

Die Revision des Beschaffungsrechts: Rechtsschutz de lege ferenda

Marc Steiner
Richter am Bundesverwaltungsgericht*

*Der Vortragende äussert seine persönliche Meinung.

Kernbotschaften / Übersicht

- Vergaberecht ohne glaubwürdigen Rechtsschutz geht nicht (WTO Government Procurement Agreement / EU-Richtlinien)
- Die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV gilt auch im öffentlichen Beschaffungswesen
- Der Bund kann nicht zuerst den Kantonen und der Wirtschaft die Öffnung des Rechtsschutzes versprechen und dann im neu zu öffnenden Bereich nur Sekundärrechtsschutz (ohne Möglichkeit, den Zuschlag anzugreifen) anbieten.

Rechtsgrundlagen 1

Völkervertragsrecht:

- GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (SR 0.632.231.422; von der Schweiz abgesehen gilt heute bereits das revidierte GPA 2012)
- Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68)

Rechtsgrundlagen 2

Rechtlicher Rahmen für Beschaffungen des Bundes:

- Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1)
- Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB; SR 172.056.11)

Strukturelle Ausgangslage I

Im Unterschied zu den üblichen Konstellationen, wie wir sie im Wirtschaftsverwaltungsrecht kennen, tritt der Staat im öffentlichen Beschaffungswesen nicht regulierend-hoheitlich (*iure imperii*) auf, sondern handelt nach der Art eines Privaten, um seinen Nachfragebedarf zu decken (*iure gestionis*). Damit sind die staatlichen Dienststellen, die einkaufen, selbst regulierungsbedürftig ganz ähnlich wie die rechtsunterworfenen Unternehmen im Kartell- oder im Finanzmarktrecht (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016 E. 5.3). Folgerichtig werden sie im Beschwerdeverfahren auch nicht als «Vorinstanzen», sondern als «Vergabestellen» bezeichnet.

Strukturelle Ausgangslage II

In den letzten Jahren hat sich ein breiter werdender Konsens herausgebildet, wonach der Staat sowohl in der Anwendung des Kartellgesetzes (inkl. Anbieterabsprachen bei Vergaben) als auch als Finanzmarktregulator wirkungsvoller und glaubwürdiger agieren soll als auch schon.

Die Glaubwürdigkeit der öffentlichen Hand ist aber nur gegeben, wenn sie sich auch in der öffentlichen Beschaffung, wo sie selbst regulierungsbedürftig ist, an einer effektiven Regulierung und deren Umsetzung interessiert zeigt (inkl. Rechtsschutz).

Strukturelle Ausgangslage III

Das Beschaffungsrecht und das entsprechende Verfahrensrecht soll nicht eine Rechtsordnung von Vergabestellen für Vergabestellen sein, sondern es sind vielmehr auch die Anbieterinteressen in angemessener Weise zu berücksichtigen.
(Marc Steiner zur «Lex Leuenberger» betreffend die Abschaffung der aufschiebenden Wirkung für Projekte von nationaler Bedeutung)

Warum sind wir heute hier? (I)

Bern, 16.02.2017 - Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 15. Februar 2017 die Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) verabschiedet. Ein Hauptziel der Revision ist die Harmonisierung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen. Parallel dazu hat der Bundesrat auch die Botschaft zum revidierten WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 2012 (GPA) verabschiedet.

The revised GPA is more than a market access tool

“While benefits of the GPA are often seen in terms of providing market access rights for national suppliers in the other GPA parties’ markets, the Agreement can also be seen as a powerful tool for improving governance and promoting development.”

(Nicholas C. Niggli, former Chairman of the WTO Committee on Government Procurement)

Warum sind wir heute hier? (II)

The WTO nowadays more or less officially shares the view of Transparency International, according to which few government activities create greater temptations or offer more opportunities for corruption than public sector procurement. That is why the aims and purposes of public procurement regulations have been or are about to be redefined.

