

# Qualitätswettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen als Thema der BÖB-Revision

Marc Steiner,  
Richter am Bundesverwaltungsgericht\*

\*Der Referent vertritt seine persönliche Meinung.

# Grundaussage zu Preis und Qualität als Thema von Recht und Vergabekultur

- Das neue EU-Vergaberecht intendiert eine Bewegung hin vom niedrigsten Preis zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis
- Das geltende schweizerische Vergaberecht ist in Bezug auf die Definition des wirtschaftlich günstigsten Angebots eigentlich auf Qualität ausgerichtet; das Problem ist die Vergabekultur.
- Die Fassungen von Art. 29 und 41 gemäss Kommissionantrag WAK-N machen dem Bundesrat klar, dass Qualitätswettbewerb gewollt ist.

# 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
- Die BöB-Revision

# 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](#)



# 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.

# 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.

Was sind die Regulierungsziele?

- Marktöffnung
- good governance / Korruptionsprävention ?
- Qualitätswettbewerb / Innovation / Nachhaltigkeit ?

# Testimonial on legal history from a Swiss perspective (3 archaeological layers)



Bern, May 2018

# Gelebte Rechtsgeschichte / drei archäologische Schichten

- Schicht 1: Binnenmarkt Schweiz nicht sehr dynamisch, Marköffnung nicht das Hauptziel, Vetternwirtschaft, Protektionismus und Kartellabsprachen
- Schicht 2: Binnenmarktgesetz, Kartellgesetz, WTO-Vergaberecht 1994, BöB und IVöB; Marktöffnung, (Preis-)Wettbewerb, Geld
- Schicht 3: GPA 2012 / EU-Richtlinien 2014 / BöB-Entwurf WAK-N: Governance/Korruptionsprävention, Qualitätswettbewerb, Innovation, Nachhaltigkeit

# 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” (BBI 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]

# Die Ziele des Vergaberechts nach der Beratung WAK-N für das neue BÖB

Art. 2 lit. a E-BöB:

Dieses Gesetz bezweckt:

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

# Die Ziele des Vergaberechts I

Vulgärutilitaristische mögliche Haltung der Auftraggeberseite:

Ich kaufe einfach ein, was für mich am günstigsten 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

# 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 (bzw. neu Art. 29 und Art. 41 des Entwurfs).

# 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!

# 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?

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

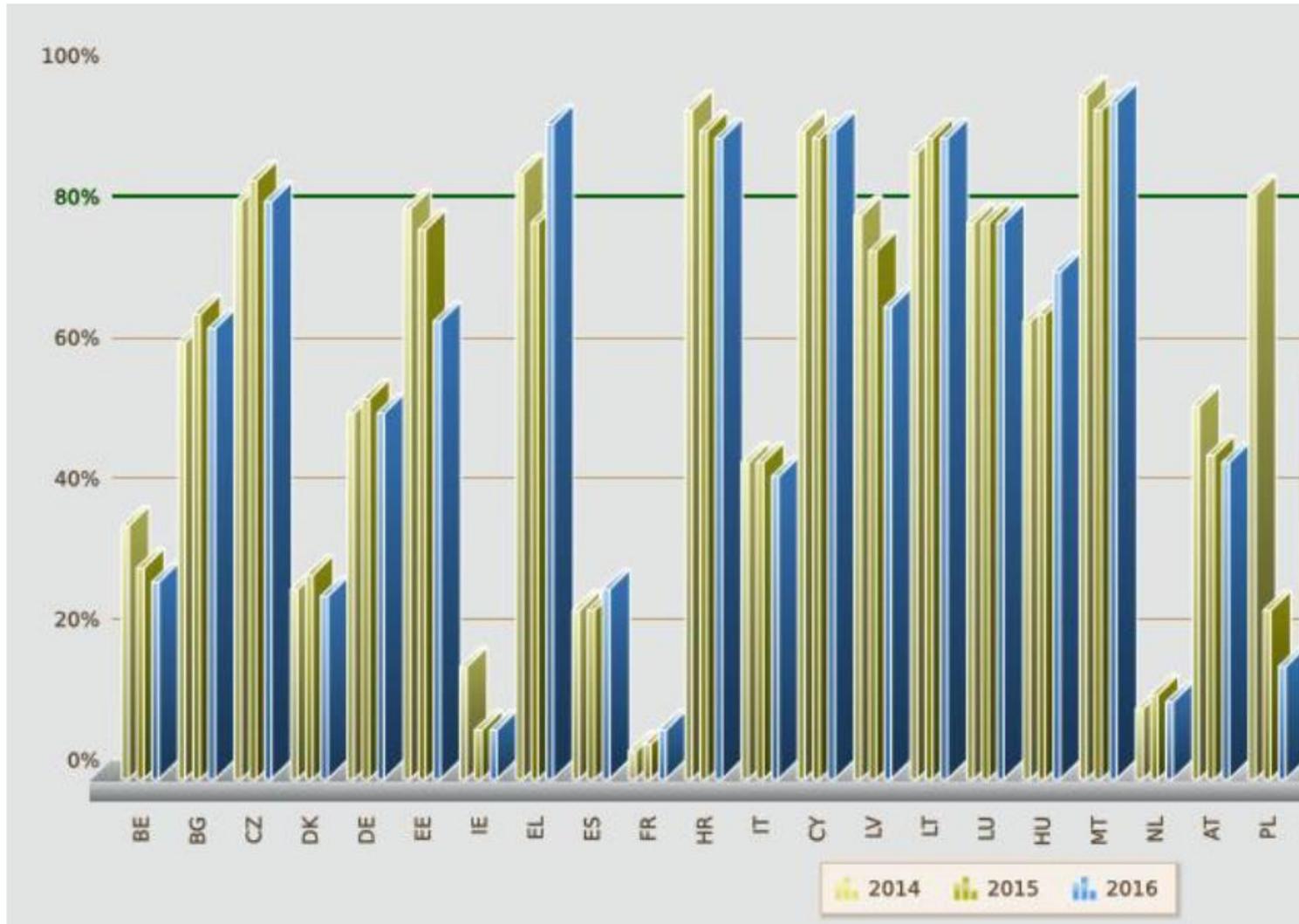
Das neue EU-Vergaberecht intendiert eine Bewegung hin vom niedrigsten Preis zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis und damit eine neue Vergabekultur; abweichend von der bisherigen Regelung misst der EU-Gesetzgeber dem reinen Preiswettbewerb zukünftig nur eine nachrangige Bedeutung bei (Soudry/Hettich, 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)

