

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 18/April 2006

Der KBOB-Planervertrag Ein Hilfsmittel zum Abschluss von Verträgen für Planerleistungen

Von Christoph Arpagaus, Dipl. Architekt HTL, Delegierter KBOB



Ausgangslage und Zielsetzung

Die Mitglieder der Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB), zu denen neben den Bundesstellen auch die Kantone (BPUK) und Städte (SSV) zählen, haben vor einiger Zeit beschlossen, sich im Bereich Architekten- und Ingenieurverträge ein einheitliches und eigenständiges Vertragswerk zu geben. Dieses soll bei den öffentlichen Auftraggebern Anwendung finden und – im Interesse der Bauherren wie der Planer – dazu beitragen, die heutige Vertragsvielfalt mit ihren verschiedenen negativen Auswirkungen zu beenden. Der vorliegende KBOB-Planervertrag soll vielfältige Funktionen als Verständigungs-, Führungs- und Controllinginstrument übernehmen. Er dient sowohl dem Beschaffungsverfahren, als auch dem Vertragsabschluss und der Vertragsabwicklung. Der Auftraggeber schafft klare Verhältnisse,

indem er die übergeordneten Zielsetzungen, das Projekt und den Vertragsgegenstand ausreichend umschreibt.

Die einzelnen Dokumente:

Die KBOB-Dokumente zum Abschluss von Verträgen für Planerleistungen sind die folgenden:

1. die Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen
2. die Angebotsunterlagen für Planerleistungen, beinhaltend insbesondere
 - Mustervertrag für Planerleistungen (Vertragsurkunde für Planerleistungen)
 - die Allgemeinen Vertragsbedingungen KBOB für Planerleistungen.

Diese Aufteilung führt zu einer klaren Abgrenzung der Phasen Vergabeverfahren und Vertragsabschluss und entlastet die Verträge von Bestimmungen, die sich mit den Vergabeverfahren befassen und in der Vertragsabwicklungsphase nicht mehr relevant sind.

Die «Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen» halten die grundsätzlichen Aspekte des konkreten Vergabeverfahrens fest. Der Text ist meist weitgehend identisch mit dem im Publikationsorgan (SHAB, Amtsblatt, usw.) zu veröffentlichenden Ausschreibungstext und hilft, diesen vorzubereiten. Weiter dienen diese Bestim-

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Die vertragliche Regelung des Verhältnisses zwischen der Vergabestelle und den Anbietenden, die einen Zuschlag erhalten haben ist eine unerlässliche Komponente im Rahmen einer Beschaffung. Gerade im Bereich der Planungs- und Projektierungsleistungen sind die Verhältnisse diesbezüglich komplex und anspruchsvoll. Es ist daher sehr zu begrüßen, dass sich die KBOB (Konferenz der Bauorgane des Bundes) um eine auch mit den Fachverbänden abgestimmte Grundregelung bemüht hat. Damit wird es möglich, die bisher sehr verschiedenartige Vertragspraxis einer Vereinheitlichung zuzuführen. Dadurch kann auf verlässlichen Grundlagen aufgebaut und es können Doppelspurigkeiten vermieden werden. Unser Hauptaufsatz befasst sich einlässlich mit diesen neuen Grundlagen und mit der Situation im Kanton Zürich (vgl. den Kasten).

Daneben finden Sie eine einlässliche Abhandlung zur Grundfrage, wann überhaupt eine öffentliche Beschaffung vorliegt. Hier geht es in der Tat darum, die Weichen für die weitere Behandlung eines Verfahrens zu stellen. Durch die Vielfalt der heutigen Geschäftsfälle ergeben sich dabei immer häufiger Probleme, die nun anhand der Gerichtspraxis, insbesondere eines neuen Entscheids des Zürcher Verwaltungsgerichts, und mit Schlussfolgerungen für die Vergabepaxis behandelt werden.

Zum Schluss möchte das Redaktionsteam Sie wieder einmal ermuntern, Themenvorschläge und Anliegen zum Inhalt des KRITERIUM über unsere Kontaktadresse gs-stab@bd.zh.ch zu melden. Nur so können wir unsere Informationen zur Submissionspraxis wirklich praxisnah gestalten. Besten Dank!

