



Öffentliches Beschaffungsrecht: Fallstricke und Stolpersteine

Der nachstehende Text ist die Wiedergabe des Referates von Fabio Bossi, gehalten an der SGVW Frühlingstagung vom 28.03.07 in Basel. Der Referent vertritt dabei seine persönliche Auffassung, weswegen die nachstehende schriftliche Version des Referates persönlich geprägte Bemerkungen und Einschätzungen des Autors enthält.

Ich begrüsse Sie meinerseits, sehr verehrte Damen und Herren, und zwar zum Thema Fallstricke und Stolpersteine im öffentlichen Beschaffungsrecht.

Wie der Referatstitel aufzeigt, befinden wir uns im öffentlichen Beschaffungswesen auf steinigem Pfaden. Schon einige Beschaffungsvorhaben begannen auf dem Holzweg und endeten in einer Sackgasse. Ich möchte Ihnen heute einen kurzen Überblick über die Problematiken, die im Beschaffungsrecht regelmässig auftauchen, und Hinweise zur Risikominimierung geben.

Inhaltsübersicht:

- I. Das Beschaffungsrecht
- II. Der Beschaffungsbegriff
- III. Einflüsse auf die Beschaffungstätigkeit
- IV. Spezifische Beschaffungsrechtsfragen
- V. Würdigung

I. Das Beschaffungsrecht

Das Rechtsgebiet an sich ist bereits ein erster Stolperstein.

Wir befinden uns hier im Basler Universitätsspital; in diesem Hörsaal werden medizinische Vorlesungen abgehalten. Ein geeigneter Ort, um uns mit der Frage nach der Anatomie des Beschaffungsrechts auseinander zu setzen. Setzieren wir also die Bezeichnungen „Öffentliches Beschaffungsrecht, Vergaberecht, Submissionsrecht, droit des marchés publics“.

Diese Bezeichnungen deuten auf eine staatliche Tätigkeit hin, auf Marktgebaren, auf Austausch von Leistungen nach bestimmten Prozessen. Offensichtlich ist das Beschaffungsrecht nicht nur ein öffentlich-rechtliches, aber auch kein rein privatrechtliches Konstrukt. Dieses sonderbare Sonderrecht ist kommerziell geprägt und prozessual formalisiert ausgestaltet. Es regelt die Beziehungen der öffentlichen Hand mit Wirtschaftsteilnehmern. Ein Konglomerat also aus Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Eben: Dem Wirtschaftsverwaltungsrecht zuzuordnen.

Entstanden ist das Beschaffungsrecht aus internationalen Bestrebungen zur Vereinheitlichung, zur Globalisierung der Rahmenbedingungen und Abläufe auf den staatlichen Märkten. Die WTO hat eine völkerrechtliche Grundlage geschaffen, ein Übereinkommen, welchem die Schweiz und viele andere Industrienationen beigetreten sind. Dieses internationale Beschaffungsrecht will den Wirtschaftsteilnehmern Chancengleichheit im Wettbewerb um Aufträge der öffentlichen Hand verschaffen; und dem Bürger die Gewissheit, sein Steuergeld nach demokratisch legitimierten Prozessen wirtschaftlich verwendet zu wissen. Es postuliert 4 Ziele im Beschaffungswesen, die gelegentlich miteinander kollidieren und darum rechtliche Anwendungsprobleme bieten können. Es sind dies:

Transparenz, Wettbewerb, Wirtschaftlichkeit, Gleichbehandlung.

Die Schweiz hat als Signatarstaat das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen dessen Vorgaben national nach föderalistischem Prinzip in einem für den Bund geltenden Bundesgesetz einerseits und in einer interkantonalen Vereinbarung für die Kantone andererseits kodifiziert. Zudem haben die Schweiz und die EU bilateral einen Staatsvertrag über bestimmte Teilaspekte im Beschaffungswesen abgeschlossen. Die Gemeinwesen sind damit der einen oder anderen Nomenklatur zugeordnet, für die Vergabestellen findet entweder Bundesbeschaffungs- oder kantonales Submissionsrecht Anwendung. Die Anbieter jedoch sehen sich in der kleinräumigen Schweiz je nach Vergabestelle für die Erbringung der gleichen Leistung nach den gleichen, international vorgegebenen Prozessen unterschiedlichen Beschaffungsrechten unterworfen.

II. Der Beschaffungsbegriff

Nun haben wir das öffentliche Beschaffungsrecht als Wirtschaftsverwaltungsrecht eingeordnet. Doch was ist eigentlich genau unter dem Begriff „Beschaffung“ zu verstehen?

