichterung für die Anbieter sein.

3. Wie kommt man rein und wie kommt man wieder raus?

Sobald solche Verzeichnisse stehen, werden die Anbieter sich in einfachen Gesuchsverfahren in diese Listen eintragen lassen können. Sie werden die entsprechenden Nachweise und Selbstdeklarationen mit der geforderten Aktualität einreichen müssen. Der Auftraggeber oder die Behörde wird die entsprechenden Eintragungsvoraussetzungen prüfen und den Eintrag vornehmen, so dass die Eignung generell mit diesem Eintrag nachgewiesen werden kann.

Abs. 3 von Art. 28 rev. BöB/IVöB sieht neben dem Eintragungs- und Prüfungsverfahren auch die Möglichkeit der Nachprüfung und natürlich der Streichung aus dem Verzeichnis vor. Nachprüfung und Streichung müssen jederzeit möglich sein. Das bedeutet, dass der Auftraggeber oder die zuständige Behörde jederzeit eine Nachprüfung machen können, wobei der zeitliche Ablauf von entsprechenden Nachweisdokumenten im Vordergrund steht. Denkbar ist aber auch eine Prüfung aufgrund von Erkenntnissen und Beobachtungen der Auftraggeber oder der zuständigen Behörde (von Amtes wegen). Bei einer solchen Tätigkeit ist selbstredend auch die Prüfung auf Anzeige hin denkbar, nämlich, wenn ein Mitbewerber beim Auftraggeber oder bei der zuständigen Behörde mittels Anzeige Zweifel darüber sät, dass die Eintragung noch rechtmässig sei. Im Rechtsmittelverfahren bspw. über den Zuschlag oder über eine Projektqualifikation wird die Rechtmässigkeit

eines solchen Eintrages auch überprüfbar sein. Das hängt von entsprechenden Beweisanträgen oder Untersuchungshandlungen der Rechtsmittelbehörde ab. Gemäss Art. 53 rev. BöB/IVöB ist der Entscheid über die Aufnahme eines Anbieters in ein Verzeichnis oder über die Streichung aus einem Verzeichnis mittels Beschwerde anfechtbar.

Wichtig ist, dass die Auftraggeber die Teilnahme an einem Verfahren nicht auf solche Anbieter beschränken dürfen, welche in einem bestimmten Verzeichnis eingetragen sind. Gemäss Art. 28, Abs. 4 rev. BöB/IVöB kann in einem konkreten Beschaffungsverfahren auch ein Anbieter zugelassen werden, der nicht in einem Verzeichnis aufgeführt wird, sofern er den Eignungsnachweis erbringt.

Wenn ein Verzeichnis als Ganzes aufgehoben wird, so werden die darin aufgeführten Anbieter informiert, so dass sie ab diesem Zeitpunkt wissen, dass sie wieder konkrete Nachweise der Eignung erbringen müssen.

Die Zukunft wird weisen, ob sich diese Verzeichnisse in der Praxis bewähren und ob die Auftraggeber einerseits aber auch die Anbieter andererseits genügendes Vertrauen in solche Verzeichnisse entwickeln werden, um sich darauf zu verlassen. Wer immer wieder bei der gleichen Auftraggeberin bspw. Strassenbauofferten macht, wird das eher tun, als eine Unternehmung, die auf kommunaler, kantonaler und auf Bundesebene verschiedenartige Aufträge ausführt und auch im privaten Markt tätig ist. Es wird also einerseits eine Frage der Praktikabilität solcher Listen sein und andererseits der Organisation der Anbieter, ob sich solche Verzeichnisse durchsetzen werden.

4. Die schwarze Liste

Art. 45 rev. BöB/IVöB sieht Sanktionen und eine neue Liste vor, spricht aber nicht von schwarzer Liste. Die Auswirkungen und die Zusammenhänge dieser neuen Liste rechtfertigen es aber, diese eingängig als schwarze Liste zu bezeichnen und herauszustreichen.

