

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 1/Juli 2000

Zuschlagskriterien in der Praxis

Einführung

Das geltende Submissionsrecht definiert den wirksamen Wettbewerb unter Anbietern und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel als wesentliche Ziele. Diesen Zielen lebt die Submissionsverordnung des Kantons Zürich nach, wenn sie vorschreibt, der Zuschlag sei dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen (§ 31 Submissionsverordnung SVO). Um dieses wirtschaftlich günstigste Angebot bestimmen zu können, sind Zuschlagskriterien zu definieren, denn massgebend ist – ausser bei weitgehend standardisierten Gütern – nicht allein der Preis, sondern das Preis-Leistungsverhältnis: Wieviel bekomme ich zu welchem Preis? Zusammen mit den Eignungskriterien, nach denen zu bestimmen ist, ob ein Anbieter überhaupt fähig ist, den gewünschten Auftrag zu erfüllen,

gehören die Zuschlagskriterien zum übergeordneten Begriff der Vergabekriterien. Für beide Kriterienarten gilt, dass sie objektiv und nicht diskriminierend sein müssen. Man darf wohl mit Recht sagen, dass es sich bei der Definition und der Bewertung der Zuschlagskriterien auf Auftraggeberseite und der Erfüllung der Zuschlagskriterien auf Anbieterseite um das materiell wichtigste Submissionsthema handelt.

Wie bestimmt man Zuschlagskriterien?

Die Festlegung der Zuschlagskriterien – identische Beschaffungsvorgänge ausgenommen – ist grundsätzlich bei jeder Submission neu vorzunehmen. Dies verursacht Aufwand und erfordert vor allem bei der ausschreibenden Stelle eine klare Vorstel-

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser

Sie halten die erste Ausgabe des Informationsblattes «Kriterium» in Ihren Händen. «Kriterium» will Sie über die Praxis, neuste Entwicklungen und noch vieles mehr im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens informieren. Dabei wenden wir uns keineswegs nur an die Verwaltungen im Kanton und in den Gemeinden. Von den neuen rechtlichen Grundlagen des Submissionswesens sind noch viel mehr Adressaten betroffen: Unternehmer, Verbände, Gewerkschaften, Einzelpersonen, aber auch die Anwaltschaft und die Gerichte. Unser Ziel ist es, Sie alle mit unseren Informationen zu erreichen. Wir möchten dazu beitragen, das Beschaffungswesen zu erklären, weiterzuentwickeln und auch Skepsis davor abzubauen. Wenn dabei auch noch der Kontakt zwischen Auftraggebenden und Anbietenden gefördert – und vielleicht auch entspannt – wird, würde uns dies ganz besonders freuen. Wir wünschen Ihnen mit unserem ersten «Kriterium» eine informative Lektüre und – wer weiss, sogar ein wenig Vergnügen!

Dr. Herbert Lang
Vorsitzender der KöB

Aus dem Inhalt

Zuschlagskriterien in der Praxis	1
Vergabe-Tipps	2
Wie kommt man zu Informationen?	3
Gerichtsentscheide	4
Merkblätter zu Praxisfragen	4
Wie bewirbt man sich um Aufträge?	4



Vergabe-Tipps



Handbuch für Vergabestellen

Das Handbuch wurde für die Anwendung in der Praxis geschaffen. Es setzt keine juristischen Vorkenntnisse voraus und enthält nebst den gesetzlichen Grundlagen,

Kommentare und Beschreibungen der verschiedenen Submissionsverfahren sowie eine Fülle von Checklisten, Entscheidungshilfen und Muster. Ein umfassendes Stichwortverzeichnis erleichtert die Orientierung. Der Ringordner im Format A4 mit Plastikband, Umfang über 200 Seiten, kann bei folgender Adresse zum Preis von Fr. 100.– (Gemeinden: Fr. 50.–) bezogen werden:

Baudirektion Kanton Zürich
Tiefbauamt
Walchetur, 8090 Zürich
Telefon 01/259 30 71
Fax 01/259 51 62

lung über die Anforderungen an das zu offerierende Produkt: Was wollen/brauchen wir zu welchen Bedingungen? Welche Inhalte der zu erwartenden Angebote können Kriterien zur Ermittlung des besten Preis-Leistungsverhältnisses sein? Starre Kriterienkataloge sind deshalb in der Regel keine befriedigende Lösung. Die Submissionsverordnung zählt in § 31 nur exemplarisch und keineswegs abschliessend Zuschlagskriterien auf: Qualität, Termine, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität, Lehrlingsausbildung, Infrastruktur. Für die Praxis lassen sich folgende Empfehlungen abgeben:

- Nicht zu viele Kriterien bestimmen. In der Regel nicht mehr als 5–7. Bei einfachen Aufträgen auch nur 2 oder 3. Wenn ausschliesslich der Preis ausschlaggebend sein soll oder kann (bei Standardprodukten), soll dies klar deklariert werden.
- Kriterien möglichst präzise umschreiben. Nicht sinnvoll ist das nicht hinterfragende Abschreiben von Kriterien aus der Liste von § 31 SVO. Die dort genannten Kriterien sind viel mehr als Ideen zu behandeln. Eine präzise Umschreibung der Zuschlagskriterien erleichtert die spätere Auswertung. Hier einige Beispiele für massgeschneiderte Zuschlagskriterien: Qualität der verwendeten Materialien (statt Qualität), möglichst frühes Lieferdatum (statt Termine), Unterhaltskosten pro Jahr in den ersten drei Jahren (statt Unterhaltskosten),

Schnelligkeit und Umfang des Kundendienstes (statt Kundendienst), umweltschonende Entsorgungsmöglichkeit (statt Ökologie), Bedienerfreundlichkeit der Anlage oder Ergebnisse eines Testbetriebes (statt Zweckmässigkeit), äussere Gestaltung (statt Ästhetik), Innovation des Lösungsansatzes (statt Kreativität). Griffige Kriterien können zum Beispiel auch sein: sorgfältiger Umgang mit Altbausubstanz, Teamzusammensetzung, Überzeugungskraft der Präsentation (z.B. bei Beratungsdienstleistungen), Qualifikation des

Personals. Der Kreativität beim Bestimmen von sachgerechten Zuschlagskriterien sind eigentlich keine Grenzen gesetzt ...

Wichtig für die spätere Auswertung ist, dass die Ausschreibungsunterlagen auch auf die erwarteten Angaben und Unterlagen hinweisen, aufgrund derer die Kriterien überprüft werden können (z.B. Angaben zu den Betriebskosten, Abbildungen für die Beurteilung der äusseren Gestaltung usw.).

Bei der Auswahl der Zuschlagskriterien steht der ausschreibenden Behörde erheblicher Ermessensspielraum zu. Sind die Kriterien hingegen einmal festgelegt und mitgeteilt, bleibt sie daran gebunden. Sie darf weder andere (neue) Kriterien zur Beurteilung beiziehen, noch die genannten Kriterien einfach nicht berücksichtigen. Mehrheitlich als unzulässig betrachtet wird auch die nochmalige Prüfung von Kriterien, die schon bei der Eignungsprüfung gewertet wurden. Hilfreich ist hier folgende Faustregel: Eignungskriterien sollen sich auf die Anbietenden, Zuschlagskriterien auf das Angebot beziehen.

Unzulässige Zuschlagskriterien

Kriterien, die direkt oder indirekt einheimische Anbietende bevorzugen, sind unzulässig. Dazu ge-



Wie kommt man zu Informationen?



Information für Anbietende, Verbände und Behörden

KöB,
Ausgabe 1998

Als Einführung in das neue Submissionsrecht im Kanton Zürich hat die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen eine erläuternde Broschüre herausgegeben.

Bezug: KDMZ, Fr. 10.– ,
+Verpackung, + MWSt 2,3%,
Bestellnummer: KDMZ 53.790
Kantonale Drucksachen- und
Materialzentrale KDMZ
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich
Tel.: 01/468 68 68
Fax: 01/468 68 77
E-Mail: irene.schaerer@kdmz.zh.ch

hören offensichtlich diskriminierende Kriterien wie Ortsansässigkeit, Steuerdomizil oder Prozentklauseln, die erklären, dass Angebote Einheimischer in einem gewissen preislichen Toleranzbereich bevorzugt behandelt werden sollen. Heikel sind aber auch Kriterien wie: örtliche Kenntnisse, rasche Verfügbarkeit, Serviceangebot vor Ort etc. Nur wenn der konkrete Auftrag diese Voraussetzung sachlich klar erfordert, sind sie zulässig und führen nicht zu einer versteckten Bevorzugung Einheimischer. Vorsicht geboten ist bei der Auswahl von ökologischen Kriterien wie z.B. die Länge der Transportwege. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat dazu festgehalten, dass nur erhebliche Auswirkungen auf die lokale Um-

weltbelastung eine Schlechterbewertung von auswärtigen Anbietern rechtfertigen würden. Es empfiehlt sich aufgrund dieser relativen strengen Gerichtspraxis, ökologische Anforderungen produktbezogen, also im eigentlichen Leistungsbeschreibung (Devis) zu bestimmen. Immer wieder diskutiert wird schliesslich, ob Zuschlagskriterien wie Lehrlingsausbildung, Aus- und Weiterbildung und ähnliche (auch) sozialpolitisch motivierte Kriterien zulässig seien. Obwohl § 31 SVO das Kriterium der Lehrlingsausbildung ausdrücklich nennt, ist die rechtliche Zulässigkeit umstritten – die Frage ist vom Verwaltungsgericht bisher noch nicht beurteilt. Eine zurückhaltende, in jedem Fall nicht diskriminierende Anwendung des Kriteriums Lehrlingsausbildung ist zu empfehlen.

Gewichtung der Zuschlagskriterien

Das Bundesgericht hat in einem wegweisenden Entscheid zum Submissionsrecht festgehalten, es sei ein allgemeingültiges Prinzip, dass die Kriterien im Voraus entweder in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder unter Angabe ihrer Gewichtung bekanntzugeben seien (BGE 125 II 86 E. 7c). Die Zuschlagskriterien sind also in der Reihe ihrer Wichtigkeit zu nennen, was die vergebende Behörde bei der anschliessenden Beurteilung bindet. Nicht verlangt wird von der Zürcherischen Gerichtspraxis die Nennung einer prozentualen Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen also z.B. Preis 40%, Qualität der verwendeten Materialien 30%, Schnelligkeit des Kundendienstes 20%, äussere Gestaltung 10%. Nach meiner Erfahrung wählen aber immer mehr ausschreibende Stellen diesen Weg, insbesondere für Submissionen, bei denen schon einige Erfahrungswerte bestehen. Die Anforderungen an eine zum Voraus quantitativ bestimmte Gewichtung der Kriterien dürften eher steigen.

derungen an eine zum Voraus quantitativ bestimmte Gewichtung der Kriterien dürften eher steigen.

Auswertung

Die Zuschlagskriterien sind für die Auswertung verbindlich. Immer wieder sind Submissionen zu sehen, in denen zwar viel Zeit und Kreativität in die Formulierung von Zuschlagskriterien aufgewendet wurde, am Schluss aber nur der Preis, der nicht einmal wichtigstes Kriterium war, ausschlaggebend war. In einem solchen Fall war entweder die Kriterienwahl nicht sachgerecht oder bei der Auswertung wurden an sich sachgerechte Kriterien nicht gewertet. Beides macht Entscheide von Vergabebehörden angreifbar.

Für die Auswertung sind möglichst einfache Bewertungsmuster oder Auswertungstabellen vorzuziehen. Zu komplizierte und für Anbieter nicht nachvollziehbare, mathematisch schwer durchschaubare Tabellen führen in der Regel zu den fast gleichen Ergebnissen wie einfache Auswertungen, sind dafür aber viel einfacher kritisierbar und dem Vorwurf des «Zurechtbiegens» ausgesetzt.

Für den obigen Fall könnte folgende Matrix ausreichen: Jedes Kriterium wird mit 1–5 Punkten bewertet; die Punktzahl wird entsprechend der prozentualen Bedeutung gewichtet. Beim Preis wurde die Reihenfolge günstigstes Angebot 5 Punkte, teuerstes Angebot 1 Punkt gewählt. Sinnvoll kann bei der Preisbeurteilung auch eine prozentuale Abstufung sein (günstigstes Angebot: 100%).

Preis	40%	Anz. Pt. x 40
Qualität	30%	Anz. Pt. x 30
Kundendienst	20%	
Gestaltung	10%	
Total		?

Impressum

Redaktion:

Walter Bosshard, Gemeinde Horgen
Markus Burkhard, Stadt Bülach
Fred Hirschi, Staatskanzlei, Zürich
Herbert Lang, Baudirektion, Zürich
Daniela Lutz, Stadt Winterthur
René Manz, Stadt Zürich

Bezug:

Kantonale Drucksachen- und
Materialzentrale KDMZ
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich
Tel.: 01/468 68 68, Fax: 01/468 68 77
E-Mail: irene.schaerer@kdmz.zh.ch

	Preis 40 % Anz. Pkte x 40	Qualität 30 % Anz. Pkte x 30	Kundendienst 20 %	Gestaltung 10 %	Total
Angebot A	3 x 40	4 x 30	1 x 20	3 x 10	290
Angebot B	5 x 40	2 x 30	3 x 20	3 x 10	350
Angebot C	2 x 40	5 x 30	5 x 20	3 x 10	360
Angebot D	1 x 40	4 x 30	5 x 20	2 x 10	280
Angebot E	4 x 40	4 x 30	2 x 20	2 x 10	340



Bedeutung für die Anbietenden

Bei den Anbietenden erfordert die Berücksichtigung der Zuschlagskriterien ebenso ein Umdenken wie die Ausarbeitung bei den ausschreibenden Behörden. Oft ist festzustellen, dass Anbietende die Zuschlagskriterien gar nicht in ihre Offerten einbeziehen, um dann nach dem – nicht an sie erfolgten – Zuschlag feststellen zu müssen, dass z.B. nicht nur der Preis allein zählte, sondern etwa auch Zusagen betr. Garantie, Referenzen oder ähnliches. Der Tipp: Zuschlagskriterien genau studieren, bei Unklarheiten auch nachfragen!

Gerichtspraxis

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat sich verschiedentlich mit Zuschlagskriterien befasst. Erwähnenswert sind an dieser Stelle folgende Entscheide:

- Der Vergabebehörde steht beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das günstigste sei, ein erheblicher Spielraum zur Verfügung. In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht, nicht ein. Zu prüfen ist nur eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Urteil 1. Abteilung vom 7.7.1999, VB.99.00026 in BEZ 1999 Nr. 26).
- Das Kriterium «allgemeiner Eindruck der Offerte» ist derart

unbestimmt, dass es sich als Leitlinie für den Zuschlag nicht eignet und keinen Beitrag zur Transparenz leistet (Urteil 1. Abteilung vom 7.7.99, VB.99.00026).

- Die Distanz zwischen dem Bereitstellungsort eines Anbieters und dem Verwendungsort der Leistung ist grundsätzlich kein geeignetes Zuschlagskriterium. Vorbehalten bleiben von den fraglichen Transporten ausgehende erhebliche Auswirkungen auf die lokale Umweltbelastung der auftraggebenden Gemeinde (Urteil 1. Kammer vom 20.8.1999, VB.99.00109 in BEZ 1999 Nr. 27; Urteil vom 15.12.1998, VB.98.00369 in BEZ 1999 Nr. 12).
- Die «Erfahrung in der Ausführung vergleichbarer Aufträge» ist ein zulässiges Zuschlagskriterium. Trotz naturgemäss Subjektivität von Referenzen dürfe aus mehreren gleichlautenden Auskünften eine gewisse Objektivität abgeleitet werden (Urteil der 1. Abteilung vom 17.2.2000, VB.1999.00217).

Wie bewirbt man sich um Aufträge?

Wichtige Merkmale für Anbietende:

- Auf Ausschreibungen achten! www.amtsblatt.zh.ch
- Ausschreibungsunterlagen rechtzeitig verlangen
- Eignungs- und Zuschlagskriterien beachten
- Allenfalls Auskünfte einholen (Vergabestelle / AWA)
- Angebotsformulare vollständig und wahrheitsgetreu ausfüllen und nicht verändern, Varianten separat beifügen; Unterschrift nicht vergessen
- Verlangte Nachweise (z. B. betreffend Eignung) beifügen
- Einreichungsort beachten
- Fristen einhalten (Eingang bei Vergabestelle massgeblich!)
- Bekanntmachung des Zuschlags und Beschwerdefrist beachten

- Unzulässig ist eine Bewertung, wenn von den 8 in den Ausschreibungsunterlagen genannten Kriterien ein Teil nicht berücksichtigt wird, verbleibende Kriterien umformuliert werden und an die erste Stelle ein in der Ausschreibung nicht explizit genanntes Kriterium tritt (Urteil 1. Abteilung vom 7.7.1999, VB.99.00026 in BEZ 1999 Nr. 26).

RA lic. iur. Daniela Lutz,
Fachleitung Beschaffungswesen
Stadt Winterthur

Merkblätter zu Praxisfragen

Die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) hat praxisbezogene Merkblätter zu Themen wie:

- Verfahrenswahl
- Freihändiges Verfahren
- Vorbefassung von Anbietenden
- Eignungskriterien
- Zuschlagskriterien
- Behandlung von Angeboten
- Ausschluss von Anbietenden
- Architekturleistungen/Architekturwettbewerbe

herausgegeben.

Weitere Merkblätter sind in Vorbereitung. Die Merkblätter werden den Inhabern des «Handbuch für Vergabestellen» jeweils zugesandt. Sie können zudem bestellt werden bei:

Baudirektion Kanton Zürich, Tiefbauamt, Walchetor, 8090 Zürich
Tel.: 01/259 30 71, Fax: 01/259 51 62

Gerichtsentscheide

Besuchen Sie die neue Homepage des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich

<http://www.vgrzh.ch>

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 2/November 2000

Angebote – vollständig und klar



Dr. Fred Hirschi

Wer sich um einen Auftrag bewirbt, muss wissen auf was er sich einlässt, also was er zu welchem Preis leisten muss. Gegenstand und Umfang des Auftrags müssen in der Ausschreibung und in den an die Interessenten abgegebenen Unterlagen klar umschrieben werden, und die Offerten der Anbietenden müssen ebenso deutlich auf die ausgeschriebene Leistung Bezug nehmen. Es wird auch empfohlen, in den Ausschreibungsunterlagen die Vertragsbedingungen bekanntzugeben. Dieser Verpflichtung und Obliegenheit der Vergabeinstanz steht die Pflicht des Interessenten gegenüber, ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot zu machen. Dabei stellt sich die Frage, wie bestimmt sein Angebot sein muss, damit es berücksichtigt werden kann. Kurz gesagt muss jedes Angebot *vollständig und klar* sein.

Grundsatz der Vollständigkeit

Dieser Grundsatz wird in § 26 Abs. 1 lit d. der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997

(SVO) festgehalten. Erweist sich das Angebot in einem wesentlichen Punkt als unvollständig, muss es von der Teilnahme ausgeschlossen werden. Denn ein Zuschlag an ein unvollständiges Angebot kommt nicht in Frage, und eine nachträgliche Ergänzung desselben liefe auf eine nach § 24 Abs. 1 und § 29 SVO unzulässige Änderung des Leistungsinhalts hinaus.

Grundsatz der Klarheit

Ist unklar, ob die Umschreibung des Angebots tatsächlich eine Einschränkung gegenüber der ausgeschriebenen Leistung darstellt, ist diese Unklarheit nach den Grundsätzen der §§ 27–29 SVO zu bereinigen. Ist das fehlende Element eines Angebots im Vergleich zum gesamten Auftrag von derart untergeordneter Bedeutung, dass ein Ausschluss von der Teilnahme unverhältnismässig wäre, wird dem Anbietenden Gelegenheit gegeben, das Angebot im betreffenden Punkt zu ergänzen.

Ein Anwendungsfall

Zur Illustration dieser Grundsätze dient ein Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, der die Vergabe eines Generalunternehmerauftrags im Rahmen der Sanierung der Abwasserhältnisse Zürich-Nord zum Gegenstand hatte (VB 1999.00015, Entscheid vom 17. Februar 2000, vgl. BEZ 2000 Nr. 25). Der Auftrag umfasste die

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Sie halten bereits die zweite Ausgabe von KRITERIUM in Ihren Händen. Ihre positiven Rückmeldungen und Ihre konstruktive Kritik haben uns sehr gefreut. Vielen Dank! Für den Druckfehler in der Tabelle auf Seite 3 bitten wir Sie um Entschuldigung. Dem geübten Auge unseres Lektors ist er entgangen, nicht aber Ihrem.

Besonders gefreut haben uns die zahlreichen Nachbestellungen für KRITERIUM Nr. 1. Information aus der Praxis, für die Praxis, lebt von den Impulsen einer breit abgestützten Leserschaft. Ein besonderes Anliegen der Redaktion ist, das äusserst facettenreiche Thema «öffentliches Beschaffungswesen» aus der Sicht aller am Beschaffungsprozess Beteiligten zu beleuchten. Dabei sind wir auf Ihre Mithilfe angewiesen. Bitte teilen Sie uns Ihre Anregungen, Ihre Wünsche mit, damit auch die nächsten Ausgaben von KRITERIUM Ihren Informationsbedürfnissen gerecht werden. Für das Redaktionsteam

René Manz
Stadt Zürich

Aus dem Inhalt

Angebote – vollständig und klar	1
Vergabe-Tipps	2
Interview mit Dr. Herbert Lang	3
Impressum	4
Alles klar?	4

Vergabe-Tipps

Internet-Adressen

● Submissionen der Stadt Winterthur jetzt auch im Internet
Die Stadt Winterthur veröffentlicht ihre Ausschreibungen neu auch im Internet unter folgender Adresse:

www.stadt-winterthur.ch/submissionen

● Homepage des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich
Das Verwaltungsgericht veröffentlicht seine Entscheide neu auch im Internet unter folgender Adresse: www.vgrzh.ch

Gerichtsentscheide

● Abweisung eines Gesuchs um aufschiebende Wirkung durch das Verwaltungsgericht
Das Verwaltungsgericht hat einem Gesuch um aufschiebende

Wirkung nicht stattgegeben, da die geltend gemachte zeitliche Dringlichkeit der Vergabe erheblich und die Erfolgsaussicht der Beschwerde in Würdigung der vorgebrachten Standpunkte und der fraglichen Legitimation eher gering erschien (VB.2000.00257)

● Nichteintreten des Verwaltungsgerichts auf eine Beschwerde gegen das Erteilen von Leistungsaufträgen im Bereich Spitex
Das Verwaltungsgericht hat auf eine Beschwerde gegen das Erteilen von Leistungsaufträgen im Bereich Spitex Nichteintreten beschlossen, da die öffentliche Hand nach den Grundsätzen der sozialen Kranken- und Unfallversicherung nicht «Konsumentin» einer Dienstleistung im Sinne des öffentlichen Beschaffungswesens ist. (VB.2000.00126)

Betriebszentrale Glatt, die Regenwasserbehandlung Glatt, den Ausbau der oberen Querschnittshälfte des Anschluss-Stollens Glatt und das Bauwerk Limmat, und er erstreckt sich auf die Ausführungsplanung, die Bau- und Installationsarbeiten, die Inbetriebsetzung und den Probebetrieb sowie die Bereitstellung von Dokumentation und Betriebsunterlagen für das gesamte Werk. Die Beschwerdeführerin war mit ihrem Angebot in verschiedenen Punkten von den Vorgaben der Ausschreibung abgewichen:

a) Garantieleistungen

Die Ausschreibung verlangte, dass der Unternehmer eine Erfüllungsgarantie über 2 Mio. Franken leiste, sowie eine Mängelgarantie von 2 Mio. Franken für mindestens fünf Jahre. Im Unterschied dazu offerierte die Beschwerdeführerin nur eine Erfüllungsgarantie von 0,5 Mio. Franken und teilte die Mängelgarantie nach Bauphasen auf.

Diese Beschränkung der Garantieleistungen beurteilte das Gericht als eine wesentliche Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibung. Wenn die Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot eine Variante zur vorgeschriebenen Sicherheitsleis-

tung einreichen wollte, hätte sie auf eine ausschreibungskonforme Grundofferte nicht verzichten dürfen.

b) Leistungsverzeichnis

Das Leistungsverzeichnis enthielt zahlreiche Hinweise auf bestimmte Produkte oder Lieferanten, zumeist mit dem Zusatz «oder gleichwertig». Es war auch möglich, mit dem Angebot eine Liste mit Produkte-Alternativ-Vorschlägen einzureichen. Die Beschwerdeführerin reichte keine derartige Liste ein, sondern hielt fest: «Wir behalten uns vor, die in der Offerte vorgeschriebenen Produkte durch andere, gleichwertige zu ersetzen».

Bei den im Leistungsverzeichnis bezeichneten Produkten handelte es sich um Maschinen und Bauteile von erheblicher Bedeutung. Das Gericht befand, dass es nicht ernsthaft in Frage kam, die Wahl dieser Produkte dem Gutdünken einer Partei nach Abschluss des Vertrags vorzubehalten; die Behörde musste die Produkte kennen, um die Einhaltung der geforderten Qualitätsstandards überprüfen zu können, und der Beschwerdeführerin war es ohne Kenntnis der Produkte nicht

möglich, eine seriöse Preiskalkulation vorzunehmen. Es gehe nicht an, dass ein Anbieter ein preislich attraktives, aber inhaltlich ungenügend bestimmtes Angebot einreicht, um auf diesem Weg in Verhandlungen mit der Vergabebehörde zu treten.

c) Werkpreis

Unter dem Titel «Werkpreis» war die Übernahme der gesamten Werkerstellung zu einem Festpreis gefragt. Dieser war als Pauschale festzulegen, der keine Teuerungsanpassung zulies. Es handelte sich damit um einen Pauschalpreis, mit dem zwar die Vergütung pauschaliert wird; was der Anbieter zum vereinbarten Preis leisten muss, ergibt sich jedoch erst aus der Umschreibung des Werks. Eine sogenannte Vollständigkeitsklausel stellte sicher, dass der Pauschalpreis alle Leistungen abdeckt, die zur vertragsgemässen Ausführung des Werks erforderlich sind, auch wenn diese im Leistungsverzeichnis nicht speziell erwähnt werden. Aufgrund dessen durften Bestandteile des Werks, die zu dessen Funktionieren erforderlich sind, nicht aus dem Angebot ausgeschlossen werden.

d) Probebetrieb

Nach der Inbetriebsetzung ist ein sechsmonatiger Probebetrieb vorgesehen, während dessen das Werk in der Obhut des Generalunternehmers bleibt und, in Zusammenarbeit mit dem Bauherrn und künftigen Betreiber, durch ihn betrieben wird. Die Beschwerdeführerin schlug vor, dass sie während vier Monaten einen Ingenieur vor Ort und weitere Fachpersonen auf Abruf zur Verfügung stelle, während von Seiten der Auftraggeberin das Personal der Anlage Glatt kostenlos mitwirke und den Probebetrieb unterstütze. Der Vorschlag der Beschwerdeführerin erschien im Hinblick auf die in den Vorgaben der Ausschreibung erwähnte Zusammenarbeit als sachgerecht.

e) Ersatzteilliste

Die ausgeschriebene Leistung umfasste eine Erstausrüstung an Ersatz- und Verschleiss teilen für eine Betriebszeit von

zwei Jahren. Ein erster Entwurf der Ersatzteilliste war mit dem Angebot abzugeben. Der Mangel, dass die Beschwerdeführerin keine Ersatzteilliste einreichte, stellte, da ohnehin nur ein erster Entwurf der Liste verlangt war, keine Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift dar.

f) Zahlungsplan

Mit dem Angebot war ein Zahlungsplan einzureichen, dessen Termine sich nach dem Terminplan der Bauarbeiten zu richten hatten. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Zahlungsplan enthielt die gleichen Daten wie ihr Terminplan, umschrieb diese jedoch nicht unter Bezugnahme auf die Fixpunkte des Bauablaufs, sondern als feste Termine. Die Frage war, ob ein derart datumsbezogener anstatt leistungsbezogener Terminplan den Anforderungen entsprochen habe. Die Forderung nach einem lei-

stungsbezogenen Terminplan war nach Auffassung des Gerichts sachgerecht, ging aber aus den Ausschreibungsunterlagen nicht deutlich hervor.

Können Offerten ergänzt oder verbessert werden?

Tauchen Fragen auf, die aufgrund der Vorgaben der Ausschreibung einer Klärung bedürfen oder die im Verhältnis zur Bedeutung des gesamten Auftrags von untergeordneter Bedeutung sind, ist es zulässig, wenn die Vergabestelle die Anbietenden auffordert, diese Mängel zu beheben. So verhielt es sich vorliegend beispielsweise für die Anpassungen des Zahlungsplans, die Ersatzteilliste und die Probezeit. Als weitere Mängel von untergeordneter Art nannte das Gericht den Ausschluss des Teuerungsausgleichs im Werkpreis, der aus den Ausschreibungsunterlagen nicht deutlich hervorging, fehlende Teile der Kalkulationsgrundlagen, den Zeitpunkt des Baubeginns, die

Bezeichnung einzelner Fachleute auf Seiten des Werknehmers, Fragen zur internen Kompetenzregelung und zur Schulung des Betriebspersonals sowie die Kosten der Sanierung der bestehenden Becken. Derartige Korrekturen und Präzisierungen lassen sich im Rahmen einer umfangreichen und komplexen Vergabe nie völlig vermeiden.

Ist eine Bereinigung zulässig?

Die fachliche und rechnerische Prüfung der Angebote nach einheitlichen Kriterien (§ 27 Abs. 1 SVO) kann eine Bereinigung in dem Sinn verlangen, dass vertiefte fachliche und rechnerische Überlegungen gestattet sind, um die objektive Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen. Dies darf aber nicht zu einer Änderung des Angebots führen. Angebote sind so, wie sie im Zeitpunkt der Offertöffnung vorliegen, und nicht wie sie sein könnten, zu prüfen.

*Dr. Fred Hirschi,
Staatskanzlei des Kantons Zürich*

Interview

mit Dr. Herbert Lang, Vorsitzender der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB)



Dr. Herbert Lang

Angaben zur Person

- Schulen im Kanton Bern
- Studium der Jurisprudenz an der Universität Zürich
- 1976 Dissertation «Hochhaus und Baurecht»
- Nach Tätigkeit am Bezirksgericht Zürich seit 1971 bei der Baudirektion des Kantons Zürich, ab 1977 Sekretär m.b.A. im engeren Direktionssekretariat und seit 1980 stellvertretender Generalsekretär

Herbert Lang beschäftigt sich seit langem intensiv mit dem öffentlichen Beschaffungswesen und war ab 1995 Mitglied der Schweizer Delegation bei den bilateralen Verhandlungen CH-EU. Seit 1996 ist er Vorsitzender der kantonalen Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen und Mitglied der Kommission Beschaffungswesen Bund-Kantone (KBBK). Er war am Aufbau verschiedener Gremien beteiligt, veröffentlicht regelmässig Beiträge zum öffentlichen Beschaffungswesen und nimmt mit Referaten an Tagungen teil. Seit 1998 ist er zudem Mitglied der Europa-Kommission der Konferenz der Kantonsregierungen.

Fragen

KRITERIUM Wie sind Sie – neben ihrer Tätigkeit als Vorsitzender der KöB – bei Ihrer täglichen Arbeit mit dem Beschaffungswesen konfrontiert?

H.L. Ich bin froh, dass mich die Prüfung von Vergabungen mit besonderer Tragweite der Baudirektion und des Regierungsrats sowie von speziellen Vergabefragen immer wieder mit den konkreten Problemen in der Praxis in Kontakt bringt. Dies ist auch ein Vorteil der Koordinationssitzungen mit den Ämtern der Baudirektion und mit Verbänden. Ganz konkret konfrontieren mich auch die zahlreichen Telefonanrufe von Gemeindevertretern und Privaten mit Fragen aus der Beschaffungspraxis; dasselbe gilt für Referate an Informationsveranstaltungen und die Arbeit im KöB-Ressort «Kontakte». Schliesslich hilft meine Tätigkeit in interkantonalen und eidgenössisch-kantonalen Gremien mit, das Beschaffungswesen nicht nur von der Zürcher Warte aus zu sehen.

KRITERIUM Welches sind aus Ihrer Sicht die drei bedeutendsten Änderungen der neuen Rechtsgrundlagen?

H.L. Wichtig erscheint mir zunächst, dass durch das Mittel des Konkordats (IVöB) in einem erheblichen Umfang eine einheitliche Regelung unter den Kan-

tonen erreicht werden konnte. Im Kanton Zürich kommt hinzu, dass seit dem 1. Januar 1999 sogar eine einheitliche Regelung für Kanton, Gemeinden und andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben gilt.

Sehr wesentlich sind sodann auch die neu eingeführten Grundsätze eines transparenten Verfahrens sowie der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung. Sie haben einen eigentlichen «Kulturwandel» im Verständnis des Beschaffungswesens eingeleitet.

Bedeutsam ist schliesslich auch die Einführung eines Rechtsschutzes. Erst durch die Möglichkeit, sich für seine Rechte vor einem Gericht zu wehren, wird den neuen Vergabebestimmungen auch der erforderliche Rückhalt verliehen.

KRITERIUM Welche Änderungen machen den Anbietenden, welche den ausschreibenden Behörden am meisten Mühe?

H.L. Sowohl für die Anbietenden als auch die ausschreibenden Behörden ist die neu hinzugekommene Offertstellung bzw. Submittierung von Dienstleistungen eine Herausforderung. Für die Anbietenden gilt es, ihre Fähigkeiten im Rahmen des Offertverfahrens optimal zur Geltung zu bringen, für die Vergabestellen ist es wichtig, die Ausschreibungsunterlagen so abzufassen, dass sich die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen für den Zuschlag zusammenfügen. Dabei geht es insbesondere um die Formulierung der Eignungs- und Zuschlagskriterien, die jeweils auf den konkreten Einzelfall zugeschnitten sein müssen. Nimmt man diese Zielsetzung ernst, sind diese Formulierung, aber auch die Auswertung der Angebote und der Zuschlagsentscheid wohl die aktuellen Problem-Brennpunkte in der täglichen Praxis.

Impressum

Redaktion:

Walter Bosshard, Gemeinde Horgen
Markus Burkhard, Stadt Bülach
Fred Hirschi, Staatskanzlei, Zürich
Herbert Lang, Baudirektion, Zürich
Daniela Lutz, Stadt Winterthur
René Manz, Stadt Zürich

Bezug:

Kantonale Drucksachen- und
Materialzentrale KDMZ
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich
Tel.: 01/468 68 68, Fax: 01/468 68 77
E-Mail: irene.schaerer@kdmz.zh.ch

In allgemeiner Hinsicht bereitet zweifellos auch das stärker formalisierte Verfahren des neuen Beschaffungsrechts etwelche Mühe: Es verlangt klarere Vorstellungen zum voraus; dies zählt sich jedoch in der Realisierungsphase, bei der Abwicklung des Vertrags, wieder aus.

KRITERIUM Welches könnten Massnahmen sein, um das Submissionsrecht für die Anwendenden verständlicher zu machen?

H.L. Nach den Rückmeldungen aus der Praxis scheinen einfache Anleitungen und Merkblätter zu bestimmten Themen sehr gefragt zu sein. Hier sei auf die Merkblätter der von der Baudirektion und den Städten und Gemeinden gebildeten Arbeitsgruppe Anwendung Submissionsrecht hingewiesen, die dem Handbuch für Vergabestellen beigelegt werden. Noch vor Jahresende sollen alle 18 Merkblätter erhältlich sein. Zum besseren Verständnis tragen zweifellos auch die zunehmende Literatur und (kommentierte) Gerichtsentscheide bei. Im weiteren sind auch Erfa-Tagungen und die Praxis-Stämme der Schweizerischen Vereinigung für das öffentliche Beschaffungswesen zu erwähnen. Solche Diskussionsmöglichkeiten entsprechen erfahrungsgemäss einem grossen Bedürfnis.

KRITERIUM Hin und wieder wird der Revisionsbedarf der Submissionsverordnung diskutiert. Welche Änderungen wären aus Sicht Ihrer persönlichen Praxis und Erfahrung angezeigt?

H.L. Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass wir uns bei diesem Thema in einer gewissen Abhängigkeit vom internationalen Recht befinden; d.h. das «Grundgerüst» des GATT/WTO-Übereinkommens und neu auch des bilateralen Vertrags mit der EU muss beachtet werden. Dasselbe gilt auf nationaler Ebene für das Binnenmarktgesetz und das Konkordat. Interessant sind in diesem Zusammenhang die Bestrebungen in der EU, das Beschaffungsrecht zu vereinheitlichen, zu vereinfachen und auch an die Bedürfnisse der Praxis anzugleichen. Im Zuge der aktuell laufenden Revision des Konkordats sind nicht nur Anpassungen an das bilaterale Abkommen mit der EU, sondern auch gewisse Harmonisierungsschritte (Schwellen-

Alles klar?

Liebe Leserinnen und Leser

Öffentliches Beschaffungswesen, Submissionspraxis ... – alles klar oder haben Sie in diesem Zusammenhang Fragen?

Das Informationsblatt «KRITERIUM» will bewusst praxisorientiert über das Submissionswesen im Kanton Zürich orientieren. Sie persönlich gestalten den künftigen Inhalt mit, Sie bestimmen die Themen, Sie sagen uns, was Sie interessiert.

Bitte teilen Sie uns Ihre diesbezüglichen Wünsche und Fragen mit. Wir sind gespannt.

Das Redaktionsteam

E-Mail: herbert.lang@bd.zh.ch

werte) vorgesehen. Damit verbunden ist eine Überarbeitung der Vergaberichtlinien, die ja seinerzeit die Grundlage für die Zürcher Submissionsverordnung gebildet hat. Diese Richtlinien sollten uns auch weiterhin als Richtschnur dienen. Der Trend sollte zweifellos dahin gehen, das Beschaffungswesen noch schlanker zu regeln und effizienter zu gestalten, wobei nicht zuletzt an das Thema «elektronische Beschaffung» zu denken ist. Die Regelung und Einführung einer elektronisch abgewickelten Beschaffung dürfte wohl eine der grösseren Herausforderungen der näheren Zukunft sein.

KRITERIUM Wagen wir eine Standortbestimmung nach ca. drei Jahren Erfahrung: Hat sich das neue Submissionsrecht bewährt?

H.L. Grundsätzlich ist die Antwort positiv: Die neuen Regeln wurden relativ schnell aufgenommen. Das Interesse war gross. Die Anbietenden haben heute eine stark harmonisierte Rechtslage vor sich und es konnte auch eine gewisse Marköffnung erzielt werden. Das heisst allerdings nicht, dass es angezeigt wäre, sich nun auf irgendwelchen Lorbeeren auszuruhen: Der Markt ist weiter zu öffnen und offen zu halten, damit sich auch in der Praxis zeigt, dass protektionistische Massnahmen kontraproduktiv sind. Die Komplexität von Regelungen und Verfahren ist nach Möglichkeit abzubauen und die Harmonisierung unter den Kantonen und mit dem Bund ist weiter voran zu treiben. ■

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 3/April 2001

Freihändiges Verfahren – das Wichtigste in Kürze



RA lic. iur. Daniela Lutz

1. Grundsätze

Beim freihändigen Verfahren kann ein Auftrag direkt und ohne vorherige Veröffentlichung vergeben werden. Verhandlungen mit den Anbietenden sind zulässig, Zuschlagskriterien müssen nicht festgelegt werden. Der Zuschlag wird nur dem berücksichtigten Anbieter und ohne Begründung mitgeteilt. Trotz dieses relativ formfreien Verfahrens können auch freihändige Vergaben mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden, insbesondere mit der Begründung, der Auftrag sei zu Unrecht nicht im Einladungs- oder offenen Verfahren ausgeschrieben worden, weil der Schwellenwert überschritten oder eine Ausnahmebestimmung ohne stichhaltige Gründe angewendet worden sei. Die Beschwerdefrist beträgt auch hier 10 Tage, beginnt aber erst mit (zumutbarer) Kenntnisnahme durch den Konkurrenten zu laufen (vgl. auch zitiertes Urteil in der Rubrik «Gerichtspraxis»).

2. Zulässigkeit

Das freihändige Verfahren ist grundsätzlich zulässig

- bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis Fr. 50'000;
- bei Bauaufträgen bis Fr. 100'000 (sofern diese nicht zu einem Bauwerk gehören, das gesamthaft über Fr. 9'575'000 kostet);
- in Ausnahmefällen auch bei höheren Auftragswerten.

Die **Ausnahmen** bei höheren Auftragswerten sind im Gesetz abschliessend geregelt. Die Gerichte setzen für die Zulässigkeit dieser Ausnahmen enge Grenzen (vgl. dazu auch die Urteilsbesprechung in der Rubrik «Gerichtspraxis»), sie sprechen sich insbesondere gegen reine Zweckmässigkeitsüberlegungen aus. Folgende Sachverhalte rechtfertigen Ausnahmen (vgl. zum genauen Wortlaut auch § 11 der Submissionsverordnung):

- im offenen oder selektiven Verfahren gehen keine oder nur ungeeignete Angebote ein
- es gehen nur abgesprochene Angebote ein
- wegen künstlerischer oder technischer Besonderheiten oder aus urheberrechtlichen Gründen kommt nur ein einziger Anbieter in Frage, ohne dass es eine angemessene Alternative gäbe
- Dringlichkeit aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse (Verzögerungen infolge knapper Planung sind nicht «unvorhersehbar»!)

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Aller guten Dinge sind drei! Mit dieser Ausgabe ist bereits das dritte KRITERIUM im Rahmen einer hoffentlich noch langen Reihe weiterer solcher Informationen zur Submissionspraxis erschienen. Es soll dem berechtigten Bedürfnis nach Bezug zur Praxis noch mehr gerecht werden.

Die neue Submissionsordnung mit verbindlicher Gültigkeit für kantonale und kommunale Ebene bietet für alle, für öffentliche Auftraggeber und Auftragnehmer, eine einmalige Chance: Rechtssicherheit. Die Submissionsordnung wird täglich angewendet, eine Praxis entwickelt sich, Entscheide werden gefällt. In dieser dynamischen Anwendungsphase kommt der Information eine entscheidende Rolle zu. Hier will das KRITERIUM für Sie einen Beitrag leisten, auf dessen künftigen Inhalt Sie Einfluss nehmen können. Teilen Sie uns Ihre diesbezüglichen Wünsche und Fragen mit.

Unter dem Motto «Aus der Praxis für die Praxis» werden wir auch die künftigen Ausgaben gestalten.

