

Zur Verjährung des Sanktionsanspruchs

Sieht die anwendbare Gesetzgebung nichts anderes vor, verjährt der vergaberechtliche Sanktionsanspruch binnen fünf Jahren ab dem Zeitpunkt, zu dem die der Sanktion zugrunde liegende Pflichtverletzung aufgehört hat. Bei unerlaubter Untervergabe beginnt der Fristenlauf mit der Beendigung der betreffenden Subunternehmerleistungen.

Sous réserve d'une disposition légale contraire, le délai de prescription des sanctions en matière de marchés publics est de cinq ans; ce délai court à partir du moment où le comportement illicite à l'origine de la sanction a cessé. En cas de sous-traitance illicite de la part du soumissionnaire, le délai démarre dès la fin des prestations du sous-traitant en question.

BGE (ATF) 148 II 106

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

Der Fall

(310) 1. Ein Konsortium hatte am 8.4.2009 einen öffentlichen Bauauftrag im Wert von rund CHF 128 Mio. erhalten. In seinem Angebot hatte es ausschreibungskonforme Weitervergaben an insgesamt 13 Subunternehmer vorgesehen, darunter die E. AG, welche die Arbeiten betreffend elektrische und mechanische Anlagen (im Wert von rund CHF 28 Mio.) übernehmen sollte.

2. Der zwischen der auftraggebenden Gemeinde und dem Konsortium geschlossene Vertrag sah vor, dass das Konsortium während der Ausführung der Arbeiten Subunternehmer nur dann austauschen durfte, wenn dies der Auftraggeberin bekanntgegeben und durch diese bewilligt werden würde.

3. Das Konsortium schloss den Subunternehmervertrag mit der E. AG im April 2010 ab. Bei einer behördlichen Kontrolle der Baustelle wurde die Involvierung von Sub-Subunternehmen der E. AG in die durch das Konsortium der Gemeinde geschuldeten Arbeiten festgestellt. Die E. AG bzw. ihr Sub-Subunternehmen schlossen ihre Arbeiten im Dezember 2012 ab.

4. Am 27.8.2014 eröffnete die zuständige kantonale Stelle ein Verfahren betreffend Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften gegen die Mitglieder des Konsortiums (dieses Verfahren wurde mit Entscheid vom 9.7.2015 erweitert). Diesen wurde unter anderem vorgeworfen, dass sie den Einsatz eines Sub-Subunternehmens anstelle der bewilligten Subunternehmerin E. AG der Gemeinde nicht förmlich angezeigt hatte. Am 21.8.2019 verfügte die kantonale Stelle gestützt auf den (damaligen) Art. 45 LCPubb/TI (s. zum heutigen Recht Art. 45a LCPubb/TI) einen 24 Monate andauernden Ausschluss der Konsortialmitglieder von allen der LCPubb/TI unterliegenden öffentlichen Aufträgen sowie zu Bussen von je CHF 109 000.

5. Zwei Konsortialmitglieder (das dritte war inzwischen in Konkurs gegangen) fochten diese Sanktionen an; die kantonale Beschwerdeinstanz hob hieraufhin die Dauerausschlüs-

se auf und reduzierte die Bussen auf je CHF 100 000. Dieses Urteil fochten die Konsortialmitglieder sodann vor BGer je mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG; sowie je mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG) an und verlangten die Aufhebung der verbliebenen Bussen. Sie trugen vor, dass der staatliche Sanktionsanspruch zum Zeitpunkt der Eröffnung des Sanktionsverfahrens bereits verjährt gewesen sei und dass die öffentliche Auftraggeberin den inkriminierten Einsatz des Sub-Subunternehmens gekannt sowie stillschweigend gebilligt habe.

Der Entscheid

Das BGer tritt auf die Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein, vereinigt die Verfahren und erkennt in der Sache auf Beschwerdeabweisung.

1. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Entscheid betreffend Sanktionen dann «auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen» (Art. 83 lit. f BGG) ergangen, wenn er sich auf das anwendbare Beschaffungsgesetz stützt. Aus diesem Grund sind die Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in casu nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Art. 83 lit. f BGG erfüllt sind.

a. Nach dem BGer ist im vorliegenden Fall der massgebende Schwellenwert (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG i.V.m. Art. 52 Abs. 1 lit. b und Anhang 4 Ziff. 2 BöB: CHF 2 Mio.) erreicht, weil schon allein die der E. AG weitervergebenen Leistungen (welche die E. AG sodann an ein Sub-Subunternehmen ausgelagert hatte) einen Wert von rund CHF 28 Mio. hatten.

b. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung erkennt das Gericht in Bezug auf die Dauer der Verjährung des Sanktionsanspruchs des Kantons. Diese Qualifikation stützt sich zum einen darauf, dass weder das Tessiner Vergaberecht noch eine andere schweizerische Vergaberechtsordnung die Frage der Verjährung ausdrücklich regelt. Zum anderen hat das BGer sich zu dieser Frage noch nie geäußert, doch ist absehbar, dass sie sich in zahlreichen weiteren Fällen abermals stellen wird, und zwar nicht nur in Bezug auf das vorliegend interessierende Tessiner Recht, sondern auch in anderen Kantonen, die Sanktionsregelungen eingeführt ha-

ben, welche mit der des (damaligen) Art. 45 LCPubb/TI vergleichbar sind. Dazu kommt, dass das harmonisierend revidierte Vergaberecht in Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 ebenfalls entsprechende Sanktionsmöglichkeiten vorsieht. Vor diesem Hintergrund ist eine höchstgerichtliche Klärung der Verjährungsfrage im Hinblick auf die einheitliche Anwendung des Rechts erforderlich.

c. Das BGer tritt demnach auf die Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein, erinnert jedoch zugleich daran, dass es aufgrund von Art. 95 BGG die Anwendung des kantonalen Rechts – auf die Frage nach der Dauer der Verjährung einer kantonalrechtlichen Sanktion ist dieses Recht anzuwenden – lediglich im Rahmen der Willkürkognition überprüfen kann.

2a. Die Vorinstanz war davon ausgegangen, dass es sich bei den (aufgehobenen) Dauerausschlüssen und den (vor BGer streitigen) Bussen nach Art. 45 LCPubb/TI um verwaltungsrechtliche, nicht um strafrechtliche Sanktionen handelt, dass in Ermangelung einer ausdrücklichen vergaberechtlichen Regelung per analogiam auf Art. 49a Abs. 3 lit. b KG abzustellen und eine Verjährungsfrist von fünf Jahren anzuwenden ist und dass die Verjährung nicht zum Zeitpunkt des Abschlusses des Subunternehmervertrags zwischen dem Konsortium und der E. AG, sondern erst mit der Beendigung der sanktionsbegründenden Arbeiten des Sub-Subunternehmens zu laufen begonnen hat. Bei dieser Rechtslage war in casu die Verjährung zum Zeitpunkt der Eröffnung des vorliegenden Sanktionsverfahrens (27.8.2014/9.7.2015) noch nicht eingetreten, weil die betreffenden Arbeiten bis Ende 2012 gedauert hatten.

b. Die Beschwerdeführerinnen bestritten vor dem BGer die verwaltungsrechtliche Natur der Sanktionen und (damit) die Zulässigkeit der analogen Anwendung der kartellrechtlichen Regelung betreffend Verjährung von Verwaltungssanktionen. Unabhängig davon beharrten sie darauf, dass die Verjährung bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Subunternehmervertrags mit der E. AG (April 2010) zu laufen begonnen habe. Zudem machten sie geltend, die Auftraggeberin habe den Sub-Subunternehmereinsatz trotz entsprechender Kenntnis toleriert und damit stillschweigend gebilligt, so dass eine Pflichtverletzung nicht vorliege.

c. Das BGer weist alle Beschwerderügen ab.

3. Der allgemeine Rechtsgrundsatz der Verjährung dient der Rechtssicherheit sowie Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Er gilt im Verwaltungsrecht auch dort, wo er positivrechtlich nicht festgehalten wird, und zwar nicht nur für Geldforderungen, sondern namentlich auch für Verwaltungssanktionen mit Strafcharakter.