(Elisabeth Lang/Marc Steiner)

Und vorab noch ein Appetithäppchen I

Rechtsvergleich:

Im EU-Recht führen die Judikatur des EuGH und die neue Rechtsschutzrichtlinie 2007/66/EG zur Verstärkung des Rechtsschutzes, insbesondere im Bereich der aufschiebenden Wirkung von Beschwerden vor den nationalen Nachprüfinstanzen. Vor allem kann auch der ohne Publikation bzw. verfrüht abgeschlossene Vertrag angegriffen werden.

Und vorab noch ein Appetithäppchen II



EUROPEAN COMMISSION

Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SME's

SINGLE MARKET FOR PUBLIC ADMINISTRATIONS

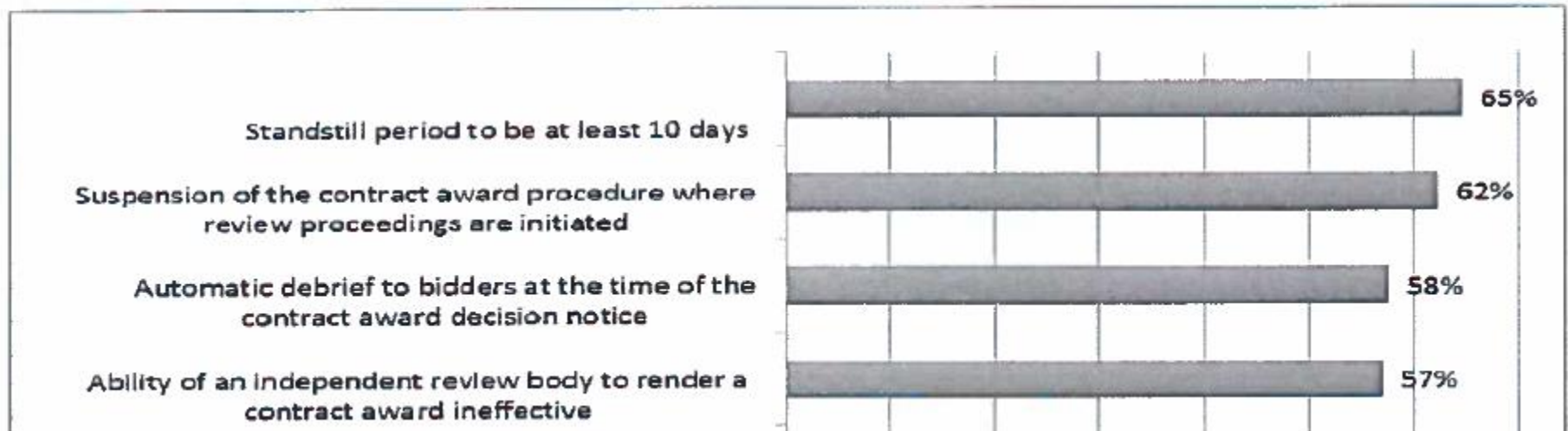
AGENDA

**1st Meeting - Network of first instance public procurement
review bodies**

6th March 2017

Und vorab noch ein Appetithäppchen II

The results from the Commission department's public consultation concerning the ranking of relevance of the provisions of the Remedies Directives:



Und vorab noch ein Appetithäppchen IV: Trambeschaffung Zürich

Endgültig verloren

"Damit war der Auftrag für uns endgültig verloren", sagte Marina Winder von Stadler Rail am Montag gegenüber der sda. Das Thurgauer Unternehmen hätte nach dem Gerichtsentscheid nur noch auf Schadenersatz klagen können.

Nach der rechtlichen Prüfung sei das Unternehmen aber zum Schluss gekommen, dass dies nicht zielführend sei, heisst es in der Mitteilung von Stadler Rail weiter. "Wir wollen keinen Rechtsstreit vor Gericht führen, wir wollen Fahrzeuge bauen", sagte Winder. Das Unternehmen verzichtet deshalb auf eine Weiterführung des Verfahrens.