Wer erwartet, auf der Suche nach dem Beschaffungsbegriff würden alle diese vorgenannten Rechtsgrundlagen als Wegweiser durch die Fallstricke zur Legaldefinition führen, stolpert schon über den nächsten Stein: Es gibt keine gesetzliche Definition. Der Begriff „beschaffen“ stammt aus dem kommerziellen, kaufmännischen Wortschatz. Es gilt daher, diese Bezeichnung für die Tätigkeit der öffentlichen Hand einzugrenzen bzw. abzugrenzen:

Beschaffen ist eine betriebliche Grundfunktion zur Versorgung des Unternehmens aus allen Beschaffungsmärkten. Beschafft werden können etwa Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe, Handelswaren, Energien, Anlagegüter, Dienstleistungen, Kapital, Personal, Rechte etc. Der Begriff „Einkauf“ umfasst dagegen nicht die Beschaffung von Bauten, Kapital, Personal und Rechten (z.B. von Patenten). Eine öffentliche Beschaffung bezeichnet demnach den entgeltlichen Erwerb von Leistungen durch das Gemeinwesen auf dem Markt.

Der Rechtssprechung blieb es mangels Legaldefinition überlassen, Kriterien zur Begriffsbestimmung zu beschaffen. Danach liegt eine Beschaffung vor, wenn der Staat (öff. Hand) in Erfüllung seiner Aufgaben und unter Einsatz finanzieller staatlicher Mittel (Steuergelder) Bauleistungen, Lieferungen (Güter) oder Dienstleistungen auf dem Markt (bei privaten Unternehmen) beschafft.

Eine weitere wesentliche Unterscheidung, die mitunter rechtliche Anwendungsprobleme bietet, bildet die Abgrenzung zwischen der so genannten Inhouse-Beschaffung und der Beschaffung auf dem freien Markt: Beschafft das Gemeinwesen eine Leistung bei einer ihr organisatorisch zugehörigen Einheit, also innerhalb der Verwaltung selbst, dann spricht man von einer internen Leistungserbringung, von einer Inhouse-Beschaffung. Diese kann grundsätzlich in einem internen Wettbewerb erfolgen; die Leistung kann sogar entgeltlich sein (was in der Regel heute jedoch noch nicht der Fall ist). Doch ist der inhouse-Leistungserbringer kein Anbieter im Sinne eines Wettbewerbers im Markt.

Das Beschaffungsrecht soll den Wettbewerb auf dem freien Markt fördern und den Wettbewerbsteilnehmern den Zugang zu Aufträgen der öffentlichen Hand ermöglichen. Auftragsvergaben innerhalb der öffentlichen Hand, also des Gemeinwesens an sich selber, enthalten dieses Element nicht, finden ausschliesslich in der Verwaltung selber statt und stellen daher keine Beschaffungen im Sinne des Submissionsrechts dar. Entscheide über Vergaben an verwaltungsinterne Anbieter sind darum auch keine Verfügungen.

Sie sehen, das Beschaffungsrecht an sich ist schon eine rechtlich komplexe Materie, bietet Fallstricke und Stolpersteine. Die Beschaffung eines Bütisches durch eine Verwaltungseinheit in der Schweiz kann eine Beschaffung sein, muss aber nicht, und richtet sich nach Bundesrecht oder nach kantonalem Recht. Dem Tisch wird es egal sein.

III. Einflüsse auf die Beschaffungstätigkeit

Die Vergabestelle sieht sich nicht nur rechtlichen Implikationen in ihrer Beschaffungstätigkeit ausgesetzt. Die Beschaffungstätigkeit, ob von Gemeinde, Kanton oder Bund, steht in einem grossen Spannungsfeld zwischen Zielen und Ansprüchen von Politik, Recht, Wirtschaft, Finanzen, Marktentwicklung und Öffentlichkeit. Dies ist verständlich, wenn wir uns vergegenwärtigen, dass „beschaffen“ in erster Linie nicht eine juristische, sondern eine stark kommerziell geprägte Tätigkeit ist. Es geht um Geld, und wie Sie der Einladung zu dieser Tagung entnehmen konnten, um sehr viel Geld: Etwa 30 Mia. Franken geben die Gemeinwesen in der Schweiz durch öff. Beschaffungen jährlich aus. Damit ist die öffentliche Beschaffung in der Schweiz ein Wirtschaftsfaktor von nicht zu unterschätzender Bedeutung: Zum Vergleich: Die EU geht davon aus, dass ihre öffentlichen Beschaffungen einen Anteil von 16% am EU-Bruttoinlandprodukt ausmachen.

