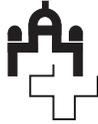


Parlamentsdienste

Services du Parlement

Servizi del Parlamento

Servetschs dal parlament



Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle

CH-3003 Bern

Tel. 031 323 09 70

Fax 031 323 09 71

www.parlament.ch

pvk.opca@pd.admin.ch

— **Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht**

Schlussbericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates

Bern, 14. März 2002

Das Wichtigste in Kürze

Trotz seiner Komplexität und seinen Widersprüchen scheint die Anwendung des Rechts über das öffentliche Beschaffungswesen bei standardisierten Beschaffungen (klar definierte und häufig vergebene Aufträge) zu funktionieren. Wesentlich schwieriger, ja gar unmöglich ist die Anwendung der Regeln hingegen bei atypischen Aufträgen.

Die heutige Gesetzgebung entspricht der Entwicklung des wirtschaftlichen und sozialen Umfelds nicht, denn öffentliche Körperschaften neigen heute dazu, Kompetenzen und Verantwortung an halbstaatliche Unternehmen zu delegieren oder direkt dem privaten Sektor zu übertragen. Ausserdem hat sich der technologische Fortschritt beschleunigt und die Aufträge werden zunehmend komplexer. Die Auftraggeber sehen sich also öfter mit neuen Situationen konfrontiert, die in der Gesetzgebung nicht geregelt sind. Auf diese Weise entsteht bei öffentlichen Beschaffungen eine zunehmende juristische Unschärfe. Die grosse Mehrheit der Experten und der in diesem Bereich tätigen Akteure verlangen eine Klärung, eine Vereinfachung und eine Harmonisierung des Rechts sowie die Regelung der neuartigen Situationen.

Gemäss Experten, würde die Vielzahl der Organe, die auf Bundesebene sowie auf (inter)kantonaler Ebene mit dem Vollzug des öffentlichen Beschaffungsrechtes betraut sind, eine bessere Koordination erfordern. Es gibt aber weder Richtlinien für eine Koordination ihrer Aktivitäten, noch hat bisher eine der betroffenen Behörden eine Führungsfunktion übernommen. Keine von ihnen hat die Möglichkeit, bei einer Gerichtsbehörde Beschwerde zu erheben. Im Übrigen besitzt keine der zuständigen Behörden - mit Ausnahme der Weko - die Kompetenz, verbindliche Massnahmen zu ergreifen. Das den Anbietern zur Verfügung stehende Beschwerderecht ist unter diesen Umständen das wichtigste Mittel, um eine korrekte Anwendung der Gesetzgebung zu fördern. Seine Wirkung wird allerdings durch eine Reihe struktureller Faktoren beeinträchtigt, zum Beispiel das ungünstige Kosten-Nutzen-Verhältnis der Verfahren und die Furcht vor Vergeltungsmassnahmen. Darüber hinaus widerspricht sich die Rechtsprechung der Gerichtsbarkeiten in mehreren Bereichen. Dadurch leiden die Wirksamkeit und die Glaubwürdigkeit der Rechtsmittel.

Die Beurteilung der wirtschaftlichen Auswirkungen der neuen Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen wird durch mangelnde statistische Angaben behindert. Die wenigen verfügbaren Statistiken erlauben es trotzdem, die folgenden Tendenzen zu beschreiben: Die Transparenz sollte sich durch die anstehende Einführung des gemeinsamen Internetportals (www.simap.ch) verbessern. Was die Stärkung des Wettbewerbs anbelangt, genügt im Allgemeinen die Zahl der Anbieter, auch wenn ausländische Unternehmen auf dem Schweizer Markt noch wenig präsent sind. In Bezug auf die Gleichbehandlung liessen sich ebenfalls noch Verbesserungen erzielen, unter anderem durch zweckmässigere Eignungs- und Zuschlagskriterien, durch die systematische Veröffentlichung der Gewichtung dieser Kriterien, durch eine angemessenere Regelung der Verhandlungen und durch eine vermehrte Beachtung der Sozialklauseln. Die Auswirkung des Rechts auf den Einsatz der öffentlichen Gelder lässt sich im Augenblick nicht messen. Dafür müsste man die Endkosten der Aufträge sowie die Kosten der verschiedenen Verfahren kennen. Auch die Auswirkung auf die von den Auftraggebern bezahlten Preise ist schwer quantifizierbar, obwohl immerhin nachweisbar ist, dass bei gewissen Basisgütern die Einheitspreise im Jahr 2001 gesunken sind.

Eine genauere Wirtschaftsbilanz lässt sich anhand eines derart lückenhaften Datenmaterials nicht erstellen. Dies steht im krassen Gegensatz zum Wunsch sowohl der beigezogenen Experten als auch der in diesem Bereich tätigen Akteure der öffentlichen Verwaltung, über eine Wirtschaftsevaluation zu verfügen, die es erlaubt, die Gesetzesauswirkungen auf relevante Weise festzustellen. Für eine solche Studie unerlässlich wäre eine koordinierte und systematische Sammlung von Daten. Die Diskussion um die Erhebung aussagekräftiger Statistiken mit einem akzeptablen Kosten/Nutzen-Verhältnis müsste deshalb umgehend eingeleitet werden.

Inhaltsverzeichnis

Das Wichtigste in Kürze

Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung	1
1.1 Auftrag	1
1.2 Öffnung im öffentlichen Beschaffungswesen	1
1.3 Ausgangsfragen	2
1.4 Methodik	2
1.5 Struktur des Berichts	2
2 Schweizerische Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen	3
2.1 WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen	5
2.2 Umsetzung des GPA	6
2.3 Bilaterales Abkommen	8
2.4 Binnenmarktgesetz	9
2.5 Neue Probleme	10
2.6 Rechtsschutz	11
3 Akteure der Umsetzung	15
3.1 Bundesorgane	15
3.2 Organe in den Kantonen	18
3.3 Schlussfolgerung zu den Akteuren der Umsetzung	19
4 Wirtschaftliche Auswirkung der Gesetzgebung	20
4.1 Einführende Erläuterungen	20
4.2 Ergebnisse: Öffentliche Beschaffungen des Bundes	21
4.3 Ergebnisse: öffentliches Beschaffungswesen in den Kantonen	31
5 Fazit	36
6 Bibliographie	39
6.1 Verwaltungsdokumentation	39
6.2 Fachliteratur	40
7 Abkürzungsverzeichnis	42
8 Befragte Experten	44
Anhang 1 : Tabellen zu den Schwellenwerten	45
Anhang 2 : Antworten der wichtigsten Auftraggeber des Bundes auf den Fragebogen über das öffentliche Beschaffungswesen	47

1 Einleitung

1.1 Auftrag

Am 15. Februar 2001 beauftragte die Subkommission EFD/EVD der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats die PVK, eine Standortbestimmung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz auf Bundes- und Kantonsebene (unter Ausschluss der Gemeindeebene) vorzunehmen. Die PVK hat die Untersuchung Ende Oktober 2001 abgeschlossen. Mit der Studie wurden zwei Ziele verfolgt: sie sollte erstens einen Überblick über die Lage im Bereich des Ausschreibungsrechts geben und zweitens aus wirtschaftlicher Sicht die verfügbaren empirischen Daten für eine Wirkungsanalyse der Gesetzgebung und wenn möglich für erste Schlussfolgerungen ermitteln. Zweitens sollten aus wirtschaftlicher Sicht die verfügbaren empirischen Daten für eine Wirkungsanalyse dieser Gesetzgebung zusammengestellt und wenn möglich erste Schlussfolgerungen gezogen werden.

1.2 Öffnung im öffentlichen Beschaffungswesen

Unter öffentlichem Beschaffungswesen versteht man die staatliche Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen. Das Volumen solcher Aufträge betrug 1997 in der Schweiz rund 31 Milliarden Franken (Bund: 19%; Kantone: 38%; Gemeinden: 43%), was ungefähr 8% des Bruttoinlandprodukts und 22% der öffentlichen Ausgaben des Landes entspricht.

Seit Mitte der Neunzigerjahre ist das ehemals stark abgeschottete öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz der Liberalisierung ausgesetzt. 1994 unterzeichnete die Schweiz das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA). Ein Jahr danach verabschiedete das Parlament das Programm zur marktwirtschaftlichen Erneuerung¹ durch den Erlass dreier Gesetze: Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), Kartellgesetz (KG) und Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG). So trat 1996 ein neues System für das öffentliche Beschaffungswesen in Kraft.

Es war der Beginn einer grundsätzlichen Neuausrichtung. Die auftraggebenden Behörden sind nun nicht mehr befugt, ihre Aufträge lokalen oder nationalen Anbietern zu vergeben, ohne diese dem Wettbewerb durch ausserregionale oder ausländische Unternehmen auszusetzen. Vom neuen Recht über das öffentliche Beschaffungswesen wurden die folgenden Vorteile erwartet: transparentere Gestaltung der Verfahren und des Marktzugangs für schweizerische und ausländische Unternehmen, stärkerer Wettbewerb, effizientere Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand und wirtschaftlicherer Einsatz öffentlicher Gelder.

¹ Das Programm zur marktwirtschaftlichen Erneuerung wurde vom Bundesrat nach der Ablehnung des Beitritts zum Europäischen Wirtschaftsraum durch Volk und Stände am 6. Dezember 1992 vorgeschlagen.

1.3 Ausgangsfragen

Auf diesem Hintergrund zieht der vorliegende Bericht eine Bilanz fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen. Dabei werden die folgenden Fragen behandelt:

- Wie ist das öffentliche Beschaffungswesen geregelt? Wie werden die Regeln angewandt und wie beeinflussen sie sich gegenseitig?
- Was unternehmen die Organe, welche die Anwendung des Rechts über das öffentliche Beschaffungswesen zu überwachen und zu koordinieren haben?
- Gibt es empirische Daten, mit denen sich die Auswirkungen der neuen Gesetzgebung auf die Schweizer Wirtschaft messen lassen? Wenn ja, können bereits Schlussfolgerungen gezogen werden?

1.4 Methodik

Für die Beantwortung dieser Fragen analysierte die PVK die Fachliteratur, führte Interviews mit auf diesem Gebiet spezialisierten Anwälten, Universitätsprofessoren und Experten des Bundes und verschiedener Kantonsverwaltungen, befragte die wichtigsten Auftraggeber beim Bund und trug die bei der Bundesverwaltung und bei sechs ausgewählten Kantonen verfügbaren empirischen Daten zusammen².

1.5 Struktur des Berichts

Der vorliegende Schlussbericht fasst die wichtigsten Ergebnisse der Untersuchung der PVK zusammen³. Im Kapitel 2 werden die wichtigsten Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz und ihre Wechselwirkung aufgezeigt.

Kapitel 3 beschreibt die mit der Umsetzung des Rechts über das öffentliche Beschaffungswesen betrauten Akteure. Im Kapitel 4 werden die verfügbaren empirischen Daten aufgelistet, mit denen sich die Auswirkung der Gesetzgebung auf die Wirtschaft messen lässt und erste Resultate vorgestellt. Das letzte Kapitel schliesslich ist den wichtigsten Schlussfolgerungen gewidmet.

² Diese Arbeit kann die unzähligen Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens nicht erschöpfend behandeln; sie soll aber einen Überblick über die Problematik geben. Einzelne Aspekte wurden in der letzten Zeit durch andere Organe des Bundes untersucht. Die PVK wird nicht speziell darauf zurückkommen. Was den Gesichtspunkt der Anbieter anbelangt, verweist die PVK auf die Studie von Peter Balastèr vom seco aus dem Jahr 2000: „KMÜ-Verträglichkeitstest Öffentliches Beschaffungswesen“. Ebenfalls nicht behandelt werden Korruptionsprobleme im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen. Die Verwaltungskontrollstelle des Bundesrats behandelte dieses Thema bereits in ihrem Bericht von 1998 „Korruptionsgefährdungen und Sicherheitsvorkehrungen in der Bundesverwaltung“ demgemäss die in der Bundesverwaltung der Korruptionsgefahr am stärksten ausgesetzten Bereiche, zu denen auch das öffentliche Beschaffungswesen gehört, durch wirksame Massnahmen geschützt sind. Der interessierte Leser kann sich auch auf die Studie Bircher, Daniel / Scherler, Stefan, 2001: „Missbräuche bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen“ beziehen.

³ Eine ausführliche Darstellung des methodischen Vorgehens und der einzelnen Untersuchungsergebnisse finden sich im Arbeitsbericht der PVK.

2 Schweizerische Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen

In Abbildung 1 (s. unten) werden die wesentlichen Rechtsgrundlagen zum öffentlichen Beschaffungswesen aufgeführt.

Auf internationaler Ebene hat die Schweiz im Rahmen der WTO das **Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen** (GPA; Übereinkommen von Marrakesch; SR 0632.231.42) unterzeichnet. Nach dem GPA werden bestimmte öffentliche Aufträge der Unterzeichnerstaaten den Grundsätzen der Inländerbehandlung (Anbieter der Unterzeichnerstaaten werden ähnlich behandelt wie die nationalen Anbieter) und der Nichtdiskriminierung unterstellt. Dieses Übereinkommen wurde sowohl ins Bundesrecht als auch, für öffentliche Aufträge von Kantonen und Gemeinden, ins interkantonale Recht umgesetzt. Die Vergabe kantonaler öffentlicher Aufträge liegt im Kompetenzbereich der Kantone. Das kantonale Recht dient in diesem Bereich also nicht der Umsetzung des Bundesrechts, sondern ist autonom.

Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch den Bund ist im **Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1)** und in der **Bundesverordnung vom 1. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11)** geregelt.

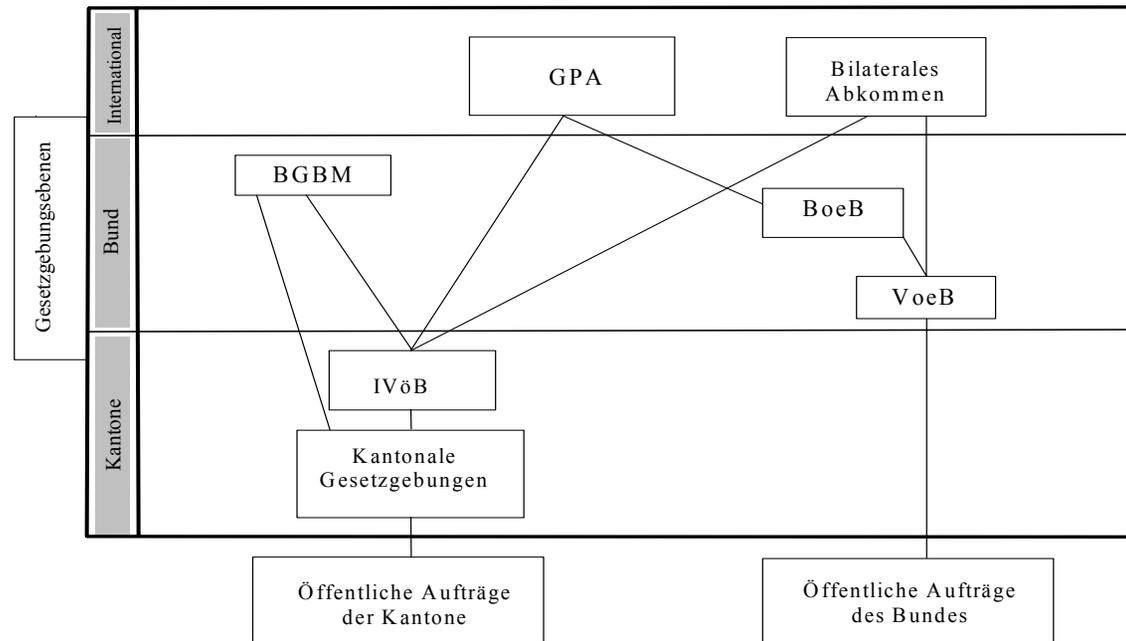
In den Kantonen und Gemeinden ist die von der interkantonalen Konferenz geschlossene **Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB; SR 172.056.4)** anwendbar, die das GPA umsetzt und die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens zwischen den Kantonen bezweckt.

Ausserdem enthält das **Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BoeB; SR 943.02)** Bestimmungen, welche die Auftragsvergabe in den Kantonen und Gemeinden betreffen. Durch die Gewährleistung eines freien und nichtdiskriminierenden Marktzutritts für alle Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz soll dieses Gesetz die Abschottung der Märkte im Innern des Landes aufheben.

Zu den sieben zwischen der Schweiz und der EU geschlossenen und vom Volk am 21. Mai 2000 angenommenen sektoriellen Abkommen gehört auch das **Bilaterale Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens** (im Folgenden bilaterales Abkommen). Es wird zusammen mit den andern sechs Abkommen in Kraft treten, sobald der Ratifizierungsprozess innerhalb der EU abgeschlossen ist (nach neuesten Angaben am 1. Mai 2002). Durch den Abschluss dieses bilateralen Abkommens vereinbarten die Schweiz und die EU eine Ausdehnung des Geltungsbereichs des GPA auf weitere Sektoren sowie auf die Gemeinden.

In der Grafik nicht aufgeführt sind das **Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251)**, mit dem alle Wettbewerbsbeschränkungen aufgehoben, verhindert oder korrigiert werden sollen. In diesem Sinn gilt es auch für das öffentliche Beschaffungswesen. Ebenfalls nicht in der Grafik berücksichtigt sind gewisse, in bestimmten Bereichen des öffentlichen Beschaffungswesens anwendbare Regelungen, wie das **Bundesgesetz vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen (NSG; SR 725.11)** und die entsprechende Verordnung, sowie der **Alpentransit-Beschluss** (SR 742.104). Diese Regelungen werden im vorliegenden Schlussbericht nicht behandelt, sind aber Gegenstand des Arbeitsberichts.

Abbildung 1: Recht über das öffentliche Beschaffungswesen



Die schweizerische Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen verfolgt vier Ziele (ohne Rangfolge):

- Transparenz der Verfahren,
- Stärkung des Wettbewerbs,
- Gleichbehandlung und
- sparsamer Einsatz öffentlicher Gelder.

Als Antrieb für die Umsetzung sieht die Gesetzgebung Aufsichtsbehörden und vor allem Beschwerdemöglichkeiten gegen Entscheide der Auftraggeber vor.

2.1 WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen

Das GPA gilt nur für Beschaffungen durch die öffentliche Hand, deren geschätzter Betrag bestimmte Schwellenwerte übersteigt⁴. Um die Transparenz, die Gleichbehandlung und das Beschwerderecht aller Anbieter zu gewährleisten, regelt das GPA die Vergabe eines öffentlichen Auftrags in allen Einzelheiten, von der Veröffentlichung der Ausschreibungen über das Vergabeverfahren und den Zuschlag bis zum Einspracheverfahren.

Im Übereinkommen sind drei Vergabeverfahren⁵ für öffentliche Aufträge vorgesehen:

1. Das **offene Verfahren**, bei welchem alle interessierten Anbieter ein Angebot abgeben können.
2. Das **selektive Verfahren**, an dem sich auf Grund bestimmter Eignungskriterien ausgewählte Anbieter beteiligen können. Es handelt sich hier um ein zweistufiges Verfahren. Die Eignungskriterien müssen sich auf die zur Erfüllung des Vertrags notwendigen Anforderungen beschränken und dürfen nicht diskriminierend sein.
3. Das **beschränkte oder freihändige Verfahren**, bei dem sich die Beschaffungsstelle direkt und ohne vorgängige Ausschreibung mit Anbietern in Verbindung setzt. Die Bedingungen für ein solches Verfahren sind im Übereinkommen streng geregelt⁶.

Öffentliche Aufträge über den Schwellenwerten sind grundsätzlich nach dem offenen oder dem selektiven Verfahren öffentlich auszuschreiben. Der Auftraggeber kann sich für das eine oder andere entscheiden⁷.

