

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 14/Dezember 2004

Das öffentliche Beschaffungswesen aus der Sicht des Anwalts

Interview mit Rechtsanwalt Dr. Beat Denzler, LL.M., Winterthur



■ KRITERIUM: *Seit wann und auf welche Weise haben Sie mit dem öffentlichen Beschaffungswesen zu tun?*

Beat Denzler: Als Anwalt bin ich eher zufällig zum öffentlichen Beschaffungswesen gekommen. Eigentlich bin ich Privatrechtler mit Schwergewicht Wirtschaftsrecht. Eine der ersten Submissionsbeschwerden im Kanton Zürich betraf Fragen aus dem kollektiven Arbeitsrecht. In diesem Zusammenhang wurde ich von der Vergabestelle um Rat angegangen. Seither ist das öffentliche Beschaffungswesen ein Teilbereich meiner Praxis, hauptsächlich für Vergabestellen im Bereich öffentlicher Verkehr.

■ KRITERIUM: *Wie ist Ihre generelle Einstellung zum öffentlichen Beschaffungswesen?*

B.D.: Ambivalent. Einerseits bin ich überzeugt, dass Spielregeln

für Vergaben nötig sind; andererseits bin ich mir unsicher, ob die Verrechtlichung des Vergabewesens wirklich mehr Vor- als Nachteile gebracht hat, inhaltlich und finanziell. Manchmal habe ich – pointiert gesagt – den Eindruck, dass die Willkür früher ehrlicher war. Mit dem Submissionsgesetz in der Hand wird z.B. häufig Heimatschutz betrieben; dem kommt man rechtlich kaum bei. Für die Gerichte ist es sehr schwierig, materielle Fehler zu korrigieren. Daher bekommen formelle Aspekte ein zu starkes Gewicht. Ich erinnere z.B. an die endlosen Diskussionen über den Unterschied von Eignungs- oder Zuschlagskriterien oder an die Thematik der Vorbefassung. Es entspricht wohl dem Zeitgeist, dass Verfahrensabläufe ein grösseres Gewicht haben als die damit erzielten Resultate. Ob das klug ist, bezweifle ich. Oder anders gesagt: Submissionsrecht sollte nicht Selbstzweck sein, sondern Mittel zum Zweck. Man darf daher auch seine Bedeutung nicht überschätzen. Ich vergleiche es gerne mit einem Hammer. Ich brauche den Hammer, um Bilder aufzuhängen. Ich habe die Bilder aber lieber als den Hammer.

■ KRITERIUM: *Wie beurteilen Sie die heutige Situation des öffentlichen Beschaffungswesens im Allgemeinen? Was läuft gut und was weniger?*

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Am 1. Januar 2005 ist die neue Submissionsverordnung (SV0) bereits ein Jahr in Kraft. Ein Jahr ist eine zu kurze Zeit, um bereits jetzt gültige Aussagen über die Wirkung der neuen Rechtsgrundlagen machen zu können.

Was aber mit Bestimmtheit gesagt werden kann: die Befürchtungen, dass die zwingend notwendigen Präzisierungen in der Submissionsverordnung die Vergaben der öffentlichen Hand zum Tumfeld von Richterinnen und Juristen machen könnten, haben sich nicht bewahrheitet. Im Gegenteil: Auch wenn der Wettbewerb unter den Anbietenden nach wie vor hart ist, und die Öffnung des Marktes im Rahmen des Bilateralen Abkommens CH-EU den Wettbewerb eher noch verschärft hat, ist die von allen Beteiligten befürchtete signifikante Zunahme von Beschwerden ausgeblieben. Diese Tatsache stellt allen Beteiligten ein gutes Zeugnis aus. Einerseits darf angenommen werden, dass die öffentliche Hand sich ihrer Rolle und ihrer Verantwortung im Vergabebereich zunehmend besser bewusst ist, andererseits nutzen die Anbietenden den nunmehr sehr leichten Zugang zu den Beschwerdeinstanzen nicht leichtfertig oder missbräuchlich.

Eine weitere Tatsache ist ebenso erwähnenswert. Die Marktöffnung im Rahmen des GATT/WTO-Übereinkommens (GPA) und des Bilateralen Abkommens CH-EU, verbunden mit internationalen Ausschreibungen, hat nicht dazu geführt, dass Schweizer Unternehmen, gesamthaft gesehen, Aufträge der öffentlichen Hand an Anbietende im Ausland verloren haben. Im Gegenteil: der Binnenmarktanteil am, haushaltbedingt zum Teil schrumpfenden, Auftragsvolumen der öffentlichen Hand ist weiter gestiegen. Was heisst, dass unsere Wirtschaft den Wettbewerb mit dem Ausland nicht zu scheuen braucht.