In Zeiten der Sparprogramme und Schuldenbremsen wird der Verteilungskampf um öffentliche Gelder härter. Wenn die Staatskasse leckt, lecken sich die Medien die Finger, mit denen sie zuweilen auf Beschaffungsvorgänge von besonderer Bedeutung zeigen. Die Vergabe des NEAT Bauloses für den Tunnelbau bei Erstfeld, die Ausschreibung der Poyabrücke in Freiburg, der Expertenbeizug bei der Bundesverwaltung und der Einsatz von chinesischem Granit im Schweizer Strassenbau: Das öffentliche Beschaffungswesen schafft es immer häufiger in die nationalen Schlagzeilen.

Auch die Politik ist zunehmend auf das öffentliche Beschaffungswesen sensibilisiert. Einerseits kommt ihr die Aufsichtsfunktion auch in diesem Bereich der Verwaltungstätigkeit zu, andererseits spricht sie die erforderlichen Kredite für Beschaffungen.

Festzustellen ist auch die steigende Tendenz, Vorschriften anderer Rechtsgebiete im und mit dem Beschaffungsprozess durch- und umzusetzen. Spannungsfelder zwischen wirtschaftlichem Einkauf und Wettbewerbsbedingungen finden sich auch in Bezug zur Gesellschafts-, Regional-, Sozial- oder Wirtschaftspolitik. Dieses im Einflussumfeld der Vergabestelle postulierte Anliegen ist immer im internationalen Kontext des Beschaffungsrechts zu beurteilen, welcher auf eine Öffnung der Märkte weltweit zielt.

Ich habe es bereits angetönt: Beschaffen ist weder ursprünglich eine nur juristische, noch eine rein kommerzielle Tätigkeit. Zum Gelingen eines Beschaffungsvorhabens tragen verschiedene Faktoren gemeinsam bei. Die Beschaffungstätigkeit ist interdisziplinär, was im Bereich der Planung, Organisation und Steuerung eines Beschaffungsvorhabens zwingend zu berücksichtigen ist, um einem weiteren Stolperstein auf dem Weg zur erfolgreichen Vergabe auszuweichen.

Wer nicht rechtzeitig die erforderlichen personellen, zeitlichen und finanziellen Ressourcen und das spezifische technische, kommerzielle und juristische Know-how alloziert, wer den Markt nicht kennt und seinen Bedarf nicht hinreichend spezifiziert, wer die Rahmenbedingungen unbeachtet lässt, riskiert nicht nur das Scheitern seines Beschaffungsvorhabens, sondern auch den Reputationsverlust seines Gemeinwesens und damit den Verlust des Vertrauens seitens der Wirtschaft und der Bürger.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass im Wesentlichen drei Faktoren das staatliche Beschaffungshandeln im vergangenen Jahrzehnt zunehmend beeinflusst haben: Nebst der gestiegenen Bedeutung des Submissionswesens in Politik, Wirtschaft und Medien, auch die „Verrechtlichung“ der Beschaffungstätigkeit sowie der Kostendruck, der auf den öffentlichen Finanzen lastet. Die übergeordneten Grundsätze der Transparenz, der Anbietergleichbehandlung, des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel sowie der Wettbewerbsförderung setzen die Leitlinien in der Beschaffungstätigkeit, die einerseits durch die Interdisziplinarität und andererseits durch komplexe rechtliche Vorgaben gekennzeichnet ist.

IV. Spezifische Beschaffungsrechtsfragen

Rechtliche Stolpersteine liegen auf dem ganzen Weg zur Beschaffung verstreut. Der Beschaffungsprozess gliedert sich in mehrere Phasen, wobei grob zwischen dem öffentlich-rechtlich normierten Vergabeverfahren und dem anschliessenden Leistungsbezug beruhend auf einer privatrechtlichen Vereinbarung unterteilt werden kann. In allen Phasen bieten sich Fallstricke. Regelmässig stolpern Beschaffende in folgende Problemfelder:

- Formelle Anforderungen, "Spielregeln", deren Änderung und Einhaltung
- Anforderungen und Erwartungen, Beschaffungsgegenstand, Leistungsbeschreibung
- Störungen im Ablauf und nach Beendigung des Verfahrens
- Umgang mit Anbietern und mit deren Offerten
- Übergang vom öffentlich-rechtlich in den privatrechtlich geprägten Beschaffungsprozess

Die Rechtsprechung hat laufend zur Rechtssicherheit durch Klärung in Auslegungs- und Anwendungsfragen beigetragen, aber auch die Anforderungen an die Einhaltung und Umsetzung der Rechtsgrundlagen durch die Behörden erhöht. Die Umsetzung des Beschaffungsrechts stellt gerade wegen der Entwicklung in diesem praxisnahen Wirtschaftsverwaltungsgebiet hohe Anforderungen an die Vergabebehörden.

Wenden wir uns nun noch einigen spezifischen rechtlichen Problematiken im Beschaffungsprozess zu. Die Auswahl steht nicht in einem Zusammenhang zur Bedeutung des Problemfeldes oder zu dessen Auswirkungen.

Zum Ausstand:

Das Beschaffungsrecht kennt keine eigenen Bestimmungen zur Ausstandspflicht, es finden die Bestimmungen des allgemeinen Verwaltungsrechts Anwendung. Es genügt demnach, wenn der Anschein einer Interessenskollision oder der Befangenheit eines Behördenmitgliedes besteht. Vermeiden Sie also als Vergabestelle, dass Personen an einer öffentlichen Beschaffung beteiligt sind, deren Unabhängigkeit zu Anbietern nicht gewährleistet sein könnte.

Zur Vorbefassung:

Das Prinzip der Gleichbehandlung der Anbieter verlangt gleich lange Spiesse für alle Offerenten. Dadurch soll vermieden werden, dass Anbieter gegenüber ihren Mitbewerbern unrechtmässig Wettbewerbsvorteile erlangen, die ihnen beispielsweise ermöglichen, bessere Offerten einzureichen oder die Vergabe zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Vorbefassung liegt etwa vor, wenn sich ein Anbieter im Vorfeld einer Beschaffung einen Wissensvorsprung verschaffen konnte, indem er z.B. bei der Vorbereitung einer Ausschreibung oder bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hat, und weiter, wenn er betreffend der geplanten Beschaffung Kontakt zur Vergabestelle hatte.

Eine Vorbefassung ist nicht per se unzulässig, sondern nur, wenn der Anbieter dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangen konnte, der die übrigen Anbieter benachteiligt. Sofern der Wissensvorsprung nur untergeordneter Natur war oder Wissensgleichstand hergestellt werden kann, wirkt sich die Vorbefassung des Anbieters nicht entscheidend auf das Beschaffungsverfahren aus und „heilt“ in diesem Sinne. Wer jedoch in unzulässiger Weise vorbefasst ist, kommt als Anbieter nicht in Frage bzw. muss vom Verfahren ausgeschlossen werden. Weisen Sie daher als Vergabestelle mögliche vorbefasste Anbieter oder allfällig beigezogene, projektunterstützende Dritte auf die Vorbefassungssituation und deren Konsequenzen hin.

Zur Verfahrenswahl:

Mitunter bereitet die Wahl des Vergabeverfahrens Schwierigkeiten. Das Beschaffungsrecht definiert unter anderem die ordentlichen Vergabeverfahren im sog. WTO-Bereich, also ab einem gewissen Auftragswert. Wird der massgebende Schwellenwert erreicht oder überschritten, sind dies das offene und das selektive Vergabeverfahren. Die Vergabebehörde ist frei, unter den zulässigen Beschaffungsverfahren dasjenige durchzuführen, welches sie für geeignet hält. Der Entscheid kann nur unter Berücksichtigung aller Einflussfaktoren und Rahmenbedingungen erfolgen. Wenn etwa viele Offerten zu erwarten sind, nur wenige Evaluationsressourcen zur Verfügung stehen oder die Komplexität der Beschaffung hoch ist, empfiehlt sich das selektive Vergabeverfahren. Häufiger angewendet wird jedoch das offene Verfahren, welches in der Regel

etwas rascher durchgeführt werden kann. Dennoch ist bei öffentlichen Beschaffungen ab dem Schwellenwert erfahrungsgemäss mit einer Dauer von mind. 4 – 6 Monaten, ohne Rechtsmittelverfahren, zu rechnen.

Die Erwartungen an die rasche Verfügbarkeit des Beschaffungsgegenstandes sind nicht selten Ursache grosser Probleme in der Beschaffungsabwicklung, sei es, weil die Leistungsbeschreibung oder die Beurteilungskriterien nicht präzise genug definiert werden (konnten), sei es, weil die Vergabe nicht in einem zulässigen Verfahren erfolgt oder wenn formelle Anforderungen nicht berücksichtigt werden. Risikominimierend wirken einerseits die Vertrautheit im Umgang mit einem Verfahrenstyp und andererseits die korrekte Festlegung der Verfahrenswahl an sich.

