

EIDGENÖSSISCHE FINANZKONTROLLE
CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES
CONTROLLO FEDERALE DELLE FINANZE
SWISS FEDERAL AUDIT OFFICE



Querschnittsprüfung zur Umsetzung der Artikel 44 und 45 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

Bundesamt für Bauten und Logistik

Bestelladresse	Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK)
Adresse de commande	Monbijoustrasse 45
Indirizzo di ordinazione	3003 Bern
Ordering address	Schweiz
Bestellnummer	620.23737
Numéro de commande	
Numero di ordinazione	
Ordering number	
Zusätzliche Informationen	www.efk.admin.ch
Complément d'informations	info@efk.admin.ch
Informazioni complementari	+ 41 58 463 11 11
Additional information	
Abdruck	Gestattet (mit Quellenvermerk)
Reproduction	Autorisée (merci de mentionner la source)
Riproduzione	Autorizzata (indicare la fonte)
Reprint	Authorized (please mention source)

Inhaltsverzeichnis

Das Wesentliche in Kürze	4
L'essentiel en bref	6
L'essenziale in breve	8
Key facts	10
1 Auftrag und Vorgehen	13
1.1 Ausgangslage	13
1.2 Prüfungsziel und -fragen.....	13
1.3 Prüfungsumfang und -grundsätze	13
1.4 Unterlagen und Auskunftserteilung	13
1.5 Schlussbesprechung	14
2 Was besagt das Gesetz?	15
3 Möglichkeiten und Grenzen von Art. 44 / 45 BÖB	16
3.1 Der Gesetzgeber erlaubt eine Sanktionierung von Anbietern nur für wenige Tatbestände	16
3.2 Die Prozesse zur Erkennung problematischer Anbieter bestehen teilweise.....	18
3.3 Ein Informationsaustausch zwischen den Auftraggebern ist stark begrenzt	19
3.4 Der Nutzen eines Ausschlusses von Anbietern wird häufig nicht gesehen.....	22
Anhang 1: Rechtsgrundlagen	23
Anhang 2: Abkürzungen	24

Querschnittsprüfung zur Umsetzung der Artikel 44 und 45 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

Bundesamt für Bauten und Logistik

Das Wesentliche in Kürze

Bei der Bundesverwaltung erweisen sich gewisse Anbieter immer wieder als problematische Vertragspartner. Gegen solche Anbieter vorzugehen zu können ist eine Neuerung des revidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB).¹ Die entsprechenden Art. 44 und 45 traten am 1. Januar 2021 in Kraft. Die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) ist der Frage nachgegangen, wie verschiedene Beschaffungsstellen des Bundes diese gesetzlichen Grundlagen umsetzen.

Die Ergebnisse der Prüfung zeigen, dass den Auftraggebern des Bundes Grenzen gesetzt sind, bei gewissen Sachverhalten gegen problematische Anbieter vorzugehen. Derzeit sind nur wenige natürliche Personen und keine juristischen (Unternehmen) von künftigen öffentlichen Ausschreibungen ausgeschlossen.

Das Gesetz erlaubt eine Listung von fehlbaren Anbietern nur für wenige Tatbestände

Das Gesetz unterteilt die Sachverhalte im Art. 44 BöB in zwei Gruppen. Zum einen jene, bei denen der Auftraggeber einer Beschaffung einen Anbieter von einem laufenden Vergabeverfahren ausschliessen oder einen ihm bereits erteilten Zuschlag widerrufen kann. Zum anderen jene, bei denen eine Sperre von künftigen öffentlichen Aufträgen von bis zu fünf Jahren erfolgen kann (siehe Art. 45 BöB). Die gesperrten Anbieter werden auf einer nicht öffentlichen Liste erfasst, die durch die Geschäftsstelle der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) geführt wird (BKB-Sanktionsliste). Die Unterscheidung dieser zwei Gruppen ist zentral. Wer beispielsweise frühere Aufträge mangelhaft erfüllt hat, gehört zur ersten Gruppe und kann unter gewissen Bedingungen von einem Verfahren ausgeschlossen werden. Eine Sperre von künftigen Aufträgen ist hingegen nur bei gröberen Verstössen möglich. Zum Beispiel muss dafür eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Verbrechens vorliegen.

Eine Erfassung von Anbietern auf der BKB-Sanktionsliste kann folgenlos bleiben

Die BKB-Sanktionsliste wird als Sanktionsinstrument noch sehr wenig genutzt. Bei genauer Betrachtung von Art. 45 BöB zeigen sich Einschränkungen im Austausch von Informationen aus der Sanktionsliste. Die Folge daraus ist eine beschränkte Wirkung der Sanktion. So ist etwa der Austausch innerhalb der zentralen und dezentralen Bundesverwaltung sowie den bundesnahen Betrieben nur beim Tatbestand der Korruption sowie bei Verbrechen zulässig. Bei allen anderen Sachverhalten wirkt die Auftragsperre nur innerhalb derselben Rechtspersönlichkeit, wie etwa innerhalb der zentralen Bundesverwaltung oder der jeweiligen verselbständigten Einheit. Die Sanktionsliste ist dadurch nur begrenzt wirksam.

¹ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019, SR 172.056.1

Der Nutzen eines Ausschlusses von Anbietern wird häufig nicht gesehen

Das Interesse der Auftraggeber, einen Anbieter wegen mangelhafter Erfüllung früherer Aufträge auszuschliessen, ist eher gering. Von den für die Prüfung befragten Stellen wurde hierzu ausgeführt, dass schlechte Leistungen oftmals nicht einer ganzen Firma angelastet werden könnten, sondern vielmehr einzelnen Personen. Man kämpfe bei zahlreichen Ausschreibungen des Bundes darum Angebote zu erhalten. Eine zusätzliche Verkleinerung des Marktes müsse unbedingt vermieden werden.

Künftig wird es ein Umdenken brauchen – weg vom Ausschluss hin zum Lieferantenmanagement und einer kontinuierlichen Bewertung. Die Lieferantenbewertung ist Teil eines Lieferantenmanagements. Dieses befindet sich bei einzelnen Bundesämtern im Aufbau, aber es besteht kein einheitliches Vorgehen zwischen den Beschaffungsstellen.

Die gesetzliche Grundlage für ein bundesweites und systemisch eingebundenes Lieferantenmanagement, wie es die Beschaffungsstrategie des Bundes fordert, ist unzureichend. Es bestehen derzeit keine Rechtsgrundlagen sowohl für einen systematischen Informationsaustausch zwischen den Auftraggebern des Bundes als auch für Verantwortlichkeiten bei der Planung und Umsetzung dieser komplexen amtsübergreifenden Aufgabe.