Die Redaktion des KRITERIUM dankt ihrer Leserschaft für die Treue und wünscht allen Leserinnen und Lesern friedliche und gesegnete Feiertage und für 2005 alles Gute.

Für das Redaktionsteam
René Manz, Stadt Zürich

Neue Broschüre «Information für Anbietende, Verbände und Behörden»

Als kurz gefasste Einführung in das neue Zürcher Beschaffungsrecht 2004 gibt die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich (KöB) eine vollständig überarbeitete Neuauflage der «Information für Anbietende, Verbände und Behörden» heraus. Auf 31 Seiten werden die wichtigsten Fragen des Beschaffungsrechts behandelt. So werden unter anderem die massgebenden Rechtsgrundlagen aufgeführt, die verschiedenen Auftrags- und Verfahrensarten beschrieben und die Bedeutung der Schwellenwerte im Staatsvertrags- und Nichtstaatsvertragsbereich erläutert. Ferner erklärt die Informationsbroschüre den Ablauf eines Vergabeverfahrens sowie eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens. Schliesslich finden sich in der Publikation die wichtigsten Kontaktadressen der für das Submissionswesen zuständigen Stellen. Die Broschüre kann für Fr. 15.- unter folgender Adresse bestellt werden:

Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98
E-Mail: info@kdmz.zh.ch, Internet: www.kdmz.zh.ch

B.D.: Viele Vergabestellen bemühen sich seriös, das Submissionsrecht korrekt anzuwenden, mit dem Ziel, fairen und wirksameren Wettbewerb zu ermöglichen. Sie sehen die neuen Spielregeln nicht nur als Last, sondern auch als Chance, günstiger und besser zu beschaffen. Die Standards im Kanton Zürich sind gut. In angrenzenden Gebieten sieht es oft weniger rosig aus. Leider kommt es immer noch oft vor, dass Vergabestellen sehr willkürlich beschaffen und namentlich auswärtige Anbieter benachteiligen. Noch heute haben Zürcher Unternehmen Probleme, in Nachbarkantonen einen Auftrag zu erhalten. Beschwerden scheitern meistens daran, dass der oft nur wenig camouflierte Heimatschutz noch innerhalb des nicht justiziablen Ermessens liegt.

Ein Kernproblem des Vergaberechts ist, dass der Vergabeentscheid kaum je ein fertiges Produkt betrifft, sondern praktisch immer Prognose ist. Auch das korrekteste Verfahren kann nicht garantieren, dass diese Prognose stimmt. Wie gut ein Produkt oder eine Dienstleistung ist und was sie wirklich kostet, weiss man erst am Schluss der Übung. Es wäre eine Illusion zu glauben, dass ein ausgeklügeltes Vergabeverfahren einen gesicherten Blick in die Zukunft erlauben würde.

Ein weiteres Problem ist, dass das formalisierte Beschaffungsrecht es schwierig macht, bei

komplexen Projekten «unterwegs gescheiter zu werden». Wer schon einmal ein komplexes Bau- oder IT-Projekt begleitet hat, weiss, dass der Vertragsgegenstand im Laufe des Projekts nicht eingefroren bleiben kann. Technische Neuerungen, Erkenntnisse aus Feldtests, geänderte Rahmenbedingungen etc. müssen im Laufe eines Projekts berücksichtigt werden dürfen. Es ist nicht möglich, komplexe Projekte im Zeitpunkt des Zuschlags so messerscharf zu definieren, dass die Ausführung gleichsam per Knopfdruck ausgelöst werden könnte und man sich dann bei der Schlussabnahme wieder treffen würde. Allenfalls könnte uns hier ein Verhandlungsverfahren wie in der EU weiter bringen. Ebenso sollte man vermehrt mit Optionen arbeiten, um Unwägbarkeiten abzufedern. Und schliesslich sollte man offen dazu stehen dürfen, dass Änderungen im Laufe eines Projekts zulässig sein müssen, wenn sie nicht zu Preisnachverhandlungen missbraucht werden und wenn der Ausschreibungsgegenstand nicht fundamental geändert wird.

Das Ausschreibungsrecht hat auch dazu geführt, dass vermehrt TU- und GU-Aufträge ausgeschrieben werden. Das Gemeinwesen muss dann das Ausschreibungsverfahren nur einmal durchstehen und kann dem GU oder TU die rauhe Auseinandersetzung mit den Subunter-

nehmern überlassen. Ob das volkswirtschaftlich immer klug ist, bezweifle ich.