Die Wahl muss nicht unbedingt auf das billigste Angebot fallen, sondern auf das wirtschaftlich günstigste. Die Beschaffungsstellen haben also einen gewissen Spielraum und können Kriterien berücksichtigen wie Preis, Qualität, Liefertermin, Kundendienst, Umweltverträglichkeit, usw.

⁴ Unter Schwellenwert versteht man den geschätzten Wert des öffentlichen Auftrags, ab welchem die GPA-Bestimmungen bzw. andere einschlägige Regeln gelten. Für die Höhe dieser Werte siehe Tabellen 1, 2 und 3 im Anhang 1.

⁵ Art. VII Abs. 3 Bst. a-c GPA.

⁶ Art. XV GPA, z.B. wenn im Rahmen des offenen oder des selektiven Verfahrens kein Angebot eingereicht wurde, die Anbieter eine Übereinkunft getroffen haben oder nur ein einziger Lieferant in der Lage ist, das Gut oder die Dienstleistung zu liefern, oder aber in einem extremen Notfall.

⁷ BRK-Entscheid 005/1999 vom 19.07.1999, Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Neuenburg vom 19.12.1997, in : Recueil de jurisprudence neuchâtoise, 1998, S. 233 ff.

Das GPA wurde auf Bundesebene durch den Erlass des BoeB und auf interkantonalen Ebene durch denjenigen der IVöB umgesetzt.

2.2 Umsetzung des GPA

Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch den Bund ist im Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) und in der dazugehörigen Verordnung vom 1. Dezember 1995 (VoeB; SR 172.056.11) geregelt. Für die öffentlichen Beschaffungen von Kantonen und Gemeinden gilt die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB; SR 172.056.4), die von der zuständigen interkantonalen Konferenz verabschiedet wurde.

Die Gesetzgeber auf Bundes- und Kantonebene haben versucht, in Anwendung des GPA relativ ähnliche Bestimmungen zu erlassen. Trotzdem sind Unterschiede und Widersprüche zwischen den Regelungen des Bundes und der Kantone festzustellen, welche die kohärente Umsetzung des GPA beeinträchtigen.

Gemäss IVöB (Art. 11 Bst. c und § 26 der Richtlinien) verzichten die Kantone auf Preisverhandlungen, Preisnachlässe und Leistungsänderungen (Abgebotsrunden), während das Bundesrecht gemäss GPA Verhandlungen u.a. über die Preise im Prinzip gestattet.

Zudem ist es den Kantonen nach Artikel 14 Absatz 1 IVöB untersagt, den Vertrag vor Ablauf der Beschwerdefrist abzuschliessen. Im Bundesrecht gibt es keine entsprechende Bestimmung. Für den Auftraggeber wäre es also von Vorteil, den Vertrag möglichst rasch nach dem Zuschlag unter Dach und Fach zu bringen. Im Beschwerdeverfahren kann danach nämlich nur noch dessen Unrechtmässigkeit festgestellt werden. Die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) hat diesen Widerspruch zwischen Bundes- und Kantonsrecht aufgehoben, indem sie erklärte, *der Vertrag dürfe erst abgeschlossen werden, wenn die Beschwerdefrist ohne Einreichung einer Beschwerde abgelaufen ist, in einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung verlangt oder ein Gesuch um aufschiebende Wirkung abgelehnt wurde*⁸. Der BRK wurde daraufhin vorgeworfen, gegen den Wortlaut und den Geist des Bundesrechts entschieden zu haben.

Auch in Bezug auf die Notwendigkeit, die Gewichtung der für die Bewertung der Angebote verwendeten Kriterien zu veröffentlichen, unterscheiden sich Bundes- und Kantonsrecht. Nach Ansicht der BRK verlangt das Transparenzprinzip gemäss Artikel 21 Absatz 2 BoeB, dass den Anbietern die Gewichtung der Beurteilungskriterien von Anfang an mitgeteilt wird⁹. Das Bundesgericht (BG) befand seinerseits, auf Kantonebene genüge die Veröffentlichung der Vergabekriterien, um die Transparenz zu wahren und der Auftraggeber sei nicht verpflichtet, die genaue Gewichtung zu veröffentlichen.

Die IVöB wurde in 26 kantonale Gesetzgebungen übertragen. Einzelne Kantone haben dabei nicht nur ein Ausschreibungsgesetz erlassen, sondern oft mehrere Reglemente (z.B. über Bauten und über Güter und Dienstleistungen). Dadurch erhöht sich die Gefahr

⁸ BRK-Entscheid vom 17.02.1997, für einen kritischen Kommentar siehe Gauch, Peter, in : BR 4/97 S. 121.

⁹ BRK-Entscheid vom 27.6.2000 (BRK 005/2000), Erwägungen 4a und 4b.

einer Unvereinbarkeit der verschiedenen Kantonsgesetzgebungen untereinander wie auch mit der IVöB.

Einer der deutlichsten Widersprüche einer kantonalen Regelung zur IVöB (und zum BGBM) ergibt sich aus der Bestimmung, die es den kantonalen Beschaffungsbehörden erlaubt, Angebote lokaler Unternehmen dem billigsten Angebot gleichzusetzen, wenn sie dieses nicht um mehr als einen gewissen Prozentsatz übersteigen. Diese Klausel ist noch in verschiedenen Kantonsgesetzgebungen enthalten. Nach Ansicht von Botschafter Wasescha, Präsident der BRK, lassen solche Regeln den Willen der Schweiz zur Umsetzung des GPA als wenig glaubwürdig erscheinen.

Die in Anwendung der IVöB vorgesehenen Schwellenwerte variieren von einem Kanton zum anderen. Dies ist in Bezug auf die Gegenseitigkeit und die Gleichbehandlung der Anbieter problematisch und schafft Spannungen. Kantone mit tiefen Schwellenwerten neigen in der Tat dazu, unter diesen Umständen Angebote aus Kantonen mit hohen Werten nicht zu berücksichtigen - eine Praxis, die dem BGBM zuwiderläuft.

Die neue IVöB, für welche das Ratifikationsverfahren bei den Kantonen im Gange ist, wird die Schwellenwerte in den Unterzeichnerkantonen harmonisieren und explizit jegliche Gegenseitigkeitsklausel in den kantonalen Gesetzgebungen verbieten. Die in der revidierten IVöB (revIVöB) festgelegten Schwellenwerte sind allerdings deutlich höher als die unverbindlichen Werte in der Regelung¹⁰ welche die Richtlinien zum Vollzug der IVöB ergänzt. Für Dienstleistungen lag die Grenze, unter der ein freihändiges Verfahren vorgesehen war, bei Fr. 50'000, während sie nun gemäss revIVöB bei Fr. 150'000 liegt. Somit wird ein grösseres Auftragsvolumen nach dem freihändigen Verfahren vergeben werden können. Da bei Vergaben unter den Schwellenwerten die Unternehmen vom guten Willen der Auftraggeber abhängig sind, wird sich die Gefahr einer Diskriminierung trotz BGBM erhöhen. Die Weko hat sich bisher nicht gegen die Schwellenwerte ausgesprochen. Ihrer Meinung nach sind sie mit dem BGBM vereinbar, sofern sie gleichermassen für lokale und auswärtige Anbieter gelten. Die Wettbewerbsbehörde meint, die Werte sollten so festgelegt werden, dass sie sich wirtschaftlich möglichst günstig auswirken und den Wettbewerb für einen Grossteil des Marktvolumens im öffentlichen Beschaffungswesen gewährleisten. Im Hinblick auf eine Bewertung und allfällige Anpassung der Schwellenwerte in einigen Jahren empfiehlt die Weko den Kantonen, dafür zu sorgen, dass die entsprechenden Daten innerhalb einer angemessenen Frist verfügbar sind¹¹.

Die Revision der IVöB wird die Situation beachtlich verbessern. Unterhalb der Schwellenwerte werden sich die kantonalen Regelungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge jedoch immer noch unterscheiden. Die Probleme werden sich also lediglich verschieben.

Durch die stufenweise Umsetzung des GPA wird das öffentliche Beschaffungsrecht zu einem komplizierten Gebilde. Mit jeder zusätzlichen Anwendungsebene erhöht sich die Gefahr von Widersprüchen und Inkohärenz mit der jeweils höheren Ebene. Diese zunehmende juristische Entropie verstärkt wiederum die Rechtsunsicherheit. Selbst wenn man sich für die Auslegung der Regelungen auf das GPA bezieht, lässt sich diese Unsicherheit nur teilweise beheben. Die Rechtsanwendung wird dadurch für Auftraggeber und Anbieter schwerfällig, komplex und kaum nachvollziehbar. Darüberhinaus wird die Erreichung des Ziels der Transparenz gefährdet. Die

¹⁰ "Regelung des kantonalen Beschaffungswesens soweit sie nicht von der Interkantonalen Vereinbarung erfasst werden" vgl. Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2001, S. 210.

¹¹ Empfehlung der Weko, in: RPW 2000/2, S. 280. Siehe auch Schaller, Olivier, 2001, S. 21.

Komplexität des Rechts zwingt die Auftraggeber meist, einen Rechtsberater beizuziehen, um die Vergabe korrekt durchführen zu können (vor allem bei nicht standardisierten Aufträgen). Diese Umstände behindern auch einen wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Gelder.

2.3 Bilaterales Abkommen

Das bilaterale Abkommen erweitert den Geltungsbereich des GPA. Den WTO-Regeln sollen neu, ab einem bestimmten Schwellenwert, öffentliche Aufträge der Gemeinden und der privat- und öffentlich-rechtlichen Unternehmen in gewissen Sektoren wie Wasser- und Energiewirtschaft, Telekommunikation und Eisenbahntransporte unterliegen.

Es wird nun darum gehen, das bilaterale Abkommen ins Bundes- und Kantonsrecht zu überführen. Angesichts der umfassenden Gesetzgebungsdelegation in Artikel 2 Absatz 2 BoeB hätte eine Revision der VoeB dafür genügen sollen. Der im Revisionsentwurf vorgesehene neue Artikel 2c, der das bei einer gemeinsamen Vergabe durch Bundes- und Kantonsbehörden anwendbare Recht bezeichnet, erfordert jedoch eine entsprechende Rechtsgrundlage¹². Das BoeB wird deshalb ebenfalls geändert werden müssen. Auf Kantonsebene wird das bilaterale Abkommen durch eine Revision der IVöB zu konkretisieren sein.

In Artikel 3 Absatz 5 des bilateralen Abkommens ist eine Ausnahmeklausel verankert. Demnach kann von der Anwendung der Regeln zum öffentlichen Beschaffungswesen abgesehen werden, wenn bestimmte Sektoren genügend liberalisiert sind oder in einem gegebenen geografischen Raum zwischen den Anbietern von Dienstleistungen in diesen Sektoren genügend Wettbewerb herrscht. Dieser Fall könnte zum Beispiel im Telekommunikationsbereich eintreten (von der Europäischen Kommission bereits empfohlene Ausnahme) oder etwa im Eisenbahn-Güterverkehr. Gemäss dem Änderungsentwurf zur VoeB (Art. 2b revVoeB) ist das UVEK berechtigt, Auftraggeber in einem Markt mit Wettbewerb nach Anhören der Weko, der Kantone und der betroffenen Wirtschaftskreise von den Regeln auszunehmen.

Die Aufsicht über die Einhaltung des Abkommens erfolgt bei den beiden Vertragsparteien Schweiz und EU jeweils durch eine unabhängige Kommission. In der Schweiz ist für diese Aufsichtsfunktion die Kommission Beschaffungswesen Bund/Kantone (KBBK) vorgesehen, die diese Aufgabe schon bei der Umsetzung des GPA erfüllt.

Die meisten Märkte in den Gemeinden sind dank des kantonalen Rechts bereits schweizweit offen. Die Neuheit besteht darin, dass sie sich gegenüber den Märkten in der Europäischen Union öffnen werden. Da das Volumen der Aufträge beschränkt ist, werden sich jedoch nur wenige ausländische oder auch nur regionale Unternehmen dafür interessieren. In Grenzgebieten können sich ausländische Anbieter heute schon an schweizerischen Ausschreibungen beteiligen, aber sie nehmen diese Gelegenheit kaum wahr¹³.

Das bilaterale Abkommen wird in der Praxis wahrscheinlich für die dem Recht über das öffentliche Beschaffungswesen neu unterstellten Bereiche (Telekommunikation, Eisenbahn, konzessionierte Unternehmen) eine grössere Tragweite haben. Neu ist auch

¹² Revisionsentwurf zum VoeB, Bericht vom 18. Juli 2001, S. 17 ff.

¹³ Etat de Genève, 1999: "Evaluation de l'impact des accords bilatéraux" auf Internet: <http://www.geneve.ch/bilaterales/index.htm>

die Möglichkeit, gegen die Vergabe von Aufträgen, die künftig ebenfalls dem Recht über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt sein werden (z.B. Auftragsvergabe im Rahmen von Alpentransit) Beschwerde zu erheben.

2.4 Binnenmarktgesetz

Im Binnenmarktgesetz werden die Mindestkriterien definiert, die für das gute Funktionieren des schweizerischen Wirtschaftsraums¹⁴ nötig sind und die bei der Vergabe von Aufträgen durch die Kantone und Gemeinden sowie durch Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben beachtet werden müssen. Zu bemerken ist, dass das Beschaffungswesen des Bundes nicht im BGBM geregelt ist, sondern ausschliesslich im BoeB und in der VoeB¹⁵. Die Bestimmungen des BGBM gelten also nur für Ausschreibungen durch Kantone und Gemeinden, wenn nicht die IVöB zur Anwendung kommt.

Das BGBM und die Vollzugsbestimmungen zum GPA gehen von verschiedenen Ansätzen aus. Bei den letzteren geht es um die Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens auf internationaler Ebene, während das BGBM die Öffnung des schweizerischen Binnenmarkts bezweckt, zu dem unter anderem das öffentliche Beschaffungswesen gehört. Als Rahmengesetz ist das BGBM allgemein formuliert und schafft Unsicherheiten, wenn es um die Vergabe öffentlicher Aufträge geht.

Gemäss Artikel 5 Absatz 2 BGBM müssen Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben dafür sorgen, dass die Vorhaben „für umfangreiche öffentliche Einkäufe“ publiziert werden und dabei die von der Schweiz eingegangenen internationalen Verpflichtungen berücksichtigen. Wie ist dies zu verstehen? Gilt die Bestimmung für alle öffentlichen Aufträge, unabhängig vom Betrag oder nur ab den im GPA festgelegten Schwellenwerten? In Artikel 5 Absatz 2 BGBM sind auch Aufträge für Dienstleistungen erwähnt. Handelt es sich dabei um alle Arten von Dienstleistungen oder lediglich um jene, die in den einschlägigen Listen erwähnt sind (z.B. Anhänge GPA, VoeB, Richtlinien IVöB)? Diese Fragen sind noch nicht geklärt und werden heftig diskutiert.

Das BGBM und das auf dem GPA beruhende Recht über das öffentliche Beschaffungswesen wurden nicht genügend aufeinander abgestimmt, obwohl beide zur gleichen Zeit und im gleichen Amt ausgearbeitet wurden (ehemaliges Bundesamt für Aussenwirtschaft [BAWI]). Daraus ist eine rechtliche Problematik entstanden, die sich als wahre Knacknuss erweist. Die gerichtlichen Behörden haben zwar ad hoc-Lösungen für die Widersprüche zwischen dem Recht über das öffentliche Beschaffungswesen und dem BGBM gefunden, die jedoch aus juristischer Sicht nicht unumstritten sind und Kontroversen auslösen. Das deutlichste Beispiel für diese Problematik ist die Beachtung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen. Nach der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen und namentlich der IVöB müssen die Anbieter grundsätzlich den am Ort der Durchführung des Auftrags geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften genügen. Diese Anforderung widerspricht dem BGBM und dem darin vorgesehenen Ursprungsprinzip, demgemäss ein Anbieter sich nach den im Ursprungskanton geltenden Gesetzesbestimmungen richten kann¹⁶.

¹⁴ Cottier, Thomas u. Wagner, Manfred, 1995.

¹⁵ Botschaft des Bundesrats, BBl 1995 I, Ziff. 153.2, S. 1251.

¹⁶ siehe dazu Entscheid des Walliser Kantonsgerichts vom 23 Februar 2001, Empfehlung der Weko in: RPW 2000/2, S. 280. und Zufferey, Jean-Baptiste, 1998 in: « Droit de la construction », 4/98, S. 148.

Im Allgemeinen sind sich die befragten Experten darin einig, dass das BGBM im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eine integrierende Rolle spielt¹⁷. Im Submissionswesen haben insbesondere die in der IVöB konkretisierten Anforderungen des BGBM eine Annäherung der kantonalen und kommunalen Gesetzgebungen bewirkt. Man kann also sagen, dass das BGBM durch das Recht über das öffentliche Beschaffungswesen weitgehend vollzogen wird. Im Gegensatz zu den Feststellungen der PVK bei der Evaluation des BGBM¹⁸ in Bezug auf den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr, ist das Potenzial des Gesetzes im öffentlichen Beschaffungswesen stärker zum Tragen gekommen. Mit einer Klärung der hängigen Fragen zur Gesetzesauslegung und einer Harmonisierung des BGBM mit den Vollzugsregelungen zum GPA könnten jedoch noch Verbesserungen erzielt werden.

2.5 Neue Probleme

In den letzten Jahren waren die öffentlichen Körperschaften gezwungen, sich an ein wirtschaftliches und soziales Umfeld anzupassen, das einem ständigen Wandel unterworfen ist. Im öffentlichen Beschaffungswesen traten dadurch neuartige Probleme auf.

Mit der Verbreitung des New Public Management (NPM) und der Tendenz zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben stellt sich das Problem der „In-house-markets“ (innerhalb der Verwaltung vergebene Aufträge). Kann eine Verwaltung einen Auftrag ausschreiben und diesen an eigene, eventuell privatrechtlich organisierte Einheiten vergeben, ohne dem Recht über das öffentliche Beschaffungswesen zu unterstehen¹⁹?

Infolge der Liberalisierung des öffentlichen Sektors geht es bei staatlichen Aufträgen immer häufiger nicht mehr um den Einkauf von Gütern oder Dienstleistungen, sondern vielmehr um den Verkauf von Rechten oder staatlichen Befugnissen, wie etwa die Konzessionserteilung für Wasserkraftwerke oder die Erteilung von Plakatrechten auf öffentlichem Grund. Handelt es sich dabei um öffentliche Beschaffungen im Sinne des Gesetzes? Während die WEKO dies bejaht²⁰, ist das Bundesgericht der Meinung, dass die Konzessionserteilung keine öffentliche Beschaffung darstellt²¹.

Im öffentlichen Beschaffungswesen ist auch der vorgängige Einbezug der Anbieter ein gewichtiges Problem. Aus technischen Gründen ist es für einen Auftraggeber oft schwierig, seine Bedürfnisse ohne Beratung durch Fachleute zu definieren. Dürfen sich die hierzu konsultierten Unternehmen danach an der Ausschreibung beteiligen? Das Gesetz gibt keine schlüssige Antwort auf diese Frage²².

¹⁷ siehe dazu Schaller, Olivier, 2001.

¹⁸ PVK, 2000: Evaluation: „Wie offen ist der Schweizer Binnenmarkt?“ Der Schlussbericht (15 Seiten) ist auf Internet verfügbar (<http://www.parlament.ch>). Der Arbeitsbericht (100 Seiten) kann beim PVK-Sekretariat, Parlamentsdienste, 3003 Bern, bestellt werden. Siehe dazu auch Zogg, Serge, 2001.

¹⁹ Vgl. Entscheid des Waadtländer Verwaltungsgerichts vom 2. Juli 1999 (<http://www.marches-publics.vd.ch>). Ein Kommentar zu diesem Entscheid findet sich bei: Bovet, Christian, 2000, in: „droit de la construction“, 2000/2, S. 62.

²⁰ Empfehlungen der Weko, in: RPW, 1999/2 S. 260 ff. und 308 ff. Vgl. auch: Schaller, Olivier, 2001.