4. Um eine solche Verwaltungssanktion mit Strafcharakter geht es in casu beim Dauerausschluss und bei der (in casu streitigen) Busse nach (dem damaligen) Art. 45 LCPubb/TI.

a. An dieser Qualifikation ändert der Umstand nichts, dass Art. 45b LCPubb/TI auf das kantonale Recht betreffend das

Übertretungsstrafverfahren (und damit mittelbar auf Art. 109 StGB [Verjährung von Übertretungen binnen dreier Jahre]) verweist, denn die systematische und die historische Auslegung zeigen, dass diese Bestimmung sich nicht auf die (streitbetroffenen) Sanktionen nach Art. 45 LCPubb/TI bezieht, sondern auf die Rechtsverletzungen von Mitgliedern und Hilfspersonen der Vergabestellen nach (dem damaligen) Art. 45a LCPubb/TI. Die Marginalie des streitbetroffenen Art. 45 LCPubb/TI lautet im Übrigen: «Verwaltungssanktionen» («sanzioni amministrative»).

b. Das BGer hat schon früher festgestellt, dass sowohl die Busse als auch der Dauerausschluss nach (dem damaligen) Art. 45 LCPubb/TI (oder nach Art. 14a Abs. 2 LMP/VD) nicht straf-, sondern verwaltungsrechtliche Sanktionen sind, denen ein strafähnlicher Charakter zukommt (vgl. BGE 140 I 252, E. 1.1; BGE 138 I 367, E. 1.3). Diese Qualifikation ergibt sich aus dem Wortlaut der anwendbaren Gesetze, dem engen Zusammenhang zwischen den vergaberechtlichen Sanktionen und dem öffentlichen Vergabeverfahren und aus dem Umstand, dass die Sanktionen durch Verwaltungsbehörden ausgesprochen werden (und damit nicht in Freiheitsstrafen umgewandelt werden könnten). Sie schliesst im Übrigen eine Anwendung der Art. 6 und Art. 7 EMRK auf das Sanktions-Verwaltungsverfahren nicht aus. Es sind keine Gründe ersichtlich, die für ein Abweichen von dieser Rechtsprechung plädierten.

c. Auch der Dauerausschluss und die Busse nach dem am 1.1.2020 in Kraft getretenen Art. 45a LCPubb/TI sowie nach Art. 45 BöB/IVöB 2019 stellen im Sinn der Rechtsprechung verwaltungsrechtliche Sanktionen mit strafähnlichem Charakter dar. Wie die in casu streitbetroffenen Sanktionen verfolgen auch sie repressive (Vergeltung für begangenes Unrecht) und präventive (Verhinderung weiteren Unrechts) Zwecke, dienen jedoch nicht dazu, die Rechtmässigkeit eines bestimmten Sachverhalts wiederherzustellen.

d. Aufgrund des strafähnlichen Charakters der vergaberechtlichen Sanktionen sind insbesondere die Art. 6 und Art. 7 EMRK sowie die Art. 30 und 32 BV auf das Sanktionsverfahren anzuwenden (daraus ergibt sich jedoch umgekehrt nicht, dass die Sanktionen dem Strafrecht zuzuordnen wären und beispielsweise als Übertretungen i.S.v. Art. 103 und Art. 109 StGB gälten). Das BGer bemerkt in diesem Zusammenhang, dass das BöB und die IVöB 2019 dieser besonderen prozessualen Rechtslage dadurch Rechnung tragen, dass verschiedene Erschwernisse, die im Vergabebeschwerdeverfahren auf den Anbieterinnen lasten, im Sanktionsbeschwerdeverfahren nicht gelten (Art. 53 Abs. 3 BöB/IVöB 2019).

