

SWICO
Technoparkstrasse 1
CH-8005 Zürich
Tel. +41 (0)44 445 38 00
Fax +41 (0)44 445 38 01
E-Mail : info@swico.ch
Internet www.swico.ch



Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Herr BR Hans-Rudolf Merz
Bundesgasse 3
3003 Bern

cc an: bkb@bbl.admin.ch

Zürich, 6. November 2008

Vernehmlassung zur Revision des Bundesgesetzes über das Öffentliche Beschaffungswesen

Sehr geehrter Herr Bundesrat Merz

Namens des SWICO erlauben wir uns, folgende Vernehmlassung zur vorgeschlagenen Totalrevision des Bundesgesetzes über das Öffentliche Beschaffungswesen abzugeben.

1. Vorbemerkungen

SWICO ist der Schweizerische Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik. Im SWICO sind über 400 Anbieter und Hersteller der Branchen IT-Technology, Software & IT-Services, Imaging & Printing sowie Consumer Electronic organisiert, die mit ihren 34'000 Angestellten einen Umsatz von CHF 19 Milliarden erwirtschaften. Der SWICO setzt sich für eine liberale, kundenbezogene und ökologisch verantwortungsbewusste Entwicklung des ICT/CE Marktes in der Schweiz ein.

Der SWICO unterstützt auch seit seinem Bestehen alle Bestrebungen um ein transparentes, effizientes und sachgerechtes Beschaffungswesen des Bundes.

So hat er sich bereits an den Gesetzgebungsarbeiten zum aktuellen Bundesgesetz über das Öffentliche Beschaffungswesen beteiligt und verschiedene Bemühungen um einheitliche IT-Beschaffungsverträge unterstützt. Insbesondere hat der SWICO anfangs 2004 mit dem damaligen Vorsitzenden des Informatik Strategieorganes des Bundes eine gemeinsame Modernisierung der Einkaufsbedingungen des Bundes für Informatikleistungen initiiert und in einer Sitzung vom 22. April 2004 von Dr. Römer die Zusage erhalten, dass die BKB zusammen mit dem SWICO eine entsprechende Überarbeitung gemeinschaftlich durchführt. Mittlerweile hat sich die BKB indes von dieser Zusage zurückgezogen und erarbeitet die entsprechenden Bestimmungen alleine.

Dabei besteht die grosse Gefahr, dass wesentliche von der Wirtschaft an diese AGB gestellten Anliegen nicht berücksichtigt werden.

Diese Hauptanliegen sind auch diejenigen, welche im Rahmen des vorliegenden Entwurfes nicht oder nur ungenügend Berücksichtigung gefunden haben.

2. Grundsätzliche Regelungspunkte

2.1 Eignungskriterien vs. Zuschlagskriterien

Die WEKO hat im Bericht ihres Sekretariates zur Revision des Beschaffungsrechts („Wettbewerb und Vergaberecht - Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes“) (in RPW 2006-2) in Ziff. V als Massnahme zur Stärkung des Wettbewerbs im Vergaberecht festgehalten, dass Eignungskriterien – insbesondere für Newcomer und KMU – als Marktschranken wirken, wenn sie über das Notwendige hinausgehen, d.h. unverhältnismässig sind. Diesem Umstand müsse bei der Festlegung und Handhabung der Eignungskriterien Rechnung getragen werden.

Die heutige Beschaffungspraxis zeigt hier ein anderes Bild:

Regelmässig wird bei Ausschreibungen die „uneingeschränkte Akzeptanz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bundes“ für den Kauf von Hardware, für Informatikdienstleistungen etc. als Eignungskriterium bezeichnet. Darüber hinaus wird bei einzelnen Ausschreibungen gar noch verdeutlicht: „Es werden keine allgemeinen Geschäftsbedingungen verhandelt und es werden keine Ausnahmeregelungen akzeptiert.“ (Beispiel Projekt Nr. (412) 600.020).

Diese Praxis ist weder rechtmässig noch zielführend.

