

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 42/April 2017

Verfahrensart: Korruptionsfreies Verfahren

Korrupt ist, wer für sich oder andere einen persönlichen Vorteil aus der dienstlichen Stellung zu ziehen versucht und damit das erhaltene Vertrauen missbraucht. Der Vermeidung von Korruption hat die Welthandelsorganisation (WTO) mit dem revidierten Abkommen zum öffentlichen Beschaffungswesen (GPA) einen hohen Stellenwert eingeräumt. Dies wird auch Auswirkungen auf die öffentliche Vergabepaxis in der Schweiz haben. Was lässt sich aktuell zur Korruptionsvorbeugung in der staatlichen Beschaffung aus Compliance-Sicht anmerken?



Felix Bühler, lic. oec. publ.,
Compliance-Beauftragter des Kantons
Zürich

Einzelfälle und Dunkelziffer

In der Schweiz kommt Korruption nur in Einzelfällen vor. Das ist die gute Nachricht. Die weniger gute lautet: die vermutete Dunkelziffer in Fällen der Bestechung von Amtsträgern liege bei mehr als 95%, betonen namhafte Strafrechtler. Öffentliche Beschaffung ist ein vielfältiger Prozess, der sich über Jahre erstrecken und mehrere Etappen durchlaufen kann. Korruption kann in allen Phasen vorkommen, vom Projektentscheid,

über die Festlegung der Spezifikationen und die Ausschreibung bis hin zur Realisierung. Die einzelnen Transaktionen können Regelverstöße verschleiern, an denen oft mehrere Akteure beteiligt sind, die unter Umständen über Jahre hinweg zusammenarbeiten.

Korruptes Verhalten von Staatsangestellten ist in jedem Fall skandalös. Es verzerrt den Zugang zu öffentlichen Aufträgen, führt zu unrechtmässiger Besserstellung einzelner Anbieter und schwächt das Vertrauen der Bevölkerung in die ordnungsgemässe Tätigkeit der Verwaltung, welche politisch definierte Aufgaben erfüllt und dafür Steuermittel einsetzt. Korrupte Mitarbeitende riskieren nicht nur den Ruin ihres eigenen Rufes, sondern schaden vor allem den Interessen des Bundes, des betreffenden Kantons oder der Gemeinde.

Musterfall

Die Korruptionsfälle, die in jüngerer Zeit in der Schweiz bekannt geworden sind, bewegen sich oft im Informatikbereich. Ein Musterfall mit einigen typischen Merkmalen lässt sich in etwa wie folgt konstruieren:

IT-Unternehmer X kennt das Mitbieten bei Ausschreibungen, insbesondere das aus seiner Sicht verwinkelte Gelände der geforderten Nachweise, der Eignungs- und

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Laut dem unabhängigen, politisch neutralen und nicht-gewinnorientierten Verein «Transparency International» gehört das öffentliche Beschaffungswesen zu den korruptionsanfälligsten Tätigkeitsbereichen. Um einen Zuschlag zu erhalten, kann mit unlauteren Methoden nachgeholfen werden, so dass schlussendlich nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält, sondern eines, das durch Bestechung überzeugt hat (vgl. www.transparency.ch, Themen → Beschaffungswesen). Wie es in zahlreichen Zeitungsartikeln zu lesen war, kommt Korruption tatsächlich vor. Auch in der Schweiz. Das beweisen die in den letzten Jahren aufgedeckten IT-Fälle in der Bundesverwaltung.

Wichtig ist somit die Information und Sensibilisierung der öffentlichen Hand. Aber auch Private sind gut damit beraten, wenn sie sich mit diesem Thema auseinandersetzen: seit der Einführung von Art. 322^{oeties} und 322^{novies} StGB per 1. Juli 2016 ist auch Korruption Privater strafbar.

Der spannende Beitrag von Felix Bühler gibt Anhaltspunkte für Korruption an und zeigt auf, dass Korruption eine Vielzahl von Formen annehmen kann. Er gibt Beispiele von möglichen Vorteilen. Je nach Umständen kann die Annahme von Vorteilen (z.B. eine Einladung mit Bewirtung) zulässig oder eben problematisch sein. Der Verhaltenskodex der allgemeinen Bundesverwaltung vom 15. August 2012 gibt in Art. 5 eine klare Regelung vor: während eines Beschaffungs- oder Entscheidungsprozesses dürfen Einladungen nicht angenommen werden; selbst die Annahme geringfügiger und sozial üblicher Vorteile ist dann nicht erlaubt.

Ergänzt wird diese Ausgabe mit Angaben zum aktuellen Stand der Revision des Beschaffungsrechts.

