

Beschaffungskonferenz des Bundes BKB
Fellerstrasse 21
3003 Bern

Per E-Mail an: direktion@bbl.admin.ch

30. Juni 2015

Revision des BG und der V über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB/VöB), Verordnung über die Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SWV)

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. April 2015 haben Sie uns eingeladen, zu oben genanntem Geschäft Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit der Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens. economiessuisse hat bei ihren Mitgliedern – bestehend aus 100 Branchenverbänden, 20 kantonalen Handelskammern sowie grösseren Einzelunternehmen – eine interne Konsultation durchgeführt. Nach Diskussionen auch im Rahmen unserer Kommission für Wettbewerbsfragen nehmen wir aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung, weitgehend in Anlehnung an unsere Äusserung zur analogen Vorlage für die Überarbeitung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB):

Zusammenfassung

Eine transparente und wettbewerbsfreundliche Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens ist ein zentrales Element der Marktwirtschaft und von sehr grosser volkswirtschaftlicher Bedeutung. economiessuisse begrüsst, dass die Überführung der staatsvertraglichen Verpflichtungen ins nationale Recht (Anpassung an das WTO GPA [Revision 2012]) zu einer weitgehenden Harmonisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz genutzt wird. Nach dem Scheitern einer einheitlichen Regelung auf Bundesebene ist das parallele Vorgehen von Kantonen und Bund ein pragmatischer Weg.

Die Regelung des Beschaffungswesens in der Schweiz darf sich aber nicht auf eine Umsetzung der staatsvertraglichen Verpflichtungen beschränken, sondern muss im eigenen Interesse wettbewerbsfreundlich ausgestaltet sein. Dieser Aspekt wird in Vorlage und Diskussion zu wenig gewichtet.

Zentral wird vor allem sein, wie die Umsetzung in der Praxis erfolgen wird. Die Vorteile eines modernen Beschaffungswesens können nur erreicht werden, wenn alle Beschaffungsstellen konsequent auf die Schaffung von echtem Wettbewerb hinarbeiten. Die Gesetzgebung allein kann nur den Rahmen abstecken, entscheidend ist die konkrete Ausgestaltung der Eignungs- und Zuschlagskriterien im Einzelfall. Nur wenn diese konsequent darauf ausgerichtet sind, möglichst viele Angebote zu erhalten, mit denen die benötigte Leistung erbracht werden kann, wird der Wettbewerb und auch die Innovation gefördert.

1 Einleitende Bemerkungen

Rund ein Viertel der öffentlichen Ausgaben entfallen auf öffentliche Beschaffungen, das Auftragsvolumen entspricht etwa 8 Prozent des Bruttoinlandproduktes. Mit diesem grossen Volumen prägt der Staat als bedeutender Kunde sehr stark das Wirtschaftsgeschehen und den Wettbewerb. Ein transparentes und auf den Grundsätzen der Gleichbehandlung sowie des Marktzuganges stehendes öffentliches Beschaffungssystem ist somit von sehr grosser volkswirtschaftlicher Bedeutung. Die Gewährleistung des Wettbewerbes und die Verhinderung von Abschottung dienen der effizienten Verwendung der öffentlichen Mittel und wirken Verzerrungen oder gar Korruption entgegen. Die Gewährleistung des Wettbewerbes im Beschaffungswesen ist auch ein zentrales Element der Marktwirtschaft und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV). An diesen übergeordneten Zielsetzungen ist die vorstehende Revision zu messen. Eine Harmonisierung der heute zersplitterte Beschaffungsrechts ist gerade auch deshalb dringend angezeigt, weil der überwiegende Teil des Volumens auf der Ebene der Kantone und Gemeinden vergeben wird.

Zudem hat sich die Schweiz im Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens staatsvertraglich zu Anpassungen verpflichtet, insbesondere durch die Unterzeichnung des GPA im Rahmen der WTO. Hier müssen die vereinbarten Modernisierungen im Schweizer Recht umgesetzt werden. Das ist denn auch Auslöser für die vorliegende Revision. Nur so kann der Marktzugang für die Schweizer Unternehmen international weiterhin gewährleistet werden. Betont werden muss aber, dass eine offene Regelung des Beschaffungswesens aus den genannten Gründen im eigenen Interesse der Schweiz liegt und wohl formal, nicht aber in der Sache durch internationale Vorgaben bedingt ist. Dies bedeutet, dass die Schweiz auf allen Ebenen einerseits die internationalen Vorgaben im Sinne von Minimalerfordernissen erfüllen muss, aber auch stets prüfen muss, inwieweit aus Gründen der Wirtschaftsfreiheit und dem Vorrang privaten Wirtschaftens vor staatlichem Handeln weitergehende Liberalisierungen geboten sind. *economiesuisse* hat auf die Notwendigkeit, die Privatinitiative zu fördern, in einer jüngst erschienenen Studie¹ hingewiesen: Im Zweifel ist stets die wettbewerbsfreundlichere Variante zu bevorzugen.