²¹ BGE 125 I 209.

²² Vgl. dazu BRK-Entscheid 014/1998 vom 31.9.1999 (Kommentar in BR 4/99 S. 139) und die Entscheide des Aargauer Verwaltungsgerichts vom 16.7.1998 (Kommentar in BR 4/98 S. 129) und vom 3.11.1997 (Kommentar in BR 2/99, S. 56).

Zuweilen erfährt der betroffene Markt zwischen Ausschreibung und Auftragsvergabe Änderungen, zum Beispiel infolge der Konjunktorentwicklung oder des technischen Fortschritts. Dies kann etwa beim Bau eines Spitals, bei der Einrichtung eines Labors oder beim Kauf eines Informatiksystems geschehen. Ist es zulässig, das laufende Projekt entsprechend abzuändern? Darf man Ausschreibungen neu formulieren oder ergänzen, sofern die Gleichbehandlung gewährleistet ist? Die heutige Gesetzgebung engt den Spielraum der Auftraggeber eher ein.

Wird ein Auftrag durch mehrere öffentliche Körperschaften vergeben (z.B. mehrere Kantone oder mehrere Kantone und der Bund) stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht²³.

Insgesamt lässt sich das Recht über das öffentliche Beschaffungswesen leichter auf standardisierte öffentliche Beschaffungen anwenden, die oft anfallen. Bei sehr technischen und hochspezialisierten Aufträgen oder solchen, die zusammen mit Kantonen oder Privatunternehmen vergeben werden, ist seine Anwendung wesentlich schwieriger, wenn nicht gar unmöglich. Die rasante technische Entwicklung und die zunehmende Komplexität der gewünschten Leistungen stellen die Auftraggeber vor Probleme, die mit der jetzigen Gesetzgebung nicht zu lösen sind.

2.6 Rechtsschutz

2.6.1 Rechtsmittel

Die grosse Neuheit im schweizerischen Recht über das öffentliche Beschaffungswesen, die durch die Ratifizierung des GPA auch international verankert wurde, besteht zweifelsohne in der Einführung der Beschwerdemöglichkeit gegen Entscheide der Auftraggeber. Dadurch sollen diese zur Beachtung der Gesetzgebung bewogen werden. Die Schwierigkeit bei der Einführung dieses Rechtsmittels besteht darin, es glaubwürdig und wirksam zu gestalten, ohne allzu hohe Kosten und grosse Verspätungen im Vergabeverfahren zu riskieren.

Auf Bundesebene sieht Artikel 27 BoeB nur eine Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK)²⁴ vor, die abschliessend entscheidet. Der Rechtsschutz beschränkt sich dabei auf die dem BoeB unterstehenden öffentlichen Beschaffungen. Für die anderen vom Bund vergebenen Aufträge (unterhalb der Schwellenwerte, Aufträge für die SBB oder die NEAT), die nur durch die VoEB geregelt werden, gibt es noch keine Rechtsmittel²⁵. Auf Kantonsebene kommen zwei Gruppen von Regeln zur Anwendung: die Bestimmungen zum BGBM

²³ Der Bund und die Kantone sind sich des Problems bewusst, das sich durch die Uneinheitlichkeit des Rechts bei einer Beschaffung stellt, an der mehrere jeweils anderen Regelungen unterstellte Auftraggeber beteiligt sind. Daher wurde in der revVoeB und der revIVöB eine Bestimmung aufgenommen, die es erlaubt, bei einer gemeinsamen Vergabe durch den Bund und Kantone das anwendbare Recht zu bestimmen und von der einen oder anderen Gesetzgebung abzuweichen. Zur Anwendung kommt dasjenige Recht, dem der Auftraggeber mit dem grössten Anteil am Auftragswert untersteht. Die neue Regel löst das Problem nur für öffentliche Aufträge, die von Auftraggebern des Bundes und der Kantone zusammen vergeben werden, nicht aber das Problem der gemeinsamen Vergaben von öffentlichen Gemeinwesen und privaten Unternehmen.

²⁴ S. Ziff. 3.1, S. 17 zur BRK.

²⁵ Für die Sektoren, die neuerdings gemäss bilateralem Abkommen den WTO Normen unterstehen, stehen ab Inkrafttreten des Abkommens Rechtsmittel zur Verfügung.

und diejenigen zur IVöB (mit den entsprechenden Richtlinien und Regelung). Im Allgemeinen ist die gleiche kantonale Gerichtsbarkeit (d.h. die kantonalen Verwaltungsgerichte) für Beschwerden im Zusammenhang mit Vergabeverfahren zuständig, ob es nun um das BGBM oder die IVöB geht. In beiden Fällen steht auch die staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht offen.

2.6.2 Widersprüchliche Rechtsprechung

Die Normendichte im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens und die verschiedenen für die Schlichtung in Streitfällen vorgesehenen Organe erzeugen eine heterogene Rechtsprechung. Die Entscheide der BRK, des BG und kantonalen Verwaltungsgerichte differieren denn auch in vielen Punkten. Die vorgängige Veröffentlichung der Kriterien gewichtung ist wiederum das beste Beispiel dafür. Während die BRK die Veröffentlichung bei der Ausschreibung als unerlässlich erachtet, ist sie nach Ansicht des Bundesgerichts nicht unbedingt erforderlich. Die Auslegungen der kantonalen Verwaltungsgerichte variieren und liegen irgendwo dazwischen. Ähnlich stellt sich das Problem in Bezug auf die Aufhebung eines Entscheids bei Verfahrensfehlern. In einem solchen Fall hebt die BRK den Entscheid immer auf. Gemäss der neueren Rechtsprechung verfügen die kantonalen Verwaltungsgerichte dies nicht automatisch, wenn der Fehler keinen Einfluss auf die Vergabe hatte und der Wettbewerb dadurch nicht verfälscht wurde. Die BRK und das freiburgische Verwaltungsgericht gehen davon aus, dass sie berechtigt sind, einen auf Grund eines unzulässigen Entscheids geschlossenen Vertrag als nichtig zu erklären, während die zuständige luzernische Gerichtsbehörde eine diametral entgegengesetzte Position vertritt.

In den Gesprächen mit den Experten²⁶ hat sich gezeigt, dass die kantonalen Instanzen, die in einem lokalen Umfeld agieren, eher zu pragmatischen Lösungen neigen, die BRK hingegen eine formellere Auslegung betreibt, da sie keinem lokalen Druck ausgesetzt ist.

Die durch Widersprüche zwischen BRK- und Bundesgerichtsentscheiden verursachte Rechtsunsicherheit wiegt nach Ansicht der befragten Experten schwerer als die Widersprüche zwischen den Entscheiden der BRK und denjenigen der kantonalen Verwaltungsgerichte oder zwischen kantonalen Entscheiden. Die Unterschiede in den Urteilen der Kantonsgerichte seien im Übrigen eher der fehlenden Einheitlichkeit der kantonalen Vollzugsgesetzgebungen zur IVöB zuzuschreiben als einer wirklich anderen Auslegung. Mehrere Fachleute betonen, dass man die unterschiedliche Rechtsprechung angesichts der vorherrschenden Gemeinsamkeiten in der Interpretation durch die Gerichtsbehörden nicht überbewerten sollte. Unter dem Gesichtspunkt der Transparenz ist die unterschiedliche Rechtsauslegung dennoch recht bedenklich: sie erschwert der Öffentlichkeit das Verständnis und den Betroffenen die Akzeptanz der Entscheide, schafft Rechtsunsicherheit und beeinträchtigt schliesslich die Glaubwürdigkeit der Rechtsmittel selbst.

²⁶ Vgl. Expertenliste S. 44.

2.6.3 Dauer und Anzahl der Beschwerden

Auf Bundesebene dauert ein Beschwerdeverfahren bei der BRK durchschnittlich drei Monate, mit dem Vorteil, dass der Entscheid unmittelbar Rechtskraft erhält. In den Kantonen brauchen die Verfahren bei den angerufenen Verwaltungsgerichten mehr Zeit, d.h. im Durchschnitt etwa viereinhalb Monate. Für die Behandlung einer staatsrechtlichen Beschwerde beim Bundesgericht ist mit fünf Monaten zu rechnen. Auf kantonaler Ebene gibt es bis zu drei Instanzen. In Freiburg zum Beispiel (Vergabe durch die Gemeinde) oder in Bern (öffentliche Aufträge unter einem Schwellenwert) sind die folgenden Beschwerdestellen zuständig: Regierungsstatthalter, Verwaltungsgericht und Bundesgericht. Im Vergleich zu andern europäischen Staaten ist das Verfahren in der Schweiz langwierig. In den Niederlanden wird in der Regel ein erstinstanzlicher Entscheid innerhalb von drei Wochen gefällt. Das deutsche Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen schreibt vor, dass der Schlussentscheid in der ersten Instanz grundsätzlich innerhalb von fünf Wochen gefällt und begründet werden muss²⁷.

Die BRK behandelt durchschnittlich etwa zwanzig Beschwerden im Jahr. Bei den kantonalen Verwaltungsgerichten variiert die Anzahl stark: von ein bis zwei Entscheidungen pro Jahr im Kanton Schaffhausen bis zu ungefähr zwanzig Fällen in Zürich oder Graubünden. Beim BG wird jährlich über sechs bis sieben staatsrechtlichen Beschwerden zum öffentlichen Beschaffungswesen entschieden. Die Experten sind sich jedenfalls einig: die von den Bundes- und Kantonsbehörden befürchtete Beschwerdelawine ist nicht eingetreten. Die wenigen Beschwerden betreffen meistens wichtige Punkte, die es zu klären galt, was bei der Einführung eines neuen Rechts üblich ist.

2.6.4 Allgemeine Würdigung unter dem Aspekt der Rechtsmittel

Da das Beschwerderecht dem Willen des Gesetzgebers entsprechend so gestaltet wurde, dass die Folgen eines Einspruchs gegen Entscheide der öffentlichen Auftraggeber begrenzt bleiben, sind die Anbieter wenig geneigt, es geltend zu machen. Weitere Faktoren lassen die Unternehmen zögern, sich gegen Entscheide der auftraggebenden Behörden zu wehren:

- Die im Erfolgsfall zu erwartenden Gewinne stehen in keinem Verhältnis zu den Verfahrenskosten. Die Chancen eines Unternehmens, eine beträchtliche Entschädigung zu erhalten, sind minim. In den meisten Fällen geht es um Fr. 2'000 bis 3'000.
- Auch die Auswirkungen einer Beschwerde auf bereits geschlossene Verträge werden durch die Gesetzgebung eingeschränkt. Einzig die Frage der aufschie-

²⁷ Gauch, Peter, 1999, S. 67.

benden Wirkung²⁸ hat tatsächlich eine praktische Bedeutung. Entsprechend empfehlen die Rechtsberater ihren Kunden oft, die Angelegenheit nicht weiterzuverfolgen, wenn diese aufschiebende Wirkung verweigert wird.

- Die Anbieter fürchten zudem, den Auftraggeber durch eine Beschwerde gegen sich aufzubringen²⁹ und bei der nächsten Vergabe Vergeltungsmassnahmen zu erleiden.
- In der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen ist ein Beschwerderecht für Vereinigungen oder Aufsichtsorgane (BRK, Weko, usw.), welches die Probleme der Kosten und Risiken des Verfahrens sowie der Angst vor Retorsionsmassnahmen mildern könnte, nicht vorgesehen.
- Die Komplexität der Rechtslage übersteigt die Kenntnisse von Unternehmen, vor allem von mittleren Unternehmen mit beschränkten finanziellen Mitteln, die auf eine Rechtsberatung verzichten und im Streitfall aufgeben.

Die Wirksamkeit der Rechtsmittel, deren Präventionseffekt der eigentliche Motor für den korrekten Vollzug des Rechts über das öffentliche Beschaffungswesen ist, wird also durch eine ganze Reihe struktureller Faktoren geschwächt. Die bereits geringe Anzahl von Beschwerden dürfte in Zukunft weiter zurückgehen, nicht zuletzt weil sich die Auftraggeber im öffentlichen Ausschreibungsrecht zunehmend besser auskennen.

²⁸ Im Beschwerdeverfahren des öffentlichen Beschaffungswesens hat die Beschwerde nicht automatisch aufschiebende Wirkung. Mit anderen Worten wird das Vergabeverfahren nicht zwingend unterbrochen, wenn gegen eine Entscheidung der auftraggebenden Behörde Beschwerde erhoben wird. Gemäss Artikel 28 Abs. 2 BoeB kann die Rekurskommission die aufschiebende Wirkung auf Gesuch hin erteilen. Über die Beurteilungskriterien eines solchen Gesuches sagt das Gesetz nichts aus. Nach der BRK müssen hier die einschlägigen Interessen, d.h. jene des Auftraggebers, des Anbieters und Dritter abgewogen werden. Ferner weist die BRK darauf hin, dass gemäss Artikel 28 BoeB von Fall zu Fall beurteilt werden muss, ob aufschiebende Wirkung erteilt werden kann. Das Gesetz hält nicht fest, dass die aufschiebende Wirkung nur ausnahmsweise zu gewähren sei. (vgl. BRK-Beschlüsse vom 26.3.1997 und vom 6.2.1998). Auch in der IVöB wird die automatische aufschiebende Wirkung der Beschwerde ausgeschlossen (Art. 17 IVöB). Die diesbezügliche Rechtsprechungspraxis der Kantonsgerichte entspricht derjenigen der BRK. Bei ihren Nachforschungen hat die PVK jedoch festgestellt, dass die BRK öfter eine aufschiebende Wirkung zugesteht als die kantonalen Verwaltungsgerichte.

²⁹ Seco, Balastèr, Peter, 2001, S. 13.

3 Akteure der Umsetzung

Das öffentliche Beschaffungswesen betrifft drei Hauptgruppen von Akteuren: die Bundes- und Kantonsorgane, die den Vollzug der Gesetzgebung koordinieren und überwachen, die Beschaffungsstellen, die Aufträge vergeben und die Unternehmen, die ihre Dienste anbieten.

Im Kapitel 3 liegt der Schwerpunkt auf den Bundes- und Kantonsorganen, die für die Anwendung der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen und die entsprechenden Kontrollen verantwortlich sind. Wie gehen sie vor? Wie wird die Kontrolle ausgeübt? Wie funktioniert die Koordination zwischen internationaler, Bundes- und Kantonebene?

3.1 Bundesorgane

Das *seco* gibt die gedruckte Fassung des **Schweizerischen Handelsamtsblatts** (SHAB) heraus, das einzige Amtsblatt für die Veröffentlichung von Ausschreibungen. Darin werden alle öffentlichen Ausschreibungen und die Vergabeentscheide der Auftraggeber des Bundes, sowie einzelne Ausschreibungen der Kantone, der Gemeinden und anderer öffentlicher Auftraggeber publiziert. Das SHAB hat ungefähr 60'000 Leser. Eine Verbesserung der Informationsbeschaffung und des Informationsflusses ist durch die Modernisierung, das baldige Erscheinen auf Internet sowie die Beteiligung am Projekt *simap.ch*³⁰ zu erwarten. Das SHAB wird weiterhin als Koordinations- und Publikationsorgan sowie als Informationsgrundlage dienen. Den bilateralen Abkommen entsprechend wird die elektronische Datenbank zum öffentlichen Beschaffungswesen mit dem europäischen System kompatibel sein. In der EU erscheint die Beilage zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften seit Juli 1998 in elektronischer Form. Die TED Datenbank kann gratis auf Internet abgefragt werden: www.simap.eu.int/ und ted.europa.eu.int/.

Die Aufgabe des **Bundesamts für Bauten und Logistik (BBL)** besteht hauptsächlich darin, die zivilen Bauten des Bundes zu bewirtschaften und zu unterhalten (Immobilienbewirtschaftung, Projekt- und Werkleitung), die logistische Unterstützung zu verbessern und Güter und Dienstleistungen zu kaufen. Das BBL hat auch einige wichtige Funktionen im öffentlichen Beschaffungswesen: Koordination der Informationen, Beteiligung an der Erarbeitung und anschließende Anwendung von Empfehlungen, Auftragsvergabe. Hingegen darf es bei einer öffentlichen Ausschreibung nicht wie ein Privatunternehmen seine Dienste anbieten. So hat das BBL zum Beispiel einem privaten Anbieter die Entwicklung und Herstellung des Schweizer Passes abgekauft³¹.

Der **Abteilung „Einkauf“ des BBL** obliegt der Kauf ziviler Güter, vor allem in den Bereichen Informatik, Publikationen und Büroeinrichtungen³². Durch den zentralisierten Einkauf werden öffentliche Gelder gespart und die Korruptionsgefahr vermindert. Innerhalb der Abteilung wurde ein **Kompetenzzentrum öffentliches Beschaffungswesen** gebildet, um die Beschaffungskommission zu verstärken, operationelle Fragen im Be-

³⁰ Website über das öffentliche Beschaffungswesen, über das ein Zugang zu sämtlichen öffentlichen Ausschreibungen der Schweiz möglich sein wird. Vgl. S. 32.

³¹ Das BBL übernimmt nur die Personalisierung und die Ausstellung der Pässe. Einfache Anfrage 01.5114 vom 24.09.2001 von Nationalrat Triponez an den Bundesrat.

³² Die Abteilung "Projektmanagement" beschäftigt sich mit der Vergabe von Aufträgen im Baubereich.

reich Logistik zu behandeln und die Koordination zwischen Bundesämtern zu verbessern. Das Zentrum kümmert sich auch um die Weiterbildung der Auftraggeber und stellt Benutzerhandbücher bereit.

Die **Beschaffungskommission des Bundes (BKB)** und ihr Sekretariat, die Anfang 2001³³ vom EFD ins BBL transferiert wurden, sorgen für die Koordination der öffentlichen Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen. Sie formulieren Empfehlungen zur Entwicklung des öffentlichen Beschaffungswesens und der Vergabesysteme, erarbeiten Muster-Verträge, koordinieren die Tätigkeit der Beschaffungseinheiten und erarbeiten gewisse Gesetzesvorlagen zum öffentlichen Beschaffungswesen (Revision BoeB und VoeB). Ausserdem obliegt der Kommission bei Fragen im Zusammenhang mit internationalen Abkommen die Koordination mit dem BBL und dem seco. Die BKB vergibt selber allerdings keine Aufträge und spielt auch keine Rolle als Schlichtungs- oder Schiedsorgan (Art. 67 VoeB). Im September 2001 ging sie im Rahmen des Internetprojekts simap.ch eine Partnerschaft mit den Kantonen ein.

Die **Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB)** ist für die Zusammenarbeit und den Gedankenaustausch im Bauwesen besorgt und unterstützt die Harmonisierungsbemühungen im öffentlichen Beschaffungswesen (Art. 65 VoeB). Sie hat im Hinblick auf die Einsparung von Ressourcen und die Qualitätsverbesserung die Interessen ihrer Mitglieder als Bauherrschaft zu vertreten (Art. 13 VILB). Die KBOB verfügt über vier Arbeitsgruppen, wovon eine sich speziell mit öffentlichen Bauaufträgen beschäftigt. Im Bauwesen hat sie eigentlich dieselben Kompetenzen wie die Beschaffungskommission. Dennoch werden KBOB und BKB beibehalten, weil sich die Problemstellungen in ihren jeweiligen Tätigkeitsbereichen ziemlich stark unterscheiden. In einem Bericht wurden die potenziellen Synergien zwischen den Bereichen Bauten einerseits und Güter und Dienstleistungen andererseits geprüft. Dabei stellte sich heraus, dass es nur wenige Gemeinsamkeiten gibt und die beiden Bereiche daher getrennt bleiben sollten. Die BKB und die KBOB führen regelmässig Gespräche über Themen wie Korruption oder elektronische Ausschreibung. Von der KBOB wurden Empfehlungen über Dienstleistungen im Sicherheitsbereich und über die Berechnung der Teuerung im Bauwesen veröffentlicht. Zudem erarbeitete sie ein neues Konzept zur Weiterbildung, untersuchte Fragen im Zusammenhang mit Verhaltenskodex und Verhinderung von Korruption. Auch hat sie im Oktober 2001 entschieden, sich am Internetprojekt simap.ch zu beteiligen.