Audit transversal de la mise en œuvre des articles 44 et 45 de la loi fédérale sur les marchés publics

Office fédéral des constructions et de la logistique

L'essentiel en bref

Au sein de l'administration fédérale, certains soumissionnaires posent régulièrement problème dans le cadre des relations contractuelles. La possibilité d'agir contre de tels soumissionnaires est une nouveauté de la loi révisée sur les marchés publics (LMP).¹ Les art. 44 et 45 sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Le Contrôle fédéral des finances (CDF) s'est intéressé à la manière dont les différents services d'achat de la Confédération mettent en œuvre ces bases légales.

Les résultats de l'audit montrent les limites auxquelles se heurtent les adjudicateurs de la Confédération pour prendre des mesures à l'encontre des soumissionnaires problématiques dans certains cas. Actuellement, seules quelques personnes physiques et aucune personne morale (entreprise) sont exclues des futurs appels d'offres publics.

La loi n'autorise le référencement des soumissionnaires fautifs que pour un nombre limité d'infractions

La loi divise les faits énoncés à l'art. 44 LMP en deux groupes. D'une part, ceux justifiant l'exclusion d'un soumissionnaire d'une procédure d'adjudication en cours ou la révocation d'une adjudication déjà prononcée par l'adjudicateur. D'autre part, ceux justifiant une exclusion des futurs marchés publics pour une durée maximale de cinq ans (voir art. 45 LMP). Les soumissionnaires exclus sont inscrits sur une liste non publique (liste de sanctions) tenue par la Conférence des achats de la Confédération (CA). La distinction entre ces deux groupes est centrale. Les soumissionnaires qui, par exemple, ont mal exécuté des marchés antérieurs font partie du premier groupe et peuvent, sous certaines conditions, être exclus d'une procédure. En revanche, une exclusion des futurs marchés publics n'est possible qu'en cas d'infraction grave. Par exemple, une condamnation pour un crime doit être entrée en force.

L'inscription des soumissionnaires sur la liste de sanctions de la CA peut rester sans conséquence

La liste de sanctions de la CA est encore très peu utilisée. Un examen attentif de l'art. 45 LMP montre que l'échange d'informations concernant la liste de sanctions est soumis à des restrictions. Les sanctions n'ont ainsi qu'un effet limité. Ainsi, l'échange d'informations au sein de l'administration fédérale centrale et décentralisée ainsi que des entreprises proches de la Confédération n'est autorisé qu'en cas de corruption ou de crime. Dans toutes les autres situations, l'exclusion des futurs marchés publics n'a d'effet qu'au sein de la même personnalité juridique, par exemple au sein de l'administration fédérale centrale ou de l'entité autonome concernée. L'efficacité de la liste des sanctions est donc limitée.

¹ Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1).

L'intérêt d'exclure des soumissionnaires n'est souvent pas reconnu

L'intérêt des adjudicateurs à exclure un soumissionnaire en raison de la mauvaise exécution de marchés antérieurs est plutôt faible. Les services interrogés lors de l'audit ont déclaré que, souvent, les prestations insuffisantes ne pouvaient pas être imputées à une entreprise dans son ensemble, mais plutôt à des personnes individuelles. La Confédération se bat pour obtenir des offres dans le cadre des nombreux appels d'offres qu'elle passe. Il est essentiel d'éviter que le marché se réduise davantage.

À l'avenir, un changement de mentalité s'impose – passer de l'exclusion à la gestion des soumissionnaires et à leur évaluation continue. L'évaluation des soumissionnaires fait partie intégrante de la gestion des fournisseurs. Celle-ci est en cours d'élaboration dans certains offices fédéraux, mais il n'existe pas de marche à suivre uniforme entre les services d'achat.

La base légale pour une gestion des soumissionnaires à l'échelle fédérale et systématiquement intégrée, comme l'exige la stratégie fédérale d'acquisitions, est insuffisante. La base légale actuelle ne permet pas un échange systématique d'informations entre les adjudicateurs de la Confédération et ne définit pas non plus les responsabilités en matière de planification et de mise en œuvre de cette tâche complexe et transversale.

Texte original en allemand

Verifica trasversale concernente l'attuazione degli articoli 44 e 45 della legge federale sugli appalti pubblici

Ufficio federale delle costruzioni e della logistica

L'essenziale in breve

Nel quadro degli appalti dell'Amministrazione federale, i contratti conclusi con determinati offerenti si rivelano puntualmente problematici. La possibilità di procedere contro questi offerenti è una novità contenuta nella nuova legge federale del 21 giugno 2019 sugli appalti pubblici (LAPub).¹ Gli articoli in questione, ossia il 44 e il 45, sono entrati in vigore il 1° gennaio 2021. Il Controllo federale delle finanze (CDF) ha analizzato le modalità secondo cui i vari servizi d'acquisto della Confederazione attuano queste basi legali.

Dalla verifica emerge che i committenti della Confederazione sono posti dinanzi a dei limiti quando, in determinate fattispecie, si tratta di procedere contro offerenti problematici. Attualmente fra gli esclusi dalla partecipazione a futuri bandi pubblici figurano soltanto alcune persone fisiche e nessuna persona giuridica (impresa).

La legge consente di tenere un elenco degli offerenti inadempienti soltanto per poche fattispecie

La legge suddivide le fattispecie di cui all'articolo 44 LAPub in due gruppi. Da un lato quelle per cui il committente può escludere un offerente dalla procedura di aggiudicazione in corso o revocare l'aggiudicazione. Dall'altro quelle che danno luogo a un'esclusione da future commesse pubbliche per un periodo massimo di cinque anni (cfr. art. 45 LAPub). Gli offerenti esclusi sono iscritti in un elenco non pubblico tenuto dalla segreteria della Conferenza degli acquisti della Confederazione (CA), denominato elenco delle sanzioni della CA. La suddivisione in due gruppi è fondamentale. Chi, ad esempio, non ha eseguito in maniera corretta commesse pubbliche precedenti può, a determinate condizioni, essere escluso dalla procedura. Per contro, l'esclusione da future commesse è possibile soltanto in caso di violazioni gravi. Ad esempio, la condanna per un crimine commesso deve essere passata in giudicato.

L'iscrizione di offerenti nell'elenco delle sanzioni della CA può non avere seguito

L'elenco della CA è utilizzato raramente come strumento sanzionatorio. Da un esame attento dell'articolo 45 LAPub si evince che lo scambio d'informazioni sull'elenco delle sanzioni è soggetto a restrizioni. Ne consegue che l'effetto sanzionatorio è limitato. Pertanto, lo scambio d'informazioni in seno all'Amministrazione federale centrale, alle unità decentrate dell'Amministrazione federale e alle imprese parastatali è autorizzato soltanto in caso di corruzione o crimine. Per quanto riguarda tutte le altre fattispecie, l'esclusione da future commesse pubbliche si applica unicamente all'interno della stessa personalità giuridica, come l'Amministrazione federale centrale o l'unità resa autonoma. L'efficacia dell'elenco delle sanzioni è pertanto limitata.