Von besonderer Bedeutung ist die Umsetzung der Vorgaben durch die Beschaffungsstellen. Es ist wichtig, dass sie beispielsweise bei der Ausgestaltung von Losgrössen und der Umschreibung der Kriterien darauf hinwirken, dass möglichst viele Angebote eingereicht werden können. So wird der Wettbewerb wirksam gefördert. Offen umschriebene Spezifikationen, welche unterschiedliche Lösungen zulassen, fördern innovative Lösungen.

2 Hauptstossrichtungen

economiesuisse nimmt zur Vorlage aus einer gesamtheitlichen Sicht im Sinne der übergeordneten Zielsetzung Stellung. Wir verzichten auf eine artikelweise Kommentierung, da bei spezifischen Bestimmungen bei unseren Mitgliedern teilweise unterschiedliche Bewertungen bestehen. Diese lassen sich insbesondere durch die Besonderheiten der Branchen erklären. Besonders betroffen ist die Bauwirtschaft, auf die rund die Hälfte des öffentlichen Beschaffungsvolumens entfällt und die ein grosses volkswirtschaftliches Gewicht für die Binnenwirtschaft der Schweiz hat. In dieser Beziehung verweisen wir auf die Ihnen direkt eingereichten Stellungnahmen direkt betroffener Kreise. Diesen praxisorientierten Eingaben soll allenfalls mit differenzierten Regeln Rechnung getragen werden (insbesondere Unterscheidung zwischen Bauwerken, komplexen Informatikprojekten und

¹ „Staat und Wettbewerb – mehr Raum für Privatinitiative schaffen“, Zürich 2014, www.economiesuisse.ch/staat_wettbewerb.

standardisierten Massenprodukten), denn Verfahrensregeln oder Vorgaben können sich sehr unterschiedlich auswirken. Die übergeordnete Zielsetzung einer wettbewerbsfreundlichen Ausgestaltung des Beschaffungswesens über die minimalen Vorgaben der staatsvertraglichen Rahmensetzung hinaus darf durch solche Differenzierungen allerdings nicht in Frage gestellt sein.

2.1 Harmonisierung des nationalen Rechts und Umsetzung GPA 2012

Vorarbeiten für eine Harmonisierung des Beschaffungswesens wurden bereits vor über zehn Jahren in Angriff genommen, scheiterten aber vor allem am Widerstand der Kantone gegen eine Zentralisierung beim Bund. Im Sinne eines pragmatischen Vorgehens wurde der Weg für eine parallele Revision des Beschaffungswesens bei Bund und Kantonen eingeschlagen. **Das ist begrüßenswert und wir unterstützen ausdrücklich, dass die Umsetzung des revidierten Übereinkommens der WTO über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA 2012) für eine Harmonisierung der Bestimmungen genutzt wird.** Bedingung für den Erfolg ist, dass sich alle Kantone ohne Abweichungen der Lösung anschliessen. Sollte dies nicht der Fall sein, müssten andere Wege erneut geprüft werden, um das Ziel eines einheitlichen Beschaffungsmarktes in der Schweiz zu erreichen.

2.2 Eignungs- und Vergabekriterien

Die Kriterien sind beim öffentlichen Beschaffungswesen von zentraler Bedeutung, sowohl bei der Ausgestaltung der Regeln, bei der Formulierung der Ausschreibung als auch bei der Zuteilung. Gerade bei diesen Punkten besteht ein erheblicher Spielraum, den Wettbewerb durch zusätzliche Vorgaben und Einschränkungen zu unterlaufen. Ziel muss stets ein möglichst breiter Wettbewerb sein. Dazu dienen auch die Bestimmungen über Bietergemeinschaften (sofern offengelegt), Subunternehmer oder die Möglichkeit von Losen.