Zu Änderungen im Beschaffungsverfahren:

Änderungen können das Projekt, den Leistungsumfang, die Leistungsart, technische Anforderungen, Eignungs- oder Zuschlagskriterien sowie die Erfüllungsmodalitäten (Vertrag, Lieferung) betreffen. Mögliche Ursachen für Änderungen sind häufig Veränderungen im Beschaffungsumfeld, Erkenntnisgewinn, übergeordnete strategische Entscheidungen, fehlende Umsicht und Unachtsamkeit sowie Zeitablauf.

Ist ein Beschaffungsvorhaben erst einmal ausgeschrieben, sind meist kaum noch Änderungen möglich. Es gilt der Grundsatz, dass Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen nach Ausschreibung nicht mehr verändert werden dürfen. Unzulässig sind Änderungen, wenn sie wesentlich sind – wobei die Wesentlichkeit ein sehr unbestimmter Begriff ist. Unzulässig sind Änderungen weiter, wenn der ausgeschriebene Leistungsumfang geändert oder erweitert werden soll. Ferner ist jede Änderung der ausgeschriebenen Leistung nach Offertöffnung unzulässig, wenn damit ein einzelner Bewerber erheblich bevorteilt wird. Ein Beschaffungsverfahren, in welchem sich wesentliche Änderungen abzeichnen, ist abzubrechen. Der Umgang mit Änderungen, insbesondere die Festlegung, ob eine Änderung zulässig oder unzulässig ist, kann nur im konkreten Beschaffungsfall beurteilt werden. Dies erfordert unbedingt den Beizug von Beschaffungsspezialisten. Vor Einleitung einer öffentlichen Beschaffung lohnt sich eine gründliche, sorgfältige Planung des Vorhabens, auch zwecks genereller Vermeidung von Änderungen im nachfolgenden Vergabeverfahren.

Zum Rechtsmittelschutz:

Eine Besonderheit des Beschaffungsrechts stellt auch seine eigene Regelung des Rechtsmittelschutzes dar. Ist im allgemeinen Verwaltungsrecht klar und einheitlich geregelt, was eine Verfügung ist, so kennt das Beschaffungsrecht zwar keine eigene Definition, doch spricht es Entscheiden, welchen nach allgemeinem Verständnis Verfügungscharakter zukäme, die beschaffungsrechtliche Verfügungsqualität ab. Das internationale Beschaffungsrecht der WTO fordert von den Signatarstaaten des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen rasche, summarische Beschaffungsprozesse. Entsprechend wurde der Rechtsschutz im nationalen Beschaffungsrecht beschränkt und damit auch die Möglichkeit, gewisse verfahrensbestimmende Entscheidungen der Vergabebehörde anzufechten. Immerhin stehen gegen die wichtigsten Entscheide in Beschaffungsverfahren regelmässig Rechtsmittel offen, am häufigsten sind Anfechtungen von Zuschlagsentscheiden.

Für Bundesbeschaffungen ist die neue Rechtsmittelinstanz seit 2007 das Bundesverwaltungsgericht, ein Weiterzug an das Bundesgericht ist neuerdings auch in Beschwerdeverfahren gegen Bundesbeschaffungen unter gewissen Voraussetzungen möglich.

Kantonale Beschaffungen unterstehen der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit und können ebenfalls in letzter Instanz vor Bundesgericht gebracht werden.

Wird ein Rechtsmittel ergriffen, ergeben sich regelmässig einschneidende Auswirkungen für die Vergabebehörde im Beschaffungsprozess. Bekannt geworden sind die grossen Verzögerungen und Kostenfolgen im Rechtsstreit um die Vergabe des NEAT Loses für den Tunnelbau bei Erstfeld. Wie in diesem Prozess weist die beurteilende Instanz bei Gutheissung der Beschwerde in der Regel das Vergabeverfahren an die Behörden zur vollständigen oder teilweisen Neuabwicklung zurück. Der Zuschlag könnte jedoch vom Gericht auch direkt dem obsiegenden Beschwerdeführer erteilt werden.

V. Würdigung

Auch ein Jahrzehnt nach Inkraftsetzung des Beschaffungsrechts ist mitunter festzustellen, dass dessen Kenntnis die Verwaltungen noch nicht gänzlich durchdrungen hat, gerade bei Verwaltungseinheiten, die selten als Vergabestelle fungieren.

Ich möchte mein Referat jedoch mit meiner persönlichen, durchaus positiven Würdigung der zehnjährigen Entwicklung im Beschaffungsrecht beschliessen: Nach meinen Erfahrungen scheinen im Wesentlichen die Anforderungen an ein glaubwürdiges, legitimes Staatshandeln im Beschaffungswesen durch die Vergabebehörden unter dem geltenden Beschaffungsregime erfüllt zu werden.