¹ Legge federale sugli appalti pubblici (LAPub, RS 172.056.1).

Spesso l'utilità di escludere offerenti non è percepita

Tendenzialmente il committente è poco interessato a escludere un offerente che non ha eseguito in maniera corretta commesse pubbliche precedenti. I servizi interrogati nel quadro della verifica hanno dichiarato che le prestazioni insufficienti spesso non possono essere imputate a un'impresa nel suo insieme, bensì a singole persone. La Confederazione si batte per ricevere offerte in occasione di numerosi bandi. Bisogna assolutamente evitare che il mercato si riduca ulteriormente.

In futuro sarà necessario cambiare approccio, ossia passare dall'esclusione a una gestione dei fornitori che includa la loro costante valutazione. La valutazione degli offerenti è parte integrante della gestione dei fornitori. Quest'ultima è in fase di elaborazione in alcuni uffici federali, ma non esiste una procedura uniforme fra i servizi d'acquisto.

La base legale per una gestione dei fornitori garantita a livello di Confederazione e integrata nel sistema degli appalti, come richiesto nella Strategia dell'Amministrazione federale in materia di appalti pubblici, è insufficiente. La base giuridica vigente non consente uno scambio d'informazioni sistematico tra i committenti della Confederazione, né definisce le responsabilità in materia di pianificazione e attuazione di questo compito complesso e trasversale.

Testo originale in tedesco

Cross-sectional audit of the implementation of Articles 44 and 45 of the Public Procurement Act

Federal Office for Buildings and Logistics

Key facts

Certain tenderers repeatedly prove to be problematic contractual partners for the Federal Administration. The revised Public Procurement Act (PPA)¹ has made it possible to take action against such tenderers. The corresponding Articles 44 and 45 came into force on 1 January 2021. The Swiss Federal Audit Office (SFAO) examined how various federal procurement offices are implementing this legislation.

The audit results show that there are limits to the extent to which federal contracting authorities can take action against problematic tenderers in certain circumstances. At present, only a few natural persons and no legal entities (companies) are excluded from future public tenders.

Legislation only permits the listing of errant tenderers for a few offences

Article 44 of the PPA divides cases into two groups. Firstly, those in which the contracting authorities of a procurement can exclude a tenderer from an ongoing award procedure or revoke an award that has already been made. Secondly, those in which future public contracts can be blocked for up to five years (see Art. 45 of the PPA). The blocked tenderers are recorded on a non-public list maintained by the office of the Federal Procurement Conference (FPC) (FPC sanctions list). The distinction between these two groups is key. For example, anyone who has failed to execute previous contracts correctly belongs to the first group and can be excluded from a procedure under certain conditions. However, a block from future contracts is possible only in the case of more serious offences. For example, there must be a legally binding conviction for a felony.

The inclusion of tenderers on the FPC sanctions list can remain without consequences

The FPC sanctions list is still rarely used as a tool for imposing sanctions. A closer look at Article 45 of the PPA shows restrictions in when information from the sanctions list is exchanged. This results in the sanction having a limited effect. For example, the exchange of information within the central and decentralised Federal Administration, as well as within enterprises affiliated with the Confederation, is permitted only in cases of corruption and felonies. In all other cases, the block on contracts applies solely within the same legal entity, for example within the central Federal Administration or the respective independent unit. Therefore, the sanctions list is only effective to a limited extent.

¹ Federal Act of 21 June 2019 on Public Procurement (PPA), SR 172.056.1.

The benefits of excluding tenderers are often not recognised

Contracting authorities tend to have little interest in excluding a tenderer due to the incorrect execution of previous contracts. The organisations interviewed for the audit stated that poor performance could often not be blamed on an entire organisation, but rather on individuals. In numerous federal tenders, there is a struggle to obtain bids. An additional reduction in the size of the market must be avoided at all costs.

In future, a rethink will be needed – away from exclusion and towards supplier management and continuous evaluation. Supplier evaluation is part of supplier management. This is currently being developed by individual federal offices, but there is no standardised procedure across the procurement offices.

The legal basis for nationwide and systematically integrated supplier management, as required by the federal procurement strategy, is inadequate. There is currently no legal basis either for the systematic exchange of information between federal contracting authorities or for responsibilities in the planning and implementation of this complex interdepartmental task.

Original text in German

Generelle Stellungnahme des Bundesamts für Bauten und Logistik / Beschaffungskonferenz des Bundes

Es liegt im Interesse des BBL als Beschaffungsstelle, alles zu unternehmen, um seine öffentlichen Aufträge nur an qualifizierte, zuverlässige Anbieter zu erteilen. Dem BBL ist daher die Umsetzung der Bestimmungen des revidierten öffentlichen Beschaffungsrechts über Ausschüsse und Sanktionen ein wichtiges Anliegen. Sie stellen Instrumente dar, die sich in die strategischen Bestrebungen im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes einfügen. So sind schon vor der Revision des öff. Beschaffungsrechts Massnahmen zur Einführung und Weiterentwicklung eines griffigen Lieferantenmanagements eingeleitet worden. Ein bundesweit abgestimmtes, systemisch eingebundenes Lieferantenmanagement ist ein Bestreben des BBL. In der Digitalisierung der Beschaffungsprozesse liegt ein erhebliches Potenzial für das operative Lieferantenmanagement, welches das BBL nutzbringend einsetzen will.

1 Auftrag und Vorgehen

1.1 Ausgangslage

Gegenüber der Bundesverwaltung erweisen sich gewisse Anbieter immer wieder als problematische Vertragspartner. Mit Art. 44 «Ausschluss vom Verfahren und Wiederruf des Zuschlags» und mit Art. 45 «Sanktionen» des am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen revidierten Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) sollten Möglichkeiten geschaffen werden, gegen solche Anbieter vorzugehen. Die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) ist der Frage nachgegangen, wie die Beschaffungsstellen diese gesetzlichen Grundlagen umsetzen.

