

Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)

Position der Schweizer Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie

Überblick

- **Swissmem beurteilt den Vorschlag für eine Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen nur teilweise als positiv. Zu begrüssen ist immerhin die beabsichtigte Angleichung des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen.**
- **Für Swissmem hat das Beschaffungsrecht nicht nur die Aufgabe, die «Gleichbehandlung unter den Anbieterinnen» sicherzustellen. Es muss vielmehr auch gewährleisten, dass die natürlicherweise vorliegende «Nachfragemacht der öffentlichen Hand» nicht zulasten der anbietenden Unternehmen geht. Den aktuellen Entwurf erachten wir als zu wenig ausgewogen, weil er hauptsächlich den Bedürfnissen der Beschaffungsstellen Rechnung trägt.**
- **Der finanzielle Ersatz von vergeblichen Aufwendungen für einen zu Unrecht nicht erhaltenen Zuschlag ist ein völlig unzureichender Rechtsschutz für Anbieterinnen. Der Vorschlag berücksichtigt einzig die Anliegen der Beschaffungsstellen, weil – gewollt oder nicht – unter diesen Bedingungen wohl keine Anbieterin jemals den Beschwerdeweg beschreiten wird.**
- **Bei Beschaffungen der öffentlichen Hand besteht kaum die Möglichkeit, dass die Haftung eingeschränkt wird. Aus diesem Grund schlägt Swissmem vor, dass das BöB explizit eine verhältnismässige Haftungsbeschränkung zugunsten der Anbieterinnen vorsieht.**

Ausgangslage

Für viele Mitgliedfirmen von Swissmem gehört die Bewerbung um öffentliche Aufträge zum täglichen Geschäft. Sie offerieren schweizweit bei Beschaffungen von Spitalausrüstungen, Rollmaterial des öffentlichen Verkehrs, Flughafeninfrastruktur, Energieerzeugungsanlagen und vielem mehr.

Das öffentliche Beschaffungswesen mit den internationalen Vereinbarungen (insbesondere dem WTO- und dem bilateralen Abkommen mit der EU) öffnet die Märkte und setzt die inländischen Firmen einer starken ausländischen Konkurrenz aus. Dies ist aus Sicht des Steuerzahlers zwar zu begrüssen, stellt aber die Anbieterinnen vor grosse Herausforderungen. Als unabdingbare Rahmenbedingung für diese starke Wettbewerbssituation sind die anbietenden Unternehmen ohne Wenn und Aber darauf angewiesen, dass die Grundsätze des Beschaffungsrechts (Transparenz, Gleichbehandlung, Fairness) nicht nur gesetzlich festgehalten, sondern im Notfall auch gerichtlich durchgesetzt werden können.

1. Im Einzelnen

1.1. Harmonisierung

Die mit der Revision ebenfalls beabsichtigte Harmonisierung des Beschaffungsrechts des Bundes und der Kantone wird sehr begrüsst. Es ist zu erwarten, dass sie einen stärkeren Wettbewerb zur Folge hat, weil dann mit genügender Rechtssicherheit auch Angebote in anderen Kantonen eingereicht werden können. Damit wird einem langjährigen Anliegen der Industrie Rechnung getragen.

1.2. Ausgewogenheit des Beschaffungsrechts

Eine Besonderheit des Beschaffungsrechts ist, dass die Verwaltung als Teil des Beschaffungswesens, einen Gesetzesvorschlag hierzu selber erarbeitet. **Dem Parlament kommt daher in diesem Gesetzgebungsverfahren in ausgeprägter Weise die Rolle einer Schiedsrichterin zu, welche korrigierend eingreifen und die Ausgewogenheit sicherstellen muss.**

Die aktuelle Revision des BöB bietet Gelegenheit, kritisch zu hinterfragen, ob nicht punktuell Anpassungen erforderlich sind, um der Ausgewogenheit zum Durchbruch zu verhelfen. Insbesondere muss das Beschaffungsrecht die mit öffentlichen Beschaffungen einhergehende Gefahr der «Nachfragemacht der öffentlichen Hand» berücksichtigen und sicherstellen, dass sich Beschaffungsstelle und Anbieterin auf **Augenhöhe** begegnen.

