

Beschaffungskonferenz des Bundes
Fellerstrasse 21
3003 Bern
Per E-Mail an: direktion@bbl.admin.ch

Zürich, 29. Juni 2015

Vernehmlassung zur Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB)

Sehr geehrte Damen und Herren

Namens des Swico bedanken wir uns für die Möglichkeit, unsere Position zu den Entwürfen betreffend Revision des Gesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen darzulegen und reichen Ihnen hiermit unsere Stellungnahme ein.

1. Legitimation und Betroffenheit

Im Swico sind mehr als 420 Anbieter aus den Branchen Informations- und Kommunikationstechnologie (ICT) sowie Unterhaltungselektronik organisiert. Sie beschäftigen zusammen mehr als 36'000 Personen und erwirtschaften einen Umsatz von über 20 Milliarden Franken. Der Swico vertritt die Interessen dieser Branchen bei Politik, Verwaltung und NGOs.

Seit „Insieme“ stehen die Informatikprojekte der öffentlichen Verwaltungen unter besonderem Beobachtungsfokus. Ferner hat die Bedeutung der ICT in Wirtschaft und Verwaltung stark zugenommen und auch die Beschaffungsproblematik akzentuiert. Swico nimmt in dieser Thematik für seine Mitgliederfirmen eine Vorreiterrolle ein und war auch in den Expertengesprächen zu den AGB Bund massgeblich involviert. Dementsprechend ist Swico von der Revision des BöB und der VöB ganz besonders betroffen und bedankt sich für die Einladung zur Stellungnahme.

2. Vernehmlassung

2.1 Grundsätzliches

Die beabsichtigte Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen von Bund und Kantonen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens entspricht einer langjährigen Forderung der Wirtschaft und ist sehr zu begrüessen.

2.2 Nachhaltigkeit (Art. 1 und 33 VE-BöB, Art. 3 VE-VöB)

Die Nachhaltigkeit soll hier in allen drei Dimensionen (wirtschaftlich, ökologisch, sozial) unter Beachtung des gesamten Lebenswegs eines Produktes berücksichtigt werden. Demgegenüber beschränkt sich das GPA auf die ökonomische und ökologische Dimension (vgl. erläuternder Bericht VE-BöB, S. 18). Wir fordern hier die Angleichung an das GPA und damit die Streichung der über die Dimensionen des GPA hinausgehenden sozialen Aspekte in der öffentlichen Beschaffung.

2.3 Anwendbares Recht (Art. 5 VE-BöB)

Gemäss Abs. 3 sind mehrere an einer Beschaffung beteiligte Auftraggeberinnen im gegenseitigen Einvernehmen befugt, eine gemeinsame Beschaffung in Abweichung von den Grundsätzen in Abs. 1 und 2 dem Recht einer beteiligten Auftraggeberin zu unterstellen. Auf der anderen Seite ist eine Vereinbarung mit den Anbieterinnen jedoch nicht möglich. Diese einseitige Rechtswahl durch die Auftraggeberinnen ist daher ersatzlos zu streichen. Die Wahlmöglichkeit (Recht am Sitz oder Bundesrecht) in Abs. 4 ist nur auf Bundesrecht zu beschränken.

2.4 Vorbefassung (Art. 16 VE-BöB)

Wir begrüessen, dass der Gesetzesentwurf Möglichkeiten zum Ausgleich resp. der „Heilung“ der Vorbefassung vorsieht. Dagegen ist der der Auftraggeberin gewährte Ermessensspielraum zu gross und daher einzugrenzen. Wir empfehlen, dass die Auftraggeberin zum Zeitpunkt der Beauftragung solcher Beratungsleistungen das Ergreifen von Heilungsmassnahmen gegen eine Vorbefassung der Auftragnehmerin zusichern muss, sofern sich die Auftragnehmerin an der gegebenenfalls späteren Ausschreibung als Anbieterin beteiligen möchte. Solange das Ergreifen von Heilungsmassnahmen alleine vom Willen der Auftraggeberin abhängt und Anbieterinnen Gefahr laufen, kurzfristig von einer Ausschreibung ausgeschlossen zu werden, haben geeignete Knowhow-Träger kein Interesse daran, bereits im Vorfeld einer Ausschreibung Beratungsleistungen anzubieten, was der Qualität der Ausschreibung abträglich sein könnte.