1.2 Prüfungsziel und -fragen

Ziel der Prüfung ist es, eine Auslegeordnung zur Umsetzung der Art. 44 und 45 des BöB bei verschiedenen Beschaffungsstellen des Bundes zu erstellen. Dazu sollen folgende Fragen beantwortet werden:

1. Haben die Auftraggeber einen Prozess zur Erkennung von ungenügenden Anbietern und zur Erfassung dieser in einer Liste?
2. Aufgrund welcher Mängel werden Anbieter auf die Liste gesetzt?
3. Werden schlechte Anbieter teilweise oder vollständig von weiteren Angeboten ausgeschlossen?
4. Welche Gründe hindern die öffentlichen Auftraggeber die Sanktionsliste der BKB zu speisen?

1.3 Prüfungsumfang und -grundsätze

Die Prüfung wurde von Katrin Linhart (Revisionsleiterin) und Boris Indraccolo vom 6. bis 31. März 2023 (mit Ergänzungen im August 2023) durchgeführt. Sie erfolgte unter der Federführung von Mischa Waber.

Im Rahmen der Prüfung führte die EFK Gespräche mit dem Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL), der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB), dem Bundesamt für Strassen (ASTRA), dem Bundesamt für Rüstung (armasuisse), dem ETH-Bereich (ETH-Rat, ETH Zürich, EPFL, Empa, Eawag, PSI, WSL) sowie den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB).

Der vorliegende Bericht berücksichtigt nicht die weitere Entwicklung nach der Prüfungsdurchführung.

1.4 Unterlagen und Auskunftserteilung

Die notwendigen Auskünfte wurden der EFK umfassend und zuvorkommend erteilt. Die gewünschten Unterlagen standen dem Prüfteam vollumfänglich zur Verfügung.

1.5 Schlussbesprechung

Die Schlussbesprechung fand am 17. Oktober 2023 statt. Teilgenommen haben seitens BBL der Leiter Beschaffung, die Leiterin der Geschäftsstelle BKB, der Stv. Leiter Geschäftsstelle BKB und die Juristin Revision BÖB/VÖB. Seitens der armasuisse hat der Stv. Leiter KB Einkauf und Kooperationen und vom ASTRA ein Fachexperte des Rechtsdiensts teilgenommen. Die EFK war vertreten durch den Mandatsleiter, den Federführenden und die Revisionsleiterin.

Die EFK dankt für die gewährte Unterstützung.

EIDGENÖSSISCHE FINANZKONTROLLE

2 Was besagt das Gesetz?

Gemäss Art. 44 Abs. 1 BöB kann der Auftraggeber einer Beschaffung einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen («Der Auftraggeber kann ein Verzeichnis der Anbieter führen, die aufgrund ihrer Eignung die Voraussetzung zur Übernahme öffentlicher Aufträge erfüllen.»²) oder einen ihm bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass auf den betreffenden Anbieter, seine Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe bestimmte Sachverhalte zutreffen.

Art. 45 Abs. 3 BöB sieht als Sanktion in bestimmten Fällen eine «Schwarzlistung» von Anbietern vor. Verstossen Anbieter und Subunternehmer in schwerwiegender Weise gegen gewisse Pflichten, so können diese sanktioniert werden. Als Sanktion steht den öffentlichen Auftraggebern unter bestimmten Voraussetzungen eine Auftragsperre von bis zu fünf Jahren offen. Mit einer Auftragsperre belegte Anbieter und Subunternehmer werden auf einer nicht öffentlichen Liste erfasst, die durch die Geschäftsstelle der Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) geführt wird.

Der Gesetzgeber sieht nicht vor, dass Behörden eigene sog. schwarze Listen führen, aufgrund derer Anbieter über einen längeren Zeitraum von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können.

² Art. 28 Abs. 1 BöB.

3 Möglichkeiten und Grenzen von Art. 44 / 45 BÖB

3.1 Der Gesetzgeber erlaubt eine Sanktionierung von Anbietern nur für wenige Tatbestände

Der Gesetzgeber gibt vor, dass nicht alle Sachverhalte aus Art. 44 BÖB zu einem generellen Ausschluss von Vergabeverfahren (Auftragssperre bis zu fünf Jahren) und somit zu einem Eintrag auf die Sanktionsliste der BKB führen dürfen. In der nachfolgenden Abbildung sind die Sachverhalte aufgeführt, die «lediglich» zum Ausschluss vom laufenden Verfahren, zur Streichung aus einem Verzeichnis oder zum Widerruf eines Zuschlags führen können.

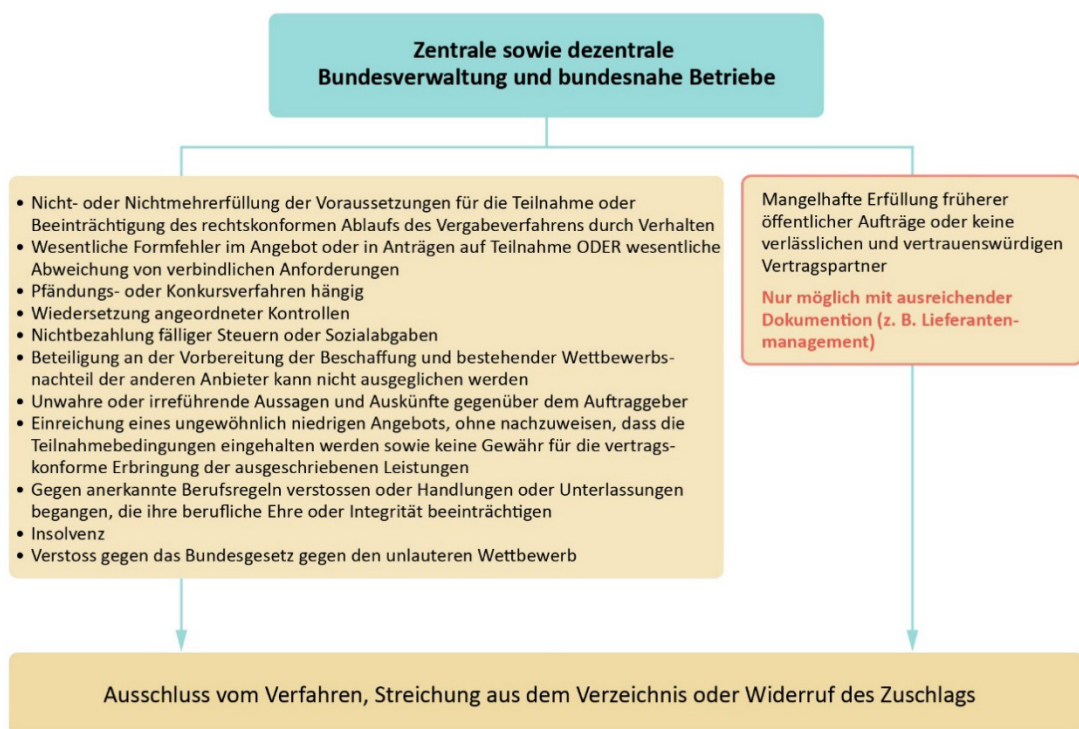


Abbildung 1: Sachverhalte, die zum Ausschluss vom Verfahren, zur Streichung aus einem Verzeichnis oder zum Widerruf des Zuschlags, aber nicht zur Auftragssperre führen können (Quelle: BÖB Art. 44; vereinfachte Darstellung EFK)

Art. 45 Abs. 1 BÖB führt die Tatbestände aus Art. 44 BÖB auf, die den Auftraggeber *berechtigten*, eine Auftragssperre gegen einen Anbieter zu verfügen (siehe Abbildung 2). Bei einer Sperre erfolgt im Anschluss die Meldung an die Geschäftsstelle der BKB. Gegen die Verfügung des Auftraggebers kann der Anbieter Beschwerde einlegen.