5. Angesichts der Qualifikation der vergaberechtlichen Sanktionen als Verwaltungssanktionen mit strafähnlichem Charakter hat die Vorinstanz das Willkürverbot nicht verletzt, als sie erkannte, dass eine hinreichende Analogie zwischen diesen Sanktionen und der Belastung von sich kartellgesetzwidrig verhaltenden Unternehmen nach Art. 49a KG besteht und dass die Frage nach dem Beginn und der Dauer der Verjährung der vergaberechtlichen Sanktionen daher nach der Regel des Art. 49a Abs. 3 lit. b KG zu beantworten ist.

a. Zum einen ist die Sichtweise zutreffend, nach welcher die Natur der vergaberechtlichen Sanktionen mit jener der Belastung nach Art. 49a KG vergleichbar ist; in beiden Fällen geht es um Verwaltungssanktionen mit repressivem und präventivem Strafcharakter.

b. Zum anderen gehen Lehre und Rechtsprechung allgemein davon aus, dass der staatliche Anspruch auf Verhängung von Verwaltungssanktionen im Fall des Fehlens einer anderslautenden Regelung grundsätzlich binnen fünf Jahren verjährt.

c. Unerheblich ist im Übrigen, ob die Fünfjahresfrist nach Art. 49a Abs. 3 lit. b KG rechtstechnisch als Verjährungsfrist oder anders zu qualifizieren ist, denn es geht in casu um die Frage, ob die Vorinstanz die Lücke im anwendbaren Vergaberecht betreffend die Verjährungsfrage in Anlehnung an die genannte Bestimmung hat füllen können, ohne in Willkür zu verfallen, und das ist auch dann zu bejahen, wenn die in dieser Bestimmung aufgestellte Frist (die zur zeitlichen Begrenzung des Sanktionsanspruchs führt) strenggenommen nicht als Verjährungsfrist zu betrachten sein sollte.

6. Nach Art. 49a Abs. 3 lit. b KG beginnt die Frist zu jenem Zeitpunkt (*dies a quo*) zu laufen, ab dem «die Wettbewerbsbeschränkung [...] nicht mehr ausgeübt wird». Die Vorinstanz hat diese Regel in Bezug auf den vorliegenden Fall so ausgelegt, dass der *dies a quo* der Folgetag jenes Tages war, an dem die Sub-Subunternehmerin ihren durch das Konsortium gegenüber der Auftraggeberin nicht notifizierten Einsatz beendet hatte. Das BGer erachtet diese Auslegung, die davon ausgeht, dass nach Art. 49a Abs. 3 lit. b KG, abstrakt gelesen, für den Fristbeginn der Zeitpunkt der Beendigung des rechtswidrigen und sanktionsbegründenden Verhaltens massgebend ist, und dass in casu dieses Verhalten erst mit der Beendigung des Sub-Subunternehmereinsatzes aufgehört hat, nicht als willkürlich.

7. Das BGer geht in tatsächlicher Hinsicht davon aus, dass die Auftraggeberin aufgrund ihrer Vertretung auf der Baustelle nicht vollständig im Unklaren darüber war, dass unautorisierte Unternehmen Arbeiten im Namen des Konsortiums ausführten («non [erano] completamente all'oscuro dell'intervento di terzi non autorizzati»).

a. Dieser Umstand steht einer Sanktionierung des Konsortiums jedoch nicht entgegen, selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Auftraggeberin den unbewilligten Sub-Subunternehmereinsatz stillschweigend genehmigt hätte.

b. Denn die Vorinstanzen hatten dem Konsortium nicht nur den unerlaubten Sub-Subunternehmereinsatz als solchen vorgeworfen, sondern ebenso, dass das Konsortium diesen Einsatz nicht formell gegenüber der Auftraggeberin notifiziert hatte. Eine solche Notifikation war vertraglich vorgesehen und mit Blick auf die erforderliche Überprüfung aller Subunternehmen im Licht der anwendbaren Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien unumgänglich, gleichviel, ob eine stillschweigende Zustimmung der Auftraggeberin vorlag (das BGer merkt an dieser Stelle an, dass die in casu anwendbaren Vorschriften eine förmliche Zustimmung viel-

leicht nicht verlangten, dass es jedoch nicht willkürlich wäre, angesichts des grossen Umfangs des Gesamtprojekts und auch der der Sub-Subunternehmerin übertragenen Arbeiten von einem Schriftformerfordernis betreffend die Zustimmung auszugehen). In diesem Sinn gründet die Sanktionierung des Konsortiums auf der Verletzung der Notifikationspflicht.

c. Die Vorinstanz hat im Übrigen dem Umstand, dass die Auftraggeberin Kenntnis vom unerlaubten Einsatz des Sub-Subunternehmens hatte, im Rahmen der Bemessung der Bussen (sowie durch die Aufhebung der Dauerausschlüsse) Rechnung getragen.

