

# Geiz ist nicht geil: Qualitätswettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen

Das öffentliche Beschaffungswesen: Was ist das für eine Art von Regulierung? Ist hier Geiz geil? Ist das Gesetz das Problem oder hapert es beim Vollzug? Braucht es überhaupt eine Regulierung und wenn ja, welche?



Marc Steiner  
Bundesverwaltungsrichter, Abteilung II  
(insb. Wirtschaftsverwaltungsrecht)

Der öffentliche Einkauf von Schulhäusern, Toilettenpapier, Kantinenmahlzeiten über neue Eisenbahntunnel bis hin zu Kampfflugzeugen muss reguliert werden, weil wir nicht wollen, dass der Staat das Geld zum Fenster hinauswirft. Die Ökonomen gehen davon aus, dass es dazu ein Gesetz braucht, weil der Staat nicht Konkurs geht, wenn er unvernünftig wirtschaftet. Es fehlen die «Peitsche des Insolvenzrisikos» und der Wettbewerbsdruck.

Nähern wir uns nun also den Gründen für Regulierung und der Frage nach dem idealen Design einer solchen Regulierung an. Im Unterschied zum «normalen» Wirtschaftsverwaltungsrecht (bei-

spielsweise 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. Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu festgehalten, dass die Bundesverwaltung, wenn sie als Vergabestelle ihren Bedarf deckt, nicht hoheitlich als Regulierungsbehörde handelt, sondern als regulierungsbedürftige Akteurin (zur amtlichen Publikation bestimmtes Urteil B-3797/2015 vom 13. April 2016 E. 5.3).

Darum muss das Parlament im Rahmen der laufenden Vergaberechtsreform auch auf der Hut sein, dass es dem Bundesrat nicht einfach unbesehen diejenigen Regulierungsvorschläge abkauft, die für die Bundesverwaltung am bequemsten sind. Zum Beispiel nahm der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) Anstoss, dass im Gesetzesentwurf für ein neues Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 15. Februar 2017 das Öffentlichkeitsgesetz ausgehebelt bzw. für nicht anwendbar erklärt wird. In einer Medienmitteilung vom 16. Februar 2017 hebt der EDÖB daher Folgendes hervor: «Der Bundesrat möchte sämtliche Dokumente in Verbindung mit Be-

schaffungsverfahren des Bundes dem Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entziehen. Der nach dem Willen des Bundesrates abzuschaffende Zugang insbesondere der Medien hat in der Vergangenheit zur Aufdeckung von schwerwiegenden, die Steuerpflichtigen teuer zu stehen kommenden Beschaffungsspannen beigetragen, in deren Folge wichtige Lehren gezogen werden konnten. Gerade im besonders sensiblen Bereich des Beschaffungswesens ist es unumgänglich, die uneingeschränkte Geltung des Öffentlichkeitsgesetzes beizubehalten.» Damit bezieht er sich nicht nur, aber vor allem auch auf die Recherchen des Journalisten Christian Brönnimann, welche zur Aufdeckung der sogenannten SECO-Affäre geführt haben. Christian Brönnimann, der heute für die «SonntagsZeitung» schreibt, ist dafür mit dem Zürcher Journalistenpreis 2015 ausgezeichnet worden. In diesem Zusammenhang kann ebenfalls erwähnt werden, dass nach dem Gesetzesentwurf für ein neues Beschaffungsgesetz das Vergaberecht nicht (mehr) nur als Instrument zur Marktöffnung, sondern auch als im Dienste von «good governance» stehende Regulierung gesehen wird. Dies betrifft vor allem Massnahmen gegen Korruption (Art. 2 Buchstabe d des BöB-Entwurfs).

Der Ansatz entspricht auch der neuen Regulierungslogik des Welthandelsvergaberichts, wie sie im revidierten Government Procurement Agreement (GPA 2012) der WTO zum Ausdruck kommt. Nach dem GPA 2012 sollen insbesondere «conflicts of interest» erkannt und entschärft werden. Das bedeutet etwa, dass die Ausstandsregeln, welche nach allgemeinem Ver-

waltungsverfahrenrecht auch für Vergabestellen gelten, für das öffentliche Beschaffungswesen besonders bedeutsam sind. Das Beschaffungsrecht versteht sich also national und international nicht (mehr) nur als Teilgehalt eines Liberalisierungskonzepts, sondern geht in der Zielsetzung darüber hinaus. Dies im Unterschied zum GPA 1994 und der in den 1990er-Jahren vorherrschenden Regulierungslogik unter dem Titel «Marktwirtschaftliche Erneuerung» (Ersatzlösung nach gescheitertem EWR-Beitritt, welcher die Liberalisierung automatisch mit sich gebracht hätte). Dieser Paradigmenwechsel wird auch für das europäische Recht etwa in der Richtlinie 2014/ 24/EU deutlich, welche sich wie der Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 15. Februar 2017 den Regulierungsansatz des GPA 2012 betreffend «good governance» und Korruptionsprävention zu eigen macht.

### **Gibt es gesetzliche Zielvorgaben zum Verhältnis von Qualitäts- und Preiswettbewerb?**

Das BöB erklärt in Art. 1 den wirtschaftlichen Mitteleinsatz zum Gesetzesziel. Diese Vorschrift macht aber keine Aussage darüber, wie hoch die Qualität der Produkte sein soll, welche der Staat einkauft. Der Grundsatz der wirtschaftlichen Mittelbeschaffung ist dann verletzt, wenn zum Preis eines qualitativ hochwertigen Produktes ein qualitativ minderwertiges Produkt beschafft wird. Eine Akzentverschiebung hin zu einem Anreiz zu langfristiger Betrachtungsweise kann erreicht werden, wenn die Nachhaltigkeitszielsetzung, wie sie Art.

2 des bundesrätlichen Entwurfs für ein neues Beschaffungsgesetz vorsieht, in den Kanon der Gesetzeszwecke aufgenommen würde. Das neue europäische Vergaberecht bekennt sich ausserdem zur Förderung der Innovation als Maxime des öffentlichen Beschaffungswesens. Damit lässt sich ein Fokus auf reinen Preiswettbewerb ebenso wenig vereinbaren wie mit der Nachhaltigkeitszielsetzung. Der Autor dieser Zeilen hat zu Letzterem einmal Folgendes festgehalten: «Die Nachhaltigkeitszielsetzung passt mit dem reinen Preiswettbewerb zusammen wie die sprichwörtliche Faust aufs Auge.» Dasselbe gilt auch für die Förderung der Innovation. Der Zweckkatalog des geltenden Beschaffungsgesetzes macht keine Aussage darüber, ob der Preis- oder der Qualitätswettbewerb wichtiger ist. Daher brauchen wir eine andere Gesetzesbestimmung, die festlegt, nach welchen Kriterien der Staat einkauft. Dies ist Art. 21 BöB unter dem Titel «Zuschlagskriterien».

### **Was ist das wirtschaftlich günstigste Angebot?**

Was also bedeutet das «wirtschaftlich günstigste Angebot» im Sinne von Artikel 21 BöB? Dieses Angebot erhält gemäss Art. 21 Abs. 1 BöB den Zuschlag und wird anhand von verschiedenen Zuschlagskriterien ermittelt. Die öffentliche Auftraggeberin vergibt quasi Schulnoten wie für verschiedene Schulfächer, zum Beispiel für Preis und Qualität. Und auch wie in der Schule zählen gewisse Noten doppelt, damit wird eine Gewichtung vorgenommen. Nebst dem Anschaffungspreis können auch Lebenszykluskosten kalkuliert werden, was die

Berücksichtigung längerfristig relevanter Gesichtspunkte ermöglicht. Gemäss dem Entwurf des Bundesrates vom 15. Februar 2017 für ein neues Beschaffungsgesetz soll auch in der Schweiz zusätzlich die sogenannte Internalisierung externer Umweltkosten möglich werden (Art. 29 des Gesetzesentwurfs). Gegen den Preis abgewogen wird insbesondere die Qualität des nachgefragten Produkts (Art. 21 Abs. 1 BöB).

Die Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses der Angebote anhand aller Zuschlagskriterien ist der eigentliche Sinn und Zweck des Beschaffungsverfahrens. Damit ist das wirtschaftlich günstigste oder vorteilhafteste Angebot als Antwort auf die Frage nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis («best value for money») definitionsgemäss nicht das billigste. Folgerichtig ist der Qualitätswettbewerb mit als Ziel definiert. Art. 21 Abs. 1 des Beschaffungsgesetzes bringt daher eine klare Wahl zum Ausdruck. Das ist nicht selbstverständlich. Ursprünglich waren im Rahmen der Vorarbeiten für das geltende Beschaffungsgesetz Mitte der 1990er-Jahre das preislich günstigste und das wirtschaftlich günstigste Angebot eher als gleichwertige Alternativen vorgesehen. Aufbauend auf den Merksatz «Qualität ist langfristig stets das Billigste», hat indessen der Winterthurer CVP-Nationalrat und Baujurist Dr. Peter Baumberger verlangt, es müsse der «Preis als ausschliessliches Kriterium auf einen Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter [eingeschränkt werden]. Nur in diesem Falle könne [der Preis] das einzige Kriterium sein.» Dieser Antrag ist angenommen worden. Folgerichtig kann

gemäss Art. 21 Abs. 3 des geltenden Beschaffungsgesetzes der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen. Daraus ist der Umkehrschluss zulässig, dass der Gesetzgeber einen Zuschlag allein aufgrund des Preises bei nicht weitgehend standardisierten Gütern und namentlich bei Dienstleistungen als nicht sachgerecht erachtet. Je komplexer das Projekt, desto wichtiger wird die Qualität.