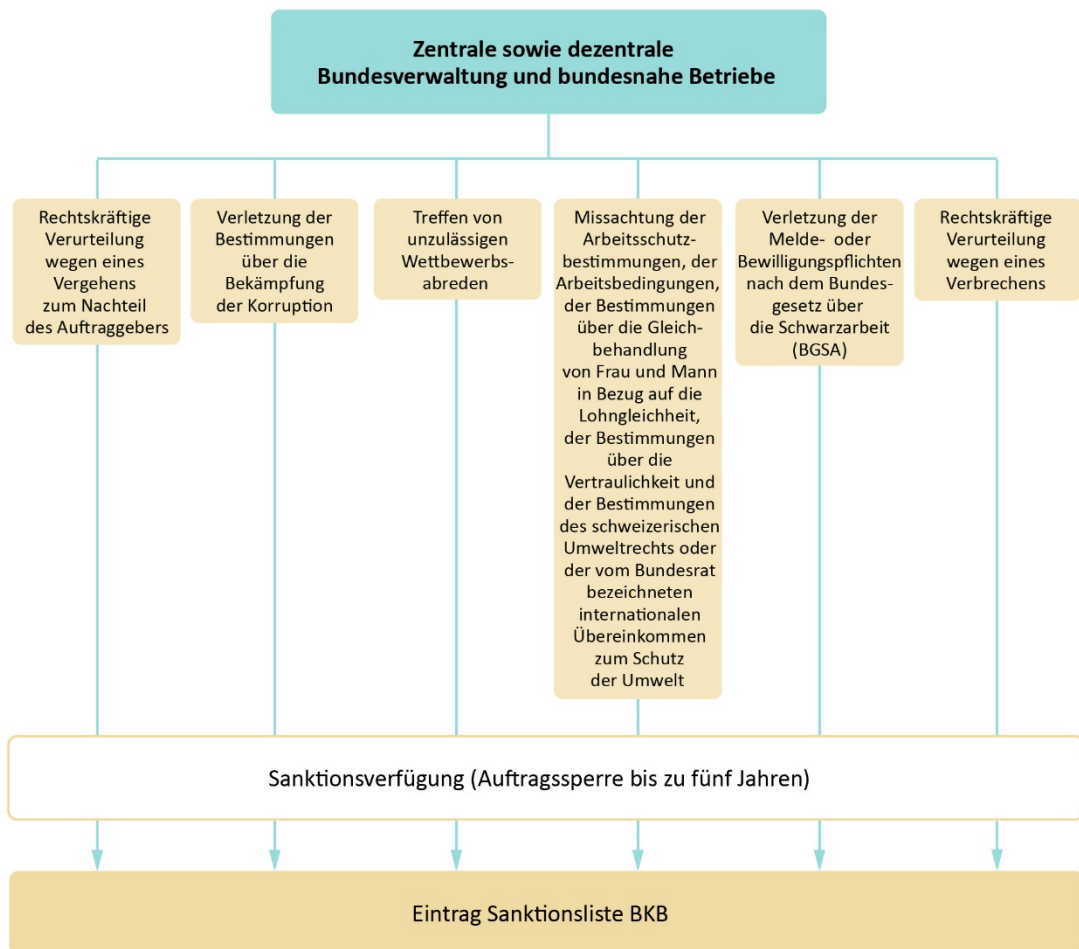


Abbildung 2: Sachverhalte, die zu einer Sanktionsverfügung und Aufnahme in die Sanktionsliste der BKB führen können (Quelle: BöB Art. 45; vereinfachte Darstellung EFK)

Das Gesetz verwendet in den Art. 44 und 45 BöB jeweils Kann-Formulierungen. Somit liegt es im Ermessen des Auftraggebers, ob er diese Massnahmen gegen den Anbieter einleitet oder nicht. Handelt der Auftraggeber nicht, so erfolgt auch kein Eintrag auf der BKB-Sanktionsliste.

Beurteilung

Sollen künftig weitere Sachverhalte (bspw. mangelhafte Erfüllung früherer Aufträge, Verlässlichkeit/Vertrauenswürdigkeit eines Anbieters) auf die BKB-Sanktionsliste – gemäss Art. 45 Abs. 3 BöB – gesetzt werden können, benötigt es eine gesetzliche Anpassung.

In den Art. 44 und 45 BöB werden jeweils Kann-Formulierungen verwendet, womit das Ermessen des Auftraggebers bzw. der zuständigen Behörde zum Ausdruck kommt. Die Ermessensausübung muss nach den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung erfolgen. Dem folgend muss beim Vorliegen eines sanktionswürdigen Sachverhalts der Entscheid, eine Sanktion zu verfügen wie auch darauf zu verzichten, nachvollziehbar begründet werden können. Der Entscheidungsspielraum wird zum einen durch den konkreten Fall, zum anderen durch frühere einschlägige Entscheide mitbeeinflusst. Wenn demnach bei einem vergleichbaren Sachverhalt eine Sanktion ausgesprochen wurde, steigen die Anforderungen an die Begründung auf den Sanktionierungsverzicht in einem späteren Fall.

3.2 Die Prozesse zur Erkennung problematischer Anbieter bestehen teilweise

Um einen Anbieter überhaupt von einem Verfahren ausschliessen, einen Zuschlag widerrufen, einen Anbieter von einer Liste streichen oder sperren zu können, müssen zunächst einmal die Sachverhalte nach Art. 44 BöB durch den Auftraggeber erkannt werden.

