



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

## KMU-Forum

Forum PME  
Forum PMI

CH-3003 Bern, SECO, DSKU /seco/gtp

Bundesamt für Bauten und Logistik  
Sekretariat Beschaffungskommission des  
Bundes  
Holzikofenweg 36  
3003 Bern

Referenz: 2008-10-14/367  
Ihr Zeichen:  
Sachbearbeiter/in: gtp  
Bern, 14.11.2008

### **Vernehmlassung zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Das KMU-Forum ist eine ausserparlamentarische Expertenkommission und wurde vom Bundesrat im Dezember 1998 ins Leben gerufen. Es berät das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement aus Sicht von 99,7% der Unternehmen und zwei Drittel der Beschäftigten der Schweiz. Seine Mitglieder sind grösstenteils Unternehmer und sein Sekretariat wird vom SECO geführt. Der Auftrag des Forums umfasst gemäss Art. 9 der Verordnung über die Koordination der Politik des Bundes zugunsten der kleinen und mittleren Unternehmen die Stellungnahme im Rahmen von Vernehmlassungen, die Analyse bestehender Regulierung, die erhebliche administrative Belastungen für Unternehmen verursachen, sowie die Unterbreitung von Vereinfachungsvorschlägen und alternativen Regelungen.

Das öffentliche Beschaffungswesen ist eng verknüpft mit verschiedenen, für das KMU-Forum relevanten Themen. Bereits in den Jahren 2000/2001 hat es deshalb das öffentliche Beschaffungswesen genauer untersucht. Die Ergebnisse des damals durchgeführten KMU-Verträglichkeitstests sind dem BBL bekannt. Im Juni dieses Jahres hat ein Vertreter Ihres Amtes, Herr Marco Fetz, den Entwurf des revidierten Beschaffungsrechts dem Forum vorgelegt. Wir möchten uns an dieser Stelle nochmals bestens für diese Präsentation bedanken. Gerne nehmen wir nun auf diesem Wege Stellung zur Revision.

### **Allgemeine Anliegen an die Revision**

Die Ziele und die Stossrichtung der Vorlage unterstützen wir grundsätzlich.

KMU-Forum  
c/o SECO / DSKU  
Effingerstrasse 27, 3003 Bern  
Tel. +41 (31) 324 98 10, Fax +41 (31) 323 12 11  
peter.gautschi@seco.admin.ch  
www.seco.admin.ch

Aus Sicht der KMU steht neben den Ihrerseits betonten Kernelementen (vgl. unten) klar das Stichwort **Transparenz** im Vordergrund. Transparenz nicht nur durch Modernisierung sondern auch in einem ganz allgemeinen Sinn. Die Gewährleistung nachvollziehbarer Verfahren ist für KMU die wichtigste Voraussetzung, um im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens fair und diskriminierungsfrei behandelt zu werden. Nur transparente Verfahren gewährleisten, dass eine Diskriminierung nötigenfalls mit juristischen Mitteln verhindert werden kann.

Auch das Thema "**Klären**" ist für kleine und mittlere Unternehmen von grösster Bedeutung. Es ist bei der Vorlage darauf zu achten, dass die Klärung von Begriffen auch tatsächlich praktische Relevanz hat. Unschärfen, die Ungewissheiten bei der Ausschreibung und beim Zuschlagsverfahren verursachen, führen meistens zu Benachteiligungen der kleineren Anbietenden. Sie verfügen in der Regel nicht über die notwendigen Ressourcen, um nachhaltig zur Klärung beizutragen, und sie können die ohnehin schon knappen Ressourcen auch nicht so flexibel einsetzen, dass sie Ungewissheiten und Verfahrensverlängerungen problemlos verkraften. Wir erachten eine diskriminierungsfreie, in der Praxis einfach umsetzbare Klärung deshalb als eines der zentralen Ziele dieser Vorlage.

Das KMU-Forum begrüsst ebenfalls die Ziel, das öffentliche Beschaffungswesen gesamtschweizerisch stärker zu "**Harmonisieren**". Im Endeffekt können auf diese Weise administrative Aufwände reduziert werden. Nicht wünschenswert wäre allerdings ein Ansatz, der die derzeitige Lösung mit den interkantonalen Vereinbarungen (IVÖB und revIVÖB) verschlechtert.