Auch nach Artikel 41 Absatz 1 des Gesetzesentwurfs vom 15. Februar 2017 erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Dazu hält der Bundesrat fest, dass «wirtschaftlich günstig» nicht gleichbedeutend ist mit «billig». Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird ermittelt, indem Qualität und Preis einer Leistung sowie je nach Leistungsgegenstand weitere Kriterien berücksichtigt werden (vgl. zum Ganzen Bundesblatt 2017 1951 ff., insb. S. 1956). Ein dem Art. 21 Abs. 1 BöB des geltenden Rechts entsprechende, nicht abschliessende Aufzählung der Zuschlagskriterien findet sich in Art. 29 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs. Im Rahmen der Vernehmlassung ist verschiedentlich der Vorschlag geäussert worden, den Begriff «wirtschaftlich günstigstes Angebot» durch «vorteilhaftestes Angebot» zu ersetzen, damit besser zum Ausdruck komme, dass neben dem Preis weitere Faktoren mitbewertet werden (Bundesblatt 2017 1951 ff., insb. S. 1956).

## Gesetzesvollzug und Vergabekultur?

Wenn die «Weltwoche» in ihrer Ausgabe vom 23. November 2016 schreibt, dass öffentliche Aufträge an den günstigsten Bewerber gehen müssen, liegt sie nach dem Gesagten gleich doppelt falsch. Erstens lässt das Welthandelsvergaberecht den Mitgliedstaaten des Government Procurement Agreement ausdrücklich die Wahl, ob die Aufträge an den billigsten Anbieter oder denjenigen mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis gehen sollen. Und zweitens ist Art. 21 des geltenden Beschaffungsgesetzes des Bundes klar so zu verstehen, dass öffentliche Aufträge, welche nicht Schrauben oder andere weitgehend standardisierte Produkte zum Gegenstand haben, keineswegs nach dem niedrigsten Preis, sondern nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu vergeben sind. Carl Baudenbacher, der Präsident des EFTA-Gerichtshofs, spricht richtigerweise von einem «quality-based multifactorial approach».

Wenn man allerdings den Gesetzesvollzug anschaut, hat sich bei manchen Auftraggeberinnen und teilweise auch auf der Anbieterseite eine Vergabekultur entwickelt, die dem Qualitätswettbewerbsansatz, wie ihn das geltende Recht anvisiert, letztlich nicht entspricht. Dabei ist die Tatsache, dass es verschiedene Vergabekulturen und Gestaltungsspielräume der Auftraggeberseite gibt, durchaus gewollt. Die Vergabestelle hat das, was die Deutschen das «Leistungsbestimmungsrecht» nennen. Sie entscheidet selbst, ob sie das billigere oder das qualitativ ansprechendere Produkt will.

Dieser Entscheid ist richterlicher Kontrolle weitgehend entzogen. Trotzdem verstecken sich die Vergabestellen, sobald sie sich öffentlicher Kritik ausgesetzt sehen, nicht selten auch dort hinter dem Gesetz bzw. den sich daraus angeblich ergebenden Sachzwängen. Das Grundübel ist und bleibt aber, dass viele Einkäufer im öffentlichen Sektor glauben, dass sie ihren verwaltungsinternen Vorgesetzten, den Politikern, aber auch der Justiz ein Pro-

jekt am einfachsten verkaufen können und am wenigsten Fragen beantworten müssen, wenn sie vorschlagen, das billigste Angebot zu berücksichtigen. Das ändert sich, sobald die Vergabekultur als steuerungsfähig durch Führung erkannt wird. Darum gibt es immer mehr Wirtschaftsverbände, die die Entscheidungsträger im öffentlichen Sektor auf die Vergabekultur ansprechen.



Gurtner Baumaschinen AG

... einfach besser!



## DIE HAMM COMPACTLINE EINZIGARTIG MIT OSZILLATION

- Betriebsgewichte von 2525 – 4435 kg
- Max. Arbeitsbreiten von 1050 – 1450 mm
- Kubota Dieselmotoren von 22,9 kW – 34,6 kW
- Abgasstufe 3 A / Tier 4i
- Vibrationsbandage vorne 67/52 Hz
- Oszillationsbandage hinten 39/30 Hz
- 3-Punkt Knickgelenk für höchsten Fahrkomfort