Für das Redaktionsteam:
Herbert Lang, Baudirektion, Zürich

mungen dazu, den Anbietenden transparent zu machen, welche Unterlagen von ihm erwartet werden und welche Ausschreibungsbedingungen für das betreffende Vergabeverfahren gelten.

Das Dokument «Vertragsurkunde für Planerleistungen» bildet Grundlage und Checkliste für die von Vergabestellen abzuschliessenden Verträge, gibt aber gleichzeitig auch den Anbietenden Aufschluss darüber, welches Vertragsverhältnis die Vergabestelle abzuschliessen gedenkt, bzw. auf welche Bedingungen hin die Anbietenden ein Angebot einreichen sollen.

Die «Allgemeinen Vertragsbedingungen KBOB für Planerleistungen» (AVB) bezwecken, sich regelmässig stellende Rechtsfragen zu regeln, so dass dies nicht in jedem Einzelfall erfolgen muss.

Das Vergabeverfahren

Der Vertrag steht am Ende des Vergabeverfahrens. Gerade im öffentlichen Bereich und bei der Vergabe von Planeraufträgen an Architektinnen und Architekten sowie Ingenieurinnen und Ingenieure stellen sich in beschaffungsrechtlicher und vertragsrechtlicher Hinsicht in der Praxis einige Probleme. Speziell mit dem Trend zur Vergabe der Arbeiten an Generalplaner ist man sehr rasch im Bereich des Einladungsverfahrens oder eben des offenen Verfahrens und damit der öffentlichen Ausschreibung der Arbeiten. Hier sollen nun die Dokumente zum KBOB-Planervertrag als Hilfsmittel für das Vergabeverfahren und den Abschluss des Planervertrages dienen.

Wie man sich bettet, so liegt man Zentraler Bestandteil eines Vergabeverfahrens ist der Ab-

schluss eines Vertrages. Je nach Projekt ist bereits über den zur Vergabe anstehenden Vertrag hinaus zu denken und bereits im Vergabeverfahren mit zu berücksichtigen, dass für spätere Phasen allenfalls Zusatzleistungen nötig werden könnten. Um dann nicht weitere Submissionsverfahren durchführen zu müssen, kann es angezeigt sein, bereits im ursprünglichen Vergabeverfahren, aber auch im abschliessenden Vertrag Optionen vorzusehen, die es erlauben, der oder dem einmal beauftragten Anbietenden direkt einen Zusatzauftrag zu erteilen.

Erst wenn klar ist, wie das Vertragskonzept aussieht, kann das Vergabeverfahren adäquat geregelt werden. In einem ersten Schritt ist deshalb der zukünftig abzuschliessende Vertrag so weit möglich auszuformulieren. Dreh- und Angelpunkt des Vertrages aber auch des vorgängigen Vergabeverfahrens ist dabei der Vertragsgegenstand bzw. die Beschreibung der Aufgaben, welche der beauftragte Planer erfüllen soll. Erst wenn der Vertragsgegenstand und die dies-bezüglichen Vertragsbestandteile feststehen, kann das Vergabeverfahren in Angriff genommen werden. In Abhängigkeit vom einmal definierten Vertragsgegenstand sind die einzelnen Bedingungen des Vergabeverfahrens festzulegen. Diese haben sich alle am Vertragsgegenstand zu orientieren. Dies wird besonders deutlich bei den Eignungs- und Zuschlagskriterien: Die Anforderungen an die Eignung der Anbietenden und deren Angebot ergeben sich aus dem Vertragsgegenstand. Da dieser nicht allgemein feststeht, sondern im Einzelfall zu definieren ist, können auch die Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht generell

KBOB

Die KBOB (Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes) ist eine Vereinigung der öffentlichen Bauherren der Schweiz. Ihr gehören folgende Mitglieder an:

- Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL)
- armasuisse, Bereich Bauten
- Rat der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH)
- Bundesamt für Verkehr (BAV)
- Bundesamt für Strassen (ASTRA)
- Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK)
- Schweizerischer Städteverband (SSV)

vorgegeben werden. Sie sind situativ, d.h. auftragsbezogen, zu formulieren.

