

Das öffentliche Beschaffungswesen: Was ist das für ein Typ von Regulierung? Ist Geiz geil? Was kann der Innovationsbeitrag staatlicher Nachfrage sein? Welche Bedeutung hat good governance im öffentlichen Sektor?

Öffentlicher Einkauf: Braucht es eine Regulierung und wenn ja welche?

Der öffentliche Einkauf von Schulhäusern, Toilettenpapier, Kantinenmahlzeiten über neue Eisenbahntunnel bis zu den 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. Im Unterschied zum „normalen“ Wirtschaftsverwaltungsrecht reguliert der Staat mit dem Beschaffungsgesetz aber nicht in erster Linie die ihre Leistungen anbietenden Unternehmen, sondern die Verwaltung selbst, also die einkaufende Auftraggeberseite. Darum muss das Parlament im Rahmen der Vergaberechtsreform auch auf der Hut sein, dass es dem Bundesrat nicht einfach unbesehen diejenigen Regulierungsvorschläge abkauft, die für die Bundesverwaltung am bequemsten sind.

Regulierungsphilosophie – Wo kommen wir her?

Wenn ein Archäologe die weltanschaulichen Konzepte ausgraben würde, die der Regulierung des öffentlichen Einkaufs zugrunde liegen, dann müsste er grob drei verschiedene Schichten in die Karte zeichnen und das gefundene Material mit einem entsprechenden Vermerk inventarisieren. Dabei gibt es zwei grosse Paradigmenwechsel. In den 80er Jahren war die Ausgangslage in der Schweiz etwas vereinfacht gesagt behäbig, protektionistisch und in Kartellabsprachen begünstigender Weise verkrustet. Und trotzdem gab es schon Vergabeverfahren, weil „best value for money“ und good governance-Ideen durchaus auch relevant waren. Man sagte sich im Sinne einer Güterabwägung, dass Protektionismus bis zu 5 Prozent mehr kosten darf aber dann möglichst auch nicht mehr als das. Das war aber ein Problem der Vergabestelle, das die Anbieterseite nichts angeht, weshalb es im Unterschied zum europäischen Binnenmarkt auch keinen gerichtlichen Rechtsschutz gab. Das ist die archäologische Schicht 1.

Auf diese Ausgangslage hat der Neoliberalismus der 90er mit Marktöffnungskonzepten reagiert, um den Wettbewerb zu intensivieren. Das ist die archäologische Schicht 2. Neu geht es um Marktöffnung, Wettbewerb und Geld und nur um das. Damit war schon die Integration längerfristiger Ziele prima facie suspekt unter dem Schlagwort „vergabefremde Aspekte“; es galt das „Reinheitsgebot“ der Marktöffnung. Nach der verlorenen EWR-Abstimmung wurde als Ersatzlösung eine auf die Schweiz beschränkte Strategie der marktwirtschaftlichen Erneuerung verfolgt bestehend aus Binnenmarktgesetz und Kartellgesetz. Dazu passte ausgezeichnet der WTO-Beitritt inklusive WTO-Abkommen zum öffentlichen Beschaffungswesen. Dieses brachte das erste Beschaffungsgesetz für den Bund sowie eine entsprechende interkantonale Vereinbarung für die Kantone und vor allem auch den Rechtsschutz für die nicht berücksichtigten Anbieter, womit die Justiz ins Spiel kam. Das war ein Paradigmenwechsel, den die Bundesverwaltung am Anfang nur schwer verdaute. Sie versuchte sogar, mit der damaligen Rekurskommission über das öffentliche Beschaffungswesen über die Frage der aufschiebenden Wirkung zu verhandeln, weil sie gerne die Möglichkeit gehabt hätte, durch den Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin das Gericht bindende Fakten zu schaffen. Die Juristinnen und Juristen der 90er haben den neoliberalen Ansatz im Wesentlichen von den Ökonominen und Ökonomen übernommen. Dieses Denken gemäss der Schicht 2 ist als Reaktion auf die Schicht 1 absolut nachvollziehbar, schießt aber über das Ziel hinaus und hat sich als zu wenig integrationsfähig ins Gesamtsystem der Rechtsordnung erwiesen. Deshalb haben einige Juristinnen und Juristen angefangen, eine gegenüber der Ökonomie selbständigere Regulierungslogik zu entwickeln.

Regulierungsphilosophie – Wo geht die Reise hin?