Für das Redaktionsteam
Walter Bosshard, Horgen

Aus dem Inhalt

Freihändiges Verfahren – das Wichtigste in Kürze	1
Vergabe-Tipps	2
Gerichtspraxis	2
Wer ist die KöB?	3

- notwendige zusätzliche Bauleistungen nach einem Wettbewerb (höchstens bis zur Hälfte des Hauptauftrages), wenn die Vergabe an einen Dritten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre
- Ersetzungs-, Ergänzungs- oder Erweiterungsleistungen, wenn nur der ursprüngliche Anbieter die Austauschbarkeit mit Material oder Dienstleistungen gewährleisten kann
- Prototypen, Forschungsprojekte, Neuentwicklungen
- Bauauftrag, der sich auf einen im offenen oder selektiven Verfahren vergebenen Grundauftrag bezieht, sofern in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde
- Käufe an Warenbörsen

- ausserordentliche Gelegenheitskäufe wie Liquidationen (nicht aber normale «Aktionen»)
- Vergabe an den Gewinner eines (submissionsrechtlich korrekt durchgeführten) Wettbewerbs.

In der Praxis geben vor allem die Gründe der Dringlichkeit, der künstlerischen oder technischen Besonderheiten sowie der Ergänzungslieferungen Anlass zu Fragen.

3. Besonderheiten im GATT/WTO-Bereich

Spezielle Vorschriften gelten für freihändige Vergaben, die im Rahmen von Projekten oder für Lieferungen erfolgen, deren Auftragswert über den besonderen

Schwellenwerten des GATT/WTO Übereinkommens (Bauarbeiten: Fr. 9'575'000; Lieferungen und Dienstleistungen: Fr. 383'000 bzw. Fr. 766'000 bei Auftragsgebenden aus den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und Telekommunikation) liegt. Hinzu kommt, dass in diesen Fällen für kantonale und kommunale Behörden z.T. verschiedene v.a. formelle Erfordernisse gelten. Tipp: Sich lieber einmal zu viel erkundigen ...

Weitere Hinweise zum freihändigen Verfahren gibt auch ein Merkblatt der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen im blauen Handbuch für Vergabestellen.

Vergabe-Tipps

- Den Inhaberinnen und Inhabern des «Handbuches für Vergabestellen» wurde anfangs Jahr eine weitere Serie «Merkblätter zu Praxisfragen» zugestellt. Behandelt werden folgende Themen:
 - Ungewöhnlich niedrige Angebote
 - Unternehmervarianten
 - Zuschlag und Vertrag
 - Rechtsschutz
 - Akten: Auskünfte, Einsichtsrecht und Herausgabe
 - Widerruf eines Zuschlags; Abbruch und Neuauflage eines Verfahrens
 - Ausschreibung von EDV-Leistungen
 - Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen
 - Literatur und Materialien

Ein Merkblatt A3 enthält sodann eine Übersichtstabelle über die wichtigsten Vorschriften aller vier Vergabeverfahren. Die Merkblätter können bestellt werden bei:

Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ, Räfelfstrasse 32, 8090 Zürich, Tel. 01/468 68 68, Fax 01/468 68 77.

- Ebenfalls bei der KDMZ kann zum Preis von Fr. 13.– die Publikation «Das Submissionsrecht als Herausforderung für die Gemeinden: Acht ausgewählte Problembereiche» von Dr. Heinz Klarer und lic. iur. Thomas Wipf bezogen werden. Die Broschüre behandelt Einzelfragen des Submissionsrechtes.
- Die Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung (IGÖB), Schweiz, hat einen Leitfaden zur nachhaltigen Beschaffung herausgegeben. Ziel der Broschüre (Preis Fr. 39.–) ist es, Beschaffungsstellen Grundlagen dafür zu liefern, wie die Anliegen einer nachhaltigen Beschaffung und damit neben ökonomischen auch ökologische und soziale Anliegen bei den heute geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen umgesetzt werden können. Die IGÖB hat auch Merkblätter zu einzelnen Beschaffungsbereichen herausgegeben. Kontaktadresse: www.igoeb.ch oder IGÖB, Tel. 01/910 51 85.
- Weitere Internetadressen für Interessierte:
Urteile der eidgenössischen Rekurskommission für das Beschaffungswesen: www.vpb.admin.ch
Homepage des Kantons Waadt: www.marches-publics.vd.ch, auch mit Urteilen der Kantone Freiburg, Genf, Wallis und Jura

Gerichtspraxis

1. Freihändiges Verfahren

Wird ein Bauauftrag, der über dem Schwellenwerte von Fr. 100 000 liegt, gestützt auf eine Ausnahmebestimmung freihändig vergeben, kann ein Konkurrent, selbst wenn er davon zuerst keine Kenntnis erhält, die Zuschlagserteilung später noch anfechten. Die 10tägige Beschwerdefrist beginnt ab jenem Zeitpunkt zu laufen, in dem er von der Vergabe Kenntnis erhält. Das Zürcher Verwaltungsgericht trat auf eine Beschwerde gegen eine freihändige Vergabe ein, die zwar bereits am 16. Dezember 1998 erfolgte, der Beschwerdeführerin aber erst am 23. März 1999 – im Rahmen der Akteneinsicht in einem anderen Beschwerdeverfahren – bekannt wurde.

Im gleichen Urteil betont das Gericht die strengen Anforderungen an die Zulässigkeit von freihändigen Vergaben für Aufträge, die über den massgeblichen Schwellenwerten liegen. Eine Abstützung auf § 11 Abs. 1 lit. c SVO («technische oder künstlerische Besonderheiten») komme nur in Frage, wenn lediglich ein einziger Anbieter in der Lage sei, die geforderte Bauarbeit, Lieferung oder Dienstleistung zu erbringen. Kein Gehör fand beim Verwaltungsgericht auch die Argumentation, es erleichtere die Koordination, wenn

zusätzliche Teilaufträge, die sich im Laufe eines Projektes ergeben, freihändig an jene Firma vergeben werden, die schon die Hauptarbeit gemacht habe. Vergabebehorörden hätten Zusatzaufträge, die sich erst im Verlauf einer längeren Planung ergäben, grundsätzlich selbst zu verantworten, weshalb eine Ausschreibung nicht umgangen werden könne. Nur wenn solche Zusatzleistungen objektiv unvorhersehbar seien, könne man sich auf § 11 Abs. 1 lit. e SVO («zusätzliche Leistungen aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse») berufen. (Urteil des Verwaltungsgerichtes ZH vom 17. Februar 2000, VB. 1999.00106 in BEZ 2000 Nr. 26 oder auf www.vgrzh.ch).

2. Vergabe von Dauerleistungen

Bei Vergaben von Dauerleistungen stellt sich die Frage, für wie lange Zeit ein solcher Leistungsvertrag abgeschlossen oder eventuell verlängert werden kann, oder mit anderen Worten, nach welcher Zeit erneut eine Ausschreibung erfolgen muss. Das Zürcher Verwaltungsgericht hat in einem Urteil vom 2. November 2000 festgehalten, dass laufende oder neue Vertragsverhältnisse nicht einfach auf unbestimmte Zeit weitergeführt werden könnten. Es hat in der Folge eine Vertragsdauer mit einem Stadtingenieur von 7 Jahren gerade noch als zulässig erachtet. Nach Ablauf dieser Dauer müsse aber erneut ein Vergabeverfahren durchgeführt werden.

Das Verwaltungsgericht entschied sodann im gleichen Urteil, dass es zur Erfüllung des Eignungskriteriums «angemessene (personelle) Kapazitäten» ausreiche, wenn ein Anbieter begründet belegen könne, dass er die geforderten Schlüsselpositionen be-

setzt habe und weitere notwendige Kapazitäten für die Auftragsbefriedigung bis zur Auftragsbearbeitung beschaffen könne. Es sei aber nicht erforderlich, dass er bereits im Zeitpunkt der Angebotsangabe über sämtliche geforderten Kapazitäten verfüge (Urteil VB.2000.00136 auf www.vgrzh.ch).

3. Vergabekompetenzen in einem Zweckverband

In einem Urteil vom 7. Dezember 2000 sind die submissionsrechtlichen Kompetenzen zwischen der Betriebskommission und der

Delegiertenversammlung eines Zweckverbandes klargestellt worden. Der Zuschlag falle in die Kompetenz der Betriebskommission (der Exekutive), die Genehmigung des nachfolgenden Vertragsabschlusses in jene der Delegiertenversammlung (Legislative). Konkret bedeutet dies, dass die Betriebskommission die Zuschlagsverfügung erlässt, dass damit die Rechtsmittelfrist für die Mitkonkurrenten zu laufen beginnt und dass der Zuschlag unter dem Vorbehalt der Vertragsgenehmigung durch die Delegiertenversammlung ergeht (Urteil VB.2000.00183 auf www.vgrzh.ch).

Wer ist die KÖB?

(Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen)

Die Organisation des Beschaffungswesens im Kanton Zürich

• Rechtslage

Im Kanton Zürich wurde die frühere Submissionsverordnung vom 19. Dezember 1968 am 1. November 1997 durch das neue Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (Beitrittsgesetz/BeiG) vom 22. September 1996 und die zugehörige Submissionsverordnung (SVO) vom 18. Juni 1997 abgelöst. Sodann wurden mit Beschluss des Regierungsrates vom 1. Juli 1998 die Gemeinden und andere Träger kommunaler Aufgaben ab 1. Januar 1999 in die kantonale Regelung des Beschaffungswesens gemäss BeiG und SVO einbezogen. Es besteht somit seit 1999 eine umfassende und einheitliche Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens im Kanton.

• Organisation

Da durch das totalrevidierte Beschaffungsrecht erhebliche neue Anforderungen hinsichtlich Koordination und Information zu erwarten waren, wurde bereits mit der SVO eine besondere kantonale «Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB)» geschaffen. Die KöB war schon ab 1996 vorbereitend tätig. Sie wurde

aus Vertreterinnen und Vertretern aller Direktionen und der Staatskanzlei zusammengesetzt und durch den Regierungsrat gewählt.

Der Regierungsrat hat die Aufgaben der KöB wie folgt festgelegt:

Sie soll ...

- rechtzeitig über neue Bestimmungen informieren,
- die erforderlichen Unterlagen für die Praxis bereitstellen,
- die Einführung koordinierend begleiten und schulen, sowie
- dafür sorgen, dass die Handhabung des Submissionsrechts abgestimmt und unter koordinierter Behandlung von Problemen vorgenommen wird.

Die KöB soll auch Untergruppen oder besondere Arbeitsgruppen unter Beizug Dritter (namentlich etwa für die betroffenen kommunalen Bereiche) bilden können. Dieser Gedanke wurde 1999 durch die Bildung von vier Ressorts (vgl. Seite 4) in die Realität umgesetzt.

Insgesamt waren die Erfahrungen mit der neuen Kommission sehr positiv, obwohl es auch in diesem Rahmen immer wieder besonderer Anstrengungen bedarf, um die erforderlichen Ressourcen freizubekommen. Die KöB geht im übrigen als «Dachverband» davon aus, dass in den einzelnen Direktionen besondere Organisationen und spezifisches Know-how aufgebaut werden. So

Impressum

Redaktion:

Walter Bosshard, Gemeinde Horgen
Markus Burkhard, Stadt Bülach
Fred Hirschi, Staatskanzlei, Zürich
Herbert Lang, Baudirektion, Zürich
Daniela Lutz, Stadt Winterthur
René Manz, Stadt Zürich

Bezug:

Kantonale Drucksachen- und
Materialzentrale KDMZ
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich
Tel.: 01/468 68 68, Fax: 01/468 68 77
E-Mail: irene.schaerer@kdmz.zh.ch



Die K B von links nach rechts: Peter Schnider, DS; Stephan Neukomm, JI; Margrit Bertschinger, GS/BD; Claudia Schneider, HBA/BD; Herbert Lang, GS/BD; Markus Bosshard, VD; Werner Stauffacher, BI; Walter Dietrich, GD; Beat Lanter, FD; Fred Hirschi, SK; Markus Kuonen, TBA/BD.
Foto: A. Walker

gibt es z.B. in der Baudirektion eine eigene Arbeitsgruppe Submissionswesen (AGS) und zum Teil besondere Gruppen in den Ämtern.

• Instrumente

– Handbuch für Vergabestellen

Erstes Ziel bei der Einführung des neuen Rechts im Kanton Zürich war es, die Vergabestellen der kantonalen Verwaltung, insbesondere die Projektleiterinnen und Projektleiter, zu befähigen, sich mit den neuen Regeln und Abläufen zurechtzufinden.

Darum wurde 1996 als Erstes durch AGS und K B der Ordner «Handbuch für Vergabestellen» erarbeitet, der bereits zwei Neuauflagen erlebt hat. Sein Inhalt vermittelt die wesentlichen Grundlagen bezüglich Inhalt und Verfahren des neuen Rechts. Durch die Nachlieferungen im Jahr 2000, wurde das Handbuch mit zusätzlichen Mustern, v.a. für den Dienstleistungsbereich, ergänzt und mit einer Serie von Merkblättern zu konkreten Themen für die Praxis angereichert. Die Merkblätter wurden von der K B in einem Projekt mit dem Gemeindepräsidentenverband erarbeitet. Sie enthalten wichtige Hinweise zu einzelnen Problem-bereichen, Checklisten, grundlegende Literaturfundstellen usw. Im Zuge der Anpassung des Konkordats (IVÖB) an das bilaterale Abkommen mit der EU soll das Handbuch 2001/2002 neu herausgegeben werden.

– Informationsbroschüre

Um auch weiteren interessierten Kreisen das neue Recht näherzubringen wurde als Nächstes eine «Information für Anbietende, Verbände und Behörden» genannte Broschüre erarbeitet. Mit deren dritter Auflage (2001) sind nun

schon einige Tausend Exemplare auf dem Weg, die Zusammenhänge des neuen Rechts auf einfache Weise zu erklären und Kontakte zu den Vergabestellen zu vermitteln.

– «Kriterium» (Informationen zur Submissionspraxis)

Im Juli 2000 ist die erste Nummer des neuen Informationsblattes «Kriterium» erschienen, das vom Ressort Kontakte des K B herausgegeben wird und dessen dritte Ausgabe Sie nun in Händen halten. «Kriterium» will Interessierte aus allen Bereichen über die Praxis, neuste Entwicklungen und noch vieles mehr im Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens informieren. Es will dazu beitragen, das Beschaffungswesen zu erklären, weiterzuentwickeln und auch Skepsis davor abzubauen. Dabei soll auch der Kontakt zwischen den Auftraggebenden und den Anbietenden gefördert werden.

– Schulungsveranstaltungen

Sowohl zur Einführung bei der kantonalen Verwaltung als auch später in den Gemeinden hat die K B zahlreiche Schulungsveranstaltungen für die Anwenderinnen und Anwender des neuen Rechts organisiert und durchgeführt, wobei rund 2000 Teilnehmende instruiert wurden. Dabei erwies sich u.a. die enge Zusammenarbeit mit dem Verein Z rcherischer Gemeindeschreiber und Verwaltungsfachleute als sehr fruchtbar. Weitere Schulungsveranstaltungen sind übrigens im Rahmen der Aus- und Weiterbildung im Gang. Für später ist auch die Durchführung von Erfa-Tagungen und die Verwendung des Internets vorgesehen.

• Wer also ist die K B?

Sie ist eine an die Bedürfnisse der Praxis und die verfügbaren Ressourcen angepasste Gruppierung, die mit ihren Ressorts so flexibel angelegt ist, dass sie auf vielfältige und wechselnde Ansprüche reagieren kann. Durch den Einbezug von Mitgliedern aus Städten und Gemeinden können die Ressorts zudem die innerkantonale Zusammenarbeit festigen und ihre Basis vergrössern. Insgesamt trägt die K B aber auch den Charakter einer «Milizorganisation»: Jedes Mitglied hat andere Hauptaufgaben, und es braucht eine gehörige Portion Idealismus, sich daneben wirksam für die Anliegen des öffentlichen Beschaffungswesens einzusetzen. Dr. Herbert Lang, Stv. Generalsekretär, Baudirektion

Die Aufgaben der vier Ressorts der K B

Ressort 1: Kontakte

- Aufbau und Pflege von Kontakten mit
 - Gemeinden
 - Verbänden
 - Auftragnehmenden
 - Rechtsanwälten
 - Verwaltungsgericht
 - Lehre
- Pflege der Infobroschüre

Ressort 2: Praxis

- Sammlung und Austausch von Erfahrungen
- Aufbau und Weiterentwicklung von Praxishilfen
- Mitwirkung in Erfa-Tagungen
- Ansprechpartner für den Praxisbereich

Ressort 3: Handbuch

- Pflege und Ergänzung des Handbuches für Vergabestellen
- Vertrieb des Handbuches unter Beizug der KDMZ

Ressort 4: Schulung

- Organisation von Schulungen für Vergabestellen
- Bildung eines Pools von Referentinnen und Referenten
- Laufende Beurteilung der Schulungsunterlagen

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 4/August 2001

Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien bei Submissionen



Dipl. Natw. ETH
Mirjam Schlup Villaverde



RA lic. iur.
Michael Allgäuer

Einführung

Seit dem 1. Januar 1999 gelten das Beitrittsgesetz und die Submissionsverordnung des Kantons Zürich auch für die Städte und Gemeinden. Im Rahmen des Sparpaktes VIII hat der Stadtrat von Zürich beschlossen, den Lebensmitteleinkauf der städtischen Alters- und Gesundheitseinrichtungen teilweise zu koordinieren. In der Folge wurde im Sommer 1999 erstmals ein Teil der Lebensmittelbeschaffung für die beiden Stadtspitäler, die städtischen Altersheime und Krankenhäuser sowie für die Stadtküche öffentlich ausgeschrieben. Als Zuschlagskriterium war einzig der Preis ausschlaggebend. Das angestrebte Sparziel konnte mit der Ausschreibung erreicht werden. Während im Jahre 1997 noch 21.8 Mio. Franken für Lebensmittel aufgewendet wurden, reduzierte sich dieser Aufwand auf 17.9 Mio. Franken im Jahr 2000.

Im März 2001 führte das Gesundheits- und Umweltdepartement (GUD) der Stadt Zürich zum zweiten Mal eine Lebens-

mittelausschreibung im offenen Verfahren durch, formulierte jedoch die Anforderungen an die Anbietenden bzw. an die Produkte differenzierter. Während die erste Ausschreibung im Wesentlichen am Grundziel des öffentlichen Beschaffungsrechts, nämlich der wirtschaftlichen Mittelbeschaffung, ausgerichtet war, sollte die zweite Ausschreibung möglichst weitgehend auch die Anforderungen an eine nachhaltige Entwicklung erfüllen.

Nachhaltige Entwicklung

Das Gesundheits- und Umweltdepartement und die Fachstelle für Stadtentwicklung lancierten 1998 gemeinsam unter dem Namen «Zukunftsfähiges Zürich» mehrere Projekte zur nachhaltigen Entwicklung der Stadt Zürich. Ein grosses Potenzial wurde im Submissionswesen geortet, nicht zuletzt deshalb, weil die Stadt im Grossraum Zürich als eine der wichtigsten Auftraggeberinnen in Erscheinung tritt. Anhand der Ausschreibung des Lebensmitteleinkaufs der GUD-Institutionen sollte pilothaft versucht werden, Kriterien der nachhaltigen Entwicklung in ein Submissionsverfahren zu integrieren.

Welche Einflussmöglichkeiten bietet das Submissionsrecht?

Den Auftraggebenden stehen zur Gestaltung einer Submission verschiedene Möglichkeiten zur Ver-

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

KRITERIUM versteht sich als Praxishilfe für alle Akteure, die sich im Alltag mit dem komplexen Thema des öffentlichen Beschaffungswesens befassen. Die Ermittlung des jeweils «wirtschaftlich günstigsten Angebots», also von der bedarfsgerechten Devisierung der zu erbringenden Leistungen über die Wahl der korrekten Submissionsart bis zum Entscheid über den Zuschlag an den «besten Offerenten», wirft im konkreten Einzelfall häufig Fragen auf, deren schlüssige Beantwortung schwierig und mitunter zeitraubend ist. Im Dickicht abstrakter Rechtsnormen und Vergabekriterien, weitläufiger juristischer Abhandlungen zu Einzelfragen des Submissionswesens und bereits einer Vielzahl von Verwaltungsgeschichten bereitete es dem Praktiker zusehens Mühe, einigermaßen mitzuhalten und den Überblick nicht zu verlieren. Begreiflich, wenn dies beim Anwender Unsicherheit hervorruft.

Die Informationsreihe KRITERIUM will Ihnen eine nützliche Hilfestellung bei der Suche nach

Weiter auf Seite 2



Aus dem Inhalt

Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien bei Submissionen	1
Gerichtspraxis	3
Vergabetipps	4

Fortsetzung Vorwort

einer sach- und normgerechten Methodik im öffentlichen Beschaffungswesen bieten und so auch zur sicheren und praxisorientierten Handhabung dieser schwierigen Materie beitragen. KRITERIUM Nr. 4 beschäftigt sich schwerpunktmässig mit dem Thema «Nachhaltigkeit bei Submissionen». Dieses Stichwort ist heute, vor allem in ökologischen Belangen, ein viel zitierter Begriff. Aber Hand aufs Herz: Wären Sie, liebe Leserin, lieber Leser, aus dem Stand in der Lage, «Nachhaltigkeit» zu definieren? Was wir darunter im Zusammenhang mit dem Submissionswesen verstehen, erfahren Sie in der vorliegenden Ausgabe. Wir wünschen Ihnen eine informative Lektüre.

Für das Redaktionsteam
Markus Burkhard, Bülach

fügung. Im Wesentlichen betrifft dies drei Bereiche, nämlich die Umschreibung von Gegenstand und Umfang des Auftrags (Pflichtenheft, Leistungsverzeichnis), die Eignungskriterien sowie die Zuschlagskriterien.

Nachhaltigkeit bei der Umschreibung des Auftrags

Ein zentrales Element jeder Ausschreibung ist die Umschreibung der zu erbringenden Leistung. Bei einem Lieferauftrag werden im Pflichtenheft bzw. im Leistungsverzeichnis die konkreten Anforderungen an das zu liefernde Produkt möglichst klar und detailliert umschrieben. Hier können – in einem weiten Gestaltungsspielraum – auch weitere zu erfüllende Vertragsbedingungen, wie Lieferrhythmus, Serviceleistungen etc. festgesetzt werden.

In der Lebensmittelsubmission wurde der Lieferauftrag gegliedert in eine Produktliste und in ein Leistungsverzeichnis. In der Produktliste sind die sogenannten Vertragsartikel enthalten. Neben Angaben über die jährlich zu liefernden Mengen enthält die Vertragsartikelliste auch Angaben über die Beschaffenheit der zu liefernden Produkte, Attribute wie beispielsweise «geschnitten», «geschält», «pasteurisiert», «bio»,

u.s.w. So wird nun für alle Rindfleisch-Artikel ein BSE-Testnachweis gefordert, ein Teil des Fleischangebotes muss aus biologischer Produktion stammen, das Eierangebot muss Freiland Eier beinhalten. Weiter wurde neu eine Reihe von Vollkornprodukten in die Liste der Vertragsartikel aufgenommen. Einzelne Artikel, insbesondere in der Warengruppe Kolonialwaren, wurden im Beutel statt in der Dose ausgeschrieben, um den Verbrauch von Weissblechdosen zu verringern.

Über das Leistungsverzeichnis werden für die Anbietenden verpflichtend die administrativen, liefer- und servicetechnischen Anforderungen definiert. Um die betrieblichen Abläufe noch effizienter zu gestalten, müssen die Lieferfirmen in der Lage sein, Bestellungen telefonisch, per Fax oder per e-mail entgegen zu nehmen. Sie haben standardisierte Bestellformulare und ein monatliches Reporting zur Verfügung zu stellen, die Fakturierung hat einheitlich und monatlich zu erfolgen. Die Lieferfirmen müssen über sämtliche Vertragsprodukte schriftliche Spezifikationen (Qualität, Klasse, Schnittart, u.a.) und Deklarationen (Herkunft, Inhaltsstoffe, Haltbarkeit, Gewicht, usw.) abgeben. Ausserdem werden die Anbietenden über das Leistungsverzeichnis verpflichtet, wenn immer möglich Mehrweggebinde zu verwenden sowie Verpackungsmaterialien zurück zu nehmen und fachgerecht zu entsorgen. Nicht berücksichtigt wurde das Kriterium «Anlieferung in umweltverträglichen Fahrzeugen», da den Lieferfirmen nicht zugemutet werden soll, strengere Normen als die gesetzlich festgelegten Abgasgrenzwerte zu erfüllen.

Nachhaltigkeit

«Nachhaltig» ist eine Entwicklung, wenn sie gewährleistet, dass die Bedürfnisse der heutigen Generation befriedigt werden, ohne dass die Möglichkeiten künftiger Generationen zur Befriedigung ihrer eigenen Bedürfnisse beeinträchtigt werden» (Brundtland-Kommission, Our Common Future, WCED, 1987).

Ebenfalls nicht in die Submission integriert wurde der Anspruch, nur noch Obst und Gemüse aus Produktionsformen mit reduziertem Einsatz von Düngern und Pestiziden zu beziehen. Ein Grund dafür sind die höheren Preise. Stärker ins Gewicht fällt aber, dass über weite Strecken des Jahres Obst und Gemüse aus dem Ausland geliefert wird, wo nicht nach denselben ökologischen Anforderungen wie in der Schweiz produziert wird und somit eine objektive Vergleichbarkeit sehr schwierig zu bewerkstelligen wäre.

Nachhaltige Eignungskriterien

Die Eignungskriterien geben darüber Aufschluss, welche Eigenschaften Anbietende aufweisen müssen, um für die Erfüllung des Auftrags geeignet zu sein.

Art. 73 BV

Nachhaltigkeit.

Bund und Kantone streben ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits an.

Hier geben die gesetzlichen Bestimmungen (Gleichstellung von Frau und Mann, Einhalten von GAV bzw. ortsüblicher Löhne etc.) der Submissionsverordnung den Anbietenden einen zwingenden Standard vor. Die Einführung weiterer sozialpolitischer Anforderungen (z.B. Mindestlohn) ist problematisch.

Nachhaltige Zuschlagskriterien

Die Zuschlagskriterien halten fest, nach welchen Kriterien der Zuschlag erfolgen muss. § 31 Abs. 1 der kantonalen Submissionsverordnung (SVO) enthält eine nicht abschliessende Aufzählung möglicher Zuschlagskriterien. Für jedes Vergabeverfahren muss individuell festgelegt werden, welche Kriterien berücksichtigt werden sollen und wie die Ziele der Auftraggebenden am besten erreicht werden. Die Vergabestelle verfügt über einen erheb-

lichen Beurteilungsspielraum, Zuschlagskriterien müssen aber nicht diskriminierend und einer objektiven Beurteilung zugänglich sein.

Bei der Lebensmittelsubmission des GUD kommt ausser bei einer Warengruppe nur der Preis als Zuschlagskriterium zur Anwendung. Im Sinne einer den Anforderungen der nachhaltigen Entwicklung entsprechenden Submission muss auch die Qualität berücksichtigt werden. Weitgehend wurde dieser Anspruch jedoch über eine genaue Umschreibung der Waren in der Produktliste sicher gestellt. Einzig bei der Warengruppe «Saucen» stellt das Ergebnis einer Produktdegustation neben dem Preis ein zweites Zuschlagskriterium dar.

Als Zuschlagskriterium verworfen wurde die Länge der Transportwege, da die juristische Literatur und die Rechtsprechung zu diesem Thema kontrovers sind. So erachtet das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ein Abstellen auf die Transportwege unter dem Aspekt der Gleichbehandlung der auswärtigen Anbieterinnen und Anbieter als höchst problematisch sofern sich nicht erhebliche Auswirkungen auf die Umweltbelastung heranziehen lassen, während das Bundesgericht eine Berücksichtigung dieses Kriteriums als zulässig ansieht, wenn

sich unterschiedlich lange Anfahrtswege über eine längere Zeitspanne bei einer Vielzahl von Fahrten auswirken. Ausserdem stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob das einseitige Abstellen auf die Länge der Anfahrtswege unter Vernachlässigung weiterer umweltrelevanter Aspekte – z.B. bei der Produktion – nicht eine willkürliche und rechtswidrige Benachteiligung auswärtiger Anbietenden zur Folge hat.

Fazit

Die Vorbereitungsarbeiten zur zweiten Lebensmittelbeschaffung im offenen Verfahren haben gezeigt, dass verschiedene Anliegen einer nachhaltigen Entwicklung im Rahmen einer Submission nicht berücksichtigt werden können, da sie sich nicht mit den Grundsätzen des GATT/WTO-Abkommens, insbesondere mit dem Diskriminierungsverbot, vereinbaren lassen. Trotz der Grenzen, die das Submissionsrecht der Integration von Nachhaltigkeits-Kriterien in die Ausschreibung setzt, verbleibt ein Spielraum, um den Anliegen der nachhaltigen Entwicklung Rechnung zu tragen: Am effektivsten sind sorgfältige Produkteumschreibungen, während bei der Gestaltung von Eignungs- und Zuschlagskriterien das Nichtdiskriminierungsgebot Beachtung verlangt. In der Umschreibung

des Auftrags besteht bei jeder Submission die Möglichkeit, ökologische Anforderungen («aus recyclebarem Material», «aus biologisch abbaubaren Stoffen», «ohne Verwendung von Tropenhölzern», genaue Vorgabe von chemischen Zusammensetzungen von Farben, Reinigungsmitteln, o.ä.) oder Dienstleistungen (Rücknahme- und Entsorgungspflicht von Verpackungsmaterial oder anderen Abfällen) zu formulieren. Ebenfalls können hier Kriterien einfließen, die einem effizienteren und somit wirtschaftlicheren Betriebsablauf dienen (Liefer- oder Ausführungszeitpunkte, Standardisierungspflicht bei wiederkehrenden Aufträgen, Serviceleistungen, Produkteberatung, usw.).

Der dabei entstehende Zusatzaufwand nimmt sich neben den üblichen Submissionsvorbereitungen bescheiden aus. Die Auseinandersetzung mit dem Themenkreis Nachhaltigkeit ist meistens verbunden mit einer Analyse der eigenen Submissionspraxis. Dies kann auch Potenzial für eine effizientere Gestaltung der eigenen Betriebsabläufe aufzeigen.

Dipl. Natw. ETH
Mirjam Schlup Villaverde und
RA lic. iur. Michael Allgäuer,
Gesundheits- und Umwelt-
departement, Stadt Zürich

Gerichtspraxis

1. Ausstandspflicht und Vorbefassung

Sachverhalt

Die Stadt X führte ein selektives Verfahren für einen Architektur-

auftrag (Sanierung eines Alterswohnheimes) durch. Den Zuschlag erhielt Architekt F. mit seinem Planungsteam. F ist Stadtrat in X und Hochbauvorstand. Er hatte in einer früheren Planungsphase eine erste Grobkostenschätzung für ein Honorar von Fr. 6'000.– erstellt. Seine Unterlagen wurden in der nachfolgenden Submission den Mitbewerbern nicht zur Verfügung gestellt. An der weiteren Erarbeitung der Submissionsunterlagen war F nicht mehr beteiligt.

Rechtliche Beurteilung

Das Verwaltungsgericht präziserte mit diesem Entscheid seine strenge Praxis zur Frage der Vorbefassung. Wer bei der Projektverfassung oder der Erarbeitung von Ausschreibungs-

unterlagen mitgewirkt habe, gelte grundsätzlich als vorbefasst und sei von der weiteren Teilnahme am Verfahren auszuschliessen. Dabei komme es nicht darauf an, ob sich der vorbefasste Anbieter konkret einen Vorteil schaffe, es genüge bereits der objektiv begründete Anschein eines möglichen Vorteils. Werde zur Vorbereitung der Submission ein Ingenieur oder Architekt hinzugezogen, müsse dieser absolut unabhängig sein und dürfe insbesondere nicht mit irgendeinem der potentiellen Anbieter rechtliche, tatsächliche oder persönliche Verbindungen haben. Folglich müssten Fachleute und Unternehmen, die bei einer Submission teilnehmen wollen, bei der Vorbereitung einer Submission in den Ausstand treten.

Impressum

Redaktion:

Walter Bosshard, Gemeinde Horgen
Markus Burkhard, Stadt Bülach
Fred Hirschi, Staatskanzlei, Zürich
Herbert Lang, Baudirektion, Zürich
Daniela Lutz, Stadt Winterthur
René Manz, Stadt Zürich

Bezug:

Kantonale Drucksachen- und
Materialzentrale KDMZ
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich
Tel.: 01/468 68 68, Fax: 01/468 68 77
E-Mail: irene.schaerer@kdmz.zh.ch

Generell hielt das Verwaltungsgericht fest, nebenamtliche Exekutivmitglieder seien von Vergabeverfahren ihrer Wohngemeinde zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, aber immer dann nicht teilnahmeberechtigt, wenn sie bei der Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens mitgewirkt hätten.

In der Folge hiess das Gericht die Beschwerde gut und erteilte der Vergabebehörde die Weisung, den Zuschlag dem zweitplatzierten Planungsteam zu erteilen.

Fazit für die Praxis:

Der Entscheid ermahnt, bereits in der allerersten Phase eines Projektes für Fragen der Vorbereitung sensibel zu sein und Planer konsequent darauf hinzuweisen, dass Vorarbeiten zu einem Projekt in der Regel die Teilnahme an der späteren Submission verunmöglichen.

(Urteil des Verwaltungsgerichtes ZH vom 6. April 2001, VB. 2000.00068, vgl. BEZ Heft 2/2001, Nr. 24 oder auf www.vgrzh.ch).

2. Wechsel vom freihändigen zum Einladungsverfahren

In einem weiteren Urteil hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich eine Frage entschieden, die sich in der Praxis immer wieder stellt. Darf man – im Rahmen der massgeblichen Schwellenwerte – nachträglich noch ein Einladungsverfahren durchführen, wenn das bereits durchgeführte freihändige Verfahren zu einem unbefriedigenden Ergebnis zu führen scheint? Das Verwaltungsgericht hat entschieden, es stehe einem Auftragnehmer frei, mit einem Anbieter im freihändigen Verfahren den Vertrag nicht abzuschliessen, wenn die begründete Ansicht bestehe, der Anbieter habe die Tatsache, dass er alleine und damit ohne Konkurrenz habe anbieten können, zu seinen Gunsten ausgenutzt. Ein nachträgliches Einladungsverfahren sei mithin zulässig, wenn man berechtigten Grund zur Annahme habe, das im freihändigen Verfahren abgegebene Angebot entspreche nicht den

Vergabe-Tipps

- Die *Schweizerische Vereinigung für öffentliches Beschaffungswesen (SVÖB)*, der heute ca. 80 Einzel- und 23 juristische Personen angehören, besteht seit 1996 und bezweckt den Informationsaustausch, die Anregung von Fachdiskussionen und die Mitwirkung an der Entwicklung des öffentlichen Beschaffungswesens. Die SVÖB führt regelmässig sogenannte *Feierabendgespräche* durch, die auch für Nichtmitglieder offen sind und in einem ungezwungenen Rahmen die Möglichkeit für Fragen und Diskussionen bieten. *Informationen über die SVÖB* und ihre Veranstaltungen erhalten Sie beim Sekretariat (Dr. George Ganz, Postfach 3249, Tel. 01 342 23 00, E-Mail: ganz1@swissonline.ch).
- In der *Zeitschrift PBG aktuell* (Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht), Ausgabe 1/2001, S. 5 ff. hat Rechtsanwalt Dr. George Ganz eine umfassende Übersicht zum Thema Schwellenwerte und Verfahren im öffentlichen Beschaffungswesen publiziert. Das Heft kann bezogen werden bei: Stutz Druck AG, Wädenswil, Tel. 01 783 99 11, E-Mail: info@stutz-druck.ch.
- Nicht nur das Amtsblatt des Kantons Zürich kann im Volltext auf Internet abgerufen werden (www.amtsblatt.zh.ch), sondern neu auch das *Schweizerische Handelsamtsblatt* (www.shab.ch), das an allen Werktagen erscheint und im Teil VII insbesondere die Veröffentlichungen jener Beschaffungsvorhaben publiziert, die der GATT/WTO-Vereinbarung unterstehen.
- *Behelfe zur ökologischen Beschaffung:*
 - Konzept Stoffkreislaufwirtschaft und Handlungsanweisungen Schliessung Stoffkreisläufe, Baudirektion Kanton Zürich, 1998, erhältlich bei der Koordinationsstelle für Umweltschutz, Walchetur, 8090 Zürich.
 - Ökologisches Bauen, Merkblätter nach Baukostenplan (BKP) für Ausschreibungen, Oktober 1999, Baudirektion Kanton Zürich, Hochbauamt, Walchetur, 8090 Zürich.
 - «Öffentliche Beschaffung, Leitfaden für eine nachhaltige Beschaffung, Interessengemeinschaft Ökologische Beschaffung (IGÖB), Küssnacht, 2000 (ISBN 3-908678-13-7).
Bestelladresse:
Verlag USTER-Info GmbH, Imkerstrasse 4, Postfach 383, 8610 Uster, Telefon 01/941 75 71, Fax 01/941 75 56, E-Mail: usterinfo@uster.ch.

Marktverhältnissen. Dem Entscheid ist weiter zu entnehmen, dass keine Verpflichtung besteht, den Anbieter des freihändigen Verfahrens im Rahmen des Einladungsverfahrens noch einmal formell zur Angebotsabgabe anzufragen bzw. ihm die Möglichkeit der Angebotsrevision einzuräumen – die Möglichkeit für Abgebote wäre wohl zu offensichtlich.

Fazit für die Praxis:

Anbietende müssen sich bewusst sein, dass ein nicht marktkonformes Angebot im Rahmen eines freihändigen Verfahrens überraschende und unangenehme Folgen haben kann!

(Urteil des Verwaltungsgerichtes ZH vom 6. April 2001, VB. 2000.00206 oder auf www.vgrzh.ch).

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 5/November 2001

Schwerpunkt: Dienstleistungsaufträge

1 Besonderheiten der Vergabe von Dienst- leistungsaufträgen

Die Ausschreibungspflicht für Dienstleistungen ist neu und es bestehen deshalb noch nicht sehr viele Erfahrungen. Bemerkenswert ist sicher, dass anders als etwa bei Bauaufträgen, viele Dienstleistungen nicht gleich exakt umschrieben werden können und dass bei der Beurteilung von Angeboten neben dem Preis oft andere, eher subjektiv beeinflusste Kriterien wichtig sind. Zu denken ist insbesondere an Beratungs- oder Planungsaufträge, wo auch Überlegungen, ob die Teamzusammensetzung überzeugt oder ein Lösungskonzept besticht, Platz finden müssen. Dies stellt hohe Anforderungen an die Verantwortlichen für die Ausschreibung und Auswertung. Wir haben daher KRITERIUM Nr. 5 schwergewichtig dem Thema Dienstleistungsaufträge gewidmet.

Begriff

Unter Dienstleistungsaufträgen versteht man u.a. Leistungen in den Bereichen Architektur- und Ingenieurwesen, Stadt- und Landschaftsplanung, technische Beratung und Planung, Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten, Gebäudereinigung, Abfall- und Abwasserdienstleistungen, EDV-Dienstleistungen, Unternehmensberatung, Werbung, sowie Verlags- und Druckdienstleistungen.

Regelung

Für den Kanton Zürich sind folgende Bestimmungen über Dienstleistungsaufträge von besonderer Bedeutung:

- Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, Konkordat) definiert Dienstleistungsaufträge als «Verträge zwischen Auftraggeberin oder Auftraggeber und Anbieterin oder Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang I Annex 4 des GATT-Übereinkommens» (Art. 6 Abs. 1 lit. c IVöB).
- Das Konkordat ist dann auf Dienstleistungsaufträge anwendbar, wenn ein Auftragswert von Fr. 383'000 erreicht wird (bzw. Fr. 766'000 bei Vergaben in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationsbereich) [Art. 7 IVöB].
- Die kantonale Submissionsverordnung (SVO) führt den vom Konkordat erwähnten Anhang des GATT-Übereinkommens als eigenen Anhang 2 auf. Ergänzend werden aber auch in diesem Anhang nicht genannte Dienstleistungsaufträge gemäss § 4 Abs. 2 SVO in das kantonale Beschaffungsrecht einbezogen. Für sie gelten – mit einigen Erleichterungen – dieselben Regeln wie für die im Anhang 2 ausdrücklich aufgeführten Dienstleistungsaufträge.

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Schon wieder ein neues Druckergebnis! Auch wir sind der Papierschwemme, die uns täglich überflutet, ausgesetzt und wir haben deshalb Verständnis dafür, wenn auch das KRITERIUM nicht überall und von Beginn weg mit offenen Armen und vor allem Augen empfangen wurde. Wir können auch nachvollziehen, dass Sie, liebe Leserinnen und Leser, weder Zeit noch Musse haben, uns ein direktes Feedback zu geben – ob gut oder schlecht.

Wir freuen uns deshalb umso mehr über jedes kopierte, archivierte und vor allem gelesene KRITERIUM, das uns begegnet, sei es bei Mitarbeitenden der Verwaltung, in Grossbetrieben der Baubranche, bei KMU oder bei Gerichten.

Wir sind motiviert, weitere Ausgaben des KRITERIUM leserinnen- und lesergerecht und aktuell zu gestalten. Umso lieber ist uns diese Aufgabe, wenn wir Ihre besonderen Anliegen, Ihre Kritik oder Ihre Vorschläge zu künftigen Ausgaben des KRITERIUM kennen. Wir danken Ihnen deshalb herzlich, wenn Sie sich ein paar Minuten Zeit nehmen, um den beiliegenden Fragebogen auszufüllen.

Für das Redaktionsteam
D. Lutz

Aus dem Inhalt

Schwerpunkt: Dienstleistungsaufträge	1
Bilaterales Abkommen CH-EU	4

Verfahren

Dienstleistungsaufträge können nach § 8 Abs. 2 lit. b SVO unter Fr. 50'000 freihändig vergeben werden. Unter Fr. 248'950 findet das Einladungsverfahren Anwendung. Ab diesem Betrag kommt das offene oder das selektive Verfahren zum Zug. Vorbehalten bleibt jeweils eine ausnahmsweise freihändige Vergabe, wenn Gründe gemäss § 11 SVO vorliegen.

Vorgehen

Da mit der Vergabe von Dienst-

leistungsaufträgen im Vergleich zu den Lieferungen und den Bauleistungen noch weniger Erfahrungen bestehen, ist es wichtig, die Praxis bei solchen Aufträgen zu beachten (vgl. www.vgrzh.ch) und bestehende Hilfsmittel zu nutzen. So sind im Zürcher Handbuch für Vergabestellen zahlreiche Hinweise auf den Dienstleistungsbereich zu finden. Neben den Rechtsgrundlagen und den zugehörigen Erläuterungen sind grafische Übersichten und Verfahrensabläufe hilfreich. Dasselbe gilt auch für die Muster zu den einzelnen Ver-

fahrensschritten und verschiedene Merkblätter mit Bezug zum Thema Dienstleistungsaufträge (vgl. namentlich «Übersicht über die Vergabeverfahren», «Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen», «Eignungskriterien», «Zuschlagskriterien», «Vorbefassung von Anbietenden», «Architekturleistungen/Architekturwettbewerbe» sowie «Ausschreibung von EDV-Leistungen»). Das Handbuch kann beim Tiefbauamt des Kantons Zürich, Telefon 01/259 30 71, bestellt werden.