Die meisten im Gesetz aufgeführten Sachverhalte werden mittels Selbstdeklarationen sowie bei den Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien (EK) der Vergabeverfahren abgefragt.³ Zu den Inhalten der Selbstdeklaration bestehen Empfehlungen und Vorlagen der BKB. Diese werden oftmals angewendet. Die Häufigkeit der Überprüfung der Selbstdeklarationen fällt jedoch eher gering aus. Einzelne Sachverhalte, wie z. B. die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen, von Lohngleichheit oder die Einhaltung des Umweltrechts, sind schliesslich Vertragsbestandteile.⁴

Weitere Sachverhalte des Art. 44 BöB sind dem Auftraggeber bekannt, da diese in der Regel in der direkten Zusammenarbeit mit dem Anbieter erfolgen. Als Beispiel soll Art. 44 Abs. 1 lit. h. BöB näher betrachtet werden. Dieser besagt, dass der Auftraggeber einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen kann, wenn frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt wurden. Die Fachliteratur führt hierzu aus, dass «nicht jede mangelhafte Erfüllung der Vertragspartnerin ausreicht, sondern dass eine absichtliche oder grobfahrlässig verschuldete Pflichtverletzung vorliegen muss, welche objektiv und schwerwiegend ist»⁵. Dies muss mit einer hinreichenden und regelmässigen Dokumentation nachgewiesen werden.⁶

In der Bundesverwaltung bestehen Bestrebungen, eine solche «hinreichende» Dokumentation künftig als Bestandteil eines Lieferantenmanagements aufzubauen. Ein Ziel der Beschaffungsstrategie 2021–2030 der Bundesverwaltung ist es, dass «die Beschaffungs- und Bedarfsstellen des Bundes [...] den Beizug von wichtigen Lieferanten mit einem bundesweiten und systemisch eingebundenen Lieferantenmanagement»⁷ steuern. Hier steht man jedoch noch am Anfang (siehe Ziffer 3.4).

Beurteilung

Die Vorlagen der BKB zu den Selbstdeklarationen und die Pflichtenhefte der Auftraggeber (Teilnahmebedingungen, EK) identifizieren die relevanten Sachverhalte aus Art. 44 BöB. Erfolgen keine oder nur selten Kontrollen dieser Deklarationen, kann jedoch keine Aussage über deren Korrektheit gemacht werden. Die Selbstdeklarationen haben den Sinn, den Aufwand auftragnehmer- und auftraggeberseitig zu verringern. Dies muss beibehalten werden. Eine vollständige Überprüfung der Deklarationen ist nicht zielführend. Eine stichprobenartige Überprüfung sollte jedoch regelmässig stattfinden.

³ Ausgenommen Art. 44 Abs.1 lit. c BöB: «Es liegt eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil des jeweiligen Auftraggebers oder wegen eines Verbrechens vor.» Ist der Lieferant aufgrund dieses Tatbestandes jedoch auf der BKB-Sanktionsliste erfasst, so wird dies durch die meisten Auftraggeber wiederum ermittelt.

⁴ Siehe auch Art. 12 BöB.

⁵ L. Locher (2020): Art. 44 Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlags. In H.R. Trüeb (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Schulthess, S. 594.

⁶ Ebd. S. 594.

⁷ Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung: Umsetzungsstrategie zur Totalrevision des öffentlichen Beschaffungsrechts für die Strategieperiode 2021–2030, S. 14.

Die Sachverhalte des Art. 44 BÖB, welche die direkte Zusammenarbeit mit dem Anbieter betreffen, benötigen eine sehr gute Dokumentation, um diese über unterschiedliche Projekte hinweg zu erkennen und später nötigenfalls auch vor Gericht nachweisen zu können. Folgt man der oben beschriebenen Definition bzgl. der Schwere der Verfehlung nach Art. 44 Abs. 1 lit. h BÖB, sind einer Umsetzung starke Grenzen gesetzt. Die künftige Rechtsprechung wird den Umgang mit diesen Vorgaben aufzeigen müssen. Die EFK sieht jedoch Chancen, dass ein funktionierendes Lieferantenmanagement ausreichend Nachweise liefert, um diese Sachverhalte belegen zu können.

3.3 Ein Informationsaustausch zwischen den Auftraggebern ist stark begrenzt

Die BKB-Sanktionsliste wird als Sanktionierungsinstrument noch sehr wenig genutzt. Zum Prüfungszeitpunkt befanden sich 13 natürliche Personen auf der Liste und keine juristischen (Unternehmen). Der Grund dafür ist, dass bisher nur Privatpersonen sanktioniert wurden. Bei welchen Unternehmen und in welcher Rolle die sanktionierten Personen arbeiten, wird durch die BKB derzeit nicht erhoben. Alle 13 Personen wurden durch denselben Auftraggeber gemeldet, bei allen Einträgen handelt es sich um denselben Vorfall (strafrechtliche Verurteilung).

Wer darf Informationen aus der BKB-Sanktionsliste erhalten?

Im BÖB Art. 45 Abs. 3 ist hierzu Folgendes erfasst: Eine vom Bundesrat bezeichnete Stelle⁸ «führt eine nicht öffentliche Liste der sanktionierten Anbieterinnen und Subunternehmerinnen unter Angabe der Gründe für den Ausschluss sowie der Dauer des Ausschlusses von öffentlichen Aufträgen. Sie sorgt dafür, dass jede Auftraggeberin in Bezug auf eine bestimmte Anbieterin oder Subunternehmerin die entsprechenden Informationen erhalten kann. [...] Bund und Kantone stellen einander alle nach diesem Artikel erhobenen Informationen zur Verfügung».

Da sich aus dem revidierten BÖB zahlreiche Fragen zur Umsetzung von Art. 45 BÖB ergaben, liess die Geschäftsstelle der BKB zum Art. 45 BÖB ein externes Gutachten⁹ erstellen, welches im November 2021 vorlag. Die aktuelle Praxis der BKB zur Erlaubnis zum Abruf aus der Sanktionsliste richtet sich an den Ergebnissen des Gutachtens aus.

Folgende *Einschränkungen* sind hierbei von besonderem Interesse (siehe Abbildung 3):

- Ein Austausch von Informationen aus der Sanktionsliste zwischen Bund und Kantonen ist nur zulässig, wenn es sich um eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines *Verbrechens* handelt. Bei allen anderen Sachverhalten darf kein Informationsfluss erfolgen.
- Ein Austausch von Informationen in der gesamten Bundesverwaltung (zentral, dezentral, bundesnahe Betriebe) ist nur zulässig, wenn es um den Tatbestand der Korruption, d. h. um die Verletzung gegen Bestimmungen zur Bekämpfung der Korruption (z. B. Art. 322ter ff. StGB) geht und bei Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung wegen eines Verbrechens.

⁸ Geschäftsstelle BKB (Art. 25 VöB).

⁹ N. Diebold, B. Rüttsche (2021): Gutachten «Beschaffungsrechtliche Sanktionsliste», Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Luzern.