Die internen Kontrollorgane der Verwaltungseinheiten und Bundesbetriebe sorgen für die Einhaltung der Gesetze. Als externe Revisionsinstanz überprüft die **Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK)**, ob die Ausgaben im öffentlichen Beschaffungswesen auf genügenden gesetzlichen Grundlagen beruhen und ob die Gesetzgebung richtig angewendet wird. Für diese Verwaltungskontrolle führt die EFK stichprobenmässige Kontrollen durch. Die Bewertungen sind nicht alle gleich umfassend und vertieft; sie reichen von detaillierten Analysen der Gesetzmässigkeit eines Verfahrens bis zur horizontalen Prüfung gewisser Aspekte mehrerer Ausschreibungen. Mindestens einmal jährlich überprüft die EFK zudem die Preise grösserer Aufträge, die nicht unter Wettbewerbsbedingungen vergeben wurden. Oft wird danach der vom Auftraggeber bezahlte Preis korrigiert³⁴. Die EFK stellt fest, dass die Gesetzgebung nur langsam umgesetzt wird und vor allem bei Dienstleistungen häufig immer noch freihändige Verfahren durchgeführt werden, selbst

³³ Demzufolge ist der Direktor des BBL sowohl Präsident der BKB als auch der KBOB. Die Sekretariate der BKB und der KBOB sind innerhalb des BBL vereint.

³⁴ Eine Untersuchung über die Preise eines Simulators für das VBS hat im Jahre 1998 zu einer Preisreduktion von Sfr. 650'000 geführt.

wenn ein Wettbewerbsverfahren vorgeschrieben ist. Vielfach werden unnötige Zuschlagskriterien festgelegt, was den Wettbewerb zusätzlich einschränkt.

Für die Vergabe öffentlicher Aufträge durch den Bund sieht Artikel 27 BoeB eine Beschwerdemöglichkeit bei der **Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK)** vor, die abschliessend urteilt. Die BRK besteht aus einem ständigen Präsidenten³⁵ und sechs nicht ständigen Richtern: drei Juristen, ein Informatiker, ein Architekt und ein Ingenieur. Diese Ämter werden ausgeschrieben. Das EFD schlägt Kandidaten vor, die dann vom Bundesrat ernannt werden. Dieses Verfahren wurde unter anderem von Peter Gauch scharf kritisiert³⁶. Aus der Sicht der Gewaltentrennung scheint es in der Tat nicht sehr logisch zu sein, die Ernennung von Richtern, die Verwaltungsentscheide zu prüfen haben, durch die Exekutive ernennen zu lassen. Eine Wahl durch das Parlament wäre angemessener. Die BRK fällt 15 bis 25 Entscheide pro Jahr. Es ist schwer zu sagen, warum auf Bundesebene so selten Beschwerde eingelegt wird, dauert doch auch bei komplexen Fällen das Verfahren, mit aufschiebender Wirkung, nur drei Monate.

Die **Eidgenössische Wettbewerbskommission (Weko)** spielt, zusammen mit ihrem Sekretariat, auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens die Rolle der Wettbewerbschützerin. Bisher sind ihre Aufgaben nicht direkt in der Vollzugsgesetzgebung zum GPA definiert, sondern im BGBM und im KG³⁷. Die Weko ist befugt, in Bezug auf Marktzutritt und Wettbewerb Empfehlungen und Stellungnahmen zuhanden der politischen Behörden und der Gerichtsbarkeit abzugeben. Diese sind allerdings nicht gezwungen, ihre Dienste in Anspruch zu nehmen. Die Empfehlungen und Stellungnahmen sind zudem nicht verbindlich. Das Sekretariat und die Weko stellen fest, dass die gerichtlichen Behörden die Kommission praktisch nie konsultieren und die Kantone ihr nur selten ihre Gesetzesentwürfe unterbreiten. Solange die Kantone nicht dazu verpflichtet sind, bleibt der Weko nichts anderes übrig, als die Nadel im Heuhaufen zu suchen.

Wenn die Weko auf Grund der Arbeit ihres Sekretariats einen Verstoß gegen das KG entdeckt, beschliesst sie Massnahmen, die sich direkt an die Verursacher der Wettbewerbsbeschränkung richten. So hat sie gemäss Artikel 27 KG eine Untersuchung eröffnet, um die Angebote von vier bernischen Unternehmen zu prüfen, die sich für die Sanierungsarbeiten der Schweizerischen Landesbibliothek beworben hatten. Die Weko vermutet eine unzulässige Absprache, denn die Preise aller betroffenen Angebote überschreiten die vorgesehenen Kosten um mehr als 100%. Alle Angebote liegen zudem in einer sehr kleinen Bandbreite. Weitere ähnliche Fälle sind noch hängig; man wartet, bis durch den Musterentscheid Recht gesetzt wird³⁸.

Die revVoeB wird der Weko sehr bald eine spezifische Aufgabe im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens zuweisen: Bei der Anwendung der Ausklinkklausel wird die

³⁵ Der Präsident der BRK, André Moser, widmet ungefähr ein Viertel seiner Zeit dem öffentlichen Beschaffungswesen.

³⁶ Gauch, Peter, 1999, S. 64.

³⁷ Für Einzelheiten zur Problematik des KG und der Weko s. PVK, 2000: "Das Kartellrecht: Standortbestimmung" auf Internet <http://www.Parlament.ch> (Kommissionen).

³⁸ Bei den Ausschreibungen besteht das Problem darin, dass unzulässige Absprachen für eine bestimmte Ausschreibung getroffen werden. Auch wenn eine solche Absprache von der Weko verboten wird, hindert es die Anbieter nicht daran, für eine andere Ausschreibung erneut ein Kartell zu bilden, ohne Folgen befürchten zu müssen. Es handelt sich in diesem Fall nicht um einen Verstoß gegen einen Weko-Entscheid, sondern um eine neue Absprache, die wiederum einen Entscheid erfordert und nicht direkt bestraft werden kann. Die Lage in diesem Bereich behindert die Wettbewerbsbehörden in ihren Bemühungen und macht den Kampf gegen Kartelle zu einer Sisypusarbeit.

WEKO durch das UVEK über die Wettbewerbssituation im betreffenden Markt konsultiert werden müssen.

Das Sekretariat der Weko befürwortet eine Verdeutlichung der Grundsätze des BGBM, die für eine eindeutige Auslegung zu allgemein formuliert sind. Es sieht die Notwendigkeit einer wenn nicht identischen, so doch einheitlichen Rechtsprechung. Ausserdem wäre es seiner Meinung nach angezeigt, der Weko in der KBBK eine beratende Stimme zu geben.

Die **Kommission Beschaffungswesen Bund / Kantone (KBBK)** ist eine ausserparlamentarische Kommission, die auf Grund von Beschlüssen des Bundesrats und der Konferenz der Kantonsregierungen gebildet wurde³⁹. Sie sorgt dafür, dass die internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens eingehalten und auf allen staatlichen Ebenen kohärent umgesetzt werden. Zu diesem Zweck fördert sie den Gedankenaustausch zwischen den Vertretern des Bundes und der Kantone. Gegebenenfalls gibt sie Empfehlungen für die Umsetzung internationaler Verpflichtungen, die jedoch nicht verbindlich sind. Sie erarbeitet auch die Schweizer Position in internationalen Gremien und berät die Schweizer Delegationen bei internationalen Verhandlungen.

Anfang 2001 beendete die KBBK einen Bericht über die Auswirkungen der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz⁴⁰. Sie begrüsst darin die Bemühungen um eine Harmonisierung der kantonalen Regelungen, stellt aber dennoch fest, dass eine Annäherung der Systeme von Bund und Kantonen geprüft werden sollte.

Nach Artikel 2^{ter} VoeB soll die KBBK auch die Aufsicht über den Vollzug des bilateralen Abkommens ausüben. Sie wird in Streitfällen bei der Umsetzung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz eine Berater- und Mittlerfunktion wahrnehmen. Anbieter und ausländische Behörden werden sich bei ihr beklagen können. Die KBBK wird ihrerseits die Möglichkeit haben, der übergeordneten Behörde Verstösse gegen internationale Verpflichtungen zu melden, falls ihre Vermittlungsversuche erfolglos bleiben und keine Beschwerde eingelegt wird. Diese administrative Klage, die im Übrigen von der Behörde abgewiesen werden kann, darf nicht mit einer Beschwerde verwechselt werden, die vor einer Gerichtsbehörde gegen den Entscheid eines Auftraggebers eingereicht wird. Durch die genannte Bestimmung wird also die KBBK ermächtigt, als „ultima ratio“ eine Beschwerde einzulegen, ohne dass damit eine parallele Berufungsbehörde geschaffen wird.

3.2 Organe in den Kantonen

Die Mitglieder der **Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK)** vertreten die zuständige interkantonale Behörde (Art. 4 IVöB) in Fragen des öffentlichen Beschaffungswesens. Sie sind befugt, die interkantonale Vereinbarung zu ändern, Regeln für die Vergabeverfahren zu erlassen, die Schwellenwerte anzupassen, den Vollzug der IVöB zu überwachen und ein Reglement zu verabschieden, das die Organisations- und Verfahrensmodalitäten festlegt. Die BPUK hat die IVöB durch Vollzugsrichtlinien und (unverbindliche) Empfehlungen ergänzt. In ihrem Rahmen wurden auch Diskussionen über die Erarbeitung einer neuen IVöB geführt, die ihr

³⁹ Bundesratsbeschlüsse vom 4.12.1995 und 3.4.1996, Entscheid der Konferenz der Kantonsregierungen vom 2.9.1996.

⁴⁰ KBBK, 2001.

mehr Kompetenzen verleihen soll. Sie wird namentlich gewisse Anbieter von den Bestimmungen der IVöB ausnehmen, ein Kontrollorgan bestimmen, im Rahmen der internationalen Abkommen als Kontaktorgan fungieren und kantonale Vertreter in nationale und internationale Kommissionen delegieren können. Die BPUK dient ausserdem als Informations- und Beratungsstelle für die Kantone. Sie erwägt den Vorschlag, ihre Richtlinien als verbindlich erklären zu lassen. Zu bemerken ist dabei, dass heute eine einzige Person, Dr. Ganz, Anwalt, im Auftragsverhältnis als Sekretär der BPUK tätig ist.

Schliesslich ist festzuhalten, dass es in den Kantonen für das öffentliche Beschaffungswesen keine einheitliche Verwaltungskontrolle gibt. Im Allgemeinen überprüfen und koordinieren die für diesen Bereich zuständigen Departemente oder Sektionen den Gesetzesvollzug. Dabei werden Stichprobenkontrollen durchgeführt oder einzelne Ausschreibungen gutgeheissen. Die Hauptkontrolle besteht demnach in der Möglichkeit, beim Verwaltungsgericht Beschwerde zu erheben. Patrick Vallat, Delegierter für das öffentliche Beschaffungswesen im Kanton Genf, hat vorgeschlagen, die Kantone sollten im Hinblick auf die Realisierung des Projekts simap.ch neue Strukturen, zum Beispiel „Kompetenzzentren“ schaffen. Diese könnten für die Verwaltungskontrolle sorgen, wenn man ihnen die entsprechende Befugnis erteilt und die erforderlichen Mittel gibt.

3.3 Schlussfolgerung zu den Akteuren der Umsetzung

Die Aufsicht über den Rechtsvollzug im öffentlichen Beschaffungswesen obliegt zahlreichen Bundes- und (inter)kantonalen Organen. Die KBBK und einige der befragten Experten meinen, die Vielzahl der beteiligten Organe erfordere eine noch bessere Koordination. Bisher wird ihre Tätigkeit von keiner gemeinsamen Richtlinie geleitet und keines von ihnen hat in Fragen der öffentlichen Beschaffungen eine Führungsrolle übernommen. Mit Ausnahme der Weko (die über das Kartellrecht gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen kann), haben keine der betroffenen Organe die Möglichkeit, im Zusammenhang mit der Umsetzung des Rechts über das öffentliche Beschaffungswesen verbindliche Massnahmen zu ergreifen. Sie haben auch keinerlei Beschwerderecht bei Gerichtsbehörden.

Im Beschaffungswesen gibt es keine sektorielle Aufsichtsbehörde, welche eine ähnliche Rolle wie die Eidgenössische Kommunikationskommission oder die Eidgenössische Bankenkommission spielen würde. Die den Anbietern zur Verfügung stehenden Rechtsmittel sind also der einzige Anreiz zu einer korrekten Rechtsanwendung, wobei wie oben erwähnt, eine ganze Reihe strukturell bedingter Faktoren hemmend wirken, wie zum Beispiel das ungünstige Kosten-Nutzen-Verhältnis des Verfahrens oder die Furcht vor Vergeltungsmassnahmen.

4 **Wirtschaftliche Auswirkung der Gesetzgebung**

Die PVK macht in diesem Teil eine Bestandesaufnahme des – beim Bund sowie bei gewissen repräsentativen Kantonen⁴¹ - verfügbaren Datenmaterials, anhand dessen sich die wirtschaftlichen Auswirkungen der Öffnung im öffentlichen Beschaffungswesen feststellen lassen. Wie bereits von der PVK in der Projektskizze erwähnt, sind die Statistiken problematisch. Demzufolge ist es schwierig, diese Auswirkungen empirisch nachzuweisen. Gemäss Auftrag gibt die PVK dennoch eine Übersicht über einige wahrscheinliche Auswirkungen der Liberalisierung.

4.1 **Einführende Erläuterungen**

Dieser Abschnitt beantwortet folgende Fragen: Wie gross ist das Volumen der öffentlichen Aufträge? Welches sind die Zielsetzungen der Gesetzgebung? Gibt es Statistiken, welche die Zielerreichung messen könnten?

Das **öffentliche Beschaffungswesen** in der Schweiz umfasst die Vergabe von Aufträgen für Güter, Dienstleistungen und Bauprojekte, deren **Gesamtvolumen** 1997 auf 31 Milliarden Franken geschätzt wurde. Die mit öffentlichen Aufträgen zusammenhängenden Ausgaben entsprechen 13% der Gesamtausgaben des Bundes und 21% der Ausgaben der Kantone.

Auf das Bauwesen entfällt mehr als die Hälfte des Gesamtvolumens der öffentlichen Beschaffungen des Bundes und der Kantone. Dabei geht es insbesondere um Strassenbauwerke (Tunnels, Brücken) sowie um Tiefbauarbeiten. Bei den Dienstleistungen geht es vor allem um Beratung, technische Studien, Inspektionen sowie Informatik und Architektur (Stadt- und Landschaftsgestaltung). Nach Angaben des seco betreffen die öffentlichen Güteraufträge vor allem Informatikprodukte, Messinstrumente, Maschinen und technische Apparaturen, Fahrzeuge, Industriemaschinen, Landwirtschaftsprodukte, Metalle, Generatoren und Elektromotoren.

Die **vier Hauptzielsetzungen des Rechts über das öffentliche Beschaffungswesen** sind die Förderung der Transparenz, die Stärkung des Wettbewerbs, der sparsame Umgang mit öffentlichen Geldern und die Gleichbehandlung der Anbieter. Dies sind komplexe, heterogene und nicht hierarchisierte Ziele. Obwohl sie sich insgesamt ergänzen, sind Unvereinbarkeiten doch nicht zu vermeiden. Die sparsame Verwendung öffentlicher Gelder zum Beispiel legt Abgebotsrunden nahe, mit denen Preissenkungen erzielt werden können, die aber gleichzeitig schwer mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung zu vereinbaren sind. Es fällt nicht leicht, dieses Gesetzeswerk mit seinen vielfältigen Zielen als Ganzes zu bewerten. Dabei ist zu bemerken, dass der Gesetzgeber es unterlassen hat, weitere Ziele hinzuzufügen (Regionalpolitik, ausgeglichene Handelsbilanz, Technologietransfer).

Die durch das Recht über das öffentliche Beschaffungswesen vorgegebenen Ziele schaffen eine neue Beziehung zwischen öffentlichem und privatem Sektor. Früher wählten die Auftraggeber frei ein Unternehmen für die Ausführung ihres Auftrags aus. Jetzt müssen sie zuerst die zu erbringende Leistung beschreiben und objektive Kriterien festlegen, nach denen ausgewählt wird. Geisteshaltung und Vorgehen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge haben sich also geändert. Gleichwohl müssen die Auftraggeber trotz

⁴¹ Hier ist darauf hinzuweisen, dass die Gemeinden in diesem Bericht nicht behandelt werden.

festgelegter Ziele und Kriterien einen gewissen Spielraum haben, um besondere Stärken der jeweiligen Angebote beurteilen zu können. Ihre Kompetenz ist für die Wahl des besten Produkts ausschlaggebend.

Die folgenden Abschnitte, welche den Wirkungen der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens gewidmet sind, basieren auf **Statistiken von Bund und Kantonen**. Die Benutzung dieses Datenmaterials ist jedoch problematisch, denn die vorhandenen Daten sind nicht immer verifiziert und ihre Erhebung ist nicht koordiniert. Die Erstellung einer präzisen und objektiven Evaluation der Wirkung der Gesetzgebung wird durch diesen Mangel an verlässlichen Daten verunmöglicht. Die PVK hat versucht, das Datenmaterial zu ergänzen, indem sie insgesamt 17 Experten des öffentlichen Beschaffungswesens befragt hat. Dabei handelt es sich um Universitätsprofessoren, Anwälte, für den Gesetzgebungsvollzug verantwortliche Beamten sowie um Mitarbeiter von Beschaffungsstellen⁴².

Auf dieser Basis kann die PVK keine definitiven Schlüsse ziehen, sondern identifiziert lediglich einige Tendenzen. So sind in den nachfolgenden Abschnitten Indikatoren ausgearbeitet worden, die einen ersten Eindruck über die Zielerreichung vermitteln sollen. Bei Bereichen, zu denen es keine Daten gibt, weist die PVK zudem darauf hin, welche Erhebungen nötig wären, um die Auswirkungen der Gesetzgebung besser zu erfassen.

Es ist nicht möglich, eine präzise Bilanz der wirtschaftlichen Auswirkungen der Öffnung im öffentlichen Beschaffungswesen zu erstellen. Die PVK möchte jedoch mit ihrer Arbeit den Grundstein für eine zukünftige ökonomische Wirkungsanalyse legen. Sie hofft, damit eine Diskussion über die Zweckmässigkeit und das Kosten-Nutzen-Verhältnis von statistischen Erhebungen – die für zukünftige Studien der wirtschaftlichen Wirksamkeit notwendig sind - zu lancieren.

4.2 Ergebnisse: Öffentliche Beschaffungen des Bundes

Auf Bundesebene stützt die PVK ihre Untersuchung auf drei statistischen Reihen ab. Die erste wurde von der PVK selbst zusammengestellt und beruht auf Veröffentlichungen im SHAB von Januar 2000 bis Mai 2001. Sie berücksichtigt alle Ausschreibungen und die Eröffnungen von Entscheiden auf Bundesebene. Das Hauptproblem besteht darin, dass jede Ausschreibung gleich gewichtet wird. Ein Auftrag für 350'000 Franken zählt ebenso viel wie einer für 2,5 Millionen Franken, und zwar weil die Auftragswerte praktisch nie im SHAB veröffentlicht werden.

Der Erstellung der zweiten Reihe dienten die Statistiken, die der WTO im Rahmen der internationalen Verpflichtungen der Schweiz vom seco übermittelt werden. Sie umfasst die Ausschreibungen aller Bundesämter und die Auftragswerte nach Sektoren, Produktkategorien, Schwellenwerten und Produkteherkunft.