■ KRITERIUM: *Gibt es für Sie einen Revisionsbedarf beim Vergabeverfahren?*

B.D.: Die Schwellenwerte im freihändigen Verfahren – vor allem bei den Dienstleistungen – sollten nochmals moderat erhöht werden.

Das Thema Vorbefassung sollte noch weiter geklärt werden: Die Einschränkungen sollten nur für Fälle zum Zug kommen, wo jemand bei Vorbereitung der Ausschreibung sehr intensiv mitgewirkt hat. Hingegen sollten Vorkenntnisse eines Auftragnehmers keinen Ausschluss rechtfertigen. Diese Vorkenntnisse sind ja für die Auftraggeberin besonders wertvoll. Wieso z.B. soll ein Architekt, der ein Vorprojekt ausgearbeitet hat, nur dann die Ausführung übernehmen dürfen, wenn dies in der Ausschreibung schon als Option mit enthalten war? Wieso muss eine Vergabestelle befürchten, dem Entwickler eines Prototyps keinen Auftrag für die Serie geben zu dürfen?

Ich würde es begrüssen, wenn gesetzgeberisch klar gestellt würde, dass der Auftrag im Laufe des Projekts auch geänderten Bedingungen angepasst werden darf.

Die Durchführung von Gesamtleistungs- und anderen Wettbewerben beurteile ich kritisch, da man dadurch das Beschaffungsrecht unterlaufen kann: Eine externe Jury entscheidet und die ökonomische Betrachtung bleibt oft auf der Strecke.

■ KRITERIUM: *Sehen Sie einen Revisionsbedarf beim Rechtsmittelverfahren?*

B.D.: Kantonale Entscheide kommen zwar bis zum Bundesgericht, doch ist dieses bezüglich einer Vereinheitlichung der Praxis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) zu zurückhaltend. Die verschiedenen Rechtsordnungen des Bundes und der Kantone im öffentlichen Beschaffungswesen stören mich nicht, nur die unterschied-

liche Anwendung des Konkordats in den Kantonen. Zur Rechtsmittelpolitik gehört auch, dass die Entscheide der eidgenössischen Rekurskommission nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden können.

Ich habe die Erfahrung gemacht, dass durch Submissionsbeschwerden wichtige Projekte verzögert werden können. Aufschiebende Wirkung sollte im Sinne der IVöB nur in Fällen mit wirklich guten Erfolgsaussichten gegeben werden.

■ **KRITERIUM:** *Wie könnte/sollte die tatsächliche und vor allem rechtliche Situation des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in zehn Jahren aussehen?*

B.D.: Ich bin nicht der Meinung, dass ein Bundessubmissionsgesetz für die ganze Schweiz nötig ist. Mit einer föderalistischen Lösung kann ich gut leben. Die Rechtsvereinheitlichung ist kein Patentrezept, sowenig wie jede Zentralisierung. Handlungsbedarf besteht beim Vollzug.

Nicht nur einzelne, sondern viele Gemeinwesen sollten für ausserkantonale und auch ausländische Bewerber offen werden. Problematisch sind höchstens zu weite Transportwege.

Wenn ich auch kritische Distanz zum Submissionsrecht halten möchte, wünschte ich mir, dass die Gemeinwesen einen offeneren Wettbewerb nicht nur als Bürde, sondern auch und vor allem als Chance sehen.

*Das Interview führte:
Herbert Lang*

Dauerthema «Ausstand und Vorbefassung»

von lic.iur. Daniela Lutz



Das Kriterium Nr. 8 vom Januar 2003 widmete sich schwerpunktmässig dem Thema Vorbefassung (Download unter www.beschaffungswesen.zh.ch). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hatte sich auch seither verschiedentlich mit der Vorbefassung und Fragen zur Ausstandspflicht zu beschäftigen:

Wirtschaftliche Verflechtung und Vorbefassung

Die Baudirektion zog zur Vorbereitung eines Einladungsverfahrens für die Anschaffung der Warteneinrichtung der Verkehrsleitzentrale die E AG bei. Diese arbeitete die Vergabeunterlagen aus und prüfte und bewertete die eingegangenen Angebote. Auf Grund ihrer Empfehlung wurde der Zuschlag der Y AG erteilt; die X AG erhob dagegen Beschwerde. Sie beanstandete, dass die als Fachberaterin beigezogene E AG zum einen ihre direkte Konkurrentin und damit

befangen sei und dass zum anderen die E AG und die Y AG regelmässig zusammenarbeiteten und wirtschaftlich eng verbunden seien.