- Bei allen anderen Tatbeständen, die im Art. 45 Abs. 1 BÖB aufgeführt sind, darf nur derjenige Auftraggeber Informationen aus der Liste erhalten, der Teil derselben Rechtspersönlichkeit¹⁰ ist, wie die meldende Stelle.

Beispiel: Meldet ein Auftraggeber der zentralen Bundesverwaltung eine Sanktionsverfügung (Auftragssperre bis zu fünf Jahren) an die BKB-Sanktionsliste, so kann auch nur ein Auftraggeber der zentralen Bundesverwaltung diese Information von der Liste abrufen und nicht ein Auftraggeber der dezentralen Bundesverwaltung oder der bundesnahen Betriebe.

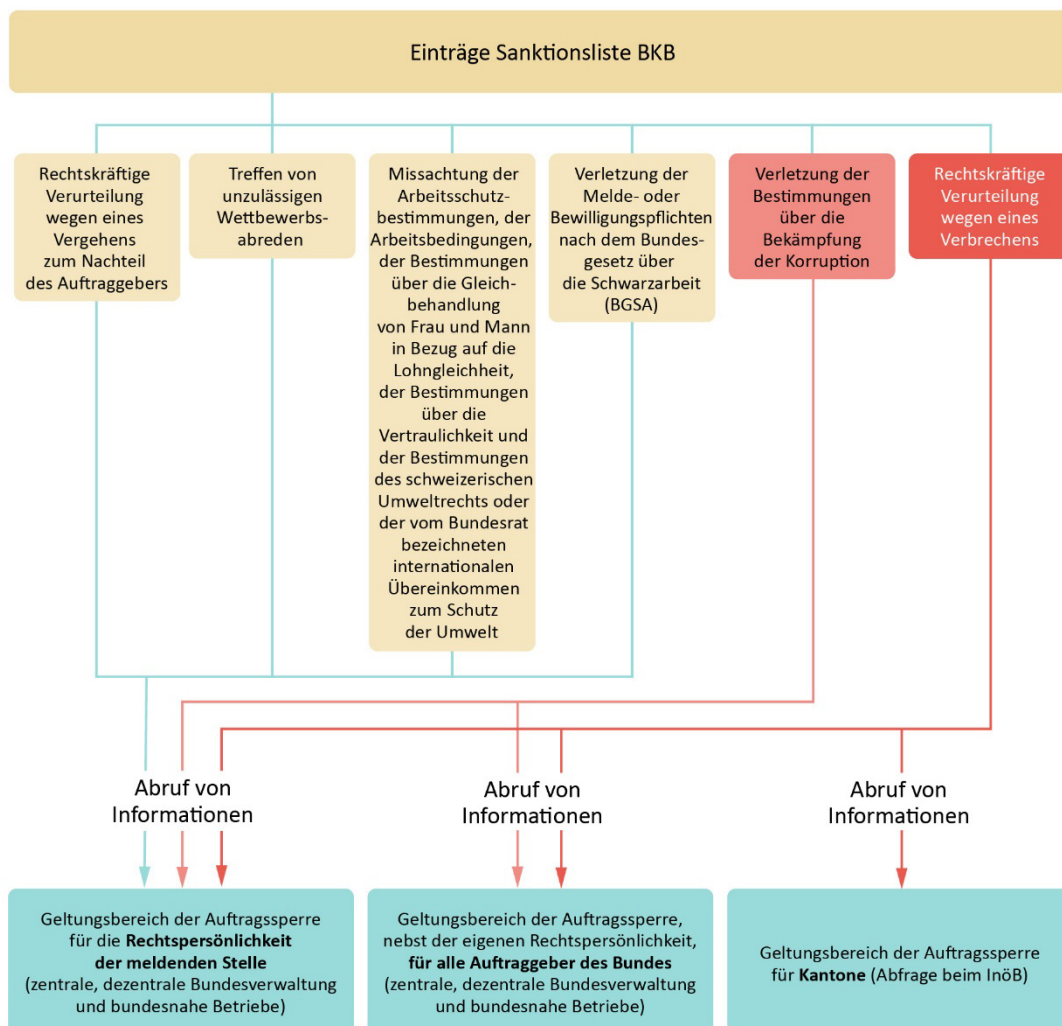


Abbildung 3: Berechtigungen zur Auskunft über Einträge in der Sanktionsliste der BKB (vereinfachte Darstellung EFK; entspricht der aktuellen BKB-Praxis gemäss N. Diebold, B. Rüttsche (2021): Gutachten «Beschaffungsrechtliche Sanktionsliste», Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Luzern)

¹⁰ «Als Auftraggeberin sind alle Organisationseinheiten derselben Rechtspersönlichkeit zu verstehen (wie Zentralverwaltung, öffentliche Unternehmen).» (Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBL 2017 1851, S. 1965).

Lieferantenmanagement

In einer Sitzung der Generalsekretärenkonferenz (GSK) im Dezember 2022 wurde die Notwendigkeit geäussert, in der Bundesverwaltung ein Lieferantenmanagement einzuführen. Im Anschluss begann das BBL mit den rechtlichen Abklärungen beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB). Abgeklärt wurde, ob ein bundesweites Lieferantenmanagement aufgrund der rechtlichen Grundlagen zulässig ist. Zu diesem Zeitpunkt war das revidierte BÖB bereits seit rund zwei Jahren in Kraft.

Die Ergebnisse dieser Abklärung waren wie folgt:

- Der EDÖB teilte dem BBL mit, dass zwar das Sammeln von eigenen Erfahrungen durch Art. 44 Abs. 1 lit. h BÖB gedeckt sei, aber keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine systematische Bekanntgabe an andere Auftraggeber bzw. einen systematischen Informationsaustausch zwischen den verschiedenen Auftraggebern darstelle. Eine solche systematische Sammlung und Bekanntgabe widerspräche dem Datenschutzrecht und dem revidierten Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (revRVOG).
- Im Rahmen der Amtshilfe könne Auskunft gegeben werden.

Die Legislative ging im Dezember 2022 davon aus, dass mit der Einführung des Art. 44 Abs. 1 lit. h BÖB eine Handlungsgrundlage für das Lieferantenmanagement bestünde.

Das BBL erarbeitete im Anschluss zwei Lösungsvarianten für dieses Problem. Variante a) beinhaltete das Ausschöpfen der Möglichkeiten für ein Lieferantenmanagement nach geltendem Recht. Dies bedeutet, dass Bedarfsstellen, die zusammen mit dem BBL eine zentrale Beschaffung durchführen, Einblick in dessen Lieferantenmanagement erhalten dürfen, sofern die Voraussetzungen der Amtshilfe erfüllt sind. Variante b) beinhaltete über die unter Variante a) erwähnten Tätigkeiten hinaus das Ziel, die Schaffung der notwendigen gesetzlichen Grundlage zu veranlassen. Der Entscheid der GSK fiel auf Variante a) mit dem Zusatz nach einem Jahr – im Februar 2024 – Bilanz zu ziehen.