Die letzte Reihe schliesslich stammt aus der EFV und widerspiegelt die Finanzflüsse zwischen Beschaffungsstellen und Unternehmen. Sie misst den Wert der vom Bund beschafften Güter nach Herkunft und Produktkategorie. Oft sind die Reihen nicht über längere Zeit vergleichbar, da zum Beispiel die Zahlen der Post ab 1998 nicht mehr eingeschlossen sind.

⁴² Vgl. Expertenliste auf S. 44

Die Erfassung und die Berechnungsgrundlage dieser statistischen Reihen variieren stark. Ein Vergleich zwischen der Situation vor und jener nach der Anwendung der jüngsten Gesetzgebung erweist sich als unmöglich. Weil die zwei ersten statistischen Reihen auf Angaben zu den Ausschreibungen und Vergabeentscheiden beruhen, nicht aber auf Daten nach der Erfüllung der Aufträge oder Erreichung der Ziele, entsprechen die Statistiken nicht den realen Endkosten der öffentlichen Aufträge. Zudem fehlt eine systematische Erfassung der Kostenüberschreitungen.

Um diesen Daten mehr Relevanz zu verschaffen, verschickte die PVK den 13 wichtigsten Beschaffungsstellen des Bundes einen 32 Fragen umfassenden Fragenkatalog. Die Antworten zu dieser Umfrage⁴³ liefern Angaben über das Verhalten der Vergabestellen und über die Erreichung der Gesetzesziele, und sie stützen in den nachfolgenden Abschnitten die Überlegungen der PVK betreffend die Erreichung der in der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen formulierten Ziele.

4.2.1 Transparenz

Die Beachtung des Transparenzprinzips bedingt, dass das Vergabeverfahren für alle Akteure ersichtlich ist und ihnen alle nötigen Informationen zur Verfügung stehen. Transparenz beginnt mit der möglichst breiten **Veröffentlichung** der Ausschreibungen. Gemäss Artikel 8 VoeB müssen diese regelmässig im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert werden. Im Zeitraum Januar 2000 bis Mai 2001 hat der Bund insgesamt 344 Aufträge ausgeschrieben, davon 221 für Güter, 95 für Dienstleistungen und 28 für Bauten. Die Ausschreibungen der Gruppe Rüstung und des BAG erscheinen zusätzlich in Fachpublikationen, diejenigen der DEZA auf Internet sowie im Bulletin der OSEC. Bei gewissen Gütern, die nur von wenigen Unternehmen produziert werden (z.B. Hightech-Produkte), nehmen die Auftraggeber offenbar selber Kontakt mit allen potenziellen Anbietern auf (vor allem im Ausland), um den Wettbewerb zu verstärken und die Kosten zu senken. Bei standardisierten Gütern widerspricht diese Praxis aber dem Grundsatz der Gleichbehandlung, da es nicht möglich ist, alle betreffenden Unternehmen anzusprechen.

Die öffentlichen Auftraggeber in der Schweiz werden auf 5'550 geschätzt, wobei diejenigen der Gemeinden deutlich überwiegen. Beim **Bund** gibt es 103 **Beschaffungsstellen**, davon 34 im VBS, 18 im EDI (inkl. ETH), 12 im EFD, 11 im EJPD, 10 im UVEK, 9 im EVD, 5 im EDA und 4 in der Bundeskanzlei. Die wichtigsten Auftraggeber des Bundes sind das BBL, die GR, die Post, das seco, die DEZA und die ETHZ. Im genannten Zeitraum von 2000 bis Mai 2001 haben fast die Hälfte der Beschaffungsstellen keine Ausschreibungen im SHAB veröffentlicht. Hatten sie wirklich keine grösseren Aufträge zu vergeben? Sind sie sich über die Vorgehensweise noch nicht im Klaren? Wählen sie das falsche Verfahren? Oder weigern sie sich bewusst, ihre Ausschreibungen zu publizieren? Die interne Organisation der Beschaffungsstellen (zentralisiert oder dezentralisiert) kann dazu führen, dass Beschaffungen nicht öffentlich bekanntgegeben werden, obwohl das ordentliche Verfahren hätte befolgt werden müssen. Manchmal wissen die Auftraggeber nicht, dass Ausschreibungen im Versicherungswesen oder im Bereich der Darlehensfinanzierung veröffentlicht werden müssen. Umgekehrt haben zahlreiche Beschaffungsstellen bei Aufträgen unter den Schwellenwerten die Ausschreibungen publiziert. Es ist nicht auszuschliessen, dass die Auftraggeber Mittel und Wege suchen, um

⁴³ Vgl. Tabelle im Anhang 2.

nicht alle gesetzlichen Regeln über die Ausschreibung von Aufträgen über den Schwellenwerten befolgen zu müssen.

Für die **Vergabe von Bundesaufträgen** sind mehrere Verfahren vorgesehen⁴⁴. Die Beschaffungsstellen geben dem offenen Verfahren den Vorzug (77%), vor allem für den Einkauf von Gütern (84%). Nur die GR (78% der Ausschreibungen) und das BFE (79%, insbesondere im Rahmen des Programms "Energie 2000") wenden hauptsächlich das selektive Verfahren an. Berücksichtigt man alle Ausschreibungen, stehen das Einladungsverfahren⁴⁵ und das freihändige Verfahren im Vordergrund. Im Jahr 2000 vergab zum Beispiel das BAG 398 Aufträge nach diesen beiden Verfahren und nur 8 nach dem offenen oder dem selektiven Verfahren.

Zur Sprachenverwendung ist zu bemerken, dass das SHAB die Ausschreibungen im Allgemeinen in zwei Sprachen veröffentlicht oder, den WTO-Bestimmungen entsprechend, mit einer Zusammenfassung in einer der offiziellen Sprachen dieser Organisation (meistens französisch), wenn die Veröffentlichung nicht auf Französisch erfolgt. Die Angebote können auf Deutsch (87% der Fälle), Französisch (59%) oder Englisch (36%) gemacht werden. Bei Aufträgen für Güter- und Dienstleistungen werden sie oft nicht nur auf Deutsch, sondern zusätzlich auf Französisch (standardisierte Güter) oder Englisch (spezielle Güter und Dienstleistungen aus dem Ausland bei der DEZA und dem seco) unterbreitet. Die Vorherrschaft des Englischen in den technischen Bereichen widerspiegelt sich auch auf den Internetseiten von ETHZ, PSI und EMPA, wo es wohl eine englische Fassung, aber keine französische Übersetzung gibt.

Die **Ausbildung** der Auftraggeber und Anbieter in Bezug auf die im Vergabeverfahren zu beachtenden Regeln und Vorschriften ist von entscheidender Bedeutung. In diesem Sinn haben mehrere Ämter und Kantone praktische Anleitungen und Erläuterungen herausgegeben⁴⁶. Herbert Tichy, Sekretär der KBOB, bemerkt dazu, es sei nicht leicht, die erforderlichen Kenntnisse und das Fachwissen über das öffentliche Beschaffungswesen zu vermitteln, solange die Gesetzesgrundlagen und die Vollzugsreglemente nicht einheitlich sind.

Um die Transparenz von Ausschreibungen optimal beurteilen zu können, müssten zu folgenden Punkten Statistiken angelegt bzw. verbessert werden: Anzahl veröffentlichter Ausschreibungen im Vergleich zur Gesamtzahl der Ausschreibungen; Anzahl der Ausschreibungen unter und jener über den Schwellenwerten; angewandte Verfahren und benützte Sprachen.

4.2.2 Wettbewerb

Im zuvor abgeschotteten öffentlichen Beschaffungswesen führt der stärkere Wettbewerb zu einer Angleichung der vom öffentlichen Sektor bezahlten Preise (kurzfristiger "Preiseffekt"), zu einer Rationalisierung in der Produktion im Hinblick auf eine bessere Nutzung der Ressourcen (mittelfristiger "Wettbewerbseffekt") und, insbesondere in den von öffentlichen Aufträgen abhängigen Sektoren, zu einer Reorganisation der Produktionsstrukturen durch Allianzen, Joint Ventures, Fusionen und Aufkäufe (langfristiger "Re-

⁴⁴ Die Verfahren werden im Abschnitt 2.1 im Detail behandelt.

⁴⁵ Sonderverfahren, bei dem der Auftraggeber mindestens drei Angebote einholen muss (Art. 34 und 35 VoeB).

⁴⁶ Die Anleitungen des Bundes und der Westschweiz können sogar auf Internet eingesehen werden: www.admin.ch/beschaffung/ und www.marches-publics.vd.ch/Guide/guide_romand.pdf.

strukturierungseffekt⁴⁷). Die Gesetzgebung schafft lediglich einen für die drei genannten Effekte günstigen Rahmen. Der Umfang der privaten Nachfrage, die Marktstrukturen, die Art des Produkts und die Konjunktur beeinflussen dabei den Wettbewerb ebenfalls. In verschiedenen Bereichen kommen indessen die erwähnten Effekte zum Vorschein.

Die Stärke des Wettbewerbs lässt sich zum Beispiel an der Anzahl der **nach WTO-Regeln** und im offenen oder selektiven Verfahren erfolgten Ausschreibungen messen, die mehr Wettbewerb zulassen als das Einladungsverfahren und das freihändige Verfahren.

Neben der Wahl des Verfahrens und dem Öffnungsgrad des Marktes bestimmt auch die Höhe der **Schwellenwerte** das Ausmass an Transparenz und Wettbewerb der öffentlichen Auftragsvergabe. Zu hoch festgesetzte Schwellenwerte reduzieren die Anzahl von Aufträgen, die unter Wettbewerbsbedingungen vergeben werden, und behindern dadurch die Modernisierung der entsprechenden Marktstrukturen. Da sich die Unternehmen unter diesen Umständen mit denjenigen Aufträgen begnügen, deren Betrag unter dem Schwellenwert liegt, wird die für einen Wandel der Produktionsstrukturen erforderliche kritische Masse nicht erreicht. Aus den Statistiken des seco geht hervor, dass der Anteil öffentlicher Beschaffungen über den Schwellenwerten zwischen 1996 und 1999 von 28% auf 41% angestiegen ist. Mehrheitlich liegen die Beträge also immer noch darunter. In die Verfahrenskosten sollten im Übrigen auch die Verlängerung der Lieferfristen und die Kosten im Beschwerdefall einbezogen werden.

Die Stärkung des Wettbewerbs sollte sich eigentlich in einer **grösseren Anzahl von Anbietern** widerspiegeln. Über solche Zahlen wird nur selten informiert: von 179 im SHAB veröffentlichten Ausschreibungen wurden nur bei 22 entsprechende Angaben gemacht. Dabei wurden zwischen einem bis zu 20 Unternehmen gezählt, was einen Mittelwert von 7,2 Anbietern pro Ausschreibung ergibt. Die befragten Experten räumen ein, dass sich diese Zahl seit Inkrafttreten der neuen Gesetzgebung erhöht hat, aber eher weniger stark als erwartet,⁴⁸ was vor allem der geringen Beteiligung ausländischer Anbieter zuzuschreiben ist.

Die nationalen Gewohnheiten im öffentlichen Beschaffungswesen beeinflussen das Verhalten der Privatwirtschaft wesentlich. In der Schweiz beschränken sich die Unternehmen auf wenige Ausschreibungen, für welche sie einen relativ grossen Aufwand betreiben, um ihre Chancen zu erhöhen. Die Nichtzuteilung eines öffentlichen Auftrags wird als Misserfolg gewertet. In Frankreich hingegen beteiligen sich Unternehmen manchmal an bis zu zwanzig Ausschreibungen pro Monat und rechnen natürlich nicht damit, all diese Aufträge zu erhalten. Die mit den öffentlichen Beschaffungen zusammenhängende Unternehmenskultur in der Schweiz hat bisher noch keine optimale Stärkung des Wettbewerbs ausgelöst. Die Gewohnheiten in diesem Bereich stammen aus der Zeit der alten Gesetzgebung, als die öffentlichen Aufträge der Reihe nach an die regionalen Unternehmen vergeben wurden. Im neuen System halten die Menge der Gesetzesbestimmungen und die sich daraus ergebenden Widersprüche manche Unternehmen davon ab, auf Ausschreibungen einer staatlichen Ebene zu antworten, die einem Recht unterliegt, mit dem sie nicht vertraut sind.

Über die **Herkunft der Anbieter** lässt sich nichts sagen, denn es fehlen entsprechende Statistiken. In der EU sind die meisten Unternehmen, die an Ausschreibungen im Aus-

⁴⁷ European Commission, 1997, S. 3-4.

⁴⁸ Vielleicht ist dies der besseren Konjunkturlage zuzuschreiben.

land teilnehmen der Ansicht, diese seien kostspieliger als diejenigen auf dem heimischen Markt, vor allem weil das Marketing und die Vorbereitungsarbeiten mehr Aufwand verlangen⁴⁹.

Die **Herkunft der Gewinner** von Ausschreibungen ist schon eher statistisch erfasst. Sie stammen vor allem aus Zürich und den grossen Kantonen. Dabei ist zu beachten, dass der Herkunftsort nicht immer mit dem Hauptsitz der Unternehmen übereinstimmt. So haben sich zum Beispiel IBM und Siemens vom Kanton Zürich und Toyota vom Kanton Aargau aus beworben und Aufträge zugeteilt erhalten. Auch der wirtschaftliche Spin-off ergibt sich nicht unbedingt im betreffenden Kanton. Die Durchdringungsrate durch ausländische Unternehmen ist im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes nicht sehr hoch (zwischen 13% und 24% je nach Schwellenwerten und Produktkategorien); ausländische Firmen bewerben sich vor allem bei Güterbeschaffungen (Informatik, Holz, Maschinen, Material und Metalle). Diese Anteile ausländischer Mitbewerber sind im Vergleich zur Durchdringungsrate im gesamten Volkswirtschaftsbereich (40%) recht tief. Eine Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens dürfte zu einer erhöhten ausländischen Marktbeteiligung führen, ohne dadurch allerdings die Handelsbilanz aus dem Gleichgewicht zu bringen. Da nämlich diese Liberalisierung für alle WTO-Mitglieder gilt, gehören die Schweizer Unternehmen zu den grossen Nutzniessern und können ihre Exporte steigern.

Die **KMU** spielen in der Wirtschaft eine wichtige Rolle und brauchen einen transparenten Rechtsrahmen, um erfolgreich zu sein. Im Bundesrecht über das öffentliche Beschaffungswesen ist dieser Rahmen gegeben. Er soll gewährleisten, dass die öffentlichen Beschaffungsstellen die Zahlungstermine einhalten und keine übertriebenen Sicherheiten oder Qualifikationen fordern. Die Distanz zum Markt ist ebenfalls wichtig: für die KMU ist die Öffnung auf lokaler, regionaler und nationaler Ebene von Vorteil, während bei grenzüberschreitenden und internationalen Aufträgen vor allem grosse Unternehmen zum Zuge kommen. Dies wurde in der EU beobachtet und hängt mit dem Vorteil dieser Unternehmen in Bezug auf die Preise, die Dienstleistungen und die technischen Neuerungen zusammen.

In der Schweiz kann man nicht erfahren, ob sich die KMU regelmässig bewerben, ob sie den Zuschlag erhalten oder ob sie ständig von Gross- bzw. Generalunternehmen übertrumpft werden. Ein Mittel, um zu grösseren öffentlichen Aufträgen zu kommen, ist für sie der Zusammenschluss zu Bietergemeinschaften, die einen Auftrag als Arbeitsgemeinschaft von mindestens zwei Partnern (ARGE) annehmen und ausführen und zu diesem Zweck ein gemeinsames Angebot einreichen⁵⁰. Sie bilden eine einfache Gesellschaft (Artikel 530 OR), wobei eines der Unternehmen die volle Verantwortung übernimmt. Bietergemeinschaften werden in der Regel zugelassen, vor allem in Sektoren, in denen die Zusammenarbeit ein Grund für den Zuschlag sein kann, wie etwa im Bauwesen und im Dienstleistungsbereich. Bei vielen Auftragsvergaben für Bauten ist es vorteilhaft, wenigstens einen lokalen Partner zu haben, denn dies erhöht die Gewinnchancen. Für Güterbeschaffungen wird die Rechtsform der einfachen Gesellschaft hingegen meistens als unzweckmässig erachtet.

Um die Auswirkungen des verstärkten Wettbewerbs besser beurteilen zu können, wären Statistiken mit folgenden Daten von Nutzen: Anteil öffentlicher Ausschreibungen in den verschiedenen Wirtschaftsbereichen; Anzahl und Herkunft der mitbietenden

⁴⁹ European Commission, (Hrsg.), 1997, S. 22.

⁵⁰ Z.B. die Zusammenarbeit eines technisch spezialisierten Unternehmens mit einem Unternehmen, das den Ort der Leistungserbringung bestens kennt.

Unternehmen; die Herkunft der Gewinner; Anzahl der KMU und Bietergemeinschaften, die sich mitbeworben und den Zuschlag erhalten haben; Wettbewerbsentwicklung in den verschiedenen Wirtschaftsbereichen.

4.2.3 Gleichbehandlung

Die Gleichbehandlung durch den Auftraggeber muss mittels einer technischen Bewertung gewährleistet werden, bei der geprüft wird, ob die Anbieter fähig sind, den Auftrag zu erfüllen und welche Vorteile ihre Angebote aufweisen. Der Auftraggeber kann dabei Nachweise zur finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit verlangen (Artikel 9 Absatz 1 BoeB). Er definiert genaue und vollständige **Eignungskriterien**, die bei der Ausschreibung veröffentlicht werden. Es muss sich um Anforderungen handeln, die für die Fähigkeit eines Anbieters zur Erfüllung des Auftrags entscheidend sind. Sie werden für jede Ausschreibung einzeln festgelegt. Normalerweise wird ein Auftraggeber materielle Nachweise wünschen, wie Referenzen, Bankgarantien, Qualitätszeugnisse oder einen Auszug aus dem Handelsregister, aber auch genereller eine gewisse Erfahrung und Kompetenz auf dem betreffenden Gebiet, die Präsenz in verschiedenen Sprachregionen, die Gewährleistung des Kundendienstes oder die Annahme der allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bundes. Eine bessere Erfüllung der Eignungskriterien kann auf gar keinen Fall ein weniger günstiges Angebot kompensieren. Es werden fast immer Kriterien festgelegt, denn die Beschaffungsstellen möchten sich der Fähigkeiten der Unternehmen versichern⁵¹. Einzelne davon (Bankgarantie, ISO-Zertifizierung) sind schwer zu erfüllen und für die KMU zum Teil kostspielig. Das Verlangen von Referenzen und einer mehrjährigen Erfahrung kann Neuerungen behindern und junge Unternehmen benachteiligen, was den Wettbewerb zu beeinträchtigen und die Zuschlagspreise in die Höhe zu treiben droht. Die Auftraggeber erstellen manchmal Verzeichnisse qualifizierter Unternehmen, die nicht gezwungen sind, jedes Mal alle Zeugnisse vorzulegen. Von den Anbietern beauftragte Subunternehmen sind den Eignungskriterien nicht direkt unterworfen.

Die **Zuschlagskriterien** informieren die Anbieter darüber, wie das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt und ausgewählt wird. Die Veröffentlichung dieser Kriterien erhöht die Transparenz des Verfahrens, verbessert die Gleichbehandlung und bindet den Auftraggeber an die von ihm formulierten Anforderungen. In Artikel 21 Absatz 1 BoeB werden folgende Kriterien erwähnt: Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert. Es sind andere Kriterien denkbar; sie müssen sich aber aus der Art, den Eigenschaften und den Besonderheiten des Auftrags ergeben. Ausserdem werden klare, objektiv quantifizierbare und nicht diskriminierende Kriterien verlangt. Dies schützt die Auftraggeber im Fall einer Beschwerde. Es bleibt ihnen trotzdem ein gewisser Spiel- und Ermessensraum, zum Beispiel bei der Anzahl der Kriterien, der Gewichtung und der Benotung⁵². Die Praxis hat gezeigt, dass der finanzielle und technische Aufwand für die Vorbereitung einer Ausschreibung durch Wettbewerbsgewinne bei der Vergabe aufgewogen wird.