# EU Commission study 2017 on the performance of Member States in public procurement



# Nicht kostendeckende Unterangebote

In Bezug auf dieses Thema sind wir in der Schweiz nach geltendem Recht 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 (vgl. Vorstoss NR Beat Flach 17.3345 4. Mai 2017).

Die Zielrichtung des Vorstosses Flach hat die WAK-N (Kommissionsmehrheit) nun mit dem Formulierungsvorschlag für Art. 38 Abs. 3 des Entwurfs übernommen.

# Nachhaltigkeit und Preiswettbewerb I

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

Oder umgekehrt: Bauwirtschaft, Ingenieure, Architekten, Holzverband lignum, Textilindustrie usw. haben sich die Frage gestellt, ob sie als “Werkplatz Schweiz” ein Interesse daran haben, die economie-suisse bei der Bekämpfung des Nachhaltigkeitsziels zu unterstützen.

# Nachhaltigkeit und Preiswettbewerb II

Medienmitteilung der WAK-N vom 28. März 2018:

Die WAK-N «beantragt ihrem Rat mit 16 zu 8 Stimmen, dass neben dem Preis und der Qualität der Leistung alle vom Bundesrat vorgeschlagenen Kriterien (inklusive der Nachhaltigkeit, die an der Januarsitzung von der Mehrheit noch gestrichen wurde), sowie die Plausibilität des Angebots und die Verlässlichkeit des Preises zwingend berücksichtigt werden müssen. Schliesslich beschloss die WAK-N einstimmig das Rückkommen auch auf Artikel 41.

Die Kommission sprach sich für den neuen Terminus «vorteilhaftestes Angebot» aus, der nicht nur das beste Preis-Leistungs-Verhältnis, sondern alle in Artikel 29 Absatz 1 erwähnten Kriterien widerspiegeln soll.

# Nachhaltigkeit und Qualitätswettbewerb

Dumping durch Nichteinhaltung von Mindeststandards als Problem des Qualitätswettbewerbs:

- Die Textilindustrie hat gesehen, dass es in ihrem Interesse ist, dass man wenigstens verlangt, dass die ausländische Konkurrenz die ILO-Mindeststandards betreffend Kinder- und Zwangsarbeit einhält; darum gibt es die Mehrheiten für Art. 12 Abs. 2 BöB.
- Dieselbe Logik gilt aber auch für Umweltschutzstandards bei der Produktion im Ausland -> Art. 12a Abs. 2 BöB gemäss der Minderheit Schelbert.

# Ermessensspielräume/Vergabekultur

Die Vergabestelle hat das, was die Deutschen das „Leistungsbestimmungsrecht“ nennen. Sie entscheidet also selbst, ob sie das billigere oder das qualitativ ansprechendere 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.

# Vergabekultur als Herausforderung

Auch nach neuem Recht entscheidet die Auftraggeberin im Rahmen des Ermessensspielraums selbst, ob sie das billigere oder das qualitativ ansprechendere Produkt will.

Aber: Als Wirtschaftsverband kann man ein Departement, ein Bundesamt oder die SBB oder auch eine Gemeinde auf die Vergabekultur ansprechen. Diese Kultur können die Verantwortlichen steuern und sie haben sie auch politisch zu verantworten.

## 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 das Gesetz ändern, das die WAK-N vorhat. Das ist ein Paradigmenwechsel (archäologische Schicht 3 ergänzt Schicht 2). Zudem gilt es, offensiv um die Lufthoheit über dem vergaberechtspolitischen Stammtisch zu kämpfen, woraus sich die richtige Vergabekultur ergibt (vgl. Vorstoss NR Thierry Burkart 16.3506 16. Juni 2016).