Die Anmerkungen

1. Es ist im Hinblick auf die Anwendung des geltenden Art. 45a LCPubb/TI sowie der Art. 45 BöB/IVöB 2019 zu begrüssen, dass das BGer die Rechtsnatur der vergaberechtlichen Sanktionen des Dauerausschlusses und der Busse (durch Bestätigung der Qualifikation dieser Massnahmen als Verwaltungssanktionen mit pönalem Charakter) geklärt hat.

a. Für Rechtssicherheit sorgt insbesondere der Umstand, dass das rapportierte Urteil ungeachtet der Tatsache, dass der Streitgegenstand des betreffenden Beschwerdeverfahrens das heute nicht mehr geltende Tessiner Recht war, dahin zu verstehen ist, dass eine fünfjährige Verjährungsfrist auch im Anwendungsbereich der Art. 45 BöB/IVöB 2019 zu beachten ist, zumal auch hier eine ausdrückliche Regelung der Fragen betreffend die Verjährung fehlt und bei solcher Ausgangslage unabhängig von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG gemäss Lehre und Rechtsprechung eine Fünfjahresfrist gelten soll.

b. Zu präzisieren ist allerdings, dass sich die Zwecke des Dauerausschlusses (Art. 45 BöB/IVöB 2019) und jene der Busse (Art. 45 Abs. 1 IVöB 2019) nicht vollständig decken: Die Busse hat einen ausschliesslich pönalen Charakter; sie zielt nur auf Abschreckung (präventiv) und Vergeltung (repressiv; vgl. N. DIEBOLD/A. KELLER/M. KREIS/A.-C. TANNER, Aufsichtsinstrumente im revidierten Beschaffungsrecht, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], *Aktuelles Vergaberecht 2020*, S. 315 ff., Rz. 18 f.). Dem Dauerausschluss hingegen kommt nach der hier vertretenen Auffassung (anders wohl DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, a.a.O., Rz. 16) nebst diesen beiden pönalen Zwecken auch die Funktion zu, künftige Vergabeverfahren der betreffenden Vergabestellen während einer bestimmten Dauer gewissermassen automatisiert und auf einheitliche Art vor dem sanktionierten Unternehmen zu beschützen und so zu verhindern, dass der gleiche Sachverhalt unterschiedlich beurteilt wird oder dass er in bestimmten Fällen gut- oder bösgläubig übersehen wird. In diesem Sinn dient der Dauerausschluss auch der Rechtmässigkeit der betroffenen Vergabeverfahren. Indessen steht es sowohl der Bundesversammlung als auch den kantonalen Parlamenten offen, eine davon abweichende vergaberechtliche Spezialvorschrift zu erlassen (vgl. auch Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019).

2. Die rapportierte Rechtsprechung betreffend Busse und Dauerausschluss sollte nicht auf den im Einzelfall verfügbaren Ausschluss i.S.v. Art. 44 BöB/IVöB 2019 übertragen werden.

a. Das heisst zunächst, dass es möglich sein muss, dass in bestimmten Fällen ein Ausschlussgrund auch nach einer weniger als fünf Jahre dauernden Zeit so weit zurückliegt, dass er nicht mehr relevant ist. Anders als bei den Sanktionen nach Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 geht es beim Ausschluss nach Art. 44 BöB/IVöB 2019 nicht nur um Fälle der schwerwiegenden Pflichtverletzungen, sondern auch um leichtere Fälle, in denen der Ausschluss im Ermessen der Vergabestelle liegt und der entsprechende Ausschlussgrund daher nicht notgedrungen während fünf Jahren nachzuwirken vermag. Als Beispiel sei die Verletzung arbeitsrechtlicher Vorschriften genannt. In leichten Fällen rechtfertigt sich von vornherein keine Sanktion nach Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019, doch kann gleichwohl ein Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 2 lit. f BöB/IVöB im Einzelfall erfolgen. In dieser Hinsicht ist es vorstellbar, dass ein besonders leichter Fall, wenn er frisch ist, einen Ausschluss gerade noch zu begründen vermag, dass aber derselbe Sachverhalt nach zwei oder drei Jahren schon so weit zurückliegt, dass ein darauf gestützter Ausschluss als unverhältnismässig erschiene.

b. Zugleich ist aber auch nicht anzunehmen, dass Ausschlussgründe i.S.v. Art. 44 BöB/IVöB 2019 in jedem Fall nach fünf Jahren ihre ausschliessbegründende Wirkung verlieren. Zwar ist die rapportierte Rechtsprechung als Leitstern zu wählen, wenn es um die Frage geht, wie lange ein Ausschlussgrund i.S.v. Art. 44 BöB/IVöB 2019 zurückliegen kann, ohne seine Relevanz zu verlieren. Da der Ausschluss nach Art. 44 BöB/IVöB 2019 jedoch keinen pönalen Charakter hat, sondern der Ordnungsmässigkeit des Vergabeverfahrens dient (DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, a.a.O., Rz. 14 f.), kann es auch dann im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen, einen bestimmten Sachverhalt als Ausschlussgrund zu berücksichtigen, wenn dieser mehr als fünf Jahre zurückliegt (allerdings nimmt mit zunehmender zeitlicher Distanz die Wahrscheinlichkeit ab, dass die Berücksichtigung des Ausschlussgrunds noch verhältnismässig ist). Das gilt zumindest dann, wenn das betreffende Unternehmen keine Massnahmen nachweisen kann, die aufzeigten, dass die Gefahr der Wiederholung solcher Sachverhalte reduziert oder eliminiert worden ist (vgl. dazu auch im Folgenden).

3. Das BöB und die IVöB 2019 lassen nicht nur die Frage der Verjährung der Sanktionen nach Art. 45 offen (wobei diese Lücke als durch den rapportierten Entscheid gefüllt betrachtet werden kann), sondern auch jene nach der Berücksichtigung der der «Selbstreinigung» dienenden Massnahmen, die ein Unternehmen, welches einen Sanktionsgrund i.S.v. Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 geschaffen hat, ergreifen kann, um weitere solche Pflichtverletzungen zu verhindern.

a. Diese weitere Frage stellt sich angesichts des Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU. Gemäss dieser Bestimmung kann eine Anbieterin in unionsrechtlich regulierten Vergabeverfahren einen Ausschluss nach Art. 57 Abs. 1 und

Abs. 4 der Richtlinie abwenden, wenn sie Massnahmen nachweist, die trotz Vorliegens eines Ausschlussgrunds dafür ausreichen, um ihre Zuverlässigkeit zu belegen. Allerdings können sich Anbieterinnen, die gestützt auf das anwendbare nationale Recht durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung für eine bestimmte Dauer generell von der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sind, nicht auf Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie berufen, wie sich aus Unterabs. 4 dieser Vorschrift ergibt.

b. Die Richtlinie schliesst es also aus, dass sich eine rechtskräftig für eine gewisse Dauer generell ausgeschlossene Anbieterin auf inzwischen ergriffene Massnahmen beruft, durch die sie sich selbst gereinigt habe, um so den Dauerausschluss über das Unionsrecht auszuhebeln. Sie schliesst allerdings nicht aus, dass bereits ergriffene Selbstreinigungsmassnahmen im Rahmen des Verfahrens betreffend Anordnung eines Dauerausschlusses strafmildernd oder gar im Sinn eines Sanktionsverzichts berücksichtigt werden; ebenso wenig schliesst sie aus, dass das zuständige Gericht im Sanktionsentscheid bestimmt, dass die Dauer des generellen Ausschlusses im Fall der noch erfolgenden Ergreifung oder Umsetzung bestimmter Massnahmen kürzer (als an sich angeordnet) ausfallen soll.

c. In Bezug auf Art. 44 f. BöB/IVöB 2019 ist eine analoge Rechtslage zu fordern: Im Rahmen der Verfügung eines Ausschlusses i.S.v. Art. 44 oder einer Sanktion i.S.v. Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 gebietet es der Verhältnismässigkeitsgrundsatz in allen Fällen, zumindest die durch das betreffende Unternehmen bereits umgesetzten (und gegebenenfalls auch die noch bevorstehenden) Massnahmen zur Abwendung der Wiederholung früherer Pflichtverletzungen in die Würdigung der Umstände einzubeziehen. Und es steht im Einklang mit diesem Grundsatz, wenn die nach Art. 45 Abs. 1 BöB/IVöB 2019 sanktionierende Behörde dem sanktionierten Unternehmen in Aussicht stellt, dass sich die Dauer des generellen Ausschlusses bei Nachweis bestimmter Massnahmen oder Ergebnisse verringern wird. Ein solcher Entscheid würde dazu führen, dass die Wahrscheinlichkeit steigt, dass mit der Sanktion nicht nur Schaden zugefügt, sondern auch eine Entwicklung zur Besserung (d.h. eine Resozialisierung) eingeleitet wird.

4. Es ist problematisch, dass das BGer in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, Entscheide betreffend die vergaberechtlichen Sanktionen des Dauerausschlusses und der Busse ergingen i.S.v. Art. 83 lit. f (Ingress) BGG «auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen» – so dass im Fall der Anfechtung solcher Entscheide vor dem Bundesgericht die genannte Bestimmung betreffend Beschränkung des Beschwerderechts anzuwenden sei.

a. Zwar betreffen vergaberechtliche Sanktionen in der Tat häufig Sachverhalte, die sich im Rahmen von öffentlichen Vergabeverfahren oder der Erfüllung öffentlicher Aufträge ereignet haben, jedoch ist das nicht stets der Fall, wie etwa die zweite Tatbestandsvariante von Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB/IVöB 2019 zeigt. Dazu kommt, dass, im Unterschied zum

Dauerausschluss, die Sanktion der Busse gemäss Art. 45 Abs. 1 IVöB 2019 (das BöB kennt eine solche nicht) auch hinsichtlich ihrer Wirkung keinen unmittelbaren Bezug zum öffentlichen Beschaffungswesen aufweist. Insoweit drängt sich die Auslegung des BGer, wonach der Ingress von Art. 83 lit. f BGG auch vergaberechtliche Sanktionen erfassen sollte, weniger stark auf, als es zunächst den Anschein machen könnte.

b. Im Weiteren ist zu beachten, dass die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG (in der ab 1.1.2021 geltenden Fassung) davon abhängt, wie hoch der «geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags» ist (bzw. ob der einschlägige Schwellenwert erreicht wird). Vergaberechtliche Sanktionen werden jedoch nicht notgedrungen im Zusammenhang mit konkreten (und zudem noch «zu vergebenden») Beschaffungsverträgen verhängt (vgl. insb. Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB/IVöB 2019). Insoweit dürfte in bestimmten Fällen ein massgebender Wert eines öffentlichen Auftrags schlicht nicht auszumachen sein (es ist daher als Zufall zu betrachten, dass im vorliegenden Fall das BGer auf den Wert eines Subunternehmervertrags abstellen konnte, der mit der streitgegenständlichen Sanktion in einem Zusammenhang stand).