Ich wünsche Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, eine spannende Lektüre.

Für das Redaktionsteam
Nicole Zumstein Borwin
Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen der Stadt Winterthur

Zuschlagskriterien. Er weiss, dass Ausschreibungen jeweils mit dem Gesamtauftragswert erfolgen, wobei auch öffentlich informiert wird, wenn Teilaufträge erteilt werden. Nun entdeckt X eines Tages, dass sein ehemaliger Schulkollege Y zum Beschaffungsverantwortlichen einer IT-Vergabestelle der Verwaltung aufgestiegen ist. Kurz darauf lädt er den einstigen Mitschüler zu einem grosszügigen Abendessen ein. Im Verlauf des geselligen Gesprächs merkt X, dass Y für allfällige «Vereinfachungen» im Vergabeprozess zugänglich sein könnte.

X wird in der Folge seinen Einfluss auf Y zu verstärken versuchen: mit Einladungen in die Oper, Gratisferien im eigenen Rustico und allerlei Geschenken. X rechtfertigt sein Tun vor sich selber damit, dass er jahrelang geschuftet habe und es mit einem lukrativen Staatsauftrag nun mal etwas bequemer nehmen dürfe. Er strebt an, dass ihm Y für ein komplexes IT-Projekt zunächst einen unerschwerigten Planungsauftrag im freihändigen Verfahren erteilt, dem dann ein Auftrag für das Vor- und Detailprojekt sowie später der Auftrag für die Realisierung und Wartung folgen soll, alles im freihändigen Verfahren. Bei Überschreitung des Schwellenwerts werde Y schon Argumente finden, um die Aufträge an X als submissionsrechtliche Ausnahmen zu begründen, beispielsweise als technische Besonderheiten oder geistiges Eigentum.

Vorgabe der WTO

Das revidierte WTO-Übereinkommen (Government Procurement Agreement, GPA 2012) zielt auf die Verbesserung des Wettbewerbs hin. So steht in Artikel IV:4, dass die öffentlichen Auftraggeber die Beschaffung transparent und unparteiisch durchzuführen haben, sodass «... keine Interessenkonflikte entstehen und korrupte Praktiken verhindert werden.»

Das überarbeitete GPA macht Anpassungen auf Bundes- und Kantonsebene erforderlich. Rechtsgrundlage für Kantone, Gemeinden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts wird bekanntlich die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungsrecht (IVöB) sein. Der aktuelle Entwurf IVöB sieht beispielsweise in Art. 11 lit. b vor, dass die Auftraggeberin in jedem Vergabeverfahren «Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption» zu treffen hat, wobei in der Vernehmlassung

Was sind Vorteile?

Kasten 1

Als Vorteile gelten insbesondere:

- **Geldzahlungen**
(z.B. Bargeldgeschenke, Vergütungen, Schecks)
- **Vergünstigungen bei Privatgeschäften**
(z.B. Rabatte auf Waren und Dienstleistungen, zinslose oder zinsgünstige Darlehen)
- **Angebote zur Nutzung von Gegenständen**
(z.B. Personenwagen, Baumaschinen, Wohnmobile)
- **Vermittlung bzw. Gewährung von Nebenbeschäftigungen oder einer Tätigkeit nach dem Ausscheiden aus der Verwaltung**
(z.B. Verwaltungsratsmandate, Berufung in Stiftungsräte, Beratungsaufträge)
- **Sachgeschenke**
(z.B. Getränke, Geschenkkörbe, Werkzeugkästen, Bücher, Kleider, Schmuck, Taschenmesser)
- **Einladungen mit Bewirtungen**
(z.B. Apéro Riche, Lunch, Galadinner)
- **Einladungen zur kostenlosen Teilnahme an Veranstaltungen**
(z.B. Kultur- und Sportanlässe, Jubiläen, Messen, Kongresse, Weiterbildungen, Bordellbesuche, Reisen)
- **kostenlose oder –günstige Gewährung von Unterkunft**
(z.B. Ferienwohnungen, Hotelsuiten)
- **immaterielle Zuwendungen**
(z.B. Ehrenämter, Wahlunterstützung, Aufstiegsmöglichkeiten)
- **Unterstützung für Dritte**
(z.B. Familienangehörige oder andere Sympathiepersonen, politische Partei, Strohmann, Domizilgesellschaft, gemeinnützige Einrichtung etc.).

Als Vorteil gilt auch das Abwenden eines Nachteils

(z.B. Abwenden einer Kündigung, einer Mieterhöhung, einer Forderungseintreibung, einer Disziplinar-massnahme).