Aus dem SHAB geht hervor, dass gewisse Auftraggeber des Bundes für die Vergabe bis zu zwölf Kriterien definieren! Im Durchschnitt sind es jedoch nur 3,7. Nach Ansicht der

⁵¹ Siehe Tabelle der Ergebnisse im Anhang 2.

⁵² Beispiel einer Benotung von Kriterien, s. Esseiva, Denis, 2000, S. 7-9.

befragten Experten liegt das Optimum zwischen drei und fünf. Je mehr Kriterien aufgestellt werden, desto grösser ist die Gefahr, dass sie sich gegenseitig widersprechen und dass sich der Auftraggeber nicht auf die wichtigen Punkte konzentriert.

Im Hinblick auf die Gleichbehandlung und angesichts der Möglichkeit von Widersprüchen ist es unerlässlich, die Gewichtung der Kriterien zu veröffentlichen, wie es die BRK bestätigt hat. Dennoch wurde sie nur in 28% der zwischen Januar und Mai 2001 im SHAB publizierten Ausschreibungen aufgeführt. Das BBL (71% mit Angabe) beachtet den BRK-Entscheid, während BABHE (0%), PSI (8%), GR (13%), ETHL (17%) und ETHZ (17%) ihn nur selten berücksichtigen. Die Antworten der Beschaffungsstellen auf den Fragebogen der PVK ergeben dasselbe Bild⁵³. Es ist also noch Aufklärungsarbeit nötig.

Nach Auskunft der befragten Experten geben die Auftraggeber trotz all dieser Kriterien häufig dem billigsten statt dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Vorzug, wohl um Korruptionsvorwürfen vorzubeugen und aus Angst vor Beschwerden. Auch wird dadurch die Begründung ihrer Wahl erleichtert.

Auf Bundesebene können zur Präzisierung eines Angebots und für nähere Abklärungen **Verhandlungen** geführt werden, wenn dies in der Ausschreibung angekündigt war und kein Angebot als das wirtschaftlich günstigste erscheint. Auch Abgebotsrunden sind erlaubt. Die Post plädiert für „reverse auctions“⁵⁴. Verhandlungen scheinen zweckmässig, denn sie erlauben es einerseits, öffentliche Gelder einzusparen und andererseits, den technischen Fortschritt und die konjunkturelle Entwicklung im Laufe eines Verfahrens zu berücksichtigen. Sie können aber den Wettbewerb beeinträchtigen, die Korruptionsgefahr erhöhen und die Unternehmen dazu verleiten, in ihren Preisen eine Verhandlungsreserve vorzusehen. Die Beschaffungsstellen teilten mit, dass sie ausser bei der Beschaffung standardisierter Güter oft Verhandlungen führen, sogar über die Preise, und dass sich dabei keinerlei Probleme stellen. Nur das BFE und die ETHL verzichten darauf.

Wenn der Auftraggeber es zulässt, haben die Anbieter die Möglichkeit, zusätzlich zu ihrem Gesamtangebot **Varianten** vorzuschlagen (Art. 22 Abs. 2 VoeB). In der Gesetzgebung wird dieser Begriff allerdings nirgends definiert. Varianten fördern den Wettbewerb und die Vielfalt der Angebote und sie tragen damit zu einer besseren Berücksichtigung neuer Technologien durch die Auftraggeber bei. Die Angebote sind trotzdem nach den in der Ausschreibung definierten Kriterien zu bewerten. Ein Unternehmen, das eine bessere Variante vorschlägt, muss das kostspielige Gesamtangebot einreichen. Es kommt nämlich vor, dass ein Unternehmen mit besonderen technischen Qualifikationen (z.B. in der Holzbranche) keine Möglichkeit hat, eine günstigere Variante anzubieten, weil es auf das Gesamtangebot nicht eingehen kann (Ausführung in Metall verlangt). Die Experten und Auftraggeber meinen dennoch, der Vergleich mit diesem letzteren sei ausschlaggebend, um die Chancen vorgeschlagener Varianten zu beurteilen.

Im Bauwesen sind Varianten willkommen, in anderen Sektoren weniger. Dieser Bereich eignet sich für Neuerungen und innovative Ideen, während vor allem bei den standardisierten Gütern praktisch kein Spielraum besteht. Es ist nicht bekannt, wie viele Varianten effektiv unterbreitet wurden und wie viele Erfolg hatten. Nach Auskunft der Beschaffungsstellen werden kaum Varianten unterbreitet, weil die Anforderungen in den Ausschreibungen oft sehr präzise formuliert sind.

⁵³ Siehe Tabelle der Ergebnisse im Anhang 2.

⁵⁴ Umgekehrte Versteigerungen. Man geht von einem hohen Preis aus; danach schlagen die Unternehmen immer tiefere Preise vor, bis der Auftrag erteilt wird.

Zu den **Arbeitsbedingungen** und zur **Lohnleichheit zwischen Männern und Frauen** gibt es keine Statistiken. Die meisten Auftraggeber begnügen sich mit den in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bundes enthaltenen Bestimmungen. Die BKB hat als weiter gehende Massnahme vorgeschlagen, die Auftraggeber des Bundes sollten von den Anbietern diesbezüglich eine schriftliche Verpflichtung verlangen. Die meisten Auftraggeber gestehen ein, dass nach Vergabe eines Auftrags keine Kontrolle stattfindet⁵⁵. Lediglich einer von ihnen berichtete, er habe eine Konventionalstrafe gegen ein Unternehmen verhängt, weil es die geltenden Arbeitsbedingungen nicht beachtete. Angesichts der mangelnden Sensibilisierung auf das immerhin im Gesetz verankerte Gleichstellungsprinzip hat das Gleichstellungsbüro in Zusammenarbeit mit der Beschaffungskommission ein Pilotprojekt lanciert, um festzustellen, ob die Lohnstruktur der bietenden Unternehmen den Anforderungen bezüglich Gleichstellung genügt.

Die **Ausnahmeklauseln** ermöglichen die Vergabe von Aufträgen ausserhalb der üblichen Verfahren. Sie werden nur von ganz wenigen Auftraggebern in Anspruch genommen. Die DEZA, die Leistungen im Ausland erbringt, nutzt sie für die Nahrungsmittelhilfe (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BoeB) und für Aufträge im Rahmen internationaler Verträge (Art. 2 Abs. 2 Bst. c BoeB). Die ETHZ ihrerseits beruft sich bei einzelnen besonders komplexen öffentlichen Aufträgen auf Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe f VoeB bezüglich Ergänzung und Erweiterung bereits erbrachter Leistungen.

Manchmal wenden sich Auftraggeber für die **Erstellung des Pflichtenhefts** an **private Unternehmen**. Diese kommen als Anbieter in Frage und kennen danach das Projekt besser als ihre Konkurrenten. Dieses Vorgehen ist in Artikel 11 BoeB nicht explizit verboten, wirft aber drei Hauptprobleme auf. Zum einen läuft der Auftraggeber bei der Auswahl des Architektur- oder Ingenieurbüros, dem die Vorbereitung der Ausschreibung übertragen wird, am meisten Gefahr, nach politischen Kriterien zu handeln oder den Auftrag lokal zu vergeben. Diese wird durch die Bekanntmachung der betroffenen Unternehmen verbessert. Zum andern können sich die vorgängig beigezogenen Unternehmen mehr Informationen beschaffen als ihre Konkurrenten. Nach dem Gleichbehandlungsprinzip müssten sie daher von der Ausschreibung ausgeschlossen werden. Längere Eingabefristen könnten es allenfalls den übrigen Anbietern erlauben, gleichzuziehen. Auch dürfte das Pflichtenheft nicht auf Grund der besonderen Fähigkeiten des für seine Erstellung konsultierten Unternehmens verfasst werden. Auf Bundesebene wenden sich die meisten Auftraggeber für ihre Ausschreibungen allerdings nicht an externe Unternehmen⁵⁶. Das seco und die DEZA neigen eher dazu, Experten damit zu beauftragen. Die GR und das BBL wenden sich bei sehr speziellen Gütern und Dienstleistungen an potenzielle Anbieter; diese sind jedoch in der Regel bei der anschliessenden Ausschreibung nicht zugelassen. In solchen Fällen kann es dadurch zu einer Einschränkung des Wettbewerbs kommen.

Die Einhaltung des Gleichbehandlungsprinzips liesse sich prüfen mit Statistiken über die Anzahl der Eignungs- und Vergabekriterien, die allenfalls vorhandene Gewichtung der Vergabekriterien, die Begründung, weshalb ein Angebot den Zuschlag erhalten hat, die Anzahl der vorgeschlagenen und der angenommenen Varianten sowie über die Anwendung der Ausnahmeklauseln. Ebenfalls interessant wären Erhebungen darüber, ob die Lohn- und Gleichstellungsbedingungen von den vergebenden Stellen überprüft werden.

⁵⁵ Siehe Tabelle der Ergebnisse im Anhang 2.

⁵⁶ Siehe Tabelle der Ergebnisse im Anhang 2.

4.2.4 Öffentliche Gelder

Die Bestimmung des **wirtschaftlich günstigsten Angebots** beruht auf einer Beurteilung der Zuschlagskriterien. Aus der Analyse der im SHAB erschienenen Ausschreibungen wird ersichtlich, dass der Zuschlag dem Unternehmen erteilt wird, das diese Kriterien und die Anforderungen des Pflichtenhefts am besten erfüllt (45% der Zuschläge). Das Qualitäts-Preisverhältnis steht an zweiter Stelle (22%), während der tiefste Preis nur in 16% der Fälle entscheidend ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht demjenigen der Fragebogenaktion, bei der zahlreiche Auftraggeber (Post, BFE, BABHE, ETHZ, PSI) erklärten, der Zuschlag werde sehr oft nach dem billigsten Angebot erteilt⁵⁷.

In der EU beeinflusst die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens das **Preisniveau** im Allgemeinen wenig; die Preiswirkung variiert je nach Sektoren und Umständen⁵⁸. In der Schweiz haben nur die ETHZ, die Post und das BBL Preissenkungen festgestellt und auch nur in bestimmten Sektoren⁵⁹. Mögliche Erklärungen dafür sind mit nationalen Normen zusammenhängende technische Hemmnisse und die Strategie der „lokalen Präsenz“, nach welcher die Unternehmen die ortsüblichen Preise verlangen. Weitere Faktoren sind der unvollkommene Wettbewerb (es sind nur wenige Akteure über die Ausschreibungen unterrichtet), die zögernde Haltung öffentlicher Beschaffungsstellen gegenüber neuen Technologien aus dem Ausland und die Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots (der Preis ist nicht allein ausschlaggebend). Andererseits hat die exogene Politik zur Senkung öffentlicher Defizite einen Rückgang der Nachfrage nach öffentlichen Gütern, Dienstleistungen und Infrastrukturen mit sich gebracht. Dieser Nachfragerückgang kann angesichts der Kaufkraft, den die öffentliche Hand in gewissen Sektoren hat, zu Preissenkungen führen.

Eine genaue Analyse der Auswirkung auf die Preise ist schwierig. Gemäss Artikel 28 Buchstabe f VoeB müssen die Beschaffungsstellen den Preis des berücksichtigten Angebots oder (nicht und) die tiefsten und höchsten Preise der in das Vergabeverfahren einbezogenen Angebote erwähnen. Man kann also nicht feststellen, ob regelmässig das billigste Angebot angenommen wird und ob die Preisdifferenz zwischen dem billigsten und dem berücksichtigten Angebot gross ist. Die Auftraggeber können ausserdem davon absehen, Angaben zum Preis zu machen, wenn es dem Wettbewerb oder den Handelsinteressen der Anbieter schaden würde. Ein ebenfalls gewichtiges Problem in Bezug auf die Statistiken ist der Mangel an Daten über die Gesamtkosten nach Ausführung der Aufträge. Es ist mehr als wahrscheinlich, dass der Endpreis nicht dem Angebotspreis entspricht und in der Regel höher liegen dürfte.

Bei der Untersuchung wurden zwölf in den Jahren 2000 und 2001 vom BABHE durchgeführte und im SHAB veröffentlichte Ausschreibungen überprüft. Es handelt sich um identische und standardisierte Güter, die im offenen Verfahren und nach den WTO-Regeln ausgeschrieben wurden. Die Veröffentlichung des tiefsten, im Jahre 2000 angebotenen Preises bewirkte eine deutlich Senkung der 2001 offerierten Einheitspreise⁶⁰. Mithin tragen Transparenz und Wettbewerb tatsächlich zu Preisminderungen bei.

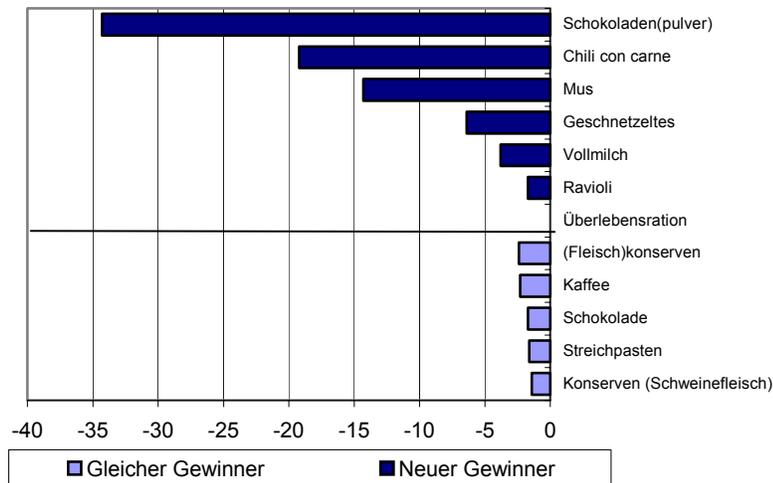
⁵⁷ In der EU trifft dies auch zu, wobei die Auftraggeber trotzdem erklären, sie hätten das wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt. European Commission, 1997, S. 21

⁵⁸ European Commission, 1997, S. 24-25.

⁵⁹ Siehe Tabelle der Ergebnisse im Anhang 2.

⁶⁰ Die Ausschreibungen der Jahre 2000 und 2001 unterstehen der neuen Gesetzgebung. Wahrscheinlich war deren Auswirkung in den ersten Jahren nach Inkrafttreten (1996-1999) grösser.

Abbildung 2: Preisentwicklung bei einzelnen Produkten (in %, 2000-2001)⁶¹



Quelle: PVK (nach Ausschreibungen der BABHE im SHAB)

Der Preisabschlag wird noch signifikanter, wenn ein neuer Anbieter den Zuschlag bekommt. Man kann sich vorstellen, dass das Unternehmen B auf Grund des von Unternehmen A im Jahre 2000 eingereichten Angebots 2001 einen deutlich niedrigeren Preis vorschlägt, um sich den Auftrag zu sichern. Die EMPA bemerkt, neue Unternehmen würden oft sehr tiefe Preise als „door opener“ offerieren, um sich als Anbieter bekannt zu machen. Wenn hingegen dasselbe Unternehmen in den beiden Jahren gewinnt, sinkt der Preis weniger: Unternehmen A verringert den Preis 2001 nur unwesentlich, weil es weiss, dass sein Gebot im Vorjahr bereits das niedrigste war. Diese Feststellung beruht auf dem Vergleich von Ausschreibungen für identische und standardisierte Güter, bei denen ein starker Wettbewerb herrscht⁶². Sie lässt sich nicht verallgemeinern, weil selten ähnliche öffentliche Aufträge mehrere Jahre hintereinander vergeben werden. Der technologische Fortschritt, unterschiedliche geografische Bedingungen oder Spezifikationen erschweren Vergleiche im Bauwesen, sowie bei den Dienstleistungen und Technologien. Auch die Konjunktur (geringe Inflation, starkes Wachstum) könnte eine Rolle spielen.

Die **Kosten der verschiedenen Vergabeverfahren** wurden bisher noch nicht untersucht. Gemäss Angaben der EU sind die Verfahren nach den WTO-Regeln teurer und langwieriger⁶³. Die meisten Auftraggeber in der Schweiz sind der gleichen Meinung,

⁶¹ Bei der Berechnung der Preisentwicklung wurde nur der niedrigste Preis der veröffentlichten Bandbreite berücksichtigt (da der Zuschlagspreis nie publiziert wurde). Die Preise werden zuerst in Franken pro Einheit angegeben (Harmonisierung der Mengen), dann mit Basis 100 für das Jahr 2000. Die Entwicklung im Jahr 2001 wird also in Prozenten ausgedrückt. Das Volumen der meisten Ausschreibungen 2000 und 2001 war identisch. Es ist möglich, dass in übrigen Fällen die Senkung des Einheitspreises teilweise der grösseren Menge zuzuschreiben war.
⁶² Obwohl noch keinem ausländischen Unternehmen ein solcher Auftrag vergeben wurde.
⁶³ European Union, 1997, S. 20-21.

obwohl keiner von ihnen über entsprechende Daten verfügt. Die Post schätzt die Kosten des Einladungsverfahrens auf einige hundert Franken, diejenigen des offenen Verfahrens auf mehrere tausend Franken. Nach Ansicht der EMPA überschreiten die Kosten Fr. 5000.- nicht. Sie hängen von verschiedenen Faktoren ab: Inhalt des Pflichtenhefts, Komplexität des Auftrags, der Modelle und Proben, vorgegebene technische Normen und Anzahl der Angebote. Die Verfahren kommen nicht nur die Auftraggeber, sondern auch die Anbieter teurer zu stehen. Durch die Beschwerdemöglichkeit können sich die Kosten erhöhen und die Fristen verlängern. Aus der Sicht des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Gelder entspricht das folgende Verhältnis dem optimalen Schwellenwert:

Optimaler Schwellenwert:
Erzielte Preissenkung > Verfahrenskosten

Wie bereits erwähnt, werden diese Punkte in den Schweizer Statistiken nicht berücksichtigt. Das BFE, das PSI, die Post und die ETHZ meinen jedoch, der Einsatz zusätzlicher Ressourcen für die neuen Verfahren werde durch die erzielten Preissenkungen nicht ausgeglichen.

Genauere Auskunft über die Auswirkung auf die öffentlichen Gelder gäben Statistiken über: das Gesamtbudget für das öffentliche Beschaffungswesen (unter und über den Schwellenwerten), den tiefsten Preis, den höchsten Preis, den Zuschlagspreis und den Endpreis; Statistiken über ähnliche Preise im privaten Sektor sowie Statistiken über die Kosten der verschiedenen Verfahren.

4.3 Ergebnisse: öffentliches Beschaffungswesen in den Kantonen

Um einen Überblick über die Lage in den Kantonen zu gewinnen, wurden sechs repräsentative Kantone untersucht. Die Kriterien für die **Auswahl** waren dabei die geografische Lage (Tal, Randregion, Grenzkanton, Sprachregion), die Wirtschaftskraft (stark und schwach), die Nähe (Nachbarkantone und entfernte Kantone) und das Volumen der öffentlichen Beschaffungen (insbesondere grosser und kleiner Anteil der Bauaufträge). Auf Grund dieser Kriterien wurden folgende Kantone ausgewählt: Bern, Genf, Graubünden, Schaffhausen, Waadt und Zürich. Sie machen insgesamt 61% des öffentlichen Beschaffungswesens der Kantone aus, wobei der Bausektor dominiert, weil ihm auf kantonaler Ebene mehr Bedeutung zukommt und die Kantone auf diesem Gebiet mehr Kompetenzen haben.