Prognose: Faktische Relevanz des EU-Vergaberechts

Rechtlich ist die Sache klar: Die Schweiz ist weder an das materielle EU-Vergaberecht (insb. Richtlinie 2014/24/EU) noch an die EU-Rechtsmittelrichtlinien gebunden. Faktisch ist aber der Einfluss des materiellen EU-Rechts auf den Gesetzesentwurf vom 15. Februar 2017 deutlich nachweisbar. Und beim Rechtsschutz wird es so sein, dass wir immer öfter gefragt werden, ob unser System einen vergleichbar ernsthaften Rechtsschutz garantiert.

Die Rechtsweggarantie I

Art. 29a BV:

Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen (vgl. dazu BVGE 2008/48 E. 5.2).

Prämisse für die Diskussion: Vergabeentscheide sind keine “actes de gouvernement”.

Die Rechtsweggarantie II

Bemerkung zu Art. 29a BV und dem BöB:

So stellt sich namentlich die Frage, ob de lege ferenda der vollständige Verzicht auf unterschwelligen gerichtlichen Rechtsschutz, wie ihn das BöB statuiert, aufrecht erhalten werden kann (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 1206).

Mit anderen Worten: Die derzeit geltenden Schwellenwerte sind jedenfalls verfassungswidrig.

Rechtsschutz nach GPA

Art. XX GPA: Beschwerdeverfahren
(entspricht Art. XVIII des revidierten GPA)

Abs. 2:

Die Vertragsparteien legen nichtdiskriminierende, zügige, transparente und wirksame Verfahren fest, welche den Anbietern erlauben, gegen vermutete Verletzungen dieses Übereinkommens im Zusammenhang mit Beschaffungen, an welche sie ein Interesse haben oder hatten, Beschwerde zu erheben.

Das ein WTO-Abkommen nationalen Rechtsschutz zu seiner Durchsetzung verlangt, ist spektakulär.

Rechtsschutz auf kantonaler Ebene

Art. 9 des Binnenmarktgesetzes (BGBM)

Abs. 1: Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen.

Abs. 2: Das kantonale Recht sieht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vor.

Rechtsschutz auf kantonaler Ebene

BGE 131 I 137 ff. (Fall Sigriswil)

Das angefochtene kantonale Urteil, welches [für eine Bagatellvergabe] entsprechend der kantonalgesetzlichen Ordnung die Zulässigkeit einer Beschwerde gegen die freihändige Vergebung verneint, verstösst nicht gegen Art. 9 BGBM bzw. gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV).

Prämisse: Namentlich für echte Binnenmarktrügen (Diskriminierung) muss auch unterhalb der Bagatellschwelle Rechtsschutz gewährt werden.

Rechtsschutz auf Bundesebene: Die Rekurskommission (BRK)

In Gesprächen mit den Experten hat sich gezeigt, dass die kantonalen Instanzen, die in einem lokalen Umfeld agieren, eher zu pragmatischen Lösungen neigen, die BRK hingegen eine formellere Auslegung betreibt, da sie keinem lokalen Druck ausgesetzt ist (PVK, Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht, Bericht vom 14. März 2002, S. 12).

Rechtsschutz auf Bundesebene: Das Bundesverwaltungsgericht

Art. 27 Abs. 1 BÖB in der Fassung vom
17. Juni 2005:

Gegen Verfügungen der Auftraggeberin ist
die Beschwerde an das
Bundesverwaltungsgericht zulässig.

Frühere Fassung: Diese (die Rekurskommis-
sion) entscheidet endgültig.

BVGer-interne Zuständigkeit

Anhang gemäss Art. 16 Abs. 5 des Geschäftsreglements für das Bundesverwaltungsgericht:
Der zweiten Abteilung werden [unter anderem] Geschäfte der folgenden Rechtsgebiete zugeteilt:

- öffentliche Beschaffungen
- Kartellrecht und Preisüberwachung
(Anmerkung: inkl. Absprachen unter Anbietern)

Auch die Anwendung von Vergaberecht ist vom relevanten Anbietermarkt abhängig: Zwischenentscheid B-7753/2016 vom 1. Februar 2017, amtliche Publikation der Erwägung 4 beantragt

