

Geiz ist nicht geil: Qualitätswettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen

Marc Steiner,
Richter am Bundesverwaltungsgericht*

*Der Referent vertritt seine persönliche Meinung.

Luzern / 25. Januar 2018

1

Grundaussagen: Kulturwandel im Vergaberecht?

- Das neue EU-Vergaberecht intendiert eine Bewegung hin vom niedrigsten Preis zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis und damit eine neue Vergabekultur
- Das geltende schweizerische Vergaberecht ist in Bezug auf die Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebots eigentlich auf Qualität ausgerichtet; das Problem ist die Vergabekultur.

Luzern / 25. Januar 2018

2

Gliederung

- Neue Ernsthaftigkeit: Vergaberechts-compliance ist im öffentlichen Sektor Chefsache
- Was ist an der Regulierung des öffentlichen Beschaffungswesen speziell?
- das wirtschaftlich günstigste Angebot / Qualitäts- und Preiswettbewerb
- Praktische Probleme in der Umsetzung / Vergaberecht und Vergabekultur

Luzern / 25. Januar 2018

3

Sensibilisierung / neue Ernsthaftigkeit

Unregelmässigkeiten in der Bundesverwaltung

Widmer-Schlumpf stellt Chef der Steuerverwaltung frei

Finanzministerin Eveline Widmer-Schlumpf hat Urs Ursprung, Chef der Steuerverwaltung, vorläufig freigestellt. Grund ist der wiederholte und bewusste Verstoß gegen beschaffungsrechtliche Vorschriften im Zusammenhang mit einem Informatikprojekt. Im Januar 2012 war eine Administrativuntersuchung eingeleitet worden.

19.6.2012, 15:57 Uhr | [2 Kommentare](#)



Warum muss man den öffentlichen Einkauf regulieren? Mit welchem Ziel?

Wir brauchen ein Gesetz für den öffentlichen Einkauf, weil der Staat nicht Konkurs geht, wenn er unvernünftig wirtschaftet; es fehlen die „Peitsche des Insolvenzrisikos“ und der Wettbewerbsdruck.

Regulierungsziele sind insbesondere:

- Marktöffnung (Binnenmarkt/Welthandel)
- good governance (haushälterischer Umgang mit Mitteln, Korruptionsprävention)
- [- strategic use of public procurement (Nachhaltigkeit)]

Was ist das Besondere an der Regulierung des öffentlichen Einkaufs?

Im Unterschied zum „normalen“ Wirtschaftsverwaltungsrecht (beispielsweise Kartellrecht oder Finanzmarktaufsicht) reguliert der Staat mit dem Beschaffungsgesetz gerade nicht in erster Linie die ihre Leistungen anbietenden Unternehmen, sondern die Verwaltung selbst, also die einkaufende Auftraggeberseite.

Revidiertes GPA 2012

Preamble:

Recognizing the importance of transparent measures regarding government procurement, of carrying out procurements in a transparent and impartial manner and of avoiding conflicts of interest and corrupt practices, in accordance with applicable international instruments, such as the United Nations Convention Against Corruption; ...

Totalrevision Beschaffungsrecht Schweiz

Botschaft vom 15. Februar 2017

“Korruption gilt heute als wesentliches Element der Wettbewerbsverfälschung und Wettbewerbsverhinderung im öffentlichen Beschaffungswesen.” Darum braucht es in Art. 2 des Beschaffungsgesetzes “eine spezifische beschaffungsrechtliche Zwecknorm” (BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1886).

Die Ziele des Vergaberechts nach der Botschaft 2017 für das neue BÖB

Art. 2 lit. a E-BöB:

Dieses Gesetz bezweckt:

- a. den wirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel;
- b. die Transparenz des Vergabeverfahrens;
- c. die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen
- d. die Förderung des wirksamen Wettbewerbs [inkl. Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden und Korruption]

Luzern / 25. Januar 2018

9

Die Ziele des Vergaberechts I

Vulgärutilitaristische mögliche Haltung der Auftraggeberseite:

Ich kaufe einfach ein, was für mich am vorteilhaftesten ist, und die langfristigen Auswirkungen auf dem Markt interessieren mich nicht.

Wettbewerb und wirtschaftlicher Mitteleinsatz können nicht absolut gesetzt werden. Da gibt es Zielkonflikte.

Beispiel: Strategische Losvergabe gemäss Art. 21 Abs. 1bis BÖB

Luzern / 25. Januar 2018

10

Die Ziele des Vergaberechts II

Die Vorgabe der Wirtschaftlichkeit (im Sinne von Art. 1 BÖB) bleibt insofern unbestimmt, als sie als offenes Prinzip nicht abschliessend klärt, ob das Vergaberecht dem Preis- oder dem Qualitätswettbewerb verpflichtet sein soll. Die Antwort auf diese Frage gibt Art. 21 BÖB.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des schweizerischen BÖB I

Abs. 1:

Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des schweizerischen BÖB II

Sowohl aufgrund des Wortlautes als auch der Entstehungsgeschichte von Art. 21 Abs. 3 BÖB ist der Umkehrschluss zulässig, dass der Gesetzgeber den reinen Preiswettbewerb bei *nicht* weitgehend standardisierten Gütern als nicht sachgerecht erachtet (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2960/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 4.2.5.1 f. mit Hinweisen; Steiner, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 166 f. mit Hinweisen).