Die **kantonalen Statistiken** weichen bezüglich Quantität und Qualität stark voneinander ab. In gewissen Kantonen sind sie ziemlich vollständig, in andern lückenhafter als diejenigen des Bundes. Da jeder Kanton seine eigenen statistischen Erfassungsmethoden hat, sind die Daten nicht miteinander vergleichbar und erlauben daher keine Gesamtsicht über das öffentliche Beschaffungswesen der Kantone. Die KBBK versucht seit 1999, solche Statistiken zu sammeln, um den von der Schweiz in der WTO eingegangenen internationalen Verpflichtungen zu genügen. Aus den erwähnten Gründen sind die WTO-Statistiken ebenfalls sehr heterogen. Sie sind weder standardisiert noch überprüft und scheinen lediglich der formalen Erfüllung einer WTO-Auflage zu dienen. Die sechs

ausgewählten Kantone wurden gebeten, detailliertere Statistiken zu liefern⁶⁴. Diesem Wunsch sind nur Genf, Graubünden und Waadt nachgekommen. Die PVK hat ausserdem die auf der Internetseite des Kantons Waadt (www.marches-publics.vd.ch) veröffentlichten Ausschreibungen und Zuschlagsentscheide im Detail studiert. Zum besseren Verständnis der Gesetzgebungsauswirkungen und zur Erleichterung künftiger Untersuchungen wäre es wünschbar, wenn die Kantone ihre statistischen Methoden aufeinander abstimmen und die gleichen Daten wie der Bund erfassen würden. Die zu entwickelnden Indikatoren sind bereits im Abschnitt über das öffentliche Beschaffungswesen des Bundes vorgestellt worden. Mit einer optimalen Ausschöpfung des Potenzials der Website www.simap.ch (vgl. unten) liessen sich die kantonalen Statistiken erheblich verbessern.

4.3.1 Transparenz

Die Veröffentlichung kantonalen Ausschreibungen ist stark dezentralisiert, denn sie erscheinen im jeweiligen Amtsblatt. Es gibt keine amtliche Publikation, in der alle in der Schweiz lancierten Ausschreibungen zusammengefasst sind. Dies ist ein grosser Mangel an Transparenz. Auch die Gleichbehandlung ist nicht gesichert, da die finanzstarken Unternehmen oder Unternehmen mit Filialen in den Kantonen leichter davon Kenntnis erhalten. Durch die Aufsplitterung der Veröffentlichungen wird der Wettbewerb eingeschränkt. Im Zeitalter neuer Technologien ist diese ungenügende Zugänglichkeit der Informationen bedauerlich. Anfang 2001 hatten 73% der Unternehmen Zugang zum Internet, während lediglich 12% der Ausschreibungen in diesem Medium veröffentlicht wurden⁶⁵. Die Angaben zu Ausschreibungen auf den kantonalen Internetseiten reichen von einer kurzen Vorstellung des entsprechenden Departements – mit Fotografie des Regierungsrats – bis zur vollständigen Veröffentlichung des Inhalts⁶⁶, meist als pdf-Version des Amtsblatts. Nur der Kanton Waadt widmet den Ausschreibungen eine besondere Homepage, und zwar schon seit September 1999 (www.marches-publics.vd.ch).

Im Juni 2000 ergriffen die Kantone Genf und Waadt auf Grund von Artikel XXIV Absatz 8 GPA und von Artikel 12 Absätze 1 und 2 des bilateralen Abkommens die Initiative und brachten die innovative Idee einer Homepage auf, die alle in der Schweiz veröffentlichten Ausschreibungen aufführen soll. Sie gründeten dafür eine Partnerschaft, zu der sich im Oktober 2000 Bern, Freiburg, Neuenburg, Wallis und Jura gesellten und im Januar 2001 auch der Tessin. Das Projekt wurde im Januar 2001 gestartet. Damit die freiwillige Harmonisierung der Formulare und mehrerer Verfahren gelingen kann, muss sich auch der Bund engagieren. Er gab im Oktober 2001 sein Einverständnis. Die übrigen Kantone und die Gemeinden werden zur Teilnahme eingeladen (bisher haben 14 Kantone zugesagt). Vorgesehen ist, dass 5'550 Beschaffungsstellen die Homepage benutzen und jährlich bis zu 90'000 Ausschreibungen auf elektronischem Weg veröffentlichen. Dieses Schweizer Portal, das unter der Adresse www.simap.ch laufen soll (SIMAP als Abkürzung der EU für Site d'Information sur les Marchés Publics) dürfte im Juni 2002 operationell sein und ab 2003 auch den Geschäftsverkehr ermöglichen⁶⁷.

⁶⁴ Diese sechs Kantone sind für den Stand der statistischen Daten auf Kantonsebene repräsentativ. In mehreren Antworten wurde der Kanton Graubünden sogar als derjenige mit den „besten“ Statistiken bezeichnet. Der Kanton Waadt seinerseits hat die beste Internet-Homepage.

⁶⁵ DAEL (GE) / DINP (VD), 2001, S. 5.

⁶⁶ Z.B., www.amtsblatt.zh.ch (Zürich) und www.kantonsamtsblatt.ch (Graubünden).

⁶⁷ Dafür muss zuerst das Problem der Gültigkeit elektronischer Unterschriften geklärt werden.

In der Zwischenzeit bezweckt dieses auf Information und Kommunikation ausgerichtete Portal eine Harmonisierung der Ausschreibungs- und Vergabeverfahren, eine Zentralisierung der Informationen zum öffentlichen Beschaffungswesen (Gesetzgebung, Rechtsprechung, praktische Anleitungen), die Bereitstellung eines gemeinsamen und modernen Kommunikationsmittels, die Veröffentlichung von Informationen auf einem Träger, der den Wettbewerb und die Transparenz fördert, eine Kostensenkung (vor allem Betriebskosten), die Berücksichtigung der Besonderheiten kantonaler Regelungen und die bessere Erfassung statistischer Daten. Dies bedingt die Ernennung eines Verantwortlichen "Information öffentliches Beschaffungswesen" oder die Einrichtung eines entsprechenden Kompetenzzentrums. Ausserdem sind Programme für die Internetausbildung anzubieten. Die Entwicklung der waadtländischen Internetseite kostete Fr. 120'000; dazu kommen noch jährliche Betriebskosten von Fr. 60'000. Der Kanton Waadt stellt seine Applikation für das Projekt zur Verfügung. Der Bund seinerseits liefert die SHAB-Formulare für die Bekanntmachung von Ausschreibungen und Vertragsvergaben. Die für die Entwicklung und den Betrieb der neuen Homepage geschätzten Kosten belaufen sich auf Fr. 350'000 respektive Fr. 325'000. Für die Kantone ergeben sich daraus unter Berücksichtigung des Bundesbeitrags von 25% Kosten von 3.5 Rappen pro Kopf bzw. 3.4 Rappen pro Einwohner und Jahr⁶⁸.

Dem offenen wird gegenüber dem selektiven **Verfahren** in allen Sektoren (ausgenommen Dienstleistungen im Kanton Waadt) der Vorzug gegeben, wie dies auch auf Bundesebene der Fall ist. Bei Aufträgen unter den Schwellenwerten wird in den Kantonen Graubünden und Genf das Einladungsverfahren am häufigsten verwendet.

Heute erscheinen kantonale Ausschreibungen selten in einer andern **Sprache** als derjenigen des Kantons. In einigen Deutschschweizer Kantonen wird eine Zusammenfassung auf Französisch, der offiziellen Amtssprache der WTO, veröffentlicht. Das Sprachproblem stellt sich auch in Bezug auf die Angebote und Beschwerden, die in der jeweiligen Kantonsprache verfasst sein müssen. Für das Internetprojekt ist allerdings Mehrsprachigkeit vorgesehen; die Seiten werden auf Deutsch, Französisch und Italienisch, die Formulare zusätzlich auf Englisch zur Verfügung stehen. Da dies auch innerhalb der EU die gebräuchlichsten Sprachen sind, werden somit die Anforderungen der WTO und des bilateralen Abkommens bezüglich Transparenz und Wettbewerb erfüllt.

4.3.2 Wettbewerb

In den Kantonen hat die Frage der Schwellenwerte zwei Aspekte. Bei den wirtschaftlich starken Kantonen und den Grenzkantonen hängt die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts von der Höhe der Schwellenwerte ab. Bei niedrigeren Werten haben mehr lokale, regionale und ausländische Unternehmen die Möglichkeit, sich an einer öffentlichen Ausschreibung zu beteiligen. Wie bereits im privaten Sektor, kann sich somit auch um Beschaffungen des öffentlichen Sektors der Wettbewerb entfalten. In den wirtschaftlich schwachen und den randständigen Kantonen ist der Anteil des öffentlichen Sektors an der gesamten Nachfrage (vor allem im Bauwesen) grösser. Ein stärkerer Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen verschärft daher den Wettbewerb auf dem gesamten Markt des Kantons und kann auf diesem sogar die Wettbewerbsstruktur verändern. Werden die Schwellenwerte im Gegenteil zu hoch angesetzt, ist anzunehmen, dass die

⁶⁸ DAEL (GE) / DINP (VD), 2001, S.18-20.

wenigen unter Wettbewerbsbedingungen vergebenen öffentlichen Aufträge das Gleichgewicht des Marktes nicht zu Gunsten eines vermehrten Wettbewerbs beeinflussen. Dies ist die Befürchtung des Kantons Graubünden, wo die den neuen Schwellenwerten der revIVöB unterstehenden Ausschreibungen nur noch 13% der im offenen Verfahren (18% bei Dienstleistungen) und 6% der im Einladungsverfahren vergebenen Aufträge ausmachen werden.

Keiner der ausgewählten Kantone führt Statistiken über die **Herkunft der Unternehmen**, die an einer Ausschreibung teilnehmen. Im Kanton Bern schätzt man, dass 95% der Anbieter aus dem Kanton stammen. Gemäss Angaben dieses Kantons sind ausserkantonale oder ausländische Unternehmen im Übrigen selten die billigsten. Durch die neue Gesetzgebung habe die geografische Verteilung der Angebote keine wesentliche Änderung erfahren. Auch in Genf zählt man wenig ausländische Angebote. Diese haben hingegen in den Nachbarkantonen Waadt und Wallis deutlich zugenommen und erreichen in gewissen Sektoren einen Anteil von fast 50%. Es ist jedoch schwierig, die Herkunft der Anbieter zu ermitteln, da der Hauptsitz eines Unternehmens nicht unbedingt mit der Postadresse übereinstimmt.

Im Kanton Genf sind 88% der Gewinner Genfer Unternehmen. Die Statistiken aus dem Kanton Waadt zeigen dagegen eine leichte Öffnungstendenz: die Zuschläge an waadtländische Unternehmen gingen zwischen 1998 und 2000/2001 von 93% auf 83% zurück. Die ausserkantonal vergebenen Aufträge gingen vor allem an Nachbarkantone. Aus den Zahlen des Kantons Graubünden geht ebenfalls hervor, dass mehr als 80% der Zuschläge auf lokale Unternehmen fallen. Der Kanton hat seit der Umsetzung des neuen Rechts keine signifikanten Veränderungen festgestellt. Er bemerkt zudem, dass bei den ausserkantonalen und ausländischen Unternehmen der Prozentsatz der Anbieter demjenigen der Gewinner entspricht. Die Daten werden nicht nach Art des Verfahrens aufgeschlüsselt. Dabei wäre es interessant zu wissen, ob bei freihändigen und bei Einladungsverfahren lokale Anbieter stärker bevorzugt werden. Bern, Schaffhausen und Zürich haben hierzu keine Daten geliefert.

4.3.3 Gleichbehandlung

Im Kanton Waadt sind bei der Veröffentlichung der Ausschreibungen die **Eignungs- und Zuschlagskriterien** normalerweise nicht erwähnt; sie werden aber im Pflichtenheft aufgeführt. Eine summarische Prüfung der Ausschreibungen im Kanton Zürich hat dagegen ergeben, dass dort sowohl die Kriterien als auch ihre Gewichtung in der Regel publiziert werden.

Durch die mit objektiven Eignungskriterien veranschaulichte Gleichbehandlung liesse sich die Effizienz der kleinen und mittleren Unternehmen verbessern: Die KMU müssten nicht mehr Filialen in allen Kantonen unterhalten und hätten dadurch gleichberechtigten Zugang zum kantonalen Beschaffungswesen der Kantone.

Bei den Kantonen wird systematisch hervorgehoben, dass nach Eingabe der Angebote keine **Preisverhandlungen** stattfinden. Dies ist einer der Hauptunterschiede zur Praxis auf Bundesebene.

4.3.4 Öffentliche Gelder

Im Allgemeinen fehlen Angaben über den **Wert der öffentlichen Aufträge** in den Kantonen. Auf Anfrage antworteten Schaffhausen, Bern und Zürich, dass sie nichts darüber wissen. Die KBBK hat zwar Daten gesammelt, die jedoch weder harmonisiert noch überprüft wurden.

Aus den Angaben auf der Waadtländer Homepage lässt sich schliessen, dass in 83% der Fälle das **billigste Angebot** gewinnt. Dies trifft vor allem im Bausektor zu, während bei Dienstleistungen die anderen Kriterien (Qualität, Termin, Kundendienst) ebenfalls eine wichtige Rolle spielen. Ein Zuschlag auf Grund des **Preises** wird durch drei weitere Gründe begünstigt: die Gewohnheit, die Angst vor einer Beschwerde und der oft kritische Zustand der Kantonsfinanzen. Einzig auf der waadtländischen Internetseite werden sowohl der Mindestpreis als auch der Höchst- und der Zuschlagspreis angegeben (nicht einmal beim Bund werden alle drei Preise erwähnt!). Die PVK hat daher für diesen Kanton die erzielten Einsparungen und den Preisunterschied zwischen verschiedenen Anbietern ermitteln können. Im Zeitraum 2000 bis Mai 2001 zahlte er 308,6 Millionen Franken, d.h. nur 1,5 Millionen mehr, als wenn er systematisch dem billigsten Angebot den Zuschlag erteilt hätte. Bei einer Berücksichtigung der jeweils teuersten Angebote wären hingegen Mehrkosten von 60,1 Millionen Franken entstanden. Es ist jedoch zu betonen, dass es sich hier um die Zuschlagspreise handelt und nicht um die effektiv von den Auftraggebern gezahlten Beträge. Im Mittel beträgt der Unterschied zwischen dem Zuschlagspreis und dem höchsten Preis fast 20%, was Fragen hinsichtlich der Wettbewerbsfähigkeit einzelner Unternehmen aufwirft. Bei der Beschaffung von Gütern ist der Preisunterschied kleiner, denn in diesem Sektor herrscht ein stärkerer Wettbewerb. Zum Teil verstehen die Unternehmen die Ausschreibungen auch schlecht und unterbreiten qualitativ sehr unterschiedliche Angebote. In den anderen Kantonen gibt es diesbezüglich keine detaillierten Statistiken. Bern und Schaffhausen meinen, die Preisunterschiede seien eher durch die Konjunktorentwicklung bedingt, und Graubünden hat keine Preis-senkungen festgestellt.

Keiner der untersuchten Kantone erfasst die **Verfahrenskosten**. Die meisten von ihnen nehmen an, offene und selektive Verfahren seien kostspieliger als das Einladungsverfahren oder das freihändige Verfahren. Schaffhausen ist der Ansicht, der Aufwand an Zeit und Geld sei infolge der Komplexität der Verfahren und der Gesetzgebung gestiegen.

5 Fazit

Die Untersuchung der PVK hat bestätigt, dass das schweizerische Recht über das öffentliche Beschaffungswesen äusserst komplex ist. Das GPA, die wichtigste Rechtsgrundlage im Submissionswesen, wurde in unabhängigen Vorgängen ins Bundesrecht und ins interkantonale Recht umgesetzt. Mit jeder zusätzlichen Umsetzungsstufe erhöht sich die Gefahr von Inkohärenz und Widersprüchen. Zudem kommen in diesem Bereich auch weitere Gesetze zur Anwendung (z.B. BGBM, KG), die auf anderen Konzepten beruhen und zum Teil mit den Vollzugsregelungen zum GPA unvereinbar sind. Die gegenseitige Beeinflussung und Verflechtung dieser Normen führt zu Rechtsunsicherheit und zu einem schwerfälligen und kaum verständlichen Vollzug. Immerhin scheint das System bei standardisierten Beschaffungen (klar definierte und häufig vergebene Aufträge) trotz seiner Komplexität zu funktionieren. Schwieriger, ja gar unmöglich ist die Anwendung der Regeln bei atypischen Aufträgen, die zum Beispiel in einer besonderen Situation vergeben werden oder eine spezifische, komplizierte Leistung erfordern.

Die jetzige Gesetzgebung entspricht auch der Entwicklung des wirtschaftlichen und sozialen Umfelds nicht ganz, in welchem die öffentlichen Körperschaften dazu neigen, Kompetenzen und Verantwortung an halbstaatliche Unternehmen zu delegieren oder direkt dem privaten Sektor zu übertragen. Ausserdem beschleunigt sich der technologische Fortschritt zunehmend und die Aufträge werden immer komplexer. Die Auftraggeber sehen sich also öfter mit neuen Situationen konfrontiert, die in der Gesetzgebung nicht geregelt sind. Auf diese Weise entsteht bei öffentlichen Beschaffungen eine zunehmende juristische Unschärfe.

Da auf Bundesebene und auf (inter)kantonaler Ebene zahlreiche Organe mit dem Vollzug betraut sind, müsste, gemäss Experten, für eine noch bessere Koordination gesorgt werden. Es gibt aber weder Richtlinien dafür, noch hat bisher eine der betroffenen Behörden eine Führungsfunktion übernommen. Mit Ausnahme der WEKO (die auf Grund des Kartellrechts bei Wettbewerbsbeschränkungen intervenieren kann) hat keine von ihnen die Möglichkeit, verbindliche Massnahmen zu ergreifen. Das den Anbietern zur Verfügung stehende Beschwerderecht ist unter diesen Umständen das wichtigste Mittel, um eine korrekte Anwendung der Gesetzgebung zu fördern.

Die Normenvielfalt im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens und die verschiedenen, im Streitfall zuständigen gerichtlichen Instanzen führen zu einer heterogenen Rechtsprechung. Die unterschiedliche Rechtsauslegung durch die BRK, das BG und die Verwaltungsgerichte erschwert das Verständnis der Entscheide, schafft Rechtsunsicherheit, verringert die Akzeptanz und gefährdet schliesslich die Glaubwürdigkeit der Rechtsmittel selbst. Weitere Faktoren struktureller Art lassen die Unternehmen vor einer Beschwerde zurückschrecken, zum Beispiel das ungünstige Kosten-Nutzen-Verhältnis der Verfahren und die Furcht vor Vergeltungsmassnahmen. Die präventive Wirkung der Rechtsmittel wird dadurch beeinträchtigt.

Sowohl der Bund als auch die Kantone scheinen diese Probleme allmählich zu erkennen. So haben etwa die Kantone mit der Revision des IVöB die Schwellenwerte harmonisiert. Bei der Umsetzung des bilateralen Abkommens (Revision der IVöB und der VoeB) einigten sich Bund und Kantone über den bei gemeinsamen Ausschreibungen geltenden Grundsatz, wonach dasjenige Recht zur Anwendung kommt, welchem der Auftraggeber mit dem grössten Anteil am Auftragswert untersteht. Die Kantone waren auch damit einverstanden, die Gewährung von Ausnahmen bei Märkten mit genügendem Wettbewerb dem UVEK zu übertragen. An diesem Beispiel zeigt sich der Wille des Bundes und der Kantone, das Recht über das öffentliche Beschaffungswesen wenn nicht zu ver-

einfachen, so doch wenigstens nicht noch komplizierter zu gestalten. Ausserdem soll das gemeinsame Internetportal zum öffentlichen Beschaffungswesen, an dem sich bisher vierzehn Kantone und der Bund beteiligen, künftig alle Ausschreibungen auf einem einheitlichen Formular erfassen. Es wird eine Harmonisierung auf freiwilliger Basis erfolgen, während dies auf Gesetzesebene wesentlich schwieriger zu sein scheint.