Die Schaffung von mehr Transparenz und Wettbewerb durch das "**Modernisieren**" der Verfahren erachten wir ebenfalls als guten Ansatz. Auch dabei ist allerdings darauf zu achten, dass diese Zielvorgabe nicht neue systematische Benachteiligungen von kleinen und mittleren Unternehmen mit sich bringt. Sehr begrüssen würden wir, wenn bei der Modernisierung nicht nur darauf geachtet wird, dass "die öffentliche Hand ein modernes Beschaffungsmanagement (...) betreiben kann", sondern dass auch effektiv administrative Lasten auf Anbieterseite abgebaut werden können.

Das angestrebte "**Flexibilisieren**" birgt nicht nur Chancen sondern auch Gefahren für KMU. Die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz, einer - geklärten - Wirtschaftlichkeit sowie der Förderung des fairen Wettbewerbs sind nicht nur einzuhalten, sondern sollten auf jeden Fall Vorrang geniessen.

### **Spezifische Anliegen**

Vorausschickend sei bemerkt, dass sich die folgenden Ausführungen primär auf Punkte konzentrieren, bei denen wir einen Verbesserungsbedarf sehen. Zudem fokussieren wir uns darauf, mit den Vorschlägen mögliche Belastungen und Diskriminierungen von KMU zu verhindern. Auf andere, übergeordnete Zielsetzungen, wie beispielsweise die Förderung des Binnenmarkts, werden wir nicht spezifisch eingehen.

### **Präambel**

Neben den aufgeführten Verfassungsartikeln fehlt unseres Erachtens Art. 164 Abs. 1 Bst. g, auf den sich das geltende Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen abstützt. Letztlich soll das neue BÖB nicht nur, aber im Kern auch das Beschaffungsverfahren des Bundes regeln. Entsprechend wird auf S. 93 des Erläuternden Berichts auch ausdrücklich auf diesen Artikel der Verfassung hingewiesen.

### **Art. 1 Bst. b Gegenstand / Art. 6 Kantonales Recht**

Bei der Vereinheitlichung in Teilen ist zwingend darauf zu achten, dass der Status quo der Harmonisierung nicht verschlechtert wird. Das KMU-Forum erachtet - auch aufgrund fehlender Rückmeldungen von KMU zu diesem Thema - eine Harmonisierung nicht als vordringliches Problem. Die derzeitige Regelung mit den interkantonalen Vereinbarungen scheint eine einigermaßen befriedigende Lösung darzustellen. Für Unternehmen stellt eine teilweise Vereinheitlichung des Rechts dann ein Problem dar, wenn nicht auf einfache Weise Transparenz darüber geschaffen wird, in welchem Fall welche Regelung gilt. Dies erhöht die Kosten der Informationsbeschaffung seitens der Unternehmen.

Das KMU-Forum richtet sich hingegen nicht gegen eine sinnvolle Vereinheitlichung von Beschaffungsregeln. Eine Teilvereinheitlichung, die es dem einzelnen Unternehmen überlässt, sich für den bestimmten Fall einer öffentlichen Beschaffung die entsprechenden Regeln aus Bundes-, Kantons- oder Gemeinderecht zusammen zu suchen, kann jedoch kein anzustrebendes Ziel sein. Es ist aus Sicht des Forums deshalb erforderlich, die Einführung und Umsetzung des neuen BÖB mit den Kantonen abgestimmt und in enger Zusammenarbeit mit diesen anzugehen.

### **Art. 18 Mindestinhalt und Publikation / Anhang 1**

Die Eignungs- und Zuschlagskriterien stellen aus Sicht der KMU eine zentrale Thematik im öffentlichen Beschaffungswesen dar. Einerseits kann die Prüfung der Eignungskriterien zu erheblichem administrativen Aufwand führen. Andererseits sind die Zuschlagskriterien, das Zuschlagsverfahren und letztlich vor allem auch die Bewertung der Offerten zentrale Funktionen bei der Vergabe.

Für kleine und mittlere Unternehmen ist eine transparente und klare Information im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens von grösster Bedeutung.

Um eine unnötige Belastung von KMU durch das Erstellen von Offerten, bei denen von vornherein nur wenig Chancen bestehen, zu vermeiden darf im Anhang 1, Punkt 5 die Gewichtung nicht mit der Umschreibung "Gegebenfalls" als fakultativ erklärt werden. Gerade die Gewichtung der Zuschlagskriterien ermöglicht es einem Unternehmen abzuschätzen, ob seine spezifischen Fähigkeiten in einer Ausschreibung zu einem Erfolg führen können. Es kann somit wesentlich besser beurteilen, ob sich der Aufwand eine Offerte zu erstellen lohnt oder nicht. Generell ist zu bemerken, dass eine sorgfältig erarbeitete Ausschreibung zwar zunächst Mehrarbeit auf Seiten der Beschaffungsstellen verursacht. Im Endeffekt führt dieser vermeintliche Mehraufwand jedoch zu einer Einsparung sowohl seitens der Offerierenden als auch seitens der Beschaffungsstelle. Diese kann damit rechnen, dass sie möglicherweise weniger, aber dafür inhaltlich bessere Offerten von geeigneteren Unternehmen erhält.