Da die, wie es der Name ja sagt, *Allgemeinen* Geschäftsbedingungen die Komplexität gewisser Informatikbeschaffungsvorhaben nicht abbilden können, in den von den Beschaffungsstellen ausgestellten Vertragsurkunden jedoch regelmässig hierarchisch über dem Angebot des Anbieters stehen, wird es dem Anbieter verunmöglicht, sachgerechte Vertragsbedingungen in den Beschaffungsprozess einzubringen. Wenn er sich der uneingeschränkten Akzeptanz nicht unterwirft, wird er als ungeeignet betrachtet, überhaupt ein Angebot einzureichen. Dies führt dazu, dass im Einzelfall der technisch am besten versiertere oder auch der wirtschaftlich günstigste Anbieter von einem Angebot a priori ausgeschlossen wird, wenn er sachfremde Klauseln aus den AGB nicht akzeptieren kann (z.B. wegen Verstoß gegen US-GAAP Bestimmungen oder wenn für die angebotene Leistung kein AGB Vertragstypus besteht, wie z.B. im Bereich Outsourcing).

Nach ständiger Rechtsprechung dienen Eignungskriterien der Feststellung, ob ein Anbieter über die für die Erfüllung des konkreten Vertrages erforderliche Leistungsfähigkeit verfügt. Eignung heisst, die Befähigung liegt dann vor, wenn sichergestellt ist, dass der offerierende Bewerber den Vertrag in finanzieller, wirtschaftlicher, technischer und organisatorischer Hinsicht erfüllen kann. Die Prüfung der Eignung bezieht sich immer auf die Person des Anbieters, nicht auf sein Angebot. In diesem Lichte können Vertragsinhalte nie als Eignungskriterium hinhalten, sondern können höchstens unter den Zuschlagskriterien einfließen. Aber selbst dann ist die „uneingeschränkte Akzeptanz der AGB des Bundes“ keinesfalls als Zuschlagskriterium zu werten, da ein solches Kriterium es nicht ermöglicht, die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsgegenstandes zu ermitteln.

Diese Klarheit wird im Entwurf nicht erreicht. So ist insbesondere in Art. 31 Abs. 2 auf den (richtigen) Kriterienkatalog nach Anhang 2 verwiesen, dieser ist jedoch durch die Formulierung „insbesondere“ nicht abschliessend zu verstehen und öffnet so den vorerwähnten missbräuchlichen Tatbeständen wiederum Tür und Tor. Dies wird dadurch belegt, dass die entsprechende Verweisung bereits heute in Art.9 VoeB vorgenommen wird und sich trotzdem die vorgenannte rechtswidrige Praxis gefestigt hat.

Auch kartellrechtlich ist eine solche Bestimmung, wonach sich der Anbieter mit Einreichung seines Angebotes bedingungslos den einseitig vorformulierten AGB des Bundes unterwirft, bedenklich. Dies wird auch im vorerwähnten Bericht der Wettbewerbskommission in Ziff. 8.2.2 als relevant bezeichnet [„Als kartellrechtliche Tatbestände bei Beschaffungen kommen dabei insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)“]. Als unangemessen sind die AGB eben genau dann zu betrachten, wenn sie auf einzelne Projektsachverhalte nicht zugeschnitten sind oder den heute üblichen Rechnungslegungsregeln widersprechen.

Im Lichte des Ausgeführten ist deshalb zu fordern, dass die Auflistung von Eignungskriterien als abschliessend bezeichnet wird.

2.2 Dialog/Verhandlungen

Die sachgerechte Regelung der vertraglichen Rahmenbedingungen für komplexe Informatik Beschaffungsprojekte erfordern in jedem Fall zwingend Verhandlungen. Dabei kann es im Gegensatz zur Formulierung von Art. 47 nicht nur dann zu Verhandlungen kommen, wenn den Anbietern die Gelegenheit gegeben werden soll, ihr Angebot zu verbessern, sondern wenn es darum geht, diese konkreten Rahmenbedingungen zu vereinbaren. Auch die Botschaft führt zu Art. 47 aus, dass in der Privatwirtschaft Preisverhandlungen in vielen Bereichen üblich sind und es nicht ersichtlich sei, weshalb bei öffentlichen Beschaffungen darauf verzichtet werden soll. Hinzu komme, „dass die Abgrenzung zwischen Preisverhandlungen und anderen Verhandlungen in der Praxis oft schwierig ist, da sich diese Vor-

gänge praktisch immer auf das Preis-/Leistungsverhältnis auswirken“. Und weiter: „In Verfahren, in denen lediglich das Ziel der Beschaffung vorgegeben wird, sind Verhandlungen über sämtliche Leistungselemente inklusive über den Preis unabdinglich.“ Es zeigt sich also, dass bei komplexen Projekten der Dialog zwingend geführt werden muss und die Unterwerfung unter ein vorgegebenes Vertragsregime wie in der vorherigen Ziffer ausgeführt, nicht statthaft sein kann.

