

Interkantonales Organ für das öffentliche
Beschaffungswesen INOB
Haus der Kantone
Speichergasse 6
3000 Bern 7

Per E-Mail an: regina.fueeg@bpuk.ch

19. Dezember 2014

Vernehmlassung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) - Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 22. September 2014 haben Sie uns eingeladen, zur Vernehmlassung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit der Meinungsäusserung danken wir Ihnen. economiesuisse hat bei ihren interessierten Mitgliedern und den betroffenen internen Kommissionen eine Umfrage durchgeführt und nimmt gestützt auf deren Antworten aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht, ergänzend zu den Ihnen von besonders betroffenen Kreisen direkt zugestellten Eingaben, wie folgt Stellung:

Zusammenfassung

Eine transparente und wettbewerbsfreundliche Regelung des öffentlichen Beschaffungswesen ist ein zentrales Element der Marktwirtschaft und von sehr grosser volkswirtschaftlicher Bedeutung. economiesuisse begrüsst, dass die Überführung der staatsvertraglichen Verpflichtungen (Anpassung an das WTO GPA Revision 2012) zu einer Harmonisierung angestrebte Vereinheitlichung 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, sofern sich alle Kantone diesen Bestreben anschliessen und auf Sonderzüge verzichtet wird.

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.

1 Allgemeine Bemerkungen

Rund ein Viertel der öffentlichen Ausgaben entfallen auf öffentliche Beschaffungen; das Volumen entspricht etwa 8 Prozent des Bruttoinlandproduktes. Mit diesem grossen Anteil prägt der Staat als bedeutender Kunde sehr stark das Wirtschaftsgeschehen und den Wettbewerb. Ein transparentes und auf den Grundsätzen der Gleichbehandlung sowie des Marktzuganges beruhendes 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 (BV Art. 94). Der überwiegende Teil der öffentlichen Beschaffungen erfolgt auf der Ebene der Kantone und Gemeinden. Eine Harmonisierung der heute zersplitterten Regelungen ist daher überfällig. An diesen übergeordneten Zielsetzungen ist die vorstehende Revision zu messen. Die Schweiz hat sich auch staatsvertraglich im Bereiche des öffentlichen Beschaffungswesens verpflichtet, insbesondere durch das GPA im Rahmen der WTO. Hier müssen die vereinbarten Modernisierungen im Schweizer Recht umgesetzt werden. Das ist denn auch Anlass 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 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 diese Zusammenhänge in einer jüngst erschienenen Studie¹ hingewiesen. Im Zweifel ist stets die wettbewerbsfreundlichere Variante zu wählen.

Die Vorgaben des öffentlichen Beschaffungswesens bringen für Auftraggeber wie für Anbieter unbestritten einen hohen Aufwand. Mittels Schwellenwerten und sachgerechter Ausgestaltung kann dieser im Sinne der Verhältnismässigkeit begrenzt werden. Solche Begrenzungen dürfen allerdings nicht zu einem Unterlaufen der übergeordneten Zielsetzungen missbraucht werden. Entsprechend ist eine unabhängige Überprüfung zentral: dies geschieht einerseits durch einen breiten Rechtsschutz für die Beteiligten andererseits durch die Überwachung der Binnenmarktregeln.

Die Ausgestaltung des Beschaffungswesens über alle Branchen hinweg ist komplex und bedingt erhebliches Fachwissen. Unter diesem Umstand ist es erstaunlich, wie geradezu zufällig die Liste der eingeladenen interessierten Kreise zusammengestellt wurde. Sachgerechter wäre es, die Wirtschafts- und Wettbewerbskreise stärker bereits jetzt aktiv in die Ausarbeitung der neuen Regeln einzubeziehen.

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 entfallen und die ein grosses volkswirtschaftliches Gewicht für die Binnenwirtschaft der Schweiz hat. In dieser Beziehung verweisen wir auf die Ihnen direkt eingereichten Stellungnahmen. Diesen praxisorientierten Eingaben soll allenfalls mit differenzierten Regeln Rechnung getragen werden (Unterscheidung zwischen Bauwerken, komplexen Informatikprojekten und standardisierten Massenprodukten), denn Verfahren

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

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 nicht in Frage gestellt sein.

2.1 Harmonisierung 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. Auch der Weg über eine Interkantonale Vereinbarung, welche einfach in kantonales Recht überführt werden kann, wird von uns als pragmatisches und rasch umsetzbares Vorgehen unterstützt.** Bedingung für den Erfolg dieser Lösung ist, dass sich alle Kantone ohne Abweichungen anschliessen.

Hingegen orientiert sich die vorgeschlagene Regelung zu stark an den internationalen minimalen Vorgaben und auch an der bisherigen Praxis. Dies erklärt sich teilweise durch die Zusammensetzung der vorbereitenden Arbeitsgruppe AURORA, in welcher gemäss S. 9 des Begleitberichtes nur die staatlichen Anbieter, nicht aber Teilnehmer an Ausschreibungen oder auch Vertreter des Wettbewerbes (Seco, Wettbewerbskommission) vertreten waren. Richtig und notwendig wäre es, die vorgeschlagenen Lösungen stets im Sinne der übergeordneten Zielsetzung kritisch zu hinterfragen und auch weitergehende Lösungen zu evaluieren, selbst wenn solche im Schlussentscheid aufgrund von Verhältnismässigkeitsüberlegungen unterliegen würden. Ob diese wichtige Auseinandersetzung ausreichend erfolgt ist, ist zumindest aus dem Begleitbericht nicht ersichtlich.

