

Gleichbehandlung aller Abgaben

Nach dem Bundesverwaltungsgericht betrifft die Teilnahmebedingung der Entrichtung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen (Art. 26 Abs. 1 BöB) ausschliesslich Abgaben nach schweizerischem Recht. Folglich kommt es im öffentlichen Vergabeverfahren nicht darauf an, ob eine Anbieterin oder eine Subunternehmerin im Ausland Steuervergehen begangen hat. Diese Meinung ist unzutreffend und führt zu stossenden Ungleichbehandlungen.

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, la condition de participation traitant des impôts et des cotisations sociales (art. 26 al. 1 LMP) concerne uniquement les contributions de droit suisse. Le fait qu'un soumissionnaire ou un sous-traitant ait commis un délit fiscal à l'étranger ne joue par conséquent pas de rôle dans la procédure d'adjudication. Cette opinion est erronée et conduit à des inégalités de traitement choquantes.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19.9.2023 (B-1714/2022)

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(1) 1. Eine dem Bundesrecht unterworfenen Vergabestelle hatte im Sommer 2021 einen Lieferauftrag betreffend einen nichtmotorisierten Handwagen ausgeschrieben und den Zuschlag im Frühjahr 2022 einem Unternehmen erteilt, welches gemäss seinem Angebot den Einbezug einer Subunternehmerin mit Sitz in der VR China vorsah.

2. Eine Konkurrentin focht diesen Zuschlag unter anderem mit der Rüge an, die chinesische Subunternehmerin der Zuschlagsempfängerin habe im Jahr 2018 in der VR China Steuern hinterzogen und sei dafür von den zuständigen Behörden gebüsst worden (dabei stützte sie sich auf den «Enterprise Credit Information Publicity Report» der Organisation Switzerland Global Enterprise [SG-E]). Dementsprechend sei die Offerte der Zuschlagsempfängerin gestützt auf Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB vom Verfahren auszuschliessen.

Der Entscheid

1. Das BVGer verwirft die Rüge, die Zuschlagsempfängerin sei wegen Steuerdelikten, die die Subunternehmerin im Ausland begangen habe, vom Verfahren auszuschliessen. Es nimmt dabei in Übereinstimmung mit seiner Rechtsauffassung keine Prüfung der Frage vor, ob die behaupteten Delikte den Fakten entsprechen und ob es in Anbetracht ihrer Schwere und der vergangenen Zeit verhältnismässig wäre, sie zum Ausschlussgrund zu machen.

2. Für das BVGer kommt es nicht darauf an, ob die Subunternehmerin der Zuschlagsempfängerin in China Steuern hinterzogen hat oder nicht.

a. Das Gericht legt den Art. 26 Abs. 1 BöB dahin aus, dass sich daraus eine Teilnahmebedingung in Bezug auf Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nur ergebe, soweit es um dem

schweizerischen öffentlichen Recht unterliegende Abgaben gehe. Ausländischen Behörden geschuldete Abgaben würden dagegen von der Bestimmung nicht erfasst.

b. Die «Art. 26 Abs. 1 sowie Art. 44 Abs. 1 Bst. g BöB umfassen nach dem Willen des Gesetzgebers neben den Bundessteuern und -abgaben (inkl. MWSt, AHV-, IV-, EO-, ALV-, BVG- und UVG-Beiträgen) auch kantonale und kommunale Steuern (Botschaft BöB, S. 1940 und 1962 [...])». Der «Sinn dieser Bestimmungen [besteht] darin, einer Anbieterin, die Schulden gegenüber dem schweizerischen Fiskus hat, keine steuergeldfinanzierten öffentlichen Aufträge zu erteilen. Nicht erfasst werden demgegenüber fällige ausländische Steuern und Sozialversicherungsbeiträge.»

c. «Bereits aus diesem Grund finden diese Bestimmungen auf den vorliegenden Sachverhalt keine Anwendung.»

3. Das BVGer weist die Beschwerde auch in den übrigen Rügepunkten ab und bestätigt den angefochtenen Zuschlag.

Die Anmerkungen

1. Es geht in den folgenden Anmerkungen nicht um die Frage, ob die Subunternehmerin der Zuschlagsempfängerin sich tatsächlich Steuerdelikte vorwerfen lassen muss, ob die Zuschlagsempfängerin auszuschliessen war, ob die Subunternehmerin als blosser Lieferant zu qualifizieren war und ob sich daraus allenfalls Rechtsfolgen in Bezug auf die Teilnahmebedingungen ergeben würden. Es geht lediglich darum, dass das BVGer gemäss dem rapportierten Urteil davon ausgeht, dass die zwingende Teilnahmebedingung der Bezahlung der fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge (Art. 26 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB) ausschliesslich Abgaben betreffe, die nach schweizerischem Recht geschuldet sind. Das Gericht hat diese Aussage so formuliert, dass sie auch dann gilt, wenn es um die Anbieterin selbst oder um eine Subunternehmerin im klassischen Sinn geht, und es hat dabei nicht auf die Frage abgestellt, ob die in casu vorgetragenen Delikte schwerwiegend waren oder ob sie schon längere Zeit zurückliegen. Die Aussage ist vielmehr absolut gemeint; das rechtswidrige Nichtbezahlen ausländischer Abgaben stellt nach dem

BVGer in der Schweiz keinen Grund für einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren dar.

2. Diese Auffassung halte ich für unzutreffend, wie ich im Folgenden darlege. Zunächst sind die Argumente des Gerichts in Erinnerung zu rufen (rapportiertes Urteil, E. 10.4).

a. Das BVGer geht davon aus, der Zweck der hier interessierenden Teilnahmebedingung betreffend Steuern und Sozialversicherungsabgaben liege darin, zu verhindern, dass eine Anbieterin, die «Schulden gegenüber dem schweizerischen Fiskus hat», einen mit schweizerischen Steuern finanzierten Auftrag erhalten kann. In diesem Sinn schliesst es, dass dieser Zweck nicht gefährdet wird, wenn ausländische Steuern rechtswidrig nicht bezahlt werden.

b. Zudem zitiert das Gericht die Botschaft BöB (BBl 2017 1851, 1940 und 1962), aus der sich ergibt: «Die Bezahlung fälliger Steuern und Sozialversicherungsbeiträge umfasst neben den Bundesteuern und -abgaben (inkl. MWST, AHV-, IV-, EO-, ALV-, BVG- und UVG-Beiträge) auch kantonale und kommunale Steuern» (a.a.O., 1940; vgl. auch a.a.O., 1962: «fällige Bundes-, Kantons- oder Gemeindesteuern oder fällige Sozialabgaben [wie AHV-, IV-, EO-, ALV-, BVG- und UVG-Beiträge]»). Das BVGer deutet diese Aufzählung als abschliessend beziehungsweise als qualifiziertes Schweigen bezüglich ausländischer Abgaben. Damit schliesst es auch in historischer Hinsicht darauf, dass nur das rechtswidrige Nichtbezahlen von schweizerischen Abgaben ein Ausschlussgrund sein kann.

3. Das BVGer widmet weder dem Wortlaut der Art. 26 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB noch der systematischen Auslegung ein besonderes Augenmerk. Das ist hier nachzuholen; sodann ist auf die Botschaft BöB und auf den Normzweck einzugehen.

a. Aus dem Wortlaut ergibt sich keine direkte Entscheidung der Frage, zumal die nach ausländischem Recht geschuldeten Abgaben nicht explizit erwähnt werden. Immerhin lässt sich aber feststellen, dass der Wortlaut keinen Hinweis auf eine Beschränkung der Reichweite der Bestimmung auf Abgaben nach schweizerischem Recht enthält. Auf diesen offen gehaltenen Wortlaut der infrage stehenden Bestimmungen lässt sich die Auffassung des BVGer nicht stützen.

b. In systematischer Hinsicht fällt auf, dass das BöB in Art. 12 Abs. 1–3 in Bezug auf die Teilnahmebedingungen sehr fein zwischen Anforderungen nach schweizerischem und nach ausländischem Recht (und sogar zwischen dem allgemeinen Binnenmarktprinzip nach BGBM und einer vergaberechtlichen Spezialregelung nach Art. 12 Abs. 1 BöB) unterscheidet. Das spricht nicht dafür, dass Art. 26 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB einen impliziten Ausschluss von nach ausländischem Recht geschuldeten Abgaben enthalten, sondern eher für eine Auslegung der Offenheit der Formulierungen «Steuern und Sozialversicherungsbeiträge» bzw. «Steuern und Sozialabgaben» dahin, dass es auf den zuständigen Staat nicht ankommt und damit auch ausländische Abgaben relevant sind.

c. Die Botschaft BöB (BBl 2017 1851, 1940 und 1962) äussert sich nicht explizit zur Frage, ob Art. 26 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1

lit. g BöB lediglich schweizerische Abgaben betreffen oder auch solche, die ausländischem Recht unterstehen. Wenn gleich das BVGer die in der Botschaft enthaltene Aufzählung der Bundes-, Kantons- und Gemeindesteuern sowie diverser Sozialversicherungsbeiträge implizit dahin deutet, dass es sich um eine abschliessende Liste (mit Bezug auf ausländische Abgaben) handele, liegt eine andere Lesart viel näher: Der Bundesrat hatte bei der Redaktion der Botschaft nicht die vorliegend interessierende Frage vor Augen, sondern wollte mit der erwähnten Aufzählung klarstellen, dass es nicht darum ging, dass eine Bundesvergabestelle nur nach Bundessteuern (und bundesrechtlichen Sozialversicherungsbeiträgen) und eine kantonale Vergabestelle nur nach Kantonssteuern fragen sollte, sondern darum, dass die rechtswidrige Bezahlung aller aufgezählten Abgaben relevant sein sollte, gleichviel, welcher Staatsebene die betreffende Vergabestelle angehört. Dieser Klarstellung lässt sich weder eine Äusserung zur Frage der ausländischen Abgaben noch ein Ausschluss solcher Abgaben entnehmen. Vielmehr ist festzustellen, dass der durch den Bundesrat gewählte, übergreifende Ansatz (es spielt keine Rolle, welcher Staatsebene die Vergabestelle und die betreffenden Abgaben zuzuordnen sind) eher dahin weist, dass auch ausländische Abgaben relevant sind.

d. Mit Bezug auf den Zweck der Norm des Art. 26 Abs. 1 BöB ist zunächst nochmals aufzugreifen, dass die Botschaft BöB (BBl 2017 1851, 1940 und 1962) festhält, dass eine Bundesvergabestelle eine Anbieterin auch dann ausschliessen kann bzw. muss, wenn diese kantonale oder kommunale Steuern nicht bezahlt hat. Zudem ergibt sich aus der Botschaft, dass eine Vergabestelle, die nicht durch Sozialversicherungsbeiträge (sondern durch Steuermittel) finanziert wird, eine Anbieterin wegen Nichtbezahlung solcher Beiträge ausschliessen kann bzw. muss. Schon darin zeigt sich, dass die Annahme des BVGer kaum zutreffen kann, wonach der Zweck von Art. 26 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB darin liege, zu verhindern, dass eine Anbieterin, die dem «schweizerischen Fiskus» etwas schuldig geblieben ist, einen aus Mitteln dieses Fiskus finanzierten Auftrag erhält. Zunächst gibt es keinen «schweizerischen Fiskus», sondern zahlreiche verschiedene Abgabebehörden. Ein öffentlicher Auftrag, gleichviel, von welcher Stelle er vergeben wird, wird nie zugleich aus all jenen Mitteln finanziert, die die Botschaft BöB aufzählt. Der Zweck der hier interessierenden Teilnahmebedingungen liegt also nicht darin, gerade jene öffentlichen Finanzen abzusichern, aus denen der konkrete Auftrag finanziert wird. Durch seine Erfindung des «schweizerischen Fiskus» kreiert das BVGer eine Art Solidarität zwischen allen Behörden der Schweiz, und es nimmt dementsprechend an, der Zweck von Art. 26 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 lit. g BöB liege in einem durch die Vergabestellen gewährleisteten Schutz der Interessen von sämtlichen schweizerischen Abgabebehörden. Es scheint darum zu gehen, dass es dem BVGer als ungerecht erschiene, wenn ein Unternehmen, das irgendeine schweizerische Abgabe rechtswidrig nicht bezahlt hat, irgendwo in der Schweiz einen öffentlichen Auftrag erhielte. Dabei bleibt unklar, warum es nicht ebenso ungerecht sein sollte, wenn ein Unternehmen, das irgendeine ausländische Abgabe rechtswidrig nicht bezahlt hat, einen schweizeri-

schen öffentlichen Auftrag erhielt. Nur in einer nationalistischen Sichtweise erscheint die Verbindung zwischen einer schweizerischen Abgabebehörde und einer Vergabestelle, die keine Finanzen von dieser Behörde bezieht, als enger denn die Verbindung einer schweizerischen Vergabestelle und einer ausländischen Abgabebehörde.

e. Der Zweck der Teilnahmebedingung betreffend Steuern und Sozialversicherungsbeiträge liegt entgegen dem BVGer nicht in fiskalischen Gerechtigkeitsüberlegungen, sondern in der Gleichbehandlung der Anbieterinnen, in der Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs und allenfalls im Schutz der Reputation der öffentlichen Auftraggeberin (vgl. VGer TI 52.2022.359, 13.2.2023, E. 5.1). Wer sich in Sachen Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen drückt oder solche Abgaben hinterzieht, spart (zumindest vorläufig) Geld, das im Kampf um Marktanteile verwendet werden kann und insofern den Wettbewerb verzerrt, auch jenen betreffend öffentliche Aufträge. Es wäre stossend, eine Anbieterin am Vergabeverfahren teilnehmen zu lassen, wenn diese Preise offerieren kann, die sie durch die Erträge eines steuer- oder sozialversicherungsrechtlichen Fehlverhaltens querfinanziert. Denn die schematische Gleichbehandlung aller Anbieterinnen im Vergabeverfahren, nach der alle Preise ungeachtet der Natur der Anbieterinnen nach dem gleichen Massstab bewertet werden, ist nur insoweit gerechtfertigt, als die Preise der verschiedenen Angebote auf rechtskonformen Mitteln und nicht auf rechtswidrigem Verhalten beruhen. Offerten, die sich wirtschaftlich auf Gesetzesverletzungen stützen, sind in diesem wesentlichen Punkt ungleich in Bezug auf Offerten, die regelkonform zustande kommen, und verdienen daher keine Gleichbehandlung.

f. Die Gleichbehandlung der Anbieterinnen und der Wettbewerb sind bei rechtswidriger Bezahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen immer gefährdet. Es kommt dabei nicht darauf an, in welchem Land die Abgaben geschul-

det sind, da es um den faktischen Wettbewerbsvorteil geht, der sich aus dem rechtswidrigen Verhalten ergibt. Dieser Vorteil kommt in einer schweizerischen Submission nicht weniger zum Tragen, wenn er im Ausland erlangt wurde. Genauso, wie eine Bundesvergabestelle Anbieterinnen ausschliessen soll, die Gemeindesteuern rechtswidrig nicht bezahlt haben, weil eine Verfahrensteilnahme unter diesen Umständen wettbewerbsverzerrend wäre, entspricht es dem Zweck der Teilnahmebedingung betreffend Steuern und Sozialversicherungsbeiträge (sowie dem Art. 2 lit. c und lit. d BÖB), sich nicht auf schweizerische Abgaben zu konzentrieren, sondern auch alle ausländischen Abgaben zu erfassen.

g. Die Auffassung des BVGer führt im Übrigen dazu, dass Unternehmen, deren Tätigkeit ganz oder teilweise dem schweizerischen Steuer- und Sozialversicherungsrecht untersteht, gegenüber jenen Unternehmen diskriminiert werden, auf die das nicht zutrifft. Nur die Ersteren können an schweizerischen Vergabeverfahren nicht mehr teilnehmen (zumindest während einer gewissen Zeit), wenn sie Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge mit Bezug auf ihre Tätigkeit rechtswidrig nicht entrichten. Den Zweiteren schadet das nicht, solange es nur um einem ausländischen Recht unterstellte Tätigkeiten geht. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass der Zweck der hier interessierenden Teilnahmebedingung darin liegt, eine solche Diskriminierung zu erzeugen.

4. Nach dem Gesagten sind die Art. 26 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 lit. g BÖB (sowie die entsprechenden Bestimmungen der IVöB) entsprechend ihrem offenen Wortlaut und in Übereinstimmung mit der Systematik, dem Zweck und der Geschichte der Normen dahin auszulegen, dass der Begriff der «Steuern und Sozialversicherungsbeiträge» (bzw. «Steuern und Sozialabgaben») nicht auf Abgaben nach schweizerischem Recht beschränkt ist, sondern sich auf Abgaben aller Staaten bezieht.