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des schweizerischen BÖB III

Die Ermittlung des besten Kosten-Leistungsverhältnisses (bewusst nicht nur Preis-Leistungsverhältnisses) der Angebote durch die Würdigung aller Zuschlagskriterien ist der eigentliche Sinn und Zweck des Beschaffungsverfahrens (Erläuternder Bericht zum VE BÖB vom 30. Mai 2008, S. 54 zu Art. 29 Abs. 3 VE BÖB 2008).

Nach Entwurf 2017 Art. 41 des Entwurfs ("Zuschlag") i.V.m. Art. Art. 29 des Entwurfs ("Zuschlagskriterien"); vgl. dazu Botschaft vom 15. Februar 2017, S. 1956

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des schweizerischen BÖB IV

Öffentliche Aufträge müssen an den günstigsten Bewerber gehen. (Weltwoche vom 24. November 2016, S. 35)



Nein! Das wirtschaftlich günstigste ist nicht das billigste Angebot!

Luzern / 25. Januar 2018

15

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des schweizerischen BÖB V

Nach dem schweizerischen Vergaberecht hat die Auftraggeberin einen Spielraum bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien. Sie kann wie auch bei den technischen Spezifikationen definieren, wie wichtig ihr gute Qualität ist.

Die Anbieter richten sich danach aus. Auszug aus Verhandlungsprotokoll: "Aufgrund der Gewichtung des Preises haben wir die konventionelle Lösung vorgeschlagen." Gehen Innovationsförderung und Betonung des Preiswettbewerbs zusammen?

Luzern / 25. Januar 2018

16

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU

Das neue EU-Vergaberecht intendiert eine Bewegung hin vom niedrigsten Preis zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis und damit eine neue Vergabekultur; abweichend von der bisherigen Regelung misst der EU-Gesetzgeber dem reinen Preiswettbewerb zukünftig nur eine nachrangige Bedeutung bei (Soudry/Hettich, S. 64; vgl. dazu auch 17. forum vergabe Gespräche 2015, S. 148).

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU

"The new criteria will put an end to the dictatorship of the lowest price and once again make quality the central issue," Mr. Tarabella explained.

(Pressemitteilung vom 15. Januar 2014 betreffend die Zustimmung des Europäischen Parlaments zu den neuen EU-Vergaberichtlinien)

Mehreignung

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (und auch nach neuem EU-Richtlinienrecht) ist die Besserbewertung von Schlüsselpersonal im Rahmen des Zuschlags im Sinne einer Mehreignung ausdrücklich zulässig (BGE 139 I 489).

Wird das gemacht, verschiebt sich das Gewicht weg vom Preiswettbewerb hin zum Qualitätswettbewerb.

Unterangebot

In Bezug auf dieses Thema sind wir in der Schweiz liberale Musterknaben, was die Wettbewerbszielsetzung angeht (Art. 25 Abs. 4 VöB). Die Bauwirtschaft fordert (wie die europäische Bauwirtschaft) im Rahmen der Vergaberechtsreform ein verschärftes Vorgehen gegen Unterangebote. Interessanterweise spricht in der Schweiz keiner über das europäische Richtlinienrecht (Art. 69 der Richtlinie 2014/24/EU), obwohl dort eine mögliche Option für eine Verschärfung der Regelung beschrieben wird (vgl. Vorstoss NR Beat Flach 17.3345 4. Mai 2017).

Nachhaltigkeit und Preiswettbewerb

Die Nachhaltigkeitszielsetzung, d.h. die Integration längerfristig relevanter Gesichtspunkte, passt zu reinem Preiswettbewerb wie die sprichwörtliche Faust aufs Auge.

Oder umgekehrt: Bauwirtschaft, Ingenieure, Textilindustrie usw. müssen sich fragen, ob sie ein Interesse daran haben, economiesuisse bei der Bekämpfung des Nachhaltigkeitsziels zu unterstützen.

Ermessensspielräume/Vergabekultur

Die Vergabestelle hat das, was die Deutschen das „Leistungsbestimmungsrecht“ nennen. Sie entscheidet also selbst, ob sie das billigere oder das qualitativ anspruchendere Produkt will. Dieser Entscheid ist auch richterlicher Kontrolle weitgehend entzogen. Und trotzdem verstecken sich dann die Vergabestellen, sobald sie sich öffentlicher Kritik ausgesetzt sehen, nicht selten auch dort hinter dem Gesetz bzw. den sich daraus angeblich ergebenden Sachzwängen, wo ihnen dieses Gesetz Spielräume öffnet.

Fazit

Das geltende Schweizer Recht hat richtig ausgelegt klaren Qualitätsfokus. Das europäische Recht hat sich in dieselbe Richtung entwickelt. Wenn das in der Praxis nicht so gelebt wird (falsche Vergabekultur), kann man versuchen, das Gesetz zu ändern, und/oder offensiv um die Lufthoheit über dem vergaberechtspolitischen Stammtisch kämpfen, woraus sich die richtige Vergabekultur ergibt (vgl. Vorstoss NR Thierry Burkart 16.3506 16. Juni 2016). Fakt ist: Die Vergabekultur von SBB, Bundesämtern und Gemeinden kann man politisch steuern.