

Stellungnahme Marc Steiner zuhanden der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats betreffend den Entwurf des Bundesrates vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)

Sehr geehrte Frau Präsidentin

Sehr geehrte Mitglieder der WAK-N

Am 3. April 2017 bin ich ersucht worden, zuhanden Ihrer Kommission eine Stellungnahme zur laufenden Vergaberechtsreform abzugeben. Dieser Bitte ist umso eher zu entsprechen, als das Hauptanliegen der Totalrevision, die Beschaffungserlasse von Bund und Kantonen – unter Beibehaltung der föderalen Kompetenzaufteilung – so weit wie möglich zu harmonisieren, sehr unterstützenswert erscheint. Eine Kurzzusammenfassung der Stellungnahme für eilige Leserinnen und Leser findet sich am Schluss des Dokuments. Die Harmonisierung des Vergaberechts ist namentlich im Interesse der Wirtschaft, welche in der Rolle als Anbieterin nicht auf kleinstem Raum mit verschiedenen Regelungen zum öffentlichen Einkauf konfrontiert werden soll (vgl. zu den diesbezüglichen Vernehmlassungsergebnissen etwa die Botschaft, S. 24 f.). Damit die Harmonisierung gelingt, muss die Abstimmung mit den Kantonen, namentlich mit der Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz (BPUK), so eng bleiben wie sie dies bisher zwischen Finanzdepartement und BPUK war (Stichwort: Arbeitsgruppe AURORA; vgl. Botschaft, S. 16). Andererseits kann sich der Bundesrat meines Erachtens auch nicht wegen des Deals mit den Kantonen auf den Standpunkt stellen, das Parlament dürfe die Vorlage quasi nicht mehr antasten, um die Zustimmung der Kantone nicht auf Spiel zu setzen (Botschaft, S. 18 unten und S. 25 „richtiges Augenmass“). In diesem Sinne wollten einige Akteure thematisch-inhaltlich möglichst wenig Innovation, um die Harmonisierungszielsetzung nicht zu gefährden, was man namentlich am Vorentwurf vom April 2015 schön sehen kann. So funktioniert parlamentarische Demokratie indessen nicht. Das gilt umso mehr für heisse Regelungsinhalte wie etwa die lex specialis zum Öffentlichkeitsgesetz (Art. 49 Abs. 3 des Entwurfs) oder auch zum Rechtsschutz auf Bundesebene (Art. 52 Abs. 2 des Entwurfs); die entsprechenden Bestimmungen sind ohnehin nicht mit Rücksicht auf die föderale Struktur unseres Landes am 15. Februar 2017 in der nun vorliegenden Form verabschiedet worden.

I. Internationale Megatrends in Bezug auf die Regulierung des öffentlichen Beschaffungswesens

1. Einleitung

Warum funktionieren Vergaberecht und Vergaberechtspolitik heute so anders als vor zwanzig Jahren, als das geltende Beschaffungsgesetz vom 16. Dezember 1994 das Licht der Welt erblickte? Wir erinnern uns, dass Binnenmarkt-, Vergabe- und Kartellrecht Mitte der 90er der Plan B waren, nachdem der EWR-Beitritt der Schweiz gescheitert war. Als Ersatz für den EWR war eine selbstgebastelte Liberalisierung, eine «marktwirtschaftliche Erneuerung» das Ziel. Insbesondere der trägen Bauwirtschaft sollte eine Fitnesskur verabreicht werden unter Intensivierung des Preiswettbewerbs, damit die öffentliche Hand nicht zu hohe Preise zahlt. Ausserdem sollte der Exportwirtschaft der Marktzugang gesichert werden. Dieser Denkweise entsprachen in gleicher Weise das Welthandelsvergaberecht (Government Procurement Agreement [GPA] 1994) wie auch das damals geltende europäische Richtlinienrecht zum öffentlichen Beschaffungswesen. Es geht nach der Logik der 90er bei der Regulierung des staatlichen Einkaufs um Marktzugang, Wettbewerb und Geld. Wenn das heute auch noch so wäre, gäbe es aus inhaltlicher Sicht kaum einen Grund, das Vergaberecht zu revidieren. Indessen ist die Lage – und dies stelle ich ganz ohne rechtspolitische Wertung fest – so, dass wir jedenfalls für das Vergaberecht der Industrienationen einen Paradigmenwechsel erleben, der sich in Genf (WTO; Stichwort: revidiertes GPA 2012), Brüssel (EU-Vergaberichtlinien 2014) und Berlin (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB] 2016) ebenso schön zeigen lässt wie im Entwurf des Bundesrates vom 15. Februar 2017. In einem einschlägigen deutschen Kommentar zur neuen Bestimmung betreffend die Zuschlagskriterien heisst es dazu lapidar: «Das, was in den 90ern herrschende Ansicht unter den Vergaberechtlern war, darf inzwischen als eine im demokratischen Willensbildungsprozess nicht (mehr) mehrheitsfähige Ansicht angesehen werden.»

Dabei gibt es drei Megatrends: Good governance, Qualitätswettbewerb und Nachhaltigkeit. Allen drei Themen ist gemein, dass sie voraussetzen, dass sich die Liberalisierung nicht als Selbstzweck versteht, sondern dass der Gesetzgeber mit Blick auf das Ziel der Kohärenz der Rechtsordnung bei der Regelung des öffentlichen Einkaufs gewisse Kompromisse eingeht. Oder anders: Nach der Logik der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 kann man nicht die Nachhaltige Entwicklung zum Staatsziel erklären, aber den Vergabestellen – wie es das aus dem Jahre 1994 stammende geltende Recht tut – in Bezug auf wichtige soziale Aspekte verbieten, diese im Rahmen einer staatlichen Corporate Social Responsibility-Strategie zu berücksichtigen. Warum kommt die armasuisse mit ihren in Rumänien zu

