

EMBA Project

in part-fulfilment of the requirements for the EMBA  
in Telecommunications Management of the international institute of  
management in telecommunications (iimt), Université de Fribourg

entitled

**Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz unter besonderer  
Berücksichtigung der Bereiche Informatik und Telekommunikation  
– Normen und Erfahrungen bei deren Umsetzung**

Subject area: Law

Project Supervisor: Prof. Dr. Hubert Stöckli

Second Supervisor: Prof. Dr. Marc Amstutz

submitted by

lic. iur. Markus Ackermann  
dipl. Wirtschaftsinformatiker WIS / HWV  
dipl. Telecomingenieur FH-NDIT / DIS  
Lothingerstrasse 139  
CH – 4056 Basel  
Tel: 079 – 322 24 36

submitted 14.09.2004

## Danksagung

Ich stelle meiner MBA-Thesis ein Zitat voran von Adam Smith (1723 – 1790), eines aufgeklärten, liberalen, britischen Philosophens und Klassikers der Ökonomie. Es beschreibt aus systemischer Perspektive das Nutzen staatlicher Normen für die Eigeninteressen von Ausbeutern zulasten von Konsumenten.<sup>1</sup> Die erste Auflage seines Standardwerkes ‚An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations‘ erschien 1776, dem Jahr der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung. Die fünfte Auflage erschien 1789, dem Jahr der französischen Revolution.

***“All those laws which restrain the competition to a smaller number than might otherwise go into them ... are a sort of enlarged monopolies, and may frequently ... keep up the market price ... above the natural price, and maintain both the wages of the labour and the profits of the stock employed about them somewhat above their natural rate. Such enhancements of the market price may last as long as the regulations of police which give occasion to them.”<sup>2</sup>***

Ich danke Herrn Prof. Stöckli, Universität Freiburg i. Ue., für die kritische und konstruktive Begleitung dieser MBA-Thesis.

---

<sup>1</sup> Damals waren die Ausbeuter Mitglieder des ersten und zweiten Standes, von ‚lokal‘ operierenden corporations (Zünften) und von ‚global‘ operierenden Firmen wie die East India Company, deren Waren 1773 anlässlich der Boston Tea Party von Rebellen ins Hafenbecken von Boston geworfen wurden. Es spricht für die Konsequenz und das unabhängige Denken des Briten (genauer: Schotten) und Moralphilosophen Adam Smith, des Freundes von David Hume und Benjamin Franklin, dass er aus ökonomischer Sicht die Unabhängigkeitsbestrebungen der ausgebeuteten, amerikanischen Kolonien unterstützt. Adam Smith, Wealth of Nations Book IV Chapter VII

<sup>2</sup> Adam Smith, Wealth of Nations, Book I Chapter VII

## Management Summary

**Im Anwendungsbereich der Normen zum öffentlichen Beschaffungswesen werden pro Jahr Verträge im Wert von über CHF 32 Mia. vergeben.** Dies entspricht etwa 25 % der gesamten Staatsausgaben und 7,6 % des Bruttoinlandproduktes. Das Total der Ausgaben der öffentlichen Hände für Informatik und Telekommunikation könnte durchaus CHF 5 Mia. betragen.

- Die Beschaffung von **Telekommunikationsleistungen** ist in wichtigen Teilbereichen durch eine Verordnung des UVEK von der Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechtes **freigestellt**, obwohl bei Anbietern und z.T. bei Nachfragern **de facto Oligopole** bestehen und deshalb der Wettbewerb in der Telekommunikation eher weniger wirksam ist als in der Informatik. Als inkonsistente Ausnahme von der Freistellung ist im Bund jedoch die Beschaffung von Telekommunikationsleistungen dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt.
- Bei vielen **Informatik- und Telematikleistungen** werden Aufträge in Durchbrechung eines rigiden Beschaffungsregimes mit formalisierter Ausschreibung **wie in der Privatwirtschaft** vergeben, als würde die Nachfrageseite genauso den Marktgesetzen unterworfen sein wie die Angebotsseite.
- **Bei den restlichen Informatik- und Telematikleistungen** werden die **Normen zum öffentlichen Beschaffungswesen** in den Beschaffungsprozessen **umgesetzt, mit oft exorbitanten volkswirtschaftlichen Transaktionskosten**. Die Anbieter sprechen hier regelmässig von einer ‚*veritablen Geldvernichtungsmaschine*‘, indem die Summe der Kosten aller Anbieter für die Einreichung ihrer Offerten regelmässig grösser ist als der Vertragswert des zu vergebenden Auftrags. In der Folge verzichten viele KMU-Anbieter auf die Einreichung von Offerten, so dass der Markt de facto zu einem erheblichen Teil geschlossen bzw. den grossen, vom Ausland dominierten Anbietern vorbehalten bleibt, wo dann vielleicht die Wertschöpfung generiert wird. **Die für die Schweizer Wirtschaft wichtigen KMU sind benachteiligt.**
- **De facto Monopole oder Oligopole** auf Angebotsseite werden im Rahmen der Beschaffung und **Standardisierung** berücksichtigt.

