

Frühlingstagung der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften

Basel, 28. März 2007

Öffentliches Beschaffungsrecht – quo vadis?

Herbert Tichy

Sehr geehrter Herr Regierungsrat, sehr geehrter Herr Nationalrat,
sehr geehrte Damen und Herren

Ich danke Ihnen für die gebotene Gelegenheit, aus der Revisionswerkstatt für das Beschaffungsrecht berichten zu können. Wie die Bezeichnung „Werkstatt“ vermuten lässt, liegt heute noch keine konsolidierte Fassung der Entwürfe des Gesetzes und der Verordnung vor. Daher bin ich auch nicht in der Lage, Ihnen einzelne Normen vorzustellen. Stattdessen möchte ich Ihnen, ausgehend von einem Beispiel, aufzeigen, in welche Richtung die Revision geht.

■ F2

Meine Ausführungen werde ich wie folgt gliedern:

1. zur Einleitung ein Beispiel, das ein paar Brennpunkte des Beschaffungswesens aufzeigt
2. danach einige Bemerkungen, wie es zur Revision kam
3. Als Drittes möchte ich Ihnen die Ziele und Eckpunkte der Revision darlegen und
4. auf den aktuellen Stand des Revisionsverfahrens hinweisen.
5. Dann soll anhand des Beispiels auf mögliche Lösungswege des neuen Beschaffungsrechts hingewiesen werden.
6. Zum Schluss möchte ich kurz das weitere Vorgehen aufzeigen.

■ F3

Das Thema Beschaffungsrecht ist zur Zeit in aller Munde, wie der Fall Erstfeld zeigte. Auch weniger spektakuläre Fälle beschäftigen uns aber häufig. Wir gehen von folgendem Beispiel aus:

Eine *öffentlich-rechtliche Unternehmung* hat bis anhin intern eine Schulung angeboten. Sie will diese nun *so schnell wie möglich* auslagern. Die Schulung hat einen Wert von ca. CHF 200'000.—. Ein

externer Spezialist soll ein Schulungskonzept erarbeiten. Dieses soll die Grundlage für die Erstellung des Pflichtenheftes sein. Die Vergabestelle will von den Anbietern anhand von *Lösungsansätzen* die drei geeignetsten auswählen. In einem *zweiten Schritt* sollen diese drei Anbieter per Mail eine Offerte einreichen. Über diese Offerte soll *verhandelt* werden, bevor der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot *definitiv* erteilt wird.

■ F4

Hier würden sich im aktuellen Rechtsumfeld vielerlei Schwierigkeiten ergeben. Einige davon sind die folgenden:

- ❶ Welches Recht wäre anwendbar? Das kantonale oder Bundesrecht? Ist jedes öffentlich-rechtliche Unternehmen dem Beschaffungsrecht unterstellt?
- ❷ Das aktuelle Recht lässt kein eProcurement und damit keine Offerteingabe per Email zu. Die gewünschte Beschleunigung ist somit nicht möglich.
- ❸ Im Beispiel wird das Thema Vorbefassung angesprochen. Darf der externe Spezialist, der bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hat, später selbst eine Offerte einreichen? Unter welchen Voraussetzungen? Dieser Problemkreis ist im aktuellen Recht nirgends geregelt, obwohl es ein zentrales Anliegen ist. Die Rechtsprechung ist in die Bresche gesprungen, aber mit sehr strengen Voraussetzungen.
- ❹ Das Verhandeln mit Anbietern ist ein weiterer Punkt, der immer wieder zu Diskussionen Anlass gibt. So ist oft unklar, welche Änderungen der Offerte im Rahmen von Verhandlungen noch gestattet sind. Auch die Offertöffnung ist je nach Rechtsgrundlage unterschiedlich geregelt.
- ❺ Im Beispiel wird das Thema der Short List angeschnitten. Derzeit besteht keine Möglichkeit, dass in mehreren Runden die Liste der Anbieter jeweils weiter reduziert wird. Dabei wäre es sowohl für die Anbieter als auch für die Beschaffungsstelle kostenschonender, wenn wenig aussichtsreiche Anbieter frühzeitig aus dem Verfahren ausscheiden würden.
- ❻ Den Beschaffenden ist oft unklar, inwieweit die Lebenskosten eines Produkts gewichtet werden dürfen. Und wann darf die Mehreignung einer Lösung gegenüber einer anderen berücksichtigt werden?
- ❼ Und: Im aktuellen Recht ist der Rechtsschutz für die Anbieter sehr unterschiedlich geregelt. Das gilt vor allem für die Frage der aufschiebenden Wirkung (Fall Erstfeld) sowie für die Frage des Schadenersatzes.