„Hungerlöhnen“ produzierten Kampfstiefeln in der Rundschau? Weil für private Unternehmen die Erwirtschaftung von Gewinn das Kerngeschäft ist und die Intensität der Corporate Social Responsibility-Bemühungen in der Tendenz Sache der privaten Unternehmen ist, wogegen der Staat seine in der Verfassung (Art. 2 BV) formulierten Werte auch im Rahmen des öffentlichen Einkaufs umsetzen können muss. Tut er dies nicht, kann es geschehen, dass er wegen widersprüchlichen Verhaltens am Pranger steht (Stichwort: Politikkohärenz). Darum erklärt der Bundesrat auch seinen festen Willen, beim Einkauf auch auf ökologische und soziale Aspekte zu achten. Und mit Blick auf diese Reputationsrisiken möchte die armassuisse mit den Worten eines leitenden Einkäufers gerne «anständig» einkaufen. Und dafür gibt das geltende Vergaberecht der Verwaltung schlicht nicht genügend Instrumente in die Hand, weil bisher die Liberalisierung als Zweck und nicht als Mittel zum Zweck gedacht wird. Die Nachhaltigkeitsaspekte sind im Ergebnis flankierende Massnahmen zur Liberalisierung und zur Globalisierung, um deren Kollateralschäden in einem vernünftigen Rahmen zu halten. Der konsensfähige Ansatz der EU-Vergaberechtsregulierung, den der Entwurf des Bundesrates im Ergebnis übernimmt, ist, dass die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten nicht Pflicht, sondern freiwillig ist. Eine Ausnahme wird nur gemacht für gesetzliche Mindeststandards betreffend namentlich die schlimmsten Formen von Kinder- und Zwangsarbeit, aber nach europäischem Recht auch für die Umweltschutzgesetzgebung. Demnach soll in Zukunft gelten: Die Städte Bern und Aarau können fair trade town werden, wenn sie das wollen, aber das Vergaberecht zwingt sie nicht dazu. Neu am bundesrätlichen Entwurf vom 15. Februar 2017 ist indessen, dass den Departementen und Kommunen künftig auch keine Steine mehr in den Weg gelegt werden sollen, wenn sie fair trade-Eigenschaft im Rahmen der Erteilung des Zuschlags belohnen wollen. Dabei wird im Rahmen der Nachhaltigkeitszielsetzung auch der industriepolitische Aspekt betont, indem die Anbieter für Innovation namentlich im Umweltbereich belohnt werden sollen. Das spielt nach der hier vertretenen Ansicht den Wirtschaftsverbänden in die Hand, welche sich schon lange darüber beklagen, dass die Vergabestellen den Preiswettbewerb zu sehr fokussieren und die Qualität zu wenig hoch gewichten, obwohl nach dem geltendem Gesetz wie auch nach künftigem Recht nicht das billigste Angebot, sondern dasjenige mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis das Rennen machen soll (Botschaft, S. 109 zu Art. 41 des Entwurfs).

2. Megatrend I: Good governance (und Rechtsschutz)

In der bundesrätlichen Botschaft zum BöB (S. 17) wird festgehalten, ein besonderes Augenmerk der Vorlage gelte den Massnahmen gegen Kollusion und Korruption. Korruption gilt heute als wesentliches Element der Wettbewerbsverfälschung und Wettbewerbsverhinderung im öffentlichen Beschaffungswesen (Botschaft, S. 37). Der Kernsatz zum Thema findet sich aber in der Botschaft zur Genehmigung des Protokolls zum revidierten GPA: Das GPA 2012 geht von der Feststellung aus, dass der Wettbewerb nicht funktionieren kann, wenn Interessenkonflikte und Korruption nicht ausgeremert oder bekämpft werden. Deshalb nimmt das GPA 2012 neu Bezug auf die internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Korruption, die auch die Schweiz ratifiziert hat. Das GPA 2012 verstärkt die Governance des öffentlichen Beschaffungswesens auf internationaler Ebene und trägt zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen der Schweizer Unternehmen in zahlreichen Ländern bei. Wie das GPA 2012 geht auch die EU-Richtlinie 2014/24/EU davon aus, dass die Regulierung des Vergaberechts nicht nur der Marktöffnung bzw. dem Binnenmarkt, sondern auch der Glaubwürdigkeit der öffentlichen Hand und der Stärkung der Institutionen dient (vgl. United Nations Sustainable Development Goal Nummer 16). Damit wird die Wahrung der Integrität des Beschaffungsprozesses zum Gesetzesziel. Aufgrund der Erfahrung der letzten Jahre inkl. einschlägige Verfahren vor dem Bundesstrafgericht wird heute auch anerkannt, dass Korruption nicht ein Phänomen ist, welches irgendwo in Afrika zu beobachten ist, sondern dass uns auch in der Schweiz die Integrität des Beschaffungsprozesses nicht einfach geschenkt wird. Ständerat Stefan Engler hält dazu mit Postulat 14.3208 vom 20. März 2014 fest, dass verschiedene, in jüngster Zeit publik gewordene mutmassliche Korruptionsvorfälle ein schlechtes Licht auf die Beschaffungspraxis der Bundesverwaltung geworfen und zu einem erheblichen Vertrauensverlust in der Öffentlichkeit geführt haben. In diesem Zusammenhang sind auch die Bemühungen des Parlaments (und neuerdings auch der Regierung) um ein glaubwürdiges Beschaffungscontrolling zu sehen. Bei der Lektüre des Postulats Engler erhellt auch unmittelbar der Zusammenhang zwischen good governance bzw. Korruptionsbekämpfung und effektivem Rechtsschutz. Beim rechtlichen Rahmen des öffentlichen Einkaufs gilt es besonders aufzupassen, weil der Staat hier die Regeln eines Spiels definiert, bei welchem er selber mitspielt. Wenn also das Eidgenössische Finanzdepartement als Dachorganisation des Bundesamtes für Bauten und Logistik und unter massgebenden Einfluss der Einkäufer von ASTRA bis SBB die Regeln zum Rechtsschutz vor Bundesverwaltungsgericht definiert, dann schreibt im Ergebnis der potenzielle Bankräuber das Einsatzdispositiv für den Polizeiposten, der die Sicherheit der Bank gewährleisten soll. Schon diese Ausgangslage zeigt, dass das Parlament nicht nur das Thema Zugang zu Beschaffungsunterlagen (Art. 49 Abs. 3 des Entwurfs), son-

dem auch den Rechtsschutz (Art. 52 Abs. 2 des Entwurfs) besonders im Auge behalten sollte, wenn die Vorlage zur parlamentarischen Beratung kommt.