Konkretisierungen zu dieser Regel gewünscht worden sind.

Vorgabe des Zürcher Regierungsrates

Der Regierungsrat des Kantons Zürich legt seit jeher grössten Wert auf Korrektheit in der Verwaltungstätigkeit. 2016 hat er seine Grundhaltung mittels dreier Kernbotschaften zur Compliance festgehalten: «Wir sind korrekt in allem, was wir tun. Wir trauen uns, genau hinzuschauen und nachzufragen, wenn Mitarbeitende sich fragwürdig oder mehrdeutig verhalten. Wir unterstützen einander, um täglich korrekte Ergebnisse zu erzielen.» Unethisches oder sogar strafbares Verhalten wird in der Kantonsverwaltung unter keinen Umständen geduldet und hat Sanktionen zur Folge.

Straftatbestände

In der Praxis kommt es vor, dass einzelne Anbieter versuchen, sich

einen privilegierten Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu verschaffen. Dies beginnt für bestimmte Verwaltungsangestellte oft mit der Förderung ihres Wohlwollens durch kleine Geschenke und Gefälligkeiten, ohne dass unmittelbar eine Gegenleistung von ihnen verlangt wird. Dahinter kann die Absicht der Anbieter stehen, die Beeinflussbarkeit dieser Angestellten einzuschätzen, zu testen und unrechtmässige Beeinflussung, die später folgt, vorzubereiten. Strafrechtlich relevant wird es für die Mitarbeitenden in Vergabestellen, sobald folgende Tatbestände erfüllt sind.

Vorteilsannahme: Verwaltungsangestellte, die im Hinblick auf ihre amtlichen Aufgaben unrechtmässige Vorteile fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, machen sich eines Vergehens schuldig. Dies wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 322^{sexies} StGB).

Sich-bestecken-lassen: Verwaltungsangestellte, die für bestimmte pflichtwidrige Tätigkeiten oder Unterlassungen unrechtmässige Vorteile für sich oder Dritte fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, begehen ein Verbrechen. Ihr konkreter Vertrauensmissbrauch kann auch im Ermessen liegendes Handeln oder Unterlassen bedeuten. Sich-bestecken-lassen wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 322^{quater} StGB).

Weitere Straftatbestände: Im Zusammenhang mit Vorteilsannahme und Sich-bestecken-lassen werden oft zusätzliche Delikte verübt, wie z.B. Amtsmissbrauch, ungetreue Amtsführung, Urkundenfälschung im Amt und Verletzung des Amtsgeheimnisses.

Vorteile

Als annehmbare Vorteile gelten geringfügige, sozial übliche und dienstrechtlich erlaubte Vorteile. Das Kriterium der dienstrechtlichen Erlaubnis bietet dem öffentlichen Arbeitgeber einen Spielraum für den Erlass angemessener Regeln unter Berücksichtigung der spezifischen Korruptionsgefährdung in seinem Verwaltungsbereich. In der öffentlichen Beschaffung allerdings wird das interne Dienstrecht oft streng ausgestaltet. So findet sich beispielsweise in den Regelungen der Bundesverwaltung zu «Korruptionsprävention und Whistleblowing» folgende Bestimmung: «Während eines Beschaffungs- oder Entscheidungsprozesses dürfen Einladungen nicht angenommen werden; selbst die Annahme geringfügiger und sozial üblicher Vorteile ist dann nicht erlaubt.»

Die Vielfalt von national und weltweit gewährten Vorteilen im Zusammenhang mit Korruption ist aus **Kasten 1** ersichtlich.

Regeln

Eine Vergabeeinheit ist in der Korruptionsvorbeugung dann à jour, wenn die Mitarbeitenden ein klares Compliance-Bewusstsein beispielsweise in folgenden dienstrechtlichen Punkten haben: Grundsätze des präventiven Verhaltens, Umgang mit Geschenken und Einladungen, Offenlegung von Interessenbindungen und Nebenbeschäftigungen, Umgang mit nicht öffentlich zugänglichen Informationen, Sorgfalt bei Eigengeschäften, Prüfung von Sponsoring, Einsatz von externen Personen,

Was sind Anhaltspunkte für Korruption?