2.2 Kriterien

Die Kriterien sind beim öffentlichen Beschaffungswesen von zentraler Bedeutung, sowohl bei der Ausgestaltung der Regeln, bei der Formulierung der Ausschreibung wie bei der Zuteilung. Hier besteht ein enormer Spielraum, den Wettbewerb durch zusätzliche Vorgaben und Einschränkungen zu unterlaufen. Ziel muss stets ein möglichst breiter und intensiver 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 jeweils individuell gerechtfertigt werden. Die Vorlage weicht davon verschiedentlich ab. Beispielsweise ist „Nachhaltigkeit“ wichtig und auch in der Bundesverfassung vorgegeben. Als Zweckelement der Vereinbarung (Art. 1 Lit. a) eignet sie sich aber nicht. Materiell müssen Ausgestaltungen der Nachhaltigkeit in die Begriffe „wirtschaftlicher Einsatz“ und „Lebenszyklus-Bewertung“ einfließen. Analoges gilt für das Kriterium der „Lehrlingsausbildung“ (Art. 31 Abs. 2), welches der Begleitbericht selbst als „vergabefremd“ bezeichnet. Gerade die Tatsache, dass dieses Kriterium einer politischen Forderung entspricht, zeigt wie hier der Wettbewerb einseitig zu Gunsten eines bestimmten Kriteriums eingeschränkt werden und mithin einzelne Teilnehmer am Beschaffungswesen bevorzugt werden

sollen. Die Förderung der Lehrlingsausbildung muss durch andere Massnahmen erfolgen als durch eine Verzerrung des Beschaffungswesens.

Bei den Teilnahmebedingungen (Art. 28) ist klarzustellen, dass es bei den aufgezählten Bedingungen nur um die Erfüllung bestehender gesetzlicher Verpflichtungen geht. Insbesondere dürfen allgemeine Teilnahmebedingungen der Auftraggeber nicht 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).

Eine einseitige Formulierung der Ausschreibekriterien kann Wirtschaftsteilnehmer vom Wettbewerb ausschliessen – dies mit gravierenden Folgen. Damit wird der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit verletzt und der Staat kann nicht von Offerten profitieren, welche in einer Gesamtbeurteilung wirtschaftlich günstiger wären. Beispiele für solche verfehlten Kriterien waren etwa Nachhaltigkeitskriterien der IGÖB für Reinigungsmittel, welche von europäischen Standards abweichen und Handelshemmnisse schaffen. Auch im Beschluss des Bundesrates im Zusammenhang mit der Beschaffung kritischer IKT-Infrastruktur, wonach nur noch Unternehmen mit Mehrheitsbeteiligung in der Schweiz berücksichtigt werden sollten, findet sich eine Voreingenommenheit, welche verschiedene Mitbewerber a priori ausschliessen würde. Es müsste geprüft werden, ob das angestrebte Ziel der Gewährleistung der 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 Dienstleistungen mit intellektuellem oder kreativem Anspruch.

Wir empfehlen Art. 1 und Art. 31 entsprechend anzupassen. Art. 29 und 31 sind in dem Sinne zu ergänzen, dass nur für das Projekt zentrale Kriterien aufgenommen und keine Handelshemmnisse geschaffen werden. Es muss ein möglichst breiter Anbieterkreis im Sinne eines offenen Wettbewerbes angesprochen werden.

2.3 Rechtssicherheit und -schutz

Die Revision trägt mit verschiedenen Bestimmungen und Begriffsklärungen zur Rechtssicherheit bei. Dies begrüssen wir. Immerhin machen uns die Privatspitäler darauf aufmerksam, dass die Frage deren Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungswesen im Lichte der Spitalfinanzierung 2012 nicht geklärt ist bzw. ein entsprechender Entscheid des Bundesgerichtes noch nicht vorliegt. Die Beurteilung der Unterstellung muss wiederum stets unter dem Aspekt eines bestehenden wirksamen Wettbewerbes erfolgen.

Von besonderer Bedeutung ist der Rechtsschutz. Dieser wirkt nicht nur in den Fällen, in denen es zu einer gerichtlichen Klärung kommt. Er hat insbesondere auch eine disziplinierende Vorwirkung. Entsprechend muss der Rechtsschutz umfassend ausgestaltet sein. Das gilt vor allem auch für

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

Einladungsverfahren oder für freihändige Vergaben. Dazu müssen die Anbieter über die minimalen Informationen verfügen, wie sie auf Bundesebene vorgesehen sind (Art. 23 BoeB).

Mit zum Rechtsschutz gehören auch die Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes. Diese sollen unverändert weitergelten. Sie könnten auch nicht im Rahmen des vorliegenden Projektes sondern nur im Rahmen der Bundesrechtsgesetzgebung abgeändert werden. Dazu verweisen wir auf die Empfehlung der WEKO 655-0001 vom 1. Dezember 2014, welche wir unterstützen.

2.4 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 unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit zu bevorzugen, die verschiedenen Verfahren klar zu regeln, statt 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, was insbesondere bei kleinen Projekten zu einem unverhältnismässigen Aufwand für alle Beteiligten führen kann. Darauf muss bei der Umsetzung 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 ausschliesslich dadurch 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