Der Auftraggeber oder die nach gesetzlichen Anordnung zuständige Behörde kann nämlich einen Anbieter oder Subunternehmer bei schwerwiegenden Verstössen gegen bestimmte Tatbestände von künftigen öffentlichen Aufträgen ausschliessen. Die Dauer des Ausschlusses kann bis zu 5 Jahre umfassen und auf kantonaler Ebene kann dem Anbieter eine Busse von bis zu 10% der bereinigten Angebotssumme auferlegt werden. Auf Bundesebene wirkt beim Tatbestand der Korruption (Art. 44 Abs. 1e rev. BöB/IVöB) der Ausschluss für alle Auftraggeber des Bundes, bei den anderen Tatbeständen nur für die betroffenen Auftraggeber. Die aufgezählten Tatbestände, die zu

einer solchen Sanktion führen können, sind die folgenden:

- Es liegt eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers vor oder natürlich wegen eines Verbrechens;
- Der Anbieter hat Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption verletzt;
- Der Anbieter ist verwickelt in unzulässige Wettbewerbsabreden;
- Der Anbieter missachtet die Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit, die Bestimmungen über die Vertraulichkeit und die Bestimmung des schweizerischen Umweltrechts oder die vom Bundesrat bezeichneten Übereinkommen zum Schutz der Umwelt;
- Der Anbieter hat Melde- oder Bewilligungspflichten nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit verletzt.

Diese Tatbestände sind nicht nur erfüllt, wenn sie der Anbieter begeht, sondern auch wenn seine Organe, ein beigezogener Dritter oder dessen Organe sie erfüllen. Bei den zwei ersten Tatbeständen muss rechtskräftig festgestellt sein, dass der Sachverhalt zutrifft, während bei den drei letzteren hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen müssen.

5. Wie kommt man rein und wie kommt man wieder raus?

Die Eintragung in die schwarze Liste erfolgt in einem Verfahren, das durch den Auftraggeber oder eine nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde geführt wird. Art. 45 Abs. 3 rev. BöB/IVöB macht ein paar Angaben zu den verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen, ansonsten gilt der Verweis auf das 8. Kapitel, nämlich den Rechtsschutz, insbesondere Art. 53 Abs. 1 lit. i und auch Abs. 3 rev. BöB/IVöB, wo die entsprechenden Hinweise zu finden sind.

Die schwarze Liste ist eine nicht-öffentliche Liste der sanktionierten Anbieter und Subunternehmer. Allerdings sorgt der Auftraggeber oder die dafür bezeichnete Stelle dafür, dass jeder Auftraggeber in Bezug auf einen bestimmten Anbieter oder Subunternehmer die entsprechenden Informationen erhalten kann. Dazu soll ein Abrufverfahren eingerichtet werden. Bund und Kantone stellen einander alle diesbezüglichen Informationen zur Verfügung. Nach Ablauf der Sanktion wird der Eintrag aus der Liste gelöscht.

Während bestimmte Sanktionsmöglichkeiten schon im bestehenden Recht an verschiedenen Stellen vorgesehen waren, sind die neuen Regeln nun konzentriert dargestellt und haben insbesondere mit der Liste auch weitreichende und einschneidende Bedeutung.

6. Fazit

Das neue Recht droht mit einer viel griffigeren Sanktionierungsregel insbesondere zu einem Mittel gegen Korruption, Schwarzarbeit, Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen, Lohnungleichheit

und Wettbewerbsabreden zu werden. Es ist zu hoffen, dass die präventive Wirkung dieser Sanktionen dazu führt, dass die schwarze Liste nicht zu einem Kernpunkt der Beschaffungsrechtsrevision wird.

Wünschenswert ist, dass die weisse Liste dazu führt, dass insgesamt und allseitig mit weniger Aufwand effizienter zum Ziel gelangt werden kann und nicht bloss zusätzlicher Aufwand für die Bewirtschaftung des Sanktionswesens entsteht.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel Lange Gasse 15 Postfach CH-4052 Basel T +41 58 258 19 00 F +41 58 258 19 99 basel@bratschi.ch	Bern Bollwerk 15 Postfach CH-3001 Bern T +41 58 258 16 00 F +41 58 258 16 99 bern@bratschi.ch	Genf Rue du Général-Dufour 20 1204 Genf T +41 58 258 13 00 F +41 58 258 17 99 bern@bratschi.ch	Lausanne Avenue Mon-Repos 14 Postfach 5507 CH-1002 Lausanne T +41 58 258 17 00 T +41 58 258 17 99 lausanne@bratschi.ch	St. Gallen Vadianstrasse 44 Postfach 262 CH-9001 St. Gallen T +41 58 258 14 00 F +41 58 258 14 99 stgallen@bratschi.ch	Zug Gubelstrasse 11 Postfach 7106 CH-6302 Zug T +41 58 258 18 00 F +41 58 258 18 99 zug@bratschi.ch	Zürich Bahnhofstrasse 70 Postfach CH-8021 Zürich T +41 58 258 10 00 F +41 58 258 10 99 zuerich@bratschi.ch
--	--	--	---	---	--	---