Wir sind deshalb der Ansicht, dass Verhandlungen mit denjenigen Anbieterinnen, die für den Zuschlag in Betracht kommen, zwingend geführt werden müssen, und zwar nicht nur über Preiselemente.

2.3 Beratung/Knowhow-Transfer/Vorbefasstheit

Eine Ausschreibung setzt voraus, dass die Beschaffungsstelle eine Leistungsbeschreibung abgibt, d.h. die Anforderungen an die zu beschaffende Leistung, insbesondere deren technische Spezifikationen in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit bekannt gegeben werden (Art. 21 Abs. 1). Bei anspruchsvollen Informatikprojekten, in welchen regelmässig neuste Technologie und Architektur berücksichtigt werden soll, ist dabei die Beschaffungsstelle regelmässig auf die Expertise von Anbietern der entsprechenden Technologien angewiesen. Dabei wird häufig in einem Beratungsvertrag das notwendige Know-how nicht nur beschafft, sondern auch transferiert. Dass sich der entsprechende Anbieter dabei einen Wissensvorsprung über das Beschaffungsprojekt aneignet, ist verständlich, darf aber nicht zum praktisch automatischen Ausschluss führen, welcher nur über eine Ausnahmebestimmung und begründet aufgehoben werden kann. Durch die Bestimmung von Art. 22 Abs. 1, wonach die technischen Spezifikationen den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise einschränken dürfen sowie mittels einer Weitergabe aller wesentlichen Informationen an alle potenziellen Anbieter sollte es ermöglicht werden, dass der Wettbewerbsvorteil ausgeglichen wird und nicht automatisch eine Vorbefasstheit angenommen wird. Die entsprechende Bestimmung sollte demzufolge in ihrer Wirkung umgekehrt werden, d.h. ein an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligter Anbieter soll nur dann ausgeschlossen werden, wenn es nicht möglich ist, mittels detaillierter Information und allenfalls längerer Fristen für die anderen Anbieter dessen Wettbewerbsvorteil auszugleichen.

3. Detaillierte Stellungnahme zu den einzelnen Artikeln

Zu den einzelnen Artikeln lassen wir uns zusätzlich wie folgt vernehmen:

Artikel 5
Befreiung von der Unterstellung unter dieses Gesetz

In der heutigen Ausgestaltung ist dieser Vorbehaltsartikel („in bestimmten Aufgabenbereichen“) zu unbestimmt und sollte mindestens in einem Anhang (welcher nicht abschliessend zu sein braucht) näher umfasst werden.

Artikel 11
Einladungsverfahren und freihändiges Verfahren

Die vorgesehene Formulierung ist nicht genügend klar (was bedeutet „ortsfremd“) – bezieht sich dies auf den Ort der Erbringung der Leistung oder der Beschaffungsstelle (Bund, Kantone, Institute, Anstalten)?

Die dazu in der Botschaft gemachten Ausführungen gehören mindestens im Grundsatz auch in ein Gesetz oder eine Verordnung.

Artikel 14
Wiederkehrende Leistungen

Gerade bei länger dauernden Informatikleistungen (Outsourcing Dienstleistungen oder Wartungsdienstleistungen), (für welche die AGB nota bene auch eine längere Anbietungspflicht des Lieferanten vorsehen) ist die Limitierung auf vier Jahre nicht sachgerecht.

Es ist hier auf fünf Jahre zu erhöhen.

Artikel 15
Schwellenwerte

Die vorgesehenen Schwellenwerte bei Dienstleistungsverfahren erachten wir als zu tief. Die vorliegenden Schwellenwerte können dazu führen, dass der Aufwand zur Teilnahme am Wettbewerb nicht gerechtfertigt werden kann und damit die Teilnahme am Wettbewerb verunmöglicht wird, was letztlich den Wettbewerb wieder verzerrt.