Kasten 2

Das Zusammentreffen mehrerer der folgenden Indikatoren kann auf Korruption in der Beschaffung hinweisen. Insbesondere wird es dann verdächtig, wenn sich Anhaltspunkte häufen und auf bestimmte Personen konzentrieren:

- Auffallend entgegenkommende Behandlung bestimmter Anbieter oder unerklärlich abfällige Behandlung bestimmter Anbieter;
- Ungerechtfertigte Bevorzugung in Einladungs- oder freihändigen Verfahren;
- Splitten von Aufträgen zur Ermöglichung von freihändigen Verfahren;
- Vermeiden des Einholens von Vergleichsangeboten;
- Festlegen von Spezifikationen zur Bevorzugung eines bestimmten Anbieters;
- Unnötige oder unangemessene Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen;
- Erhebliche bzw. wiederholte Überschreitung der vorgesehenen Auftragswerte;
- Unplausibel hohe Preise und starke Preiserhöhungen;
- Hinnahme geringer Qualität und verspäteter Lieferungen;
- Bekanntheit des Anbieters als Gewährer von ungebührenden Vorteilen;
- Ungewöhnliche Grosszügigkeit von Unternehmen (z.B. Sponsoring);
- Ausübung von ungemeldeten Nebenbeschäftigungen;
- Nebenbeschäftigungen von Mitarbeitenden oder Tätigkeit ihrer Angehörigen bei Unternehmen, die gleichzeitig Auftragnehmer oder Mitbewerber sind;
- Fehlende oder unzureichende interne Kontrollen bei kritischen Prozess-Schritten;
- Übermässige Konzentration von Aufgaben bei einer Einzelperson (ungenügende Funktionentrennung);
- Unerklärlich aufwändiger Lebensstil von Vergabeverantwortlichen.

Meldepflicht und -wege bei Korruptionsverdacht (inkl. anonyme Möglichkeiten) und Sanktionen. Solche verwaltungsinternen Regeln der Vergabestellen werden in Form von Weisungen und/oder als Verhaltenskodex erlassen. Sie präzisieren bzw. ergänzen das übergeordnete Recht. Hinzu kommt die Aktualisierung von vorbeugenden Massnahmen, wie sie aus internen Kontrollsystemen bekannt sind: Kompetenzregelungen mit zweckmässiger Funktionentrennung, Vier-Augen- und Rotationsprinzip, Dokumentationspflichten, Unbefangenheitserklärungen der Mitarbeitenden etc.

Gemäss Art. 44 Abs.1 lit. e des Entwurfs IVöB soll die Verletzung der Bestimmungen zur Korruptions-

bekämpfung ausdrücklich zum Ausschluss eines Anbieters führen können. Auf Bundesebene ist zudem angedacht, dass Vergabestellen auch in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sowie im Beschaffungsvertrag mit der Zuschlagsempfängerin entsprechende Klauseln vorsehen, beispielsweise Integritätsklauseln, Konventionalstrafen und weitere Massnahmen zur Sicherstellung rechtskonformer Geschäftsprozesse.

Führung

Regeln sind in der Praxis nur soweit wirksam, wie die Führung deren Befolgung situativ gewährleistet. Dies gilt speziell in Beschaffungssituationen, in denen aus Zeitdruck, mangels personeller Ressourcen und Sachkenntnissen etc.

Zum Stand der Revision des Beschaffungsrechts

Aufgrund der 2012 abgeschlossenen Revision des WTO-Abkommens zum öffentlichen Beschaffungswesen (GPA) wurden Anpassungen in der nationalen Gesetzgebung erforderlich. In der Folge haben Kantone und Bund in einer paritätisch zusammengesetzten Arbeitsgruppe inhaltlich harmonisierte Revisionstexte für die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vorbereitet. Mit den beiden Vorlagen werden das revidierte GPA in die nationale Gesetzgebung überführt und gleichzeitig die Beschaffungsordnungen von Kantonen und Bund einander angeglichen. Der Wettbewerb soll gestärkt, Rechtssicherheit und Anwenderfreundlichkeit sollen schweizweit verbessert werden. Wie die Vernehmlassungsverfahren zeigten, stösst die Stossrichtung der parallelen Revision auf breite Akzeptanz.

Die seitens der Kantone zuständige Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) hat im vergangenen September mit Befriedigung zur Kenntnis genommen, dass die angestrebte Harmonisierung der beiden Regelwerke nach den Vernehmlassungen noch verstärkt werden konnte. An seiner Sitzung vom 15. Februar 2017 hat der Bundesrat nunmehr die Botschaften zum totalrevidierten BöB sowie zum revidierten GPA zu Händen des Eidgenössischen Parlaments verabschiedet (<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>). Die Kantone sehen ihrerseits vor, die neue IVöB möglichst unmittelbar nach Abschluss der parlamentarischen Beratungen zum BöB zu beschliessen. Die BPUK hofft auf eine rasche und zielorientierte Behandlung in den eidgenössischen Räten, damit auch die Kantone ihr Revisionsvorhaben zum Abschluss bringen können und der Bundesrat das WTO-Übereinkommen ratifizieren kann. Mit den Beitrittsverfahren zur revidierten IVöB in den Kantonen ist nach aktueller Zeitplanung ca. ab Herbst 2018 zu rechnen.