2.5 Einsichtsrecht (Art. 18 VE-BöB, Art. 13 VE-VöB)

Das Einsichtsrecht der Auftraggeberin in die Preiskalkulation stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Die einseitige Verfügung der Rückerstattung (für die Vergangenheit) von Preisen, welche nach alleiniger Ansicht der die Prüfung durchführenden Finanzkontrolle als "zu hoch" erachtet werden, kann aus zwei Gründen so nicht akzeptiert werden.

Zum einen sind die Kriterien der Preisüberprüfung nicht klar stipuliert (auch nicht in der entsprechenden Richtlinie des EFD) und zum anderen stellt das gesamte Vergabeverfahren in der Regel sicher, dass eben kein fehlender Wettbewerb im Sinne von Art. 18 VE-BöB vorliegt. Die in Art. 13 Abs. 3 lit. a VE-VöB festgehaltene Ausnahme vom Einsichtsrecht, wenn die Auftraggeberin in der Lage ist, den Preis für gleiche oder im wesentlichen vergleichbaren Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt zu ermitteln, wird durch das Ausschreibeverfahren eben genau im Kern sichergestellt.

Im Falle eines effektiv nicht vorhandenen Wettbewerbs besteht immer noch genügender Schutz gegen Missbrauch der Marktstellung der Anbieterin durch das Wettbewerbsrecht.

2.6 Dialogverfahren (Art. 28 VE-BöB, Art. 24 VE-VöB)

Swico befürwortet die Einführung des Dialogverfahrens, welches v.a. bei komplexen Projekten als wertvolles Instrument zu bezeichnen ist. Art. 28 VE-BöB ist jedoch als Kann-Vorschrift formuliert, wodurch dessen Anwendbarkeit eingeschränkt wird. Im Gegensatz zur EU wird der Dialog auch nicht als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (vgl. erläuternder Bericht VE-BöB zu Art. 28, S. 54). Der Dialog nimmt bei komplexen Beschaffungen einen immer grösseren Stellenwert ein. Wir fordern daher, analog zur EU, den Dialog als eigenständiges Verfahren aufzunehmen und auch die Kann-Vorschrift entsprechend zu präzisieren.

2.7 Rahmenverträge (Art. 29 VE-BöB)

Betreffend die Rahmenverträge besteht die Gefahr, dass diese als Ersatz für eine mangelhafte Leistungsbeschreibung missbraucht werden. Statt dass konkrete und messbare Projekte ausgeschrieben werden, werden faktisch Personalverleihverträge abgeschlossen. Zudem werden gerade im Zusammenhang mit Ressourcenbeschaffungen durch die Rahmenverträge oft unrealistische Forderungen zur Bereithaltung bestimmter Profile gestellt, ohne dass dabei die ohnehin schon kompetitiv eingegebenen Preise für die Dauer des Rahmenvertrages Bestand haben und ohne, dass eine Bezugsverpflichtung für die vorgehaltenen Ressourcen besteht. Die verunmöglicht den Anbietern eine Planungssicherheit betreffend der ausgeschriebenen Ressourcen. Darüber hinaus ist die Vorbefassungsproblematik diesbezüglich nicht geregelt. Das Beschaffungsrecht könnte ausgehebelt werden, indem für die Einzelaufträge und die Durchführung von Mini-Tenders die Bedingungen im Rahmenvertrag definiert werden. Aus all diesen Gründen fordern wir, auf die Einführung von Rahmenverträgen ohne verbindliche Bezugsverpflichtung sowie auf das Mini-Tender Verfahren zu verzichten.

2.8 Eignungskriterien (Art. 31 VE-BöB)

Festzuhalten ist, dass die Eignungskriterien sich ausschliesslich auf die Anbieterin und ihre Fähigkeiten sowie Erfahrungen beziehen sollten. Wir verlangen, dass die in der aktuellen Praxis geforderte „uneingeschränkte Akzeptanz“ der von der Auftraggeberin vorgegebenen Einkaufsbedingungen künftig kein Eignungskriterium mehr bilden darf. Diese Praxis steht zudem im Widerspruch zu Art. 33 Abs. 1 VE-BöB, welche vorsieht, dass die Auftraggeberin im Rahmen der Zuschlagskriterien die Lieferbedingungen der Anbieterin prüft. Wird der Anbieterin die Möglichkeit genommen, Lieferbedingungen überhaupt einzureichen, weil sie dadurch das Eignungskriterium der uneingeschränkten Akzeptanz der AGB Bund nicht erfüllt, stellt Art. 33 Abs. 1 diesbezüglich eine leere Floskel dar. Deshalb beantragen wir, dies mittels eines neuen Abs. 5 entsprechend zu berücksichtigen, und zwar wie folgt: „Die Einhaltung von Allgemeinen Einkaufsbedingungen der Auftraggeberin darf nicht als Eignungskriterium verwendet werden.“