Statistik / aufschiebende Wirkung

Stand der Statistik: 31. Dezember 2016

	2013	2014	2015	2016
Eingänge Total	25	39	34	44
Erledigungen ¹	20	32	33	46

Das BVGer gewährt die aufschiebende Wirkung weniger häufig als die Rekurskommission, aber richtigerweise häufiger als das Bundesgericht. Man kann das BVGer als dasjenige Gericht, das als erste Justizinstanz die Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziffer 1 EMRK garantiert, nicht mit dem BGer als Wächterin über die einheitliche Anwendung des Vergaberechts vergleichen.

Der Zugang zum Bundesgericht

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist im Beschaffungsrecht gemäss Art. 83 lit. f BGG nur gegeben, wenn zugleich

a) die GPA- bzw. BÖB-Schwellenwerte überschritten sind

und

b) sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt

Die aufschiebende Wirkung I

Auf Bundesebene nach geltendem Recht:

Art. 28 Abs. 1 BÖB:

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

Art. 28 Abs. 2 BÖB:

Das Bundesverwaltungsgericht kann die aufschiebende Wirkung auf Gesuch hin erteilen.

Die aufschiebende Wirkung II

Art. 54 des Gesetzesentwurfs vom 15. Februar 2017

Abs. 1: Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

Abs. 2: Das Bundesverwaltungsgericht kann einer Beschwerde bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich ... auf Gesuch hin aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.

Die aufschiebende Wirkung III

Art. 54 des Gesetzesentwurfs vom 15. Februar 2017

Abs. 2 letzter Satz: Zur Frage der aufschiebenden Wirkung findet nur ein Schriftenwechsel statt.

Diese Regelung kann mit dem Replikrecht kollidieren, wenn die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme erstmals auf Dringlichkeit plädiert oder einen Bundesbeschluss aus dem Hut zaubert, der sagt, dass wegen “no spy”-Datensicherheitsvorgaben nur gewisse Anbieter berücksichtigt werden können. Zum Replikrecht gemäss Art. 6 Ziffer 1 EMRK bei Zwischenentscheiden vgl. BVGE 2012/6

Die aufschiebende Wirkung IV: Exkurs: Lex Leuenberger

Ein vom Bundesrat auf Antrag des damaligen Verkehrsministers ins Auge gefasstes gesetzliches Verbot der aufschiebenden Wirkung für wichtige Projekte von nationaler Bedeutung [...] ist in der Lehre namentlich mit Blick auf Art. XX GPA einhellig kritisiert worden und auch politisch erfolglos geblieben (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 1343 mit Hinweisen).

Regeste/Leitsatz BVGE 2009/19 I (Zwischenentscheid Microsoft)

Die zivilrechtliche Gültigkeit des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrags kann nicht ohne Rücksicht auf die vergaberechtliche “Vorordnung des Vertragsschlusses” beurteilt werden. Der Umstand, dass die Vergabestelle (oberschwellig) unmittelbar nach der Zuschlagserteilung im freihändigen Verfahren den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen hat, hinder das Bundesverwaltungsgericht nicht daran, den erteilten Zuschlag aufzuheben.

Regeste/Leitsatz BVGE 2009/19 II

Vgl. zum Ganzen neuerdings das Urteil VB.2015.00238 des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 3. Dezember 2015:

Bei einem solchen unzulässigen Vertragschluss ist das Verwaltungsgericht zwar zur Aufhebung des Zuschlags, nicht jedoch zum Eingriff in das zivilrechtliche Vertragsverhältnis befugt. Hingegen kann es dem öffentlichen Auftraggeber Vorschriften über dessen vertragliches Verhalten machen.

Der neue Vorschlag I

Ausgangslage Verfassung:

“Mit Blick auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) stellt sich die Frage, ob nicht alle Verfügungen anfechtbar sein sollen und damit bereits ab einem Auftragswert von einem Franken Rechtsschutz gewährt werden sollte.”
(Botschaft, S. 127 f.)