3. Megatrend II: Qualitätswettbewerb

Die Schweiz hat in einem Punkt einen grossen Startvorteil. Während sich einige Nachbarländer in der Tendenz erst mit der letzten EU-Vergaberechtsreform vom Preiswettbewerb weg und hin zum Qualitätswettbewerb entwickelt haben, hat die Schweiz schon Mitte der 90er ein klares Bekenntnis zum Qualitätswettbewerb abgelegt. Dies verdanken wir dem Winterthurer Dr. Peter Baumberger, bis 1999 für die CVP im Nationalrat, der als bekannter Baujurist auch im öffentlichen Beschaffungswesen Sattelfestigkeit bewiesen hat. Nach Art. 21 Abs. 3 BöB in der Fassung gemäss dem Einzelantrag Baumberger kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen. Daraus haben das Finanzdepartement und auch die herrschende Lehre immer den richtigen Umkehrschluss gezogen, nämlich dass die Vergabe für die öffentliche Nachfrage, die sich nicht auf weitgehend standardisierte Güter bezieht, nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis und damit aufgrund mehrerer Zuschlagskriterien erfolgen soll. Folgerichtig soll im Regelfall gerade nicht die blosse Frage nach dem günstigsten Preis massgebend sein. Wie gemäss Art. 21 Abs. 1 des geltenden BöB erhält auch nach Art. 41 Abs. 1 des bundesrätlichen Entwurfs das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Das Government Procurement Agreement spricht insoweit vom „most advantageous tender“. Der Bundesrat hält dazu in der Botschaft (S. 109) fest, es sei im Rahmen der Vernehmlassung der Vorschlag gemacht worden, (in wörtlicher Übersetzung der GPA-Formulierung) den Begriff „vorteilhaftestes Angebot“ einzuführen, um besser zum Ausdruck zu bringen, dass neben dem Preis weitere Faktoren mitbewertet werden. Diesen Vorschlag lehnt die Regierung jedoch ab, weil sich der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots in der deutschsprachigen Schweiz auf allen föderalen Stufen eingebürgert habe und im Einklang stehe mit der Terminologie in den EU-Richtlinien. Dazu ist ergänzend festzuhalten, dass auch der Bundesrat davon ausgeht, dass «wirtschaftlich günstig» nicht gleichbedeutend ist mit «billig» (Botschaft, S. 35 und 109). Das Problem ist nur, dass sich mit Blick auf den beschriebenen Geist der 90er eine falsche Vergabekultur und teilweise sogar ein falsches Rechtsverständnis eingenistet haben. Das war möglich, weil bei vielen Akteuren ein unausrottbarer Glaube festzustellen ist, dass die Berücksichtigung des billigsten Angebots gegenüber der Politik und der Justiz am einfachsten zu verkaufen ist. Es gilt also – mit oder ohne Neuformulierung des Artikels 41 des Entwurfs – um die Lufthoheit über dem

vergaberechtspolitischen Stammtisch zu kämpfen. Es wäre unverständlich, wenn für die Exportwirtschaft der Qualitätswettbewerb zur Maxime erhoben wird, nicht aber für die Binnennachfrage durch die öffentliche Hand. Beweisen wir, dass Carl Baudenbacher Recht hat, wenn er sagt, dass das Bekenntnis zum Qualitätswettbewerb typisch für die Schweiz ist („Swiss people are usually sensitive to quality“; ZSR 2012 II 419 ff., S. 454 f.)! Damit liegen wir seit den Vergaberichtlinien 2014 auch im europäischen Trend. Ziel des EU-Parlaments war es ausdrücklich, die «Tyrannei des niedrigsten Preises» zu beseitigen. Der nach wie vor aus ordnungspolitischer Optik gelegentlich postulierte reine Preiswettbewerb hat jedenfalls einen Grenznutzen insbesondere auch in Bezug auf die durch das öffentliche Beschaffungswesen angestrebte Förderung der Innovation. In diesem Sinne wird auch in der Botschaft (S. 20) festgehalten, dass es den Auftraggeberinnen stets gestattet ist, der Qualität der Leistung einen hohen Stellenwert einzuräumen.

4. Megatrend III: Nachhaltigkeit

Der dritte internationale Megatrend ist die Nachhaltigkeit. Aus der Sicht der 90er Jahre sollte die reine Logik des Wettbewerbs („purity principle“) nicht durch die Verfolgung politischer Ziele im Rahmen des öffentlichen Einkaufs („government by procurement“) beeinträchtigt werden. So gesehen waren je nach Sichtweise ökologische und jedenfalls aber soziale Themen wie auch die Frage nach der Lehrlingsausbildung in der von der deutschen Dogmatik abgekupferten Terminologie «vergabefremde Aspekte». Die Berücksichtigung solcher Aspekte ist nach der herrschenden Lehre nur gestützt auf eine formell-gesetzliche Grundlage zulässig. Nachdem diese Dogmatik der „vergabefremden Aspekte“ namentlich dank der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (zuletzt im Jahre 2012 mit einem als Max Havelaar-Fall berühmt gewordenen Urteil) förmlich pulverisiert worden ist, verlangt nun die Richtlinie 2014/24/EU richtigerweise immer noch einen Auftragsbezug der Anforderungen und Kriterien, geht aber in Bezug auf Nachhaltigkeitsanliegen nicht mehr von vergabefremden Aspekten aus, sondern sagt ausdrücklich, dass das Vergaberecht im Sinne eines «strategic use of public procurement» der Erreichung der Ziele der Strategie Europa 2020 dienen soll, womit insbesondere Nachhaltigkeitsziele gemeint sind (Erwägungsgrund 2 zur Richtlinie 2014/24/EU; vgl. dazu insb. die Frage 14.5148 Tiana Angelina Moser «Nachhaltigeres Beschaffungswesen auch in der Schweiz?» vom 13. März 2014). Dasselbe will der Bundesrat, wenn er im Rahmen der Botschaft (S. 35) auf die Strategie Nachhaltige Entwicklung 2016-2019 verweist (vgl. dazu auch die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation 16.3579 Dominique de Buman vom 17. Juni 2016). Ebenso neu