2.9 Ausschluss vom Verfahren (Art. 46 VE-BöB)

Gemäss lit. m kann die Auftraggeberin u.a. eine Anbieterin vom Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen bereits erteilten Zuschlag widerrufen, und zwar wie folgt: im Falle der mangelhaften Erfüllung früherer Aufträge sowie in Fällen, bei denen sie in anderer Weise erkennen liessen, keine verlässlichen und vertrauenswürdigen Vertragspartner zu sein. Dieses Kriterium gründet auf äusserst subjektiven Wertungsgesichtspunkten, ist weder messbar noch nachvollziehbar und öffnet der Willkür Tür und Tor. Daher ist Art. 46 lit. m VE-BöB ersatzlos zu streichen.

2.10 Veröffentlichungen (Art. 50 VE-BöB)

Gemäss Abs. 4 dieser Bestimmung sind im Staatsvertragsbereich erteilte Zuschläge innerhalb von 72 Tagen zu publizieren. Diese äusserst lange Frist ist weder nachvollziehbar noch sinnvoll und führt zu Rechtsunsicherheiten. Deshalb hat die Publikation raschmöglichst, längstens aber innert 30 Tagen, zu erfolgen.

2.11 Debriefing (Art. 53 Abs. 4 (neu))

Die neu eingeführte Begründungspflicht für alle Verfügungen, auch ohne Ersuchen einer Anbieterin, ist zu begrüssen. In der Praxis zeigt sich indes, dass das Debriefing-Verfahren im Falle eines Beschwerdeinteresses einer Anbieterin ein unabdingbares Mittel darstellt, um Chancen und Begründetheit einer möglichen Beschwerde zu überprüfen. Wir schlagen deshalb vor, das im Bericht VE-BöB bei Art. 53 Abs. 2 umschriebene Debriefing-Verfahren zusätzlich in einem neuen Abs. 4 von Art. 53 festzuhalten. Das Debriefing wäre dabei nur auf Ersuchen der Anbieterin vorzusehen, es wäre aber festzuhalten, dass erst die Abhaltung des Debriefings die Beschwerdefrist nach Art. 58 VöB auslöst. Damit würden durch unzureichende Begründungen oder zu spät angesetzte Debriefings verursachte vorsorgliche Beschwerdeeinreichungen minimiert werden, was der Verfahrensökonomie beider Parteien dient.

2.12 Beschwerde (Art. 54 VE-BöB)

Gemäss Abs. 1 soll die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht bei einem Auftragswert ab CHF 150'000 zulässig sein. Das Ergreifen eines Rechtsmittels sollte bezüglich Verfügungen in jedem Ausschreibungsverfahren möglich sein. Wir fordern daher, diese Beschränkung aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten gänzlich zu streichen.

3. Fazit

Die jüngsten Vorfälle von Ausschreibungen in der Bundesverwaltung und einigen Kantonen haben gezeigt, dass eine wirksame und durchsetzbare und Regulierung beim öffentlichen Beschaffungswesen grundlegend und dringend notwendig ist. Wie in den Unterlagen angeführt, wird der Erfolg der angestrebten Angleichung der Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone massgeblich davon abhängen, wie weit die gemeinsam erarbeiteten Vorschläge auf Ebene Bund einerseits und auf kantonaler Ebene andererseits umgesetzt werden können.

Wir danken Ihnen namens unserer Mitglieder im Voraus dafür, dass Sie unsere Anregungen in geeigneter Weise bei der definitiven Formulierung des Gesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen sowie bei den weiteren Arbeiten in diesem Bereich berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

Swico


Dr. Peter K. Neuenschwander
Vorsitzender Kommission IT Recht


Christa Hofmann
Head Regulatory Affairs

Beilage:

Frageraster Swico