Bei der Ausgestaltung der Regeln für das öffentliche Beschaffungswesen sollen nur solche Zielsetzungen und Kriterien ausschlaggebend sein, welche wettbewerbsfördernd sind. Andere staatliche Ziele und Eingriffe müssen mit spezifischen Regelungen angegangen und individuell gerechtfertigt sein. Die Vorlage weicht davon verschiedentlich ab. Beispielsweise ist „Nachhaltigkeit“ wichtig und auch in der Bundesverfassung vorgegeben. Als Zweckelement des BöB (Art. 1 lit. a) eignet sich dieser Begriff aber nicht. Materiell muss er in die Begriffe „wirtschaftlicher Einsatz“ und „Lebenszyklus-Bewertung“ einfließen. Analoges gilt für das Kriterium der „Lehrlingsausbildung“ (Art. 33 Abs. 2). Gerade die Tatsache, dass dieses Kriterium einer politischen Forderung entspricht, zeigt, wie hier der Wettbewerb einseitig zu Gunsten eines bestimmten Kriteriums eingeschränkt wird und mithin einzelne Teilnehmer im Rahmen des Beschaffungswesens bevorzugt werden sollen. Die Förderung der Lehrlingsausbildung hat durch andere und zielgerichtetere Massnahmen zu erfolgen als durch verzerrende Eingriffe in das Beschaffungswesen.

Bei den Teilnahmebedingungen (Art. 30) ist klarzustellen, dass es bei den aufgezählten Bedingungen nur um die Erfüllung bestehender gesetzlicher Verpflichtungen geht. Insbesondere dürfen allgemeine Teilnahmebedingungen der Auftraggeber nicht zweckfremd einseitig zu Lasten der Anbieter ausgestaltet werden (beispielsweise durch Überbindung einer unbeschränkten Haftung im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen über die gesetzlichen Vorgaben hinaus). Dies käme auch einer problematischen Ausnutzung staatlicher Nachfragemacht gleich. Die Vertragskonditionen müssen im Rahmen des Zuschlages bewertet werden und dürfen kein einseitiges Diktat sein. Auch darf der Begriff „sicherstellen“ nicht zum faktischen Aufbau von zusätzlichen, im spezifischen Recht nicht vorgesehenen Kontrollstrukturen missbraucht werden (z.B. Gleichstellung). Damit bürokratische Aufwendungen möglichst gering gehalten werden können, sollen spezielle Nachweise und Belege nur

zurückhaltend einverlangt werden. Sie können dann sinnvoll sein, wenn Anzeichen für eine Verletzung der gesetzlichen Verpflichtungen bestehen oder wenn, etwa im internationalen Verhältnis, beispielsweise die Einhaltung von ILO-Verpflichtungen als nicht gesichert erscheint. Gerade im Beschaffungswesen ist eine Kontrolle der Kriterien durch die Mitbewerber gewährleistet. Administrative Entlastungen für die Anbieter sollten daher aktiv gesucht werden, etwa mit einer Forderung nur der wesentlichsten Unterlagen oder einer einmaligen zentralen Hinterlegung der Unterlagen.

Eine einseitige Formulierung der Ausschreibekriterien kann Wirtschaftsteilnehmer vom Wettbewerb ausschliessen, was mit gravierenden Folgen verbunden ist. Damit würde der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit verletzt und der Staat könnte nicht von Offerten profitieren, welche in einer Gesamtbeurteilung wirtschaftlich günstiger wären. Auch der Beschluss des Bundesrates im Zusammenhang mit der Beschaffung kritischer IKT-Infrastruktur, wonach nur noch Unternehmen mit Mehrheitsbeteiligung in der Schweiz berücksichtigt werden sollten, spiegelt eine Voreingenommenheit, welche verschiedene Mitbewerber a priori ausschliessen würde. Es müsste geprüft werden, ob das angestrebte Ziel der Gewährleistung der nationalen Sicherheit nicht mit mildereren Massnahmen erreicht werden könnte und ob das Ziel mit der Einschränkung auch tatsächlich erreicht wird².

Bei den Zuschlagskriterien wird zudem der Preis in der Aufzählung von Art. 31 Abs. 1 einseitig stark gewertet. Der Preis kann gar nicht unabhängig von den anderen genannten Kriterien beurteilt werden, ausser allenfalls bei standardisierten Massenprodukten. Dies gilt insbesondere für komplexe Projekte und in besonderem Masse für intellektuelle Dienstleistungen.