Im vorliegenden Entwurf zeigt sich in einigen Aspekten diese Unausgewogenheit. Zu erwähnen sind die folgenden Beispiele:

- Der **Abbruch eines Beschaffungsverfahrens** (Art. 43 VE-BöB), welcher für die Anbieterinnen nutzlose Aufwendungen zur Folge hat, kann praktisch ohne einschränkende Voraussetzungen erfolgen. Es genügt ein zureichender Grund. Diese Hürde sollte durch Einschränkungen erhöht werden.
- Die **fehlende reformatorische (= heilende) Wirkung der Gutheissung einer Beschwerde** im ausserstaatsvertraglichen Bereich (Art. 52 i.V.m. Art. 58 VE-BöB) ist aus rechtsstaatlichen Überlegungen bedenklich, insbesondere weil dies ohne Not geschieht (vgl. 2.3.).
- **Swissmem plädiert dafür, dass Beschaffungen möglichst ausnahmslos öffentlich ausgeschrieben werden.** Es ist daher bedauerlich, dass der **Katalog der Ausnahmen**, bei welchen auch über dem Schwellenwert keine öffentliche Ausschreibung erfolgen muss und somit eine freihändige Vergabe möglich ist, besonders lang geblieben ist (Art. 21 Abs. 2 VE-BöB). Ins Auge stechen die Folgebeschaffungen (Art. 21 Abs. 2 lit. e VE-BöB), welche Tür und Tor für die Umgehung der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht öffnen. Der Ausnahmenkatalog muss dringend gekürzt und an einschränkende Voraussetzungen geknüpft werden.
- Der Entwurf trägt zudem der Beschaffung von **komplexen technischen Systemen und Produkten** zu wenig Rechnung. Zwar werden die Verfahren durch Instrumente, wie etwa Verhandlungen im freihändigen Verfahren (Art. 21 Abs. 1 VE-BöB) oder Varianten (Art. 33 VE-BöB), flexibilisiert. Weil diese Instrumente aber als Kann-Vorschriften ausgestaltet sind beziehungsweise durch die Beschaffungsstellen ausgeschlossen werden können, dürften sie in der Praxis kaum an Bedeutung gewinnen.
- Die Nachfragemacht der öffentlichen Hand zeigt sich auch in erzwungenen und unangemessenen Einkaufsbedingungen. Die anbietenden Unternehmen sind oft mit der Situation konfrontiert, dass Beschaffungsverträge nur in sehr geringem Masse verhandelt werden können – wenn überhaupt. Eine mögliche Lösung sehen wir in einer **grundsätzlichen und gesetzlich festgehaltenen Verhandelbarkeit vorgeschlagener Geschäftsbedingungen**, wie dies in einem Markt mit funktionierendem Nachfragewettbewerb üblich ist.

1.3. Ungenügender Rechtsschutz

Ausserhalb des Staatsvertragsbereichs ist der **Rechtsschutz für Anbieterinnen völlig ungenügend** und aus rechtsstaatlichen Überlegungen in dieser Form abzulehnen. Selbst bei uneingeschränkter Gutheissung einer Beschwerde kann der Zuschlag nicht mehr der Anbieterin, welche rechtmässigerweise zu berücksichtigen gewesen wäre, erteilt werden. Die obsiegende Beschwerdeführerin muss sich maximal mit einer Entschädigung der erforderlichen Kosten für die Vorbereitung und Einreichung des Angebots und der gerichtlichen Feststellung der Widerrechtlichkeit der Zuschlagserteilung zufrieden geben.