ist die ausdrückliche Öffnung des Welthandelsvergaberechts im Rahmen der GPA-Revision 2012 zugunsten der Anliegen des Green Public Procurement. Am 22. Februar 2017 hat am Sitz der WTO in Genf ein Symposium zur nachhaltigen Beschaffung stattgefunden, in dessen Rahmen nebst der EU insbesondere Kanada ein klares Bekenntnis zur Nachhaltigkeit auch unter Berücksichtigung sozialer Aspekte abgelegt hat. Der Paradigmenwechsel ist auch hier mit Händen zu greifen. Dabei geht es nicht darum, dass die traditionellen Ziele des Vergaberechts wie Wirtschaftlichkeit, Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung plötzlich nicht mehr zählen. Vielmehr gilt es, eine Balance herzustellen mit dem Ziel, dass die ursprüngliche Zwecksetzung des Vergaberechts nicht zu stark relativiert wird. Unter Betonung des dargestellten Paradigmenwechsels wird auch in der Botschaft festgehalten, ein besonderes Augenmerk der Vorlage gelte der ausdrücklichen Anerkennung nachhaltiger Beschaffungen (Botschaft, S. 17). Die zentralere Darstellung sei im Rahmen der Vernehmlassung auf «überaus breite Zustimmung» gestossen (Botschaft, S. 27).

II. Schlaglichter auf einzelne Themen und Bestimmungen

1. Vorbemerkungen

Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich unter dem Titel „Schlaglichter“ auf wenige ausgewählte Themen und Bestimmungen, welche die beschriebenen Megatrends in massgeblicher Weise konkretisieren. Namentlich die Unterstellungsfragen bzw. die hoch komplexe Regelung betreffend den Anwendungsbereich des Vergaberechts bleiben unerörtert. Dasselbe gilt für Instrumente wie den wettbewerblichen Dialog und Rahmenverträge, aber auch die Sprachanforderungen sowie das Thema «Leistungs- oder Herkunftsortsprinzip» in Bezug auf Arbeitsbedingungen im Inland.

2. Nachhaltige Beschaffung als Gesetzesziel gemäss Art. 2 des Entwurfs

Nach Artikel 2 (lit. a) des Entwurfs bezweckt das neue Gesetz den wirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel. Das ist Teil des Konzepts einer im Vergleich zum Entwurf vom April 2015 «zentralere[n] Darstellung der Nachhaltigkeitsaspekte» (Botschaft, S. 27). Damit entspricht der Bundesrat nicht nur der Mehrheitsposition der Vernehmlassungsteilnehmer, worunter der Wirtschaftsverband swisstextiles (Botschaft, S. 34), sondern auch einem Anliegen der

Beschaffungspraxis (KBOB, armasuisse, SBB, Post). Abgelehnt wird die Nachhaltigkeitszielsetzung demgegenüber von SVP, FDP, economiesuisse und swissmem (Botschaft, S. 27). Schon die Stellungnahme von swisstextiles zeigt, dass die Interessenlage komplizierter ist als die Positionen der Parteien vermuten lassen. Wenden wir uns daher der Bauindustrie zu. FDP-Nationalrat Thierry Burkart schreibt in seinem Postulat 16.3506 vom 16. Juni 2016 Folgendes: «In einem reinen Preiskampf ist es für Schweizer Bauunternehmungen zunehmend schwierig, bei Infrastruktur-Grossprojekten mit ausländischen Konkurrenten mithalten.» Das heisst, dass wie in Deutschland auch hierzulande die Planer wie auch die Bauindustrie gerne mehr Qualitäts- statt wie bisher Preiswettbewerb sehen und die Vergabekultur entsprechend verändern möchten. Das gehört – so könnte man jetzt argumentieren – zum Megatrend Qualitätswettbewerb und nicht zum Megatrend Nachhaltigkeit. Richtig ist, dass ein Nachhaltigkeitsziel ohne Bekenntnis zum Qualitätswettbewerb keinen Sinn macht. Andererseits begünstigt aber das Nachhaltigkeitsziel auch den Qualitätswettbewerb, weil Nachhaltigkeit nichts anderes ist als eine mögliche Art der Qualität. Ein strategisch denkender Wirtschaftsverband, dessen Mitglieder in der Schweiz als Anbieter auftreten, wird sich also zweimal überlegen, ob er die Interessen der eigenen Mitglieder einer ordnungspolitischen Parole opfert. Richtig ist, dass die Nachhaltigkeit auch als Deckmäntelchen für Protektionismus dienen kann. Aber die Möglichkeit des Verkehrsunfalls kann kein Argument sein, um den Strassenverkehr zu verbieten oder die Gewährleistung der Mobilität nicht als Ziel zu definieren. Genauso ist es auch bei der nachhaltigen Beschaffung. Inzwischen sind die Nachhaltigkeitsaspekte im Wesentlichen bei uns wie auch nach europäischem Vergaberecht etabliert. § 127 des deutschen GWB erwähnt zum Beispiel ausdrücklich soziale Zuschlagskriterien. Dabei ist immer streng darauf zu achten, dass die verlangten oder belohnten Nachhaltigkeitsbemühungen im Zusammenhang mit dem zu vergebenden Auftrag stehen und den Anbietern transparent klar gemacht wird, was im konkreten Fall erwartet wird. Das neue Gesetzesziel entspricht der Vorgabe des Staatsziels der Förderung der nachhaltigen Entwicklung (Art. 2 Abs. 2 der Bundesverfassung) und liegt absolut im internationalen Trend (Pariser Klimaabkommen, United Nations Sustainable Development Goals usw.). Aus der Sicht der Nachhaltigkeitsaspekte ablehnenden Position der Haken an dieser Bestimmung ist, dass es mit Blick auf die Politikkohärenz aufgrund des neuen Gesetzesziels folgerichtig ist, auch die Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund und soziale Zuschlagskriterien anzuerkennen. Wer also soziale Zuschlagskriterien (wie fair trade-Aspekte) ausschliessen will, bekämpft mit Vorteil auch das Gesetzesziel, auch wenn dadurch Art. 2 der Bundesverfassung (vgl. auch Art. 2 Abs. 4 BV zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen) im Ergebnis teilweise auf Leerlauf geschaltet wird. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Gesetzesziel Nachhaltigkeit schon mit Blick auf die