2.3 Interessenkonflikte bei Beschaffungsstellen

Der Staat ist direkt oder indirekt an möglichen Leistungserbringern beteiligt, etwa im Telekommunikationssektor und verwandten Gebieten. Hier ist besonders darauf zu achten, dass eine Ausschreibung nicht schon in ihrer Konzeption auf den – etablierten – Anbieter im Staatsbesitz ausgerichtet wird. Diese Gefahr besteht etwa bei der Anrufung von Sicherheitsaspekten oder der Wahl eines freihändigen Verfahrens für Folgebeschaffungen wegen „zu hoher Wechselkosten“. Besonders kritisch muss gerade bei ganz oder teilweise staatlich beherrschten oder marktmächtigen Anbietern geprüft werden, dass die Kosten voll berücksichtigt sind. Andernfalls besteht die Gefahr, dass das Entstehen von Wettbewerb verhindert wird, selbst wenn die Kriterien für ein kartellrechtlich erfasstes „predatory pricing“ nicht erfüllt sind.

2.4 Rechtssicherheit und -schutz

Die Revision trägt mit verschiedenen Bestimmungen und Begriffsklärungen zur Rechtssicherheit bei. Auch der Rechtsschutz wird insgesamt verbessert. Dies begrüssen wir. Der Rechtsschutz wirkt nicht nur in den Fällen, in denen es zu einer gerichtlichen Klärung kommt, sondern er hat auch eine disziplinierende Vorwirkung. Entsprechend muss der Rechtsschutz umfassend ausgestaltet sein. Das gilt vor allem auch für Einladungsverfahren oder für freihändige Vergaben. Es ist daher richtig, dass die Anfechtungsmöglichkeiten über den Staatsvertragsbereich hinaus erweitert werden. Zum Rechtsschutz gehören auch die Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes. Diese sollen richtigerweise unverändert weitergelten. Sie sollen auch auf der kantonalen Ebene gelten. Dazu verweisen wir auf die Empfehlung der WEKO 655-0001 vom 1. Dezember 2014, welche wir unterstützen.

² Dies ist im konkreten Fall fraglich, da auch rein schweizerische Unternehmen auf technische Komponenten aus dem Ausland angewiesen sind.

2.5 Flexibilisierung

Die Vorlage sieht im Sinne einer Flexibilisierung verschiedene neue Elemente vor, welche bislang auf Bundesebene, nicht aber in allen Kantonen gebräuchlich waren (z.B. Dialogverfahren). Grundsätzlich ist das zu begrüßen. Mit einer Vielfalt von Verfahren kann den unterschiedlichen Situationen besser Rechnung getragen werden. Gerade bei komplexen Projekten etwa im IT-Bereich kann so auch das für die Beschaffungsstelle notwendige Wissen besser mit einbezogen werden als bisher. Es ist auch angemessen, die verschiedenen Verfahren klar zu regeln, als eine Praxis im Graubereich zu pflegen.

Mit Recht verweisen aber verschiedene betroffene Kreise darauf, dass sich Verfahren wie elektronische Ausschreibungen, Verhandlungen oder Dialog nicht für alle Arten von Ausschreibungen eignen. Insbesondere Verhandlungen könnten sich zu reinen „Abgebotsrunden“ entwickeln, bei denen einzig noch der Preis ausschlaggebend ist und die Auftraggeber Nachfragemacht ausspielen. Entsprechend besteht hier verbreitete Skepsis bis Ablehnung. Gleiches gilt für die Wahl eines „höheren“ (sprich formelleren) Verfahrens, welches etwa bei kleinen Projekten zu einem unverhältnismässigen Aufwand für alle Beteiligten führen kann. Darauf muss in den Vergabeverfahren Rücksicht genommen werden. Ob ein Ausklammern von ganzen Sektoren oder Arten von Projekten von einzelnen Verfahrensarten, wie verschiedentlich gefordert, angezeigt ist, muss unter dem Aspekt geprüft werden, ob nur so eine sachgerechte Lösung gewährleistet werden kann.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens. Bei Fragen oder Unklarheiten stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse

Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung

Erich Herzog
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches

Beilage: Fragebogen zu Diskussionspunkten innerhalb der Bundesverwaltung