Rechtsschutz hingegen hat nach der hier vertretenen Auffassung die Funktion, Verfehlungen zu korrigieren und dem Gesetz zum Durchbruch zu verhelfen. Mit dem vorliegenden Vorschlag wird dies nicht erreicht, weil der fälschlicherweise erteilte Zuschlag bestehen bleibt. Die Motivation einer nicht berücksichtigten Anbieterin, den

Beschwerdeweg zu beschreiten, ist jedoch der Zuschlag und nicht ein Trostpflaster in Form von Schadenersatz. Wenn von vornherein keine Aussicht auf den Zuschlag besteht, wird wohl in Zukunft auch keine Beschwerde geführt werden. Damit wird die richterliche Überprüfung von Zuschlagsverfügungen faktisch aufgehoben.

Die Folgen für die Beschaffungsstelle sind somit ausserordentlich komfortabel, denn selbst bei krassen Verfehlungen muss sie schlimmstenfalls mit einer beschränkten Entschädigung an die Beschwerdeführerin rechnen. **Die Unausgewogenheit der Vorlage wird an dieser Stelle erneut offensichtlich.**

Die durch Beschwerdeverfahren verursachten **Verzögerungen** bei Beschaffungen sind nicht nur für die Beschaffungsstellen, sondern auch für die berücksichtigten Anbieterinnen nicht wünschenswert und nicht ohne Kostenfolge. Dennoch kann die Vermeidung von Verzögerungen kein hinreichender Grund zur Beschneidung der rechtsstaatlichen Rechte von unterlegenen Anbieterinnen sein. **Verzögerungen lassen sich durch einen stringenten, im Gesetz festgeschriebenen Fristenlauf vermeiden.** Für eine mögliche Lösung verweisen wir auf unsere tabellarische Darstellung.

Auch dass eine Beschwerde unterhalb von CHF 150'000 gar nicht möglich ist, erachten wir hauptsächlich für kleine Unternehmen als stossend. Vielmehr sollte eine Beschwerdemöglichkeit mindestens für grobe Verstösse vorliegen.

1.4 Haftungsbeschränkung

Die praktische Erfahrung unserer Mitglieder lehrt, dass die Beschaffungsstellen in der Regel auf einer unlimitierten Haftung bestehen. Gelegentlich wird angeboten, dass für einen entgangenen Gewinn nicht gehaftet werden muss.

Diese Situation betrifft Unternehmen, welche zu einem grossen Konzern gehören, und KMU in besonderem Masse. Tritt nämlich ein grosser Schadensfall ein, kann dies unter Umständen die Existenz eines KMU gefährden. Sehr oft ist man sich dieser Gefahr gar nicht bewusst. Bei den Konzerngesellschaften sind es interne Vorschriften, welche ihnen üblicherweise verbieten, Verträge ohne Haftungsbeschränkung einzugehen. Diesen potenziellen Anbieterinnen bleibt folglich gar nichts anderes übrig, als auf die Abgabe eines Angebots zu verzichten.

Weshalb die Beschaffungsstellen immer wieder darauf bestehen, dass die Haftung nicht limitiert wird, ist nicht einzusehen. Auch für den Staat ist diese Forderung nicht wirklich vorteilhaft. Denn es kann nicht in dessen Interesse sein, im Schadensfall kleinere Anbieterinnen in ihrer Existenz zu gefährden. Im Falle der Konzerngesellschaften ist es für den Wettbewerb nicht förderlich, wenn diese auf die Abgabe eines Angebots verzichten müssen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass das Haftungsrisiko bei den Angeboten eingepreist wird.

Wird die Haftung hingegen auf ein kalkulierbares Mass beschränkt, dürfte der Staat in mehrfacher Hinsicht profitieren. Swissmem schlägt daher vor, dass das revidierte BöB den geschilderten Umständen Rechnung trägt, indem es explizit vorsieht, **dass die Haftung bei öffentlichen Beschaffungen zwar die wichtigsten Risiken abdecken soll, aber zum Vertragswert oder dem zu erwartenden Schadenspotenzial in einem vernünftigen Verhältnis stehen muss und folglich beschränkt wird.**

Weitere Auskünfte bei Swissmem erteilt:

– Urs Meier, Bereichsleiter Wirtschaftspolitik a.i., Tel. +41 44 384 48 10, u.meier@swissmem.ch