Wir schlagen eine Erhöhung der entsprechenden Schwellenwerte auf 500'000 (Art. 4 Abs. 1 Bst. a) bzw. 750'000 (Art. 4 Abs. 1 Bst. b) vor.

Darüber hinaus erscheint uns die Unterscheidung nach Art der Beschaffungsstelle (Art. 4 Abs. 1 Bst. a oder b) fraglich, es würde zur vereinfachten Anwendung der Beschaffungsregeln für den Anbieter führen, wenn einheitlich nur noch die höheren Schwellenwerte genommen würden.

Zu Abs. 5 sind wir der Ansicht, dass bei der Beschaffung von Gütern gemeinsam mit anderen Leistungen nicht der Schwellenwert für die Güterbeschaffung, sondern der kumulierte Schwellenwert Anwendung finden soll (z.B. Güter und Dienstleistungen).

Artikel 19
Ausschreibungsunterlagen

Wir sind der Ansicht, dass die Ausschreibungsunterlagen auf die vertraglichen Eckwerte mit einem Hinweis auf die Möglichkeit zur transparenten Abweichung hiervon enthalten sollen.

- Artikel 21**
Leistungsbeschreibung
- Die Beschreibung in Abs. 3 („Sie teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind.“) darf sich nicht auf alle Anforderungen gemäss Ziff. 1 beziehen („insbesondere“), sondern muss sich zwingend und ausschliesslich auf die technischen Anforderungen beziehen.
- Artikel 24**
Varianten
- Der von der Vergabestelle mögliche Ausschluss oder die Einschränkung von Varianten sollte nur in begründeten Fällen vorgenommen werden. Bei der letztlichen Auswahl einer favorisierten Variante sollte es allen Anbietern, welche die Eignungskriterien erfüllt haben, ermöglicht werden, diese nachzuofferieren, um eine Wettbewerbsverzerrung auszuschliessen.
- Artikel 25**
Fehlender Nachweis der Einhaltung rechtlicher Anforderungen
- Die vorgesehene Regelung stellt eine unseres Erachtens unbegründete und auch nicht umsetzbare Verschärfung der entsprechenden Bestimmung des heutigen Art. 8 BoeB dar. Während nach heutigem Recht die Einhaltung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen von der Beschaffungsstelle im Zweifelsfall überprüft werden dürfen, sieht der Vorentwurf vor, dass der Anbieter einen positiven Nachweis der Einhaltung der entsprechenden gesetzlichen Regeln erbringen können muss, was faktisch nicht möglich ist.
- Demzufolge ist wieder auf das alte Regime der Möglichkeit zur Kontrolle im Einzelfall seitens der Beschaffungsstelle zurückzugehen.
- Artikel 28**
Ausschluss wegen Vorbefassung
- Hierzu wird auf das in Ziff. 2.3 Gesagte verwiesen.
- Artikel 29**
Weitere Gründe für den Ausschluss
- Die in Abs. 3 formulierte Ausschlussmöglichkeit des Nichterfüllens „bestimmter rechtlicher Anforderungen“ ist nicht praktikabel und unseres Erachtens auch nicht zulässig, wenn als rechtliche Voraussetzung etwa die uneingeschränkte Akzeptanz der AGB des Bundes in der Ausschreibung genannt werden (vgl. hierzu das oben in Ziff. 2.1 Gesagte).
- Die Formulierung von Art. 29 Abs. 3 hat sich auf allfällige in der Ausschreibung bestimmte „behördliche Bewilligungen“ zu beschränken.
- Artikel 31**
Eignungskriterien
- Vgl. hierzu das oben in Ziff. 2.1 Gesagte.
- Artikel 32**
Zuschlagskriterien
- Es wäre einer erhöhten Transparenz dienlich, wenn die Rangfolge und Gewichtung der Kriterien zwingend in der Ausschreibung zu benennen wären. Darüber hinaus müsste in Abs. 2 Bst. b zum Ausdruck kommen, dass die dort genannten Zuschlagskriterien auch die vertraglichen Bedingungen umfassen.

