

Öffentliches Beschaffungswesen

# Regeln gegen Korruption

**Gastkommentar**

von MARTIN BEYELER

Das Recht der öffentlichen Beschaffungen wird zurzeit revidiert. Dabei geht es um die Harmonisierung der Vorschriften des Bundes und der Kantone, aber auch um die Umsetzung der durch das neue WTO-Beschaffungsabkommen vorgegebenen Punkte. Ein wichtiges Ziel dieses Abkommens ist die Bekämpfung der Korruption. Das Eidgenössische Finanzdepartement will diesem Ziel in der laufenden Revision ein besonderes Augenmerk zukommen lassen – zu Recht, wird denken, wer bestimmte Fälle aus jüngerer Zeit noch in Erinnerung hat. Die in die Vernehmlassung geschickten Vorentwürfe (BöB/VöB und IVöB) anerkennen die Korruptionsbekämpfung ausdrücklich als notwendiges Instrument zur Gewährleistung eines funktionierenden Wettbewerbs – und damit auch: einer gleich behandelnden sowie wirtschaftlichen Beschaffung.

Das hat juristisch zwar kaum direkte Folgen, ist indes ein nicht zu unterschätzendes Signal zuhänden der Rechtsanwendung. Darüber hinaus verlangen die Vorentwürfe von den Vergabestellen in allen Verfahren die aktive Ergreifung von Massnahmen gegen Korruption, wobei es hier vorab um die effektive Konkretisierung und Umsetzung von ohnehin geltenden Präventionsregeln geht. Dazu kommt schliesslich, dass Anbieter im Falle von Korruption dauerhaft von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden können, was jedenfalls auf der Bundesebene ein Novum ist. Bei all dieser neuen, ausdrücklichen Regulierung der Korruptionsbekämpfung enthalten die Gesetzesentwürfe auch dem Ziel direkt zuwiderlaufende Regeln.

Es geht um drei Felder, die einen spezifischen Bezug zu Korruptionssachverhalten aufweisen und die daher unter diesem Titel eine besondere rechtliche Beachtung verdienen. Nach den Vorentwürfen soll hier der durch Verfahrensregulierung gesetzlich bewirkte Standard an Korruptionsbekämpfung erheblich abgesenkt werden.

**Ausstand:** Auf die Geltung der allgemein für Administrativbehörden geltenden Ausstandsregeln soll verzichtet werden. Für alle öffentlichen Beschaffungen soll ein Sonderregime errichtet werden, in dem bezüglich Befangenheit mildere Regeln gelten. Dabei handelt es sich um eine an sich nachvollziehbare Reaktion der Verwaltung auf eine insgesamt nur sehr selten vorkommende Situation, in der rares Spezialwissen erforderlich, eine unbefangene Expertenperson jedoch nicht verfügbar ist. In den meisten Beschaffungsfällen ist es indessen durchaus möglich, die geltenden Ausstandsregeln zu beachten. Daher wäre für wirklich begründete Fälle eine Ausnahmeregelung zu den allgemeinen Ausstandsregeln gewiss zu prüfen. Abzulehnen ist jedoch die heute vorgesehene generelle Lockerung der Ausstandspflichten für sämtliche Fälle.

**Vorbefassung:** Nach heutigen Regeln gilt eine Marktklärung der Vergabestelle mit Kontakt zu späteren Anbieterinnen als potenziell problematische Vorbefassung. Es wird hier aber, sofern Be-

schwerde erhoben wird, von Fall zu Fall abgeklärt, ob spezifisches Wissen hat erworben werden können, ob dieses in der Submission überhaupt relevant war und ob die Vergabestelle einen allfälligen Wettbewerbsvorteil mit Kompensationsmassnahmen ausgeglichen hat. Nach den Vorentwürfen hingegen soll die «Marktklärung» generell und a priori als unproblematisch bezeichnet werden. Das ist ein falsches Signal – es geht um Gleichbehandlung, nicht um Begriffe – und in der Sache nicht gerechtfertigt. Es gibt sehr wohl Fälle, in denen Marktklärungen zu relevantem Mehrwissen führen, und auch solche, in denen die Abklärung zur Prägung der Ausschreibung führt. Daher sollten solche Kontakte den bewährten Regeln überlassen bleiben und nicht pauschal freigestellt werden.

**Rahmenvertrag:** Erstmals sollen Rahmenvertragsverhältnisse ausdrücklich erlaubt und reguliert werden, auch solche, die die Vergabestelle zugleich parallel mit mehreren Anbietern eingeht. In diesen Rahmenverträgen bestimmt die Vergabestelle jeweils erst kurz vor dem Bezug, bei welchem Partner sie tatsächlich beschafft. Dabei hat sie sich zwar an die Bedingungen des Rahmenvertrags zu halten. Nichts schliesst jedoch aus, dass sie gleichwohl bestimmte Partner zu Unrecht übergeht. Anstatt den Rahmenvertragspartnern die Beschwerde zur Überprüfung allfälliger Diskriminierungen zu eröffnen (wie im europäischen Recht), wollen die Vorentwürfe lediglich vertragliche Rechte anerkennen und zivilgerichtliche Rechtsmittel zulassen – diese sind für die Anbieter jedoch deutlich nachteiliger und beschwerlicher als die vergaberechtlichen. Zugleich ist klar, dass bei Parallel-Rahmenverträgen der eigentliche Beschaffungsentscheid im Vertragsverhältnis gefällt wird. Der Zuschlag wird erst hier erteilt, der konkrete Leistungserbringer erst hier bestimmt. Wenn das Vergaberecht an dieser Stelle zurücktritt, sich für den tatsächlichen Vergabeentscheid nicht interessiert und keine Beschwerde vorsieht, lädt es zur Flucht in Parallel-Konstruktionen ohne hinreichenden Rechtsschutz ein und vermindert damit die Transparenz des öffentlichen Beschaffungswesens.

Würden diese drei Punkte korrigiert, würde der Korruptionsbekämpfung sicherlich ein grosser Dienst erwiesen.

—  
**Martin Beyeler** ist assoziierter Professor für Bau- und Vergaberecht am Smart Living Lab / Uni Freiburg.