Projektmanagement und Vertragsmanagement

Ein guter Vertrag ist weit mehr als nur der ungeliebte, vom Qualitätsmanagement verlangte administrative Akt des Papiere Ausfüllens. Ein guter Vertrag erfüllt grundlegende Anliegen des Projektmanagements: Das Ziel muss klar und eindeutig beschrieben, die Termine gesetzt und die Vergütung der Leistungen geregelt sein. Das heisst, beim Ausformulieren des abzuschliessenden Vertrages muss man sich intensiv mit dem Projekt auseinandersetzen, sich über Kosten, Termine, Leistungen und Qualität Gedanken machen, diese Gedanken ausformulieren und zu Papier bringen. Ein oft mühsamer und anspruchsvoller Akt, der aber aus Sicht des Projektmanagements wichtig und damit auch für den Projekterfolg entscheidend ist. Die Weichen werden richtig gestellt, die Planer starten nach Vertragsabschluss in die richtige Richtung und wissen, was zu tun ist. Es gibt im dynamischen Planungs- und Bauprozess immer noch genug Variablen, die einige Schwenker auf dem Weg zum Ziel oder allenfalls sogar eine Zielkorrektur notwendig machen.

Anmerkung betreffend den Kanton Zürich:

Die Dokumente zum KBOB-Planervertrag werden auch auf der Internet-Seite der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich (KöB; www.beschaffungswesen.zh.ch) sowie im Intranet der Baudirektion (Baudirektion, Dienstleistungen) zugänglich gemacht. Es gilt zu beachten, dass das Dokument «Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen» und der «Leitfaden zu Vergabeverfahren und Verträgen für Planerleistungen» auf die Verfahren und die Rechtsgrundlagen des Bundes zugeschnitten sind. Für Vergaben und Vertragsabschlüsse der dem kantonalen Vergaberecht unterstehenden Vergabestellen sind sie in angepasster Form zu verwenden.

Inkraftsetzung und Einführungsveranstaltungen

Nachdem die Dokumente zum KBOB-Planervertrag in den letzten zwei Jahren gemeinsam mit der Gruppe Planung von «bauenschweiz» entwickelt und umfangreichen Praxistests unterzogen worden sind, konnten sie überarbeitet und per 1. März 2006 in Kraft gesetzt werden. Sie stehen in deutscher und französischer Sprache als Download auf der

Website www.kbob.ch kostenlos zur Verfügung. Begleitet wurde die Einführung im März von verschiedenen Veranstaltungen in der Deutsch- und Westschweiz. Auf Anfrage und Bedarf hin sind weitere Veranstaltungen möglich.

Die KBOB ist überzeugt, mit der Bereitstellung dieser Dokumente einen nützlichen Beitrag zu leisten, die bestehende Vertragsvielfalt einzuschränken, und hofft, Ausschreibung, Vergabe und Vertragsabschluss im Bereich der Planerleistungen zu erleichtern. ■

Abkürzungen

KBOB	Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes
BPUK	Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz
SSV	Schweizerischer Städteverband
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt bauenschweiz Dachorganisation der Schweizer Bauwirtschaft

Wann liegt eine öffentliche Beschaffung vor?

Zusammenfassung der Rechtsprechung und Hinweise für die Praxis

Von lic.iur. Claudia Schneider Heusi, LL.M., Rechtsanwältin



1. Begriff der öffentlichen Beschaffung

Die Anwendbarkeit des Submissionsrechts und damit die Verpflichtung staatlicher Auftraggeber, eine Ausschreibung gemäss den Rechtsgrundlagen für das Vergaberecht vorzunehmen, hängen in erster Linie davon ab, ob überhaupt eine öffentliche Beschaffung vorliegt. Eine Antwort findet sich in den Rechtsgrundlagen nicht. Die Rechtsprechung hat sich in verschiedenen Entscheidungen mit dieser Frage auseinandergesetzt. Gemäss einem Entscheid des Bundesgerichts liegt eine öffentliche Beschaffung nur dann vor, wenn die öffentliche Hand als Abnehmerin von Sachen oder Dienstleistungen auftritt und im Gegenzug dafür ein Entgelt leistet. Die Erteilung