- Artikel 42**
Publikationspflicht
Die zur Veröffentlichung vorgesehene Frist von 72 Tagen nach dem Zuschlag ist unangemessen lang. Eine solche Publikation sollte innert längstens zwei Wochen möglich sein.
- Artikel 43a**
Unwirksamer Vertrag
Die vorgesehene Variante führt zu einer unnötigen Rechtsunsicherheit und kann unseres Erachtens weggelassen werden.
- Artikel 46**
Dialoge
Diese Bestimmung ist grundsätzlich zu begrüßen, vgl. dazu auch das vorne zu Ziff. 2.2 Gesagte. Indes sollten für die entsprechenden Dialoge die Voraussetzungen, der Ablauf und die Konsequenzen (Vergütung für Weiterentwicklung der vorgeschlagenen Lösungswege bzw. Rechte bezüglich der genannten „intellektuellen Dienstleistungen“ aufgestellt werden, wie dies auch im angrenzenden Ausland (z.B. in der Deutschen Vergabeverordnung) gemacht wird.
- Artikel 47**
Verhandlungen
vgl. auch hierzu das oben unter Ziff. 2.2 Genannte.
- Artikel 48**
Elektronische Auktionen
Das Mittel der elektronischen Auktion ist zweifelsohne ein geeignetes Beschaffungsmittel, wobei jedoch darauf hinzuweisen ist – und im Gesetz auch so ausformuliert werden sollte, dass es nur auf klar definierte, im Markt vergleichbar erhältliche Produkte (Commodity) Anwendung finden soll.
- Artikel 57**
Abbruch des Verfahrens
Treu und Glauben im Geschäftsverkehr wie auch die Grundsätze von culpa in contrahendo erfordern unseres Erachtens die Regelung der Entschädigung an die Anbieter für deren vergebliche Offertstellung.
- Artikel 61**
Fehlender Wettbewerb
Da die Beschaffungsstellen dazu tendieren, das Einsichtsrecht nicht nur bei fehlendem Wettbewerb sich auszubedingen, sollte diese Bestimmung dahingehend zurückgenommen werden, dass nicht die Beschaffungsstelle selbst, sondern ausschliesslich die Finanzkommission Einsicht in die Kalkulation nehmen kann.
- Artikel 71**
Begründungspflicht
Die in Abs. 2 vorgesehene „umgehende“ Information an nicht berücksichtigte Anbieterinnen ist zu wenig griffig. Die Praxis hat gezeigt, dass solche Information immer wieder erst so kurzfristig vor Ablauf der Beschwerdefrist mitgeteilt wird, dass die Ergreifung von Rechtsmitteln erheblich erschwert wird oder nicht berücksichtigte Anbieterinnen praktisch gezwungen werden, vorsorglich ein Rechtsmittel zu ergreifen. Insbesondere die in der Botschaft genannten Debriefings finden häufig nicht innert der dort genannten 10 Tage statt, sondern teilweise erst nach zwei Wochen, sodass dem Anbieter für die Entscheidung, ob er ein Rechtsmittel ergreifen soll und dessen Ausarbeitung, manchmal nur noch zwei Tage zur Verfügung stehen.

Artikel 76

Aufschiebende Wirkung

Die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung im Interesse „der rechtzeitigen Erfüllung einer Bundesaufgabe“ zu entziehen, ist unseres Erachtens zu weit gefasst und sollte griffiger formuliert werden. Zudem sollte eine aufschiebende Wirkung auch nur dann erteilt werden können, wenn die Beschwerdeinstanz innert kurzer Frist (maximal ein Monat nach Eingang der Beschwerde) entscheidet.

Artikel 78

Umfang des Schadenersatzes für die Anbieterin

Die in Abs. 2 vorgenommene Beschränkung des Schadenersatzes auf 3% des Zuschlagswertes ist unverhältnismässig tief und muss unseres Erachtens mindestens auf 10% angehoben werden.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die entsprechende Berücksichtigung unserer Argumente.

Mit vorzüglicher Hochachtung

SWICO

gez.

Andreas Knöpfli
Präsident

gez.

Dr. Peter K. Neuenschwander
Vorsitzender Kommission IT-Recht