Nach der Bundesverfassung von 1999 wird die Nachhaltigkeit zum Staatsziel und damit entstehen die ersten Regulierungslogikgedanken der Schicht 3, die mit den Schlagworten Governance, Qualität, Nachhaltigkeit und Innovation beschrieben werden kann. Die Schicht 3 ist dadurch gekennzeichnet, dass das Erreichen von Politikzielen mittels des öffentlichen Beschaffungswesens nicht mehr rundweg negativ gesehen wird. Am deutlichsten wird das in Europa. Die Richtlinie 2014/24/EU dient dem „strategic use of public procurement“, damit so die Nachhaltigkeitsziele der Strategie „Europa 2020“ erreicht werden können. Damit sollen die Gedanken der Regulierung gemäss Schicht 2 nicht aufgegeben, sondern im Sinne einer ausgewogenen Balance relativiert werden. In dieselbe Richtung

geht auch die Revision des Welthandelsvergaberechts. Das revidierte Government Procurement Agreement stellt „Green Public Procurement“, also Umweltschutz und Ökoinnovation durch öffentliches Nachfrageverhalten, ausser Streit. Das WTO-Symposium vom 22. Februar 2017 zur nachhaltigen Beschaffung hat auch im Bereich sozialer Gesichtspunkte eine von Kanada und Europa getragene Aufbruchstimmung dokumentiert. Die Leitlinie der Schicht 3 ist die Politikkohärenz bzw. Kohärenz der Rechtsordnung. Das heisst wenn in der Bundesverfassung steht, dass die Nachhaltigkeit Staatsziel ist, dann führt das dazu, dass man nachhaltige öffentliche Beschaffung jedenfalls nicht in dem Masse rechtlich verhindern kann, wie das dem „Reinheitsgebot“ bzw. der Logik der Schicht 2 entsprechen würde. Der Staat hat von Amtes wegen eine CSR-Strategie. Die armasuisse (Bundesamt für Rüstung) hat auch längst erkannt, dass es bei der Uniformbeschaffung nicht nur um Geld, sondern auch um Reputationsrisikomanagement geht. Und: Der Qualitätswettbewerb wird wieder zum Thema. Der Logik der Schicht 2 entspricht der reine Preiswettbewerb, weil der Preis am einfachsten zu bewerten ist und auch die Ökonomie stark auf den Preiswettbewerb fokussiert. Dumpingangebote sind ausdrücklich erwünscht. Nach der Logik der Schicht 3 hat der Preiswettbewerb demgegenüber einen Grenznutzen. Und es wird der Zusammenhang zwischen Qualität und Innovation erkannt. Kein Vertreter der Schicht 2 würde sagen, er sei gegen Innovation. Fakt ist aber, dass der reine auf den Kaufpreis abstellende Preiswettbewerb für die Integration längerfristig relevanter Aspekte negative Anreize setzt, wenn nicht die Externalitäten im Sinne einer Vollkostenrechnung auch über total cost of ownership hinaus internalisiert oder in der Form von Qualitätsaspekten berücksichtigt werden. Ausserdem ist aus der Sicht der Anbieter völlig klar, dass nur konventionelle Lösungen gefragt sind, sobald der Preis zu hoch gewichtet wird. Aber: Innovation ist oft auch kostengünstiger. Innovative Anbieter weisen in ihren Offerten ausdrücklich darauf hin, dass man qualitativ Besseres und Innovativeres haben könnte, wenn die Nachfrage weniger preisgetrieben oder weniger vorstrukturiert wäre. Um besser Preise vergleichen zu können werden oft Teilpakete ausgeschrieben, die eine «falsche» Lösung implizieren. Innovation entsteht aber durch den bewussten Verzicht auf ein detailliertes Pflichtenheft im Sinne einer ganz oder teilweise funktionalen Ausschreibung, mit welcher nur beschrieben wird, welches Ziel erreicht werden soll, ohne dass der Weg dahin genau vorgegeben würde. Und obwohl das auf den ersten Blick als überraschend wahrgenommen werden könnte, kann auf dieser Grundlage oft ein kostengünstigeres und nachhaltigeres Angebot das Rennen machen. Interessant ist in Bezug auf die Frage nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot die Tatsache, dass das seit Mitte der 90er Jahre geltende schweizerische Beschaffungsrecht (Art. 21 BöB) dank parlamentarischer