Vorgaben gemäss Art. 2 der Verfassung zu verteidigen. Folgerichtig gilt dasselbe auch das Zuschlagskriterium „Nachhaltigkeit“ gemäss Art. 29 des Entwurfs.

3. Integrität der Auftraggeberseite und Transparenz des Beschaffungsverfahrens als Gesetzesziele gemäss Art. 2 des Entwurfs

Nach Artikel 11 (lit. a) des Entwurfs führt die Auftraggeberin Vergabeverfahren transparent, objektiv und unparteiisch durch. Sie trifft gemäss lit. b derselben Bestimmung Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption. Damit wird im Sinne der Vorgaben des GPA 2012, aber auch dem Postulat Engler folgend der Integrität des Beschaffungsverfahrens neu besondere Bedeutung beigemessen, während früher die Marktöffnung im Zentrum stand. Diese Neuorientierung sollte nach der hier vertretenen Meinung auch im Zweckartikel des neuen Beschaffungsgesetzes prominenter zum Ausdruck kommen. Artikel 2 lit. b könnte in diesem Sinne lauten:

[Dieses Gesetz bezweckt] integrires Verhalten namentlich der Auftraggeberseite und die Transparenz des Vergabeverfahrens

Während die Parteien des GPA die Wechselwirkung zwischen Wettbewerb und Vermeidung von Korruption ins Zentrum stellen müssen, damit die WTO überhaupt als zur Regulierung legitimiert erscheint, hat das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (auf Bundesebene) einen umfassenden Regulierungsanspruch. Das bedeutet, dass wir die Integrität quasi aus der Optik der Eidgenössischen Finanzkontrolle als eigenständiges Ziel definieren können. Während die Transparenz aus der Optik der 90er nur Mittel zum Zweck der Organisation von Wettbewerb war, hat die Transparenz nach heutiger Regulierungslogik einen eigenständigen Gehalt, der über die Marktöffnungszielsetzung hinausweist. Das erhellt vor allem dort, wo es nicht um die Transparenz der Spielregeln für das Verfahren, sondern um die Nachvollziehbarkeit der Bewertung geht, die wesentlich dem good governance-Gedanken verpflichtet ist. Daraus ergibt sich namentlich, dass die Beschaffungsverfahren anständig dokumentiert werden müssen und die Vergabeakten aufzubewahren sind. Dieses Konzept rechtfertigt es, die Korruptionsbekämpfung im Sinne des Integritätsziels zum Gegenstand von Art. 2 lit. b des Entwurfs zu machen, womit Art. 2 lit. d „nur noch“ lauten würde, dass dieses Gesetz „die Förderung des

wirksamen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen, insbesondere durch Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden“ bezweckt. Die Kollusionshandlungen sind denn auch aus kartellrechtlicher Sicht näher mit dem Wettbewerbsthema verknüpft als die Bekämpfung der Korruption. Kolludiert wird denn auch auf Anbieterseite, während das Problem der Korruption nicht nur, aber in erster Linie die Auftraggeberseite ist.

4. Ausschlussgrund Verletzung der umweltrechtlichen Mindeststandards (Vorschlag für einen neuen Art. 12a)

Per 1. Januar 2010 ist Art. 7 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) in Kraft getreten, wonach die ILO-Kernarbeitsnormen (namentlich betreffend Kinder- und Zwangsarbeit) jedenfalls zu respektieren sind unter Androhung des Ausschlusses der in Frage stehenden Anbieter, wenn diese Mindestvorgaben nicht eingehalten werden. Das war namentlich ein Anliegen des Wirtschaftsverbands swisstextiles mit der Begründung, dass Schweizer Anbieter sowieso höhere Sozialstandards einhalten müssen und durch eine entsprechende Vorgabe das Dumping durch die ausländische Konkurrenz zumindest begrenzt werden könne. Ziel seien möglichst gleich lange Spiesse zwischen den Anbietern. Dass diese Norm jetzt für Bund und Kantone auf die Stufe eines formellen Gesetzes angehoben werden soll (Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 des Entwurfs) wird inzwischen nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt. Umso mehr erstaunt, dass die Umweltschutzgesetzgebung des Bundes für in der Schweiz erbrachte Leistungen nicht zum Mindeststandard bzw. Ausschlussgrund erklärt wird. Dazu hat die Bundesverwaltung schon mehrfach den Standpunkt vertreten, dann müssten ja hunderte Gesetze als Ausschlussgrund definiert werden, da ja alle Gesetze eingehalten werden müssen im Rahmen der Erbringung eines öffentlichen Auftrags. Dieses Argument war solange vertretbar, wie die Nachhaltigkeit nicht als Gesetzesziel definiert war. Nach dem neuen Konzept lässt sich der Verzicht auf umweltschutzrechtliche Mindeststandards als Teilnahmebedingung bzw. Ausschlussgrund indessen nach der hier vertretenen Meinung nicht mehr begründen. Dies umso weniger, als bereits der Vorentwurf 2008 für ein neues Beschaffungsgesetz in Art. 25 Abs. 1 eine entsprechende Bestimmung enthalten hat, welche in Vorentwurf 2015 und Entwurf 2017 stillschweigend fallen gelassen worden ist. Swisscleantech hat deshalb im Rahmen der Vernehmlassung einen Text vorgeschlagen, der den Entwurf im beschriebenen Sinne ergänzen würde:

Art. 12a Mindeststandards im Bereich des Umweltschutzes

Abs. 1: Die Auftraggeberin vergibt den Auftrag für Leistungen in der Schweiz nur an Anbieterinnen, welche die Einhaltung der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes gewährleistet.