Mögliche Lösungsansätze zu einigen dieser Problemkreise werde ich Ihnen gegen Schluss meiner Ausführungen aufzeigen.

■ F5

Zunächst aber ein paar Informationen zum Umfeld des öffentlichen Beschaffungswesens. Seine *wirtschaftliche Bedeutung* ist erheblich. Der Staat ist ein wichtiger Nachfrager von Leistungen der Privatwirtschaft. Jährlich geben der Bund, die Kantone und die Gemeinden schätzungsweise 34 Milliarden Franken für die Beschaffung von Gütern, Dienstleistungen und Bauleistungen aus. Dies entspricht zirka 24% der Staatsausgaben und gut 7% des Bruttoinlandprodukts.

Ausserdem ist die Revision eine der Massnahmen des bundesrätlichen Gesamtpaketes zur Förderung des Wirtschaftswachstums.

■ F6

Die heutige Rechtslandschaft in der Schweiz ist *zersplittert und vielschichtig*. Das aktuelle Beschaffungsrecht in der Schweiz setzt ein internationales Abkommen um, das die Schweiz mitunterzeichnet hat. Das sogenannte General Procurement Agreement oder GPA. Als im Jahr 1996 das GPA in Kraft getreten ist, haben es der Bund und die Kantone je separat umgesetzt. Das ergibt eine grosse Zahl an Rechtserlassen für an und für sich ein und dasselbe Thema. Die hier farbig unterlegten Erlasse befinden sich derzeit in Revision.

■ F7

Das *internationale Umfeld* befindet sich ebenfalls im Wandel. Das GPA wird zur Zeit in der Welthandelsorganisation WTO neu verhandelt. Die Schweiz nimmt an diesen Verhandlungen unter Federführung des seco teil. Der Verhandlungsabschluss wird Mitte dieses Jahrs erwartet.

■ F8

Auch die schweizerische Rechtslandschaft hat Verbesserungspotential, wie wir bereits am Beispiel gesehen haben.

Wichtige Fragen sind noch *ungeklärt*. Wie sieht es aus, wenn der Bund oder ein Kanton zusammen mit privaten Unternehmen etwas beschaffen würden?

Das Recht hinkt bekanntlich immer hinter den neuen Entwicklungen her. Die *neuen Bedürfnisse* wie etwa die elektronische Auktion oder das eProcurement bedürfen der Regelung.

Fragen wir einen Einkäufer bei einer Behörde oder eine Anbieterin, was sie zu diesem Rechtsumfeld meinen, werden beide antworten, dass es manchmal unpraktisch und wenig durchschaubar ist. Und aus volkswirtschaftlicher Sicht ist die aktuelle Rechtszersplitterung sehr bedenklich.

■ F9

Ich mache nun kurz eine Rückschau, wie es zur laufenden Revision des Beschaffungsrechts kam. Im Jahr 2001 hielt der Bundesrat in seiner Antwort auf die Motion Jenny, der die Anpassung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) in dem Sinne forderte, dass sämtliche Kantone, die für ihre Projekte Subventionen und Beiträge des Bundes beanspruchen, die Vergebungsrichtlinien des BoeB verbindlich zu übernehmen haben, fest, dass Optimierungsbedarf bestehe und dass das Beschaffungsrecht einer Revision zu unterziehen sei. Auch die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates stellte in ihrem Bericht im Jahr 2002 Handlungsbedarf fest. Es folgten eine Stärken-Schwächen-Analyse, eine Aussprache, und gestützt darauf wurde ein Zielbericht verfasst. Auch die Kantone bekannten sich zu einem Revisionsbedarf und einer Harmonisierung der Rechtslandschaft.