Der neue Vorschlag II

Ausgangslage Harmonisierung Bund-Kantone:

Der Kompromissvorschlag ist so angedacht, dass die Kantone im Sinne eines weiteren Harmonisierungsbeitrags Verhandlungen unter bestimmten Bedingungen zulassen sollten, während im Gegenzug der Bund ebenfalls den Rechtsschutz bei einem Auftragswert ab 150'000 Franken vorsehen müsste.
(Erläuternder Bericht zum E-IVöB, S. 9).

Der neue Vorschlag III

Vorschlag gemäss Art. 53 des Vorentwurfs
BöB vom 1. April 2015 (= Art. 51 des
Entwurfs vom 15. Februar 2017):

Abs. 1: [...] Die Anbieterinnen haben vor
Eröffnung der Verfügung keinen Anspruch
auf rechtliches Gehör.

Problem: Wenn ein Anbieter ein ungewöhnlich
niedriges Angebot einreicht, erhält er
dann wirklich keine Gelegenheit zur Plausi-
bilisierung? (Kritik BVGer Vernehmlassung)

Der neue Vorschlag IV

Vorschlag gemäss Art. 54 des Vorentwurfs
BöB vom 1. April 2015:

Abs. 1: Gegen Verfügungen der Auftraggeberinnen ist bei einem Auftragswert ab 150'000 Franken die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig.

Abs. 4: Auf Aufträge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs findet ein einfaches Verfahren mit ... einfachem Schriftenwechsel und beschränkten Beweismitteln Anwendung. Zuständig ist der Einzelrichter.

Der neue Vorschlag V

Die Stellungnahme des Bundesverwaltungsgerichts war sehr höflich, vermittelte nach dem Verständnis des Vortragenden der Sache nach aber folgende Botschaft: Was das Finanzdepartement mit dem einfachen und raschen Verfahren unterhalb der GPA-Schwellenwerte will, entspricht einer Art vergaberechtlicher “Durchsetzungsinitiative” und ist so nicht akzeptabel. Vor allem müsste ehrlicherweise gesagt werden, dass nicht nur das VwVG, sondern auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK unterhalb der GPA-Schwellenwerte nicht garantiert werden soll.

Der neue Vorschlag VI

Zusammenfassung der
Vernehmlassungsergebnisse:

Der Grundsatz einer Erweiterung des Rechtsschutzes wurde insbesondere von Wirtschafts- und Industrieverbänden begrüsst. Allerdings fanden sich hinsichtlich der Einführung eines bisher unbekanntes Verfahrens kritische Stimmen (Botschaft, S. 128). Trotzdem müsse der Rechtsschutz wegen der zeitaufwendigen Rechtsschutzverfahren und der erhöhten Sparvorgaben abweichend vom normalen Verfahren ausgestaltet werden.

Der neue Vorschlag VII

Gesetzesentwurf vom 15. Februar 2017

In Bezug auf die Rechtsschutzschwellenwerte wird zugunsten der Vergabestellen zurückbuchstabiert (Art. 52 Abs. 1 des Entwurfs): Anhang 4 E-BöB setzt den Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen bei 150'000 Franken an. Bei Bauleistungen kann ab dem für das offene oder selektive Verfahren massgebenden Schwellenwert (2 Millionen Franken) Beschwerde geführt werden (Botschaft, S. 130).

Der neue Vorschlag VIII

Gesetzesentwurf vom 15. Februar 2017

Art. 52 Abs. 1 des Entwurfs:
Bei Aufträgen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs kann mit der Beschwerde nur die Feststellung beantragt werden, dass eine Verfügung Bundesrecht verletzt.

Mit anderen Worten: Die Aufhebung des Zuschlags und die Gewährung der aufschiebenden Wirkung fallen ausser Betracht !!!

Der neue Vorschlag IX

Gesetzesentwurf vom 15. Februar 2017

Art. 58 Abs. 4 des Entwurfs:

Der Schadenersatz ist beschränkt auf die erforderlichen Aufwendungen, die der Anbieterin im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einreichung ihres Angebots erwachsen sind.

Der neue Vorschlag X

Gesetzesentwurf vom 15. Februar 2017

Vorgeschichte zur “Lex Leuenberger”:
“Im Rahmen der verschiedenen Projekte zur Revision des BöB ist mehrfach darauf hingewiesen worden, dass eine allfällige Schwächung des Primärrechtsschutzes – wenn überhaupt – nur akzeptabel wäre, wenn ein weitaus grosszügigeres Schadenersatzregime vorgesehen würde.” (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 1416 mit Hinweisen)

Der neue Vorschlag XI

Der Preis für den süffigsten Satz in der Botschaft geht an:

“Allenfalls wäre für den Bundesrat – unter Berücksichtigung des Harmonisierungsziels – aber auch der im Vernehmlassungsentwurf vorgeschlagene Rechtsweg vertretbar.”

(Botschaft, S. 128)

Oder anders: Wir wissen, dass der Gesetzgeber, also das Parlament, zum Rechtsschutz noch einen Grundsatzentscheid treffen muss.

Würdigung I

Im Unterschied zur “Lex Leuenberger” haben wir kein Problem mit Art. XX GPA, wenn wir den Rechtsschutz gemäss dem bundesrätlichen Vorschlag vom 15. Februar 2017 regeln. Alles, was wir diskutieren, spielt sich ausserhalb des Anwendungsbereichs des GPA ab.

Die Schweiz übernimmt die “good governance”-Zielsetzung des GPA aber natürlich auch unterhalb der Schwellenwerte.

Würdigung II

Der Deal mit den Kantonen wird trotz klarer Befürwortung der Ausdehnung des Rechtsschutzes durch die Wirtschafts- und Industrieverbände im Ergebnis nicht eingehalten. Die Stellungnahmen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens werden so de facto zugunsten der Bundesverwaltung und der bundesnahen Betriebe ignoriert.

Würdigung III

Der Sinn der verfassungsmässigen Rechtsweggarantie wird durch die Vorlage im Ergebnis unterlaufen, weil der angebotene (Sekundär) Rechtsschutz zahnlos ist.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein Rechtsschutzbagatellschwellenwert vertretbar. Es stellt sich die Frage, ob gewisse Rügen (besonders schwerer Rechtsverletzungen) nicht auch unterhalb der Schwelle zulässig sein sollten.

Würdigung IV

Aus europapolitischer Sicht:

Wir sind nicht an europäisches Vergaberecht gebunden. Trotzdem sollten wir im Sinne der Berücksichtigung der Ziele des bilateralen Abkommens zum öffentlichen Beschaffungswesen zumindest ab den Schwellenwerten für das EU-Richtlinienrecht einen dem EU-Recht mehr oder weniger äquivalenten Rechtsschutz gewährleisten.

Würdigung V

Das Schadenersatzargument:

Wenn nur noch Sekundärrechtsschutz gewährleistet werden soll, darf nicht zugleich das Mass des zu ersetzenden Schadenersatzes auf einem für den Beschwerdeführer uninteressanten Niveau belassen werden (RA Dr. Peter Galli, NZZ vom 6. August 2010 zur “Lex Leuenberger”; Argument hier analog anwendbar).

Würdigung VI

Das Verhältnismässigkeitsargument:

Man kann der Justiz auf andere Weise klar machen, dass die Verfahrensdauern nicht befriedigen. Hier wird das Kind mit dem Bade ausgeschüttet.

Fazit

Wenn die Kantone sich diese “Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!”-Taktik des Bundes akzeptieren, ist das ihre Sache, obwohl natürlich so die beabsichtigte Parallelität beim Rechtsschutz nicht hergestellt wird. Die Rechtsschutzregelung ist aber in offenem Widerspruch zur neuen Zielsetzungen der Korruptionsprävention bzw. “good governance”.

Und vor allem: Die Wirtschaft darf sich das auf keinen Fall bieten lassen. Der Bund soll als Mitspieler nicht zu seinen eigenen Gunsten eigene Spielregeln definieren können.