■ Im überzeugenden Urteil vom 18. Dezember 2002 (VB. 2002.00263) entschied das Verwaltungsgericht zum einen, dass die E AG insbesondere bei der Prüfung der Angebote bereits auf Grund der direkten Konkurrenzsituation zur X AG – faktisch sind die beiden Anbieter wohl die einzigen Konkurrenten in der Schweiz – wegen Befangenheit in den Ausstand hätte treten müssen. Hinzu kam, dass die E AG seit vielen Jahren die von ihr entwickelten Komponenten von der Y AG herstellen lässt und die Y AG gut die Hälfte ihres Umsatzes aus Aufträgen der E AG erzielt. Diese enge und für beide Seiten bedeutende wirtschaftliche Beziehung habe keine unparteiische Beurteilung des Angebotes der X AG mehr erwarten lassen.

Der Zuschlag wurde aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung zurückgewiesen. Für das weitere Vorgehen hielt das Verwaltungsgericht den Ausschluss der Y AG wegen Vorbefassung als geboten. Es bestätigte seine bisherige Rechtsprechung und bekräftigte, dass sich ein Verbot, als Anbieter an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, nicht nur an die Unternehmung richte, welche unmittelbar an der Vorbereitung der Vergabe mitgewirkt habe, sondern auch an eng mit dieser verbundene Anbieter, vorliegend also die Y AG. Ein Ausschluss der Y AG könnte nur dann verhindert werden, wenn das Verfahren vollständig neu und von vorne begonnen würde und eine produktneutrale Umschreibung ohne Bezug der E AG erfolgen würde.

Rechtzeitigkeit der Geltendmachung

In mehreren Entscheiden äusserte sich das Verwaltungsgericht zur Rechtzeitigkeit von Rügen im Zusammenhang mit Ausstand und Vorbefassung.

Aktuell

Projekt SIMAP 2 – Zuschlag ist erfolgt

Seit rund zwei Jahren ist die elektronische Ausschreibungsplattform www.simap.ch in Betrieb. Mittlerweile sind 12 Kantone und sechs grosse Schweizer Städte aufgeschaltet und publizieren dort Ausschreibungen, Zuschläge usw. Zur Verbesserung und Weiterentwicklung der bestehenden Internetplattform wurde vom Verein Simap.ch und vom Bund das Projekt «SIMAP 2» lanciert.

Nach der Ausschreibung der Nachfolge-Anwendung von SIMAP 1 und nach einer aufwändigen Evaluationsphase erfolgte der Zuschlag am 27. September 2004 an die Swisscom IT Services AG, Ostermündigen (vgl. Publikation vom 29. September 2004 auf www.shab.ch). Der SIMAP 2-Testbetrieb soll im Februar 2005, die definitive Einführung der Anwendung ab Oktober 2005 erfolgen. Wann im Kanton Zürich von SIMAP 1 auf SIMAP 2 umgestellt werden soll, wird erst nach Durchführung des Testbetriebs entschieden.

■ Im Urteil VB.2003.00237 vom 28. Januar 2004 verneinte das Gericht die Rechtzeitigkeit der Rüge der Vorbefassung eines Heizungs- und Lüftungsingenieurunternehmens. Dieses hatte im Rahmen einer Begehung des Objektes während der Ausschreibungsphase festgestellt, dass in der Heizzentrale Pläne und Prinzipschemata einer Konkurrentin aufgehängt waren, welche – wie sie auf Grund des vorgängig mitgeteilten Ergebnisse der Präqualifikation wusste – ebenfalls am Verfahren teilnahm. Der Einwand, diese Konkurrentin hätte wegen Vorbefassung ausgeschlossen werden müssen, hätte nach zutreffender Ansicht des Verwaltungsgerichtes umgehend nach der Begehung geltend gemacht werden müssen und nicht erst nach dem Zuschlag. Es gehe nicht an, im Wissen um die Vorbefassung eines Mitbewerbers das Ergebnis des Vergabeverfahrens abzuwarten, um anschliessend – je nach Ergebnis des Verfahrens – den Einwand der Vorbefassung zu erheben.

■ Gleich entschied das Verwaltungsgericht auch am 12. März 2003 in VB.2002.00218: Ein HLK-Ingenieurunternehmen hatte ein Grobkonzept für die Sanierung einer Klinik erarbeitet. Auf dieses Grobkonzept der Anbieterin wurde in den Ausschreibungsunterlagen, welche in der zweiten Stufe des selektiven Verfahrens abgegeben wurden, mehrfach hingewiesen. Die Konkurrenten wussten aufgrund des bekannt gegebenen Teilnehmerfeldes nach Abschluss der ersten Stufe des selektiven Verfahrens, dass auch das vorbefasste Unternehmen offerieren würde. Spätestens bei der Sichtung der Unterlagen der zweiten Stufe und der Vorbereitung allfälliger Fragen zur Ausschreibung hätte die Beschwerdeführerin die Rüge der Vorbefassung vorbringen müssen.