eines Rechts zum Plakataushang auf öffentlichem Grund durch das Gemeinwesen (Konzession) wurde gemäss diesem von der Lehre anfangs noch kritisierten Entscheid nicht als öffentliche Beschaffung qualifiziert (BGE 125 I 209; bestätigt in BGE 126 I 255 betr. zur Verfügungstellung eines Standplatzes an einer Kunstmesse). Anders entschied zu Beginn noch die für Beschaffungen des Bundes zuständige eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen im Entscheid VPB 64/2000 Nr. 30. Sie kam zum Schluss, dass ein Auftrag zur Entsorgung gebrauchter Batterien und zur Erhebung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren sei. Mittlerweile scheint die Rekurskommission ihre Rechtsprechung aber der des Bundesgerichts angeglichen zu haben (BRK 2004-012 vom 30. November 2004).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich als die für Beschaffungen im Kanton Zürich massgebende Rechtsmittelinstanz schloss sich der Auffassung des Bundesgerichts an und qualifizierte die Erteilung des Rechts zum Plakataushang nicht als öffentliche Beschaffung, da es sich um eine zur Leistungsbe-

schaffung durch die öffentliche Hand gegenteilige Konstellation handele, in welcher Leistung und Gegenleistung in die umgekehrte Richtung fliessen (VB.2000.00194 vom 6.7.2000; ZBl 102/2001, S. 96). Die Übertragung von Spitleistungen auf eine private Organisation durch eine Gemeinde (VB.2000.00126 vom 24.8.2000; ZBl 102/2001, S. 97) stellt ebenso wie die Übertragung eines Mensabetriebs an einen Privaten keine öffentliche Beschaffung dar (VB.2002.00022 vom 3.7.2002). In den beiden letzteren Fällen war ausschlaggebend, dass nicht der Staat als Bezüger einer Leistung auftrat, sondern eine Aufgabe an einen Privaten ausgelagert wurde, der seine Leistungen nicht gegenüber der öffentlichen Hand, sondern gegenüber Privatpersonen erbrachte und der dem Staat dafür kein Entgelt zu leisten hatte.

In einem neueren Entscheid wurde diese Rechtsprechung (vgl. dazu auch www.vgrzh.ch) nun bestätigt:

2. Entscheid des Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 19. Oktober 2005 (VB.2005.00155)

Zu beurteilen war ein Submissionsverfahren der Verkehrspoli-

zei der Stadt Zürich. Die ausgeschriebenen Abschleppaufträge von falsch parkierten Fahrzeugen und Pannen- und Unfallfahrzeugen, die die Polizei ohne Ermächtigung des Fahrzeuginhabers erteilt, wurde als öffentliche Beschaffung qualifiziert, da damit Bedürfnisse des Gemeinwesens befriedigt werden. Anders wurden Abschleppaufträge für Pannen- und Unfallfahrzeuge beurteilt, die direkt durch den Fahrzeuginhaber oder durch die Polizeiorgane in direkter Stellvertretung des Fahrzeuginhabers erteilt werden. Diese Abschleppdienste werden – so das Gericht – nicht gegenüber dem Gemeinwesen, sondern gegenüber dem Fahrzeuginhaber erbracht, mit dem auch der Vertrag über die Bergung eingegangen wird. Das Gericht kam zum Schluss, dass bei diesen Aufträgen in erster Linie die Interessen der Unfallbeteiligten vertreten würden. Es liege eine gewisse Ähnlichkeit mit Dienstleistungskonzessionen vor, bei denen der Staat eine in seinem Interesse liegende Aufgabe an einen Privaten auslagert, der diese auf seine Rechnung und Gefahr erfüllen lässt. Trotz des öffentlichen Interesses an einer raschen Bergung von solchen Fahrzeugen handle es sich nicht um eine staatliche Aufgabe und damit auch nicht um eine öffentliche Beschaffung. Das Gericht liess im Ergebnis offen, ob für die Leistung «Abschleppaufträge, die direkt durch den Fahrzeuginhaber oder durch die Polizeiorgane in direkter Stellvertretung des Fahrzeuginhabers erteilt werden» überhaupt eine Ausschreibung am Platz ist und welches der Inhalt des Auftrags wäre. In anderem Zusammenhang von Interesse sind die Gründe, die zur Gutheissung der Beschwerde führten in Bezug auf die Leistungen, die als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren sind. Für die Abschleppaufträge von falsch parkierten Fahrzeugen und Pannen- und Unfallfahrzeugen, die die Polizei ohne Ermächtigung des Fahrzeuginhabers erteilt, wurde eine Wiederholung des Vergabeverfahrens angeordnet. Ausschlaggebend war zusammengefasst, dass die Vergabestelle das Kriterium Preis nicht als Zuschlagskriterium nannte, dass die bewerteten Zuschlagskriterien in erheblichem Mass

nicht den ausgeschriebenen Kriterien entsprachen und teilweise doppelt bewertet wurden. Als nicht zulässig erachtet wurde auch, dass die «Vollständigkeit von Dokumenten» als erhebliches Zuschlagskriterium gewichtet wurde. Wichtige Aspekte zur raschen Leistungserbringung und Einsatzbereitschaft seien zu wenig stark gewichtet worden.

3. Schlussfolgerungen für die Praxis

Vor der Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens ist somit immer zu prüfen, ob überhaupt eine öffentliche Beschaffung vorliegt. Ausgehend von der geschilderten Rechtsprechung ist insbesondere abzuklären, ob der Auftraggeber als Nachfrager einer Leistung auftritt, die seinen Bedürfnissen dient und er der eigentliche Konsument ist sowie ob er diese gegen Bezahlung eines Preises erwirbt. Gemäss dem heutigen Stand der Rechtsprechung und Lehre liegt insbesondere kein Vorgang vor, der eine öffentliche Beschaffung darstellt, wenn das Gemeinwesen:

- eine Konzession erteilt,
- Land kauft/verkauft, eine Liegenschaft mietet / vermietet, pachtet / verpachtet oder einen Baurechtsvertrag abschliesst,
- Personal sucht und einen Arbeitsvertrag abschliesst,
- eine Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt, einem Privaten überträgt (und dafür kein Entgelt leistet),
- im Rahmen von Dezentralisierungen bzw. Privatisierungen eine Ausgliederung vornimmt, eine öffentliche Unternehmung oder ein gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gründet bzw. ganz auf die Leistungserbringung durch die öffentliche Hand verzichtet (Vollprivatisierung),
- einen Investor sucht, ohne dass dieser ein Entgelt erhalten würde,
- auf eine Ausschreibung verzichtet, weil die Leistung durch einen internen Leistungsträger erbracht wird.

Vorgänge unter umgekehrten Vorzeichen, wo die öffentliche Hand kein Entgelt leistet oder

sogar eine Gebühr, Entschädigung usw. erhält, sind nicht als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren. Allerdings ist auch bei solchen Handlungen des Staates eine Gleichbehandlung der privaten Wettbewerbsteilnehmer zu gewährleisten. Gemäss einem begleitenden Entscheid des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Oktober 2005 (Rechtssache C-458-03/Parking Brixen GmbH) ist auch bei der Erteilung einer Dienstleistungskonzession, bei der es sich nicht um eine öffentliche Beschaffung handelt, eine Ausschreibung erforderlich und es sind die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz zu beachten. Inwiefern dieser Entscheid die weitere Rechtsprechung beeinflussen wird, ist derzeit noch offen. Es ist auf jeden Fall ratsam, die Grundsätze des öffentlichen Beschaffungsrechts auch bei Vorgängen, die aufgrund der Rechtsprechung keine öffentliche Beschaffung darstellen, zu berücksichtigen. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass in Bezug auf den Anwendungsbereich der Submissionsgesetzgebung noch weitere Punkte geprüft werden müssen. Unabhängig davon, ob es sich um eine öffentliche Beschaffung handelt, ist vor allem auch zu klären, ob ein Auftraggeber dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt ist oder nicht (Art. 8 IVöB). In diesem Zusammenhang haben insbesondere auch die mit öffentlichen Aufgaben betrauten Privaten zu prüfen, ob sie ihrerseits die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens zu beachten haben (Art. 8 Abs. 2 lit. a und b IVöB). ■

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Felix Christen, Stadt Zürich; Sandra Eberle, Stadt Winterthur; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Herbert Lang, Baudirektion, Zürich.

Layout: Andreas Walker, BDKom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

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