Abs 2: Wird die Leistung im Ausland erbracht, so hat die Anbieterin zumindest die Einhaltung der Umweltabkommen gemäss Anhang 7 zu gewährleisten.

Soweit der Bundesrat darauf hinweist, dass Umweltstandards diskriminierend sein können, gilt das jedenfalls nicht für die schweizerischen umweltrechtlichen Mindeststandards bei Erbringung der Leistung in der Schweiz. Soweit in der Botschaft (S. 148) geltend gemacht wird, dass mit Blick auf das Arbeitsprogramm der WTO zur nachhaltigen Beschaffung in Bezug auf internationale Abkommen eine gewisse Vorsicht am Platze ist, kann das allenfalls für solche aus dem sozialen Bereich gelten. Demgegenüber anerkennt das revidierte GPA ausdrücklich die ökologische Zielsetzung (Green Public Procurement). So gesehen wäre es geradezu widersprüchlich, wenn gegen die in Anhang X zur Richtlinie 2014/24/EU genannten Umweltabkommen Vorbehalte angebracht würden. Solche werden denn auch weder in der Literatur noch auf handelspolitischer Ebene vertreten. Vielmehr wäre es sinnvoll, wenn in der Schweiz diesbezüglich dieselben Vorgaben gemacht würden wie in Europa. Es betrifft dies folgende Abkommen, welche nach dem Vorbild von Art. 12 Abs. 2 des Entwurfs (betreffend die ILO-Kernarbeitsnormen) in einem neuen Anhang 7 aufzuzählen wären:

- Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht und das im Rahmen dieses Übereinkommens geschlossene Montrealer Protokoll über Stoffe, die zum Abbau der Ozonschicht führen;
- Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung;
- Stockholmer Übereinkommen über persistente organische Schadstoffe;
- UNEP/FAO-Übereinkommen vom 10. September 1998 über das Verfahren der vorherigen Zustimmung nach Inkennzeichnung für bestimmte gefährliche Chemi-

kalien sowie Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel im internationalen Handel (PIC-Übereinkommen) und seine drei regionalen Protokolle.

Besonders gefährlich im Zusammenhang mit der Umweltschutzgesetzgebung ist die gelegentlich zu hörende irreführende Feststellung, dass in der Botschaft (S. 114) Vergehen gemäss der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes als Grund für den Ausschluss einer Anbieterin vom Verfahren explizit genannt werden. Art. 44 Abs. 1 lit. c des Entwurfs setzt nämlich eine strafrechtliche Verurteilung voraus. Soll die Umweltschutzgesetzgebung als Ausschlussgrund wirklich griffig sein, darf die Unterschreitung der Mindeststandards nicht erst dann zum Ausschluss (im Sinne einer Sanktion) führen, wenn ein rechtskräftiges Gerichtsurteil vorliegt. Vielmehr muss der Ausschluss wie gemäss dem Konzept des Vorentwurfs 2008 (nicht gemeint als Sanktion, sondern als Eingriff polizeilicher Natur betreffend das Beschaffungsverfahren, in welchem der Verstoss festgestellt wird) die Folge der Nichteinhaltung einer Teilnahmebedingung sein, worauf in Art. 44 Abs. 1 lit. a des Entwurfs Bezug genommen wird. Damit kann der Ausschluss im vom Verstoss betroffenen Verfahren selbst (wie bei den ILO-Kernarbeitsnormen auch) bereits bei hinreichend konkreten Anzeichen für einen Verstoss erfolgen. Selbstverständlich muss die Einhaltung der Mindeststandards im Umweltbereich auch in Art. 26 des Entwurfs mit dem Titel „Teilnahmebedingungen“ erwähnt sein.

5. Behördenbeschwerderecht der Wettbewerbskommission

Der Bundesrat sieht trotz einem gewissen Widerstand der Kantone richtigerweise keinen Anlass, das Behördenbeschwerderecht der WEKO [auf kantonaler Ebene] aufzuheben (Botschaft, S. 29). Der Bundesrat sieht aber offenbar leider auch keinen Anlass, das Behördenbeschwerderecht der WEKO auf Bundesebene einzuführen. Angesichts der Tatsache, dass wir im Unterschied zum Finanzmarkt- und zum Wettbewerbsrecht im öffentlichen Beschaffungswesen keine eigentliche Regulierungsbehörde haben, müsste die Wettbewerbsbehörde auch auf Bundesebene zur Beschwerde legitimiert sein. Dabei ist sie beschränkt auf Feststellungsbegehren; der Antrag auf Aufhebung des Zuschlags soll der Beschwerde führenden Anbieterinnen vorbehalten sein. Wird die neue good governance-Zielsetzung des Beschaffungsgesetzes ernst genommen, kann der Verzicht auf das auf kantonaler Ebene geltende Behördenbeschwerderecht auf Bundesebene nach der hier vertretenen Auffassung nur noch unter Inkaufnahme eines Wertungswiderspruchs begründet werden.

6. Primär- oder Sekundärrechtsschutz?

Mit dem Postulat 14.3208 (Ständerat Stefan Engler) vom 20. März 2014 ist der Bundesrat namentlich beauftragt worden, im Rahmen der laufenden Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen analog dem geltenden interkantonalen Vergaberecht ein allgemeines Verhandlungsverbot sowie wettbewerbliche Verfahren mit Rechtsschutz auch unterhalb des Staatsvertragsbereichs zu prüfen. Das ganze Thema der Verhandlungen wäre eine eigene Stellungnahme wert, auf die hier aber verzichtet wird. Vielmehr liegt der Fokus dieses Abschnitts auf dem Rechtsschutz ausserhalb des Staatsvertragsbereichs.

Der Entwurf vom 15. Februar 2017 sieht im Unterschied zum Vorentwurf 2015 vor, dass für Bauvergaben Rechtsschutz ab 2 Millionen Franken gewährt wird statt des ursprünglich für alle Vergaben vorgesehenen Werts von 150'000 Franken. Für Lieferungen und Dienstleistungen bleibt es bei 150'000 Franken. Das ist insofern branchentypisch, als auch das Welthandelsvergaberecht für Bauvergaben ganz andere Schwellenwerte vorsieht als für Lieferungen und Dienstleistungen. Derzeit liegen die GPA-Schwellenwerte für Lieferungen und Dienstleistungen bei 230'000 Franken, wogegen für Bauvergaben ein Schwellenwert von 8.7 Millionen gilt. Etwas vereinfacht gesagt stellt sich also die Frage, welcher Rechtsschutz insbesondere im Bereich zwischen diesen Schwellenwerten gelten soll, was namentlich für den Baubereich von erheblicher Bedeutung ist. Der Bundesrat hatte im Rahmen des Vorentwurfs vom April 2015 versucht, den Rechtsunterworfenen ein «einfaches und rasches» Verfahren schmackhaft zu machen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Vernehmlassung dazu namentlich die Frage aufgeworfen, ob der Bundesrat die Meinung vertritt, dass mit diesem einfachen und raschen Verfahren die Garantien gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährleistet werden sollen. Der Bundesrat führt in der Botschaft vom 15. Februar 2017 aus, es hätten sich hinsichtlich der Einführung eines bisher unbekanntes Verfahrens kritische Stimmen gefunden. Also wurde das „einfache und rasche Verfahren“ fallen gelassen und die Suche nach dem Ei des Kolumbus ging weiter.

Fairerweise hält der Bundesrat in der Botschaft (S. 128; einführende Bemerkungen zum Kapitel 8: Rechtsschutz) fest, der Grundsatz der Erweiterung des Rechtsschutzes sei von einer grossen Mehrheit der Adressaten (insbesondere Wirtschafts- und Industrieverbände) begrüsst worden. Nachdem schon klar ist, dass dem «einfachen und raschen Verfahren» Widerstand erwachsen ist, würde man erwarten, dass im Rahmen der anvisierten Öffnung des Rechtsschutzes für Bauprojekte zwischen 2.0 und 8.7 Millionen derselbe Rechtsschutz angeboten wird wie er bisher für Bauprojekte gilt, welche den Schwellenwert von 8.7 Millionen

erreichen. Das ist aber nicht das Konzept der bundesrätlichen Botschaft. Vielmehr schreibt die Regierung dazu, dass nach der Vernehmlassung eine Abwägung zwischen den Interessen der Wirtschaft und den Beschleunigungsüberlegungen der bundesnahen Unternehmen vorgenommen worden sei. Auch mit Blick auf die zeitaufwendigen Rechtsschutzverfahren und die erhöhten Sparvorgaben des Parlaments seien die Beschleunigungsüberlegungen höher gewichtet worden und es werde deswegen der Lösung eines feststellenden Rechtsschutzes (ohne Aufhebung des Zuschlags und ohne Möglichkeit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung) der Vorzug gegeben. Gemäss Gesetzesentwurf werde für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs im Sinne von Art. 52 Abs. 2 des Entwurfs der sogenannte Sekundärrechtsschutz gewährt, wobei der Schadenersatz zugleich nicht auf das negative Interesse, sondern nur auf nutzlose Offertaufwendungen beschränkt werde. Allenfalls wäre der Bundesrat bereit – unter Berücksichtigung des Harmonisierungsziels – im Sinne einer Alternative auch das im Rahmen des Vorentwurfs vorgeschlagene «einfache und rasche Verfahren» weiterzuverfolgen.

Durch die soeben beschriebene Formulierung «unter Berücksichtigung des Harmonisierungsziels» gibt die Landesregierung eigentlich selbst zu, dass mit dem Sekundärrechtsschutzmodell der Harmonisierungsdeal mit den Kantonen in einem wesentlichen Eckpunkt nicht eingehalten wird. Das scheinen die Kantone hinzunehmen. Betont doch der Bundesrat, wie eng das Vorgehen mit den Kantonen abgestimmt worden sei. Der zweite Kritikpunkt am bundesrätlichen Vorschlag ist, dass die Begründung in der Argumentationslinie der 90er steckengeblieben ist. Vergaberecht bedeutet neu nicht mehr nur das Organisieren von Wettbewerb zwecks Marktöffnung, sondern auch die Sicherstellung von good governance im öffentlichen Sektor. Dieses neue Regulierungsziel hat der Bundesrat in seinen Erwägungen zum Rechtsschutz bezeichnenderweise gar nicht erwähnt. Dieses hat aber aus Gründen der Politikkohärenz im neuen Wirtschaftsverwaltungsrecht eine immer grössere Bedeutung. Seit der Finanzmarktkrise gibt es einen relativ breiten Grundkonsens, dass eine gewisse Mindestglaubwürdigkeit staatlicher Regulierung (neuerdings) erwünscht sei, sei es nun in Form der Bekämpfung von Kartellabsprachen durch die Wettbewerbskommission oder der Vermeidung gewisser Praktiken im Bereich des Finanzmarktes durch Interventionen der Finanzmarktaufsicht. Je härter aber die privaten Unternehmen als regulierungsbedürftige Akteure angefasst werden, je unverständlicher erscheint es, dass Wirtschaftsverwaltungsrecht nicht ernsthaft inkl. Rechtsschutz greifen soll dort, wo die öffentliche Hand selbst als regulierungsbedürftig erscheint, nämlich wenn sie einkauft. Das nun folgende Argument ist schon aus der letzten Rechtsschutzdebatte bekannt, bekommt aber durch die Beschränkung des Schadenersatzes auf die blossen Offertaufwendungen (Art. 58 Abs. 4 des Entwurfs) eine besondere Schärfe. Ständerat Daniel