■ F10

In der *breit abgestützten* Auslegeordnung in Form der Stärken-Schwächen-Analyse konnten sich die Anbieter, die Beschaffungsstellen von Bund und Kantonen und die Wirtschaftsverbände zum bisherigen Beschaffungsrecht äussern. Als Ergebnis dieser Stärken-Schwächen-Analyse hat der Bundesrat am 1. September 2004 zum einen festgestellt, dass sich das bisherige Beschaffungsrecht zwar in verschiedenen Bereichen bewährt hat, zugleich aber auch Handlungsbedarf geortet und die folgenden *vier Revisionsziele* festgelegt:

■ F11

1. *Modernisieren* : Das öffentliche Beschaffungsrecht soll an neue technologische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen angepasst werden. Von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung ist dabei der Einsatz der neuen Informationstechnologien im Beschaffungsprozess (Stichwort: eProcurement). Aber auch die *ökologische, wirtschaftliche und soziale Nachhaltigkeit* der öffentlichen Beschaffungspraxis ist von grosser Relevanz.

2. *Klären* : Die Klärung wichtiger offener Fragen soll zu mehr Rechtssicherheit bei allen Betroffenen beitragen. Z.B. schon die grundlegende Frage: was ist eine öffentliche Beschaffung (im Vergleich zu Konzessionen, In-House-Beschaffungen)?
3. *Flexibilisieren und Vereinfachen* : das Beschaffungsrecht soll – gerade für die Abwicklung komplexer Beschaffungen – flexibler gestaltet werden.
4. *Harmonisieren* : Es soll auf die Harmonisierung des rechtlich zersplitterten öffentlichen Beschaffungsrechts der Schweiz hingearbeitet werden.

Es ist erfreulich, dass von Anfang an eine konstruktive Zusammenarbeit zwischen den Kantonen und dem Bund bestand. Es besteht darum über die inhaltliche Konkretisierung der genannten vier Zielvorgaben weitgehend Einigung.

■ F12

Von grosser Bedeutung ist die Harmonisierung des Beschaffungsrechts. Der volkswirtschaftliche Nutzen eines harmonisierten revidierten Beschaffungsrechts wird auf über 400 Millionen Franken pro Jahr geschätzt. Die von Bund und Kantonen *gemeinsam* in Auftrag gegebenen *Gutachten* haben aufgezeigt, bis wohin eine Harmonisierung sinnvoll ist, ohne die verfassungsrechtlichen Kompetenzen der Kantone zu verletzen. Die befragten Experten kommen zum Schluss, dass sich aus volkswirtschaftlicher und staatsrechtlicher Sicht kaum stichhaltige Argumente finden, die für die heutige föderative Vielfalt sprechen. Eine Harmonisierung sei aus diesem Grund zu bejahen. Diese Meinung vertreten auch massgebende Wirtschaftsverbände der Schweiz. Sie fordern, dass die Vielzahl der beschaffungsrechtlichen Erlasse abgelöst und die zentralen Bestimmungen zur Regelung der Beschaffungsverfahren in einem einzigen Erlass gesamtschweizerisch geregelt werden.

Eine weitere wichtige Leitplanke für die Revision ist der Bericht über die Ziele und Inhalte der Revision des Beschaffungsrechts aus dem Jahr 2005. Sie können diesen Bericht und den Inhalt der Studien auf der website der BKB herunterladen.

■ F13

Vom verfassungsmässigen Rahmen her hat der Bund die Kompetenz, die Öffnung der Beschaffungsmärkte zu regeln. Bei der Frage aber, wie die öffentlichen Finanzen eingesetzt werden, hat der Bund aus Gründen der Finanzhoheit der Kantone höchste Zurückhaltung zu üben.

Von der Grundkonzeption der revidierten Erlasse her sollen die beschaffungsrechtlichen Grundsätze und Regelungen für einen funktionierenden Binnenmarkt im Gesetz, die direkt anwendbaren Regelungen des WTO-Übereinkommens in der Verordnung Platz finden.

Wo für die Kantone gesetzgeberische Notwendigkeiten oder Möglichkeiten bestehen, etwas anders oder strenger zu regeln, wird dies im Gesetz speziell ausgewiesen.

■ F14

Wo stehen wir jetzt? In den letzten Monaten hat eine breit abgestützte Arbeitsgruppe aus Vertretern der Bundesverwaltung, der Kantone und der Sektoren SBB und Post die Entwürfe des revidierten Gesetzes und der Verordnung erarbeitet.

Zu diesen sind aufgrund punktueller Vorkonsultationen bereits verschiedene Hinweise eingegangen. Gegenwärtig sind wir daran, die Vorlagen aufgrund dieser ersten Rückmeldungen zu bereinigen und die Kommentierung zu verfassen. Es darf an dieser Stelle festgehalten werden, dass die ersten Reaktionen zum allergrössten Teil sehr positiv ausgefallen sind.

■ F15

Um Ihnen nun einen Eindruck vom *Inhalt* den Vorlagen geben zu können, möchte ich anhand des einleitend erwähnten Beispiels auf einige der zu regelnden Themenbereiche eingehen und Ihnen die angedachten Lösungswege aufzeigen.

Dabei werde ich anhand der vier Ziele der Revision vorgehen:

1. Modernisieren
2. Klären
3. Flexibilisieren und Vereinfachen
4. Harmonisieren

■ F16

Sie erinnern sich, dass wir in unserem Beispiel gerne die Offerten auf elektronischem Weg eingeholt hätten². Die Gesetzesvorlage sieht vor, dass sämtliche Publikationen der Ausschreibungen und der Zuschlagsverfügungen auf der simap-Plattform erfolgen. Das ist eine von Kantonen und Bund gemeinsam betriebene elektronische Plattform. Sie soll in Zukunft von allen Beschaffungsstellen der Schweiz zwingend für die Ausschreibungen verwendet werden. Dies wird den Anbietern einen erleichterten Zugang zu den laufenden Beschaffungsverfahren geben. Dabei soll auch das eProcurement zur Verfügung stehen. Neu soll es auch möglich sein, unter bestimmten Bedingungen elektronische Auktionen durchzuführen.

Generell soll mehr Gestaltungsfreiheit für das strategische Beschaffungsmanagement erreicht werden (Rahmenverträge, Partnerschaften zwischen der öffentlichen Hand und Privaten).

Es werden zudem Rahmenbedingungen geschaffen, die unterstützen, dass das öffentliche Beschaffungswesen nachhaltig ist, und zwar auf wirtschaftlicher, ökologischer und sozialer Ebene.

All diese Mittel sollen zu einer Modernisierung des Beschaffungsrechts führen.

■ F17

Wir haben in unserem Beispiel auch die Themen der Eignung und der Frage nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot³ angeschnitten. Die Vorlage sieht ein klarer geregeltes System zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots vor.

Weiter wird ein funktionaler Auftraggeberbegriff vorgesehen. Es wird präzisiert, welche Ausstandsregelung zur Anwendung gelangt.

Zudem wird klargestellt, wann das Gesetz sachlich anwendbar ist, was also unter dem Begriff der öffentlichen Beschaffung zu verstehen ist (Beschaffung gegen Entgelt auf dem Markt).

Schliesslich noch eine Klärung zum Themenpunkt ³ in unserem Beispiel: Die Vergabestelle hat einen externen Spezialisten beigezogen, der ein Schulungskonzept erarbeitet hat. Dieses wird nun als Grundlage für die Erstellung des Pflichtenheftes verwendet. Darf nun der Spezialist später selbst eine Offerte einreichen? Die Vorlage enthält eine Bestimmung zum Umgang mit der Vorbefassung, welche darauf abstellt, ob die Gleichbehandlung zu den anderen Anbietern noch hergestellt werden kann.

■ F18

In unserem Beispiel haben wir auch die zu lange Dauer des Verfahrens und der Fristen und die Form der Beschaffungsverfahren angeschnitten^②. Die Dauer der Verfahren wurde vielerorts bemängelt. Man darf sich aber keine Illusionen machen: Das übergeordnete Übereinkommen GPA muss umgesetzt werden. Es lässt nur begrenzt Spielraum zu, um die Verfahren zu verkürzen. Wo immer möglich und sinnvoll, haben wir in der Vorlage die Verfahren und auch Fristen rationalisiert und verkürzt.

Weiter wird beispielsweise auch der Umgang mit ungewöhnlich tiefen Angeboten geklärt.

Wesentlich mehr darf man erwarten, was die Ausgestaltung der Beschaffungsverfahren angeht. Die Beschaffungsstellen sollen deutlich mehr Freiraum erhalten, sie sollen bei Bedarf mit dem Anbieter in einen Dialog treten dürfen, um gemeinsam mit ihm die optimale Lösung erarbeiten zu können.

Die beschaffungsrechtlichen Grundsätze der *Gleichbehandlung*, *Transparenz*, *Wirtschaftlichkeit* und des *Wettbewerbs* sind aber immer einzuhalten.

■ F19

In unserem Beispiel wollte die Vergabestelle die Ausschreibung in Stufen durchführen und zunächst Lösungsansätze auswerten (sog. Short-List-Ansatz) ^{⑤⑥}. Es sollen nämlich nur noch diejenigen Anbieter im Verfahren mitgezogen werden, die überhaupt noch eine Chance auf den Zuschlag haben. Erst in einem zweiten Schritt will die Vergabestelle die drei besten Anbieter eine Offerte einreichen lassen. Anschliessend will sie noch mit ihnen verhandeln^④. Diese Punkte schneiden die Ausgestaltung des Beschaffungsverfahrens an. Die Regelungen sollen dies ermöglichen. Dabei ist immer auf die Gleichbehandlung und die Transparenz zu achten, weshalb in der Vorlage entsprechende Formvorschriften aufgenommen wurden.

Die Durchführung von Verhandlungen bleibt freiwillig. Falls Verhandlungen geführt werden, sollen sie effizienter abgewickelt werden können.

■ F20

In unserem Beispiel haben wir schliesslich die Frage des anwendbaren Rechts^① aufgeworfen. Wir haben auch auf die unterschiedlichen Regelungen bei der aufschiebenden Wirkung im Rechtsmittelverfahren hingewiesen^⑦. Gerade solche Aspekte sollen nun harmonisiert werden.

Das neue Recht will gesamtschweizerisch einheitliche beschaffungsrechtlichen Grundsätze und Regelungen für einen funktionierenden Binnenmarkt schaffen.

Bis anhin fehlte eine Instanz, die harmonisierend auf die Rechtsanwendung einwirken konnte.

Deshalb wird in der Vorlage vorgeschlagen, dass eine gesamtschweizerische Beschaffungskommission entstehen soll.

Zudem ist die Erstellung einer Beschaffungstatistik vorgesehen.

■ F21

Wie geht es weiter?

Bestenfalls im Sommer dieses Jahres kann die Vernehmlassung eröffnet werden. Allerdings ist der Fortschritt der Revision noch von anderen Faktoren abhängig. Ich möchte hier einerseits den Abschluss der WTO-Verhandlungen erwähnen, andererseits aber auch auf die Bedeutung der kantonalen Haltung zur Harmonisierung hinweisen.

Geht das weitere Revisionsverfahren schlank von statten, darf mit einem Inkrafttreten des neuen Beschaffungsrechts im Laufe des Jahres 2009 gerechnet werden.

Damit komme ich zum Schluss meiner Ausführungen. Ich danke Ihnen bestens für Ihre Aufmerksamkeit und stehe Ihnen gerne für Fragen zur Verfügung.