Es zeichnet sich somit ein Fortschritt bei der Lösung von gewissen Problemen im Beschaffungsrecht ab. Nichtsdestotrotz ist die grosse Mehrheit der Experten und der betroffenen Akteure mit den aktuellen Zuständen unzufrieden. Hauptsächlich wird eine Klärung, Vereinfachung und eine Harmonisierung des Rechts sowie die Regelung der neuen Entwicklung verlangt.

Die Evaluation der wirtschaftlichen Auswirkungen der neuen Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen wird durch mangelnde statistische Angaben behindert. Die wenigen verfügbaren Statistiken erlauben es trotzdem, die folgenden Tendenzen zu beschreiben:

Was das Ziel der Transparenz anbelangt, ist zu bemerken, dass in den letzten 17 Monaten mehr als die Hälfte der Auftraggeber des Bundes keine Ausschreibung veröffentlicht haben und das offene Verfahren am häufigsten angewendet wird. Die Einführung des gemeinsamen Internetportals (www.simap.ch) dürfte zu einer Verbesserung der Lage beitragen, indem die Auftragsvergabe und die Datenerfassung vereinheitlicht werden.

Unter dem Blickwinkel des Wettbewerbs ist festzustellen, dass nur eine Minderheit der öffentlichen Beschaffungen über den Schwellenwerten liegt und somit den Wettbewerbsregeln untersteht. Es fehlen Statistiken, anhand derer sich der ideale Schwellenwert bestimmen liesse (Preisgewinn höher als Verfahrenskosten). Hingegen genügt im Allgemeinen die Zahl der Anbieter, um einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, auch wenn ausländische Unternehmen auf dem Schweizer Markt noch wenig präsent sind. Das mangelnde Interesse lässt sich vielleicht durch die Distanz, das kleine Marktvolumen oder auch die schlechte Verbreitung der Veröffentlichungen erklären. Die meisten öffentlichen Aufträge des Bundes werden immer noch in die Kantone des goldenen Dreiecks vergeben.

In Bezug auf die Gleichbehandlung hat die Untersuchung eine grosse Vielfalt der Eignungs- und Zuschlagskriterien aufgezeigt, die geringe Neigung der Auftraggeber, die Gewichtung der Kriterien zu veröffentlichen, häufige Verhandlungen, die Seltenheit von Variantenangeboten und die geringe Berücksichtigung der sozialen Klauseln.

Um den wirtschaftlichen Einsatz öffentlicher Gelder zu bewerten, müsste man die Endkosten jedes öffentlichen Auftrags sowie die Kosten des jeweiligen Verfahrens kennen. Die Statistiken des Bundes geben jedoch nur eine Bandbreite für die Preise an. Ausserdem werden die Zahlen im Augenblick des Zuschlags erfasst und nicht nach Ausführung des Auftrags. Auch der Preiseffekt ist schwer quantifizierbar; die PVK hat lediglich nachweisen können, dass bei gewissen Basisgütern die Einheitspreise im Jahr 2001 gesunken sind.

Mit lückenhaften Daten lassen sich aus wirtschaftlicher Sicht keine genauere Bilanz und keine eindeutigen Schlussfolgerungen ziehen. Dabei haben sowohl die Experten als auch die Auftraggeber der öffentlichen Verwaltung den Wunsch nach einer wirtschaftlichen

Studie geäußert, mit welcher die Auswirkungen der Gesetzgebung genau bewertet werden können. Dafür ist aber eine koordinierte und systematische Datenerfassung unabdingbar. Falls man in einigen Jahren eine solche Studie durchführen will, muss heute schon geklärt werden, welche Statistiken dafür verwendet werden sollen und wie sie im Rahmen eines akzeptablen Kosten-Nutzen-Verhältnisses erfasst werden könnten.

6 Bibliographie

6.1 Verwaltungsdokumentation

BASS, 2001: Instrumente zur Kontrolle der Lohngleichheit bei Beschaffungen des Bundes, Bern: Gleichstellungsbüro, EFD.

BPUK, 2001: Botschaft zur Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IvöB vom 25. November 1994.

BUNDESRAT, Botschaft vom 19.09.1994 zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay Runde), BBl 1994 IV S. 1 ff.

BUNDESRAT, Botschaft vom 19.09.1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay Runde) notwendigen Rechtsanpassungen, BBl 1994 IV S. 950 ff.

BUNDESRAT, Botschaft vom 19.09.1994 zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 1994 IV S. 1149 ff.

BUNDESRAT, Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt, BBl 1995 I S. 1213 ff.

BUNDESRAT, Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I S. 468 ff.

DAEL(GE) / DINP(VD), 2001: Résultats de l'étude de faisabilité: www.simap.ch. Genève.

EFK, 1999: Jahresbericht 1999, S. 34.

EFK, 2000: Jahresbericht 2000, S. 21-23.

EFV, mehrere Jahrgänge: Einkaufsstatistiken des Bundes.

Etat de Genève, 1999: „Evaluation de l'impact des accords bilatéraux“. Bericht auf Internet verfügbar unter <http://www.geneve.ch/bilaterales/>

KBBK, 2001: Bericht über die Auswirkungen der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz.

KBBK, 2001: Botschaft über die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen.

PVK, 2000: Das Kartellrecht: Standortbestimmung, Bern, EDMZ.

PVK, 2000: Evaluation: Wie offen ist der Schweizer Binnenmarkt?, Bern, EDMZ.

Seco, Balastèr, Peter, 2001: KMU-Verträglichkeitstest zum öffentlichen Beschaffungswesen, Mimeo.

SHAB, mehrere Jahrgänge: Schweizerisches Handelsamtsblatt, Bern.

WTO, mehrere Jahrgänge: gemäss Artikel XIX: 5 des Abkommens kommunizierte Statistiken.

6.2 Fachliteratur

Baurecht, mehrere Jahrgänge.

Bircher, Daniel / Scherler, Stefan, 2001: Missbräuche bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge. Bern: Haupt.

Bovet, Christian, 2001: Le contentieux des marchés publics. In: Revue genevoise de droit administratif et de droit fiscal, (RDAF), Nr. 4, S. 415-438.

Clerc, Evelyne, 1997: L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique, Fribourg: éditions universitaires.

Cottier, Thomas / Wagner, Manfred, 1995: Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt. In: Pratique juridique actuelle (12), S. 1583.

Danioth Halter, Patrizia, 1999: Das bilaterale Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Patrizia Danioth Halter, unter Mitwirkung von Herbert Lang. In: Baurecht, H. 2, S. 61-64.

Esseiva, Denis, 1998: Mise en œuvre de la nouvelle législation cantonale en matière de marchés publics. In: Baurecht, S. 104-106.

Esseiva, Denis, 2000: Les marchés publics d'architectes et d'ingénieurs, Artikel erschienen auf Internet: <http://www.gillon.ch/articles.html>.

Europa Institut Zürich, 1998: Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz: Erste praktische Erfahrungen und Entwicklungen. Zürich: Schulthess.

European Commission, 1997: Public procurement, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities.

European Commission, 2000: Analysis of electronic public procurement pilot projects in the European Union, Report.

Fontannaz, Jean-Raphaël, 2001: En catimini, les ronds-de-cuir passent au net. In: Bilanz, S. 124-130.

Galli, Peter, Lehmann, Daniel, Rechsteiner, Peter, 1996: Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich.

Ganz, George, 2001: Zielsetzungen des Binnenmarktgesetzes und Auswirkungen auf das Beschaffungswesen der Kantone und Gemeinden. In: Die Volkswirtschaft, 4-2001, S. 24 ff.

Ganz, George, 2001: Öffentliches Beschaffungswesen: Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen. In: AJP, Nr. 8, S. 975ff.

Ganz, George, 2001: Schwellenwerte und Verfahren im öffentlichen Beschaffungswesen. In: Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht, 1/2001.

Gauch, Peter, 1997: Das öffentliche Beschaffungsrecht in der Schweiz. Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht. In: Recht, H. 5, S. 165 ff.

Gauch, Peter, 1999: Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, thèses marchés publics 1999. Peter Gauch und Hubert Stöckli, in Zusammenarbeit mit Jacques Dubey, Freiburg: Universitätsverlag.

Gnittke, Katja, 2000: Ausschreibungspflichten im Zusammenhang mit gemischtwirtschaftlichen Entsorgungsunternehmen. In: Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht, Nr. 5, S. 236ff.

- Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2001: Das Vergaberecht der Schweiz, Freiburg: Universitätsverlag.
- Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 2002: Les juridictions administratives face aux marchés publics, Actes du colloque du 3 octobre 2000. Freiburg: Universitätsverlag.
- Lang, Herbert, 1999: Die Wandlungen im öffentlichen Beschaffungswesen der Kantone, insbesondere des Kantons Zürich, PBG aktuell, H. 4, S. 5-19.
- Mayer, Roland, 2000: Erfahrungen der Kantone mit dem Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens.
- Metz, Markus, Schmid, Gerhard, 1998: Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens. In: Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Verwaltungsrecht, Nr. 2.
- Nell, Philippe, 1993: Analyse empirique de la portée matérielle d'une libéralisation des marchés publics suisses de travaux au niveau européen. In: Revue Economique et Sociale, S. 159-178.
- Nell, Philippe, 1994: La nouvelle orientation de la politique européenne de la Suisse: le dossier des marchés publics dans les secteurs concessionnés. In: Revue du marché commun et de l'Union Européenne, Nr. 375, S. 103-113.
- Schaller, Olivier, 2001: Die Rolle des öffentlichen Beschaffungswesens bei der Verwirklichung des schweizerischen Binnenmarktes. In: Die Volkswirtschaft. Nr. 4, S. 19-23.
- Wasescha, Luzius, 1999: Zur Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens, . Worin bestehen die nächsten Schritte? In: Die Volkswirtschaft, Nr. 9/99, S. 28-30.
- Zogg, Serge, 2001: Das Binnenmarktgesetz und seine Auswirkungen auf die Öffnung der Märkte in der Schweiz. In: Die Volkswirtschaft, No 4, S. 14-18.
- Zufferey, Jean-Baptiste, 1997 : Le Nouveau droit des marchés publics, Fribourg : Editions universitaires.
- Zufferey, Jean-Baptiste, 2001: Les marchés publics dans la construction „cinq ans après“, in: Journées suisses du droit de la construction, S. 1 ff.
- Zufferey, Jean Baptiste, Maillard, Corinne (erscheint 2002): Le droit des marchés publics, code annoté.

7 Abkürzungsverzeichnis

ASTRA	Bundesamt für Strassen
AZV	Allgemeine Zollverwaltung
BABHE	Bundesamt für Betriebe des Heeres
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BASS	Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien
BAV	Bundesamt für Verkehr
BAWI	Bundesamt für Aussenwirtschaft
BBI	Bundesblatt
BBL	Bundesamt für Bauten und Logistik
BFE	Bundesamt für Energie
BFS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgericht
BGBM	Binnenmarktgesetz (SR 943.02)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BJ	Bundesamt für Justiz
BKB	Beschaffungskommission des Bundes
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BPUK	Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz
BR	Zeitschrift « Baurecht » des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht
BRK	Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen
DEZA	Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit
EFD	Eidg. Finanzdepartement
EFK	Eidg. Finanzkontrolle
EFV	Eidg. Finanzverwaltung
EMPA	Eidg. Materialprüfungsanstalt
ETHL	Eidg. Technische Hochschule Lausanne
ETHZ	Eidg. Technische Hochschule Zürich
EU	Europäische Union
GPA	Übereinkommen Gatt/WTO über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0632.231.42)
GPK	Geschäftsprüfungskommissionen der Eidg. Räte
GR	Gruppe Rüstung
GS	Generalstab

IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.4)
KBBK	Kommission Beschaffungswesen Bund / Kantone
KBOB	Sekretariat der Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes
KG	Kartellgesetz (RSR 251)
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
n.k.	nicht kommuniziert
NSG	Bundesgesetz über die Nationalstrassen (SR 725.11)
NSV	Verordnung über die Nationalstrassen (SR 725.111)
OR	Obligationenrecht (RS 220)
OSEC	Schweizerische Zentrale für Handelsförderung
PSI	Paul Scherrer-Institut
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle
revIVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen in Revision
revVoeB	Revisionsentwurf der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs, Publikation der Wettbewerbsbehörden
seco	Staatssekretariat für Wirtschaft
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SIMAP	Internet-Homepage zum öffentlichen Beschaffungswesen
SZR	Sonderziehungsrechte
TED	Tenders Electronic Daily
THG	Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (SR 946.51)
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
VBS	Eidg. Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
VILB	Verordnung vom 14.Dezember 1998 über das Immobilienmanagement und die Logistik des Bundes (SR 172.010.21)
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (RS 172.021)
WEKO	Wettbewerbskommission
WTO	Welthandelsorganisation

8 Befragte Experten

- Baeriswyl Monique, Sekretariat der Beschaffungskommission
- Bovet Christian, Rechtsprofessor an der Universität Genf
- Dähler Rolf, Leiter des Sekretariats der Wettbewerbskommission
- Esseiva Denis, Anwalt, Praxis Gillon Perritaz Esseiva Goetschi & Overney, Freiburg
- Ganz George, Anwalt, Büro der BPUK
- Gauch Peter, Präsident des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg
- Ineichen-Fleisch Marie-Gabrielle, Chefin des Bereichs WTO, seco
- Dr. Lang Herbert, stellvertretender Generalsekretär, Baudirektion, Zürich
- Moser André, Präsident, Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK)
- Rubattel Michel, stellvertretender Generalsekretär, DINF-Vaud
- Schaller Olivier, Chef Kompetenzbereich BGBM, Sekretariat der Wettbewerbskommission
- Tanner Markus, Chef Ressort Publikationen, seco
- Tichy Herbert, Koordinator der KBOB
- Vallat Patrick, kantonaler Delegierter für das öffentliche Beschaffungswesen, Genf
- Vogt Elisabeth, Sekretariat der Beschaffungskommission
- Wasescha Luzius, Botschafter, Delegate for Trade Agreements/World Trade, seco
- Zufferey Jean-Baptiste, Direktor des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg

Anhang 1 : Tabellen zu den Schwellenwerten

Tabelle 1 : Schwellenwerte* gemäss GPA (2001, in Schweizer Franken)

Auftraggeber	Güter	Dienstleistungen	Bauwesen
Bund	248'950	248'950	9'575'000
Kantone	383'000	383'000	9'575'000
Öffentliche Unternehmen in den Bereichen Wasserwirtschaft, Verkehr und Energie	766'000	766'000	9'575'000

* Die öffentlichen Beschaffungen unter den Schwellenwerten müssen öffentlich ausgeschrieben, d.h. im offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden.

Für Beschaffungen, die nicht dem GPA unterstellt sind, gibt es das Einladungsverfahren. Dieses Sonderverfahren, das den Auftraggeber verpflichtet, mindestens drei Angebote einzuholen, ist auf Bundesebene für Beschaffungen von Gütern und Dienstleistungen zwischen 50'000 und 248'950 Franken (GPA-Wert) bzw. für Bauaufträge zwischen 100'000 und 9'575'000 Franken (GPA-Wert) vorgesehen. Über die Schwellenwerte der Kantone gibt nachstehende Tabelle Auskunft.

Tabelle 2 : Neue interkantonale Schwellenwerte für den Binnenmarkt gemäss re-IVöB (in Schweizer Franken)

Verfahren	Güter	Dienstleistungen	Bauwesen	
			Ausbau	Rohbau
Freihändig	bis 100'000	bis 150'000	bis 150'000	bis 300'000
Einladung	bis 250'000	bis 250'000	bis 250'000	bis 500'000
offen / selektiv	ab 250'000	ab 250'000	ab 250'000	ab 500'000

Tabelle 3 : Schwellenwerte in Schweizer Franken für neu den WTO-Regeln unterstehende Auftraggeber

Neu unterstehende Auftraggeber	Güter	Dienstleistungen	Bauwesen
Gemeinden (kommunale Unternehmen in den Sektoren Energie, Wasserwirtschaft und Verkehr unterliegen bereits den WTO-Regeln)	383'000	383'000	9'575'000
Privatunternehmen mit Sonder- oder Exklusivrechten in den Sektoren Wasserwirtschaft, Energie und Verkehr (inkl. Seilbahnen und Skilifte)	766'000	766'000	9'575'000
Öffentliche und private Unternehmen mit Sonder- oder Exklusivrechten in den Sektoren Eisenbahnverkehr und Energie (Gas- und Wärmeversorgung)	640'000	640'000	8'000'000
Öffentliche und private Unternehmen mit Sonder- oder Exklusivrechten im Bereich Telekommunikation	960'000	960'000	8'000'000

Anhang 2 : Antworten der wichtigsten Auftraggeber des Bundes auf den Fragebogen über das öffentliche Beschaffungswesen

	BBL	GR	ETHZ	BABHE	BFE	ETHL	Seco	Post	PSI	BAG	DEZA	BFS	EMPA
Transparenz													
Anzahl Ausschreibungen (SHAB, 2000)	49	46	42	32	19	18	16	15	13	9	8	7	7
Veröffentlichung SHAB	J	J ⁽¹⁾	J	J	J	J	J ⁽¹⁾	J	J	J ⁽¹⁾	J ⁽⁺¹⁾	J	J
Wettbewerb													
Betrag über den Schwellenwerten	23%	81%	50%	-	46%	-	51%	74%	-	65%	84%	95%	73%
Verdacht auf Absprachen	J N ⁽²⁾	N	J	N	N	N	J	N	N	N	N	N	-
Gleichbehandlung													
Externe Berater	J N ⁽²⁾	J N ⁽²⁾	N	N	N	N	N	J	N	N	J	N	N
- zur Ausschreibung zugelassen	N	N	-	-	N	-	-	N	N	N	N	N	-
Eignungskriterien	J	J	J	J	J	J	J	J	J	J	J N ⁽²⁾	J	J
Gewichtung	J	N	N J ⁽²⁾	N	J	J	N	N	N	N	N	N	J
Ausschluss von Unternehmen	J	J	N	N	N	N	J	N	N	J	N	N	N
Vorgeschlagene Varianten	J	?	J N ⁽²⁾	J	N	J	N	J	N	N	J	N	N
Verhandlungen	J	J	J	J	N	N	J	J	J	J	J	J	J
Überprüfung: Gleichstellung von Mann und Frau	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N

Überprüfung: Arbeitsbedingungen	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N
Konventionalstrafen	-	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N
Ausnahmeklauseln	-	J	N	J	J	J	N	J	N	J	N	J	N
Öffentliche Gelder													
Annahme des billigsten Angebots	?	?	J	J	J	?	?	J	J	?	?	?	N
Preissenkung ⁽³⁾	J N ⁽²⁾	N	J N ⁽²⁾	-	N	N	N	J	N	N	N	N	?
Ausschreibungskosten höher als Preisgewinn ⁽³⁾	?	J	J	?	J	?	-	J	J	?	-	N	?
Beschwerden	N	J	J	N	J N ⁽²⁾	J	N	J	J	J	J	J	J
Partner/Beratung	-	BK, KBOB	BBL	BKB	BBL	BKB	DEZA	CA, CFF	ETHZ	BKB	BBL	BB, BKB	BKB

Quelle: Fragebogen der PVK

Legende: J = ja, N = nein, ? = keine Statistiken verfügbar, - = keine Antwort

(1) Auch in andern Medien veröffentlicht (Internet, andere Zeitschriften).

(2) Unterschiedliche Antworten je nach Sektor

(3) Schätzungen der Auftraggeber, keine statistischen Belege.

Originalsprache des Schlussberichts: französisch

Durchführung der Studie:

Serge ZOGG	Projektleiter, PVK
Jérôme DUPERRUT	Wissenschaftlicher Mitarbeiter, PVK

Serge KUHN	Datenerfassung
Tanya KASPER	Sekretariat, PVK
Hedwig HEINIS	Sekretariat, PVK

Die PVK dankt den Experten für ihre Bereitschaft, Gespräche mit ihr zu führen, und den Auftraggebern des Bundes und der Kantone, die den Fragebogen ausgefüllt haben.