c. Unabhängig von dieser Gefahr ist festzustellen, dass es sich in keinem Fall rechtfertigt, die Frage, ob gegenüber einer vergaberechtlichen Sanktion die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden kann, vom Wert eines bestimmten Vertrags abhängen zu lassen. Im Sanktionsbeschwerdeverfahren wird nicht um einen Auftrag gestritten, sondern um den Grundsatz und das Ausmass von Bussen und Dauerausschlüssen. Die Bedeutung dieser Streitigkeit (darum geht es in Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG) kann sich nicht an einem Vertragswert messen, selbst wenn der sanktionsbegründende Sachverhalt sich, wie im vorliegenden Fall, im Rahmen der Vergabe oder der Erfüllung eines öffentlichen Auftrags ereignet hat, weil die Bedeutung der Pflichtverletzung (und damit auch der Sanktion) vom Auftragswert nicht abhängig ist (dies im Unterschied zur Bedeutung eines Zuschlagsstreits). In riesigen Verträgen können sich geringfügige Pflichtverletzungen ereignen, und in unterhalb der Schwellenwerte nach Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG liegenden Verträgen können äusserst schwerwiegende Pflichtverletzungen geschehen. Wenn aber Art. 83 lit. f BGG auf Sanktionsbeschwerden angewandt werden soll (was m.E. abzulehnen ist), sollte Ziff. 2 der Bestimmung in Übereinstimmung

mit deren Zweck dahin ausgelegt werden, dass die Schwere der Sanktion eine gewisse Schwelle überschreiten muss, nicht der Wert irgendeines Vertrags.

d. Gegen eine Anwendung des Art. 83 lit. f BGG auf Beschwerden, die vergaberechtliche Sanktionen betreffen, spricht überdies der Umstand, dass die genannte Bestimmung zum Ziel hat, das BGer vor finanziell oder sachlich unbedeutenden Zuschlagsstreitereien zu bewahren, dass aber das Sanktionsbeschwerdeverfahren einen heikleren Rechtsbereich betrifft und hier namentlich der Umsetzung von Art. 6 und Art. 7 EMRK sowie von Art. 30 und 32 BV dient. Im rapportierten Urteil hält das BGer ausdrücklich fest, dass aufgrund dieser Verfahrensgarantien das Beschwerdeverfahren betreffend Sanktionsentscheide in mehreren Punkten abweichend vom Vergabebeschwerdeverfahren reguliert wird (vgl. Art. 53 Abs. 3 BöB/IVöB 2019). Auch dieser Umstand steht einer Anwendung von Art. 83 lit. f BGG auf das Sanktionsbeschwerdeverfahren entgegen, da hier ein gesteigertes Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz besteht (zumal Art. 53 Abs. 3 BöB/IVöB 2019 nichts daran ändert, dass unterhalb des BGer nur eine einzige Beschwerdeinstanz besteht; vgl. Art. 52 Abs. 1 BöB/IVöB 2019).

e. Schliesslich ist zu beachten, dass das BGer die in Art. 13 Abs. 1 BGSa vorgesehene (und trotz der Einführung von Art. 45 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 lit. g BöB bemerkenswerterweise nicht abgeschaffte) Sanktion des Dauerausschlusses von allen öffentlichen Aufträgen der Schweiz kaum dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen zuordnen würde, wenn es sich die Frage zu stellen hätte. Auch hat das BGer die derzeitige Genfer Sanktionsregelung nicht dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen i.S.v. Art. 83 lit. f (Ingress) BGG zugeordnet (vgl. BGer 2C_798/2020, 18.2.2021, E. 1.1; BGer 2C_901/2015, 2.8.2016, E. 1.1). Nach dieser Regelung, die nicht auf dem Vergaberecht beruht, sondern auf dem öffentlichen Arbeitsrecht, wird ein Dauerausschluss von den öffentlichen Beschaffungen zwar lediglich indirekt, im Ergebnis jedoch genauso effektiv, erreicht, indem die Teilnahme an allen Vergabeverfahren ein bestimmtes Dokument voraussetzt, dessen Ausstellung die Arbeitsaufsichtsbehörde im Fall der Verletzung von Arbeitsrecht während einer bestimmten Dauer zu verweigern hat. Vor diesem Hintergrund stellen sich bei Anwendung von Art. 83 lit. f BGG auf Beschwerden betreffend vergaberechtliche Sanktionen Fragen nach der Kohärenz der Gesamtrechtsordnung.