Die selbe Argumentation gilt auch für die Rangfolge der Eignungskriterien, die Mindestwerte sowie bestimmte Eignungskriterien, die mitbewertet werden (inkl. Gewichtung).

Dieses Anliegen stimmt unseres Erachtens auch mit dem Teilziel "Klären" der Vorlage überein. Nur indem Transparenz von Beginn weg möglichst breit gewährleistet wird, kann das "Kernstück des Beschaffungsrechts - das System zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots" tatsächlich die angestrebte Klarheit erlangen. Eine Klarheit, die den Verfahrensbeteiligten hilft, Entscheidungen besser zu begründen und zu verstehen (und damit natürlich auch zu akzeptieren). Anderen potenziellen Interessenten hilft sie, einen unnötigen Aufwand von Beginn weg zu vermeiden.

Wir beantragen aus diesen Gründen, die genannten Elemente als zwingende Punkte in der Ausschreibung zu definieren. Anzuführen ist, dass dies auf Basis von Art. 32 Abs. 3 E BÖB für die Gewichtung grundsätzlich bereits gilt.

U.E. widerspricht die Auflistung der Gewichtung unter "Gegebenenfalls" in Anhang 1 zudem grundsätzlich der Gesetzeslogik. Dieses Element müsste im ersten Teil der Mindestangaben für die Ausschreibung unter Punkt 5 aufgelistet werden, da ja der Vorbehalt (im Sinne von Art. 32 Abs. 4 des Entwurfs) in Klammern bereits gemacht wurde.

Weiter beantragen wir, dass Punkt 5 auch in die zu publizierende Zusammenfassung aufgenommen wird, da er von zentraler Bedeutung für offerierende Unternehmen ist.

#### ***Art. 19 Ausschreibungsunterlagen***

Wir beantragen, die generelle Verwendung des Ausdrucks Eignungs- und Zuschlagskriterien. Die Einführung des neuen Begriffs "Beurteilungskriterien" (Abs. 1 Bst. b) führt bloss zu Verwirrungen, auch wenn er später in Art. 30 E BÖB noch erklärt wird. Der redaktionelle Gewinn dieses neuen, zusammenfassenden Begriffs ist zu unbedeutend.

Da die mangelnde oder unklare Einhaltung von Zahlungsfristen immer wieder durch KMU beanstandet wird, beantragen wir zudem, dieses Element in Abs. 1 Bst. d ausdrücklich zu erwähnen.

#### ***Art. 24 Varianten***

Um den Grundsatz der Gleichbehandlung genüge zu tun, beantragen wir in Abs. 2 "anstelle oder" zu streichen.

#### ***Art. 25 Fehlender Nachweis für Einhaltung rechtlicher Anforderungen***

Zu diesem Artikel möchten wir anmerken, dass die Verfahren zur Kontrolle der Einhaltung dieser Bestimmung (insbesondere bei Generalunternehmen) äusserst schwierig und kostspielig sind. Bei offerierenden KMU hingegen lässt sich die Einhaltung der Anforderung wesentlich einfacher prüfen. Die Umsetzung des Prinzips der "gleich langen Spiesse" kann daher leider nicht direkt über das Gesetz, sondern wenn überhaupt, über die Ausführungsbestimmungen gewährleistet werden. Dennoch gilt es, diesem in ausreichendem Masse Rechnung zu tragen und Massnahmen zur Sicherstellung gleicher Chancen für jede Art von Unternehmen vorzusehen.

Eine Möglichkeit, dieser Problematik beizukommen, wäre

- a) die Einführung von regelmässigen retrospektiven Evaluationen von Beschaffungsverfahren und
- b) die vorgeschlagene Einführung von Konventionalstrafen (Art. 56 Abs. 2 E BÖB), falls während oder nach der Auftrags erledigung (eine sinnvolle Verjährungsfrist ist festzulegen) Unregelmässigkeiten bezüglich der aufgeführten rechtlichen Anforderungen festgestellt werden (z.B. im Rahmen einer unter Punkt a aufgeführten Evaluation) und diese rechtskräftig festgestellt werden. Die Beschaffungsstelle muss auf glaubwürdige Hinweise hin entsprechende Abklärungen vornehmen oder vornehmen lassen. Wir unterstützen daher diesen, im Erläuternden Bericht gemachten Vorschlag zur Umsetzung von Art. 56 Abs. 2.

Wir beantragen jedoch, dass die entsprechenden Bestimmungen im Entwurf des BöB im vorerwähnten Sinne ergänzt und präzisiert werden. Dies zumindest für Beschaffungsverfahren des Bundes.

Die vorgeschlagene Lösung bezüglich des Leistungsortsprinzips respektive des Herkunftsortsprinzips für Unternehmen aus der Schweiz begrüßen wir. Sollte diese Lösung längerfristig für die Schweiz problematisch werden, unterstützen wird das international diskriminierungsfreie Leistungsortsprinzip.

#### ***Art. 28 Ausschluss wegen Vorbefassung***

Gerade in Nischen tätige KMU können ideale Partner bei der Erarbeitung einer öffentlichen Ausschreibung sein. Der Rückgriff auf solche Spezialisten erhöht die Qualität einer Ausschreibung und damit letztlich der öffentlichen Beschaffung als solcher. Aus Sicht der Beschaffungsstelle besteht damit natürlich ein grosses Interesse, solche Spezialisten beizuziehen. Aus Sicht der Konkurrenz kann ein Vorteil des beratenden Unternehmens in der Ausschreibung kaum effizient ausgeschlossen werden. Es gilt in der Praxis zu beobachten, ob die hier gewählte Lösung einen Fortschritt bezüglich dieses Zielkonflikts bringen wird.

#### ***Art. 31 Eignungskriterien / Anhang 2***

Bezüglich den Eignungskriterien gemäss Anhang 2 muss durch die Ausführungsbestimmungen sichergestellt sein, dass die Personalkapazität resp. -quantität kein zwingendes Kriterium sein darf. Dies insbesondere dann, wenn das Unternehmen gleichzeitig aufzeigen kann, dass es aufgrund seiner Produktionskapazität den Anforderungen der Beschaffung gewachsen ist. Es wiese damit die verlangte Leistungsfähigkeit nach und wäre somit im Sinne der Ausführungen im Erläuternden Bericht geeignet für die Ausführung einer Beschaffung. Um Unternehmen nicht aufgrund ihrer Grösse zu diskriminieren, sollte deshalb grundsätzlich auf dieses Kriterium gänzlich verzichtet werden.

Wir beantragen, in den Ausführungsbestimmungen diesen Grundsatz und allfällige Ausnahmebestimmungen festzuschreiben.

Wir beantragen ferner, nicht nur die Rangfolge, sondern auch die Gewichtung als zwingendes Element der Ausschreibung zu definieren, falls die Eignungskriterien in die Bewertung einfließen.

#### ***Art. 33 Zuschlagskriterien / Art. 39 Zuschlag***

Eines der am weitesten verbreiteten Probleme bei öffentlichen Ausschreibungsverfahren aus Sicht der KMU ist die Dominanz des Preises als Kriterium. Der Ansatz des "wirtschaftlich günstigsten Angebots" erscheint uns grundsätzlich richtig. Es wird sich erst in der Praxis zeigen, ob die Zielsetzung mit diesem Ansatz erreicht werden kann.

#### ***Art. 36 Öffnung der Angebote***

Wir beantragen, dass die Anbietenden bei der Öffnung auf Anmeldung hin anwesend sein dürfen. Absatz 2 ist entsprechend zu ergänzen.

#### ***Art. 37 Bereinigung der Angebote***

Wir erachten Absatz 2 dieses Artikels als unnötig. Gut vorbereitete Ausschreibungen sollten entsprechende Rückfragen obsolet werden lassen. Eine Bevorteilung des Anbieters, der

kontaktiert wird, kann u.E. nicht ausgeschlossen werden. Wir beantragen deshalb die Streichung dieses Absatzes.

In Absatz 3 ist zudem festzuhalten, innert welcher Frist das Protokoll den Offerierenden zur Kenntnis gebracht werden muss. Dies ist deshalb erforderlich, weil gerade KMU schnellstmöglich wieder über die aufgrund der Offerte allenfalls gebundenen Ressourcen verfügen müssen. Wir erachten eine Frist von maximal 48 Stunden als angemessen.

#### **Art. 39 Zuschlag**

Abs. 3 sollte u.E. - um keine Missverständnisse zu provozieren - wie folgt ergänzt werden:

"Sie ermittelt das wirtschaftlich günstigste Angebot, indem sie die Angebote anhand der monetären und der nicht monetären gewichteten Zuschlagskriterien bewertet."

Nur so kann sicher gestellt werden, dass die Gewichtung tatsächlich berücksichtigt wird.

#### **Art. 46 Dialog / Art. 47 Verhandlungen**

Verhandlungen und Dialoge sind grundsätzlich auszuschliessen, sie widersprechen dem Sinn und Geist dieses Gesetzesentwurfs, da sie weder transparent sind, noch dem Anliegen der Gleichbehandlung entsprechen. Den Anliegen der Beschaffungsstellen kann durch andere Massnahmen entgegen gekommen werden. So bietet sich beispielsweise eine schriftliche Runde an, nachdem die Eröffnungsprotokolle versandt worden sind und die Preise transparent gemacht wurden. Dies erlaubt allen Offerierenden, nochmals ein schriftliches Angebot zu machen. Absprachen im Sinne des Kartellgesetzes können auf diese Weise einfach aufgedeckt oder vermieden werden.

Das Argument, anbietende Unternehmen könnten sich gegenüber eines Missbrauchs von Marktmacht mittels des Kartellgesetzes wehren, kann aus demselben Grunde nicht gelten, der im umgekehrten Fall einer Preisabsprache seitens der Offerierenden gilt: Auch für ein anbietendes Unternehmen kann bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids viel Zeit vergehen (vgl. Erläuternder Bericht S. 63/64). Zudem werden mit dem etwas pauschalen Verweis auf mögliche Rechtsmittel gerade KMU benachteiligt, die sich ein solches Vorgehen in der Regel eben nicht leisten können.

Wir beantragen aus diesen Gründen entweder die Streichung dieser Artikels oder eine Variante im Sinne der vorangehenden Argumentation.

#### **Art. 48 Elektronische Auktionen**

Elektronische Auktionen sind bestenfalls für standardisierte Güter geeignet. Für Leistungen, die nicht nur anhand des Preises, sondern auch aufgrund anderer Zuschlagskriterien bewertet werden, erachten wir sie als untauglich. Mit diesem Vorbehalt möchten wir uns diesem neuartigen Instrument nicht völlig verschliessen, wir betrachten es aber dennoch mit einer grossen Skepsis. Die Ausführungsbestimmungen müssten auf jeden Fall hinreichend klar sein, damit Auktionen tatsächlich nur für die einleitend erwähnten standardisierten Güter zugelassen wären.

#### **Art. 53 Verkürzungen**

Wir sehen keine ausreichende Begründung dafür, bei Vorliegen eines der Gründe gemäss Abs. 1 Bst. a-c die Fristen zu verkürzen. Es geht dabei insbesondere um eine Vereinfachung des Verfahrens und nicht um eine Verkürzung. Eine Fristverkürzung führt unseres Erachtens

zu einer einseitigen Verschlechterung der Situation von KMU, welche für die Ausarbeitung aussagekräftiger Offerten in der Regel über weniger Ressourcen verfügen als Grossunternehmen.

Wir beantragen, Abs. 1 dieses Artikels zu streichen.

**Art. 57 Abbruch des Verfahrens**

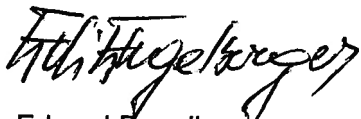
Um eine gewisse Rechtssicherheit zu gewähren, wäre es unseres Erachtens sinnvoll in einem zusätzlichen Abs. 3 darauf hinzuweisen, dass in den Fällen nach Abs. 1 Bst. b und d nicht ausgeschlossene Anbietende dann einen Anspruch auf Rückvergütung nachweislicher Kosten haben, wenn die beiden erwähnten Abbruchsgründe auf ein Verschulden der Beschaffungsstelle zurück zu führen sind.

Wir beantragen daher, dem Artikel einen im Sinne der obenstehenden Ausführungen formulierten zusätzlichen Absatz anzufügen.

Für Rückfragen zu dieser Stellungnahme stehen wir Ihnen gerne jederzeit zur Verfügung. Wir danken Ihnen für die adäquate Berücksichtigung unserer Anträge und Anregungen.

Mit freundlichen Grüssen

KMU-Forum



Eduard Engelberger

Co-Präsident



Eric Scheidegger

Co-Präsident