

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum öffentlichen Beschaffungswesen

Marc Steiner

*Der Referent äussert seine persönliche Meinung.
Interessenbindung: Mitglied des Beirats von
Transparency International Schweiz*

Zwei Vorbemerkungen:

- Die Rechtsprechung ist vielleicht weniger IT-lastig als auch schon (von Microsoft bis Suchsystem Bund B-364/2014), aber trotzdem spannend.
- Der Fokus der Präsentation liegt auf allgemeinen Prinzipien des Beschaffungsrechts und der Wechselwirkung zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebungsprozess.

Exkurs: Korruption und IT-Beschaffung I

Arbeitshypothese: IT-Beschaffungen sind unter anderem missbrauchsanfällig, weil sie dezentral erfolgen können und die Entscheidungsträger in besonderem Masse von den Trägern von Spezialwissen abhängig sind; Anreiz zu “blindem” Vertrauen ist eine Sollbruchstelle. Organisierte Unverantwortlichkeit und Personalverleih sind Risiken. Letztes Urteil des Bundesstrafgerichts: Urteil SK.2016.5 vom 6. Dezember 2016 betreffend BAFU-Informatikprojekt “Datenzugriff”

Exkurs: Korruption und IT-Beschaffung II

Ungetreue Amtsführung (Art. 314 StGB)

Das tatbestandsmässige Verhalten im Sinne von Art. 314 StGB setzt ein rechtsgeschäftliches Handeln voraus ... So stellt die Verleitung eines Entscheidgremiums zu einem die öffentlichen Interessen schädigenden Rechtsgeschäft “rechtsgeschäftliches” Handeln dar (“Datenzugriff”-Urteil Bundesstrafgericht, S. 39).

Exkurs: Korruption und IT-Beschaffung III

Neue Publikation zu Thema:

Elisabeth Lang/Marc Steiner, Public Procurement Regulation: Fostering Market Access and Simultaneously Preventing Corruption – A Swiss Perspective, *The British Journal of White Collar Crime*, III/2018, S. 13 ff.

(mit rechtspolitischen Ausführungen zu den Ausstandsregeln de lege ferenda; vgl. Antrag NR Beat Flach zu Art. 13; Auslöser für das Konzept des Bundesrats war ein IT-Fall; Thema für den Ständerat)

Good governance im öffentlichen Sektor als neues Regulierungsziel

Art. 2 BöB de lege ferenda gemäss Beratung im Nationalrat:

“Dieses Gesetz bezweckt

b) Die Transparenz des Vergabeverfahrens

e) Massnahmen gegen unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption”

+ Ausschlussgrund Korruption (Art. 44 f.)

Urteil B-307/2016 vom 23. März 2016

Ausgangslage: Nach Projektleiterwechsel wird Zuschlag widerrufen und neu erteilt.

Transparenz ex post bedeutet Verständlichkeit bzw. Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsgrundlagen aufgrund hinreichender Dokumentation. Besonders krasse Verletzung der **Dokumentationspflicht** führt zur Gutheissung der Beschwerde ohne Frage nach der Kausalität des Verstosses und ohne materielle Prüfung des Falles.

Der Staat mischt auf Anbieterseite mit

Die Teilnahme von öffentlich-rechtlich konstituierten Rechtssubjekten an Vergabeverfahren ist aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich erlaubt, solange diese nicht durch unzulässige Quersubventionierung zu einer Wettbewerbsverzerrung führt (BVGE 2017 IV/4, bestätigt durch BGE 143 II 425).

Projektleitieraufwand offenbar zum Nulltarif offeriert.
Weltwoche: «Professor Dumping»

Urteil B-998/2014 vom 8. Juli 2016

Projekt Datentransport: Der Beschaffungsgegenstand umfasst die Erschliessung und die Versorgung mit Managed Carrier-Ethernet-Diensten sowie optischen Diensten.

Ausschreibung ganz normal: Beschwerdeführerin wäre geeignet. Bundesratsbeschluss vom 29. Januar 2014 berücksichtigt «Erkenntnisse zur nachrichten-dienstlichen Ausforschung elektronischer Daten» («Snowden») -> Externalisierung nur an Unternehmen von qualifizierter Swissness -> Impliziter Ausschluss der Beschwerdeführerin nach geänderten Spielregeln ohne Abbruch des Verfahrens und ohne Schadenersatz

Urteil B-1284/2017 vom 6. Juni 2017

Projekt Datentransport: Der Beschaffungsgegenstand umfasst die Erschliessung und die Versorgung mit Managed Carrier-Ethernet-Diensten sowie optischen Diensten.

Verfahrensabbruch: «Das Bundesverwaltungsgericht hat die Ermächtigung zum Verfahrensabbruch ausdrücklich an die Auflage geknüpft, dass dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens .. gebührend Rechnung getragen werde.» -> Mit Blick auf Treu und Glauben in diesem Fall kein Abbruch ohne Schadenersatz.