das Einhalten von präventiven Massnahmen erhöhte Aufmerksamkeit der Führung erfordert. So gehört es zu den Aufgaben der Vergabekader, die Vermeidung von Korruption vorzuleben und sicherzustellen, dass das Dienstrecht befolgt wird. Anstand und Korrektheit vermittelt das Kader in der täglichen Zusammenarbeit und im direkten Dialog mit den Mitarbeitenden.

Die Führungskräfte sind Ansprechpartnerinnen und Ansprechpartner für die Mitarbeitenden in kritischen Situationen und bei Unsicherheit. Das Kader ermuntert zum genauen Hinschauen und Nachfragen, wenn sich Personen fragwürdig oder mehrdeutig verhalten, nimmt Informationen von Hinweisgebern und Verdachtsmeldungen entgegen und stellt eine rasche Abklärung und Reaktion sicher. Dem Auftreten von Anhaltspunkten für Korruption (vgl. **Kasten 2**) muss die Führung ganz besondere Beachtung schenken.

Zudem trifft die Führung Massnahmen zur Sicherstellung der

internen Transparenz hinsichtlich aktueller Interessenbindungen, Annahme von zulässigen Vorteilen und Teilnahme an externen Veranstaltungen. Dabei liegt auf der Hand, dass unverhältnismässige Massnahmen zur Beeinträchtigung des Vertrauensklimas und der Effizienz in den Vergabestellen führen können. Beides ist zu vermeiden. Die Führungspersonen sorgen schliesslich für angemessene Aus- und Weiterbildung der Mitarbeitenden in der Vermeidung von Korruption.

Integritätskultur

Eine Betriebskultur in der Verwaltung, die der Korruption vorbeugt, zeichnet sich namentlich durch folgende Merkmale aus: integre Vorbilder («Unsere Chefin ist bekannt als gradlinig ...»), prospektive Führung («Um frustrierte Mitarbeitende kümmert sich der Chef persönlich ...»), Entschlossenheit («Negatives Vorbild von Kadern bei der Annahme von Geschenken und Einladungen hat sofort Konsequenzen!»), stetige Verbesserung («Wir lernen viel aus Fehlern ...»), Hinschauen und Nachfragen («Wir

schaun selbst bei langjährigen und spezialisierten Beschäftigten genau hin ...»), Persönlichkeitsorientierung («Bei Anstellungen achten wir speziell auf Anstand und Korrektheit. Wir haben gute Erfahrungen gemacht mit offenen, leistungsorientierten Personen, die emotional stabil sind und ein positives Privatleben haben ...»), Aus- und Weiterbildung («Wir absolvieren alle drei Jahre einen Kurs in Korruptionsprävention ...»).

Verbesserungsbedarf hinsichtlich Korruptionsprävention dürfte in Vergabestellen bestehen, in denen man etwa Aussagen hört wie: «Wenn wir gewusst hätten, dass dies als Vorteilsannahme gilt und strafbar ist ...» (Unwissen), «Es war doch nur eine bezahlte Reise ins Ausland mit Einladungen zu Sportanlässen ...» (Verharmlosung), «Bestechlichkeit? Kommt bei uns nicht vor ...» (Sonderfall-Denken), «Ja, ja, diese neue Regelung. Hier machen wir es auf unsere Art ...» (Selbstgefälligkeit), «Wir dachten, die internen Kontrollen an sich würden genügen ...» (Kontrollzentrierung), «Das Geschäft ging über mindestens acht Fische und jetzt dies: ein Straffall!» (Organisationsmangel), «Gegen Schlaumeiereien kann man ohnehin nichts ausrichten ...» (Fatalismus).

Fazit

Wirksame Korruptionsvermeidung in der Vergabe öffentlicher Aufträge orientiert sich vorausschauend an der laufenden Revision des Beschaffungsrechts in der Schweiz und der Compliance-Haltung der jeweiligen politischen Führung. Anhand dieser Vorgaben gestaltet das Kader aller Stufen seine Beschaffungspraxis mittels umsichtiger Führung, transparenzfördernder Regeln und einer glaubwürdigen Integritätskultur.

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösl, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: BDkom

Kontaktadresse:
E-Mail: gs-stab@bd.zh.ch

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch