

# KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 21/Mai 2007

## Gestaltungsspielräume und deren Schranken\*

Dr. iur. Simon Ulrich, Rechtsanwalt, Frauenfeld



### Einleitung

In den ersten Jahren nach Einführung des öffentlichen Beschaffungswesens tendierten die Gerichte noch zu eher formalistischen Urteilen, was mangels einschlägiger Erfahrung mit diesem neuen Rechtsgebiet absolut verständlich war.

Zwischenzeitlich kann man auf eine über 10-jährige Praxis im öffentlichen Beschaffungswesen zurückblicken und die Gerichte wissen mittlerweile sehr gut mit der Materie umzugehen. Generell sind formalistische Urteile durch Gerichte heute selten geworden. In diesem Beitrag werden grundsätzliche Ausführungen zum Gestaltungsspielraum im (Beschaffungs-)Markt und dessen rechtlichen Umfeld vorgenommen und Schlussfolgerungen für die einzelnen Beschaffungsphasen gezogen.

### I. Gestaltungsspielraum und (Beschaffungs-)Markt

#### 1. Gestaltungsspielraum

Wer von Gestaltungsspielräumen im öffentlichen Beschaffungswesen spricht, muss sich bewusst sein, dass dieser Begriff eine äusserst dynamische Komponente aufweist: Je nachdem, wo man im Beschaffungsprozess steht und in welchem Markt sich die Beschaffung abspielt, ist der zugeordnete Gestaltungsspielraum grösser oder kleiner.

Der Begriff Gestaltungsspielraum wird in diesem Beitrag als Oberbegriff für verschiedene Ausgestaltungsvarianten von Gestaltungsfreiräumen im Beschaffungsprozess benutzt.

Der Gestaltungsspielraum ist aber auch abhängig vom relevanten Markt, was oftmals nur unbewusst erlebt, aber selten bewusst bei einer Beschaffungsplanung genutzt wird.

#### 2. Relevanter Markt

«Markt» ist per se ein dynamischer Begriff. Im Nachfolgenden wird der Begriff in einer sehr eingeschränkten Form verwendet. Es wird nicht der Beschaffungsmarkt der Schweiz als solcher, sondern nur der jeweilige potentielle Markt einer Beschaffung selbst betrachtet. Dieser Markt wird nachfolgend als «relevanter Markt» bezeichnet.

Je nachdem, was beschafft werden soll, ist der relevante Markt ein grösserer oder kleinerer. Ein

### Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser  
Bei der täglichen Arbeit und der rechtlichen Beratung von Beschaffungsstellen und Anbietenden kann immer wieder festgestellt werden, dass sich das KRITERIUM einer breiten und treuen Leserschaft erfreut. In den bisherigen zwanzig Ausgaben wurde eine beachtliche Palette von aktuellen Fragestellungen rund um das Beschaffungswesen praxisnah und auf verständliche Weise den mit dem Beschaffungswesen Beschäftigten näher gebracht. Der Schreibende freut sich deshalb, neu im KRITERIUM-Redaktionsteam mitzuwirken und als Nachfolger von Herbert Lang das gemeinsame Ziel, die am Beschaffungswesen Beteiligten miteinander und mit neuen Entwicklungen in Kontakt zu bringen, mittragen zu können.

Die den Beschaffungsvorgang bestimmenden rechtlichen Vorgaben werden nicht selten als enges, durch formalistische Bestimmungen geprägtes Korsett empfunden. Das Thema der vorliegenden Ausgabe, Gestaltungsräume im (Beschaffungs-)Markt und deren Schranken, verdient deshalb Beachtung. Der Autor zeigt an Hand von konkreten Beispielen auf, wo Beschaffungsstellen unter Beachtung der kartell- und binnenmarkt-rechtlichen Vorgaben über Gestaltungsspielräume verfügen und wie sie diese bewusst nutzen können. Zentral ist aus Sicht des Autors die Erkenntnis, dass der Gestaltungsspielraum in den Vorphasen der Beschaffung (Bedürfnis-, Evaluations- und Eingrenzungsphase) besonders gross ist. Entsprechend wird die herausragende Bedeutung einer sowohl zeitlich als auch sachlich genügenden, prospektiven Planung der Beschaffung durch fachlich qualifizierte und entscheidungskompetente Vergabestellen hervorgehoben.

Für das Redaktionsteam:  
Roland Fey, Baudirektion, Zürich

Beispiel: Geht es darum, die Aus-  
hubarbeiten für ein Verwaltungs-  
gebäude in Davos zu beschaffen,  
wird der relevante Markt allein  
schon durch die Transportkosten  
für Baumaterial und Personal  
limitiert. Ab einer gewissen Dis-  
tanz lohnt sich eine Bewerbung  
nicht mehr, weil die Logistikkosten  
zu hoch sind. Geht es aber  
darum, in Zürich ein neues architektonisches Wahrzeichen mit einer Bausumme von 250 Millionen Franken zu entwerfen und wird hierzu ein Planungswettbewerb ausgeschrieben, so ist der relevante Markt praktisch weltweit offen.

Die Definition des relevanten Marktes entspricht m.E. grundsätzlich derjenigen des Kartellrechtes (Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG, SR 251). Die Definition des sachlich und örtlich relevanten Marktes muss also im Grundsatz nicht neu erfunden werden.

Der beschaffungsrechtlich relevante Markt bestimmt sich als Summe der Anbieter bzw. Produkte und/oder (Dienst-)Leistungen, welche – wirtschaftlich betrachtet – unter Berücksichtigung der beschaffungsrechtlichen (institutionellen) Marktzugangsschranken (insb. Schwellenwerte, Marktausschlussklauseln) potentiell für eine Beschaffung in Frage kommen.

Aufgrund dieser Definition verändert sich der relevante Markt auch im Zuge eines Beschaffungsprozesses. Mit dem rechtskräftigen Selektionierungsentcheid (Eignungsprüfung) besteht der relevante Markt nur noch aus den selektionierten Teilnehmern. Mit dem Zuschlag bzw. für die Vertragsverhandlungsphase besteht der relevante «Markt» nur noch aus Vergabestelle und Zuschlagsempfänger.

### **3. Interpendenz zwischen Gestaltungsspielraum, relevantem Markt und Kartellrecht**

Kartellrecht und Beschaffungsrecht begreifen den relevanten Markt und die hiervon abhängigen Gestaltungsspielräume unterschiedlich:

Je grösser ein kartellrechtlich relevanter Markt im Verhältnis zum Marktvorgang (z.B. eine Beschaffung, ein Exklusivliefervertrag,

eine Fusion etc.) ist, desto grösser ist die kartellrechtlich zulässige Freiheit der Marktteilnehmer in diesem Marktvorgang.

Im Beschaffungswesen spielt der Markt in der Regel gerade in umgekehrtem Sinn: Je kleiner der (z.B. durch die Anwendung von Schwellenwerten eingeschränkte) relevante Markt ist, desto grösser ist die beschaffungsrechtliche Freiheit und desto grösser ist in der Regel der Gestaltungsspielraum.

Ein Beispiel: Durch die Anwendung von Schwellenwerten kann es beschaffungsrechtlich erlaubt sein, die Beschaffung einer Planerleistung für ein Bauvorhaben auf einen Anbieter zu beschränken und somit den relevanten Markt so klein zu machen, dass der Wettbewerb faktisch ausgeschaltet wird. Der Gestaltungsspielraum einer solchen Beschaffung ist somit enorm gross.

Kartellrechtlich betrachtet müsste aber ein Marktteilnehmer, welcher ein Nachfragemonopol hat, von den Wettbewerbsbehörden mit Argusaugen beobachtet werden, weil er durch seine Handlungen im engen relevanten Markt faktisch Marktmacht ausüben und so potentiell eine kartellrechtlich verbotene Monopoldividende erzielen oder Anbieter diskriminieren kann.

Seit der im Nachgang zum wichtigen Entscheid des Bundesgerichtes betreffend die Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA) (BGE 127 II 32, E.3) vom Parlament vorgenommenen Ausdehnung des Kartellrechtes ist auch die öffentliche Hand (als Marktteilnehmerin) nicht mehr als ausserhalb des Kartellrechtes zu begreifen. Eine Vergabestelle hat demzufolge im Falle von Kartellrechtsverstössen mit dem Sanktionssystem des Kartellrechtes zu rechnen. So gesehen ergänzt das Kartellrecht das Beschaffungsrecht und beschränkt die beschaffungsrechtlichen Gestaltungsspielräume.

Mit anderen Worten schränkt das Kartellrecht den Gestaltungsspielraum im öffentlichen Beschaffungswesen potentiell immer dann ein, wenn der relevante Markt aufgrund der Anwendung von Schwellenwerten, aufgrund der Selektionierung oder aufgrund des Zuschlages von einer Vergabestelle beschränkt wird.

Unter dieser Prämisse kann als stark vereinfachendes pragmatisches Ergebnis dieser theoretischen Ausführungen festgehalten werden, dass zwischen Gestaltungsspielraum, relevantem Markt und Kartellrechtsschranken folgende Regel-Interpendenz besteht:

Je grösser der relevante Markt ist, desto geringer ist in der Regel der beschaffungsrechtlich zulässige Gestaltungsspielraum der Vergabestelle, desto grösser ist aber die Gestaltungsfreiheit unter kartellrechtlichem Blickwinkel.

### **4. Auswirkungen des Binnenmarktgesetzes**

Das dem Kartellgesetz nahe stehende und dieses ergänzende Binnenmarktgesetz (Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995, Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02), schränkt die vorstehend beschriebenen Gestaltungsspielräume solange nicht ein, als diese nicht dazu benutzt werden, unzulässige Beschränkungen des freien Zugangs zum Schweizer Binnenmarkt zu schaffen.

Ein Beispiel: Durch die Regelung von Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM ist es z.B. nicht zulässig, einen Selektionierungsentcheid allein von Fähigkeitsausweisen abhängig zu machen, die in einem Kanton aufgrund (polizei-)gesetzlicher Vorgaben bestehen, im anderen jedoch nicht. In diesem Fall ist auch die praktische Erfahrung eines ausserkantonalen Bewerbers zu berücksichtigen.

Vordergründig betrachtet bringt die Regelung von Art. 3 BGBM folglich eine m.E. richtige, erweiterte Einschränkung von protektionistischen, pro forma z.B. mit Polizeigüterschutz oder dem Umweltschutzgedanken kaschierten Marktbeschränkungen im Beschaffungsbinnenmarkt. Dies ist jedoch für das öffentliche Beschaffungswesen eher von marginaler Bedeutung.

Diese Regelung wäre jedoch im föderalistischen Umfeld des Schweizer Beschaffungsrechtes – wie bis anhin – weitgehend zahn- bzw. wirkungslos, hätte nicht der Gesetzgeber mit Art. 9 Abs. 2 bis BGBM der Wettbewerbskommission (WEKO) ein Beschwerde-recht auf kantonaler und eidgenössischer Ebene zuerkannt.

Selbst dieses Beschwerderecht wäre m.E. praktisch weitgehend wirkungslos, wenn nicht die WEKO automatisch über Beschwerdeentscheide orientiert würde. Diese Orientierungspflicht wird durch eine Amtshilfepflicht (Art. 8a BGBM) und Auskunftspflicht (Art. 8b BGBM) sowie durch entsprechende Begleitmachtigungen an den Bundesrat im Rahmen des Bundesgerichtsgesetzes (Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) sichergestellt.

Gerade in dieser aktiven Rolle der WEKO liegt m.E. die beschaffungsrechtliche Relevanz der revidierten Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes, indem nun die Regelungen des verschärften Art. 3 in Verbindung mit Art. 5 tatsächlich auch beschaffungsrechtlich (von der WEKO) gelebt werden dürften.

### 5. Schlussfolgerungen

Gemäss den vorstehenden Ausführungen gibt es grundsätzlich für jede Dienstleistung, jedes Produkt, welches beschafft werden soll, einen auf diese Beschaffung zugeschnittenen, relevanten (Anbieter-)Markt.

Die Vergabestelle hat bei dieser Ausgangslage grundsätzlich einen – m.E. in der Praxis unterschätzten – doppelten Gestaltungsspielraum: Sie kann einerseits durch Variationen des Produktes oder der Dienstleistung, welche sie beschafft, bestimmen, wie gross der relevante Markt ist. Beschränkt wird die Vergabestelle in dieser Freiheit durch das Effizienzgebot (Art. 11 Abs. 1 lit. b IVöB), das Gebot des sorgsamsten Einsatzes öffentlicher Mittel (vgl. z.B. Art. 1 lit. c BoeB) und durch das Verbot der wirtschaftlich nicht begründeten Zerstückelung von Aufträgen, um Schwellenwerte zu unterschreiten (§ 2 Abs. 2 SVO) sowie generell durch das Verbot unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Kartellgesetz. Zudem dürfte gemäss den vorstehenden Ausführungen die Beschwerdelegitimation der WEKO etwas zuverlässiger vor Marktprotektionismus durch Vergabestellen schützen und ausserdem einen gewissen Präventiv-Effekt haben.

Trotzdem bleibt der Gestaltungs-

spielraum gross, wie nachfolgend anhand eines Beispiels erläutert wird: Eine Vergabestelle hat die öffentliche Aufgabe, für genügend Schulraum entsprechend der erwarteten Schülerzahl zu sorgen. Dies führt irgendwann einmal zum Bedarf nach neuen Schulräumen. Somit wäre das mittelbare Beschaffungsziel prima vista ein Schulhaus. Aber dieses Beschaffungsziel lässt sich in Ausnutzung des Gestaltungsspielraumes des öffentlichen Beschaffungswesens problemlos variieren: Es wäre alternativ auch möglich, Schulraum zuzumieten. Auch wäre es möglich, durch Verträge mit den Schulbehörden einer Nachbargemeinde eine zeitweise Verlagerung von Schülerinnen und Schülern in diese Nachbargemeinde zu vereinbaren, womit diese Beschaffung ganz dahin fallen würde. Das Potential dieses Gestaltungsspielraumes wird oftmals unterschätzt und liegt brach.

Die Vergabestelle kann aber andererseits auch den Markt unter Ausnutzung oder Nichtberücksichtigung der Schwellenwerte variieren. Ein Beispiel: Für ein Umbauvorhaben mit einem Bauvolumen von Fr. 750 000.– könnte die Leistung des Architekten freihändig, im Einladungsverfahren oder im offenen (selektiven) Verfahren vergeben werden. Diese Gestaltungsspielräume lassen sich kombinieren, was im Allgemeinen zu einer Vergrößerung des Gestaltungsspielraumes führt, soweit das Gebot der Verhältnismässigkeit nicht verletzt bzw. soweit dadurch nicht kartellrechtswidrig, binnenmarktwidrig oder willkürlich gehandelt wird.

Eine weitere Einschränkung dieser Gestaltungsfreiheit wäre nicht opportun, weil jede Einschränkung derselben die wirtschaftlichen Handlungsalternativen der Vergabestellen beschneiden würde, was letztlich zu suboptimalen Beschaffungen oder Umgehungsversuchen führen könnte.

Schon jetzt weichen unerfahrene Vergabestellen der (scheinbar) rigiden Ordnung der Ausschreibung aller Arbeitsgattungen ohne wirtschaftliche Notwendigkeit dadurch aus, dass sie ohne weitere Evaluation von Verfahrensalternativen und mit meist ungenügender Vorbereitung Totalunter-

nehmer (TU)- oder Generalunternehmer (GU)-Vergaben durchführen. Grössere Verwaltungen weichen in Public Private Partnership-Verträge aus, versuchen mittels Organisationsprivatisierungen den zukünftigen Vergabeaufwand zu reduzieren oder flüchten über Reorganisationen in Inhouse-Vergaben.

## II. Gestaltungsspielraum in den einzelnen Beschaffungsphasen

### 1. Zusammenfassende Inhaltsübersicht

Neben dieser nicht zu unterschätzenden Marktabhängigkeit mit den erwähnten Kartellrechts- bzw. Binnenmarktrechtsschranken des Gestaltungsspielraumes besteht eine bereits weithin bekannte Phasenabhängigkeit des Gestaltungsspielraumes, auf welche in diesem Kurz-Beitrag nur am Rande eingegangen werden kann (vgl. hierzu ausführlich: Ulrich, Gestaltungsspielräume im öffentlichen Beschaffungswesen, in Alfred Koller [Herausgeber], 7. St.Galler Bau-rechtstagung, St.Gallen 2006, S. 145 ff.).

In den Beschaffungsphasen bis zur Ausschreibung, nämlich in der Vorphase und der eigentlichen Vorbereitungsphase, wird der Gestaltungsspielraum im eigentlichen Wortsinn als Freiraum der Vergabestelle verstanden, die Beschaffung und den Beschaffungsprozess inhaltlich und verfahrensmässig zu definieren. In dieser Phase ist der Gestaltungsspielraum – abgesehen von vorstehend beschriebenen Schranken – unbeschränkt bzw. mindestens sehr gross, was oft jedoch nicht genügend ausgenutzt wird.

In den Beschaffungsphasen im engeren Sinne, also der Ausschreibung, der Selektionsentscheidung und der Zuschlagserteilung, in der Phase der Jurierung bei Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben und im Falle von Beschwerden wandelt sich der Gestaltungsspielraum mehr und mehr zu einem relativ erheblichen Auswahlermassen und einer sehr geringen Restverfahrenshoheit.

In den Phasen nach dem Zu-

schlagsentscheid wandelt sich der Gestaltungsspielraum zu einem Kontrahierungsspielraum.

## 2. Schlussfolgerungen

Vorstehende Ausführungen zur Grösse des Gestaltungsspielraumes in den verschiedenen Phasen des Beschaffungsprozesses führen zum Schluss, dass das zentrale Element einer erfolgreichen Beschaffung in einer sowohl zeitlich als auch sachlich genügenden, prospektiven Planung durch fachlich qualifizierte und entscheidungskompetente Vergabestellen liegt.

Insbesondere muss Vergabestellen die Möglichkeit eingeräumt werden, bereits in den Vorphasen, d.h. in der Bedürfnis- und Evaluationsphase und in der Eingrenzungsphase gestaltend mitzuwirken. In diesen Phasen ist der Gestaltungsspielraum und somit die Möglichkeit, eine Beschaffung richtig bzw. bedürfnisgerecht zu planen – unter Berücksichtigung der kartellrechtlichen und binnenmarktrechtlichen Schranken – praktisch unbeschränkt.

Mit zunehmender Konkretisierung der Beschaffung während der Vorbereitungsphase ist der Gestaltungsspielraum insbesondere dann, wenn die Entscheidungsträger bereit sind, allenfalls aufgrund neuer Erkenntnisse die Verfahrensdefinition und die Beschaffungsdefinition in Wiedererwägung zu ziehen, immer noch relativ gross.

Eng wird der Gestaltungsspielraum in den Beschaffungsphasen im engeren Sinn, weshalb in diesen Phasen Korrekturen in der Regel nicht ratsam bzw. beschwerdeanfällig sind.

Aus dieser Erkenntnis heraus sollten die Beschaffungsphasen im engeren Sinne erst dann effektiv an die Hand genommen werden, wenn die Vorphasen richtig und fachkompetent geplant und durchlaufen sind. Auf den Punkt gebracht braucht es, genau so wie bei der Konzeptionierung und Planung eines Gebäudes, eines die Sub-mission planenden «Architekten» beziehungsweise eines «Beschaffungsplaners», welcher die Beschaffung selbst plant und begleitet. Solche Beschaffungsplanung kann verwaltungsintern betrieben oder extern – in aller Regel freihändig – beschafft werden. In allen Fällen ist jedoch entscheidend, dass dieser Beizug nicht erst bei Vorliegen einer Beschwerde in der Realisierungsphase, sprich in den Beschaffungsphasen im engeren Sinne, sondern bereits in den Vorphasen erfolgt. Auch sollte dieser Beschaffungsplaner in Bezug auf die geplante Beschaffung – allenfalls unter Beizug entsprechender Spezialisten – von der Vergabestelle in die Lage versetzt werden, das Beschaffungsobjekt so einzugrenzen und das Verfahren so zu definieren, dass das Beschaffungsergebnis den sachlichen Erwartungen der Vergabestelle selbst entspricht.

Mit anderen Worten verlangt eine richtige Beschaffung auf jeden Fall, dass sich die Vergabestelle über das, was beschafft werden soll, im Klaren ist. Diese an sich selbstverständliche Grundvoraussetzung wird aber aufgrund verwaltungsinterner Hierarchien und Entscheidabläufe selten konsequent umgesetzt. Hier ist es Aufgabe eines Beschaffungsplaners, die verantwortlichen Personen abzumahnern und darauf hinzuwirken, dass die Beschaffung mit den verantwortlichen Stellen nochmals überdacht und richtig definiert wird.

Berücksichtigt man den Umstand, dass eine fehlerhafte Beschaffung oftmals eine Hebelwirkung mit erheblichen Folgekosten nach sich zieht, sind die vorstehend empfohlenen Planungsmassnahmen gut investiert. Die Zeiten, in denen «aufs Gratwohl los probiert» wird, sind nach 10 Jahren öffentliches Beschaffungswesen definitiv vorbei.

\* Überarbeiteter Auszug aus Simon Ulrich, Gestaltungsspielräume im öffentlichen Beschaffungswesen, in Alfred Koller (Hrsg.), 7. St. Galler Baurechtstagung, St. Gallen 2006

## Impressum

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

**Layout:** Andreas Walker, BDkom

### Kontaktadresse:

E-Mail: [gs-stab@bd.zh.ch](mailto:gs-stab@bd.zh.ch)

**Internet:** [www.beschaffungswesen.zh.ch](http://www.beschaffungswesen.zh.ch)

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](mailto:fridolin.kern@kdmz.zh.ch)

## Korrigendum:

In der KRITERIUM-Ausgabe Nr. 20 (Februar 2007) gingen beim Aufsatz «Kunst am Bau – eine besondere vergaberechtliche Kunst» die Hinweise zum Bild vergessen. Wir holen dies wie folgt nach:



Michael Günzburger, «Ohne Titel», 2005

Pädagogisches Institut, Freiestrasse 36, Zürich Foto: Michael Sauter