Abbruch und Schadenersatz nach neuem Beschaffungsgesetz

Art. 43 Abs. 2: Im Fall eines gerechtfertigten Abbruchs haben die Anbieterinnen keinen Anspruch auf Schadenersatz.

Botschaft: Ein Abbruch aus sachlichem Grund stellt keine Rechtsverletzung dar.

Das ist nach der Rechtsprechung anders, wenn der Anbieterin gestützt auf Treu und Glauben unabhängig von der Frage des sachlichen Grundes Schadenersatz zusteht (vgl. dazu bereits grundlegend die Rekurskommission, in: VPB 66/2002 Nr. 39). Die Streichung von Art. 43 Abs. 2 wäre vielleicht ein Thema für den Ständerat.

Urteil B-3791/2015 vom 19. August 2016

Beschaffungsgegenstand: Projekt GEVER/Elektronische Geschäftsverwaltung in der Bundesverwaltung.

Auslegung von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen: Nachfrageobliegenheit der Anbieterin bei Unsicherheiten?

Anbieterin ist davon ausgegangen, dass auch effektiv gar nicht anfallende Kosteneinzurechnen sind (E. 5.5).

BVGE 2017 IV/3 (I)

Beschaffungsgegenstand: Miete mobiler Warnanlagen.

Thema: Welche Anforderungen sind gemäss der Ausschreibung an das akustische Warnsignal in Bezug auf die Länge des Warntons. Genau oder mindestens zwei Sekunden?

BVGE 2017 IV/3 (II)

Besteht aufgrund der Ausschreibungsunterlagen keine vollständige Klarheit in Bezug auf die Frage, ob ein Warnton von zwei Sekunden zwingend vorgegeben war, kann der Vergabestelle kein Vorwurf gemacht werden, dass sie mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts die Vorgabe so interpretiert hat, dass ein ohnehin schon beschränkter Markt nicht noch enger wird.

B-7463/2016 vom 31. Oktober 2017

Rüge der Beschwerdeführerin: Es bestehen gewichtige Indizien, dass durch Mitarbeiter der Vergabestelle die strenge Geheimhaltungspflicht (im Rahmen von Verhandlungen) verletzt worden sei.

Gericht: Die Beschwerdeführerin greift nur die Bewertung der Zuschlagsempfängerin an, nicht aber jene der Zweitplatzierten, weshalb sie zur Beschwerde **nicht legitimiert** ist.

Das ist ausgesprochen streng insb. bei gerügten Verletzungen der Verfahrensdisziplin, die zur Verfahrenswiederholung führen.

BVGE 2014/14 und BVGE 2018 IV/2

Man muss die Ausschreibungsunterlagen nicht mit der Ausschreibung anfechten (BVGE 2014/14).

Die Verfahrensökonomie gebietet es, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch Rügen betreffend Mängel der gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören in Bezug auf Vorgaben, welche zwar aus der Ausschreibung nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1).

Zwischenentscheid B-7062/2017 vom 16. Februar 2018

Beschaffungsgegenstand: Ablösung System ASAL zur Auszahlung von Leistungen der ALV.

«Wird die Ausschreibung nicht angefochten, erwächst sie in Rechtskraft, so dass Einwände dagegen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Zuschlag grundsätzlich nicht mehr gehört werden können, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen (bzw. Vorgaben) ohne Weiteres erkennbar waren (E. 8.2 mit Hinweis auf BVGE 2014/14).»

Ausschreibungsunterlagen nach neuem Beschaffungsgesetz

Art. 53 Abs. 2: Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, müssen zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden.

Das ist für die Anbieter im Vergleich zur Rechtsprechung BVGE 2014/14 eine deutliche Verschlechterung und verändert die Vergabekultur. Ehem. Chefeinkäufer der Post: «Ich gehe doch nicht zu meinem ersten Date mit einem Anwalt.» Um die Ausschreibungsunterlagen kümmert man sich in der Praxis bisher erst im Rahmen der Offertstellung. Streichung wäre ein Thema für den Ständerat.

BVGE 2018 IV/2

Eine rechtswidrige Diskrepanz zwischen der in der Ausschreibung bekannt gegebenen Gewichtung und der « effektiven » Gewichtung durch die gewählte Bewertungsmethode kann sich nicht nur hinsichtlich Preis, sondern auch in Bezug auf qualitative Zuschlagskriterien ergeben (E. 6.2 i.V.m. E. 7.4 und 7.6).

Das passt gut zusammen mit der Zielrichtung des neuen Gesetzes, welches die Vergabekultur weg vom Preis- und hin zum Qualitätswettbewerb bewegen will.

Fazit

1. Das öffentliche Beschaffungswesen dient nicht nur der Marktöffnung. Good governance und die Balance zwischen Preis- und Qualitätswettbewerb sind weitere Themen.
2. Das neue Gesetz will mancherorts die Rechtsprechung korrigieren, ohne das aber durchwegs transparent zu machen.
3. Es bleibt spannend! Prozessfallen (rechtzeitige und legitimationsbegründende Rügen) immer im Auge behalten!