Intervention – im Unterschied zum damaligen europäischen Recht – schon seit Mitte der 90er auf Qualitätswettbewerb ausgerichtet ist. Weil aber die Akteure intuitiv wissen, dass das Vergaberecht ein Werkzeug der Regulierungslogik gemäss Schicht 2 ist und denken, dass man die Berücksichtigung des billigsten Angebots am einfachsten begründen kann, hat sich im Rahmen der der Verwaltung ausdrücklich zuerkannten Spielräume vielerorts entgegen der Zielsetzung von Art. 21 BöB eine durch Preiswettbewerb geprägte Vergabekultur ergeben. Das stört naheliegenderweise die Wirtschaftsverbände, deren Mitglieder in der Schweiz anbieten und besser im Innovations- und Qualitäts- als im Preiswettbewerb bestehen können. Darum bekennen sich diese im Unterschied zur *economiesuisse*, die ein „Reinheitsgebot“ postuliert, wonach ausdrücklich Argumente aus der Schicht 2 relevant sind, neuerdings ausdrücklich zur Regulierungslogik der Schicht 3. Und was in der WTO, in der EU und genauso in der Schweiz mit der Schicht 3 auch kommt ist das Wissen darum, dass good governance im öffentlichen Sektor und Korruptionsprävention nicht nur Mittel zum Zweck für die Marktöffnung sind, sondern dass die Integrität und Glaubwürdigkeit der öffentlichen Hand als eigenständiges Regulierungsziel zu sehen sind. Dementsprechend dienen die Transparenz und ein effektiver Rechtsschutz nach diesem Verständnis nicht nur dem Wettbewerb, sondern auch der good governance. Beim Staat wird der goodwill zwar nicht in der Konzernrechnung budgetiert, aber trotzdem kann er ihn verlieren und diesbezügliche Verluste kommen ihn teuer zu stehen.

Zwischen Innovationsförderung und good governance bzw. Korruptionsprävention können Zielkonflikte bestehen. In der Schweiz können wir es uns vom governance-Standard her absolut erlauben, der Verwaltung als Auftraggeberin Spielräume zuzugestehen, auch wenn das der auf total korrupte Systeme zugeschnittenen Standardargumentation von Transparency International nicht entspricht. Gefragt ist nicht eine Vergabekultur, die den Beschaffungsvorgang zu einer Kette von „cover my ass“-Entscheidungen macht, sondern trotz Compliancevorgaben ein durch Führungsimpulse zu setzendes Anreizsystem, welches die Frage nach dem Sinn und die Übernahme von Verantwortung belohnt. Zugleich darf man es dem öffentlichen Sektor auch nicht abnehmen, wenn sich die Akteure hinter Sachzwängen des Gesetzes verstecken dort, wo die Auftraggeberseite im Rahmen ihrer Spielräume „policy choices“ etwa zwischen Qualitäts- und Preiswettbewerb zu vertreten hat.

Fazit

Die Tatsache, dass die WAK-N den bundesrätlichen Entwurf für ein Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017 im Sinne der Betonung des Qualitätswettbewerbs präzisiert und gemäss Pressemitteilung vom 28. März 2018 nach heftiger Auseinandersetzung das Zuschlagskriterium „Nachhaltigkeit“ verteidigen will, ist der Zusammensetzung des Nationalrats entsprechend nicht das Ergebnis linker Unterwanderung. Vielmehr wird damit der unter Industrienationen namentlich im europäischen Kontext längst vollzogene Schritt von der Regulierungslogik der Schicht 2 zu derjenigen der soeben beschriebenen Schicht 3 getan. Das dient, was in den letzten Jahren immer deutlicher erkannt wird, ausdrücklich auch dem Werkplatz Schweiz. Sonst würden sich etwa bauenschweiz, SIA, usic, lignum und swiss textiles in diesem Punkt auch nicht so unabhängig von der economiesuisse bzw. eben ganz anders positionieren. Die Herausforderung wird sein, dass zugleich klar gemacht wird, dass wir nicht wieder zum zu sehr durch Protektionismus geprägten Konzept gemäss Schicht 1 zurück wollen. Die Lösung liegt im bewussten Management der Zielkonflikte. Die Abspaltung ganzer Gedankenwelten (etwa aus dem Bereich der Nachhaltigkeit) zur Vermeidung von Zielkonflikten, wie sie dem Konzept gemäss Schicht 2 zugrunde liegt, führt nicht zum Ziel und ist in Bezug auf die Innovationsförderung suboptimal.

Marc Steiner, Bundesverwaltungsrichter (äussert seine persönliche Meinung),
und Thierry Lalive d'Epinay, Senior Partner, hpo ag / 30. April 2018