Jositsch hat schon im Jahre 2011 als Nationalrat in Ablehnung der Rechtsschutzvorlage aus dem Hause Moritz Leuenberger klar festgehalten, dass die unterlegenen Anbieter den Auftrag erstreiten wollen und nicht Schadenersatz. Wenn schon Rechtswidrigkeitsfeststellung mit Schadenersatz als Lösung ins Auge gefasst werden soll, dann müsste dieser deutlich grosszügiger ausgestaltet sein, damit der Rechtsschutz als hinreichend effektiv bezeichnet werden kann. Die bundesrätliche Lösung führt zwar formal zu einem Zugang zum Gericht, womit der Rechtsweggarantie (ebenso formal) Genüge getan ist, aber der angebotene zusätzliche Rechtsschutz ist zahnlos. Das läuft dem im Rahmen der Vernehmlassung klar formulierten Interesse der Anbieter, also unserer Wirtschaft, zuwider. Man wird im parlamentarischen Prozess sehen, ob die Wirtschaftsverbände und Parteien sich diese Lösung nach dem Motto «Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!» gefallen lassen. Nach der hier vertretenen Meinung ist der vom Bundesrat vorgeschlagene Rechtsschutz mit dem neuen good governance-Regulierungsziel nicht vereinbar. Ständerat Stefan Engler sagt zum Rechtsschutz nach dem geltenden Recht des Bundes: „Dieser rechtsschutzfreie Raum bei Bundesbeschaffungen führt zu Intransparenz und bringt damit die Gefahr der Diskriminierung, der Willkür und der Begünstigung mit sich. Die beiden Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte haben sich deshalb in der Vergangenheit schon verschiedentlich und unabhängig voneinander für einen stärkeren Rechtsschutz der Anbieter sowie für vermehrten Wettbewerb bei Beschaffungen der Bundesverwaltung ausgesprochen.“ Wird Art. 52 Abs. 2 des Entwurfs tatsächlich Gesetz, wird der nach geltendem Recht rechtsschutzfreie Raum de facto auch in Zukunft weitgehend rechtsschutzfrei bleiben.

7. Zusammenfassung

Die Regulierung des öffentlichen Beschaffungswesens hat neuerdings eine andere Ausrichtung als in den 90er Jahren. Während die 90er Jahre durch einen rein wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Ansatz geprägt waren, der im Wesentlichen Marktöffnung, Förderung des Wettbewerbs unter Intensivierung insbesondere des Preiswettbewerbs zum Ziel hatte, sind neu auch good governance im öffentlichen Sektor, Qualitätswettbewerb und Nachhaltigkeit Ziele, die Eingang in das Vergaberecht finden. Die Schweiz hat insofern einen Startvorteil, als schon das geltende Recht (Art. 21 BöB betreffend die Zuschlagskriterien) richtig verstanden den Qualitätswettbewerb anvisiert. Mit Blick auf das Gebot der Politikkohärenz leiten sich aus dem dargestellten Paradigmenwechsel namentlich folgende Forderungen ab:

Drei wichtige Punkte zum materiellen Vergaberecht (gemäss der Frage Tiana Angelina Moser und der Interpellation Dominique de Buman; Integritätszielsetzung namentlich inspiriert durch das Postulat Stefan Engler)

- Nachhaltigkeit als Gesetzesziel gemäss Art. 2 des Entwurfs verteidigen (Punkt II/2 der Stellungnahme)
- good governance/Integrität der Auftraggeberseite als eigenständiges Gesetzesziel in Art. 2 des Entwurfs verankern (Punkt II/3 der Stellungnahme)
- Einhaltung der Umweltschutzgesetzgebung als Mindeststandard vorsehen nach dem Vorbild des Verbots der schlimmsten Formen von Kinder- und Zwangsarbeit gemäss Art. 12 des Entwurfs (Vorschlag für einen neuen Artikel 12a; Punkt II/4 der Stellungnahme)

Zwei wichtige Punkte zum Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen gemäss der Zielsetzung des Postulats Stefan Engler:

- Gewährleisten des Beschwerderechts der Wettbewerbskommission (mit blossen Feststellungsbegehren) auch auf Bundesebene, weil es Situationen gibt, in welchen die Unternehmer sich nicht exponieren wollen (Punkt II/5 der Stellungnahme)
- Gewährleistung eines glaubwürdigen und damit des Primärrechtsschutzes für die neu dem Rechtsschutz unterstellten Vergaben (Punkt II/6 der Stellungnahme betreffend Art. 52 Abs. 2 des Entwurfs)

Gerne hoffe ich, Ihnen mit diesen Ausführungen zu dienen, stehe Ihnen für eine Anhörung in Bezug auf diese sowie weitere Fragen auf Wunsch gerne zur Verfügung und verbleibe

hochachtungsvoll

Marc Steiner



Beilagen:

- Text «Nachhaltigkeit im Gesetz verankern», aus: Thema Umwelt 1/2017, S. 6 ff.
- Text «Mehr Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen: Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!»
- Foliensatz zu Qualitäts- und Preiswettbewerb vom 19. April 2017 (Generalversammlung bauenschweiz)

Zum Autor:

Der Autor dieser Stellungnahme (erstellt am 2. Mai 2017) formuliert allein seine persönliche Meinung. Zum Rechtsschutz reflektiert sie zehn Jahre Erfahrung als Richter am Bundesverwaltungsgericht. In Bezug auf die «good governance»-Themen ist die Mitgliedschaft im Beirat von «Transparency International Schweiz» und betreffend die Nachhaltigkeitsthemen die Mitgliedschaft im wissenschaftlichen Beirat des Wirtschaftsverbands «swisscleantech» zu deklarieren.