Die volkswirtschaftlichen Ziele des öffentlichen Beschaffungsrechts sind wichtig, deren theoretische Begründung überzeugend. Aber in der Praxis sind die Vorteile nicht immer plausibel. **Rechtliche Verkomplizierungen und Kommunikationsbarrieren verursachen zielwidrige Steigerungen der Transaktionskosten** und erschweren oder verhindern sogar die Wahl der besten Leistung mit dem günstigsten Preis-Leistungs-Verhältnis. Die prima vista Evidenz eines wirtschaftlichen Nutzens des Beschaffungsrechts relativiert sich bei näherer Betrachtung genauso wie die Behauptung des Gegenteils. In der Praxis besteht weitgehend Einigkeit,

- dass das öffentliche Beschaffungsrecht wichtige und richtige Ziele verfolgt, wobei das Ziel, die (nachhaltig) wirtschaftlich günstigste Leistung durch einen wirksamen Wettbewerb zu beschaffen, der Transparenz und der Rechtsgleichheit übergeordnet sein soll;
- jedoch **bei komplexen Vergaben** (z.B. bei der Vergabe von Informatik- und Telematikleistungen) **nur wenige Stärken und viele Schwächen** hat. Von Vorteil ist, dass das Beschaffungsrecht die Vergabestellen dazu bringt, ihre wirklichen Bedürfnisse zu ermitteln. Erhebliche Schwächen sind z.B., dass das Beschaffungsrecht durch unnötig hohe Transaktionskosten den Markt nicht öffnet, sondern eher verschliesst und KMU tendenziell benachteiligt, einen Dialog hin zur Erarbeitung der besten Lösung oft verhindert und Innovationen behindert sowie viel zu viel Papier produziert werden muss. Obwohl ein ausgebauter Rechtsschutz immer als Fortschritt genannt wird, haben die Anbieter daran relativ wenig Interesse, was Juristen überraschen und bedauern mögen.

Die wichtigsten Plausibilisierungen der Untersuchung sind:

1. **Die Anbieter fühlen sich von den öffentlichen Händen fair behandelt.** Sie haben kein besonderes Interesse, sich mit Rechtsmitteln gegen mögliche Ungleichbehandlungen oder Diskriminierungen zu wehren. Statt dessen wünschen sie sich intensive **Begegnungen** über die gesamte Zeit der Beschaffung hinweg, **d.h. ein Beschaffungsverhalten, wie in der Privatwirtschaft**. In grossem Ausmass ist das bereits seit langem zumindest teilweise realisiert, namentlich weil bei Praktikern eine klare Neigung besteht, bei der Beschaffung von Informatik- und Telematikleistungen das öffentliche Beschaffungsrecht nicht umzusetzen, insbesondere inadäquate WTO-Ausschreibungen zu umgehen. Nicht die Praxis und die Praktiker erscheinen als schwach, sondern die Gesetze und deren Auslegung sollten mit den gesamtwirtschaftlichen Bedürfnissen harmonisiert werden. Die beklagten **Kommunikationsbarrieren sind** sowohl im Wege der Auslegung als auch im Wege von Gesetzesänderungen **drastisch zu reduzieren**.
2. Die im Zuge von öffentlichen Beschaffungen erzielten Preisgewinne werden bei der Beschaffung von Informatik- und Telematikleistungen deutlich übertroffen von den dadurch verursachten gesamtwirtschaftlichen Kosten. Deshalb erscheint der von KMU geäusserte Vorwurf einer ‚gigantischen Geldverbrennungsanlage‘ in Bezug auf die Beschaffung von Informatik- und Telematikleistungen mit WTO-Ausschreibungen plausibel. **Die so verursachten, gesamtwirtschaftlichen Kosten sind drastisch** (in der Grössenordnung auf ein Fünftel bis ein Vierzigstel) **zu reduzieren**. Wo effizienter Wettbewerb besteht, sind Verfahrensnormen unnötig.
3. **Das Schweizer Beschaffungsrecht ist unübersichtlich und kompliziert.** Es gleicht über alle Gesetzesstufen hinweg einem Urwald (Normen-Dschungel), in welchem hinter jedem Busch ein neuer Vogel aufsteigen kann, dessen Farben jeweils schöner glänzen sollen als die vorigen.
  - **De lege lata könnten mit erhöhter Markttransparenz und einfacheren Verfahren durch stark reduzierte Kommunikationsbarrieren die gesamtwirtschaftlichen Kosten erheblich gesenkt und KMU gefördert werden.**
  - Für die Beschaffung von 8 % des Bruttoinlandproduktes (BIP) gibt es über hundert Mal mehr Rechtsnormen, als für die Beschaffung eines grossen Teils des übrigen BIP. Eine blosse Harmonisierung und Vereinheitlichung bringt hier wenig. **De lege ferenda** tut eine Beschränkung auf das Wesentliche Not, d.h. generell eine **Rodung des Normen-Dschungels im Rahmen des übergeordneten Rechts**. Das Beschaffungsrecht ist nicht auf nur vorgeschobene öffentliche Interessen auszurichten (und damit auf die stakeholders, welche diese Interessen vorschieben), sondern auf sein eigentliches Ziel, die (nachhaltig) wirtschaftlich günstigste Leistung zu beschaffen. Mit Bezug auf die Beschaffung von Informatik (inkl. Telematik) und Telekommunikation sollte sich die Revision des öffentlichen Beschaffungsrechtes an dessen unstrittigen, heutigen Zielen sowie dem zusätzlichen Ziel einer **wettbewerbsintensivierenden Förderung der KMU** orientieren, wobei auf **einfachere, schlankere, kostengünstigere Verfahren** sowie auf die **Förderung des Dialogs zwischen Anbieter und Nachfrager** zu achten ist. Das Risiko möglicher Unregelmässigkeiten (bis hin zu Missbräuchen) wird damit zwar erhöht, aber die Transaktionskosten werden sehr viel stärker reduziert, und die Chancen, die nachhaltig besten Lösungen zu beschaffen, werden dieses Risiko vielfach wettmachen.