■ Ebenfalls zu spät erhoben wurde der Vorwurf einer nicht beachteten Ausstandspflicht gemäss Urteil VB.2003.00381 vom 5. Mai 2004, das sich mit der Vergabe der Erneuerung einer amtlichen Vermessung befasste. Mit der Vorbereitung der Ausschreibung und der Beurteilung

der Angebote war ein Experte beauftragt worden, der bis einige Monate zuvor bei einer der offerierenden Firmen angestellt war. Da der Beizug dieses Experten in den Submissionsunterlagen transparent gemacht worden und die Teilnahme der ehemaligen Arbeitgeberin an der Submission aus dem Offertöffnungsprotokoll ersichtlich war, war die Rüge einer Ausstandspflicht erst nach dem Zuschlag ebenfalls verspätet.

Diese Praxis ist zu begrüessen. Machen Vergabestellen frühzeitig und transparent auf die Mitarbeit von Externen in der Vorbereitung von Ausschreibungsunterlagen aufmerksam, können sie wirksam verhindern, dass erst im Rahmen des Zuschlags eine Vorbefassung gerügt wird.

Ausstandspflicht in Exekutivgremien

Im Urteil VB.2003.00024 vom 9. Juli 2003 machte das Verwaltungsgericht – obwohl nicht entscheidewesentlich – interessante Ausführungen zur Ausstandspflicht von Behördemitgliedern in Fällen, in denen eines der Exekutivmitglieder auf Anbieterseite beteiligt ist. Bei der Ausschreibung des Auftrages betreffend Neugestaltung und Aufwertung eines Bahnhofareals offerierten vier Planerteams. Ein Team umfasste u.a. eine Firma, an welcher ein Gemeinderatsmitglied massgeblich beteiligt war. Das Verwaltungsgericht nahm auf seine bisherige Praxis Bezug und hielt vorerst fest, dass eine zu strikte Handhabung der Ausstandsregeln im Rahmen von Exekutivbehörden tatsächlich in einem Reibungsverhältnis zu den Anforderungen eines Milizsystems stehen könne. Dass das direkt betroffene Exekutivmitglied Ausstandsgründe strikte zu beachten habe, sei selbstverständlich. Es bestehe aber unter Umständen auch eine Gefahr darin, dass bei den übrigen Mitgliedern der Behörde sachfremde Rücksichten auf den anbietenden Amtskollegen den Entscheid unzulässigerweise beeinflussen könnten. Es sei zudem in Rechnung zu stellen, dass die weiten Entscheidungsspielräume der Vergabebehörde auf der einen

und die Konkurrenzsituation der Anbieter sowie ihre unmittelbare Betroffenheit ihrer wirtschaftlichen Interessen auf der andern Seite besonders hohe Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit und Transparenz der behördlichen Entscheide stellte. Demzufolge sei mindestens mit organisatorischem Vorgehen dafür zu sorgen, dass nicht der Anschein von Befangenheit entstehen könne, wenn Exekutivmitglieder über ein Angebot ihres Amtskollegen entschieden. Dies könne insbesondere dadurch sicher gestellt werden, dass die Vorbereitung und Bewertung der Angebote extern erfolge; empfehlenswert sei aber auch eine externe Durchführung der besonders heiklen und manipulationsanfälligen Offertbereinigungsphase, wo es um Erläuterungen zum Angebot oder um Fragen gehe.

Sämtliche besprochenen Urteile sind zu finden unter www.vgrzh.ch; vgl. dort auch ein weiteres Urteil zur Thematik der Vorbefassung (VB.2003.00161 vom 13. August 2003).

Mit der Revision des Zürcher Submissionsrechts per 1. Januar 2004 wurde mit § 9 neu eine ausdrückliche Bestimmung zur Vorbefassung eingefügt, welche sich direkt an die Anbietenden richtet. Es bleibt vorerst noch abzuwarten, ob die neue Bestimmung Auswirkungen auf die gerichtliche Praxis haben wird.

*Daniela Lutz,
Rechtsanwältin
Kreuzlingen und Zürich*

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Fred Hirschi, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Herbert Lang, Baudirektion, Zürich; Sandra Eberle, Stadt Winterthur; René Manz, Stadt Zürich.

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ, Räfjelstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch