

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL  
Sekretariat Beschaffungskommission des  
Bundes  
Holzikofenweg 36  
3003 Bern

21. November 2008

## **Vernehmlassung zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 30. Mai 2008 haben Sie uns aufgefordert zur Vernehmlassung des Öffentlichen Beschaffungswesens Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit danken wir Ihnen bestens. Zur Bearbeitung und Begleitung dieses wichtigen wettbewerbpolitischen Geschäftes hat economisesuisse eine ad-hoc Arbeitsgruppe eingesetzt. In deren Beurteilung wird die Stossrichtung grundsätzlich begrüsst, jedoch sind wichtige Fragen zu überarbeiten.

---

### **1 Zusammenfassende Wertung**

Die Wirtschaft misst einem modernen Beschaffungswesen nach den Grundsätzen von Transparenz, Wettbewerb, Gleichbehandlung und Effizienz eine grosse Bedeutung zu. Die Vorlage ist konsequent auf diese übergeordneten Ziele auszurichten. Sie wird insgesamt klar befürwortet und ist ein wichtiger Beitrag zu einem offenen Binnenmarkt. Sie muss aber in wichtigen Belangen überarbeitet werden:

- Die Harmonisierung in der Schweiz soll unter Beachtung der bewährten Elemente des geltenden Konkordates möglichst weit gehen. Kann aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht innert nützlicher Frist eine Vollharmonisierung erreicht werden, so ist sicherzustellen – unter Einbezug der Kantone – dass die verbleibende Flexibilität nicht zu einer Unterminierung der Zielsetzungen führt.
- Die Nachfragemacht der öffentlichen Hand darf nicht zum Erzwingen von Bedingungen missbraucht werden, welche nicht denjenigen im freien Wettbewerb entsprechen.
- Die kritischen Elemente der Detailgestaltung sind im Gesetz zu umschreiben. Dazu gehören insbesondere präzisere Umschreibung des Geltungsbereiches, abschliessende Regeln für die verschiedenen Verfahren und bessere Gewährleistung des Geheimnisschutzes.
- Die KMU-Verträglichkeit aber auch die Miliztauglichkeit für den Vollzug müssen gesichert sein.
- Verantwortlichkeiten für Folgeschäden, Abgeltungen bei Verfahrensabbruch und Schadenersatz bei Beschwerden müssen ausgewogener festgelegt werden.
- Beschwerden sollen im Sinne eines wirksamen Rechtsschutzes generell eine aufschiebende Wirkung haben.

## 2 Hauptanliegen

Seitens der Mitglieder von economiesuisse werden in den Äusserungen insbesondere folgende Punkte der Vorlage hervorgehoben:

### — **Ziel der Harmonisierung**

Alle Stellungnahmen befürworten die angestrebte Harmonisierung und Modernisierung. Allerdings ist nur eine Teilharmonisierung vorgesehen, da weitergehende Schritte eine Verfassungsänderung bedingen würden. Eine Anpassung des geltenden Konkordates würde unseres Erachtens zu viel Zeit in Anspruch nehmen. Aus Sicht der Wirtschaft wäre ein konsequenteres Vorgehen vorzuziehen. Bei der Detailumsetzung sollen aber den Erfahrungen des Konkordates Rechnung getragen und entsprechende bewährte Bestimmungen fallweise in die Vorlage integriert werden.

In der Situation der Teilharmonisierung muss genau darauf geachtet werden, dass die notwendigerweise verbleibenden Ausnahmeregeln nicht den Zielsetzungen der Revision entgegenlaufen. Hier ist die Zusammenarbeit mit den Kantonen wichtig.

### — **Geltungsbereich**

Der Geltungsbereich ist möglichst umfassend zu umschreiben. Betreffend der Schwellenwerte sind dabei die internationalen Verpflichtungen der Schweiz massgebend, wobei das WTO-Abkommen zurzeit neu verhandelt wird. Andererseits wird mit der Vorlage der Spielraum nicht voll ausgeschöpft. Bauwirtschaft wie etwa die Informatikbranche betonen die Besonderheiten ihrer Beschaffungssituation und regen die Prüfung spezifischer Regelungen an. Tatsächlich eignen sich nicht alle im Vernehmlassungsentwurf enthaltenen Varianten eines Beschaffungsverfahrens für alle Arten der Beschaffung. Es ist festzuhalten, dass je nach Art der Beschaffung eines der Verfahren zu wählen ist. Zu vage erscheint auch die Formulierung für Beschaffungen ohne Ausschreibung aus Gründen der nationalen Sicherheit oder Verteidigung.

### — **Nachfragemacht der öffentlichen Hand**

Wiederholt wird von unseren Mitgliedern herausgestrichen, dass die öffentliche Hand eine grosse Nachfragemacht hat und diese oft ausnutze, um unangemessene Bedingungen durchzusetzen (z.B. Diktat von Vertragsbedingungen, einseitige Risiko-Verteilung, nicht wettbewerbskonforme Preise, Zahlungsfristen). Entgegen dem Begleitbericht habe sich die Situation mit der Revision des Kartellgesetzes 2004 nicht verbessert. Hier muss eine explizite Bestimmung eingefügt werden, um die Anfechtbarkeit von Ausschreibungen in solchen Fällen zu gewährleisten. Auch aus wettbewerbspolitischen Überlegungen ist dies notwendig, können doch sonst etwa durch unlimitierte Haftungsbedingungen einzelne Anbieter aufgrund ihrer Vorgaben (z.B. Rückstellungs- oder Berichterstattungspflichten) ausgeschlossen werden.

### — **Arbeitsbedingungen und weitere Ausschlussgründe**

Die Vorlage sieht vor, analog dem Binnenmarktgesetz für inländische Anbieter das Herkunftsortsprinzip (Bedingungen am Sitz des Anbieters) einzuführen, während für ausländische Anbieter weiterhin das Leistungsortprinzip (Bedingungen am Ort der Ausführung) gelten. Diese Differenzierung erscheint uns gegenüber der EU schwierig durchzuführen und hat mindestens in den Medien auch schon zu kritischen Reaktionen aus den Nachbarländern geführt.

Eine konsequente Durchsetzung des Herkunftsortsprinzips auch gegenüber ausländischen Anbietern ist wettbewerbspolitisch konsequent und wäre auch für die Praxis in den Unternehmen einfacher handhabbar. Andererseits könnte dies aber in einzelnen Branchen zu störenden Verzerrungen führen (z.B. Baunebengewerbe). Daher muss die Berücksichtigung

der Bedingungen in der Schweiz gewährleistet sein. Die konkrete Umsetzung einer derartigen Differenzierung ist nochmals vertieft zu überprüfen. Sie muss vor allem im Einklang mit den Verpflichtungen der Schweiz gegenüber der EU stehen und den Binnenmarkt in der Schweiz gewährleisten.

— **Kriterienkatalog und KMU-Verträglichkeit**

Einheitlich wird eine noch bessere Transparenz über die bei der Vergabe massgebenden Kriterien gefordert. Dabei wird der Verdacht geäussert, dass in der Praxis die Vergabe an den (nominell) billigsten Anbieter anstatt an den in einer Gesamtbetrachtung über die Folgekosten und Beachtung aller Kriterien „Günstigsten“. Hier ist auch eine Schulung der Vergabestellen unabdingbar.

Die Kriterien sind so auszugestalten, dass keine Diskriminierung von KMU erfolgt (z.B. Gestaltung von Losgrössen). Der Kriterienkatalog muss vorab abschliessend bekannt sein, inklusive der Gewichtung aller Kriterien.

— **Neue Verfahren**

Mit neuen Verfahren, wie „Verhandlungen“ oder „Dialog“ aber auch „funktionale Ausschreibung“ oder „Offerte von Variante“ (auch ohne Angebot der Amtsvariante) soll den Besonderheiten komplexer Beschaffungen Rechnung getragen und Flexibilität geschaffen werden. Diese Handlungsfreiheit wird grundsätzlich begrüsst. Nicht alle Verfahren sind aber für alle Beschaffungsarten geeignet. In der Vorlage sind diese Verfahren zudem derart summarisch umschrieben, dass eine konkrete Beurteilung nicht möglich ist. Die Bedingungen für diese Umstände müssen im Gesetz klar umschrieben sein. Dabei muss dem Geheimnisschutz wie auch den Kostenfolgen ausgewogen Rechnung getragen werden.

— **Vertraulichkeit und Schutz des Geistigen Eigentums**

Über die vorgesehenen Bestimmungen zum Schutz der Vertraulichkeit hinaus wird ein klarerer und verbesserter Geheimnisschutz verlangt. Insbesondere bei neuen Verfahren oder im Falle der Ausführung von Varianten (möglicherweise von einem Konkurrenten angeboten) erscheinen die vorgesehenen Regeln zu vage. Dieser Schutz muss im Gesetz verbessert werden.

— **Elektronische Ausschreibungen**

Analog der EU sollen auch in der Schweiz elektronische Ausschreibungen möglich werden. Grundsätzlich ist dies zu begrüssen. Allerdings sind aber etwa Bauprojekte oder andere komplexe Vorhaben wenig für eine notwendigerweise schematische elektronische Ausschreibung geeignet. Der Anwendungsbereich dieses Verfahrens ist daher genauer abzugrenzen. Es darf zudem auch nicht zu einer simplifizierenden Gewichtung des Preises führen.

— **Abbruch des Verfahrens**

Seitens der Unternehmen wird zu Recht gefordert, den (erheblichen) Aufwand für ein Angebot voll zu entschädigen, wenn das Verfahren ohne deren Verschulden abgebrochen wird. Dies muss auch dann gelten, wenn nicht die Beschaffungsstelle sondern andere Instanzen für den Abbruch verantwortlich zeichnen (z.B. Verweigerung des Kredites durch die politischen Bewilligungsinstanzen).

— **Rechtsschutz und aufschiebende Wirkung**

Nur mit einem wirkungsvollen Rechtsschutz kann das öffentliche Beschaffungswesen nach den Zielsetzungen ausgestaltet werden. Dies gilt unabhängig von den Schwellenwerten. Daher ist

auch für kleinere Beschaffungen oder bei einem Einladungsverfahren Rechtsschutz zu gewähren. Dies ist bereits heute in einzelnen Kantonen der Fall.

Ein wirkungsvoller Rechtsschutz setzt auch die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz voraus. Die Prozesskosten wie auch prozessleitende Entscheide genügen für die Bekämpfung von allfälligen Missbräuchen. Abgelehnt wird einhellig die vom Bundesrat aufgrund der „NEAT-Erfahrung“ gewählte Möglichkeit Projekte im öffentlichen Interesse auszuschliessen. Hier würde geradezu einer willkürlichen Einschränkung eines modernen Beschaffungsverfahrens Tür und Tor geöffnet.

Zudem soll einem obsiegenden Beschwerdeführer nicht nur der Aufwand erstattet sondern eine Entschädigung geleistet werden, die den Umständen angemessen ist.

— **Verordnung**

Leider liegt die Vollzugsverordnung noch nicht vor, was eine abschliessende Beurteilung erschwert. Darin können verschiedene Fragen, etwa zur Ausgestaltung der Verfahren, geregelt werden. Die Vollzugsverordnung muss angesichts der Bedeutung in jedem Falle der Vernehmlassung unterbreitet werden.

### **3 Detailbemerkungen**

Verschiedene unserer Mitglieder haben sich bereits direkt Ihnen gegenüber geäußert, teils mit konkreten Änderungsvorschlägen. Ergänzend verweisen wir auf unsere wichtigsten Anliegen bei den einzelnen Artikeln:

#### **Art. 1 Gegenstand**

Die Einbindung der Kantone und Gemeinden ist zentral und wird unterstützt, auch wenn nur eine Teilvereinheitlichung erreicht werden kann. Zu prüfen ist, ob eine Fristansetzung zur Anpassung des Konkordates mit subsidiärer Geltung des Gesetzes verfassungsrechtlich umsetzbar ist.

#### **Art. 2 Zweck**

Auch die angestrebte Fairness sollte im Zweckartikel angeführt werden.

Zudem muss auch die Nachfragemacht des Staates explizit angesprochen werden. Dabei ist das Erzwingen von Bedingungen, welche auf dem freien Markt nicht erzielbar wären, zu untersagen. Verschiedentlich ist beanstandet worden, dass die öffentliche Hand ihre Nachfragemacht ausnutzt, um unangemessene Bedingungen durchzusetzen. Dazu zählt auch die leidige Praxis von sehr langen Zahlungsfristen. Die Akzeptanz von werkvertraglichen Bestimmungen oder sogar von ganzen Musterbeschaffungsverträgen wird als Eignungskriterium in die Ausschreibung aufgenommen und den offerierenden Unternehmen so aufgezwungen. Oft wird auch die Akzeptanz einer unbegrenzten Haftung für Folgeschäden verlangt. Namentlich für multinationale Unternehmen ist eine derartig weitgehende Haftung aufgrund konzernweiter Risikovorschriften nicht annehmbar, was zu einer Diskriminierung der anbietenden Unternehmen führen kann. Auch der Umstand, dass in gewissen Vergabeverfahren (z.B. Einladungsverfahren) keine Rechtsmittel zur Verfügung stehen, verstärkt das Risiko der Ausnutzung der Nachfragemacht durch die ausschreibende Behörde. Die auf Seite 63 des Begleitberichtes geäußerte Meinung, dass das per 1. April 2004 revidierte Kartellgesetz gegen den Missbrauch der Nachfragemacht, namentlich bei Preisverhandlungen, einen hinreichenden Schutz bietet, kann durch die Erfahrungen in der Praxis nicht geteilt werden. Auch die Wettbewerbskommission hat im Juni dieses Jahres entsprechend eine Empfehlung an den Bundesrat zur Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen im VBS gerichtet.

### **Art. 3 – 5 Geltungsbereich**

Die Einschränkungen des Geltungsbereiches müssen generell sehr eng gefasst sein. In diesem Sinne geht die Vernehmlassungsvorlage sehr weit. Wenn Verwaltungsstellen bei Beschaffungen mitwirken (und dabei oft von Quersubventionierungen profitieren), sind sie dem Gesetz ebenfalls zu unterstellen. Andernfalls entstehen störende Wettbewerbsverzerrungen. Die Unterstellung von Betrieben mit gemischten Eigentumsstrukturen (z.B. Flughafen Zürich) ist abschliessend und klar zu regeln.

### **Art. 6 – 8 Anwendbares Recht**

Im Sinne der Klarheit und einer möglichst weitgehenden Harmonisierung sind die Kompetenzen der Kantone für abweichende Regeln abschliessend und eng zu umschreiben. Nur so kann das Ziel der (teilweisen) Harmonisierung möglichst weitgehend erreicht werden.

### **Art. 9 – 14 Verfahrensarten und Verfahrensgrundsätze**

- Nicht jedes Verfahren eignet sich für alle Beschaffungsarten. Entsprechend ist in Art. 9 bzw. Art. 12 klar festzuhalten, dass jeweils die der Beschaffung entsprechende geeignetste Verfahrensart zu wählen ist. Ergänzend sind die Beschaffungsstellen gerade in diesem Punkt entsprechend auszubilden und zu schulen. Ferner sollten in der Aufzählung alle Verfahrensarten, auch das Dialogverfahren nach Art. 46 und Verhandlungen nach Art. 47, aufgeführt sein.
- Die Gewährleistung der Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen der Anbieterinnen ist zentral. Auch hier ist die Schulung wichtig.
- Die Vertragsdauer für wiederkehrende Beschaffungen soll von der Art des Geschäftes abhängen. Eine gesetzliche Regelung soll nur subsidiär greifen.

### **Art. 15 – 17 Anwendbares Verfahren**

Die Schwellenwerte gemäss den internationalen Verpflichtungen sollen ausgeschöpft werden, dies namentlich aus Gründen der Verhältnismässigkeit. Allerdings soll der Rechtsschutz auch unterhalb der Schwellenwerte gewahrt sein (vgl. unten).

### **Art. 18 – 20 Ausschreibung**

Die Eignungs- und Zuschlagskriterien sollen klar getrennt aufgeführt werden. Auch im Einladungsverfahren müssen die Unterlagen im Zeitpunkt der Einladung vorliegen, was in Art. 19 Abs. 2 festzuhalten ist. Verschiedene unserer Mitglieder betonen auch, dass die Ausschreibeunterlagen kostenlos zu Verfügung gestellt werden sollen.

### **Art. 21 – 24 Anforderungen an die Leistung**

- Im Rahmen der Leistungsbeschreibung sind Standards der Fachorganisationen mitzuberechnen, was in Art. 21 klar festzuhalten ist.
- Die Möglichkeit der funktionalen Ausschreibung wird ausdrücklich begrüsst. Sie kann aber für Anbieterinnen zu einem erheblich grösseren Offertaufwand führen. Entsprechend müssen die Kosten in solchen Fällen abgegolten werden. Auch ist sicherzustellen, dass eingebrachte Ideen oder Innovationen von nicht berücksichtigten Anbieterinnen voll geschützt bleiben.
- Die Möglichkeit von Varianten wird klar unterstützt, von der Mehrheit unserer Mitglieder auch ohne Pflicht zur Einreichung der Amtsvariante. Der Ausschluss von Varianten, mindestens von weltmarkt gängigen Standardlösungen, soll nicht oder nur ausnahmsweise zulässig sein. Der Geheimnisschutz von Varianten ist voll zu wahren. Dazu gehören keine Weitergabe der Varianten und eine Entschädigung der betreffenden Anbieter bei – auch teilweiser - Verwendung ohne Zuschlag.

#### **Art. 25 Nachweis der Einhaltung rechtlicher Anforderungen**

- Die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen ist im Sinne der gleichlangen Spiesse wichtig. Dabei gehören zu den staatlich festgelegten Arbeitsbedingungen auch die allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge, was klarzustellen ist. Andererseits ist fraglich, wieso die Umweltschutzgesetzgebung gegenüber anderen Gesetzen besonders hervorgehoben werden soll. In diesem Sinne sind die genannten Punkte nochmals zu überprüfen. Schliesslich darf das Erfordernis eines Nachweises nicht zu einer Zertifizierungspflicht oder anderweitig zu einer übergrossen Hürde namentlich für KMU führen. Allenfalls wäre es zielgerichteter einen anderen Begriff als einen formellen „Nachweis“ zu verlangen. Bei begründetem Verdacht müsste die Beschaffungsstelle Belege einfordern oder Kontrollen durchführen (lassen) können.
- Betreffend der umstrittenen Frage des Herkunfts- oder Leistungsortsprinzips ist festzuhalten, dass die Kantone aufgrund des Binnenmarktgesetzes (Art. 2 in Verbindung mit Art. 5 BGBM, mit Abweichungsmöglichkeit nach Art. 3 gegen Sozialdumping) zu beachten haben, während der Bund bislang einzig auf das Leistungsortprinzip abstellt. Aus wettbewerblicher Sicht, wie auch aus Sicht der praktischen Umsetzung in den Betrieben, muss das Herkunftsprinzip gewählt werden (sonst müsste etwa beim Einsatz einer Person an verschiedenen Orten etwa eine Essensentschädigung gemäss lokalen Bedingungen immer wieder anders abgerechnet werden). Andererseits kann dies in einzelnen Branchen zu Verzerrungen führen. Solche Verzerrungen werden immerhin durch das Entsendegesetz eingeschränkt. Die vorgeschlagene Differenzierung zwischen inländischen und ausländischen Anbietern will diesem Aspekt Rechnung tragen, doch kann sie im Widerspruch zu internationalen Verpflichtungen, vor allem gegenüber der EU, stehen. Art. 25 Abs. 3 ist daher nochmals zu überarbeiten, mit dem Ziel
  - den Binnenmarkt Schweiz im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens integral zu sichern,
  - der praktischen Umsetzung in den Unternehmen Rechnung zu tragen,
  - Verzerrungen analog den Schutzbestimmungen von Art. 3 BGBM und dem Entsendegesetz entgegenzutreten und
  - eine internationalen Verpflichtungen entgegenstehende Diskriminierung ausländischer Anbieter zu verhindern.

#### **Art. 26 – 28 (weitere) Ausschlussgründe**

- Der Ausschlussgrund der Vorbefassung (Art. 28) ist nochmals zu überarbeiten, um der Situation in komplexen Projekten, bei denen die Beschaffungsstellen auf eine technische Unterstützung im Vorfeld einer Ausschreibung angewiesen sind, Rechnung zu tragen. In diese Überarbeitung sind die besonders betroffenen Branchen mit einzubeziehen. Die Lösung muss im Gesetz verbindlicher und nicht nur als Kann-Vorschrift verankert werden.
- Der Möglichkeit zum Ausschluss von Bietergemeinschaften (Art. 29) wirkt auf KMU unter Umständen diskriminierend und soll nur bei Vorliegen wichtiger Gründe gegeben sein.

#### **Art. 30 – 32 Beurteilungskriterien**

Die Beurteilungskriterien inklusive der Gewichtung aller Zuschlagskriterien müssen in allen Fällen im Voraus bekannt sein. Die Eignungskriterien dürfen dabei nicht so weit gehen, dass etwa Umwelt- oder Qualitätsmanagementsysteme auch dann zur Bedingung gemacht werden, wenn es mit der Beschaffung nicht in einem direkten sachlichen Zusammenhang steht. Bei der Berechnung der einzelnen Faktoren, insbesondere auch beim Preis, sind verborgene oder Folgekosten (etwa über die Lebensdauer eines Projektes) mit zu berücksichtigen. Problematisch ist die oft bereits in den Eignungskriterien verlangte integrale Akzeptanz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beschaffungsstellen, was etwa bei zu weitgehenden Haftungsbestimmungen zu einem generellen Ausschluss einzelner möglicher Anbieter führt (siehe oben).

**Art. 33 – 35 Beschränkung der Zahl der Anbieterinnen oder Angebote**

Keine Bemerkungen

**Art. 36 – 43 Öffnung der Angebote und Zuschlag**

Eine Verschiebung der Veröffentlichung bis 72 Tage nach dem Zuschlag ist nicht nachvollziehbar. Die Publikation hat unverzüglich nach dem Zuschlag zu erfolgen.

**Art. 44 – 50 Besondere Elemente des Ausschreibungsverfahrens**

Die neuen Verfahrensarten „Dialog“ und „Verhandlungen“ werden ausdrücklich begrüsst. Sie müssen aber im Gesetz eingehender umschrieben werden, nicht erst in der Verordnung. Dabei ist dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen wie auch der Abgeltung von Beiträgen nicht berücksichtigter Anbieter besonders Rechnung zu tragen. Im Rahmen von Verhandlungen werden Abgebotsrunden über den Preis überwiegend negativ beurteilt. Das Führen ständiger Listen erscheint geeignet, den administrativen Aufwand zu reduzieren. Soll dieser Zweck erreicht werden, ist eine zentralisierte Führung der Listen notwendig oder mindestens ein gegenseitiger Verweis zwischen den verschiedenen Listen mit gegenseitiger Anerkennung.

**Art. 51 – 55 Fristen, Formvorschriften und Publikationsorgane**

Die elektronische Publikation alleine rechtfertigt keine Fristverkürzung, denn die Bearbeitungsfrist für die Unternehmen bleibt im Wesentlichen gleich.

**Art. 56 – 57 Widerruf des Zuschlages und Abbruch des Verfahrens**

Beim Abbruch des Verfahrens sind die Anbieterinnen für ihre Kosten voll zu entschädigen, ausser der Grund für den Abbruch ist ihnen zuzurechnen. Auch im Falle, dass etwa im politischen Prozess ein Budget nicht gesprochen wird, darf kein Grund für eine Verweigerung der Erstattung der Kosten für die Offerterstellung sein.

**Art. 58 Voraussetzungen Einladungsverfahren - Nationale Sicherheit und Verteidigung**

Die Formulierung, dass Leistungen im Einladungsverfahren beschafft werden können, falls sie für die nationale Sicherheit oder Verteidigung unerlässlich sind, ist nach unserer Auffassung – obwohl in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von Art. III des GPA – eher weit gefasst. Im Gegensatz zu den militärischen Gütern, die vom Bundesrat in einer entsprechenden Liste erfasst werden, bleiben die Begriffe der nationalen Sicherheit sowie der Verteidigung weitgehend unbestimmt. Auch im Begleitbericht finden sich hierzu keine weiterführenden Angaben. Wir anerkennen die Notwendigkeit der Verteidigung unserer Landes- und Sicherheitsinteressen vollumfänglich, schlagen jedoch vor, eine nähere Beschreibung dieser unerlässlichen Beschaffungsarten auf Verordnungsebene aufzunehmen.

**Art. 59 – 67 Verfahren ohne Ausschreibung**

Keine Bemerkungen

**Art. 68 – 71 Rechtspflege und Schadenersatz / Allgemeine Bestimmungen**

Der Rechtsschutz soll entgegen dem Vorschlag in Art. 68 für alle Beschaffungen und nicht nur diejenigen oberhalb der Schwellenwerte gelten.

**Art. 72 – 75 Beschwerde**

Keine Bemerkungen

**Art. 76 – 77 Aufschiebende Wirkung und Folgen einer gutgeheissenen Beschwerde**

- Ein wirkungsvoller Rechtsschutz ist im öffentlichen Beschaffungswesen von grosser Bedeutung. economiesuisse ist der Ansicht, dass die Gewährung von Rechtsschutz grundsätzlich unabhängig von den Schwellenwerten und unabhängig von der Art des Vergabeverfahrens gewährleistet sein muss. Ein wirkungsvoller Rechtsschutz setzt nach unserer Ansicht auch die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gemäss Verwaltungsverfahrensgesetz voraus. Der in Art. 76 Abs. 1 angestrebte Systemwechsel ist deshalb zu begrüessen. Erfahrungen in der Praxis haben gezeigt, dass unter dem heutigen System den Begehren um Gewährung einer aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde oft stattgegeben werden, was faktisch zu einer vergleichbaren Situation geführt hat, jedoch dem Gericht eine in ihrer Anwendung wiederholt kritisierte Interessenabwägung auferlegt hat. Abgelehnt wird die vom Bundesrat aufgrund der "NEAT-Erfahrung" gewählte Möglichkeit, Projekte im öffentlichen Interesse von der Anwendbarkeit der aufschiebenden Wirkung ganz auszuschliessen. Diese Einschränkung erscheint willkürlich und steht einem modernen, rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichteten Beschaffungswesen nicht an.
- Die Einführung der allgemeinen, im Verwaltungsrecht geltenden Regel, dass der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommt ist daher richtig. Zudem kann die Vorinstanz, das heisst die Beschaffungsstelle, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen (kann z.B. zur Vermeidung von Versicherungslücken notwendig sein). Dieser Entscheid ist angemessen zu begründen. Um der Problematik von übermässigen Verzögerungen der Verfahren sowie der daraus entstehenden, erheblichen Mehrkosten bei der Beschaffung wirksam zu begegnen, sollte unseres Erachtens die Kostentragungspflicht der am Verfahren beteiligten Parteien einer Überarbeitung unterzogen werden. Eine angemessene Kostentragungspflicht der beschwerdeführenden Partei könnte einer Verzögerung der Umsetzung von Zuschlagsentscheiden wirksam begegnen. Zudem soll einem obsiegenden Beschwerdeführer nicht nur der Aufwand erstattet, sondern eine Entschädigung zugesprochen werden, die den Umständen angemessen ist.

**Art. 78 – 81 Schadenersatz**

Der Schadenersatz für im Beschwerdeverfahren obsiegende Anbieterinnen muss ausgebaut werden. So ist die Begrenzung auf 3 % unangemessen tief. Angemessener wäre eine Grössenordnung von drei Prozent.

**Art. 82 – 89 Aufsicht, Koordination und Statistik sowie Schlussbestimmungen**

Keine Bemerkungen

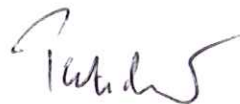
Unsere ad hoc – Arbeitsgruppe steht Ihnen bei der weiteren Bearbeitung für klärende Auskünfte oder die Diskussion weiterer Lösungswege gerne zu Verfügung.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Dr. Urs Rellstab  
stv. Direktor



Thomas Pletscher, lic. iur.  
Mitglied der Geschäftsleitung