Die aktuelle Rechtsgrundlage lässt einen systematischen Informationsaustausch zwischen den Auftraggebern des Bundes nicht zu und definiert keine Verantwortlichkeiten für ein amtsübergreifendes Lieferantenmanagement.

Beurteilung

Bei den Möglichkeiten des Abrufs aus der Sanktionsliste ist für die EFK nicht abschliessend feststellbar, ob die derzeitige Umsetzung tatsächlich dem Willen des Gesetzgebers entspricht. War beabsichtigt, dass zwischen Bund und Kantonen ein Informationsaustausch nur über Verbrechen stattfindet und innerhalb der gesamten Bundesverwaltung ein Informationsaustausch nur bei Verbrechen und Korruption möglich ist?

Beim Abfrageprozess aus der BKB-Sanktionsliste bestehen noch Schwachstellen. Derzeit sind nur Privatpersonen auf der Sanktionsliste erfasst und es sind keine Unternehmenszugehörigkeiten sowie Rollen erkennbar. Die Thematik ist neu und die Prozesse befinden sich bei der BKB im Aufbau.

Das Vorgehen des BBL beim Lieferantenmanagement erscheint der EFK derzeit folgerichtig. Das Lieferantenmanagement muss künftig v. a. bei den zentralen Beschaffungsstellen geführt werden. Sollen die Verantwortlichkeiten für ein amtsübergreifendes Lieferantenmanagement künftig definiert werden, so benötigt es die Einführung der notwendigen rechtlichen Grundlage. Die nochmalige Überprüfung des Vorgehens des BBL 2024 wird daher begrüsst.

3.4 Der Nutzen eines Ausschlusses von Anbietern wird häufig nicht gesehen

Die Möglichkeit, gegen Anbieter eine Sperre zu verfügen und diese auf der BKB-Sanktionsliste erfassen zu lassen, wird bis heute durch die Auftraggeber des Bundes kaum genutzt.

Der Umgang mit der Sanktionsliste ist im Entstehen begriffen. Das Instrument ist noch nicht bekannt. Die Tatbestände, die zu einem Eintrag auf der Sanktionsliste führen, müssen schwerwiegend sein (Korruption, Wettbewerbsabreden) und sind dementsprechend selten sowie schwierig zu erkennen. Diese werden mit Selbstdeklarationen bei den Anbietern abgefragt.

Von grossem Interesse ist die Frage, warum der Ausschluss vom Verfahren, der Widerruf eines Zuschlags oder die Streichung aus einem Verzeichnis aufgrund mangelhafter Vertragserfüllung kaum zur Anwendung kommt. Das heisst, warum wird ein Anbieter, der eine «schlechte» Leistung erbracht hat, nicht vom nächsten Vergabeverfahren ausgeschlossen?

Von den im Rahmen der Prüfung befragten Stellen wurde hierzu ausgeführt, dass schlechte Leistungen oftmals nicht einer ganzen Firma angelastet werden könnten, sondern häufig nur einzelne Personen betreffen. Die Projektbeteiligten müssen ihre Mitwirkungspflichten erfüllt haben und dürfen die schlechte Leistung der Lieferantin nicht mitverschuldet haben. Das aufzuzeigen bedarf einer ausführlichen Dokumentation.

Man kämpfe bei zahlreichen Ausschreibungen des Bundes darum Angebote zu erhalten. Eine zusätzliche Verkleinerung des Marktes müsse unbedingt vermieden werden. Über allem stünden Bedenken hinsichtlich der Erfolgchancen der Kläger bei allfälligen Beschwerden.

Beurteilung

Treffen schwerwiegenden Tatbestände auf einen Anbieter zu, so sollten die Sanktionen, wie im Gesetz beschrieben, zur Anwendung kommen.

Schwieriger wird künftig die Beantwortung der Frage nach dem Umgang mit Anbietern bei mangelhafter Vertragserfüllung aus vorgängigen Aufträgen sein. Das geplante Lieferantenmanagement wird hierbei helfen. Zudem ist es eine Zielvorgabe aus der Beschaffungsstrategie des Bundes. Dieses Ziel kann mit den heutigen gesetzlichen Vorgaben jedoch nur schwer erreicht werden (siehe Ziffer 3.3).

Künftig wird es ein Umdenken benötigen – weg vom Ausschluss hin zum Lieferantenmanagement und der kontinuierlichen Bewertung. Die Abteilung Tiefbau im Departement Bau, Verkehr und Umwelt im Kanton Aargau macht es seit zehn Jahren vor, indem sie Unternehmensbewertungen in ihre Ausschreibungen einfliessen lässt. Die Lieferantenbewertung ist Teil eines Lieferantenmanagements. Dies befindet sich beim Bund im Aufbau. Zum Prüfungszeitpunkt bestand hierzu kein einheitliches Vorgehen zwischen den zentralen Beschaffungsstellen. Zudem war offen, welches Tool künftig hierfür verwendet werden soll. Dies kann zu einem heterogenen Erscheinungsbild des Lieferantenmanagements innerhalb der Bundesverwaltung führen. Für die Anbieter, die mit mehreren Auftraggebern innerhalb der Bundesverwaltung zusammenarbeiten, wird dies herausfordernd werden. Eine spätere Harmonisierung kann Schwierigkeiten mit sich bringen. Eine Abstimmung oder zumindest eine Begründung zum Vorgehen der zentralen Beschaffungsstellen beim Lieferantenmanagement würde die EFK als zielführend erachten.

Anhang 1: Rechtsgrundlagen

Rechtstexte

Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019
(Stand 1. Januar 2022), SR 172.056.1

Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 12. Februar 2020
(Stand 1. Januar 2021), SR 172.056.11

Botschaften

17.019 – Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBL 2017 1851

Anhang 2: Abkürzungen

armasuisse	Bundesamt für Rüstung
ASTRA	Bundesamt für Strassen
BBL	Bundesamt für Bauten und Logistik
BKB	Beschaffungskonferenz des Bundes
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EAWAG	Wasserforschungsinstitut des ETH-Bereichs
EFK	Eidgenössische Finanzkontrolle
EK	Eignungskriterium
EMPA	Eidgenössische Materialprüfungs- und Forschungsanstalt
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
GSK	Generalsekretärenkonferenz
PSI	Paul-Scherrer-Institut
revRVOG	Revidiertes Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
ZK	Zuschlagskriterium