② Erfahrungen aus der Praxis

Das Tiefbauamt des Kantons Zürich (TBA) hat die Ausschreibung und parallel laufende Bearbeitung von insgesamt vier Zweckmässigkeitsbeurteilungen (ZMB) von Strassenvorhaben im Zeitraum zwischen Frühjahr 2001 und Herbst 2002 im Programm. Bei diesen ZMB handelt es sich um komplexe Planungsvorgänge mit interdisziplinär zusammengesetzten Teams, die in kurzer Zeit anspruchsvolle Planungsaufgaben mit grossem Koordinationsaufwand bewältigen müssen. Neben dem geforderten inhaltlichen Know-how sowie den fachlichen und methodischen Kompetenzen und Erfahrungen wurde von den Anbietern auch der Nachweis der ausreichenden Kapazität im Sinne von genügender Manpower verlangt. Bei der Methodik zur Ausarbeitung der vier ZMB's konnten sich die Gesamtprojektleitung und die Anbieter auf eine bekannte Leitlinie abstützen. Das TBA war bestrebt, die vier ZMB's an vier verschiedene Inge-

nieurgemeinschaften zu vergeben, und zwar aus Gründen der Kapazitäten bei den Bearbeitern, der maximalen Vielfalt an zu erwartenden Ideen und der Risikoverteilung.

Es war zu erwarten, dass vor allem Ingenieurgemeinschaften als Anbieter auftreten würden und dass sich einige Anbieter für alle Ausschreibungen, andere nur für einzelne Ausschreibungsbewerben würden.

Die erste ZMB wurde im selektiven Verfahren vergeben, was wertvolle Hinweise für die einstufige Ausschreibung der drei übrigen ZMB's lieferte, die in einem offenen Verfahren vergeben wurden. Für jede der drei ausgeschriebenen Aufgaben bewarben sich sechs bis sieben Anbietergemeinschaften. Der Zeitbedarf zwischen Publikation und Zuschlag betrug ca. drei Monate.

Der Auswahlprozess bestand aus einer Eignungsprüfung und einer Nutzwertanalyse der als geeignet beurteilten Angebote anhand von Zuschlagskriterien. Bereits im Publikationstext wurden die Eignungskriterien sowie die Zuschlagskriterien zusammen mit

ihren Gewichtungen in übergeordneten Kategorien angegeben (Leistungs- und Qualitätskriterium = 60 %, Preis = 40 %). Detaillierte Angaben folgten in den Ausschreibungsunterlagen.

Eignungskriterien waren:

- Eignung des Projektleiters und
- Erfahrung des Anbieters in den wichtigsten Teilbereichen bei vergleichbaren Aufgaben (sechs Teilbereiche wurden in den Ausschreibungsunterlagen definiert).

Angebote, die die erforderlichen Nachweise nicht beibringen konnten, wurden ausgeschlossen. Angebote ungeeigneter Anbieter mussten in der Folge gar nicht mehr konkret geprüft werden.

Es wurden (neben dem Angebotspreis) folgende Zuschlagskriterien festgelegt:

- Auftragspezifische Qualifikation der Schlüsselpersonen, Projektorganisation.
- Aufgabenverständnis, Vorgehen und Methodik bei der Bearbeitung.
- Analyse der Projektrisiken, projektspezifisches PQM.
- Phasenbezogener Beschrieb der Leistungen.

Die ausgewählten Bewerber wurden zu einer Präsentation eingeladen mit dem Ziel, offene Fragen des Bauherrn zu den Angeboten zu klären und die Bewertung zu verifizieren.

Durch die transparente Darstellung der Eignungs- sowie der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung konnte ein nachvollziehbarer Ablauf der Bewertung und eine optimale Auswahl der

Mitautoren



Dr. Rudolf Burger, VR-Präsident R+R, Baden, Stabsplanung ZMB Kanton Zürich



André Olschewski, Projektleiter R+R, Baden, Stabsplanung ZMB Kanton Zürich



Peter Linsi, dipl. Ing. ETH, Gesamtprojektleiter, Tiefbauamt Kanton Zürich

geeigneten Bearbeiter für alle drei Ausschreibungen erreicht werden. Das Risiko, mit einer relativ engen Ausschreibung zu wenig Angebote oder zu viele ungeeignete Anbieter zu erhalten, konnte zwar vor der Ausschreibung nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden. Beides war aber nicht der Fall. Die nachfolgende Tabelle führt die relevanten Punkte auf, die bei der Planung und Durchführung dieser Dienstleistungsausschreibung besonders beachtet wurden:

③ Urteilsbesprechungen

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat sich – neben den dominierenden Fällen zu Architektur- und Ingenieuraufträgen – auch mit anderen Dienstleistungsaufträgen befassen. So entschied es:

- dass ein Verband von Gebäudereinigungsunternehmen nur dann zu einer Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid

legitimiert sei, wenn der Verband statutengemäss zur Wahrung der Interessen seiner Mitglieder berufen, wenn zumindest die Interessen einer grossen Anzahl der Mitglieder berührt und die betroffenen Mitglieder selbst beschwerdeberechtigt seien. Unter anderem waren diese Kriterien deshalb nicht erfüllt, weil nur 15 der 53 Verbandsmitglieder ein Angebot eingereicht hatten (VB.98.00087 in ZBl 1999, S. 398).

- dass die Übertragung von Spitex-Aufgaben an eine private Organisation kein öffentlicher Auftrag und deshalb nicht mit Submissionsbeschwerde anfechtbar sei. Als Begründung wurde vorgebracht, das Gemeinwesen sei bei einem solchen Entscheid nicht «Konsument» im Sinne des öffentlichen Beschaffungswesens, sondern komme ausschliesslich seiner Verpflichtung gemäss Krankenversicherungsgesetz nach, eine Organisation für die Spitex-Dienste zuzulassen, womit für Bezügerinnen und Bezüger von solchen Spitex-Leistungen ein Anspruch auf KVG-Leistungen eingeräumt werde. (VB.2000.00126 vom 24. August 2000, auf www.vgrzh.ch). Die Stellung des Gemeinwesens sei in diesem Fall ähnlich wie bei der Erteilung einer Konzession zum Plakataushang auf öffentlichem Grund, was ebenfalls nicht als Auftragsvergabe im Sinne des öffentlichen Beschaffungswesens qualifiziert werde (vgl. dazu auch das Urteil VB.2000.00194 vom 6. Juli 2000, auf www.vgrzh.ch).
- dass bei der Vergabe des Auftrages für die wöchentliche Siedlungsabfuhr durch einen Zweckverband klar zwischen öffentlich-rechtlichem Zuschlag und privat-rechtlichem Abschluss des Vertrags zu unterscheiden sei. Für den Zuschlag sei im konkreten Fall die Betriebskommission als «Exekutive» zuständig, für die Genehmigung des Vertrags die Delegiertenversammlung als «Legislative». Nur der Zuschlag, nicht aber der Vertrag sei

Wichtige Merkmale	
Ebene	Zu beachtende Aspekte
Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und der Ausschreibungsunterlagen	– optimale Vorbereitung des Ausschreibungsverfahrens durch Vorkenntnisse und Erfahrungen des Bauherrn aus einem früheren Verfahren – Erfahrung beim Bauherrn mit den im späteren Projektablauf zu verwendenden Methoden (Methodenkompetenz beim Bauherrn) – Präzise Formulierung der Ausschreibungsunterlagen mit detailliertem Aufgaben- und Leistungsbeschrieb, mit klarer Abgrenzung des Leistungsumfangs des Anbieters von Leistungen des Bauherrn oder Dritter – Einbindung der bauherrenseitigen Projektorganisation in das Ausschreibungs- und Vergabeverfahren
Eignungskriterien, Eignungsprüfung	– Kriterienauswahl muss klare «Ja/Nein»-Entscheide ermöglichen – Eindeutigkeit der verwendeten Begriffe – Eignungskriterien dürfen nicht zu eng gefasst werden, um eine ausreichende Auswahl an Anbietern zuzulassen
Zuschlagskriterien und deren Gewichtung	– Kriterien müssen sowohl Vorgehen und Methodik sowie spezifisches Aufgaben- und Projektrisikoverständnis umfassen, als auch eine geeignete Projektorganisation der Bewerber. Die angemessene Beteiligung besonders für die Aufgabenstellung geeigneter Schlüsselpersonen im Projekt sollte in der Zuschlagsbewertung aufgefangen werden können. – Speziell bei Studien in strategischem Umfeld bei einem einstufigen Ausschreibungsverfahren: Der Schwerpunkt der Gewichtung soll bei qualitativen, leistungsbezogenen Kriterien liegen, weniger beim Preis (Studien liegen nicht als Standardprodukt vor; Ergebnisse der Studie [Kosten, Nutzen] können die Projektkosten um ein Mehrfaches übersteigen)
Bewertung	– Klares Bewertungsschema mit Notenskala; Schema und Skala müssen auch für die Preisbewertung bereits vor der Auswertung festgelegt sein – Gestaltung der Notenskala nicht zu differenziert (1 – 4...6) – Bewertung eines Anbieters durch mehrere unabhängige Juroren, anschliessend gemeinsame Diskussion der Bewertungen und Bereinigung; Durchführung von Sensitivitätsbetrachtungen – Preisanalyse ist eine Grundlage für vertiefte Leistungsbewertung – Nachvollziehbare, schriftliche Begründung von Nichteignung sowie von Punktabzügen bei Zuschlagsbewertung – Risikobetrachtung bei Mehrfachvergaben

anfechtbar. Im übrigen seien Änderungen oder Präzisierungen des in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vertrags nach Erteilung des Zuschlages zulässig, sofern sie nur geringfügig seien, z.B.

wenn untergeordnete Spezifikationen näher definiert werden, ohne dass der Leistungsinhalt verändert wird (VB. 2000.00183 vom 7. Dezember 2000, auf www.vgrzh.ch).

Für den Kanton Zürich sind die Änderungen nicht gravierend, da insbesondere die Städte und Gemeinden mit RRB vom 1. Juli 1998 (720.111) bereits auf den 1. Januar 1999 in die kantonale Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens einbezogen worden sind. Für die Anpassung des Zürcher Rechts sind folgende Schritte vorgesehen:

1. Beitritt zur geänderten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) durch Änderung des Beitrittsgesetzes (720.1).
2. Revision der kantonalen Submissionsverordnung (720.11) mit Genehmigung des Kantonsrates unter Berücksichtigung der geänderten Vergaberichtlinien zur IVöB (VRöB). Die Anpassung der kantonalen Normen kann sinnvollerweise erst vorgenommen werden, wenn die interkantonalen Grundlagen vorliegen. Dies ist erst für die revidierte IVöB der Fall. Die Arbeiten an der VRöB sind mit Beteiligung des Kantons Zürich noch unter der Leitung der Baudirektorenkonferenz im Gang. Es wird angestrebt, bei der Umsetzung im Kanton Zürich möglichst weitgehend auf diesen Grundlagen aufzubauen.
3. Weiterer Handlungsbedarf
 - a) Mitarbeit beim Aufbau der interkantonalen Internetplattform SIMAP.CH für die Ausschreibung und später Abwicklung von Vergabeverfahren sowie Erstellung der kantonalen Ergänzungen.
 - b) Totalrevision des «Handbuchs für Vergabestellen» samt Abläufen, Merkblättern und Formularen (Papierform und elektronische Ausgabe).
 - c) Information und Schulung der kantonalen und kommunalen Vergabestellen.

Dr. Herbert Lang

Impressum

Redaktion:

Walter Bosshard, Gemeinde Horgen
Markus Burkhard, Stadt Bülach
Fred Hirschi, Staatskanzlei, Zürich
Herbert Lang, Baudirektion, Zürich
Daniela Lutz, Stadt Winterthur
René Manz, Stadt Zürich

Bezug:

Kantonale Drucksachen- und
Materialzentrale KDMZ
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich
Tel.: 01/468 68 68, Fax: 01/468 68 77
E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

Bilaterales Abkommen CH – EU im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens

Wo stehen wir?

In der Volksabstimmung vom 21. Mai 2000 hat das Schweizer Volk sieben bilaterale Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft mit Zweidrittelmehrheit zugestimmt. In einem dieser Abkommen wurden in Ergänzung zu den WTO-Bestimmungen «bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens» geregelt. Die sieben Abkommen müssen noch durch die Mitgliedstaaten der EU genehmigt werden. Dies ist inzwischen – mit Ausnahme von Belgien und Irland – in allen Ländern geschehen. Die Inkraftsetzung der Abkommen rückt daher näher, weshalb es sich lohnt, sich mit ihnen zu befassen.

Um was geht es?

Durch das bilaterale Abkommen auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens werden im Verhältnis zur EU neu auch die Gemeinden gesamthaft in das Submissionsrecht einbezogen, nachdem sie schon bisher in den Sektoren Energie, Wasser und Verkehr den WTO-Bestimmungen unterlagen.

Darüber hinaus werden aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen in den genannten Sektoren, sowie einige weitere Bereiche unterstellt. Dabei geht es u.a. um die Gebiete Telekommunikation und Schienenverkehr, den gesamten Energiebereich, d.h. zusätzlich zur Elektrizität auch Gas, Erdöl, Kohle etc., sowie Drahtseilbahnen und Skiliftanlagen.

Was nützt es?

Mit dem Abkommen bekommen die Schweizer Unternehmen die Möglichkeit, sich bei Ausschreibungen in den 15 EU-Mitgliedstaaten zu bewerben. Die bisheri-

gen Benachteiligungen in den Bereichen Schienenverkehr und Telecom fallen weg. Nichtdiskriminierung, Verfahrenstransparenz und Rechtsmittel ab den Schwellenwerten sind gewährleistet. Darunter gilt die allgemeine Verpflichtung, die Vergabestellen aufzufordern, die Anbietenden der anderen Vertragspartei nicht zu diskriminieren.

Wie ist das Abkommen umzusetzen?

Bund und Kantone setzen das Abkommen entsprechend ihren Zuständigkeiten selbstständig um. Der Bund tut dies über eine Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB); die Kantone haben ihr Konkordat, die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), revidiert und das Beitrittsverfahren eingeleitet. Revidiert werden auch die bisherigen Vergaberichtlinien (VRöB). Insgesamt bringen diese Revisionen auf interkantonaler Ebene eine weitere Harmonisierung der Rechtsbestimmungen, insbesondere auch was die Verfahrensschwellenwerte anbelangt. Hier werden einheitliche Limiten festgelegt, die von den Kantonen unter – aber nicht mehr überschritten werden dürfen. Die Details werden in einer späteren Nummer des KRITERIUM dargestellt.

In verfahrensmässiger Hinsicht müssen Bund, Kantone und Gemeinden künftig Aufträge ab den Schwellenwerten (mindestens in einer Zusammenfassung) auf gesamtschweizerischer Ebene aus-schreiben.

Was ist im Kanton Zürich zu tun?

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 6/April 2002

Submissionsbeschwerden: Aus der neueren Praxis des Verwaltungsgerichts

Seit dem Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen im November 1997 zählen Submissionsbeschwerden zu den häufigsten Verfahrensarten am Verwaltungsgericht. Im Jahr 2001 waren insgesamt 50 derartige Beschwerden zu beurteilen. Davon wurden 21 im Verlauf des Verfahrens zurückgezogen oder gegenstandslos, auf 6 wurde nicht eingetreten, 12 wurden abgewiesen und 11 ganz oder teilweise gutgeheissen. Im Folgenden sollen einige Fragen aus der neueren Praxis des Verwaltungsgerichts herausgegriffen werden.

Beschwerde gegen eine Vergabe im freihändigen oder im Einladungsverfahren

Schon vor einiger Zeit hatte das Verwaltungsgericht festgehalten, dass auch gegen eine freihändige Vergabe, die ohne formellen Entscheid erfolgt ist, Beschwerde erhoben werden kann. Ein benachteiligter Anbieter kann die Vergabe innert zehn Tagen, nachdem er von ihr Kenntnis erhalten hat, anfechten. In einem kürzlichen Verfahren stellte sich nun die Frage, ob dies auch gilt, wenn der Beschwerdeführer lediglich beanstandet, dass anstelle der freihändigen Vergabe ein Einladungsverfahren hätte stattfinden müssen. Das ist deswegen nicht selbstverständlich, weil der Beschwerdeführer ja auch bei der



Robert Wolf,
Verwaltungsrichter, Zürich

regulären Durchführung eines Einladungsverfahrens keinen Anspruch gehabt hätte, zur Offerte eingeladen zu werden. Das Gericht entschied nun aber, dass die Beschwerde dennoch zugelassen wird, wenn der Beschwerdeführer «offensichtlich zum Kreis der für eine Einladung in Frage kommenden Anbieter zählt».

Aufschiebende Wirkung

Keine andere im Verlauf des Beschwerdeverfahrens getroffene Anordnung ist für die Beteiligten von derart grosser Tragweite wie der Entscheid über die aufschiebende Wirkung. Wird der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung gewährt, hat die Vergabebehörde die Möglichkeit, den Vertrag mit dem ausgewählten Anbieter abzuschliessen, und wenn der Vertrag einmal abgeschlossen ist, wird er auch im Fall einer Gutheissung der Beschwerde nicht wieder aufgehoben. Das Gericht stellt dann

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Indem KRITERIUM nach seinem Untertitel «Informationen zur Submissionspraxis» geben will, wird das Schwergewicht auf die praktische Anwendung der Submissionsverordnung gelegt. Die im täglichen Leben mit Aufgaben der Vergabe von öffentlichen Aufträgen befassten Personen, seien dies Architektinnen, Ingenieure, Mitglieder aus Schulpflegen, Kirchenpflegen und Gemeinderäten, sind in erster Linie an der Praxis interessiert. Was ist die Praxis? Sie steht im Gegensatz zur Theorie, im Submissionswesen aber oft auch zum Recht. Angestossen durch das GATT-Übereinkommen hat das öffentliche Beschaffungswesen insbesondere mit dem Konkordat dazu eine starke Neigung in Richtung Verrechtlichung erfahren. Anwendung und Auslegung des Rechts sind vorab das Brot der Juristinnen und Juristen. Kommt es zum Streitfall, ist das Verwaltungsgericht als einzige Instanz im Kanton Zürich mit der hoheitlichen Entscheidung betraut. Ein Verwaltungsrichter ist daher besonders berufen, über das Verhältnis von Recht und Praxis gerade im Beschaffungswesen Auskunft zu geben. Lesen Sie dazu den Artikel von Verwaltungsrichter Robert Wolf.

Die in der letzten Nummer erhobene Leserumfrage ist auf ein gutes Echo gestossen und hat fast hundert Antworten bewirkt. Vielen Dank für Ihre Beteiligung. Wir werden Sie in der nächsten Nummer eingehend über das Resultat informieren. Für heute nur soviel, dass nämlich dem Praxisbezug des Inhalts durchwegs eine herausragende Wichtigkeit beigemessen wird. Wir hoffen, dass wir Ihren Erwartungen auf einen guten Praxisbezug des KRITERIUMS auch mit dieser Nummer gerecht werden.

Für das Redaktionsteam
Fred Hirschi

lediglich noch fest, dass die Vergabe rechtswidrig war.

Für den Entscheid über die aufschiebende Wirkung müssen einerseits die Erfolgsaussichten der Beschwerde und andererseits die Dringlichkeit der Beschaffung berücksichtigt werden. Das Abwägen zwischen diesen gegensätzlichen Interessenlagen ist oft ausserordentlich heikel. Erschwerend kommt hinzu, dass der Entscheid zumeist in einem frühen Verfahrensstadium getroffen werden muss, in welchem der Beschwerdeführer noch keine Gelegenheit hatte, zu den von der Vergabebehörde mit der Beschwerdeantwort neu vorgebrachten Gründen Stellung zu nehmen.

Eine besondere Situation besteht bei der Vergabe von Leistungen, die ohne Unterbrechung erbracht werden müssen wie z.B. die Kehrrihtabfuhr einer Gemeinde. In diesen Fällen kann eine Beschwerde ebenfalls aufschiebende Wirkung erhalten; der Behörde ist es dann aber erlaubt, für die Zeit bis zum definitiven Beschwerdeentscheid einen befristeten Auftrag zu vergeben. Sofern das Gericht keine andere Anordnung trifft, kann dieser Auftrag sowohl dem bisherigen Auftragnehmer als auch einem neuen Anbieter, den die Behörde künftig berücksichtigen will, erteilt werden; es darf damit

lediglich der definitive Auftrag nicht präjudiziert werden. Ein Unternehmer, der bisher für die Behörde tätig war und den Zuschlag nun nicht mehr erhalten hat, erreicht also mit einer Beschwerde nicht ohne weiteres, dass sein Auftrag für die Dauer des Verfahrens verlängert wird.

Aktenbeizug und Akteneinsicht

Zur Beurteilung eines Vergabestreites benötigt das Verwaltungsgericht die wesentlichen Unterlagen der betroffenen Submission. Diese wurden früher oft nur unvollständig eingereicht, weshalb das Gericht seit kurzem der Aufforderung zur Vernehmung ein Merkblatt beilegt, das die wichtigsten Unterlagen aufzählt. Dazu gehören insbesondere die Ausschreibung und die an die Interessenten abgegebenen Unterlagen; ferner die Offerten des Beschwerdeführers und des Anbieters, der den Zuschlag erhalten hat, sowie der behördliche Vergabeentscheid und die weiteren Dokumente, die für dessen Begründung von Bedeutung sind.

Ein häufiger Streitpunkt betrifft die Frage, wie weit die Parteien in die von der Behörde eingereichten Akten Einsicht nehmen dürfen. Wegen des vergaberechtlichen Grundsatzes, dass Informationen der Anbieter vertraulich zu behandeln sind, besteht bekanntlich im erstinstanzlichen Verfahren, also während der laufenden Submission, keine Akteneinsicht. Im Beschwerdeverfahren müssen die Beschwerdeführer jedoch die Möglichkeit erhalten, die für den Entscheid massgeblichen Belege einzusehen. Berechtigte Geheimhaltungsinteressen der anderen Beteiligten sind allerdings dennoch zu wahren; als schützenswert kommen z.B. Angaben über interne Produktionsabläufe, detaillierte Kalkulationsgrundlagen oder Qualifikationsprofile von Mitarbeitern in Betracht. Keine Einsicht besteht ferner in verwaltungsinterne Akten, die ausschliesslich der internen Meinungsbildung der Behörde dienen. Die Einsicht muss jedoch gewährt werden, wenn es sich um Unterlagen handelt, welche die massgeblichen Gründe für den Vergabeentscheid enthalten und auf welche die Behörde zur

Vergabetipps

- Homepage der **KBOB Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes** mit weiteren Links (u.a. zur Rekurskommission aber auch zu Vorlagen der KBOB und Merkblättern): **www.kbob.ch**.

- Auch die Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz hat nunmehr eine Homepage: **www.bpuk.ch**.

- Informationen über die Schweizerische Vereinigung für öffentliches Beschaffungswesen sind im Internet unter **www.svoeb.ch** zu finden.

Begründung des Entscheids verweist. Sonst erhielten die Parteien des Beschwerdeverfahrens keine nachvollziehbare Begründung der Vergabe.

Prozesskosten beim Rückzug einer Beschwerde

Wer eine Beschwerde erhebt und sie später wieder zurückzieht, muss grundsätzlich für die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufkommen und unter Umständen auch eine Entschädigung an die Gegenpartei bezahlen. In Submissionsstreitigkeiten besteht jedoch die Besonderheit, dass der unterlegene Anbieter oft erst im Beschwerdeverfahren – nämlich mit der Beschwerdeantwort der Behörde – eine aussagekräftige Begründung für den Vergabeentscheid erhält. Wenn der Anbieter aber Beschwerde erheben muss, um überhaupt zu erfahren, weshalb sein Angebot nicht berücksichtigt wurde, stellt sich die berechnete Frage, ob er dennoch zur Zahlung von Verfahrenskosten verpflichtet ist.

In Anbetracht dieser Situation ist das Verwaltungsgericht letztes Jahr dazu übergegangen, bei Beschwerden, die im Anschluss an die Beschwerdeantwort der Vergabebehörde zurückgezogen werden, in der Regel auf den Bezug der Verfahrenskosten zu verzichten. Auf diese Praxis, welche es den Beschwerdeführenden ermöglicht, die Beschwerde

Vergabetipps

- **SIMAP.CH:** Der Kanton Zürich hat am 30. Oktober 2001 den Beitritt zu diesem Projekt einer gesamtschweizerischen Internet-Plattform im Bereich der öffentlichen Beschaffungen erklärt. KRITERIUM wird über SIMAP.CH noch berichten.

- **IVTH:** Nach dem unbenützten Ablauf der Referendumsfrist ist nun auch der Kanton Zürich der «Interkantonalen Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse, IVTH» beigetreten.

- **Beschaffungen des Bundes:** Alles Wissenswerte über Beschaffungen des Bundes findet sich auf **www.admin.ch/beschaffungen/d/ausschreibung.htm**

Frühere Nummern des KRI-TERIUMS sind weiterhin bei der im Impressum genannten Bezugsquelle kostenlos erhältlich!

Schwerpunkte der Nummern:

- ❶ Zuschlagskriterien (Nachdruck)
- ❷ Angebote
- ❸ Freihändiges Verfahren
- ❹ Nachhaltigkeitskriterien
- ❺ Dienstleistungsaufträge

kostenlos zurückzuziehen, wenn sie erst im Beschwerdeverfahren über die Gründe des Entscheids informiert wurden, wird bei der Zustellung der Beschwerdeantwort ausdrücklich hingewiesen. Für die Zusprechung einer Parteientschädigung gelten jedoch nach wie vor strengere Voraussetzungen.

Für juristisch Interessierte:

Zur Beschwerde gegen eine Vergabe im freihändigen oder im Einladungsverfahren vgl. die Entscheide RB 2000 Nr. 62 = BEZ 2000 Nr. 26 (VB.1999.00106) und BEZ 2001 Nr. 55 (VB.2001.00116).

Entscheide über die aufschiebende Wirkung und die Akteneinsicht werden zumeist in Präsidialverfügungen mit bloss summarischer Begründung getroffen. Ausführliche Erwägungen zu diesen Themen finden sich nur in wenigen Fällen; vgl. zur aufschiebenden Wirkung die Entscheide BEZ 1999 Nr. 9 (VB.1998.00319) und BEZ 2001 Nr. 39 (VB.2001.00160), zur Akteneinsicht BEZ 2001 Nr. 56 (VB.2001.00095).

Zur Frage der Prozesskosten vgl. die ursprüngliche, etwas strengere Praxis des Verwaltungsgerichts, die für die Zusprechung einer Parteientschädigung weiterhin gilt, in RB 2000 Nr. 71 = BEZ 2000 Nr. 45 (VB.2000.00101).

Die genannten Entscheide, die seit Anfang 2000 ergangen sind, finden sich auch in der Internet-Datenbank des Verwaltungsgerichts unter www.vgrzh.ch.

Robert Wolf,
Verwaltungsrichter, Zürich

Vergabe von Versicherungsdienstleistungen



Dr. Beat Lanter, *Versicherungsverantwortlicher des Kantons Zürich*

Versicherungen wie auch damit zusammenhängende Broker- oder Maklermandate sind Dienstleistungen, die dem Submissionsrecht unterstehen. Über das Vorgehen bestehen oft Unklarheiten. Das hängt mit der fehlenden Erfahrung zusammen. Zwar wurden in der Regel schon früher für grössere Verträge mehrere Offerten eingeholt. Aber das war namentlich bei komplexeren Versicherungsbedürfnissen mit einlässlichen Gesprächen über die konkrete Risikosituation und die optimale Versicherungslösung verbunden. Jetzt ist das Verfahren zur Sicherstellung der Gleichbehandlung aller Anbieter grundsätzlich schriftlich. Das eingereichte Angebot darf nicht mehr geändert werden, und Verhandlungen über Änderungen des Leistungsinhaltes sind unzulässig (§ 24 Abs. 1 und § 29 der Submissionsverordnung [SVO]). Dessen sind sich auch die Anbieter oft nicht bewusst, weil ihnen der Umgang mit diesem formalisierten Verfahren nicht geläufig ist. Weitere Fragen erge-

ben sich, wenn bei der Vergabe ein Makler oder Broker mitwirkt. Im Folgenden sollen deshalb einige Aspekte des Submissionsrechts in ihrer besonderen Bedeutung für die Vergabe von Versicherungs- und Maklerdienstleistungen dargestellt werden.

Schwellenwerte

Bei Versicherungen mit einer Einmalprämie, beispielsweise bei einer Bauwesen- und Bauherrenhaftpflichtversicherung für ein bestimmtes Vorhaben, gilt der normale Schwellenwert gemäss § 8 SVO (vgl. Kasten). Häufiger sind Versicherungen mit wiederkehrender Prämie. Bei einer Versicherungsdauer von mehr als einem Jahr verlängert sich diese gemäss den üblichen AVB nach Ablauf ohne weiteres, sofern keine Kündigung erfolgt. Das bedeutet, dass Versicherungsverträge grundsätzlich für unbestimmte Zeit abgeschlossen werden, so dass gemäss § 6 Abs. 3 lit. b SVO die vierfache Jahresprämie für den Schwellenwert massgebend ist.

Analog verhält es sich mit den Brokermantaten, die ebenfalls als einmalige Leistung oder als Dauerauftrag vergeben werden können. Dabei handelt es sich um eine eigenständige Dienstleistung, weshalb das Prämienvolumen der vermittelten oder verwalteten Versicherungspolice unerheblich ist. Auftraggeber ist der Versicherungsnehmer, auch wenn sich der Broker durch Courtagen der Versiche-

Schwellenwerte

	Verträge für eine einmalige, in sich geschlossene Leistung	Verträge für eine kontinuierlichen Leistung über eine unbestimmte Zeit
Freihändiges Verfahren	Gesamtpreis unter Fr 50'000.–	Jahresprämie unter Fr. 12'500.–
Einladungsverfahren	Gesamtpreis unter Fr. 248'950.–	Jahresprämie unter Fr. 62'237.50
Offenes oder selektives Verfahren	bei höheren Werten	bei höheren Werten

rungsgesellschaft (die letztlich via Prämienkalkulation doch dem Versicherungsnehmer belastet werden) bezahlen lässt. Man darf vom Broker verlangen, dass er darüber offen informiert. Auch wenn der Versicherungsnehmer dem Broker (direkt) nichts bezahlt, hat das Broker- oder Maklermandat auf jeden Fall einen Wert, und dieser ist für die Vergabe (Schwellenwert) massgebend.

Paket- bzw. Losbildung

Werden mehrere gleichartige Dienstleistungsaufträge vergeben oder wird eine Dienstleistung in mehrere gleichartige Einzelaufträge unterteilt, ist gemäss § 6 Abs. 1 SVO für die Verfahrenswahl der Gesamtwert und nicht der Wert des einzelnen Auftrages massgebend. Was heisst «gleichartig» bei Versicherungen? Zum vorneherein nicht mitgerechnet werden Versicherungen, bei denen der Versicherer nicht frei gewählt werden kann (Gebäudeversicherung, der SUVA unterstellte Verwaltungsbereiche). Wenn bei den andern Versicherungen die Absicht besteht, das ganze Paket einem einzigen Versicherer zu übergeben und dementsprechend eine Offerte für das ganze Paket eingeholt wird, ist der Gesamtwert für die Ermittlung der Schwellenwerte massgebend. Im Übrigen sind beispielsweise eine Betriebshaftpflichtversicherung und eine Mobiliar- oder Betriebsunterbruchversicherung so verschiedener Natur, dass nicht von gleichartigen Dienstleistungsaufträgen im Sinne von § 6 SVO gesprochen werden kann. Aufteilungen (Losbildungen) müssen aber auf jeden Fall sachlich begründet sein. So wäre es problematisch, wenn eine Gemeinde für jeden Verwaltungsbereich eine eigene Betriebshaftpflichtversicherung abschliessen würde, bzw. für die Wahl des Verfahrens müsste trotzdem auf das Prämientotal aller Betriebshaftpflichtversicherungen abgestellt werden. Anders ist es bei separaten Policen für grössere Gemeindebetriebe, die durch die üblichen Standardversicherungspolicen für Gemeindeverwaltungen nicht abgedeckt sind. Im Übrigen ist es auch versicherungstechnisch (für die Prämienfestsetzung) von Vorteil, wenn die Versicherung

gleichartiger Risiken zusammen vergeben wird.

Problem der Vorbefassung

Wie eingangs erwähnt, können die Risikobeschreibung und die dafür optimale Versicherungslösung nicht mehr im Dialog mit einigen Anbietern erarbeitet werden. Der Gegenstand der Ausschreibung muss so klar umschrieben sein, dass alle Anbieter über die nötigen Informationen für die Ausarbeitung der Offerte verfügen. Zumindest wenn es nicht nur um einen einfachen Standardvertrag geht und der Versicherungsnehmer nicht vertiefte Kenntnisse im Versicherungswesen besitzt, ist der Beizug eines ausgewiesenen Be-

Brokermandat

Das Typische Brokermandat geht über die Vermittlung von Versicherungen (Maklervertrag) hinaus. Es beginnt mit einer Analyse der Risiken und der Erarbeitung eines Konzepts, wie sie vermindert, welche selber getragen und wie die verbleibenden optimal versichert werden können. Daraus ergibt sich die Leistungsumschreibung (Pflichtenheft) für die Submission. Nachher sorgt der Broker für die laufende Anpassung der getroffenen Lösung an veränderte Bedürfnisse und Marktverhältnisse. Bezahlt wird er meist durch die Versicherer in Prozenten der Prämien, und zwar während der ganzen Laufzeit der Verträge.

raters angezeigt. Es muss hier der immer wieder anzutreffenden Meinung entgegengetreten werden, man könne den Versicherern beliebige Vorgaben machen, es sei alles nur eine Frage des Preises. Wer so vorgeht, muss damit rechnen, dass ihm entweder nur Standardprodukte angeboten werden, die berechnete und an sich erfüllbare Anliegen unberücksichtigt lassen, oder aber dass gerade die kompetentesten Versicherer gar nicht offerieren.

Wenn für die Vorbereitung einer Ausschreibung die Hilfe einer Versicherungsgesellschaft oder eines Brokers in Anspruch genommen wird, ist zu bedenken, dass dieser Berater nachher in der Regel nicht selber anbieten kann. Gemäss § 18 Abs. 4 SVO sind mögliche Anbieter, die

Beiträge an die Vorbereitung der Ausschreibung geleistet haben, vom nachfolgenden Verfahren ausgeschlossen, wenn aufgrund ihres Wissensvorsprungs die Gleichbehandlung der Anbieter nicht mehr gewährleistet ist. Dies gilt insbesondere für Firmen, die das Konzept, das Pflichtenheft erarbeitet haben.

Dies kann namentlich für Brokermandate zutreffen. Wenn der Auftraggeber in Betracht zieht, dem Broker, der ihm das Versicherungskonzept erarbeitet, nachher auch dessen Umsetzung und die Betreuung des Portefeuilles zu übertragen, soll er den ganzen Auftrag (im Verfahren gemäss Gesamtwert) ausschreiben, aber zuerst einmal nur einen Vertrag für den Beratungsteil abschliessen. Dieses Recht sollte man sich in der Ausschreibung vorbehalten. Überzeugt dann der Broker bei der Konzepterarbeitung, kann der Brokervertrag ohne weiteres auf den Verwaltungsteil ausgedehnt werden. Überzeugt er nicht, kann der Auftraggeber für diesen Teil eine neue Submission durchführen.

Der Beizug eines Vertreters entbindet nicht von den Submissionsvorschriften

Wenn ein Broker mit dem Abschluss von Versicherungsverträgen betraut wird, ist er als Vertreter seines Kunden an die gleichen submissionsrechtlichen Vorschriften gebunden. Der Broker bereitet den Vertragsabschluss zwar vor, doch bleibt der Kunde – der Versicherungsnehmer – für die Einhaltung der Submissionsvorschriften verantwortlich.

Dr. Beat Lanter

*Versicherungsverantwortlicher
des Kanton Zürich*

Impressum

Redaktion:

*Markus Burkhard, Stadt Bülach
Fred Hirschi, Staatskanzlei, Zürich
Herbert Lang, Baudirektion, Zürich
Daniela Lutz, Stadt Winterthur
René Manz, Stadt Zürich*

Bezug:

*Kantonale Drucksachen- und
Materialzentrale KDMZ
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich
Tel.: 01/468 68 68, Fax: 01/468 68 77
E-Mail: fjdolin.kern@kdmz.zh.ch*

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 7/September 2002

Das aktuelle Interview

Mit Peter Kölbener, Geschäftsleiter des Baumeister-Verbandes Zürich, sprach René Manz vom KRITERIUM

René Manz: Die Einführung der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und der Vergaberichtlinien (VRöB) stehen kurz bevor. Was waren Ihre bisherigen Erfahrungen mit der Submissionsverordnung (SVO), welche seit dem 1. Januar 1999 für den ganzen Kanton Zürich gültig ist?

Peter Kölbener: Anfänglich wurde die kant. Submissionsverordnung nur für Kantonsaufträge in Kraft gesetzt. Die neuen übergeordneten Bestimmungen hatten dazu geführt, dass die Handschrift der Juristen (und deren neues Tätigkeitssegment) unübersehbar war und in der Anlaufphase entsprechende Probleme und Unsicherheiten brachten. Die Entscheidungskompetenz der Techniker in der Verwaltung, Aufträge stärker nach Leistungsfähigkeit und Qualität der Anbieter zu vergeben, ist leider gewichen. Die öffentlich publizierten Vergabeentscheidungen sprechen eine deutliche Sprache. In der Regel trifft man nur zwei «Routine-Begründungen» an, nämlich «billigstes Angebot» oder «beste Erfüllung der Zuschlags-



Peter Kölbener

kriterien», wovon letztere nicht transparent gemacht werden. Nach gültiger Submissionsverordnung, § 31, sind nebst dem Preis 12 Kriterien beispielsweise aufgeführt, welche gewertet werden können. Die Berücksichtigung der Ökologie – sprich Transportdistanzen – als Beispiel kommt leider nicht zum Tragen, weil Juristen die Nichtdiskriminierung höher einstufen. Das führt in Einzelfällen zu grotesken Entscheiden. Zum Teil werden enorme Transportdistanzen von Gütern, Personen usw. in Kauf genommen. Der Unsinn vom Hin- und Herfahren führt zu keinem Niederschlag in der Vergabe. Vernetztes Denken ist aus der Mode gekommen. Da hätte ich beispielsweise ein mutiges Gerichtsurteil erwartet. Auch die Lehrlingsausbildung wird praktisch nicht gewertet. Erfreulich ist, dass öffentliche Bauherren zunehmend die Gewichtung der Zuschlagskriterien bei der Ausschreibung klar bekannt geben. Per 1.1.1999 wurden auch die

«Die Entscheidungskompetenz der Techniker in der Verwaltung, Aufträge stärker nach Leistungsfähigkeit und Qualität der Anbieter zu vergeben, ist leider juristischen Überlegungen gewichen.»

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Das Ressort Kontakte der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB), das dieses Informationsblatt herausgibt, zählt zu seinen Schwerpunktaufgaben die Kontaktpflege der Vergabestellen von Kanton, Gemeinden und weiteren Organisationen zu den verschiedenen am Beschaffungswesen ebenfalls interessierten Kreisen. Zu denken ist dabei vor allem an die Anbietenden und ihre Verbände, die externen Beratern, die Rechtsvertreter, Gerichtspersonen und weitere Beteiligte. Sie alle in einen fruchtbaren Dialog über Probleme und Entwicklungen des Beschaffungswesens zu bringen, ist eines unserer wichtigsten Anliegen.

In diesem Sinn haben wir den Geschäftsleiter des Zürcher Baumeister-Verbandes in einem Interview um ein Stimmungsbild aus seiner Sicht gebeten, das interessante Aspekte der momentanen Diskussionen im Beschaffungswesen aufzeigt. Wir werden diese Interviewreihe fortsetzen.

Ebenfalls zum Thema Kontaktpflege gehört das Einvernehmen mit Ihnen, unseren Leserinnen und Leser. Wir haben bereits auf die ersten Ergebnisse unserer Leserumfrage hingewiesen und bringen nun eine detailliertere Auswertung Ihrer Meinungen. Die praktisch durchwegs gute Beurteilung des KRITERIUM lässt uns hoffen, dass wir auf dem richtigen Weg sind, wobei wir aber stets bestrebt sein werden «noch besser zu werden». Für Anregungen und Wünsche Ihrerseits sind wir selbstverständlich immer dankbar (vgl. Kontaktadresse im Impressum).

Aus unserem Redaktionsteam sind Walter Bosshard und Markus Burkhard ausgeschieden, doch ist es uns gelungen, zu den je zwei kantonalen und städtischen Vertretern auch zwei neue Gemeindevertreter hinzu zu gewinnen. Wir heissen Cyrill Bühler, Thalheim an der Thur, und Urs Keller, Urdorf, in unserem Kreis willkommen. Den ausscheidenden und den neuen Mitgliedern danken wir recht herzlich für ihre wertvolle Mitarbeit.

Für das Redaktionsteam
Herbert Lang

Gemeinden der Submissionsverordnung unterstellt und einige Gemeinden tun sich noch heute schwer damit, weil die Submissionen nun vornehmlich juristisch/technokratisch abgewickelt werden müssen. Offene Verfahren für Klein- und Kleinstaufträge sind in der Regel unsinnig. So ist mir z.B. ein Fall bekannt, wo ein Dorfbaumeister seinen Lastwagen verkaufte, den er wegen der öffentlichen Schneeräumung noch hielt, weil die Gemeinde dazu übergegangen war, auch Kleinstaufträge öffentlich auszuschreiben. Von Anrufen wegen Leitungsbrüchen zur Un-

«Die Unzulässigkeit von Abgebotsrunden ist zweifelsfrei positiv, für Anbieter wie für Bauherren. Es zwingt Anbieter, auf Anhieb ein verlässliches Angebot einzubringen.»

zeit will er auch nichts mehr wissen. Hier ist Augenmass gefordert, indem die Möglichkeiten der SVO (freihändige Vergabe oder das Einladungsverfahren) ausgenutzt werden.

R.M.: *Wo sehen Sie die Vor- und Nachteile der heute geltenden Regelung, und in welchen Bereichen kommt die bevorstehende Revision Ihren Anliegen und Wünschen entgegen?*

P.K.: Die vorgesehenen Anpassungen der IVöB lösen für den Kanton Zürich wenig Veränderungen aus, weil die Gemeinden – im Gegensatz zu anderen Kantonen – bereits der Submissionsverordnung unterstellt sind. Die Erhöhung der Schwellenwerte stellt kein Problem dar. Dass hingegen im Entwurf der Vergaberichtlinien (VRöB) ausdrücklich festgehalten wird, dass im freihändigen Verfahren Preisverhandlungen zulässig sind, ist ein Widerspruch in sich. Die Einsicht in die Protokolle der Offertöffnungen muss für die Anbieter unverändert bleiben, nicht «spätestens nach dem Zuschlag». Wenn das so bleiben sollte, müsste als Folge davon die nicht aufschiebende Wirkung bei Einsprachen anders als heute gelöst werden.

R.M.: *Wo orten sie den grössten Chancen- und wo den grössten*

Problembereich mit dringendem Handlungsbedarf auf Seite der Anbietenden?

P.K.: Die bisherigen Vorschriften waren akzeptabel und haben sich eingespielt. Probleme sehe ich bei der Handhabung, indem u.a. von den bis jetzt beiderseits anerkannten Leistungsbeschrieben CRB-NPK abgewichen wird. Bemerkenswert ist eine neue Tendenz, jetzt bei aktuellen Submissionen im Tiefbau der Stadt Zürich mit einem umfangreichen eigenen Leistungsbeschrieb des Tiefbauamts (TAZ). Bei der Offertstellung muss der Unternehmer nochmals definieren, was seiner Ansicht nach im Devis des TAZ falsch ausgesetzt oder vergessen wurde. Wenn beispielsweise dann auch noch steht: «Zu einem späteren Zeitpunkt können keine weiteren Forderungen gestellt werden», heisst das nichts anderes, als dass der Unternehmer für den mangelhaften Leistungsbeschrieb des Bauherrn gerade stehen muss. Die Devis sind die Grundlage der Werkverträge, und wenn zu wenig deutlich umschrieben wird, was der Bauherr will, sind Auseinandersetzungen vorprogrammiert. Es sollte Einigkeit darüber bestehen, was man gegenseitig – umschriebene Leistung/Menge und Preis – eingeht. Mit dieser neuen Ausschreibungsart und dem Begriff «Industrielles Bauen» kommen wir da auf eine neue Fahrbahn, die mit vielen Fragezeichen behaftet ist. Das Rad soll wieder einmal neu erfunden werden.

R.M.: *Ist die im Rahmen der GATT/ WTO-Bestimmungen beabsichtigte Marktöffnung auf nationaler und internationaler Ebene für Ihre Verbandsmitglieder Realität geworden, und, falls JA: Inwieweit nutzen sie die Chance, welche die Marktöffnung bietet?*

P.K.: Die Marktöffnung auf internationaler Ebene hatte für die Bauwirtschaft der Schweiz marginale Bedeutung, weil sie auf den Binnenmarkt ausgerichtet ist. Die Zeiten, als viele schweizerische Bauunternehmen im Ausland produzierten, sind Vergangenheit, zum Teil eine leidvolle. Nach meinem Wissensstand gibt es wenige Unternehmer, die im süddeutschen Raum tätig sind. Hingegen hat die Marktöffnung

konkrete Chancen für ausländische Anbieter gebracht, speziell bei grossen Infrastrukturbauten. Indessen ist bei vielen Ausländern die Illusion gewichen, der Baumarkt Schweiz sei ein Hochpreisland und es lasse sich das grosse Geld verdienen. Verschiedene Ausländer haben das Feld für kleinere Objekte bereits wieder geräumt. Für Planer und Generalunternehmer war die Marktöffnung in Einzelfällen positiv. Die Zürcher Unternehmen leiden natürlich auch unter dem «Zürich-Syndrom». Man meint in anderen Kantonen, die Zürcher hätten zuhause eigentlich schon genug Arbeit und eine ausreichende Auslastung. «Warum müssen sie jetzt noch in andere Gebiete vordrängen?» Wenn Zürcher Unternehmer im Wallis, im Jura, Graubünden oder in weiteren Gebieten tätig werden wollen, dann wird immer noch mit einer gewissen Methodik – die ist nicht immer gleich – versucht, den ungeliebten Zürcher «auszuhebeln». Den Widerstand gegen Zürcher Unternehmen, welche ausserhalb dem Mittelland tätig werden wollen, den gibt es nach wie vor. Kennen Sie Baustellen im Glarnerland mit zürcherischen Unternehmen? Wie steht es umgekehrt? Zürich ist liberal und das finde ich auch gut so, aber mit dem Gegenrechtsprinzip hapert es noch.

«Das Beschwerderecht muss sein. Wir haben gehofft, dass bereits in kurzer Zeit zu wesentlichen Fragen Grundsatzentscheide fallen. Das war bisher leider zu wenig der Fall.»

Wir hatten einen schwierigeren Fall im Wallis, wo versucht wurde, den «Standard Wallis» auch auf den Unternehmer Zürich anzuwenden, was jeglicher Rechtsgrundlage entbehrte. Der Zürcher Unternehmer wurde im Grunde genommen schikaniert. Das konnten wir in der Zwischenzeit lösen, weil es nicht rechtens war.

R.M.: *Was bedeutet das Verbot von Abgebotsrunden für Ihre Verbandsmitglieder? Hat es gesamthaft gesehen zu eher höheren oder eher tieferen Preisen geführt?*

«Wir waren gegen die auf-schiebende Wirkung. Wenn Beschwerden zu einer grundsätzlichen Erkenntnis führen, müssen Gerichtsentscheide Einfluss auf die zukünftige Praxis haben und damit wäre das wesentliche Ziel erfüllt.»

P.K.: Die Unzulässigkeit von Abgebotsrunden ist zweifelsfrei positiv, für Anbieter wie für Bauherren. Es zwingt Anbieter, auf Anrieb ein verlässliches Angebot einzureichen. Bauherren erhalten ein klare Ausgangslage. Wenn Abgebotsrunden möglich wären, würden Anbieter in jedem Fall den Rabatt einrechnen. Weil Abgebotsgespräche, also ein «Basar», für alle Anbieter individuell erfolgen würden, wäre keine Transparenz gegeben. Die Gefahr der aktiven und passiven Bestechung würde bestehen. Die Nachfragemacht spielt ebenfalls eine Rolle. Wer offeriert, überlegt sich ja unter welchen Gesetzmässigkeiten der Bauherr die Offerte behandelt. Der Unternehmer macht sich in der Einreichungsphase Überlegungen, was nachher abläuft. Wenn er zum vornherein weiss, dass der Auftraggeber Gespräche im Hinblick auf Rabatt führt, dann muss er den Rabatt, den er später geben will, vorher einrechnen. Wenn er hingegen weiss, dass die Zahl, die er deponiert, netto ist, dann ist die Ausgangslage anders. Darum muss man die beiden Verfahren, private und öffentliche Verfahren, differenziert betrachten. Weil sich die Unternehmer darauf einstellen, bei der öffentlichen Submissionen ohne Abgebotsrunde zu offerieren, ist die Schlusssumme anders als bei einem Generalunternehmer. Er weiss zum voraus, dass der Generalunternehmer oder der Private ein- oder zweimal auf den Preis zurückkommt. Beide Methoden führen zum gleichen Ziel. Wenn behauptet wird, der Preis für Bauleistungen für die öffentliche Hand sei höher, dann frage ich mich: warum bauen Bauunternehmer überhaupt noch für Private? Es wäre ja attraktiver, nur noch für die öffentliche Hand zu arbeiten, wenn die Preise besser wären.

R.M.: Stimmt es, dass die sehr weitgehende Reglementierung im Submissionsbereich der öffent-

lichen Hand mit Beschwerderecht der Anbietenden zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen Aufträgen öffentlicher und privater Bauherren geführt hat, und, falls JA: in welchen Bereichen? Was ist Ihre Meinung zur Praxis des Verwaltungsgerichts zur aufschiebende Wirkung?

P.K.: Eine Wettbewerbsverzerrung kann ich nicht erkennen, weil die beiden Verfahren schliesslich zu vergleichbaren Ergebnissen führen. Das Beschwerderecht muss sein. Wir haben gehofft, dass bereits in kurzer Zeit zu wesentlichen Fragen Grundsatzentscheide fallen. Das war bisher leider zu wenig der Fall. Das Beschwerderecht sollte aber nicht für den Abbau von Frustrationen eingesetzt werden. Ich war immer dagegen, dass man auf dem Beschwerdeweg Streit um Details führt. Bezüglich Pro und Kontra zur aufschiebenden Wirkung gibt es zwei Haltungen. Im Rahmen der seinerzeitigen Diskussionen um die Submissionsverordnung waren wir gegen die aufschieben-

de Wirkung (bei bereits abgeschlossenen Verträgen), u.a. wegen der Blockierung der Bauausführung. Wenn Beschwerden zu einer grundsätzlichen Erkenntnis führen, müssen Gerichtsentscheide Einfluss auf die zukünftige Praxis haben und damit wäre das wesentliche Ziel erfüllt.

R.M.: Falls Sie könnten, würden Sie das Rad der Zeit vor den 1. November 1997, dem Zeitpunkt der Inkraftsetzung des Beitritts-gesetzes zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), zurückdrehen und falls JA: Weshalb?

P.K.: Das ist im Moment eine rein theoretische Frage. Mit dem Status Quo leben wir. Es wird sich erst in einem längeren Zeitraum herausstellen, ob GATT-Abkommen und die ganze Frage der Liberalisierung der Weltmärkte Bestand haben werden. Die Globalisierung jedenfalls hat bisher nicht nur positive Aspekte gezeigt.

Wir sind auf dem richtigen Weg

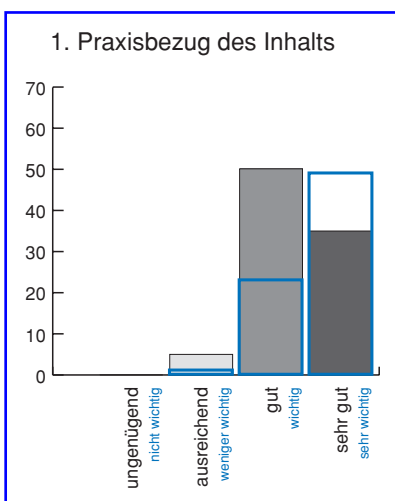
Resultate der Leserumfrage

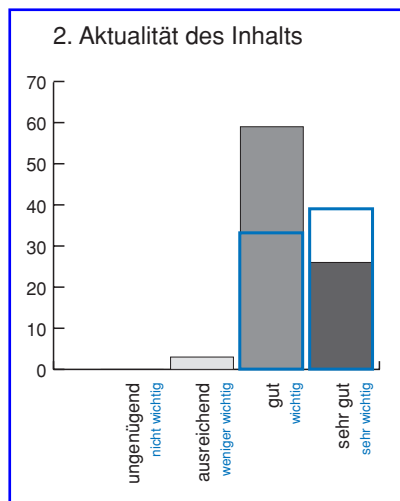
Als die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen mit Hilfe des Ressorts Kontakte im Sommer 2000 begann, mit dem KRITERIUM eine Zeitschrift herauszugeben, standen zwei Hauptziele im Vordergrund:

Erstens sollte der Praxisbezug von Erlassen des Submissionswesens geprüft und hergestellt werden, und zweitens sollte der Kontakt zwischen der Privatwirtschaft und Verbänden einerseits sowie den vergebenden Stellen der öffentlichen Hand (vorab Kanton und Gemeinden) andererseits im Rahmen des neuen Submissionsrechts verstärkt werden.

Das KRITERIUM zählt heute 768 Abonnenten, die Auflage beträgt rund 2'000 Exemplare.

Auf die in der Nummer 5 vom November 2001 durchgeführte Leserumfrage sind annähernd 100 Antworten eingegangen. Der Rücklauf ist somit beachtenswert und erlaubt recht gut gesicherte Erkenntnisse über die mit der Umfrage ermittelten Meinungen. Die drei wichtigsten Fragen nach

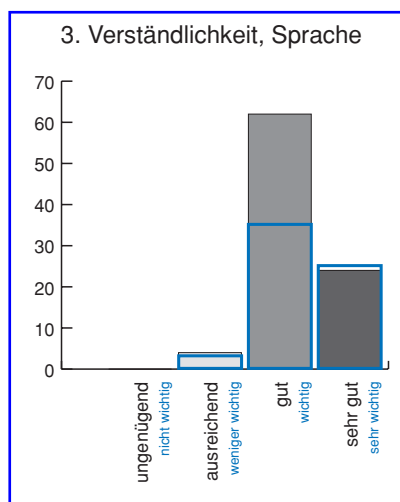




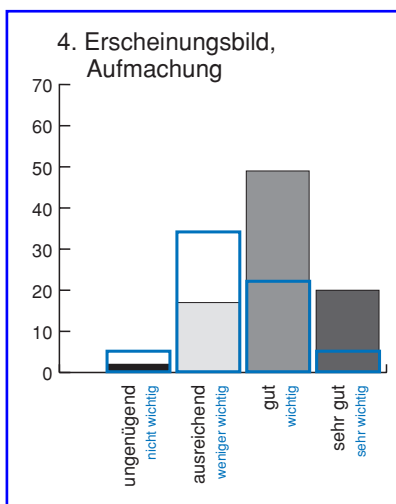
dem Praxisbezug des Inhalts, der Aktualität des Inhalts sowie der Verständlichkeit und Sprache der Artikel sind mit den Noten gut bis sehr gut beurteilt worden. Die Hauptbeurteilung der Leserschaft in bezug auf die Zielsetzungen ist klar und ermutigt die Herausgeber, das Erscheinen des KRITERIUMS weiterzuführen. Bei der parallel dazu gestellten Frage nach der Relevanz dieser Fragen zeigte sich, dass Bewertung und Relevanz weitgehend übereinstimmen.

Trotz den vorwiegend positiven Antworten waren auch kritische Töne zu hören. So wurde angemerkt, dass einzelne Beiträge etwas zu stark im Allgemeinen geblieben sind, anstatt konkrete wichtige Punkte zu erklären. Auch wurde beanstandet, dass die Anwendung des Submissionsrechts – mangels Fachleuten und Erfahrung – insbesondere für kleinere Gemeinden schwierig sei.

Die Fragen nach dem Erscheinungsbild und dem Umfang

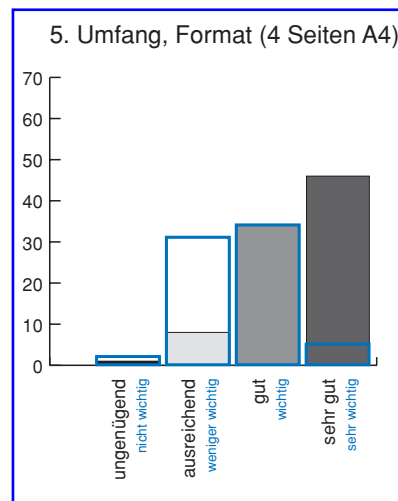


ergeben ein etwas differenziertes Bild. Während immer noch gut die Hälfte der Antworten die Aufmachung und das Erscheinungsbild als gut taxierten, wurde es von knapp je einem Viertel einerseits mit sehr gut, andererseits aber nur mit ausreichend bewertet, während zwei Antworten das Urteil: ungenügend aussprachen. Allerdings hat eine deutliche Mehrheit der Antworten (rund 60 %) das Erscheinungsbild als weniger wichtig bis nicht wichtig eingestuft. Mit dem gebotenen Umfang des Kriteriums waren die meisten der Antwortenden einverstanden, werteten aber diesen Gesichtspunkt ebenfalls als nicht besonders wichtig. Immerhin kann daraus der Schluss gezogen werden, dass angesichts der vielen



weiteren Informationen aus allen Gebieten eine Vergrößerung des Angebots einer einzelnen Ausgabe nicht gewünscht wird.

Der überwiegende Teil der antwortenden Personen erhält das KRITERIUM persönlich adressiert. Sie geben das Kriterium in aller Regel auch in Zirkulation. Eine Stimme wendet sich deutlich gegen die persönliche Adressierung, weil nach ihrer Ansicht der Aufwand für Verpackung, Papier und Porti eine Verschwendung darstellt. Die meisten schätzen die durch KRITERIUM gebotene Information, auch wenn sie teilweise andere Quellen haben; allein für zwei Lesende bringt KRITERIUM nichts Neues. Zwei Drittel der Antworten stammen von Personen, die in der öffentlichen Verwaltung von Bund, Kantonen



oder Gemeinden tätig sind; ein Drittel ist das Echo aus der Privatwirtschaft. Trotz dem Vorwiegen des öffentlichen Sektors ist es also Tatsache geworden, dass KRITERIUM die beiden Partner des Submissionswesens im Gedankenaustausch miteinander verbindet. In Bezug auf die Praxisnähe der antwortenden Personen kann festgestellt werden, dass praktisch alle an der Umfrage Beteiligten entweder selbst zuständig sind für die Vorbereitung und Durchführung von Submissionen oder sich jedenfalls häufig mit Submissionen beschäftigen. Die Frage, ob jemand bereit sei, für das KRITERIUM einen bescheidenen Beitrag zu leisten, wurde zu gleichen Teilen bejaht und verneint. Dieses Resultat ist für die Redaktion erfreulich, spiegelt sich doch darin die Wertschätzung der Leserschaft gegenüber dem KRITERIUM. Allerdings kann festgehalten werden, dass keine Absicht besteht, für das KRITERIUM eine Abonnementsgebühr zu verlangen.

Fred Hirschi

Impressum

Redaktion:

Cyrrill Bühler, Thalheim a.d.Th.
Fred Hirschi, Staatskanzlei, Zürich
Urs Keller, Urdorf
Herbert Lang, Baudirektion, Zürich
Daniela Lutz, Stadt Winterthur
René Manz, Stadt Zürich

Kontaktadresse:

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

Bezug:

Kantonale Drucksachen- und
Materialzentrale KDMZ
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich
Tel.: 01/468 68 68, Fax: 01/468 68 77
E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 8/Januar 2003

Vorbefassung – ein Stolperstein im Beschaffungswesen



Daniela Lutz

Spezialbegriff im öffentlichen Beschaffungswesen

Vorbefassung ist im Submissionsrecht der Begriff für Vorwissen, das ein Unternehmen oder Personen im Rahmen der Evaluation, Planung oder Vorbereitung einer Beschaffung erworben haben und das ihnen gegenüber der Konkurrenz in der konkreten Ausschreibung einen Wettbewerbsvorteil verschaffen kann. Ist ein Unternehmen oder sind Personen vorbefasst, bedeutet dies, dass sie zur Angebotsabgabe nicht mehr zugelassen werden dürfen.

Die Vorbefassung ist begrifflich in den geltenden Rechtsgrundlagen bisher nicht ausdrücklich erwähnt, wird aber aus den allgemeinen Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz und der im Verwaltungsrecht generell geltenden Ausstandspflicht (§ 5a VRG; vgl. Kasten, S. 2) hergeleitet. § 18 der Zürcher Submissionsverordnung (SVO) trifft – im Umsetzung des GPA-

Abkommens der WTO – jedoch eine ausdrückliche Regelung mit Bezug auf Technische Spezifikationen. Sodann enthält § 8 der neuen Vergaberichtlinien (VRöB) zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) nunmehr eine ausdrückliche Regelung des Themas Vorbefassung (vgl. Kasten S. 2 und Hinweise zum neuen Recht auf S. 4).

Vorbefassung und Ausstandspflicht

Der Begriff der Vorbefassung ist eng mit jenem der Ausstandspflicht verbunden: Wer ein Angebot einreichen will, darf bei der Vorbereitung einer Submission nicht mitwirken – und umgekehrt: Wer bei der Vorbereitung einer Ausschreibung involviert war, muss in der Offertphase in

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Seit dem 1. Januar 1999 ist die Submissionsverordnung (SVO) für den ganzen Kanton Zürich gültig. Alle Gemeinden im Kanton Zürich müssen sich seit nun über 3 Jahren an diese Verordnung halten. Aber halten sich denn auch alle Gemeinden daran? Grosse Gemeinden kommen nicht um die Einhaltung der Submissionsverordnung herum. Zu gross sind der politische Druck und die internen und externen Kontrollen. Aber wie sieht es bei mittleren und kleinen Gemeinden aus, und wie verhalten sich die Schul- und Kirchenbehörden? Sind sie bereit und in der Lage, die komplexe und nicht ganz einfache SVO einzuhalten? In kleinen Gemeinden übt das lokale Gewerbe einen gewissen Druck aus. Oftmals sind gerade Gewerbetreibende in der Gemeinde sehr engagierte Leute. Häufig haben sie ein politisches Amt inne oder beteiligen sich sehr stark am Vereinsleben. Sie tragen mit ihrem Engagement zu einem aktiven Gemeinwesen bei. Liegt es dann nicht nahe, dass gerade solche Personen möglichst viele Aufträge der Gemeinde erhalten sollten? Die Submissionsverordnung schliesst das lokale Gewerbe nicht zum vornherein aus. Mit dem Einladungsverfahren und dem freihändigen Verfahren kann das lokale Gewerbe ohne Verletzung des Binnenmarktgesetzes und der Submissionsverordnung berücksich-

tigt werden. Wichtig ist jedoch, dass der Wettbewerb eingehalten wird und das Vergabeverfahren transparent bleibt. Dafür sorgen die Bestimmungen der Submissionsverordnung. Ich arbeite selber auf einer kleinen Gemeinde im Zürcher Weinland und habe 25 kleinere und mittlere Gemeinden angefragt, welche Erfahrungen sie bis heute mit der SVO gemacht haben. Die ersten Antworten haben gezeigt, dass die grosse Mehrheit sich an die SVO hält. Bei den mittleren Gemeinden (ab 1'000 Einwohner) steht ein Abweichen von der Submissionsverordnung ausser Diskussion. Hingegen kann es bei den kleineren vorkommen, dass hin und wieder von der Verordnung abgewichen wird. Dies geschieht aber nicht aus bösem Willen, sondern deswegen, weil die Handhabung der SVO den kleinen Gemeinden Mühe bereitet. Wenn die Gerichtsentscheide nicht ständig verfolgt werden, kommt schnell Unsicherheit auf. Mit KRITERIUM wollen wir versuchen, auch den kleinen und mittleren Gemeinden eine grössere Sicherheit in der Anwendung der SVO zu bieten. Aus diesem Grund werden wir in einer der nächsten Ausgaben die Erfahrungen dieser Gemeinden näher betrachten.

Für das Redaktionsteam
Cyrill Bühler

den Ausstand treten, darf also kein Angebot einreichen.

Die Vorbefassung kann zu Wettbewerbsvorteilen, also ungleich langen Spiessen der Anbietenden führen, zum Beispiel dadurch, dass

- die Ausschreibung auf ein bestimmtes Produkt oder ein Verfahren ausgerichtet wird, welches das vorbefasste Unternehmen sehr gut kennt, herstellt oder vertreibt bzw. mit dessen Herstellerfirma es wirtschaftlich oder persönlich – z. B. durch Beteiligungen – verbunden ist;
- die Ausschreibungsunterlagen kalkulatorischen Spielraum enthalten, der es den vorbesten Anbietenden ermöglicht, ein preislich knapp kalkuliertes Angebot abzugeben;
- ein vorbestes Unternehmen oder eine vorbeste Person wegen des bestehenden Kontaktes zur Vergabestelle ein ausgereifteres, qualitativ besseres, innovativeres oder den Bedürfnissen der Vergabestelle ideal angepasstes Angebot einreichen kann (insbesondere auch bei komplexen, technisch hoch spezialisierten Aufträgen);
- ein vorbestes Unternehmen oder eine Person in der zur Verfügung stehenden, evtl. knapp bemessenen Zeit für die Angebotsabgabe ein materiell und formell besseres Angebot erstellen kann;
- die Beratung der Vergabestelle im Vorfeld einer Ausschreibung dazu führt, dass rechtlich oder wirtschaftlich verbundene oder persönlich bekannte Anbietende einen Wettbewerbsvorteil haben.

Strenge Gerichtspraxis

Die Gerichte haben bereits eine beachtliche Anzahl von Entscheidungen zur Problematik der Vorbestfassung gefällt. Die Praxis ist generell streng. Insbesondere ist in Analogie zur Rechtsprechung zur Ausstandspflicht bereits der objektiv begründete Anschein eines möglichen Wettbewerbsvorteils für eine Vorbestfassung ausreichend. Ein tatsächlicher, also nachweisbarer Wettbewerbsvorteil ist nicht erforderlich.

Generell gilt, dass Anbieterinnen und Anbieter, die bei der Vorbereitung einer Ausschreibung direkt und konkret beteiligt

§ 5a VRG Ausstand

Personen, die Anordnungen zu treffen, dabei mitzuwirken oder sie vorzubereiten haben, treten in den Ausstand, wenn sie in der Sache persönlich befangen erscheinen, insbesondere:

- a) in der Sache ein *persönliches Interesse* haben;
 - b) mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade *verwandt oder verschwägert* oder durch Ehe, Verlobung oder Kindesannahme verbunden sind;
 - c) *Vertreter einer Partei* sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren.
-

§ 18 Abs. 4 SVO Technische Spezifikationen

Die Auftraggeberinnen und Auftraggeber dürfen *nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise* von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, *Hinweise einholen oder annehmen*, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können.

§ 8 VRöB Vorbestfassung

Personen und Unternehmen, die an der *Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens* derart mitgewirkt haben, dass sie die *Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können*, dürfen sich am Verfahren nicht beteiligen.

waren, z. B. durch Ausarbeitung des Devis, des Pflichtenheftes oder durch ausschreibungsbezogene Beratung der Vergabestelle, immer wegen Vorbestfassung auszuschliessen sind.

Folgende Konstellationen wurden u.a. vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich als Vorbestfassung, die keine Angebotsabgabe mehr zulässt, beurteilt:

- Die Unternehmung, die das der Ausschreibung zugrunde liegende Konzept für den Internet-Auftritt einer Stadt verfasst hat, darf nicht als Anbieterin bei der Ausschreibung der Realisierung teilnehmen (VB.2001.00332 vom 19. April 2002; siehe www.vgrzh.ch).
- Ein Ingenieur, der die Arbeiten zur Einleitung des Quartierplanverfahrens erbracht hat (Plan des Bezugsgebietes, Technischer Bericht etc.), darf bei den Ausführungsleistungen (technische Ausführung) für den Quartierplan nicht mitoffertieren (VB.2001.00261 vom 8. Mai 2002; siehe www.vgrzh.ch).
- Ein Architekturbüro, das im Vorfeld einer Schulhaussanierung den Sanierungsbedarf festgestellt und aufgelistet hat, das Vorschläge für die Umsetzung einzelner Räume gemacht sowie Projektskizzen, Pläne für den zu erstellenden Anbau und Kostenvoranschlä-

ge erstellt hat, ist vom Verfahren für die Ausschreibung der weiteren Architekturleistungen auszuschliessen. Dies auch wenn die Ausschreibungsunterlagen an sich von einem Dritten erstellt wurden, den Mitbietenden die Beteiligung des Architekturbüros transparent gemacht sowie die vorhandenen Unterlagen ausgehändigt worden sind (VB.2002.00104 vom 24. September 2002; siehe www.vgrzh.ch).

- Wer als Gesellschafter einer GmbH für eine Audio-Video-einrichtung das Projekt verfasst sowie die Fachplanung und Fachbauleitung übernimmt, gilt mit Bezug auf die Vergabe der Lieferungen bzw. Dienstleistungen zur Realisierung als vorbestest. Die Projektplanung führte nämlich u.a. zur Empfehlung von gewissen Produkten, mit deren Lieferanten bzw. Leistungserbringern, die eigenständige juristische Personen waren, der Projektverfasser persönlich bzw. wirtschaftlich verflochten war (VB.2001.00219 vom 10. April 2002).

Nicht als Vorbestfassung beurteilt wird Wissen, das eine Unternehmung in der generellen Zusammenarbeit mit der Vergabestelle oder aufgrund einer früheren Beschäftigung mit dem Projekt, die nichts mit der konkreten

Ausschreibung zu tun hat, erworben hat. Ebenso wenig werden Dienstleister, die evtl. schon während Jahren für eine Vergabestelle tätig gewesen sind, von der Angebotsabgabe ausgeschlossen, wenn dieser Dienstleistungsauftrag neu ausgeschrieben wird (z.B. Gemeindeingenieur, Friedhofsgärtner).

Folgen für die Vergabe

Die strenge Gerichtspraxis bringt viele, insbesondere auch kleinere Vergabestellen in Bedrängnis: Wenn bisher aufgrund von nicht vorhandenen oder knappen verwaltungsinternen Ressourcen (personell und finanziell) häufig Unternehmungen oder Personen zur Vorbereitung einer Beschaffung, zum Erarbeiten eines Devis oder zum Erstellen einer sogenannten «Richtofferte» beigezogen wurden, ist dies heute nicht mehr zulässig, wenn diese Anbietenden selbst mitoffertieren möchten. Für viele Auftragsarten lassen sich folglich kaum mehr Anbieterinnen oder Anbieter finden, die bereit sind, bei der Vorbereitung der Ausschreibung mitzuarbeiten, wenn sie wissen, dass sie kein Angebot mehr abgeben können. Der Ausschluss von vorbefassten Anbietenden kann so durchaus auch mit dem Grundsatz der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel kollidieren, insbesondere auch dann, wenn eine neue Anbieterin oder ein neuer Anbieter sich das Vorwissen zuerst mit relativ grossem Aufwand aneignen oder erarbeiten muss, und unter Umständen auch Know-How verloren geht.

In der Fachliteratur und in der Rechtsprechung werden deshalb Ausnahmen diskutiert. Es soll danach keine Vorbefassung angenommen werden, wenn

- der für den konkreten Auftrag verfügbare Anbietermarkt sehr klein ist, wenn also durch den Ausschluss einer Anbieterin oder eines Anbieters kein wirksamer Wettbewerb mehr vorhanden wäre. Dies kann wohl nur bei einem Anbietermarkt von nicht mehr als etwa drei Konkurrenten angenommen werden und kommt am ehesten bei grossen, technisch hoch spezialisierten Aufträgen in Frage;
- die Vorarbeiten untergeordnet

sind und keinen Wissensvorsprung ermöglichen. Die Abgrenzung, wann Vorarbeiten in diesem Sinne untergeordnet sind, macht Schwierigkeiten und die Auslegung der Gerichte, die zu diesen Ausnahmen schon Stellung genommen haben, erweist sich zum Teil als nicht einheitlich.

In allen Ausnahmefällen muss als flankierende Massnahmen sicher gestellt werden, dass die Mitwirkung der vorbefassten Unternehmung transparent gemacht wird, dass die übrigen Anbietenden sämtliche Unterlagen (Studien, Pläne etc.) vollumfänglich zur Verwendung erhalten und dass die Zeit für die Angebotsabgabe grosszügig bemessen wird, damit die übrigen Anbietenden sich sachgerecht einarbeiten können.

Die Praxis zu den Ausnahmekategorien entwickelt sich zurückhaltend. Generell kann festgehalten werden, dass viele Vergabestellen den Wunsch nach einer klareren und weniger stringenten Regelung äussern. Die «Dunkelziffer» jener Fälle, in denen vorbefasste Anbieterinnen und Anbieter im Vergabealltag zur Angebotsabgabe zugelassen werden, ist erfahrungsgemäss hoch. Ob die Bestimmung der neuen VRöB (§ 8, siehe Kasten), zu einer Aufweichung der bisher strengen Gerichtspraxis führen wird, bleibt abzuwarten.

Ausstandspflicht

Das Problem der Ausstandspflicht im Zusammenhang mit Submissionsverfahren wird häufig zu wenig bemerkt. Abgesehen von direkten persönlichen Beziehungen, die einen Zuschlag beeinflussen können, sind unter diesem Aspekt auch Auftragserteilungen verwaltungs- bzw. behördenintern heikel, z.B. der Auftrag an einen Stadtrat, als Architekt eine Kostenschätzung zu erstellen, oder an einen Schreinermeister, der Mitglied einer Baukommission ist, ein Devis zu schreiben. Ein solches Behördenmitglied hat bei der anschliessenden Vergabe in den Ausstand zu treten.

Die wichtigsten Ratschläge für die Praxis

1. Dem Problem der Vorbefassung

ist bei jedem Vorhaben, frühzeitig und konstant Aufmerksamkeit zu schenken.

2. Vor Erteilung eines Auftrages für eine Projektstudie, eine Ideenskizze, eine Machbarkeitsstudie, ein Konzept, ein Strategiepapier, ein Vorprojekt, eine Kostenschätzung, einen Kostenvoranschlag oder eine generelle Beratung ist die Vorbefassung zu thematisieren: Dem für den Auftrag vorgesehenen Unternehmen ist transparent zu machen, dass es unter Vorbehalt der erwähnten Ausnahmegründe wegen Vorbefassung später nicht mitoffertieren kann, und dass es sämtliche Unterlagen für die Ausschreibung zur Verfügung stellen muss. Die Vergabestelle selbst muss sich im klaren darüber sein, dass ein solches Unternehmen grundsätzlich weder ein Angebot abgeben kann, noch dass ihm in der Regel weitere Aufträge freihändig erteilt werden können (insbesondere auch nicht gestützt auf eine Ausnahmebestimmung von § 11 SVO).

3. Bei «wachsenden Planungen» ist Vorsicht am Platz: Häufig beginnt ein Auftrag mit wenigen Vorabklärungen, die auch wenig kosten. Diese Arbeiten entwickeln sich im Verlaufe der Zeit z.B. zu einer Studie, einem Vorprojekt und zum Erstellen eines Kostenvoranschlages usw. Ganz abgesehen von der Problematik, dass solche Planerinnen oder Planer vielleicht über einige Jahre hinweg Honorar generieren, das über den Schwellenwerten für eine freihändige Vergabe liegt, ist mit Sicherheit eine Vorbefassung gegeben. Eine freihändige Vergabe für den Ausführungsauftrag lässt sich in der Regel nicht begründen, der Know-How-Verlust bei der Auftragsvergabe an eine neue Planerin oder einen neuen Planer kann gross sein. In solchen Fällen kann eine weit vorausschauende Planung helfen: Bereits beim ersten wichtigeren Planungsschritt ist bei der Auftragsvergabe jenes Vergabeverfahren zu wählen, das den Gesamtkosten des maximal vorgesehenen oder gewünschten Auftrages Rechnung trägt. Dies führt häufig zu

einem Einladungs- oder sogar zu einem offenen Verfahren. Realisiert wird vorerst zwar nur der erste Teilauftrag. Die weiteren Teilaufträge aber, die u.a. von den Ergebnissen der Vorarbeiten, politischen Entscheidungen und Kreditbegehren abhängen, sind in der Ausschreibung als Optionen zu formulieren und können bei Realisierung der ursprünglichen Auftragnehmerin oder dem ursprünglichen Auftragnehmer erteilt werden.

4. Kommt eine Vergabestelle zum Schluss, die Vorbefassung sei im Sinne der beschriebenen Ausnahmen auszuschliessen,

das vorbefasste Unternehmen sei also zur Angebotsabgabe zuzulassen, ist darauf in der Ausschreibung für den Vorbereitungsauftrag ebenso hinzuweisen wie in den Unterlagen für den Ausführungsauftrag. Die Vorarbeiten dürfen nicht auf ein Produkt oder Verfahren ausgerichtet sein, sind marktgerecht zu entschädigen und sämtliche Unterlagen sind allen Anbietenden umfassend und mit ausreichend Zeit für eine Angebotsabgabe zur Verfügung zu stellen. Den Anbietenden ist auch Gelegenheit zu geben, der vorbefassten Anbieterin oder dem vorbefassten Anbieter Fragen zu stellen. ■

das Konkordat erfasst waren (Telekom, Sektorenbetriebe unabhängig von der Rechtsform und Eisenbahnen, die mehrheitlich durch die öffentliche Hand subventioniert werden), ausser etwa den Bereichen Gas oder Seilbahnanlagen, ist vor allem die interkantonale *Harmonisierung im Bereich der Schwellenwerte* für unseren Kanton von Bedeutung. Dabei werden insbesondere die viel kritisierten *Schwellenwerte bei der freihändigen Vergabe massiv erhöht*:

Lieferungen:

Fr. 50'000 → Fr. 100'000

Dienstleistungen:

Fr. 50'000 → Fr. 150'000

Bauleistungen im

Bauhauptgewerbe:

Fr. 100'000 → Fr. 300'000

Eine besondere Situation ergibt sich bei den neu in unserem Kanton unterschiedenen Bauleistungen im **Baunebengewerbe**, wo der Schwellenwert für das freihändige Verfahren von Fr. 100'000 auf Fr. 150'000 steigt, gleichzeitig aber jener für das offene oder selektive Verfahren von Fr. 500'000 auf Fr. 250'000 sinkt.

Diese Neuerung der IVöB wurde angesichts der kleineren Auftragsvolumina im Baunebengewerbe im Interesse der Transparenz, des Marktzutritts und eines wirksamen Wettbewerbs eingeführt.

• Weiteres Vorgehen

Die Gesetzesvorlage «Beitritts-gesetz» geht nun in die Beratung der zuständigen kantonsrätlichen Kommission und des Kantonsrats. Parallel dazu wird – wie oben erwähnt – eine auf die VRöB abgestimmte Neufassung der Submissionsverordnung zum Beschluss durch den Regierungsrat vorbereitet. Der Beitritt zu IVöB und die Inkraftsetzung des neuen Rechts sollen möglichst im 2. Halbjahr 2003 erfolgen. ■

Herbert Lang

Impressum

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

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

Layout: Andreas Walker, BDkom

Bezug: Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ;
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 01/468 68 68, Fax: 01/468 68 77;
E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

Neues Vergaberecht – Stand der Umsetzung im Kanton Zürich

• Aktuelle Situation

In KRITERIUM Nr. 5 vom November 2001 wurde dargestellt, welche Auswirkungen das Bilaterale Abkommen CH-EU auf den Kanton Zürich hat und wie die Änderungen im Kanton Zürich umgesetzt werden sollen. Inzwischen ist die Entwicklung weiter gegangen, so dass es sich lohnt, wieder einmal einen Blick darauf zu werfen. Bei den seinerzeit erwähnten fünf Anpassungsschritten präsentiert sich die Situation heute wie folgt:

1. Für den Beitritt zur geänderten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) hat der Regierungsrat am 11. Dezember 2002 einen Antrag an den Kantonsrat gerichtet, der ein *neues Beitrittsgesetz* zum Inhalt hat (vgl. www.kanton.zh.ch – Links – Kantonsrats-Versand, 8.1.2003, Vorlage 4036). Bereits haben die Kantone FR, SG, BE und BS den Beitritt beschlossen und auch in allen anderen Kantonen sind Aktivitäten im Gang, um den Beitritt so bald als möglich vollziehen zu können. Ein Mitziehen des Kantons Zürich ist daher angezeigt.
2. Die Vergaberichtlinien zur revidierten IVöB sind am 2. Mai 2002 vom Interkantonalen Organ (InöB) des Konkordats ebenfalls neu erlassen worden. (Die Texte beider Erlasse sind unter «www.bpuk.ch/index/extern/index_dt.htm» zu fin-

den.) In enger Anlehnung an diese Vorgabe sind zur Zeit die Arbeiten an einer neuen Submissionsverordnung für den Kanton Zürich im Gang.

3. Der Aufbau der Schweizer Internetplattform SIMAP.CH ist soweit vorangeschritten, dass die Pilot-Kantone VD, GE, FR und TI noch im vergangenen November aufgeschaltet werden konnten. Weitere Teilnehmer, insbesondere die Deutschschweizer Kantone und der Bund werden folgen. KRITERIUM wird in der nächsten Nummer speziell über SIMAP und GIMAP berichten.
4. Die Totalrevision des *Handbuchs für Vergabestellen* konnte soweit vorangetrieben werden, dass der Inhalt des neuen Handbuchs inzwischen in einer Rohfassung vorliegt. Die Fertigstellung soll auf die Inkraftsetzung des neuen Rechts erfolgen.
5. Die *Information und Schulung* der kantonalen und kommunalen Vergabestellen ist ebenfalls in Vorbereitung und soll rechtzeitig zur Einführung des neuen Rechts erfolgen.

• Wichtigste Punkte der Neuerungen

Da die Gemeinden im Kanton Zürich schon heute der kantonalen Regelung unterstehen und die weiteren durch das Bilaterale Abkommen hinzugekommenen Vergabestellen bereits z. T. durch

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 9/Mai 2003

Wettbewerbe und öffentliches Beschaffungswesen

Rechtslage, Gerichtsentscheide und Praxis



Claudia
Schneider
Heusi,
Rechtsanwältin

Grundlagen

Öffentliche Bauherren als Veranstalter von Architektur- und Ingenieurwettbewerben haben die Submissionsgesetzgebung zu beachten. Im Kanton Zürich ist eine freihändige Vergabe gestützt auf § 11 Abs. 1 lit. k Submissionsverordnung (SVO) an den Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs möglich, vorausgesetzt, dass die Organisation des Wettbewerbs den Grundsätzen des Vergaberechts entspricht. Dies bedeutet, dass im Anschluss an einen Wettbewerb ein Zuschlag für den Weiterbearbeitungsauftrag freihändig erteilt werden kann, allerdings unter bestimmten Voraussetzungen. Erwähnt werden insbesondere «die Veröffentlichung einer Einladung an angemessen qualifizierte Anbieterinnen und Anbieter zur Teilnahme» sowie die «Beurteilung durch eine unabhängige Jury». Weitergehende Bestimmungen zum Wettbewerb sind nicht vorhanden. Es besteht die Möglichkeit, auf Bestimmungen von Fachverbänden, wie die SIA-Ordnung 142, zu verweisen.

Gerichtsentscheide im Kanton Zürich

Die erwähnten Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe sind auslegungsbedürftig und geben Anlass zu zahlreichen Rechtsfragen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat sich zu einzelnen Punkten bisher wie folgt geäußert:

- Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb unterscheidet sich, so das Verwaltungsgericht, von der gewöhnlichen Submission vor allem in der Beurteilung durch eine unabhängige Jury und der anonymen Durchführung (VB.2001.00035 vom 13.3.2002; VB 2000.00261 vom 10.5.2001; siehe www.vgrzh.ch).

Kommentar zu diesem Entscheid: In der Submissionsverordnung wird allerdings das Erfordernis der **Anonymität** gerade nicht genannt. Die geforderte **Unabhängigkeit** der Jury muss nicht zwangsläufig mit der Anonymität der Verfahren gleichgesetzt werden. In Einzelfällen, insbesondere auch bei wettbewerbsähnlichen Studienaufträgen, bei denen der Wunsch nach Erteilung eines Folgeauftrags besteht, sollte der Veranstalter auch nicht anonyme Verfahren durchführen und dem Gewinner eines solchen Wettbewerbs den Zuschlag freihändig erteilen können, allerdings gebunden an den Juryentscheid.

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Vor rund drei Jahren erschien die erste Nummer des KRITERIUM. Am 1. Januar 1999 erlangte die Submissionsverordnung (SVO) Gültigkeit für alle Vergaben der öffentlichen Hand im Kanton Zürich. Seither hat sich einiges verändert. War vorher das Thema Beschaffungswesen der öffentlichen Hand lediglich das Steckenpferd einiger Fachleute bei Bund, Kanton und einzelnen grossen Städten, ist es inzwischen zum zentralen Thema für alle Beschaffungen der öffentlichen Hand geworden. Und bereits steht die erste Revision des Beitrittsgesetzes zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und der SVO vor der Tür. Diese Revision hat ihren Grund zum einen an den erforderlichen Anpassungen im Zuge des bilateralen Abkommens mit der EU, gibt zum andern der öffentlichen Hand aber auch die Gelegenheit, gewisse Praxis- bzw. Lernerfahrungen auf Gesetzesstufe einfließen zu lassen.

Damit, dass das Thema Beschaffungswesen zu einem festen, gesetzlich geregelten Begriff für die Beschaffungen der öffentlichen Hand geworden ist, ist es aber noch nicht getan. Auch die Anbietenden befinden sich in einer intensiven Lernphase. Das hat zu einer neuen Art von Dienstleistung geführt, welche sowohl den Anbietenden als auch den Ausschreibenden Beratung und Unterstützung bietet und ihnen hilft, sich sicher auf dem noch etwas glatten Parkett des öffentlichen Beschaffungswesens zu bewegen. Das Beratungszentrum Zürich für Vergabeverfahren von Planungsdienstleistungen (bzz) ist eine der Organisationen, welche diese neue Dienstleistung anbietet. Das bzz wurde im Dezember letzten Jahres gegründet. Es ist ein Gemeinschaftswerk der Fachverbände sia, BSA, fsai, FSU und usic.

Das Redaktionsteam begrüßt diese Entwicklung. Hilft sie doch allen Beteiligten, sich mit zunehmender Sicherheit und Professionalität im anspruchsvollen Kontext des öffentlichen Beschaffungswesens zu bewegen. Ein Ziel, das wir alle gemeinsam möglichst schnell erreichen wollen. Auch KRITERIUM ist ein Mittel dazu.

Für das Redaktionsteam
René Manz, Stadt Zürich

- Nach einem weiteren Entscheid sind bei der **Festlegung des Verfahrens** die Schwellenwerte für Dienstleistungsaufträge inklusive allfälliger Folgeaufträge zu berücksichtigen. Die Absicht der Erteilung eines freihändigen Folgeauftrags muss deutlich aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgehen (VB.2000.00122 vom 2.11.2000). Eine freihändige Vergabe nach Abschluss eines Ideenwettbewerbs ist, so das Zürcher Verwaltungsgericht, nicht zulässig (VB.1999.00386 vom 2.11.2000).

Kommentar zu diesem Entscheid: Bei der Festlegung der Verfahrensart beim Projekt- und Gesamtleistungswettbewerb ist nicht allein auf den mutmasslichen **Folgeauftrag** abzustellen, sondern ist zusätzlich die **gesamte Preissumme** hinzu zurechnen. Beim Ideenwettbewerb berechnet sich der Schwellenwert aufgrund der Gesamtpreissumme. Die Erteilung eines Folgeauftrags an den Gewinner eines Ideenwettbewerbs kann wohl auch nicht so kategorisch ausgeschlossen werden.

- Das Verwaltungsgericht entschied ferner, dass eine freihändige Vergabe im Anschluss an einen Wettbewerb nur an den Gewinner erfolgen kann. Nicht zulässig ist es, entgegen dem Juryentscheid den Zuschlag einem anderen Wettbewerbsteilnehmer zu erteilen. Es müssen wesentliche Gründe

vorliegen, um ein **Abweichen von der Empfehlung der Jury** zu rechtfertigen. Solche liegen, wie das Zürcher Verwaltungsgericht entschieden hat, gerade nicht vor, wenn – beispielsweise baurechtliche – Mängel des Siegerprojekts von untergeordneter Bedeutung sind und im Rahmen der weiteren Projektierung noch behoben werden können. Nicht entscheidend ist auch, wie knapp der Juryentscheid zustanden gekommen ist. (VB2001.00035 vom 13. Februar 2002).

Kommentar zu diesem Entscheid: Dieser Entscheid ist für die Praxis ausserordentlich wichtig. Die Auftraggeberin darf von der Empfehlung der Jury nicht abweichen und hat den Zuschlag dem Gewinner zu erteilen. Eine Ausnahme liesse sich nur dort rechtfertigen, wo der Juryentscheid schlechterdings fehlerhaft erfolgte und eine Realisierung des Gewinnerprojekts aus rechtlichen wie tatsächlichen Gründen gar nicht möglich wäre.

- Das Zürcher Verwaltungsgericht hat zudem entschieden, dass es – zumindest bei Ausschreibungen ohne Folgeoption – zulässig ist, die Eignungsprüfung in einem selektiven Verfahren allein im Rahmen einer **anonymen Skizzenselektion** vorzunehmen. Ebenfalls hat das Gericht entschieden, dass keine Pflicht besteht, eine **Bewertungsmatrix** zu verwenden (VB.2000.00122 vom 2.11.2000; VB.1999.00386 vom 2.11.2000).
- Anfechtbar ist nur der Vergabeentscheid des öffentlichen Auftraggebers, nicht aber die Empfehlung des Preisgerichts (VB.2002.00022 vom 3.7.2002).

Umsetzung von Gesetzgebung und Entscheiden in der Praxis: was ist zu beachten?

Damit eine freihändige Vergabe im Anschluss an einen Wettbewerb erfolgen kann, sollten auf jeden Fall folgende Punkte beachtet werden:

- Die Auftraggeberin hat sich aufgrund der konkreten Fragestellung zu entscheiden, ob ein

Ideen- oder Projektwettbewerb, allenfalls ein **Gesamtleistungswettbewerb** oder ein **Studienauftrag** und ob allenfalls ein mehrstufiges Verfahren durchgeführt werden soll. Anschliessend ist die Verfahrensart abhängig vom Auftragswert festzulegen. Liegen bei einem Projektwettbewerb beispielsweise die Gesamtpreissumme und der Wert eines Folgeauftrags voraussichtlich über Fr. 248 950.–, ist eine offene Ausschreibung (allenfalls mit einer vorgängigen Präqualifikation) vorzunehmen.

- Die Grundsätze der **Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung** sind wichtig. Im Wettbewerbsprogramm sind das Verfahren, die Aufgaben, Rahmenbedingungen und Anforderungen sowie die massgebenden Beurteilungskriterien vorgängig verbindlich festzulegen. Änderungen können grundsätzlich nicht mehr erfolgen. In einem mehrstufigen Verfahren ist es möglich, die Kriterien für jede Stufe im jeweiligen Wettbewerbsprogramm noch detaillierter festzulegen (aber nicht mehr zu ändern). Ein solches Vorgehen sollte jedoch bereits zu Beginn bekannt gegeben werden.
- Die **Ansprüche der Wettbewerbsteilnehmer** sind im Wettbewerbsprogramm zu regeln (Preise, Urheberrechte etc.). Auf die Option der Erteilung eines freihändigen Folgeauftrags muss deutlich hingewiesen werden. Dabei ist auch dessen Umfang festzulegen.
- Sodann sind – falls erwünscht – im Wettbewerbsprogramm allfällige Normen, Empfehlungen und Ordnungen von Fachverbänden (wie die **SIA-Ordnung 142**) für verbindlich zu erklären. Diese sind in der Folge im Detail zu beachten. Die Submissionsgesetzgebung hat dabei aber weiterhin Vorrang.
- Es ist eine **unabhängige Jury** einzusetzen, deren Empfehlung bei der Zuschlagserteilung verbindlich ist. Das Erfordernis der Unabhängigkeit bezieht sich sowohl auf die Teilnehmenden wie auch auf die Auftraggeberin (vgl. dazu im Detail beispielsweise Art. 10

§ 11 Abs. 1 lit. k SVO

«Ein Auftrag kann unter folgenden Voraussetzungen direkt und ohne vorherige Veröffentlichung vergeben werden:

- k) Es soll aufgrund eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs der Vertrag mit dem Gewinner geschlossen werden, vorausgesetzt, dass die Organisation des Wettbewerbs den Grundsätzen des Beitrittsgesetzes und dieser Verordnung entspricht. Dies gilt insbesondere mit Bezug auf die Veröffentlichung einer Einladung an angemessen qualifizierte Anbieterinnen und Anbieter zur Teilnahme. Zur Beurteilung ist eine unabhängige Jury einzusetzen.»

der SIA Ordnung 142).

- Mehrstufige Verfahren sind zulässig, sofern dies im Wettbewerbsprogramm klar geregelt wurde. Ausserordentlich problematisch sind **unvorhergesehene Überarbeitungen** von Wettbewerbsprojekten. Es ist empfehlenswert, im Wettbewerbsprogramm eine Klausel aufzunehmen, wonach solche Überarbeitungen unter bestimmten, sehr eng gefassten Voraussetzungen möglich sind.
- **Ausstandsregeln** und das **Verbot der Teilnahme von vorbefassten Wettbewerbsteilnehmern** sind zu beachten. Externe Planer und Unternehmer, die für die Ausarbeitung des Wettbewerbsprogramms bzw. die Durchführung des Wettbewerbs beigezogen werden, sind darauf aufmerksam zu machen, dass sie sich am eigentlichen Wettbewerb nicht beteiligen dürfen.
- **Verfahrensvorschriften** sind zu beachten. Diese ergeben sich aus dem Wettbewerbsprogramm, den für anwendbar erklärten Bestimmungen von Fachverbänden und der Submissionsgesetzgebung. ■

www.simap.ch: Stand des Projekts im Kanton Zürich



Dr. iur. Mark Cummins
Baudirektion
GS/Stab

Was bedeutet «SIMAP»?

SIMAP steht als Abkürzung für «Association pour un système d'information sur les marchés publics en Suisse». Simap.ch ist ein Verein, der zur Einführung eines Informationssystems über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz gegründet wurde. Der Kanton Zürich ist diesem Verein im Jahr 2002 beigetreten.

www.simap.ch ist die elektronische Plattform auf dem Internet, auf der öffentliche Ausschreibungen publiziert werden können. Im Moment werden auf www.simap.ch nebst allgemeinen Informationen zum Beschaffungswesen insbesondere Ausschreibungen und die erfolgten Zuschläge publiziert. Noch nicht möglich sind – aus juristischen und technischen Gründen (Stichwort: elektronische Unterschrift) – hingegen elektronische Offerten. Eine Arbeitsgruppe «simap 2» befasst sich jedoch bereits mit solchen und anderen Verbesserungsvorschlägen im Bereich Bedienerfreundlichkeit.

Was ist die rechtliche Grundlage für die Publikation von Ausschreibungen?

Gemäss dem bisherigen § 16 Abs. 1 der Submissionsverordnung erfolgt die Veröffentlichung von Aufträgen beim offenen und selektiven Verfahren mindestens im kantonalen Amtsblatt. Die Publikation einer Ausschreibung auf www.simap.ch ist somit bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts freiwillig. Wie in der revidierten Submissionsverordnung geplant, erfolgt die Ausschreibung von Aufträgen im offenen und selektiven Verfahren mindestens im kantonalen Amtsblatt und auf einer gemeinsamen elektronischen Plattform von Bund und Kantonen, das heisst also auf www.simap.ch.

Die revidierte Submissionsverordnung soll am 1. Januar 2004 in Kraft treten. Ab diesem Zeitpunkt haben alle Vergabestellen die Pflicht, Ausschreibungen von Aufträgen im offenen und selektiven Verfahren ausser im kantonalen Amtsblatt auch auf www.simap.ch zu veröffentlichen. Die automatische Weiterleitung an das kantonale Amtsblatt stellt eine wesentliche Vereinfachung des Ausschreibungsablaufs dar. Die Vergabestellen erhalten vom Administrator des Kantons Zürich eine Zugangsberechtigung (Username und Passwort) für die Eingabe der zu veröffentlichen Ausschreibungen.

Was ist das «Kompetenzzentrum Beschaffungen Kanton Zürich (KBZH)»?

Der Verein simap.ch verlangt von seinen Partnern, d.h. von den Kantonen, bzw. von seinen Subpartnern, d.h. von den grossen Städten (im Kanton Zürich: Zürich und Winterthur), dass sie ein «Kompetenzzentrum» schaffen. Dies ist die Voraussetzung dafür, dass der betreffende Partner die sog. Administratoren-Rechte erhält. Daher hat die Baudirektion im Auftrag des Regierungsrates das Kompetenzzentrum Beschaffungen Kanton Zürich (abgekürzt: KBZH) organisiert. Es wurden innerhalb des KBZH die folgenden Funktionen/Aufgaben verteilt:

- Verantwortlicher: Dr. Herbert Lang, BD, GS-Stab
- Administrator: Dr. Mark Cummins, BD, GS-Stab
- Webmaster: Andreas Walker, BD, Abteilung Kommunikation
- Ausbilder: Diverse Vertreter verschiedener Direktionen
- ÖB-Experten: Diverse Vertreter verschiedener Direktionen

Das KBZH ist zuständig für den ganzen Kanton Zürich, d.h. für sämtliche Amtsstellen der verschiedenen Direktionen sowie für alle Gemeinden.

Wie präsentiert sich die Organisationsstruktur für www.simap.ch im Kanton Zürich?

In Anlehnung an die praktischen Erfahrungen im Kanton St. Gallen (bereits aufgeschaltet seit Januar 2003) hat sich das KBZH für eine sehr «flache Hierarchie» entschieden. Dies bedeutet, dass der Administrator die für Auftraggeber/-innen erforderliche Zugangsberechtigung direkt den jeweiligen Projektleitern/-innen vergibt. Nun kann sich die Auftraggeberin oder der Auftraggeber unter www.simap.ch einloggen und den Ausschreibungstext direkt eingeben.

Existiert der Ausschreibungstext bereits als Word- oder Excel-File, kann er kopiert und in die entsprechenden Felder unter www.simap.ch eingefügt werden.

Wie erfolgt die Ausschreibung im offenen und selektiven Verfahren in technischer Hinsicht?

Ist die Eingabe auf www.simap.ch abgeschlossen, erzeugt das System dieser Web-Site einen Link, auf den das kantonale Amtsblatt (bzw. die zuständige Druckerei) im richtigen Zeitpunkt zugreifen kann. Damit ist die Druckerei in der Lage, die zu veröffentlichenden Ausschreibungstexte herunterzuladen und in das Layout-Programm für das kantonale Amtsblatt einzufügen. Nach einem vorgegebenen Zeitplan wird der betreffende Ausschreibungstext sodann gleichzeitig auf www.simap.ch aktiv (d.h. für die Anbietenden sichtbar) sowie im kantonalen Amtsblatt publiziert.

Wird www.simap.ch für den Kanton Zürich getestet?

Bevor die Auftraggeber/-innen beginnen, ihre Ausschreibungen auf www.simap.ch zu veröffentlichen findet ein «Testbetrieb» im kleineren Rahmen statt. Je eine Abteilung des Hochbauamts und des Tiefbauamts der Baudirektion publizieren ihre Ausschreibungen auf www.simap.ch. Dabei soll abgeklärt werden, ob noch zusätzliche Einführungsmaßnahmen zu treffen sind. Es ist geplant, dass die Publikation von Ausschreibungen ab ca. Juli 2003 auf www.simap.ch kantonsweit möglich ist.

Wo findet man Informationen zum Thema «www.simap.ch» bzw. «öffentliches Beschaffungswesen»?

Im Kanton Zürich wird eine Internet-Seite der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich (KöB) geschaffen, auf der wichtige Links und Informationen zum Thema öffentliches Beschaffungswesen angeboten werden. Bereits eingerichtet sind Links zu den einschlägigen Entscheiden des zürcherischen Verwaltungsgerichts sowie zu den massgebenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen. Im Wei-

teren soll im Laufe der Zeit ein elektronisches Handbuch aufgeschaltet werden. Es ist vorgesehen, dass die Internet-Seite der KöB per Januar 2004 (mit der geplanten Inkraftsetzung des neuen kantonalen Rechts) fertiggestellt wird.

Vor dem Start von www.simap.ch im ganzen Kanton Zürich werden die Vergabestellen im Kanton schriftlich über die Internet-Anwendung informiert. Dabei werden die Auftraggeber/-innen auf die Publikationen von simap.ch hingewiesen, insbesondere auf das «Benutzerhandbuch für Auftraggeberinnen und Auftraggeber». Ausserdem soll mit einer kurzen Wegleitung beschrieben werden, wie eine Publikation auf www.simap.ch zu erfolgen hat. Die Betroffenen erhalten ferner ein Antragsformular für die Erteilung der erforderlichen Zugangsberechtigung für Auftraggeber/-innen.

Ergänzend wird im Spätherbst 2003 im Rahmen der Schulungstage für Vergabestellen von Kanton und Gemeinden ein Workshop zum Thema www.simap.ch angeboten werden. Anlässlich dieses Workshops können aktuelle Fragen zu www.simap.ch gestellt werden. Zudem wird ein erster Erfahrungsaustausch unter bereits aktiven Auftraggeber/-innen möglich sein. Eine eigentliche Schulung der zahlreichen

potentiellen Auftraggeber/-innen der Amtsstellen und Gemeinden ist aufgrund der positiven Erfahrungen im Kanton St. Gallen nicht vorgesehen.

Gibt es erste Erfahrungen mit www.simap.ch in anderen Kantonen?

Im Kanton St. Gallen werden – wie in verschiedenen anderen Kantonen und Schweizer Städten – Ausschreibungen im offenen und selektiven Verfahrens seit Anfang Jahr auch auf dem Internet veröffentlicht. Die ersten Erfahrungen des dortigen Administrators/Webmasters sind durchwegs positiv. Bisher wurden in diesem Kanton 218 Zugangsberechtigungen für Auftraggeber/-innen vergeben. Der zum Teil befürchtete Ansturm von Fragen und Unklarheiten bei der Eingabe von Ausschreibungen ist weitgehend ausgeblieben. Detailprobleme können vom kantonalen Kompetenzzentrum in der Regel mittels telefonischem Support gelöst werden. Der Kanton Zürich wird diese bewährte Vorgehensweise übernehmen. Für Fragen betreffend www.simap.ch wenden Sie sich bitte per E-Mail an folgende Adresse: gs-stab@bd.zh.ch

Zweck und Aufgaben des Beratungszentrums Zürich «bzz»



Roland Frei,
Architekt BSA

Am 11. Dezember 2002 wurde im Zunfthaus zu Zimmerleuten das Beratungszentrum Zürich für Vergabeverfahren von Planungs-

dienstleistungen gegründet. Über den Zweck dieses Vereins lässt sich in der offiziellen Konzeptbroschüre Folgendes nachlesen:

Zweck

«Das Beratungszentrum bezweckt, öffentliche und private Bauherren bei Vergabeverfahren, wo Wettbewerb erforderlich oder wünschbar ist, fachkundig zu beraten. Die Beratung bezieht sich auf Planungs- und Projektierungsaufträge an Architekten, Bauingenieure, Ingenieure für Gebäudetechnik sowie Verkehrs-

und Raumplaner und Naturwissenschaftler.»

«Die Auftraggeberin soll dadurch zur Realisierung ihrer Bauabsicht im Rahmen ihrer finanziellen Zielsetzungen das wirtschaftlich günstigste Angebot erhalten und auswählen, d.h. das Angebot, das nachhaltige Qualität zum optimalen Preis bietet.»

«Die zürcherischen Sektionen der Trägervereine SIA (Federführung) BSA, fsai, FSU und usic gründen zu diesem Zweck ein Beratungszentrum mit Sitz in Zürich. Es ist beabsichtigt, Kanton und Stadt Zürich, den Gemeindepräsidentenverband und Weitere als Mitglieder zu gewinnen.»

Die bisherige Situation

Das Klima, in welches das Beratungszentrum hineingeboren worden ist, ist rau, denn es geht beim Planen um handfeste Interessen. Finanzielle Interessen, politische Interessen, soziale Interessen, ökologische Interessen usw. Wo Interessen aufeinanderprallen, entstehen Konflikte, die durch Aushandeln und gegenseitiges Abwägen gelöst werden müssen.

Es braucht dazu eine gemeinsame Gesprächskultur, um tatsächlich nachhaltige Entscheide aushandeln zu können. Die Gründungsmitglieder des bzz meinen, diese gemeinsame Gesprächskultur sei mit zunehmender Verschärfung der ökonomischen Randbedingungen verarmt und müsse wiederbelebt werden.

Im Gegensatz zu Ärzten und Anwälten, deren Tätigkeit immer auch auf ein Ziel gerichtet ist, das von der Öffentlichkeit seit jeher als wertvolles Gut betrachtet wird, ist das öffentliche Interesse an der Arbeit des Planers noch nicht allseitig anerkannt. Zwar wird meist im öffentlichen Raum geplant und das Geplante ist von öffentlichem Interesse. Es geht in der Regel um den öffentlichen Raum, die Wahrnehmung von öffentlichen Plätzen und Gebäuden sowie um den Schutz der Umwelt. Diese Interessen laufen indessen nicht immer parallel, sondern widersprechen sich häufig. Deswegen und aus Verantwortung um die

Ressource Umwelt hat sich in der Schweiz eine Wettbewerbskultur für Planungsleistungen entwickelt, die ihresgleichen sucht. Vor allem auf dem Gebiet der Architektur und des Städtebaus sind öffentliche Projektwettbewerbe ein fester Bestandteil der Meinungsbildung.

Konzepte, Qualität und nicht der Preis allein sollen öffentlich diskutiert und verglichen werden können, bevor langfristig wirksame Entscheide gefällt werden. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist nicht a priori das billigste, sondern dasjenige, das nachhaltige Qualität zum optimalen Preis bietet.

Man könnte also die Kultur des Wettbewerbswesens als eine Art «Service Public» bezeichnen. Ein Service, der wie jeder andere auch, seinen Preis hat. Mit dem kleinen Unterschied, dass im Falle von Projektwettbewerben der massgebende Preis von den Planern bezahlt (falls nicht gebaut wird) oder zumindest vorinvestiert wird. Diese haben nämlich, je nach Umfang der geforderten Leistungen, in einem Wettbewerb bereits 5–25% (bei Gesamtleistungswettbewerben) ihrer Arbeitsleistung zu erbringen, denn bei Planungen handelt es sich um das Entwickeln von Prototypen. Kaum ein politisches Gremium ist bereit, den effektiven Wert dieser Arbeit vor erfolgter Abstimmung zu bezahlen. Deshalb bezahlt man den Wettbewerbsgewinnern einen symbolischen Preis, der gemäss SIA Wettbewerbsordnung nicht Bestandteil des Gesamthonorars des ausführenden Planers ist.

Nicht bei allen Planern hat diese Kultur Tradition. So ist beispielsweise bei den Ingenieurberufen der klassische Projektwettbewerb eher die Ausnahme. Schliesslich weiss man ja, wie eine Strasse geführt oder gebaut werden muss. Also werden Ingenieure nur zu oft via Offertkonkurrenzen ausgewählt.

Die neue Situation

Mit der Inkraftsetzung des GATT/WTO Übereinkommens über das Beschaffungswesen ist der traditionelle Begriff des Projektierungswettbewerbes um zahlreiche Begriffe erweitert worden.

Die freihändige Vergabe ist beschränkt worden, der «freie Wettbewerb» soll gefördert werden. Wettbewerbe sollen nicht, sondern müssen ausgeschrieben werden. Aber welche Art von Wettbewerben? Betroffen sind nicht nur Architekten, sondern sämtliche an unserer gebauten und ungebauten Umwelt tätigen Planer wie Bauingenieure, Umweltingenieure, Ingenieure für Haustechnik, Verkehrs- und Raumplaner, Naturwissenschaftler usw.

Während das interdisziplinäre Arbeiten für verantwortungsbewusste Fachleute schon seit langer Zeit eine Selbstverständlichkeit darstellte, wurde die Mitarbeit dieser Spezialisten an Architekturwettbewerben in der Vergangenheit selten auch mit einem Auftrag belohnt. Nachträglich mussten (und müssen) diese «Spezialisten» zu zusätzlichen Honorarkonkurrenzen antreten.

Bei Gesamtleistungswettbewerben oder Generalplanungswettbewerben ist das nun anders. Die Arbeit der Spezialisten wird geschützt, indem sie Bestandteil des Wettbewerbsteams werden. Diese Tatsache fördert den Diskurs untereinander. Wahrscheinlich ist es nicht zuletzt dieser Entwicklung zu verdanken, dass unter den verschiedenen Planungsdienstleistern alte Feindbilder abgebaut worden sind, dass das gegenseitige Vertrauen und Verständnis zunimmt und eine gemeinsame Gesprächskultur am Entstehen ist.

Pointierter ausgedrückt:

Während vor noch nicht allzu langer Zeit hinter vorgehaltener Hand die Meinung herrschte, sogenannte Künstlerarchitekten liessen sich bei Wettbewerben «verheizen», sitzen nun alle Planer zusammen im gleichen Boot – und dürfen vorinvestieren.

Ein erstes Resultat dieses neuen Bewusstseins ist die Gründung des Beratungszentrums Zürich durch fünf Fachverbände.

Während auf der einen Seite neues Verständnis wächst, scheint auf der anderen Seite die Verwirrung gross zu sein. Nicht jeder, der das Wort Wettbewerb

benutzt, oder neu nach den Richtlinien des GATT/WTO Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen benutzen muss, versteht auch das gleiche darunter. Häufig gibt es Missverständnisse: Sprechen wir von einem Architekturwettbewerb, einem Realisierungswettbewerb, einem Planungswettbewerb, von einer Gesamtleistungssubmission, einer Honorarofferte, einem Gutachterverfahren, einer Skizzenpräqualifikation, einem Studienauftrag, im selektiven Verfahren, zweistufig, anonym, oder gar auf Einladung?

Und welches Verfahren hat nun welche Vor- und Nachteile und für wen? Welche Verpflichtungen geht die jeweilige Partei ein? Der Artikel von Frau Claudia Schneider Heusi in tec 21 14-15/2003 zeigt die existierende Problematik deutlich auf.

Bei der Beantwortung dieser Fragen gibt es oft kein Richtig oder Falsch, so einfach ist das leider nicht. Es gilt die Verhältnismässigkeit des jeweiligen Verfahrens zu hinterfragen und gemeinsam von Fall zu Fall neu zu definieren. Ein beschwerlicher Prozess, für den sich das Beratungszentrum Zürich als Mediator einsetzen will.

Dafür setzt sich das Beratungszentrum ein:

Aus dem Konzeptpapier

«Für adäquate, der jeweiligen Aufgabe angemessene und faire Verfahren»

«Für eine seriöse Vorbereitung der Ausschreibungs- resp. Wettbewerbsunterlagen»

«Für kompetente Beurteilung der Angebots- und Wettbewerbseingaben durch eine unabhängige Jury»

«Für eine angemessene Entschädigung»

«Für die Einhaltung der Grundsätze gemäss SIA Ordnung 142»

Das Beratungszentrum Zürich stellt keine Konkurrenz für bereits bestehende Fachkommissionen wie etwa die SIA Wettbewerbs- oder die SIA Honorar-

kommission dar, sondern soll diese unterstützen und ergänzen. Erwarten Sie vom Beratungszentrum also keine weiteren Normen. Erhoffen Sie sich aber eine zunehmend öffentlichere Gesprächskultur zum Thema Wettbewerbs- und Vergabewesen. Wir sind der Meinung, dass das klassische Wettbewerbswesen (der inhaltliche und qualitative Vergleich unterschiedlicher Konzepte und Entwürfe) unabdingbar für die Evaluation nachhaltiger Entscheide ist. Nur so kann für die Öffentlichkeit auch nachhaltig preiswert geplant und gebaut werden. Es gibt verschiedene in der Praxis angewandte Verfahren. Nicht immer ist die Wahl des Verfahrens angemessen. Leider immer noch zu oft finden die Resultate öffentlicher Ausschreibungsverfahren keine ausreichende politische Basis.

Wie will das Beratungszentrum seine Ziele erreichen?

1. Durch Erfahrungssammlung, Erfahrungsaustausch und Weiterbildung der interessierten Planer und Auftraggeber im Bereich der Vergabeverfahren. Es wird also eine der ersten Aufgaben des Beratungszentrums sein, die zur Verfügung stehenden Daten über Wettbewerbe und Vergabeverfahren systematisch zu erfassen, auszuwerten und zu kommentieren. Eine Datenbörse einzurichten und diese öffentlich zugänglich zu machen: www.bz-z.ch

2. Durch die Diskussion dieser Resultate mit ausschreibenden Stellen und Mithilfe zur Optimierung und Weiterentwicklung von Ausschreibungs- und Verfahrensarten. Sowohl der Kanton wie auch die Stadt Zürich haben Ihre Mitarbeit bereits zugesagt.

3. Durch die unentgeltliche Erstberatung von Bestellern über zweckmässige Wettbewerbs- und Vergabeprozesse und die Abgabe einer Liste geeigneter Berater und Beraterinnen zur Durchführung solcher Verfahren. Das bzz hat ein Eignungs- und Anforderungsprofil für sich bewerbende Berater und Beraterinnen ausge-

arbeitet. Vom bzz empfohlene Fachleute verpflichten sich, die vom Beratungszentrum festgelegten Grundsätze einzuhalten. Sie sind verpflichtet, dem Beratungszentrum über jedes von Ihnen bearbeitete Verfahren Rechenschaft abzulegen. (Informationen und Anmeldung unter: www.bz-z.ch)

4. Durch Intervention bei Feststellung fragwürdiger Verfahren sowohl bei Beratern als auch bei vergebenden Stellen. Aber auch Mithilfe bei der Erstellung der Rechtssicherheit, wo diese heute noch nicht gegeben ist. Im Beirat des bzz sind ausgewiesene Kenner des Vergabewesens vertreten.

Zusammenfassend

Verhältnismässigkeit kann nicht durch Normen garantiert werden, sondern muss im gemeinsamen Gespräch ausgehandelt werden. Das Beratungszentrum Zürich für Vergabeverfahren von Planungsdienstleistungen sucht und vermittelt dieses Gespräch.

Mit Erich Bandi, Altkantonsbaumeister von Graubünden, präsidiert eine Persönlichkeit den Verein, die sowohl die Anliegen der Planer, aber auch die Zwänge der ausschreibenden Stellen aus eigener Erfahrung kennt. Gleichzeitig garantiert der Blick von aussen die notwendige Distanz zum Standort Zürich und unterstreicht die Tatsache, dass die SIA Direktion das Zürcher Beratungszentrum als Pilotprojekt versteht, das bei entsprechender Resonanz auch in anderen Landesteilen eingeführt werden soll.

*Roland Frei, Architekt
Frei & Ehrensperger
Architekten BSA
Anwandstrasse 32
8004 Zürich*

Impressum

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

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

Layout: Andreas Walker, BDkom

Bezug: Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ;
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 01/468 68 68, Fax: 01/468 68 77;
E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 10/September 2003

Grosse und kleine Gemeinden im Submissionsrecht

Zum Thema «Grosse und kleine Gemeinden im Submissionsrecht» haben wir Spezialisten zum Interview geladen: Frau Lara Brandenberger-Graf, Gemeindeschreiberin in Flaach, Hans-Peter Höhener, Gemeindeschreiber in Wiesendangen, und Arthur Frauenfelder, Stadtschreiber in Winterthur.

1. Wie häufig haben Sie selbst mit Submissionsverfahren zu tun?

■ Hans-Peter Höhener: Dies hängt von den jeweiligen Vorhaben ab, zur Zeit dürfte es etwa einmal im Monat der Fall sein.

Unsere Gemeinde hat ca. 4200 Einwohner.

■ Arthur Frauenfelder: Obwohl sich der Stadtrat Winterthur aufgrund der Kompetenzverteilung nur bei grossen Submissionsvorhaben mit der konkreten Vergabe auseinandersetzt, schätze ich, dass etwa jede zweite Stadtratssitzung, also 14-täglich, über ein Submissionsgeschäft verhandelt wird. Die Stadt Winterthur hat heute ca. 92'000 Einwohnerinnen und Einwohner.

■ Lara Brandenberger-Graf: Der Ersatz von über 100jährigen Kanalisations- und Wasserleitun-

gen und die Strassensanierungen beschäftigen uns zur Zeit stark. Dies beeinflusst das Submissionsgeschehen in unserer Gemeinde mit ca. 1200 Einwohnerinnen und Einwohnern. Ich schätze, dass sich der Gemeinderat ca. fünf bis zehn Mal pro Jahr mit Submissionen und Vergaben beschäftigt.

2. Was hat sich seit dem 1. Januar 1999, dem Inkrafttreten der Submissionsverordnung, in Ihrer Gemeinde verändert?

■ L.B.: Wir stellen einfach fest, dass die Umsetzung von Vor-

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Wie gehen die Exponenten der Verwaltung und der Exekutiv-Gremien mit dem seit 1. Januar 1999 auch für die Gemeinden und anderen öffentlichen Körperschaften gültigen Submissionsrecht um? Wo bestehen Unterschiede in Bezug auf die Möglichkeiten und Grenzen der unterschiedlich grossen und kleinen Gemeinden in der Umsetzung und Anwendung dieser gesetzlichen Vorgaben und Ausführungsbestimmungen?

Zu diesem Themenkreis stellten sich – repräsentativ für die unterschiedliche Grösse der Gemeinden – die Gemeindeschreiberin von Flaach, der Gemeindeschreiber von Wiesendangen sowie der Stadtschreiber der zweitgrössten Stadt unseres Kantons, der Stadt Winterthur.

Nicht überraschend fällt die Beurteilung der Vertreterin und des Vertreters einer kleinen und einer mittleren Gemeinde aus bezüglich eingeschränkter Ressourcen aber auch der teilweise fehlenden Praxis, um Submissionsverfahren gesetzskon-

form vorbereiten zu können. Dies im Gegensatz zu den Möglichkeiten einer grossen Gemeinde oder Stadt wie z.B. Winterthur, die über die entsprechenden Organisationsstrukturen und personellen Möglichkeiten verfügt. Auch die Einschätzung der Interview-Partner, wonach eine unterschiedliche «Gesetzestreue» unter den einzelnen Gemeinden – insbesondere jedoch den Schul- und Kirchgemeinden und übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften besteht – deckt sich mit den bisherigen Erfahrungen. Ob als Gegenmittel dazu instrumentalisierte staatliche Kontrollorgane sich eignen und sinnvoll sind, welche beispielsweise stichprobenweise Vergabeentscheide der Gemeindebehörden überprüfen, bleibt zumindest fraglich. Vielmehr ist im Sinne einer möglichst einheitlichen Anwendung der gesetzlich verankerten Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen zu begrüssen, wenn dem von den Interview-Partnern manifestierten Bedürfnis nach einem Angebot zur verstärkten Aus- und Weiterbildung in diesem Themenkreis nachhaltig

Rechnung getragen wird. Ich bin überzeugt, dass bestehende Organisationen wie der Gemeindepräsidentenverband (GPV) sowie der Verein Zürcher Gemeindeschreiber und Verwaltungsfachleute (VZGV) in enger Zusammenarbeit mit den kantonalen Fachstellen diesem berechtigten Anspruch in der Konzipierung und Festlegung ihres Bildungsangebotes noch verstärkt Beachtung schenken werden.

Im Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis der Vergabestellen nach einem effizienten Submissionsverfahren und der durch Rechtsstreitigkeiten über geltend gemachte Ansprüche von Beteiligten auf die Ebene der Gerichte gehobenen Interessenabwägung ist zu bedenken, dass die Gewerbetreibenden als Gesamtheit ein starkes Interesse an einleuchtenden und praktikablen Leitlinien haben. Soweit solche nicht unmittelbar aus dem Submissionsrecht hervorgehen, ist deren Ausprägung eine edle Aufgabe der gerichtlichen Instanzen.

Urs Keller
Gemeindeschreiber Urdorf



Hans-Peter Höhener, Gemeindeschreiber in Wiesendangen, Frau Lara Brandenberger-Graf, Gemeindeschreiberin in Flaach und Arthur Frauenfelder, Stadtschreiber in Winterthur beim Interview.

haben vor allem länger dauern. Es braucht zudem eine sorgfältigere Vorbereitung der Geschäfte. Der Gemeinderat muss sich intensiver als vorher mit den Vergaben und dem Formalen auseinandersetzen.

■ A.F.: Die Vergaben sind anspruchsvoller geworden und dauern länger. Sie werden aber auch systematischer vorbereitet. Die Transparenz ist erhöht worden und das Verständnis für das, was hinter einer Vergabe steht, wurde geweckt.

■ H.H.: Eine Regelung war dringend notwendig, aber auch ganz neu. Um die Änderungen bekannt zu machen, haben wir im Jahr 2000 auch einen Anlass mit dem örtlichen Gewerbe durchgeführt. Die Gewerbetreibenden begrüßten die direkten Informationen sehr, das Verständnis für die Vorschriften ist wesentlich gestiegen.

■ L.B.: Ich kann bestätigen, dass neben dem Gewerbe auch die Behörden Mühe mit den Neuerungen hatten. Es war plötzlich so, dass langjährige Vertragspartner kein «Anrecht» auf Aufträge mehr hatten. Früher galt die Regelung, dass einheimisches Gewerbe berücksichtigt wurde, wenn es nicht einen gewissen Prozentsatz über dem Durchschnittspreis offerierte.

3. Können Sie in etwa das Beschaffungsvolumen Ihrer Gemeinde beziffern?

■ L.B.: Dieses Jahr dürfte es etwa bei ca. CHF 500'000.- liegen.

■ H.H.: Gemäss Finanzplan betragen die durchschnittlichen Investitionen in den nächsten sechs Jahren ca. 2.5 Millionen pro Jahr.

■ A.F.: Eine genaue Statistik haben wir (noch) nicht. Das Volumen dürfte aber bei ca. 50-60 Millionen pro Jahr liegen.

4. Wo orten Sie besondere Schwierigkeiten, was macht am meisten Mühe?

■ H.H.: Ein echtes Problem ist die Vorbefassung, die zum Ausschluss von Anbietenden führt. Hier besteht keine Balance zwischen der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel und den rechtlichen Grundlagen. Wir hören häufig von Anbietern, dass die Praxis betr. Vorbefassung nicht nachvollziehbar sei. In Gemeinden mit einem Gemeindeingenieur würden z.B. Arbeiten, die extern vorbereitet werden müssten, zu einem unverhältnismässigen Aufwand führen.

■ A.F.: Gerade bei den Dienstleistungen, wo die Person, die den Auftrag erfüllt, besonders wichtig ist, sind meines Erachtens die Anforderungen zu streng. Hier stellt sich für mich zu Recht die Frage, ob dies wirklich das Ziel der neuen Regelung war.

■ L.B.: Festzustellen ist, dass der Einarbeitungsaufwand für neue Mitglieder in Milizbehörden relativ aufwendig wird: Neuen Mitgliedern ist erst einmal der Zugang zu den Rechtsgrundlagen zu eröffnen.

■ A.F.: Ich glaube, dass neben den Gemeinden, die sich langsam mit der neuen Ordnung zurecht finden, vor allem auch Schulen und Kirchgemeinden nach wie vor häufig im Dunkeln tappen. Manchmal ist der Eindruck zu gewinnen, als hätten die Verantwortlichen noch nie von den auch für sie verbindlichen Regeln gehört.

■ H.H.: Eine grosse Dunkelziffer dürfte auch bei Personengesellschaften des öffentlichen Rechts bestehen, ich denke da auch an Genossenschaften, Korporationen etc. Eher betrüblich ist auch, dass häufig auch externe Berater wie Ingenieure und Architekten mit der Materie überfordert sind. Hier meine ich, müsste dringend mit mehr Schulung nachgeholfen werden. Ähnlich beurteile ich auch Objekte und Projekte, die zu mehr als 50 % öffentlich subventioniert werden: Hier wird noch viel gesündigt.

5. Wie wird die Einhaltung der Submissionsregeln in Ihrer Gemeinde kontrolliert?

■ A.F.: Grundsätzlich meine ich, dass die neu geschaffenen Rechtsmittelmöglichkeiten eigentlich ausreichen sollten, um die Einhaltung der Regeln zu prüfen. Es ist Sache der Unternehmer, sich gegen aus ihrer Sicht falsche Entscheide zu wehren. Für die Stadt Winterthur war es wichtig, intern eine spezialisierte und entsprechend besetzte Fachstelle Beschaffungswesen zu schaffen, was bereits im Jahre 1999 geschehen ist. Diese Fachstelle hat sich für die Grösse der Stadt Winterthur bewährt und ist deshalb auch beibehalten worden.

■ H.H.: Mich stört eigentlich, dass weder der Bezirksrat noch der Kanton eine Kontrolle durchführen. So frage ich mich, ob nicht zum Beispiel im Rahmen der Rechnungsprüfung auch Vergabeentscheide hinterfragt werden könnten. Es kann sich nämlich bei gewissen Gemeinden schon eine Frustration einschleichen, wenn sie feststellen, dass sie sich an die Regeln halten, während andere Gemeinden fast offen dazu stehen, dass sie die Regeln bewusst nicht einhalten. Stichproben wären da gut. Bei Finanzausgleichsgemeinden wäre

eine Überprüfung aus meiner Sicht grundsätzlich angezeigt.

■ *L.B.*: Flaach hatte bisher noch keine Beschwerde. Intern bin ich als Gemeindeschreiberin schon auch mitverantwortlich dafür, dass die Regeln eingehalten werden. Ich informiere insbesondere die Gemeinderatsmitglieder auch entsprechend. Entscheiden und dafür auch die Verantwortung übernehmen müssen sie natürlich dann aber selbst.

6. Wie bilden Sie sich weiter, welche Schulungsangebote würden Sie unterstützen?

■ *H.H.*: Ich schätze die Informationen des «Kriterium» besonders. Im Weiteren informiere ich mich über die aktuellen Gerichtsentscheide über die BEZ. Die vom VZGV angebotenen Kurse finde ich ebenfalls gut, das Kantonale Handbuch ist sodann eine wichtige Hilfe. Ich hoffe, es wird bald aktualisiert und überarbeitet.

■ *L.B.*: Aus dem Handbuch des Kantons finde ich insbesondere die Ablaufschemata hilfreich. Ich verteile diese zum Beispiel auch an den Gemeinderat, wenn ein Geschäft ansteht.

■ *A.F.*: Als Stadtschreiber habe ich mit der direkten Vorbereitung der Geschäfte relativ wenig zu tun. Dazu hat es in allen Departementen Fachleute. Ich informiere mich aber natürlich allgemein über das juristische Umfeld, weil ich für die juristische Prüfung der Geschäfte des Stadtrates verantwortlich bin. Ich bin froh, dass bei der Stadt Winterthur die Fachstelle Beschaffungswesen kompetent für die interne Weiterbildung sorgt und über neuere Entwicklungen informiert.

7. Welche weiteren Probleme stellen Sie im Zusammenhang mit dem Submissionswesen fest?

■ *H.H.*: Problematisch finde ich, dass z.B. im Nachbarkanton Thurgau die Regeln keineswegs gleich streng eingehalten werden wie im Kanton Zürich. Das gibt Unfrieden, auch bei den Unternehmern.

■ *L.B.*: Gerade heute, wo viele Unternehmen um die Existenz kämpfen, wäre es wünschenswert, dass eine Ausnahmebestimmung bestünde, nach der einer Gemeinde in einem solchen Fall mehr Ermessensspielraum zur Verfügung stünde, einem solchen Unternehmen einen Auftrag zu erteilen, jedenfalls dann, wenn es sich nur um eine vorübergehende Krise handelt.

■ *A.F.*: Ein Problem sehe ich bei den Daueraufträgen, die periodisch zur Neuvergabe ausgeschrieben werden müssen. Die maximal zugelassene Vertragsdauer scheint mir in vielen Fällen zu kurz. Das verursacht unnötigen Verwaltungsaufwand und hat zum Teil mit Bezug auf das Know-how ungünstige Auswirkungen. Im übrigen habe ich den Eindruck, dass die Gerichte zunehmend eine formalistische Sichtweise einnehmen, was der Praxis wenig dienlich ist.

8. Hat das Submissionsrecht nach Ihrer Beurteilung zu Einsparungen geführt?

■ *L.B.*: Meiner Meinung nach haben die günstigeren Vergaben

in den vergangenen Jahren auch wesentlich mit der wirtschaftlichen Situation und weniger mit dem Submissionsrecht zu tun. Das Gewerbe steht allgemein unter einem starken Preisdruck.

■ *H.H.*: Ich habe festgestellt, dass das Preisniveau vor allem bei Bauarbeiten stark nach unten ging. Hier hatten die lokalen Anbieter am Anfang auch deswegen grosse Probleme.

■ *A.F.*: Generell kann wohl keine Aussage gemacht werden. Ich weiss aber von diversen Beschaffungen, vor allem auch im Nicht-Baubereich, also im Bereich Lieferungen und Dienstleistungen, dass erheblich günstigere Preise als zuvor erzielt werden konnten.

9. Was denken Sie zusammenfassend, was je die speziellen Probleme Ihres Gegenübers sind?

■ *A.F.*: Ich denke, es ist für kleine Gemeinden unumgänglich, zumindest in heiklen Fragen externes Know-how in Submissionsbelangen einzukaufen. Das stellt die Miliztauglichkeit des

Auch die Kirchgemeinden unterstehen dem Submissionsrecht

Das Zürcher Verwaltungsgericht hatte in einem Urteil vom 5. Februar 2003 (VB.2002.00293 einsehbar unter www.vgrzh.ch) die Gelegenheit, die Frage der Unterstellung der Kirchgemeinden unter die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts zu prüfen.

Es kam zum einen zum Schluss, dass gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. b IVöB die vom Staat als Personen des öffentlichen Rechts anerkannten Kirchen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt seien. Die den kirchlichen Verbänden regelmässig eingeräumte Autonomie in der Ordnung der innerkirchlichen Angelegenheiten ändere an dieser Unterstellung nichts. Zur

Anwendung komme aber auch das Binnenmarktgesetz, nach dessen Art. 5 «andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben» den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts unterstellt seien, was vorliegend z.B. durch die ausdrücklich formulierten Aufgaben der Landeskirchen gemäss § 3 Abs. 2 des Kirchengesetzes i.V. mit Art. 5 der Kirchenordnung für die evangelisch-reformierte Landeskirche belegt sei.

Mit diesem Entscheid wird gerichtlich bestätigt, dass die staatlich anerkannten Kirchen, also die evangelisch-reformierten und die römisch-katholischen Kirchgemeinden sowie die christ-katholische Kirchgemeinde Zürich dem Submissionsrecht unterstehen.

Systems schon in Frage. Hier haben grössere Gemeinwesen sicher einen Vorteil, weil sie sich intern professionelle Hilfe aufbauen können.

H.H.: Ich denke, dass die neuen Regeln grossen Gemeinwesen preislich wahrscheinlich eher weniger gebracht haben, weil schon immer mehrere Anbieter «pro Arbeitsgattung» vor-

handen waren und sie damit schon vorher dem Druck der Gewerbebetriebe und der Verbände vermehrt ausgesetzt waren als kleinere Gemeinden.

L.B.: Sowohl für kleine wie für grosse Gemeinden ist es von Vorteil, dass Submissionsverfahren genau definiert werden müssen. Ich denke im Übrigen, dass für eine Stadt wie Winter-

thur der administrative Aufwand für die Vergabeverfahren insgesamt sehr hoch ausfällt. Bei uns sind es jeweils nur wenige Vergaben pro Jahr, bei der Stadt Winterthur aber eine grosse Anzahl.

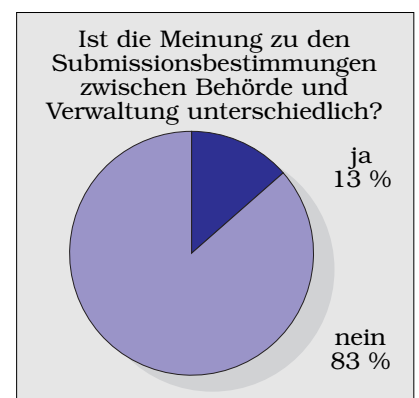
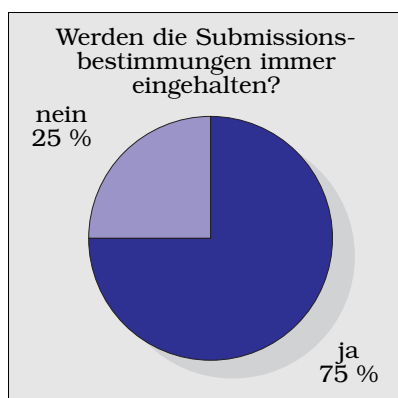
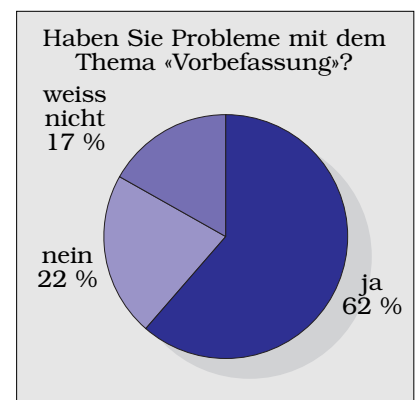
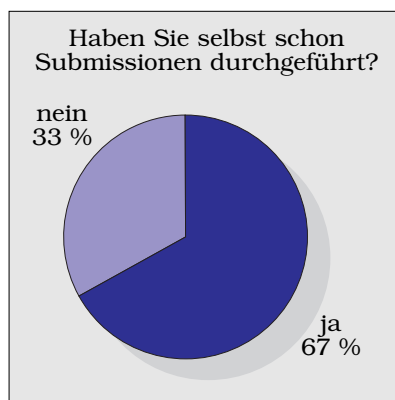
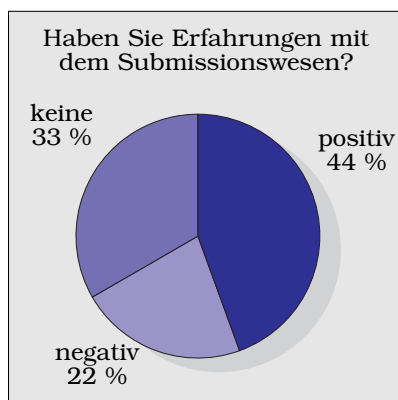
*Das Interview haben geführt:
Cyrill Bühler und Daniela Lutz.*

Umfrage bei kleinen und mittleren Gemeinden

Cyrill Bühler, Gemeindeschreiber von Thalheim und Redaktionsmitglied hat weitere Meinungen von Gemeinden in Erfahrung gebracht und eine Umfrage bei 27 kleinen und mittleren Gemeinden durchgeführt. 18 Gemeinden haben die Fragen beantwortet. Die Antworten geben einen Überblick über Meinungen

bei den Gemeinden, die Umfrage ist allerdings nicht repräsentativ. Die Einwohnerzahl der Gemeinden die unsere Umfrage beantwortet haben liegt zwischen 600 und 4200. Weiter wurden die Gemeinden nach den Vor- bzw. Nachteilen der Submissionsbestimmungen gefragt. Als Vorteile wurden

mehrheitlich die Verhinderung von Willkür, die erforderliche klare Aufgabenformulierung bei der Ausschreibung und die gleichen Bedingungen für sämtliche Unternehmer erwähnt. Als Nachteil wurde der grössere Zeit- und Administrationsaufwand bei der Durchführung bemängelt.



Praxistipps für die Vorbereitung einer Ausschreibung

Der gute Einstieg in ein Submissionsvorhaben kann für das gute Gelingen eines Projektes häufig entscheidend sein.

Sie sind sich im klaren darüber, dass Sie einen Auftrag vergeben wollen, dass der Auftrag und Ihre Organisation grundsätzlich den Vergaberegeln gemäss Submissionsverordnung oder Interkantonalen Vereinbarung unterstehen.

Welches sind nun wichtige Punkte, die zu beachten sind ?

1. Entscheiden Sie, ob die Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen (inkl. Definition des Auftrages), die Begleitung und Auswertung der Submission ausschliesslich mit internen Kräften oder unter Beizug einer externen Beraterin oder eines externen Beraters durchgeführt wird. Ist der **Beizug von Externen** notwendig, prüfen Sie, ob deren eigener Auftrag evtl. nicht auch ausschreibungspflichtig ist, und halten Sie gegenüber der Beraterin oder dem Berater schriftlich fest, dass sie oder er für die anschliessende Vergabe vorbefasst und damit nicht zur Angebotsabgabe berechtigt sein wird. Auch Beraterinnen und Berater haben Anspruch auf Transparenz.
2. Klären Sie mit den extern Beratenden ab, ob diese über das **erforderliche Submissions-Know-How** verfügen, sofern dieses bei Ihnen selbst nicht oder nicht ausreichend vorhanden ist. Nicht nur technisches Fachwissen ist gefragt, sondern auch Unterstützung beim Verfassen Allgemeiner Ausschreibungsbedingungen sowie der Formulierung von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Noch zu häufig verwenden externe Berater nicht mehr aktuelle Vorbedingungen oder alte Textbausteine (oft auch in Branchensoftware), die manchmal rechtswidrig, häufig aber

für den konkreten Auftrag unpassend sind oder den Vorbedingungen Ihres Gemeinwesens widersprechen.

3. **Planen** Sie sehr **frühzeitig**, berechnen Sie die Fristen für die Angebotsabgabe (z.B. 40 Tage im offenen Verfahren) ebenso ein, wie die Rechtsmittelfristen und die Gerichtsferien im Sommer bzw. über Weihnachten, die diese Rechtsmittelfristen – jedenfalls noch nach geltendem Recht – verlängern. Je nach interner Organisation müssen zudem evtl. die Vergabekriterien, da für den Zuschlag entscheidend, von jener Behörde vorab bewilligt werden, die auch über den Zuschlag selbst entscheidet. Und schliesslich: Eine Beschwerde ist nie auszuschliessen. Selbst wenn die aufschiebende Wirkung nicht gewährt wird, ergibt sich in der Regel eine Verzögerung von mindestens 2 Wochen.
4. Für die **Berechnung des Schwellenwertes** und in der Folge die Wahl des Submissionsverfahrens sind folgende Fragen zu beantworten:
 - Liegt ein reiner Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsvertrag vor oder ein gemischter ? Über die Zuordnung eines gemischten Auftrages entscheidet der wertmässig grössere Anteil des Auftrages.
 - Ist der Auftrag «einmalig», wiederholt er sich und/oder soll der Vertrag sogar für ein paar Jahre abgeschlossen werden? Soll vielleicht eine Aufteilung in Lose vorbehalten oder vorgesehen werden ? Faustregel: Massgebend für den Schwellenwert ist immer der Wert des vorgesehenen Gesamtauftrages.
 - Ist der zu vergebende Auftrag vielleicht nur der Anfang? Sind Folgeaufträge vorgesehen oder wahrscheinlich, wenn alles wie vorgesehen läuft und die Bewilligungen und Kreditgenehmigungen vorliegen? Auch hier gilt die Regel: Massgebend ist der gesamte, geschätzte Auftragswert. Diese

submissionsrechtliche Sichtweise spricht nicht dagegen, die Auftragsbestätigungen/Verträge später nur phasenweise abzuschliessen.

5. Ausschreibungsunterlagen

- Beachten Sie, dass – gerade auch bei technischen Ausschreibungen – die Nennung von Produkten oder Marken nur dann zulässig ist, wenn eine genaue und verständliche neutrale Umschreibung nicht möglich ist. Versehen Sie Produktenennungen immer mit dem Zusatz «oder gleichwertig».
 - Geben Sie in den Unterlagen klar bekannt, ob Subunternehmer, ARGEs und Varianten zulässig sind und umschreiben Sie klar die erforderlichen Angaben bzw. Unterlagen. Sie vermeiden damit spätere Erläuterungen oder unschöne Überraschungen beim Vertragsabschluss oder der Ausführung.
 - Umschreiben Sie genau, ob eine Aufteilung in Lose vorgesehen oder vorbehalten ist und wie diese Lose vergeben werden sollen (z.B. nur 1 Los pro Anbieter). Äussern Sie sich zur Zulässigkeit von Teilangeboten.
6. Erfinden Sie das Rad nicht neu. Das Handbuch für Vergabestellen des Kantons Zürich enthält Ablaufschemata und Mustervorlagen für alle relevanten Schritte einer Submission. Auch Ihre Kolleginnen und Kollegen haben Vorarbeit geleistet – Fragen Sie nach, nicht nur in Ihrer Organisationseinheit, sondern auch in Nachbargemeinden oder anderen Städten.

Daniela Lutz

Impressum

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

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

Layout: Andreas Walker, BDKom

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

Gerichtspraxis

Keine nachträgliche Erweiterung einer Arbeitsgemeinschaft

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hatte in einem Entscheid vom 18. Juni 2003 (VB.2003.00032) befunden, dass die Vergabe «an eine Anbietergemeinschaft, die sich in dieser Zusammensetzung nicht an der Ausschreibung beteiligt hatte», von vornherein unzulässig war.

Sachverhalt

Bei der Ausschreibung im offenen Verfahren für ein Brückenbauwerk in der Gemeinde X hatte die Einzelunternehmung A das mit Abstand günstigste Angebot eingereicht. Es war im Namen einer zwischen A und B eingegangenen Arbeitsgemeinschaft (ARGE A+B) unterzeichnet worden.

Vor der Vergabe stellte die Unternehmung A fest, dass es sich beim ausgeschriebenem Bauwerk um ein Brückenbauwerk mit grossem Schwierigkeitsgrad handle, was bei ihrer Offerte

nicht berücksichtigt worden sei. Sie sei nicht in der Lage, die geforderten Eignungskriterien zu erfüllen, und ihr für den Betonbau zuständiger Subunternehmer habe nicht die Kernkompetenz für solch anspruchsvolle Brückenprojekte. Sie ersuchte deshalb die Gemeinde X, ihre Offerte bei der Arbeitsvergabe nicht zu berücksichtigen.

Die Gemeinde erachtete die ARGE A+B an ihre Offerte während sechs Monaten gebunden. Nach weiteren Besprechungen teilte A mit, sie hätten mit C den geeigneten Partner zur Erweiterung ihrer ARGE gefunden. Die Gemeinde erteilte hierauf den Zuschlag an die ARGE A+B+C.

Aus den Erwägungen:

Das Gericht hatte den Einwand der Gemeinde verworfen, es sei um den Bezug eines zusätzlichen Subunternehmers für die Ausführung einer bestimmten Arbeit

gegangen. Da die Anbietergemeinschaft als einfache Gesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, treten gegenüber der Vergabebehörde die einzelnen Mitglieder der ARGE als Vertragspartei auf. Erweitert sich eine solche Gemeinschaft im Lauf des Vergabeverfahrens um eine weitere Unternehmung, so liegt von dieser neuen Vertragspartei kein gültiges und fristgerecht eingereichtes Angebot vor. In einer nachträglichen Erweiterung einer ARGE liegt eine Veränderung des ursprünglichen Angebots. Dieses umfasst nicht nur das Versprechen einer konkreten Leistung zu einem definierten Preis, sondern vorab auch die unmittelbare Verpflichtung der offerierenden Vertragspartei. Das Vergaberecht verbietet es daher, eine Anbietergemeinschaft nachträglich in irgendeiner Weise zu verändern, sei es durch Einschränkung oder Erweiterung oder durch Austausch einzelner ihrer Mitglieder. Offen gelassen wurde die Frage, ob es zulässig wäre, nachträglich einen Subunternehmer beizuziehen, der die Hauptleistung anstelle des ursprünglichen Anbieters erbringen soll.

Technische Anforderungen, Unklarheiten vor dem Zuschlag abklären

Bestehen über die Einhaltung von technischen Anforderungen Unklarheiten, so sind entsprechende Abklärungen unverzichtbar, damit die Vergabestelle die Einhaltung der geforderten Leistungsstandards überprüfen kann. Eine nachträgliche Aufforderung, die Einhaltung der Submissionsbedingungen nochmals mit Unterschrift zu bestätigen, reicht nicht aus.

(Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, VB.2002.00380, Entscheid vom 9. April 2003).

In einer Submission betreffend die Herstellung und Lieferung von Brennschnitzeln für Schnitzelheizungen waren die Bedingungen des Leistungsbeschreibs in Bezug auf Schnitzelherstellung, -lieferung und -depot so umschrieben, dass eine besondere Ausrüstung unerlässlich war. Es handelte sich dabei um ein Fahrzeug, das auf Waldstrassen fahren und mittels Schwenkarm das Material seitlich aus dem Wald herausholen kann. Strittig war, ob der Unternehmer, der den Zuschlag erhielt, die Bedingungen des Auftrags hätte erfüllen

können. Die Vergabestelle hatte wegen ihrer Zweifel nachträglich eine unterschriebene Erfüllungsversicherung eingefordert. Dies genügte nach Auffassung des Gerichts indessen nicht, um die Einhaltung der Bedingungen der Ausschreibung zuzusichern. Es bedarf zum einen grundsätzlich keiner solchen Zusatzerklärung, um im Falle der Nicht- oder Schlechterfüllung das Vertragsverhältnis zu beenden. Zum anderen wurden damit allfällige Bedenken betreffend die gehörige Auftragserfüllung nicht beseitigt. Die streitigen Anforderungen in Bezug auf Herstellung, Lieferung und Deponie der Holzschnitzel betrafen den technischen Standard der einzusetzenden Maschinen und Geräte, es handelte sich um wesentliche technische Leistungsanforderungen. Die Vergabestelle musste die zum Einsatz kommende Ausrüstung effektiv kennen, um die Einhaltung der geforderten Leistungsstandards überprüfen zu können. Die entsprechenden Abklärungen bildete eine wesentliche Entscheidungsgrundlage und

Neues Zürcher Vergaberecht – es geht vorwärts!

Dem revidierten Konkordat (IVöB) gehören durch den Beitritt von SH und VS nun bereits 6 Kantone an. Auch im Kanton Zürich geht es vorwärts: Der Kantonsrat hat am 18. August 2003 mit 119:0 Stimmen dem Beitrittsgesetz (Vorlage 4036) zugestimmt. Die abschliessende zweite Lesung ist für den 15. September 2003 vorgesehen.

Die neue Submissionsverordnung (Vorlage 4094) ist am 23. Juli 2003 vom Regierungsrat beschlossen worden, bedarf aber noch der Genehmigung durch den Kantonsrat. Dessen Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK) wird die Beratungen voraussichtlich Mitte September aufnehmen.

Es darf daher weiterhin damit gerechnet werden, dass die Inkraftsetzung von Gesetz und Verordnung auf den 1. Januar 2004 erfolgen kann.

waren daher unverzichtbar, zumal sie nur einen verhältnismässig geringen und daher zumutbaren Mehraufwand bedeutet hätten. Der abzuklärende Sachverhalt war weder komplex, noch fehlte es der Vergabestelle an eigenen Sachverständigen.

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 11/Dezember 2003

Neuerungen im Zürcher Submissionswesen ab 2004

1. Ausgangslage

Mitte der 90-er Jahre des letzten Jahrhunderts ist das Beschaffungswesen der Kantone in eine völlig neue Phase getreten, indem die Kantone für die Umsetzung des GATT-/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) von 1994 die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) geschaffen haben.

Der Kanton Zürich hat die IVöB mit dem Beitrittsgesetz 1996 und der Submissionsverordnung 1997 umgesetzt. Seit mehr als vier Jahren – nachdem die Gemeinden per 1. Januar 1999 auch einbezogen wurden – stimmen die Rechtsgrundlagen im Kanton Zürich überein mit den Vorgaben des internationalen und nationalen Rechts.

Mit einer Revision der IVöB vom 15. März 2001 wurden auf interkantonaler Ebene die neuen Verpflichtungen aus dem Bilateralen Abkommen mit der EU umgesetzt, aber auch die Schwellenwerte und Verfahren harmonisiert und eine verbesserte Koordination mit dem Binnenmarktgesetz erreicht. Das revidierte Konkordat ist am 28. Januar 2003 in Kraft getreten. Der Kanton Zürich wird mit dem Beitrittsgesetz vom 15. September 2003 dieses Gesetz auf den 1. Januar 2004 in Kraft setzen und den Beitritt zum revidierten Konkordat vollziehen.

Ergänzend zur Revision der IVöB

wurden am 2. Mai 2002 auch die Vergaberichtlinien (VRöB) revidiert. Sie dienen den Kantonen als Mustervorlage für die Umsetzung der IVöB. Sie sind die Grundlage für die vom Regierungsrat am 23. Juli 2003 beschlossene neue Submissionsverordnung (SVO), die vom Kantonsrat am 1. Dezember 2003 genehmigt worden ist und die ebenfalls am 1. Januar 2004 in Kraft treten wird.

2. Die wichtigsten Punkte der Revision der IVöB bzw. des Beitrittsgesetzes 2003

■ Neu wird zwischen einem Staatsvertragsbereich und einem Nicht-Staatsvertragsbereich unterschieden. Der Staatsvertragsbereich gemäss der revidierten IVöB bestimmt sich insbesondere aufgrund von Schwellenwerten, die je nach Abkommen unter-

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Nach nunmehr elf Ausgaben der Zeitschrift Kriterium und fast 4-jähriger Mitarbeit im Ressort Kontakte der KöB verabschiede ich mich per Ende Jahr aus dem Redaktionsteam. Ich freue mich, dass Frau lic.iur. Sandra Eberle, neue Inhaberin der Fachleitung Beschaffungswesen der Stadt Winterthur, meine Nachfolgerin wird. Ich erinnere mich gut an die ersten, von Skepsis geprägten Sitzungen im Jahre 2000, an denen das Konzept des KRITERIUM diskutiert, verworfen, geändert und wieder von vorne diskutiert wurde. Nach einem optimistischen Start, ersten Nummern mit einem erfreulichen Echo, aber auch einer Durststrecke mit Fragezeichen zu Sinn und Inhalt des Informationsblattes freue ich mich heute darüber, dass das KRITERIUM zu einer bekannten und wichtigen Informationsquelle zum öffentlichen Beschaffungswesen geworden ist und einen festen Platz in der Praxis der Vergabestellen, aber auch bei Verbänden und Anbietenden hat. Das vorliegende KRITERIUM Nr. 11 widmet sich insbesondere der Revision von Beitrittsgesetz bzw. IVöB und Submissionsverordnung per 1.

Januar 2004 und den damit verbundenen Neuerungen. Im Zusammenhang mit den neuen Rechtsgrundlagen offeriert die KöB sodann im Januar 2004 ein Schulungsangebot und veröffentlicht auf jenen Zeitpunkt hin auch das komplett neu erarbeitete Handbuch für Vergabestellen. Mit www.simap.ch steht sodann dem Kanton und den Zürcher Gemeinden ab sofort eine elektronische Plattform für Ausschreibungsvorhaben zu Verfügung.

Ich hoffe, dass die neu gestalteten Hilfsmittel zusammen mit dem KRITERIUM weiterhin dazu beitragen, dass Ihnen, liebe Leserinnen und Leser «an der Front», das öffentliche Beschaffungswesen praxisnah vermittelt und näher gebracht werden kann.

Ich wünsche dem KRITERIUM eine lange Zukunft und ein anhaltendes Leserinteresse und bedanke mich gleichzeitig bei den Kollegen des Redaktionsteams für die gute, ergebnisreiche und persönlich sehr angenehme Zusammenarbeit.

Daniela Lutz
Rechtsanwältin

Öffentliches Beschaffungswesen (Rechtsentwicklung 1994–2003)

	International / Bund	Interkantonal	Kanton Zürich
1994	GATT/WTO-Übereinkommen (GPA)	Interkantonale Vereinbarung (IVöB)	
1995	Binnenmarktgesetz (BGBM)	Vergaberichtlinien (VRöB)	
1996			Beitritts-gesetz (BeiG)
1997			Submissions-VO (SVO)
1998			Einbezug Gemeinden
2000	Bilaterales Abkommen CH–EU		
2001		Rev. Interkantonale Vereinbarung (IVöB)	
2002		Rev. Vergaberichtlinien (VRöB)	
2003			Neues Beitritts-gesetz (BeiG) Neue Submissions-VO (SVO)

schiedlich sind. Während diejenigen des GPA unverändert geblieben sind, wird der Anwendungsbereich des Bilateralen Abkommens mit weiteren Schwellenwerten erfasst.

■ Im Staatsvertragsbereich werden die Kantone, die Bezirke und Gemeinden sowie die Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler und kommunaler Ebene, soweit sie keinen kommerziellen oder industriellen Charakter haben, erfasst. Hinzu kommen insbesondere öffentliche und private Unternehmen in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung. Da die Gemeinden im Kanton Zürich schon heute der kantonalen Regelung unterstehen und die weiteren durch das Bilaterale Abkommen CH–EU bezeichneten Vergabestellen bereits teilweise durch das bisherige Konkordat erfasst waren (vgl. Telekom, Sektorenbetriebe unabhängig von der Rechtsform und Eisenbahnen, die mehrheitlich durch die öffentliche Hand subventioniert werden), kommen effektiv nur noch wenige Bereiche wie Gasversorgung und Seilbahnanlagen hinzu.

■ Die neu aufgrund des Bilateralen Abkommens CH–EU unter das öffentliche Beschaffungsrecht fallenden Auftraggeber-

innen und Auftraggeber können von der Unterstellung ausgenommen werden, wenn in ihrem Tätigkeitsbereich echter Wettbewerb herrscht (Ausklinkklausel). Dies ist bereits im Telekom-Bereich geschehen.

■ Im Nicht-Staatsvertragsbereich unterstehen der revidierten IVöB überdies die anderen Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, soweit sie keinen kommerziellen oder industriellen Charakter haben, sowie Objekte und Leistungen Privater, die zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.

■ Die Schwellenwerte und Verfahren im Nicht-Staatsvertrags-

bereich wurden interkantonal harmonisiert und den Erfahrungen angepasst. Die Schwellenwerte bei freihändigen Vergaben für Lieferungen, Dienstleistungen und Bauleistungen wurden gemäss den dringenden Wünschen der Praxis deutlich erhöht. Neu ist die Aufteilung der Bauarbeiten in die Bereiche Bauhaupt- und Baunebengewerbe mit jeweils angepassten Schwellenwerten (vgl. Kasten). Diese Neuerung wurde angesichts der geringeren Auftragssummen im Baunebengewerbe, vor allem im Interesse eines transparenten und wirksamen Wettbewerbs, eingeführt.

■ Der Rechtsschutz wurde harmonisiert, indem neu die Definition der anfechtbaren Verfügungen in der revidierten IVöB selber geregelt ist und die Gerichtsferien, zur Beschleunigung von Beschwerdeverfahren, nicht mehr gelten.

■ Hinzu kommen verschiedene Anpassungen in einzelnen Bereichen wie z.B. eine Bestimmung über den Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb.

3. Die wichtigsten Neuerungen der Submissionsverordnung

Auch bei der Revision und Neufestsetzung der Submissionsverordnung (SVO) wollte man am Bewährten und bereits Vertrauten festhalten; so orientiert sich die SVO 2003 im Aufbau und weitgehend auch im Inhalt an der bisherigen SVO 1997. Es ging daher vor allem um Anpassungen an die revidierte IVöB, aber auch um Retouchen auf-

Neue Schwellenwerte der revIVöB im Nicht-Staatsvertragsbereich (in CHF)

Auftragsart	Bisher	Neu	
Lieferungen	50'000	100'000	Grenzen für freihändiges Verfahren
Dienstleistungen	50'000	150'000	
Bauleistungen im Bauhauptgewerbe	100'000	300'000	
Bauleistungen im Baunebengewerbe (neue Kategorie)	100'000	150'000	
Bauleistungen im Baunebengewerbe	500'000	250'000	Grenze für Einladungs-Verfahren

Neugestaltung Handbuch für Vergabestellen

Das Handbuch für Vergabestellen, ein Praxisbegleiter für die Auftraggeberinnen und Auftraggeber, wurde erstmals 1996 herausgegeben, erlebte seither mehrere Neuauflagen und wurde in den letzten Jahren durch Merkblätter und weitere Vorlagen ergänzt. Im Zuge der Revision der Rechtsgrundlagen hat die KÖB das Handbuch nun materiell

und gestalterisch völlig neu überarbeitet. Das «neue» Handbuch für Vergabestellen kann zum Preis von Fr. 100.– ab Mitte Januar 2004 bezogen werden bei der KDMZ, Räflestrasse 32, 8090 Zürich, Tel. 043 259 99 99, Fax 043 259 99 98, www.info@kdmz.zh.ch. Das Handbuch im Volltext ist sodann auch unter www.beschaffungswesen.zh.ch zu finden.

grund der praktischen Erfahrungen der vergangenen Jahre. Dabei sind u. a. folgende Änderungen bzw. Neuerungen zu erwähnen:

- Im Interesse der anderen Marktteilnehmer sind die Laufzeit von Daueraufträgen und deren Randbedingungen neu geregelt worden.

- Die Unterscheidung zwischen Bauhaupt- und -nebegewerbe ist für die Anwendung der neuen Schwellenwerte definiert worden.

- Zugunsten einer vermehrten Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung wurde ein zusätzlicher Paragraf eingefügt, wonach bei der Auswahl im freihändigen und im Einladungsverfahren nach Möglichkeit Anbietende zu berücksichtigen sind, die Lehrstellen anbieten.

- Ebenso sind die Anforderungen mit Bezug auf die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen präzisiert und verschärft worden.

- Das in der Praxis häufig kritische Thema Vorbefassung ist klarer umschrieben worden.

- Bei den Publikationsvorschriften sind neu die gesamtschweizerische elektronische Plattform Simap.ch und die spätere elektronische Einreichung von Angeboten berücksichtigt worden.

- Die wichtigen Anliegen der Vertraulichkeit und der Urheberrechte sind nun besser berücksichtigt als zuvor.

- Klar geregelt sind jetzt auch die Vorschriften, die sich mit den Sanktionen bei schwerwiegenden

Widerhandlungen gegen die Vergabebestimmungen (Verwarnung, Widerruf des Zuschlags, Ausschluss von künftigen Vergaben) befassen.

- Schliesslich ist – gemäss dem Bilateralen Abkommen CH-EU – die Archivierung der Vergabeakten festgelegt worden.

Die dargestellten Neuerungen dienen vor allem der Abrundung und Konsolidierung der heutigen Ordnung; dies nicht zuletzt mit dem Ziel, die erworbene Praxis weiter zu entwickeln und nicht in Frage zu stellen.

4. Massnahmen im Kanton Zürich

Gesamthaft bringt somit die Revision für den Kanton Zürich und seine Gemeinden aufgrund der heutigen fortschrittlichen Rechtslage keine gewichtigen Änderungen. Es waren bzw. sind jedoch – neben dem Beitrittsgesetz und der SVO – folgende Massnahmen zu treffen:

- Die Totalrevision des Handbuchs für Vergabestellen wird auf die Inkraftsetzung des neuen Rechts hin abgeschlossen werden. Ebenso soll die stark nachgefragte Informationsbroschüre für Anbietende, Verbände und Behörden neu erarbeitet als Kurzinformation wieder zur Verfügung stehen.

- Der Aufbau der Schweizer Internetplattform Simap.ch ist soweit vorangeschritten, dass bereits 9 Kantone und 6 Städte aufgeschaltet werden konnten. Auch für den Kanton Zürich und seine Städte und Gemeinden ist der Zutritt zur Plattform organisiert [vgl. den besonderen Bericht in diesem KRITERIUM]; erste Ausschreibungen sind bereits erfolgt.

- Die Information und Schulung der kantonalen und kommunalen Vergabestellen wird zusammen mit der Einführung des neuen Rechts erfolgen [vgl. Kasten «Schulungsveranstaltungen»].

5. Schlussfolgerungen

Mit den geschilderten Massnahmen bemüht sich der Kanton Zürich, gemeinsam mit den anderen Kantonen, den erneuerten Anforderungen im öffentlichen Beschaffungswesen gerecht zu werden. Mit der Inkraftsetzung auf den 1. Januar 2004 sollen die neuen Regeln möglichst bald allen Beteiligten im Kanton Zürich bekannt und vor allem nutzbar gemacht werden.

Herbert Lang ■

Schulungsveranstaltungen «Das neue Submissionsrecht»

Vorankündigung / Termine

Das neue Beitrittsgesetz zur revidierten IVöB und die neue Submissionsverordnung treten am 1. Januar 2004 in Kraft. Als Einführung in die verschiedenen Neuerungen und in das vollständig überarbeitete Handbuch werden im Januar und Februar 2004 in Zürich für kantonale und kommunale Vergabestellen Schulungsveranstaltungen organisiert. Die Schulungen finden (je-

weils am Vormittag) an den folgenden Terminen statt:

- **Freitag, 23. Januar 2004**
- **Dienstag, 3. Februar 2004**
- **Mittwoch, 4. Februar 2004**
- **Freitag, 6. Februar 2004**

Die offizielle Einladung samt Anmeldeformular erfolgt in einem besonderen Schreiben an alle kantonalen und kommunalen Vergabestellen.

www.simap.ch ist im Kanton Zürich erfolgreich gestartet

Mit Schreiben vom 15. Juli 2003 hat die Baudirektion ca. 800 Politische Gemeinden, Schulgemeinden, Kirchgemeinden und Zweckverbände angeschrieben und über die neue elektronische Ausschreibungsplattform www.simap.ch informiert. In den Beilagen wurde den Adressatinnen und Adressaten ein Antragsformular für die Zugangsberechtigung als Auftraggeber/-in zugestellt. Das erwähnte Schreiben wurde zudem am 29. August 2003 auch im kantonalen Amtsblatt publiziert. Seither wurden insgesamt rund 150 Zugangsberechtigungen vergeben (Stand Ende November 2003). In allen

Internet-Auftritt der KÖB



Einstiegsseite der Internet-Plattform der KÖB (Vorentwurf)

Die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich (KÖB) bereitet einen Internet-Auftritt zum Submissionswesen vor. Unter www.beschaffungswesen.zh.ch werden u.a. ein elektronisches Handbuch für Vergabestellen, Hinweise auf das geltende Recht und die Entscheide des kantonalen Verwaltungsgewichts sowie weitere Informationen zum Beschaffungswesen angeboten. Ausserdem stehen verschiedene Links zum Thema Submissionswesen zur Verfügung. Auf die gleiche KÖB-Internet-Seite gelangt man auch durch die Eingabe der Internet-Adressen www.koeb.zh.ch und www.submission.zh.ch.

Die Aufschaltung der Seite ist auf Anfang 2004 geplant.



Die Einstiegsseite von www.simap.ch

Bereichen (Auftragsarten: Lieferungen, Dienstleistungen, Bauarbeiten) wurden seit August 2003 Ausschreibungen und auch bereits erste Zuschläge auf www.simap.ch publiziert.

Nach verschiedenen Anfragen kommunaler Vergabestellen erhalten auch Private (z.B. Architektur- und Planungsbüros etc.) eine Zugangsberechtigung, sofern sie für öffentliche Vergabestellen Ausschreibungen vorbereiten. Die Antragsteller/-innen müssen hierfür aus datenschutzrechtlichen Gründen eine spezielle Vertraulichkeitserklärung unterzeichnen.

Mit der Inkraftsetzung des neuen Rechts per 1. Januar 2004 besteht für sämtliche kantonalen und kommunalen Vergabestellen die Pflicht, Ausschreibungen im offenen und selektiven Verfahren, Zuschläge und damit zusammenhängende Publikationen sowohl auf www.simap.ch als auch im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen. Zwischen den beiden Publikationsorganen besteht ein automatisierter Link, so dass die Ausschreibung nur einmal, auf www.simap.ch, eingegeben werden muss. Die Antragsformulare

für die Zugangsberechtigung als Auftraggeber/-in können auf www.simap.ch, auf der deutschsprachigen Seite des Kantons Zürich unter dem Titel «Mitteilungen», heruntergeladen werden. Vergabestellen, die im Jahr 2004 mit der Durchführung von Vergabeverfahren rechnen, sollten noch vor Ende Jahr eine Zugangsberechtigung beantragen.

Die bestehende Plattform wird unter dem Namen «SIMAP 2» weiterentwickelt und voraussichtlich ungefähr im Sommer 2005 aufgeschaltet.

Mark Cummins ■

Impressum

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

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

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 12/April 2004

Gleichstellung von Frau und Mann im Submissionswesen

Interview mit Dore Heim, Leiterin des Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann der Stadt Zürich



KRITERIUM Die revidierte Submissionsverordnung (SVO) des Kantons Zürich ist kürzlich in Kraft getreten. Was waren Ihre bisherigen Erfahrungen (in Bezug auf die Gleichstellung) mit der Submissionsverordnung, welche seit dem 1. Januar 1999 für den ganzen Kanton Zürich gültig war?

■ In der Verordnung ist geregelt, dass man nur Anbietende berücksichtigen darf, die in ihren Betrieben die Gleichstellung zwischen Frau und Mann garantieren. Ich habe keine unmittelbaren Erfahrungen mit der Anwendung, weil das Gleichstellungsbüro nicht an den Submissionsverfahren beteiligt ist. Wir haben uns in den letzten Monaten kundig gemacht, wie die Erfahrungen mit dem Gleichbehandlungsgebot in der Stadt Zürich sind. Wir stellen fest, dass die Submissionsverantwortlichen der Stadt Zürich

nicht so richtig wissen, wie man diesen Regeln Beachtung schenken soll – entgegen den vielfältigen Empfehlungen, die von Bundesseite vorhanden sind. Eigentlich wäre dieses Gleichbehandlungsgebot eine gute Voraussetzung, um die Gleichstellung in den Privatunternehmen zu fördern. Da jedoch Unklarheit besteht bei den Verantwortlichen,

wie das Gebot angewendet und durchgesetzt werden soll, kommt es nicht zur Umsetzung. Möglicherweise besteht auch kein Interesse, diesem Recht Nachachtung zu verschaffen.

Sähen Sie hier einen Handlungsbedarf, dass den Vergabestellen Vorschriften gemacht werden müssten?

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Zum ersten Mal habe ich Gelegenheit, mich an Sie zu wenden. Ich darf als Nachfolgerin von Frau RA Daniela Lutz im Ressort Kontakte der KöB und damit im Redaktionsteam des KRITERIUM mitwirken. Im Auftrag des ganzen Redaktionsteams danke ich Daniela Lutz sehr herzlich für die grosse Arbeit, die sie seit der ersten Nummer für das KRITERIUM geleistet hat!

Als Inhaberin der Fachleitung Beschaffungswesen der Stadt Winterthur beschäftige ich mich täglich mit Submissionen, berate die Vergabestellen der Stadt Winterthur bei konkreten Vorhaben, vertrete die Stadt im Beschwerdefall und bin für die Ausschreibungen auf SIMAP.ch verantwortlich.

Auch in der neuen Submissionsverordnung wird klar gesagt, dass die Anbietenden die geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und die Gleichbehandlung von Frau und Mann einzuhalten haben. Die Stadt Winterthur verlangt von allen Anbietenden bereits seit langem eine Selbstdeklaration, unter anderem bezüglich der Ein-

haltung der Arbeitsschutzbestimmungen und weiterer gesetzlicher Vorschriften. Immer wieder taucht die Frage auf, ob und wie die Angaben der Anbieterinnen und Anbieter bezüglich Einhaltung der Gesetzgebung zur Gleichbehandlung von Frau und Mann überprüft werden können. Das interessante Gespräch mit Frau Dore Heim vom Büro für Gleichstellung von Frau und Mann der Stadt Zürich hat dazu konkrete Hinweise geliefert, die, wie ich hoffe, auch für Sie von Nutzen sein werden.

Heute sollte Gleichstellung von Frau und Mann kein Thema mehr sein – denkt man. Firmen, die bereits eine entsprechende Analyse ihrer Lohn- und Arbeitsplatzstrukturen durchgeführt haben waren zum Teil überrascht von deren Ausgang und dankbar für die Hinweise. Die Standortbestimmungen führten zum Teil zu Änderungen der Besoldungsstrukturen. Das Submissionswesen bietet konkret Hand dazu, solche Analysen zu initiieren, denn – um Frau Heim zu zitieren: «wer, wenn nicht der Staat, ist effektiv dafür verantwortlich, dass die Gleichstellung durchgesetzt wird?».

Sandra Eberle

■ Vorschriften für die Vergabestellen bestehen bereits. Im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen wie auch in den interkantonalen Vereinbarungen und in der SVO des Kantons Zürich ist dies explizit enthalten. Die Submissionsverantwortlichen haben die Aufgabe, dem Gesetz Nachachtung zu verschaffen. Im Bundesgesetz heisst es «Gleichbehandlung von Mann und Frau in Bezug auf die Lohnungleichheit», in der SVO des Kantons Zürich ist weiterführend von «Gleichbehandlung von Frau und Mann» die Rede. In den anbietenden Firmen müsste demnach die Gleichbehandlung von Frau und Mann gewährleistet sein. Die Gleichbehandlung ist eine Grundvoraussetzung. Es dürfen nur Betriebe berücksichtigt werden, welche die Gleichbehandlung von Frau und Mann einhalten. Die Bundeskommission für das Beschaffungswesen bietet im Internet Vorschläge an, wie eine Selbstdeklaration der Firmen aussehen könnte, welche die Submissionsverantwortlichen bei den Firmen einholen müssten. Die Firmen müssten alle auf diese Grundvoraussetzung der Gleichbehandlung von Frau und Mann aufmerksam gemacht werden. Dies wäre mit einer solchen Selbstdeklaration möglich, welche wir seit Jahren in der Stadt Zürich fordern. Nur bei der Lebensmittelbeschaffung des Gesundheits- und Umweltschutzdepartements (GUD) wird dies tatsächlich flächendeckend gemacht. Seit ca. eineinhalb Jahren wird von sämtlichen Firmen eine Selbstdeklaration verlangt und in den allgemeinen Geschäftsver-

einbarungen ist das Gebot der Gleichbehandlung enthalten. Bei allen anderen Submissionen, sei es beim Tiefbau, Hochbau, den Industriellen Betrieben und auch bei den übrigen Submissionen des GUD, wird unseres Wissens diese Selbstdeklaration der Firmen nicht verlangt.

Wo sehen Sie die Vor- und Nachteile der ab 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Submissionsgesetzgebung, und in welchen Bereichen kommt sie Ihren Anliegen und Wünschen entgegen?

■ Die Gleichbehandlung von Frau und Mann ist ein Grundsatz in der Submissionsgesetzgebung. Es steht ebenfalls explizit da, dass Gleichstellungsbüros mit der Kontrolle beauftragt werden, ob dies eingehalten wird. Grundsätzlich wäre damit eine ideale Ausgangslage geschaffen. Als einziger Nachteil gilt, dass der ganze Vollzug nicht konkret festgehalten ist. Man kann sich diverse Möglichkeiten vorstellen, die unter das Stichwort Prävention zusammengefasst werden können. Man könnte Stichproben machen, ob die Gleichbehandlung eingehalten wird. Im weiteren könnten auch Listen von geeigneten Anbietenden angelegt werden. Bisher hatte man das Problem, dass den Submissionsverantwortlichen ein Instrument fehlte, das es erlaubte, nur schon etwa die Lohnungleichheit bei den Anbietenden zu überprüfen. Dies ist nun anders: Das Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien (BASS) in Bern hat vor

einem Jahr ein Instrumentarium entwickelt, das auf einer sogenannten Regressionsanalyse basiert, um innert vernünftiger Zeit die Lohnungleichheit innerhalb der Firmen zu überprüfen. Der Bund hat das Instrumentarium bei fünf Pilotbetrieben der Anbietenden getestet und es hat sich als tauglich erwiesen. Stichproben wären grundsätzlich machbar. Es stellt sich dann natürlich die Frage, wie mit den Resultaten umgegangen werden soll (z.B. wenn man feststellt, dass bei einer Firma, der man einen Auftrag erteilt hat, massive Lohnungleichheit besteht). In den Pilotversuchen des Bundes wurden in zwei der untersuchten Betriebe solche Lohnungleichheiten festgestellt. Man tritt in so einem Fall mit den Firmen in Verhandlung und entwickelt in Zusammenarbeit mit den Firmen Massnahmen, damit sie innert einer bestimmten Frist die Lohnungleichheit beseitigen. Das sofortige Umsetzen ist wohl in kaum einer Firma möglich. Die Firma muss jedoch mit einem verbindlichen Massnahmenkatalog einverstanden sein und diesen in einer bestimmten Zeit umsetzen. Nach dieser Frist müssten die Submissionsverantwortlichen bei dieser Firma erneut eine Kontrolle durchführen, um festzustellen, ob sich die Situation verbessert hat. Falls nicht, müssen andere Sanktionen in Betracht gezogen werden (evtl. den Auftrag kündigen). Konventionalstrafen bringen erfahrungsgemäss wenig, da sie für die Firmen, je nach Firmen grössse, nicht ins Gewicht fallen. Man kann sich auch fragen, ob es sinnvoll wäre, eine Firma für öffentliche Aufträge zu «sperren». Die neue SVO sieht die Möglichkeit solcher Sanktionen vor.

Unser Interesse liegt nicht im Bestrafen der Firmen, sondern darin, via Submission die Situation in den Firmen zu verbessern. Das heisst primär, die Firmen auf das Gleichbehandlungsgebot hinzuweisen und mit positiven Aktionen wie etwa einer Liste von geeigneten Firmen den Wettbewerb anzuspornen, auf dieser Liste zu figurieren. Die öffentliche Auftragsvergabe ist eine der wenigen Möglichkeiten, wo der Staat der Privatwirtschaft gegenüber ein wirkungsvolles Druck-

Vergabe-Tipps

Vergabetagung Zürich, 4. Juni 2004 Kongresshaus Zürich

Das Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg führt zusammen mit der Stiftung für Juristische Weiterbildung, Zürich, eine Spezialtagung zum Vergaberecht durch. Sie orientiert über wichtige Neuerungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung. Zur Sprache kommen folgende Themen:

Die Themen

- Das Vergaberecht 2004
- Die Ausschreibungspflicht
- Nachhaltige Beschaffung
- Vergabemanagement
- Der Angebotspreis
- Ausstand und Vorbefassung
- Rechtsprechung

Info: Tel. 026 300 80 40 oder via Internet: baurecht@unifr.ch
oder www.unifr.ch/baurecht

mittel in der Hand hat, um der Gleichstellung Nachachtung zu verschaffen. Hinzu kommt, dass viele Firmen nicht wirklich Kenntnis davon haben, dass in ihrem Betrieb keine Lohnungleichheit herrscht. Es ist ja meist nicht so, dass eine Firma gezielt Frauen weniger bezahlt als Männern, sondern es handelt sich um eine indirekte Diskriminierung: z.B. wenn bestimmte Stellen, die vorwiegend durch Frauen besetzt werden, tiefer bewertet und somit schlechter bezahlt werden als diejenigen Stellen, welche vorwiegend durch Männer besetzt werden. Bei der Besoldungsrevision in der Stadtverwaltung Zürich sah man anhand der Arbeitsplatzbewertungen, dass bestimmte «Branchen» wie etwa der Gesundheits- und Sozialbereich, also ausgesprochene Frauenarbeitsplätze geringer gewertet und somit schlechter bezahlt wurden als sogenannte Männerarbeitsplätze. Firmen, die auf die herrschenden Lohnungleichheiten in ihrem Betrieb hingewiesen werden, sind durchaus willens, dieses Problem anzugehen. Die Firmen haben aus ökonomischen und sozialen Gründen (Kultur, Motivation, Produktivität der Mitarbeitenden) kein Interesse, Lohnungleichheiten bestehen zu lassen. Die Migros Genossenschaft Zürich stellte z.B. anhand einer Arbeitsplatzbewertung fest, dass die Frauenarbeitsplätze massiv unterbewertet und schlecht entlohnt werden und ist diese Probleme jetzt angegangen. Es ist durchaus denkbar, dass eine Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots bei Submissionen sogar sehr einvernehmlich und in einer Kooperation zwischen diesen Firmen und dem Staat ablaufen kann. Die Submissionsverantwortlichen haben Ängste vor massiven Konflikten mit Firmen, dies muss nicht a priori so sein. Die Ängste bestehen auch, weil man als Submissionsverantwortliche normalerweise mit bekannten Firmen zu tun hat, man kennt sich gegenseitig und weiss, dass rechtzeitig geliefert wird. Das macht es einfacher. Falls nun bei einer dieser Firmen eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots festgestellt würde, müsste man dann neu ausschreiben und hätte mit Firmen zu tun, die man bisher nicht kannte.

Welches sind Ihre konkreten Erfahrungen in öffentlichen Beschaffungen? Und wenn keine vorhanden, verfügen Sie über Erfahrungen beim Kanton oder bei kommunalen Stellen?

■ Nein, ich sage nochmals, wir als Gleichstellungsbüro sind nicht direkt mit den Vergaben befasst. Wir sind nur indirekt am Thema beteiligt, in dem wir speziell in der Stadt Zürich versuchen, herauszufinden, wie die Abläufe der Vergaben sind. Wir haben 2003 eine kleine Umfrage durchgeführt bei allen, die mit Aufträgen befasst sind und haben festgestellt, dass Handlungsbedarf besteht. Mit Submissionen Befasste wissen oft nicht, wie man der Gleichstellung Nachachtung verschaffen kann. Sie machen geltend, dass durch eine Regelung die Reglementierung noch vergrössert würde. Wir sagen: «Es ist ganz simpel, beginnt mit der Selbstdeklaration.» Im Lebensmittelbeschaffungsbereich wird dies durch das GUD gemacht und verursacht dort keinen grösseren Aufwand. Es ist schlicht eine Erklärung der Anbietenden gegenüber denjenigen, welche Aufträge vergeben. Die Grundlagen für die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots sind Prävention, Wissen und die anschliessende Kontrolle, bei der allerdings geklärt werden muss, wer diese durchführt. Wenn das Büro für Gleichstellung diese Aufgabe übernehmen soll, wie im Gesetz vorgesehen, müssen die Ressourcen dafür bereitgestellt werden. Submissionen sind politisch relativ heikel – und dann kommt noch das Gleichstellungsbüro und verlangt, dass die Gleichstellung gesetzlich durchgesetzt wird! Aber wer, wenn nicht der Staat, ist effektiv dafür zuständig, dass die Gleichstellung durchgesetzt wird? Es ist eine alte Diskussion unter VerfassungsrechtlerInnen, ob der Pausus in der Bundesverfassung Art.8.3, welcher die Gleichbehandlung von Frau und Mann betrifft, auch eine Drittwirkung auf Private hat. Der Staat allerdings steht in der Pflicht, die Gleichstellung zu garantieren. Ich stelle fest, dass die Submissionsverantwortlichen andere Grundvoraussetzungen wie Arbeitsschutzbestimmungen und

Literaturhinweise

- Soeben ist das Standardwerk «Das Vergaberecht der Schweiz» in 6. Auflage erschienen. Das von Prof. Dr. Hubert Stöckli herausgegebene Buch bietet einen wertvollen Überblick über alle wichtigen Erlasse und die Rechtsprechung in der Schweiz. Verlag: Schulthess, Zürich. Preis: Fr. 88.–.
- In der Zeitschrift PBG aktuell (Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht), Ausgabe 1/2004, S. 5ff., haben Daniela Lutz, lic. iur., RA, und Sandra Eberle, lic. iur., eine umfassende Übersicht über «Das revidierte Submissionsrecht im Kanton Zürich» publiziert. Das Heft kann bezogen werden bei: Stutz Druck AG, Wädenswil, Tel. 01 783 99 11, E-Mail: info@stutz-druck.ch.

Einhaltung von gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen bei den Firmen kontrollieren. Ich kann mir kaum vorstellen, dass Firmen berücksichtigt werden, die eben z.B. Arbeitsschutzbestimmungen nicht einhalten.

Ist die im Rahmen der GATT/WTO-Bestimmungen erfolgte Marköffnung auf nationaler und internationaler Ebene für die Gleichstellungs- und Frauenförderungsanliegen als positiv oder als negativ zu werten? Was sind die Gründe dafür?

■ Wenn man mit ausländischen Firmen zu tun hat, ist es schwieriger, Kontrollen über deren Arbeitsbedingungen durchzuführen. Gleichzeitig agieren ausländische Firmen auch nicht im rechtsfreien Raum. Im EU-Raum gelten möglicherweise noch strengere Gesetzgebungen in Bezug auf die Gleichstellung. Im sogenannten EG-Vertrag ist die Lohnungleichheit als Grundvoraussetzung für öffentliche Aufträge seit vielen Jahren geregelt. Damals wurde diese auf massiven Druck von Frankreich, welches die Lohnungleichheit als gesetzliche Vorgabe schon hatte und bei internationalen Wettbewerben nicht im Nachteil sein

wollte, in den EG-Vertrag aufgenommen. Bei Aufträgen der Stadt Zürich handelt es sich vermutlich vor allem um Aufträge, die an Firmen im EU-Raum vergeben werden. In den USA z.B. werden bei auftragnehmenden Firmen nebst Kontrollen zur Gleichbehandlung auch regelmässige Stichproben zu Fördermassnahmen der Firmen für Frauen und Minderheiten durchgeführt. Wenn es nun also in den USA möglich ist – zumal dies bereits bei kleineren Aufträgen ab US \$ 50'000 und Firmen mit 50 Mitarbeitenden und darüber gemacht wird – dieses Vorgehen zu handhaben, ohne dass das ganze Vergabesystem zusammenbricht, müsste das auch bei uns möglich sein, wo nur die Gleichbehandlung kontrolliert würde. Man kann aus pragmatisch-praktischen Erwägungen ja einfach mal damit beginnen, diesem Recht bei den schweizerischen Firmen Nachachtung zu verschaffen. Und dann weiter schauen, ob man sich die nötigen Informationen auch bei den ausländischen Firmen verschaffen kann. Und dort wird man sehen, dass diese Gesetzgebung in den meisten Ländern auch gilt.

Welche Instrumente/Informationen stehen den Vergabestellen heute auf nationaler und auf internationaler Ebene zur Verfügung, um den Umsetzungsgrad der neuen gesetzlichen Bestimmungen insbesondere in Hinsicht auf die Aspekte der Lohngleichheit zu prüfen resp. zu belegen?

■ Wie ich bereits erwähnte, hat das Büro BASS in Bern ein Instrumentarium entwickelt. Anhand dieser Regressionsanalyse mit einer Toleranzschwelle von 5% wurden die Lohnunterschiede in den Firmen gemessen. Das Instrumentarium ist jetzt vorhanden und es ist praktikabel. Der Aufwand für die Firmen ist absolut im Rahmen, da die meisten Firmen sowieso alle zwei Jahre im Rahmen der Lohnstrukturhebung des Bundes ihre genauen Lohndaten abliefern. Die meisten, vor allem die grösseren Betriebe, haben somit ihre Lohndaten bereits aufbereitet. Genau diese Daten sind auch für die Regressionsanalyse notwendig.

Hat sich die sehr weitgehende Reglementierung im Submissionsbereich der öffentlichen Hand mit Beschwerderecht der Anbietenden als positiv oder als negativ für die Gleichstellungs- und Frauenförderungsanliegen erwiesen? In welchen Bereichen sind Veränderungen festzustellen?

■ Wir haben nicht gehört, dass die Selbstdeklaration bei den Vergaben in der Lebensmittelbeschaffung des GUD negatives Feedback von den Firmen gegeben hätte. Man müsste selbstverständlich bei der Einführung der Selbstdeklaration auf den Formularen oder in der allgemeinen Geschäftsvereinbarung unbedingt bereits festhalten, dass gegebenenfalls eine Kontrolle stattfindet und die Firmen bereit sein müssen, die Daten offen zu legen. Man muss mit offenen Karten spielen. Die Auftragnehmenden müssen wissen, was die gesetzlichen Regelungen sind und dass sie diese einzuhalten haben.

Falls Sie könnten, würden Sie das Rad der Zeit vor den 1. November 1997, dem Zeitpunkt der Inkraftsetzung des Beitrittsgesetzes zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), zurückdrehen und falls ja: wieso?

■ Im Moment haben wir die Situation in der Schweiz, dass man sieht, was geschieht, wenn das Rad zurückgedreht wird. Soviel zur angemessenen Vertretung von Frauen in der Politik... Es ist mit der jetzigen Submissionsgesetzgebung bereits viel möglich und es ist spannend, herauszufinden, wie man sie in die Praxis umsetzen kann. Die Voraussetzungen sind sehr gut. Seit ich 1999 im Gleichstellungsbüro angefangen habe, war das Thema Submission immer wieder Thema. Meines Wissens wurden bereits 1992/93 erste Gespräche mit Ursula Koch, der damaligen Vorsteherin des Hochbaudepartements, zur Einführung der Selbstdeklaration und zu stichprobenartigen Überprüfungen der Auftragnehmenden geführt. Mit der guten Gesetzeslage auf nationaler und kantonaler Ebene gibt es das effiziente Druckmittel gegenüber der

Privatwirtschaft, um die Gleichstellung zumindest im Lohnbereich durchzusetzen.

Wenn Sie noch einen Wunsch für 2004 frei hätten, was wünschen Sie sich in diesem Zusammenhang?

■ Als Wunsch für 2004 kann ich das sogar präzise formulieren. Mein Wunsch wäre, dass 2004 die Selbstdeklaration bei Submissionen der Stadt Zürich flächendeckend eingeführt würde. Man könnte sich dafür an die Formulierung anlehnen, die das GUD in der Lebensmittelbeschaffung benützt. Diese ist in Zusammenarbeit mit dem Büro für Gleichstellung entstanden und ist gut. Gleichzeitig sollte bei der Selbstdeklaration ein Hinweis gemacht werden, dass allenfalls eine Überprüfung durchgeführt wird.

Ein weiterer Wunsch von mir wäre, dass sich alle Submissionsverantwortlichen der Stadt Zürich über das Instrumentarium zur Überprüfung der Lohngleichheit instruieren lassen, welches jetzt besteht.

Im Weiteren wäre es wünschenswert, wenn man eine Liste von geeigneten Anbietenden aufbauen würde, welche Firmen positiv hervorhebt. Dies erleichtert die Arbeit der Submissionsverantwortlichen und wäre ein Ansporn für die Firmen. Es hätte keinen Strafcharakter gegenüber den Firmen.

Die Gleichstellungsbüros sind explizit als mögliche Controlling-Instanz erwähnt. Wir haben vor zwei Jahren ein Projekt zu flexibilisierten Arbeitsbedingungen ge-

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.

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

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

macht. Damals haben wir mit sieben Zürcher Firmen aus den Bereichen Reinigung, Detailhandel und dem Gastgewerbe zusammengearbeitet. Wir haben daher das Fachwissen, wie Firmen zu überprüfen sind. Das Überprüfen, ob die Lohngleichheit eingehalten wird, ist eine Angelegenheit von wenigen Wochen. Die Liste mit den geeigneten Firmen kann laufend ergänzt werden. Ich denke, einen Grundstock von geeigneten Anbietenden zu definieren wäre rasch möglich. Man kann davon ausgehen, dass viele Firmen mit der Lohngleichheit kein Problem haben. Alle Firmen wissen seit der Inkraftsetzung des Gleichstellungsgesetzes 1996, dass es sehr teuer werden kann, wenn man einen Lohnungleichheitsfall im Unternehmen hat und nichts dagegen unternimmt. Darum kann man davon ausgehen, dass auch Personalverantwortliche in

Firmen sich bereits Gedanken gemacht haben zum Stand der Gleichstellung in der Firma.

Die meisten Firmen, welche Aufträge der öffentlichen Hand erhalten – das hat mit den Branchen zu tun – sind ausgesprochene Männerbetriebe. 67% der Aufträge beim Bund betreffen Firmen mit vor allem Männerarbeitsplätzen und nur der Rest von 33% betrifft solche mit viel Frauenarbeitsplätzen. Es gibt jedoch Bereiche wie z.B. die Nahrungsmittelindustrie und die Druckindustrie, wo es zwar stark geschlechtersegregierte Bereiche gibt, aber eben auch viele Frauen arbeiten. Wenn man mit Stichproben beginnt, sollte man sich zuerst auf die Branchen fokussieren, wo sowohl Frauen- wie Männerarbeitsplätze zu finden sind.

*Das Interview führten:
Sandra Eberle, René Manz*

und deren Auswertung beim Angebot der Beschwerdeführenden als unzulässig.

Inskünftig sollten die hier folgenden Punkte besonders beachtet werden:

- Eignungskriterien sollten detailliert umschrieben werden. Werden spezielle Anforderungen (wie Erfahrung und Referenzen mit ganz bestimmten Vorhaben und Ausführungsarten) verlangt, so sollten diese in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgelegt werden.
- Die Beurteilung der Eignung sollte in einer Matrix oder einem ähnlichen internen Dokument (Evaluationsbericht) festgehalten und dabei Anbietende, die als nicht geeignet erachtet werden, als solche bezeichnet werden. Die Entscheidungsgrundlagen für eine solche Beurteilung sollten in Form von schriftlichen Dokumenten oder von mündlichen Referenzauskünften, die schriftlich festgehalten werden, vorliegen.
- Nicht geeignete Anbietende gelten als ausgeschlossen und sind von der weiteren Beurteilung der Angebote aufgrund der Zuschlagskriterien auszunehmen. Eignungs- und Zuschlagskriterien sollten sowohl in den Ausschreibungsunterlagen wie auch bei der Bewertung klar von einander getrennt werden. Eignungskriterien sollten überdies als «Killerkriterien» formuliert werden, die entweder erfüllt sind oder nicht.
- Der Ausschluss einer nicht geeigneten Anbieterin oder eines nicht geeigneten Anbieters muss *nicht* mit einem separaten Entscheid vorgenommen werden. Wird er aber im Vergabeentscheid vorgenommen, so sollte in der Vergabeverfügung ohne Namensnennung auf die ausgeschlossenen Angebote Bezug genommen werden (z.B. «Anzahl eingereichte Angebote 7, davon ungültig 1»). Im beiliegenden Absagebrief an die ausgeschlossene Anbieterin bzw. den ausgeschlossenen Anbieter sollte deutlich darauf hingewiesen, dass ein Ausschluss erfolgt ist, und die wesentlichen Gründe dafür kurz genannt werden.

Gerichtspraxis

Zulässigkeit von Global- und Pauschalangeboten

Mit Entscheid vom 3. Dezember 2003 (VB.2003.00256, vgl. BEZ 2004, H. 1, Nr. 16) hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die Beschwerde eines nichtberücksichtigten Anbieters gutgeheissen und die Vergabestelle angewiesen, den Zuschlag den Beschwerdeführenden zu erteilen.

Konkret ging es um die *Ausschreibung von Tiefbauarbeiten in einem offenen Verfahren*, bei denen ein Anbieter ein Globalpreisangebot als Variante zum geforderten Angebot nach Einheitspreisen eingereicht hatte. Das Verwaltungsgericht wies auf die Problematik von solchen Pauschal- bzw. Globalpreisangeboten hin (fehlende Vergleichbarkeit; Missbrauchsgefahr). Es liess im vorliegenden Fall die Frage offen, ob grundsätzlich nebst dem Amtsvorschlag mit Einheitspreisen unter bestimmten Voraussetzungen auch Varianten mit Global- und Pauschalpreisen zulässig sein können. Die Vergabestelle hatte nämlich noch vor der Zuschlagserteilung bemerkt, dass das Leistungsverzeichnis fehlerhaft war und deshalb alle Anbieter

aufgefordert, die Preise ihrer Angebote im Hinblick auf die reduzierten Mengen zu bestätigen. Die Anbieterin, die die Variante mit dem Globalpreisangebot eingereicht hatte, reichte nun ein revidiertes Angebot des Amtsvorschlags (Bestätigung der Einheitspreise und Senkung der Festpreisposition Baustelleneinrichtung) und eine angepasste Version der Variante Globalangebot ein. Die Vergabestelle erteilte diesem nachträglich geänderten Globalangebot den Zuschlag, was das Verwaltungsgericht als unzulässig erachtete. Es kam zum Schluss, dass diese Anbieterin die Mängel des Leistungsverzeichnisses von Anfang an erkannt und durch Verschiebung von mengenabhängigem Aufwand in eine sachfremde Festpreisposition ausgenutzt habe. Die Angebote dieser Anbieterin (also sowohl die ursprünglichen wie auch die revidierten Angebote gemäss Amtsvorschlag und die beiden Varianten) hätten gemäss diesem Entscheid ausgeschlossen werden müssen. Sodann erklärte das Verwaltungsgericht auch das Vorgehen der Vergabestelle in Bezug auf die Festlegung der *Eignungskriterien*

In Bezug auf *Global- und Pauschalpreisangebote* sollte Folgendes beachtet werden:

- Bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen sollte ein deutlicher Hinweis an die Anbieter erfolgen, ob nebst dem Angebot Amtsvorschlag mit Einheitspreisen Varianten mit Global- bzw. Pauschalpreisen erwünscht und zugelassen sind oder gerade eben nicht. Werden sie zugelassen, so müssen die entsprechenden Grundlagen wie vollständige und klare Pläne vorhanden sein und die Vergleichbarkeit der Varianten mit den Amtsvorschlägen muss sichergestellt werden.
- Die Vergabebehörde trägt mit der Zulassung von Pauschal- und Globalangebotsvarianten – v.a. wenn über deren Zulässigkeit vorgängig nichts festgelegt wurde – ein gewisses submissionsrechtliches Risiko. Im Zweifelsfall, d.h. also gerade bei grösseren und umfangreicheren Ausschreibungen, sind Pauschal- und Globalangebotsvarianten also eher nicht zu berücksichtigen, wobei darauf in den Ausschreibungsunterlagen deutlich hinzuweisen ist.

Erweist sich während eines Ausschreibungsverfahrens, dass das *Leistungsverzeichnis* mit Einheitspreisen in Bezug auf die Mengenangaben *fehlerhaft* ist, sind diese Punkte zu beachten:

- Die Anbietenden sollten dazu aufgefordert werden, ihre bisherigen Angebote (Einheitspreise) zu bestätigen. Die Anbietenden haben eigentlich nur noch die Wahl, ihr Angebot zurück zu ziehen oder die gewünschte Bestätigung beizubringen. Nachträgliche Änderungen über die Mengenreduktionen hinaus sind in solchen Fällen nicht zulässig. (Vgl. aber auch VB. 2002.00258, auf www.vgrzh.ch, wo verlangt wurde, dass allen Anbietenden die Projektänderung mitgeteilt und diesen die Möglichkeit eingeräumt wird, ein neues Angebot einzureichen.)
- Die Vergabestellen haben zudem in solchen Fällen die Angebote einer genauen Prüfung auf mögliche Täuschungsmanöver zu unterziehen. Der Ausschluss von Angeboten sollte allerdings

nur dann erfolgen, wenn nachgewiesen werden kann, dass Anbietende den Fehler des Leistungsverzeichnisses bemerkt und entsprechend ihr Angebot in unlauterer Weise erstellt haben. Indizien sind – wie vom Verwaltungsgericht aufgeführt – tiefe Einheits- sowie hohe Festpreispositionen. Es ist aber ratsam, bei den Anbietenden vor einem Ausschluss schriftlich nähere Angaben zur Kalkulation zu verlangen und anschliessend deren Plausibilität zu überprüfen.

Lehrlingsausbildung, ein grundsätzlich zulässiges Zuschlagskriterium

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat am 9. Juli 2003 (VB. 2002.00255, vgl. www.vgrzh.ch) entschieden, dass die *Verwendung der Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium* grundsätzlich zulässig sei. Dem Kriterium müsse jedoch im Vergleich zu den übrigen, am Nutzen der beschafften Güter und Dienstleistungen orientierten Kriterien eine klar untergeordnete Rolle zukommen. Im Sinn einer einfach anzuwendenden Regel geht das Gericht davon aus, dass die *Gewichtung des Kriteriums Lehrlingsausbildung 10 % des Gesamtgewichts aller Zuschlagskriterien nicht überschreiten darf*. Ferner dürfe das Kriterium *keine Diskriminierung auswärtiger Anbieter bewirken*; es könne insbesondere gegenüber Anbietern aus Vertragsstaaten des GATT/WTO-Übereinkommens nicht zur Anwendung gelangen.

Das Verwaltungsgericht hält fest, dass das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM) *Einschränkungen des Marktzugangs, die sich aus Massnahmen mit sozialpolitischer Zielsetzung ergeben*, nicht von vornherein ausschliesst. Die Massnahmen müssten jedoch für ortsansässige und ortsfremde Personen gleichermassen gelten und zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und überdies verhältnismässig sein. Die Förderung der Lehrlingsausbildung sei ein im öffentlichen Interesse liegendes sozialpolitisches Ziel. Es könne aber offensichtlich nicht darum gehen, öffentliche Beschaffungen überwiegend nach dem Einsatz

- Erweist sich das Leistungsverzeichnis als derart mangelhaft, dass eine Vergabe vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden kann, da insbesondere auch die eingereichten Angebote nicht vergleichbar sind, kann ein Abbruch und eine Neuauflage des Verfahrens in Frage kommen. Dabei muss aber ein wichtiger Grund im Sinne von § 37 SVO vorliegen und vor diesem Entscheid eine eingehende Prüfung der Voraussetzungen stattfinden.

RA Claudia Schneider

von Lehrlingen durch die beteiligten Anbieter zu vergeben. Die Vergabe sei in erster Linie auf den Nutzen der beschafften Güter und Dienstleistungen für die auftraggebende Behörde auszurichten und müsse einen wirksamen, gleichberechtigten Wettbewerb unter den Anbietern gewährleisten. Dem Kriterium der Lehrlingsausbildung dürfe daher im Rahmen der Zuschlagskriterien kein übermässiger Stellenwert zukommen. Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) verpflichtet die Kantone, Zuschlagskriterien vorzusehen, die den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten. Obwohl diese Umschreibung gegen die Anwendung von leistungsfremden, insbesondere sozialpolitischen Kriterien spricht, werden leistungsfremde, insbesondere ökologische Gesichtspunkte nicht von vornherein ausgeschlossen. Auch nach der IVöB dürfe aber der Gesichtspunkt der Lehrlingsausbildung mit einer untergeordneten Gewichtung zur gesamten Bewertung beitragen.

Ergänzend bleibt beizufügen, dass sich die Situation mit dem Inkrafttreten des neuen Submissionsrechts per 1. Januar 2004 nur insofern verändert hat, als zusätzlich das Thema *Lehrlingsausbildung bei der Auswahl im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren zu berücksichtigen* ist (vgl. § 5 Submissionsverordnung).

Dr. Fred Hirschi

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 13/September 2004

Freihändiges Verfahren – Die neuen Schwellenwerte und ihre Handhabung

von lic.iur. Sandra Eberle

Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen, Stadt Winterthur



Noch sind die höheren Schwellenwerte für das freihändige Verfahren neu (vgl. Kasten). Nach einem halben Jahr Praxis konkretisieren sich nun die Probleme in der Umsetzung. Der vorliegende Artikel soll die Problematik und Lösungsansätze aufzeigen, wobei vor allem auf die Situation von kleineren Gemeinden eingegan-

gangen wird. Hier soll ausschliesslich die freihändige Vergabe im Nicht-Staatsvertragsbereich unterhalb der Schwellenwerte behandelt werden. Für weitere Ausführungen zu den Ausnahmen nach § 10 Abs. 1 lit. a – k der Submissionsverordnung (SVO) ist auf das Handbuch für Vergabestellen Merkblatt 5 und auf die Ausführungen von RA lic.iur. Daniela Lutz im Kriterium Nr. 3 vom April 2001 (zu § 11 Abs. 1 lit. a – k aSVO) zu verweisen.

1. Das freihändige Verfahren

Freihändig zu vergeben bedeutet die direkte Vergabe des Auftrages an eine/n Anbieter/in ohne Ausschreibung und ohne Konkurrenz. Folgt man dem üblichen Ablaufschema für eine Vergabe (Definition der Aufgabe, Bestimmung der Auftragsart, Bestimmung des Auftragswertes, Bestimmung der Verfahrensart) ist es in der Regel einfach festzulegen, ob ein freihändiges Verfahren aufgrund des Auftragswertes zur Anwendung kommen kann.

Auch im freihändigen Verfahren gelten die Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes (BGBM) bezüglich Gleichbehandlung der Anbietenden, bzw. Nichtdiskriminierung (Art. 3 und Art. 5 BGBM). Auch die aus der Bundesverfassung hergeleiteten allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns, wie das Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behand-

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Nicht zum ersten Mal widmet sich KRITERIUM dem Thema des Freihändigen Verfahrens. Bereits im April 2001 ist in der Ausgabe Nr. 3 ein Artikel von Rechtsanwältin Daniela Lutz mit dem Titel erschienen: «Freihändiges Verfahren – das Wichtigste in Kürze». Dass in der vorliegenden Nummer 13 wiederum das Freihändige Verfahren als Hauptthema behandelt wird, heisst nicht, dass dem Redaktionsteam des KRITERIUM die Phantasie ausgegangen wäre, neue Themen zu finden. Die Wiederholung ist eher eine Auswirkung der Änderung der Rechtsgrundlagen und des dadurch verstärkten Bedürfnisses nach einer neuerlichen, praxisnahen Orientierung. Die Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001 und der Beitritt des Kantons Zürich zum revidierten Konkordat zusammen mit der neuen Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 auf den 1. Januar 2004 haben in Bezug auf das Freihändige Verfahren doch einige Änderungen gebracht, die eine nähere Beleuchtung wünschbar machen.

So wie sich die Rechtsgrundlagen wandeln, bleibt nichts fest im Wandel der Zeit. Nach 13 Ausgaben des KRITERIUM und gut vierjähriger Mitarbeit im Ressort Kontakte der KöB verabschiede ich mich aus dem Redaktionsteam. Ich wünsche den Leserinnen und Lesern weiterhin viele anregende, für ihre Arbeit im Beschaffungswesen nützliche Artikel im KRITERIUM, was auch der Zeitschrift eine gedeihliche Zukunft sichern wird. Schliesslich danke ich der Kollegin und den Kollegen im Redaktionsteam für die gute und stets angenehme Zusammenarbeit.

Fred Hirschi

Anhang 2 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

Die freihändige Vergabe im Nicht-Staatsvertragsbereich ist grundsätzlich zulässig bis

- Fr. 100'000 für Lieferungen
- Fr. 150'000 für Dienstleistungen
- Fr. 150'000 für Bauleistungen im Baunebengewerbe
- Fr. 300'000 für Bauleistungen im Bauhauptgewerbe

lung, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Gebot eines fairen Verfahrens bzw. eines fairen Wettbewerbs, sind zu beachten (vgl. VB 2003.00009 [Schularchiv], E.4, auf www.vgrzh.ch).

Das freihändige Verfahren ist ein relativ schnelles Verfahren. Die Beschaffungsstelle setzt sich direkt mit einem Anbieter einzeln in Verbindung und stellt ihm das Leistungsverzeichnis zu. Dem ausgewählten Anbieter sind angemessene Fristen je nach Komplexität der zu erstellenden Offerte zu gewähren, d.h. in der Regel nicht weniger als 20 Tage (§§ 19 und 21 SVO). Die Offerte darf sofort nach Eingang geöffnet werden (§ 27 SVO). Ein Offertöffnungsprotokoll ist nicht zwingend, es empfiehlt sich aber, das Angebot auf Vollständigkeit zu prüfen. Der Zuschlag kann sofort nach Eingang der Offerte erfolgen. Im freihändigen Verfahren sind Preisverhandlungen möglich (ausdrücklich erwähnt in § 31 Abs. 2 SVO).

Grundsätzlich steht es der Beschaffungsstelle frei, wen sie zur Angebotseinreichung auffordern will. Gerade das freihändige Verfahren ist besonders geeignet, neuen Marktteilnehmern einen Zugang zu Aufträgen der öffentlichen Hand zu ermöglichen und sich damit Referenzen für künftige Arbeiten oder Lieferungen zu erwerben. In § 5 SVO wird zudem ausdrücklich erwähnt, dass im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren nach Möglichkeit Anbieterinnen und Anbieter zu berücksichtigen sind, die Lehrstellen anbieten.

Wenn sachgerechte Gründe be-

stehen, insbesondere wenn der Auftraggeber der begründeten Ansicht ist, der Anbieter nütze die Tatsache aus, dass er als Einziger zum Angebot aufgefordert wurde, kann die Vergabestelle das Verfahren wiederholen oder für die selbe Vergabe das höherstufige Einladungsverfahren durchführen indem sie zusätzlich noch mindestens zwei Anbieter zur Offertstellung einlädt (vgl. VB.2000.00206 [Treppenweg], E. 4, auf www.vgrzh.ch).

2. Das «freiwillige Einladungsverfahren»

Die höheren Schwellenwerte für freihändige Vergaben im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich bringen einerseits Erleichterungen in einigen Verfahren und andererseits neue Komplikationen mit sich. Vor allem kleinere Gemeinden vergeben nicht ohne weiteres Lieferaufträge bis Fr. 100'000 oder Dienstleistungsaufträge bis Fr. 150'000 ohne mehrere Offerten eingeholt zu haben.

Nun ist es aber auch nach der neuen Submissionsverordnung nicht statthaft, im freihändigen Verfahren gleichzeitig eine oder mehrere «Konkurrenzofferten» einzuholen. In der Praxis hat es sich bewährt, ab einem bestimmten, evtl. durch interne Weisung definierten Beschaffungswert, ein sogenannt «freiwilliges Einladungsverfahren» durchzuführen. Es handelt sich dabei um eine Beschaffung innerhalb der Schwellenwerte für das freihändige Verfahren, bei der aber mehrere Anbieter zur Offertstellung eingeladen werden. Wichtig dabei

ist, dass alle Formvorschriften für das Einladungsverfahren eingehalten werden. Kurz gesagt: wer sich entscheidet, das Spiel des Einladungsverfahrens zu spielen, muss sich auch an die Regeln halten!

Das heisst: es sind sicher Zuschlagskriterien und gegebenenfalls Eignungskriterien zu definieren, es müssen mindestens drei geeignete Anbieter eingeladen werden, es ist eine Eingabefrist zu bestimmen, ein Offertöffnungsprotokoll ist zu erstellen, die Auswertung bezüglich der Erfüllung der Zuschlagskriterien ist sorgfältig zu dokumentieren und der Zuschlag muss mittels Verfügung (mit Rechtsmittelbelehrung) erfolgen – um nur die wichtigsten Vorschriften für den Ablauf des Verfahrens zu erwähnen (vgl. auch VB.2003.00009 [Schularchiv]).

3. Bauhaupt- und Baunebengewerbe

Besondere Auswirkungen bezüglich der Schwellenwerte für das freihändige Verfahren hat die neu eingeführte Unterteilung der Bauaufträge in Aufträge im Bauhauptgewerbe und Aufträge im Baunebengewerbe. Durch die unterschiedlichen Schwellenwerte kommt dieser Einteilung besondere Bedeutung zu. Ein Auftrag, der bei der einen Klassifizierung noch freihändig vergeben werden kann, ist im anderen Fall bereits im offenen Verfahren auszuschreiben.

Die Submissionsverordnung begnügt sich mit einem einzigen Satz als Definition (§ 3 Abs. 1 SVO): «Unter das Bauhauptgewerbe fallen insbesondere alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks.» Auf den ersten Blick scheint dies klar zu sein, in der Praxis tauchen aber einige Fragen auf. Die Aufzählung im Handbuch für Vergabestellen (Blatt K 3.4. S. 3–7) kann als Orientierungshilfe dienen (vgl. Kasten links). Da diese Unterstellung erst seit Januar 2004 relevant ist, gibt es bis dato keinen Entscheid des Verwaltungsgerichts zu dieser Frage. In der Praxis der Stadt Winterthur sind unter anderem Fragen bezüglich der Klassifizierung des Ersatzes von Fenstern, des Ersatzes von schmückenden Elementen einer Fassade und betref-

- Zum **Bauhauptgewerbe** gehören gemäss § 3 Abs. 1 SVO insbesondere alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Solche Arbeiten können z.B. sein:

Maurer- und Betonarbeiten, Gerüstbau- und Fassadenisoliationsarbeiten, Aushub-, Bagger- und Traxarbeiten, Strassenbau (inkl. Belageinbau), Spezialtiefbau (Pfährlungen, Baugrubensicherungen, Ankerarbeiten usw.), Steinhauer- und Steinbrucharbeiten; Abbruch.

- Zum **Baunebengewerbe** gehören alle übrigen Bauarbeiten, namentlich:

Maler-, Gipser-, Dachdecker-, Plattenleger-, Gärtner-, Spenglerei-, Heizungs-, Klima-, Lüftungs-, Schreiner-, Zimmerei-, Metallbau- sowie Sanitär- und Elektroinstallationsarbeiten.

- Im Einzelfall muss immer geprüft werden, ob konkrete Bauarbeiten ein tragendes Element betreffen – so können Zimmer- oder Metallarbeiten je nach Bauvorhaben ein tragendes oder ein nicht tragendes Element betreffen.

fend Korrosionsschutz für den Betonbelag einer Tiefgarage aktuell geworden. Alle drei Aufträge hätten bei einer Klassifizierung als «Bauhauptgewerbe» freihändig vergeben werden können, lagen aber deutlich innerhalb, bzw. über den Schwellenwerten für das Einladungsverfahren bei Aufträgen im Baunebengewerbe. Neben der oben erwähnten Definition wurde als weiterer Gesichtspunkt für die Wahl des jeweiligen Verfahrens die Bedeutung des Auftrages für einen Anbieter der jeweiligen Branche in Betracht gezogen. In der Regel sind Aufträge, die im klassischen Bauhauptgewerbe (z.B. Baumeisterarbeiten) unterhalb der Schwellenwerte für das freihändige Verfahren geschätzt werden, berechtigterweise als «kleinere» Aufträge zu bezeichnen. Wohingegen die gleiche Auftragssumme für ein Schreiner- oder Malergeschäft einen beträchtlichen Auftrag darstellt und des-

halb der Markt spielen sollte, bzw. keine Konkurrenten ausgeschlossen werden sollten. Beim Ersatz von Fenstern und von schmückenden Elementen einer Fassade hat sich die Stadt Winterthur – ohne eine definitive Klassifizierung – für ein (möglicherweise freiwilliges) Einladungsverfahren ausgesprochen. Die Malerarbeiten (Korrosionsschutz) wurden offen ausgeschrieben, obwohl sie an einem tragenden Element anzubringen waren. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass gerade bei Vergaben von Aufträgen im freihändigen Bereich die Umstände des einzelnen Auftrags, der Markt und allgemein die Situation der Anbietenden bei der Wahl des Verfahrens in Betracht gezogen werden sollte. Im Zweifelsfall empfiehlt es sich, freiwillig das höherstufige Einladungsverfahren mit allen Konsequenzen anzuwenden. ■

Vergabetipp

Zum Thema «**Architektur- und Ingenieurwettbewerbe im Submissionsrecht**» haben Dr. Felix Jost, Hochbauamt Kanton Zürich, und lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL. M., RA, Zürich, im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Nr. 7, vom Juli 2004 (S. 341–374), eine umfassende Abhandlung publiziert.

2001, VB 2000.00261; www.vgrzh.ch) bestätigte das Gericht diese umstrittene Rechtsprechung und hielt fest, dass die Anonymität ein unerlässliches Merkmal des Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbs sei. Ein nicht anonymer Studienauftrag sei deshalb kein Wettbewerb, sondern ein gewöhnliches Submissionsverfahren. Dies hat zur Folge, dass zwar sämtliche formellen und materiellen Anforderungen des Submissionsrechts zu beachten sind, aber keine Bindung an den Juryentscheid besteht.

Bindungswirkung des Preisgerichtsentscheids

Liegt ein Wettbewerb im Sinn der obigen Definition vor, kann eine freihändige Vergabe nur an den Gewinner erfolgen. Nicht zulässig ist es, entgegen dem Juryentscheid den Zuschlag einem Dritten zu erteilen. Dies ist aufgrund des Vertrauensprinzips selbst dann der Fall, wenn die SIA-Ordnung 142 nicht für anwendbar erklärt wurde. Es müssen wesentliche Gründe vorliegen, um ein Abweichen von der Empfehlung der Jury rechtfertigen zu können (VGr ZH 13. Februar 2002, VB.2001.00035). In einem neueren Entscheid vom 28. Januar 2004 relativierte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich diesen Entscheid und hielt fest, dass das Konzept der freihändigen Vergabe gestützt auf einen Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerb «in der Tat eher gegen das Bestehen einer Verpflichtung der Behörde spreche, nach durchgeführtem Wettbewerb überhaupt einen Zuschlag zu erteilen.» Es bestehe, so das Gericht, durchwegs eine Handlungsmöglichkeit, nicht aber eine Handlungspflicht. Eine

Architekturwettbewerbe und öffentliches Beschaffungswesen: Aktuelle Rechtsprechung

Anonymität als Voraussetzung für eine freihändige Vergabe an den Wettbewerbsgewinner

von RA Claudia Schneider Heusi, Zürich



Im Kanton Zürich ist gemäss § 10 Abs. 1 lit. i der Submissionsverordnung (SVO) eine freihändige Vergabe an den Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs möglich, «sofern die Vergabestelle im Voraus die Absicht bekannt gegeben hat, den Vertrag aufgrund der Beurteilung durch ein unabhängiges Preisgericht mit der Gewinnerin oder dem Gewinner eines Planungs-

oder Gesamtleistungswettbewerbes, der den Grundsätzen des Beitrittsgesetzes und dieser Verordnung entspricht, abzuschliessen». Dies bedeutet, dass im Anschluss an einen – je nach Schwellenwert im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren durchgeführten – Wettbewerb ein Zuschlag insbesondere auch für den Weiterbearbeitungsauftrag freihändig erteilt werden kann, allerdings unter bestimmten Voraussetzungen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich sieht in Bezug auf diese Voraussetzungen den Unterschied des Wettbewerbs zur gewöhnlichen Submission vor allem in der Beurteilung durch eine unabhängige Jury und der anonymen Durchführung. In einem Entscheid vom 9. Juli 2003 (VGr ZH, 9. Juli 2003, VB.2002.00044; vgl. auch Entscheide VGr ZH, 13. März 2002,

Rechtskraftbescheinigungen des Verwaltungsgerichts

Durch eine Änderung der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts wurde per 1. August 2004 neu eine Gebührenpflicht für Rechtskraftbescheinigungen eingeführt. Nach der neuen Bestimmung § 11 Abs. 3 wird für jede Rechtskraftbescheinigung eine Gebührenpauschale von Fr. 20 erhoben. Bei Verfahren mit mehr als einem Anfechtungsberechtigten erhöht sich die Gebühr um je Fr. 10 für jeden weiteren Anfechtungsberechtigten, maximal auf insgesamt Fr. 500. Die Rechnung wird nach Erhalt der Rechtskraftbescheinigung zugestellt.

In seiner Mitteilung vom 1. August 2004 gelangt das Verwaltungsgericht zudem mit einem Anliegen an jene Gemeinden, die lediglich unter Hinweis auf das Verfahren eine Rechtskraftbescheinigung verlangen: Es ersucht darum, «jeweils dem Gesuch um Zustellung der Rechtskraftbescheinigung das Submissionsergebnis mit Rechtsmittelbelehrung und eine Liste mit den Anfechtungsberechtigten (es genügt auch eine Zustellungsbestätigung)» beizulegen.

Vergabebehörde könne nicht gegen ihren Willen dazu gezwungen werden, ein Projekt zu realisieren, dem sie – aus welchen Gründen auch immer – ablehnend gegenüberstehe. Die Bindungswirkung sei also in erster Linie eine negative, indem es ihr versagt sei, die freihändige Vergabe an einen anderen Anbieter als den Gewinner des Wettbewerbs vorzunehmen (VGr ZH, 28. Januar 2004, VB.2003.00234; bestätigt in VGr ZH, 17. März 2004, VB.2004.00078).

Vorausgegangen war diesem Rechtsstreit die Empfehlung eines Preisgerichts, das nach Durchführung eines zweistufigen Gesamtleistungswettbewerbs zwei Projekte zur Weiterbearbeitung empfohlen hatte. Der Veranstalter beschloss, auf diese Weiterbearbeitung zu verzichten und dem von ihm sowie den nichtstimmberechtigten Jurymitgliedern favorisierten Projekt den Zuschlag zu erteilen. Dies war nach Ansicht des Zürcher Verwaltungsgerichts nicht zulässig. Allerdings erklärte das Zürcher Verwaltungsgericht, gestützt auf die eingangs erwähnten Erwägungen, dass dem ebenfalls zur Weiterbearbeitung empfohlenen Projekt der Beschwerdeführenden, das von den stimmberechtigten Mitgliedern des Preisgerichts gemäss einer unklaren Formulierung im Beurteilungsbericht sogar an sich auf den 1. Platz gesetzt worden wäre, nicht

der Zuschlag erteilt werden könne. Das Gericht verzichtete darauf, eine Weiterbearbeitung der beiden Projekte anzuordnen. Aufgrund dieses Entscheids ist Preisgerichten zu raten, wenn immer möglich auf die Anordnung von unvorhergesehenen Überarbeitungen zu verzichten und sich zu einem klaren Ergebnis durchzuringen.

Ausstandspflichten von Mitgliedern des Preisgerichts

In einem viel beachteten Entscheid des Luzerner Verwaltungsgericht vom 7. Januar 2004 zum Planungswettbewerb Neubau Universität Luzern (VGr LU, 7. Januar 2004, V 03 308) zum zweistufigen Planungswettbewerb für den Neubau der Universität Luzern wurde die Frage der Ausstandspflichten von Jurymitgliedern eingehend erörtert. Das Gericht kam zum Schluss, dass im konkreten Fall die beruflichen und privaten Verbindungen zwischen einem Preisrichter und dem Gewinner/Zuschlagsempfänger derart intensiv gewesen seien, dass dieses nicht mehr mit einem Verhältnis zu einem beliebigen anderen Berufskollegen verglichen werden könne. Insbesondere die frühere Zusammenarbeit zwischen den beiden lasse den Preisrichter als befangen erscheinen, weshalb er in den Ausstand

hätte treten bzw. das von den Beschwerdeführenden gestellte Ausstandsgesuch hätte gutgeheissen werden müssen. Offen gelassen wurde, ob der dem Preisrichter nahe stehende Teilnehmer gegen Art. 12.2 SIA-Ordnung 142 verstossen habe. Das Gericht entschied, dass der Vergabeentscheid aufzuheben sei und eine neue Jury (ohne den befangenen Preisrichter) die vier bei der Jurierung in den beiden Rundgängen verbliebenen Projekte, inklusive das Projekt des «bisherigen» Zuschlagsempfängers, nochmals beurteilen müsse. Bei diesem Entscheid ist insbesondere zu beachten, dass es sich – in der zweiten Stufe – um einen nicht anonymen Studienauftrag gehandelt hat. Die Anforderungen, die an die Unbefangenheit eines Jurors gestellt werden, sind deshalb strenger zu beurteilen als in einem anonymen Verfahren. Soweit das Verfahren anonym durchgeführt wird, ist gewährleistet, dass sich die Preisrichter nicht von sachfremden oder eigennützigen Überlegungen leiten lassen. Um Missbräuchen vorzubeugen, sind die Ausstandsregeln indessen auch im anonymen Wettbewerb zu beachten.

Die SIA-Kommission für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe hat auf diesen in Fachkreisen umstrittenen Entscheid mit dem Erlass einer Wegleitung zu Befangenheit und Ausstandsgründen bei Mitgliedern des Preisgerichts und Teilnehmenden von Planungswettbewerben reagiert. Die Beachtung von Ausstandspflichten bleibt – nicht nur bei Architekturwettbewerben – ein heikles Thema, dem die notwendige Aufmerksamkeit zu schenken ist. ■

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.

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

Layout: Andreas Walker, BDKom

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

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 (SVV) 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 gescheitert 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 weiter gezogen 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, wünsche 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 entscheidungswesentlich – 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, Räflielstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 15/April 2005

Von der ökologischen zur nachhaltigen Beschaffung im Hochbau

Dr. Heinrich Gugerli, Fachstelle nachhaltiges Bauen,
Amt für Hochbauten der Stadt Zürich, Vizepräsident Verein eco-bau



In der seit Anfang 2004 geltenden neuen Submissionsverordnung ist bei den Zuschlagskriterien der Begriff Nachhaltigkeit an die Stelle der Ökologie getreten. Die Submissionsverordnung ist nicht die erste gesetzliche Grundlage, welche die Nachhaltigkeit explizit erwähnt. Die Bundesverfassung enthält seit dem 1. Januar 2000 den Artikel 73 zur Nachhaltigkeit. Die Weiterentwicklung von der Ökologie zur Nachhaltigkeit hat auch Konsequenzen für die öffentliche Beschaffung von Hochbauten.

In der vor kurzem veröffentlichten Empfehlung SIA 112/1 wird Nachhaltigkeit für Hochbauten erstmals präzise definiert. Anhand der vorgeschlagenen Zielvereinbarungen zu den Bereichen Gesellschaft, Wirtschaft und Umwelt kann sich der Bauherr mit dem Planungsteam über die projektspezifisch umzusetzenden Kriterien verständigen. Die Empfehlung erlaubt frühzeitig in der

Planung Zielkonflikte zu erkennen und entsprechende Prioritäten zu setzen. Die aufgeführten Planungsleistungen und zugehörigen Werkzeuge/Hilfsmittel erlauben die Umsetzung der Zielvereinbarungen.

Für den Bereich Umwelt und das Thema Wohlbefinden, Gesundheit (Bereich Gesellschaft) stellt der Verein eco-bau (vgl. Kasten, S. 2) für jede Projektphase Planungswerkzeuge zur Verfügung. Bereits in Wettbewerben und Studienaufträgen soll der Bauherr veranlassen, dass die ökologische Nachhaltigkeit mit der Standardmethode SNARC gemäss Dokumentation SIA D 0200 geprüft wird. Deren Anwendung ermöglicht dem Beurteilungsgremium die wichtigsten Nachhaltigkeitseigenschaften der Entwürfe zu erkennen.

Für die Projektierung und Ausschreibung von Neubauten und Sanierungen sind Umweltleistungsblätter verfügbar. Die Merkblätter nach Baukostenplan (BKP) beinhalten Vorgaben für ökologisch günstige und gesundheitlich unbedenkliche Materialien und Bauverfahren. Die Beurteilung stützt sich auf die eco-devis und weitere Grundlagen ab. Bei der Anwendung für die Ausschreibung von Bauleistungen ist darauf zu achten, dass die Planerinnen und Planer die Vorgaben in die Arbeitsposi-

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Nachhaltige Beschaffung ist ein Gebot der Zeit. Nicht zum ersten Mal widmet sich KRITERIUM diesem Thema. Bereits in der Ausgabe Nr. 4 vom August 2001 wurde ein Artikel über die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien bei Submissionen veröffentlicht.

In dieser Nummer widmen wir uns auch der Nachhaltigen Beschaffung. Die Nachhaltige Beschaffung verlangt von den Verantwortlichen, den Blick weit zu öffnen, ökologische und soziale Aspekte im Lebenszyklus eines Produktes und die Wirtschaftlichkeit zu beachten und an die Zukunft zu denken. Das Submissionsrecht erfordert frühere und sorgfältigere Planung und bietet deshalb die Chance, Überlegungen über die ökologischen Eigenschaften und Auswirkungen eines Produktes oder einer Dienstleistung einzubringen. Wenn die Verantwortlichen für die Beschaffung diese Punkte bei der Ausarbeitung der Submissionsunterlagen beachten, wird dies schlussendlich auch auf das Marktangebot Einfluss nehmen. Zudem können Bürgerinnen und Bürger stolz sein auf eine Verwaltung, die nicht nur Budgets einhält oder sogar unterschreitet, sondern sich bei ihrer Arbeit auch um die Umwelt und um soziale Gerechtigkeit kümmert.

Das Recht stellt der nachhaltigen Beschaffung keine Hindernisse in den Weg. Der häufig gehörte Einwand, das Gesetz selber verlange die Berücksichtigung des billigsten Angebotes, ist falsch. Nicht das billigste, sondern das wirtschaftlich günstigste Angebot soll den Zuschlag erhalten. Darunter ist das Ergebnis einer sorgfältigen Abwägung unter Einbezug ökologischer und sozialer Aspekte zu verstehen.

Für das Redaktionsteam
Cyrill Bühler,
Gemeinde Thalheim

Verein eco-bau – Nachhaltigkeit im öffentlichen Bau

Anfangs 2005 hat der Verein eco-bau als Informationsplattform zur Nachhaltigkeit im öffentlichen Bau seine Tätigkeit aufgenommen. Mitglieder sind bereits über 30 Hochbauämter von Bund, Kantonen und Städten. Der Verein tritt in die Nachfolge der Koordinationsgruppe Ökologisch Bauen und des Trägerverbandes eco-devis. Ursprung der Koordinationsgruppe war eine informelle Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Bauämtern, welche in der Pionierphase des ökologischen Bauens vor 15 Jahren eingeleitet wurde. Zielsetzung war die gegenseitige Hilfe bei der Förderung des ökologischen Bauens. Es waren exemplarische Gebäude oder Arbeitshilfsmittel für die Realisierung von Bauten, die einzelne Bauherrschaften bewegten, sich freiwillig, d.h. über die gesetzlichen Vorschriften hinausgehend, ökologisch zu verhalten und eine entsprechende Vorbildrolle zu übernehmen. 1999 wurde mit den eco-devis erstmals ein gemeinsames Planungsinstrument vom gleichnamigen Trägerverband lanciert. Seit 2001 besteht die gemeinsame Website www.eco-bau.ch.

Heute aktualisiert der Verein eco-bau die bestehenden Planungswerkzeuge und entwickelt gezielt weitere Arbeitshilfsmittel für nachhaltiges Bauen, welche der Optimierung von Planung, Realisierung, Betrieb und Rückbau von Gebäuden dienen. Mit Weiterbildung fördert eco-bau die breite Anwendung der Planungswerkzeuge durch die Bauämter, die beauftragten Planerinnen und Planer und weitere interessierte Kreise.

tionen des Leistungsverzeichnisses einarbeiten, die Verwendung als Submissionsbeilage kann zu Widersprüchen führen.

Bei der Ausschreibung von Bauleistungen mit dem Normpositionen-Katalog (NPK) der Schweizerischen Zentralstelle für Baurationalisierung (CRB) soll der Bauherr die Anwendung der

eco-devis mit dem Planungsteam vereinbaren. Dies ermöglicht den direkten Einbezug ökologischer Kriterien für die Wahl der Bauprodukte oder deren Verarbeitung. Um die Baustoff- und Leistungsvariante mit der geringsten Umweltbelastung auswählen zu können, sind ökologisch interessante und lediglich bedingt interessante Positionen gekennzeichnet.

net. Die Ergebnisse sind integriert in die gängigen EDV-Programme zum NPK und ebenfalls als Merkblätter verfügbar.

Das neu entwickelte Gebäude-label eco-bau ermöglicht dem Bauherrn eine gesundheitlich unbedenkliche und ökologisch günstige Bauweise in Auftrag zu geben, ähnlich wie mit Minergie ein hoher Komfort bei tiefem Energieverbrauch sichergestellt werden kann. Im Nachweis beantworten die Planerinnen und Planer projektbegleitend Fragen zur Planung und Ausführung, welche auf den oben beschriebenen Werkzeugen und umweltrelevanten SIA-Normen basieren. Die Bewertung beinhaltet vereinzelte Ausschlusskriterien, einen Mindesterfüllungsgrad je Fragenkatalog sowie Bonuspunkte für weitergehende Leistungen. Gebäude, die den Nachweis erbringen, erhalten eine provisorische Auszeichnung «in Planung» sowie eine definitive bei Bezug.

Während heute für die Beschaffung von gesunden und ökologischen Hochbauten erprobte Planungsinstrumente zur Verfügung stehen, harren weitere für das nachhaltige Bauen wichtige Themen noch der Bearbeitung. So sind beispielsweise geeignete Methoden und Daten für Lebenszykluskosten von Hochbauten in Entwicklung.

Nachhaltig beschaffen – aber wie?

Dr. Beat Hofer
Koordinationsstelle für Umweltschutz, Kanton Zürich



Einleitung

Will die öffentliche Hand ihre Vorbildfunktion wahrnehmen, muss sie konsequent nachhaltig beschaffen.

Bereits im «Kriterium» 4/2001 wurden Möglichkeiten und Grenzen der nachhaltigen Beschaffung am Beispiel der Lebensmittelausschreibung der Stadt Zürich aufgezeigt. Inzwischen ist in der überarbeiteten Submissionsverordnung die «Ökologie» als Zuschlagskriterium durch den umfassenderen Begriff «Nachhaltigkeit» ersetzt worden.

Nachhaltig beschaffen – was bedeutet das?

Die «Nachhaltige Entwicklung» weist bekanntlich die drei Dimensionen Wirtschaft, Ökologie und Gesellschaft auf. In der «ökologischen Beschaffung» hat man sich bisher hauptsächlich den ersten beiden Dimensionen gewidmet. Die ökologische Dimension beschreibt dabei, wie umweltverträglich ein angebotenes Produkt oder eine Dienstleistung ist. Die Umweltverträglichkeit eines Produktes kann beispielsweise durch Lebensweg-

betrachtungen ermittelt werden. Je nach Produkt entsteht nämlich die relevante Umweltbelastung bei der Herstellung (z.B. bei Papier, Elektrizität), bei der Nutzung (z.B. bei Auto, Kopiergerät, Lampe) oder bei der Entsorgung.

Als Zwilling der Lebenswegbetrachtungen können für die wirtschaftliche Dimension die Lebensdauerkosten bezeichnet werden. Werden nur die Investitionskosten für ein Produkt betrachtet, kann es vorkommen, dass ein Produkt zwar auf der einen Seite höhere Investitionskosten aufweist als das Vergleichsprodukt, auf der anderen Seite aber Einsparungen bei den Betriebs- oder Entsorgungskosten bewirkt, welche den Mehrpreis bei den Investitionen kompensieren. In vielen Fällen zeigt sich auch, dass bei Berücksichtigung der Lebensdauerkosten das ökologischere auch das wirtschaftlich günstigere Produkt ist. Klassisches Beispiel ist die Energiesparlampe (siehe Tabelle). Die weit höheren Investitionskosten gegenüber einer herkömmlichen Glühlampe werden durch die mehrfach längere Lebensdauer und den weit aus geringeren Stromverbrauch mehr als wettgemacht. Lebenswegbetrachtungen zeigen, dass die Energiesparlampe auch aus ökologischer Sicht die bessere Lösung ist.

Die Beachtung der sozialen/gesellschaftlichen Dimension steckt bei der öffentlichen Beschaffung noch am Anfang. Zu berücksichtigen wären hier beispielsweise der faire Handel (z.B. Max Havelaar) oder der Ausschluss von Produkten, welche durch Kinderarbeit hergestellt werden. Untersuchungen der Interessengemeinschaft ökologische Beschaffung Schweiz (IGÖB) zeigten, dass Kantinen oder Ämter vereinzelt Max-Havelaar-Produkte beschaffen. Die Berücksichtigung der sozialen Aspekte erfolgt jedoch noch nicht systematisch.

Hilfsmittel für die nachhaltige Beschaffung

Um nachhaltig zu beschaffen, brauchen die Beschaffungsverantwortlichen geeignete Instru-

	Energiesparlampe (longlife)	Glühlampe
Leistungsaufnahme	15 W	75 W
Durchschnittliche Lebensdauer	15 000 Stunden	1000 Stunden
Stromverbrauch für Brenndauer von 15 000 h	225 kWh	1125 kWh
Stromkosten bei CHF 0.20/kWh	CHF 45.–	CHF 225.–
Lampenpreis	CHF 17.80	CHF 34.50 (15 x CHF 2.30)
Finanzielle Einsparung mit Energiesparlampe	CHF 196.70	
Herstellerenergie	3.4 kWh	12.9 kWh
Betriebsenergie	225 kWh	1125 kWh
Kumulierte Energieeinsparungen mit Energiesparlampe	909.5 kWh	
Tabelle: Trotz hohen Investitionen sprechen sowohl Ökonomie als auch Ökologie für die Energiesparlampe (Quelle der Daten: OSRAM)		

mente. Die wichtigsten Hilfsmittel werden nachfolgend kurz erläutert. Traditionsgemäss sind sie derzeit noch stark «ökologorientiert».

a) Umweltleistungsblätter

Leistungsbeschreibungen sind klassische Beschaffungshilfsmittel. Sie geben Auskunft über die zu erfüllenden Kriterien. Zur Kategorie der Leistungsbeschreibungen gehören standardisierte so genannte Umweltleistungsblätter, die für verschiedenste Produkte verfügbar sind. Die Beschaffungskommission des Bundes stellt zum Beispiel seit Ende 2003 Umweltleistungsblätter zur Verfügung, die im Internet abrufbar sind (www.beschaffung.admin.ch/de/beschaffungswesen_bund/themen_trends/oekologie.htm). Auf dieser Website verfügbar sind bis heute Leistungsblätter für die Produktgruppe «Papier». Demnächst sollen Leistungsblätter für Reinigungsmittel, Büromaterialien, elektronische Bürogeräte, elektrische Haushaltgeräte, Innenausstattung (z.B. Mobiliar) hinzugefügt werden. Für den Hochbaubereich sei insbesondere auf die Website www.eco-bau.ch hingewiesen (siehe auch Beitrag von H. Gugerli).

b) Label

Label (vgl. www.labelinfo.ch) helfen, einen ökologischen oder nachhaltigen Beschaffungsentcheid zu fällen (z.B. Bio-Knospe, Blauer Engel, Energielabel, Max

Havelaar-Label). Bei freihändiger Vergabe darf dabei das Label direkt verlangt werden. Bei Ausschreibungen ist darauf zu achten, dass Anbieter, welche für ihr Produkt zwar über kein Label verfügen, aber die Labelkriterien erfüllen, ebenfalls berücksichtigt werden können.

Nachfolgendes Beispiel zeigt, worauf bei der Verwendung von Umweltlabels über dem Schwellenwert zu achten ist:

Fallbeispiel: Die Stadt A hat einen jährlichen Kopierpapierverbrauch von 110 Tonnen. Dies entspricht einem Beschaffungswert von über 200'000 Franken. Da sie sich als ökologisches Vorbild positionieren will, lässt die Drucksachenzentrale ökologisch und technisch einwandfreies Recyclingpapier offerieren. Papiere mit dem deutschen Umweltlabel «Blauer Engel» würden diese Qualität garantieren.

Eine rechtlich korrekte diskriminierungsfreie Formulierung in der Ausschreibung könnte lauten: ... Um den Anforderungen der Nachhaltigkeit gerecht zu werden, sucht die Drucksachenzentrale der Stadt A Angebote, bei denen das Kopierpapier das Umweltlabel «Blauer Engel» trägt oder der Nachweis erbracht wird, dass das Kopierpapier die Kriterien des «Blauen Engels» erfüllt ...

c) Positivlisten

Für einzelne Branchen (z.B. Malergewerbe: www.vum.ch) oder Produkte (z.B. Gebäudereinigungsmittel: www.igoeb.ch) existieren so genannte Positivlisten. Wie beim Label kann bei freihändiger Vergabe ein Maler oder ein Reinigungsmittel aus dieser Positivliste direkt gewählt werden. Bei einer Ausschreibung könnte dies wie folgt aussehen: Fallbeispiel: Die Gemeinde D möchte ihre Turnhalle neu streichen lassen. Als ökologisch vorbildliche Gemeinde soll diese Aufgabe einem Unternehmen vergeben werden, welches mit Sicherheit die einschlägigen Umweltschutzbestimmungen einhält. Diese Garantie bietet in den Kantonen ZH, AI, AR, SG die so genannte «Weisse Liste» zertifizierter Malerbetriebe der Vollzugsorganisation Umweltschutz im Malergewerbe (VUM).

Damit ausserkantonale Malerunternehmen aber nicht diskriminiert werden, sollte die Formulierung bei der Ausschreibung wie folgt lauten:

... Bieter sind auf der Liste der VUM aufgeführt oder erbringen den Nachweis, dass sie die Kriterien des VUM erfüllen...

d) Umweltmanagementsysteme als Eignungskriterien

Unternehmen, welche ein UMS gemäss der Norm ISO 14001 oder EMAS betreiben, können die Umweltbelastung durch ihre Dienstleistung systematisch erfassen, überwachen, beurteilen und verringern. Bei freihändiger Vergabe kann ein Umweltmanagementsystem (UMS) direkt verlangt werden. Bei Ausschreibungen kann das UMS als zusätzliches, aber nicht als alleiniges Eignungskriterium aufgenommen werden. Folgendes Beispiel zeigt Möglichkeiten dazu auf.

Fallbeispiel: Der für den Gebäudeunterhalt der Verwaltung Z zuständige Chef muss die Fremdreinigung neu ausschreiben. Dabei soll der Nachhaltigkeitsaspekt besonders stark gewichtet werden. Bei der Submission handelt es sich um einen Betrag in der Grössenordnung von 200'000 bis 250'000 Franken.

Um Firmen mit einem Umweltmanagementsystem berücksichtigen zu können, könnte die Formulierung wie folgt lauten:

...Firma mit eingeführtem oder im Aufbau begriffenen Umweltmanagementsystem (ISO 14001ff, EMAS oder analog) oder entsprechenden nachweislichen Anstrengungen...

Mut zur nachhaltigen Beschaffung

Die bisherigen Beschaffungspraxis mit dem Zuschlagskriterium «Ökologie» gilt sinngemäss auch für die «Nachhaltigkeit». Wir möchten deshalb die Beschaffungsverantwortlichen von Kanton und Gemeinden dazu ermuntern, vermehrt die «Nachhaltigkeit» bei der Vergabe (ob freihändig oder nicht) zu berücksichtigen. Hilfsmittel für eine «nachhaltige Beschaffung» sind verfügbar und die Submissionsgesetzgebung sieht die Verwendung nachhaltiger Kriterien ganz klar vor, denn «wirtschaftlich günstig» ist nicht das Synonym für «billig».

Vergabetipps

Ein Blick auf die Rechtsprechung zu Ökologie und Nachhaltigkeit als Zuschlagskriterien

Allen hier angeführten Entscheidungen ist gemeinsam, dass die Gerichte eine differenzierte Handhabung ökologischer, bzw. nachhaltiger Zuschlagskriterien verlangen. Besonderes Augenmerk ist auf die Einhaltung der Grundsätze der Nicht-Diskriminierung und Transparenz zu legen.

■ Zusätzliche Anstrengungen mit Bezug auf den Umweltschutz, die über die Vorschriften, die sich aus Gesetz und Verordnung ergeben, hinausgehen, können berücksichtigt werden, sofern dies in den Unterlagen bekanntgegeben wird (VB.1998.00319, BEZ 2000 Nr. 9, E. 8).

■ Ein Kriterium «projektspezifische Massnahmen zur Schonung der Umwelt» mag zulässig sein. Die Beurteilung soll sich aber auf konkrete Angaben und nicht auf unbestimmte Absichtserklärungen abstützen. Der Anfahrtsweg ist keine «projektspezifische Massnahme zur Schonung der

Umwelt» (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (VGRZH), VB.2003.00188 E. 5c auf www.vgrzh.ch).

■ Anfahrtswege als Kriterium für die Umweltverträglichkeit der Angebote zu bewerten, ist nicht unproblematisch, da eine unzulässige Benachteiligung auswärtiger Anbieter nicht ausgeschlossen werden kann. Anfahrtswege sind nicht zu berücksichtigen, wenn der Transportvorgang insgesamt nur eine nebensächliche (bzw. einmalige) Rolle spielt. (Urteil des Bundesgerichts 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4a, einsehbar unter www.bger.ch)

■ Die Beurteilung von Anfahrtswegen kann hingegen in einem gewissen Masse sogar sachlich geboten sein, wenn die Strecke über eine längere Zeitspanne und in einer Vielzahl von Fahrten befahren wird. Gleichzeitig ist dann auch die Fahrzeugwahl, bzw. der Schadstoffausstoss der offerier-

ten Fahrzeuge, zu berücksichtigen (vgl. obiges Urteil des Bundesgerichts 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4a ff. und Urteil des Bundesgerichts 2P.122/2000 vom 6. November 2000 E. 7).

■ Auch bei einem Kriterium «Ökologie Luft» ist differenziert auf die vorgeschlagenen Transportarten und -fahrzeuge einzugehen. Ein transparentes Bewertungsschema hilft den Anbietenden, aussagekräftige Angebote zusammenzustellen (VGRZH, VB.2003.00238 E. 4.3).

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Peter Hösli, 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, Räfelfstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 16/August 2005

Entsendegesetz und öffentliches Beschaffungswesen

Lic. iur. Corina Ursprung, Rechtsanwältin



Einleitung

Das Entsendegesetz (EntsG; amtliche Bezeichnung: Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen; SR 823.20.) ist als Teil der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit am 1. Juni 2004 in Kraft getreten. Es regelt die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmende, welche eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitgeber mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland in die Schweiz entsendet, damit sie hier für einen bestimmten Zeitraum eine Arbeitsleistung erbringen bzw. in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten (Art. 1 Abs. 1 EntsG). Das Entsendegesetz findet auch im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens Anwendung, weshalb ein Überblick über die Grundzüge dieses Gesetzes Gegenstand des nachfolgenden Artikels bildet. Zudem

wird auf das Verhältnis des Entsendegesetzes zu § 8 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich eingegangen.

Das Entsendegesetz

Das Entsendegesetz will verhindern, dass die Ausführung von (öffentlichen oder privaten) Aufträgen durch entsandte Arbeitnehmende zu einer massiven Verschlechterung der Arbeits- und Lohnbedingungen zu Lasten der Arbeitnehmenden in der Schweiz führt. Es soll damit auch einer Wettbewerbsverzerrung entgegengetreten werden. Die betroffenen Arbeitnehmenden bleiben dem Arbeitsvertrag unterstellt, den sie mit ihrer Arbeitgeberin oder ihrem Arbeitgeber abgeschlossen haben. Das ausländische Recht bleibt für dieses Rechtsverhältnis grundsätzlich anwendbar. Indes erklärt nun aber das Entsendegesetz bestimmte in der Schweiz geltende Normen auf entsandte Arbeitnehmende für anwendbar. So hält Art. 2 EntsG fest, dass Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, welche Arbeitnehmende in die Schweiz entsenden, diesen bestimmte, in der Schweiz geltende Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren müssen. Es handelt sich um Bestimmungen, welche folgende Bereiche beschlagen:

- a. minimale Entlöhnung
- b. Arbeits- und Ruhezeiten
- c. Mindestdauer der Ferien

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Die Personenfreizügigkeit und deren Ausdehnung auf die neuen EU-Mitgliedsstaaten aus Osteuropa beherrscht derzeit die politische Agenda. Demnächst haben wir darüber in einer Volksabstimmung zu befinden. Befürchtungen, der liberalisierte Arbeitnehmerverkehr zwischen der Schweiz und der EU könnte in der Schweiz zu Lohn- und Sozialdumping führen, sind weit verbreitet. Bereits im Rahmen der ersten bilateralen Verträge mit der EU hat die Schweiz als flankierende Massnahmen deshalb das sogenannte Entsendegesetz erlassen. Es legt zum Schutze der einheimischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Regelungen der Arbeitsbedingungen fest, die eine ausländische Firma einzuhalten hat, wenn sie für eine bestimmte Zeit Arbeitnehmende in die Schweiz entsendet. Gerade auch im öffentlichen Beschaffungswesen bestehen Befürchtungen, dass sich ausländische Firmen dank deutlich tieferer Löhne und Sozialleistungen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnten. Diesem Themenkreis ist der Beitrag von Corina Ursprung gewidmet. Er legt die Grundzüge des Entsendegesetzes dar und zeigt auf, in welchem Verhältnis dieses Gesetz zum Submissionsrecht steht.

Der zweite Beitrag beschäftigt sich mit einem nicht minder aktuellen Thema. Es geht um das Zuschlagskriterium «Lehrlingsausbildung». In Zeiten, in denen ein Lehrstellenmangel beklagt wird, sollen Unternehmen, die sich um die Lehrlingsausbildung verdient machen, zumindest im Bereich des Submissionswesens eine gewisse Besserstellung erfahren. Sandra Eberle legt die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zu diesem Zuschlagskriterium dar und zeigt die Praxis auf, die sich dazu in der Stadt Winterthur entwickelt hat. Diese «Winterthurer Praxis»

Fortsetzung Seite 2

- d. Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz
- e. Schutz von Schwangeren und Wöchnerinnen
- f. Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann

Damit die schweizerischen Vorschriften zu den Arbeits- und Lohnbedingungen für die Zwecke des Entsendegesetzes verbindlich sind, müssen sie sich ergeben aus (Art. 2 EntsG):

- Gesetzen oder Verordnungen des Bundes (z.B. Arbeitsgesetz, Unfallversicherungsgesetz, Gleichstellungsgesetz)
- Allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (AVE GAV, vgl. Kasten, S. 3)
- Normalarbeitsverträgen im Sinne von Art. 360a OR.

Der Vollzug des Entsendegesetzes und die damit zusammenhängenden Kontrollen werden durch verschiedene Behörden wahrgenommen. Art. 7 Abs. 1 EntsG listet die Kontrollorgane und ihre Zuständigkeiten auf. Danach obliegt die Kontrolle der Einhaltung der

- Bestimmungen von AVE GAV dem Vollzugsorgan des jeweiligen Vertrages (lit. a);

- Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen nach Art. 360a OR den durch den Bund oder die Kantone eingesetzten Tripartiten Kommissionen (Art. 360b OR);
- Bestimmungen der verschiedenen Bundeserlasse den nach diesen Erlassen zuständigen Behörden;
- anderen Bestimmungen des Entsendegesetzes der durch den Kanton bezeichneten Behörde – im Kanton Zürich ist dies das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA).

Damit die Kontrollorgane ihre Aufgaben wahrnehmen können, stehen ihnen gesetzliche Zugangs- und Auskunftsrechte zu (Art. 7 Abs. 2–4 EntsG). Falls die Kontrollorgane einen Verstoß gegen das Entsendegesetz feststellen, melden sie diesen der für das Sanktionsverfahren zuständigen kantonalen Behörde. Im Kanton Zürich wird diese Aufgabe vom AWA wahrgenommen. Art. 9 EntsG sieht folgende Verwaltungssanktionen vor:

- Busse bis Fr. 5'000 bei geringfügigen Verstößen gegen Art. 2 (minimale Arbeits- und Lohnbedingungen) sowie bei Verstößen gegen Art. 3 (Unterkunft) und Art. 6 (Meldepflicht);
- Dienstleistungsverbot von einem bis fünf Jahre bei nicht geringfügigen Verstößen gegen Art. 2 (minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen);
- Auferlegung der Kontrollkosten.

Die kantonale Behörde, die eine Sanktion ausspricht, muss dies der zuständigen Bundesbehörde melden. Letztere führt eine Liste derjenigen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, welche bereits sanktioniert wurden (Art. 9 Abs. 3 EntsG).

Das Verhältnis der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen nach Art. 2 EntsG zu § 8 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich

§ 8 Abs. 1 lit. a der Submissionsverordnung des Kantons Zürich (SVO) sieht vor, dass die Vergabestellen vertraglich sicherzu-

stellen haben, dass Anbietende die geltenden Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann einhalten. Als Arbeitsbedingungen gelten die Vorschriften der Gesamt- und Normalarbeitsverträge; wo diese fehlen, gelten die orts- und berufsüblichen Vorschriften. Alle in der Schweiz geltenden Bestimmungen werden als gleichwertig betrachtet (§ 8 Abs. 2 SVO). Es fällt auf, dass die Submissionsverordnung nicht zwischen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (AVE GAV) und nicht allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (GAV) unterscheidet. Dasselbe gilt für Normalarbeitsverträge im Sinne von Art. 360a OR und Normalarbeitsverträge nach Art. 359 OR. Übereinstimmung zwischen Art. 2 EntsG und § 8 SVO besteht bezüglich der Arbeitsschutzbestimmungen und der Gleichbehandlung von Frau und Mann. Sodann formuliert § 8 Abs. 2 SVO (zumindest gegenüber schweizerischen Anbietenden) das Herkunftsortsprinzip, dies im Gegensatz zum Entsendegesetz, welches vom Leistungsorsprinzip geprägt ist. Die Formulierung des Herkunftsortsprinzips in der SVO führt nun zu Unsicherheiten bezüglich der Frage, welche Arbeitsbedingungen von ausländischen Anbietenden respektive einem Entsendebetrieb einzuhalten sind. Da zahlreiche Gesamtarbeitsverträge mit kantonalem oder auch regionalem Geltungsbereich existieren, wäre es nach der hier vertretenen Ansicht sinnvoll, diesbezüglich auf das Leistungsorsprinzip abzustellen, was aber unstrittig ist. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Frage würde indes den Rahmen dieses Artikels sprengen. Folgt man aber dem Leistungsorsprinzip, so wäre gestützt auf § 8 SVO davon auszugehen, dass ausländische Anbietende vertraglich verpflichtet sind, auch die im Kanton Zürich geltenden nicht allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge sowie Normalarbeitsverträge im Sinne von Art. 359 OR einzuhalten, dies im Gegensatz zur Verpflichtung gemäss Art. 2 EntsG.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass aus-

Fortsetzung Vorwort

kann vielen Gemeinden als Vorbild dienen bei der Frage, wie sich das Kriterium der Lehrlingsausbildung im öffentlichen Beschaffungswesen umsetzen lässt.

Aus dem Redaktionsteam sind zwei Mitglieder ausgeschieden. Fred Hirschi konnte sich bereits mit der Nummer 13 vom September 2004 von Ihnen verabschieden. René Manz hat an der vorliegenden Ausgabe das letzte Mal mitgewirkt. Beide waren von Anfang an dabei; sie haben das Kriterium aufgebaut, mitgestaltet und geprägt. Für ihren wertvollen Einsatz im Interesse des öffentlichen Beschaffungswesens sei ihnen an dieser Stelle ganz herzlich gedankt. Nachfolger von René Manz im Redaktionsteam wird inskünftig Felix Christen, Hochbaudepartement der Stadt Zürich, sein. Mit ihm ist die Stadt Zürich weiterhin im Ressort Kontakte vertreten. Die Nachfolge von Fred Hirschi in der Staatskanzlei wie auch im Redaktionsteam hat der Schreibende angetreten.

Für das Redaktionsteam
Peter Hösli

ländische Anbietende im Rahmen der Erfüllung eines öffentlichen Auftrages im Kanton Zürich mindestens die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen gemäss Art. 2 Entsendegesetz einzuhalten haben. Der Schutzedanke des Entsendegesetzes ist somit auch im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens von Bedeutung. Praxis und Rechtsprechung werden zu klären haben, ob ausländische Anbietende aufgrund von § 8 SVO verpflichtet sind, nicht nur die allgemeinverbindlich erklärten GAV, sondern auch die nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV sowie die Normalarbeitsverträge einzuhalten.

Auskunftsperson zum Entsendegesetz:

Dr. Peter Meier
Amt für Wirtschaft und Arbeit
Arbeitsbedingungen
Tel: 043 259 91 00
Email: peter.meier@vd.zh.ch

Ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) ist ein Vertrag zwischen Arbeitgebern oder Arbeitgebervereinigungen auf der einen Seite und Arbeitnehmervereinigungen (Gewerkschaften) auf der anderen Seite, durch den gemeinsame Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der **beteiligten** Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgestellt werden (Art 356 OR). Die Bestimmungen des GAV über die einzelnen Arbeitsverhältnisse gelten während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die Bestimmungen eines GAV sind nur von den am Vertrag beteiligten Arbeitnehmern und Arbeitgebern einzuhalten. Ein GAV kann aber allgemeinverbindlich erklärt werden. Sofern eine Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) erfolgt, ist der AVE GAV für sämtliche Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Geltungsbereich des GAV verbindlich. Einem AVE GAV kommt in seinem Geltungsbereich faktisch Gesetzescharakter zu.

Durch einen Normalarbeitsvertrag (NAV) werden für einzelne Arten von Arbeitsverhältnissen Bestimmungen über deren Abschluss, Inhalt und Beendigung aufgestellt. Die Bestimmungen des NAV gelten unmittelbar für die ihm unterstellten Arbeitsverhältnisse, soweit nichts anderes verabredet wird (Art. 360 OR). Zuständig für den Erlass sind je nach Geltungsbereich der Regierungsrat oder der Bundesrat. Seit 1. Juni 2004 existiert nun noch eine zweite Kategorie von NAV (Art. 360a ff. OR). Diese können auf Antrag der (in jedem Kanton und auf Bundesebene) eingesetzten Tripartiten Kommissionen erlassen werden und enthalten **verbindliche Mindestlohnvorschriften**.

Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium

Erfahrungen der Stadt Winterthur



Sandra Eberle

Ausgangssituation

«35 % der an einer Lehrstelle interessierten Jugendlichen verfügen noch über keine feste Lösung. Am Stichtag der Befragung sind 2005 hochgerechnet mehr Jugendliche auf Lehrstellensuche (27 500) als 2004 (23 000).» (S. 3, Kurzbericht Lehrstellenbarometer April 2005, Herausgeberin: Bundesamt für Berufsbildung und Technologie) Solche oder

ähnliche statistische Aussagen machen nachdenklich oder schrecken auf. Schulen, Unternehmen und Politikerinnen und Politiker werden zum Handeln aufgefordert, wobei allgemeine Uneinigkeit herrscht, wo und wie die Lehrstellen-Misere angepackt werden soll. Ein Ansatzpunkt, der immer wieder genannt wird, ist die vermehrte Berücksichtigung von Betrieben, die Lehrstellen anbieten, bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Der Nationalrat nahm am 15. Juni 2005 eine diesbezügliche Motion von Chantal Galladé (SP) knapp an, dies entgegen den Empfehlungen des Bundesrates. Im revidierten Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen soll die Lehrlingsausbildung als Vergabekriterium verankert werden.

Winterthur, zufällig die Heimat der Nationalrätin, berücksichtigt seit August 2003 grundsätzlich

bei allen Vergaben die Lehrlingsausbildung. Bereits die frühere Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (aSVO) nannte in § 31 die Lehrlingsausbildung ausdrücklich als mögliches Kriterium. Gestützt darauf und auf mehrfach geäußerten Wunsch der lokalen Gewerbeverbände, beschloss der Stadtrat von Winterthur, die Lehrlingsausbildung in der Regel mit 10 % der Gesamtgewichtung als Zuschlagskriterium anzuwenden.

Die geltende Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SVO) erwähnt die Lehrlingsausbildung in zwei Paragraphen: § 5 SVO hält fest, dass im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren nach Möglichkeit Anbietende zu berücksichtigen sind, die Lehrstellen in einem für die Branche und die Betriebsgrösse angemessenen Umfang anbieten, und in § 33 SVO findet sie sich im Katalog der möglichen Zuschlagskriterien.

Die Zulässigkeit und Anwendung dieses sozialpolitisch motivierten und deshalb vergabefremden Kriteriums wird nach wie vor eingehend diskutiert (vgl. Hinweise bei: Marc Steinmann, Nachhal-

tige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, S. 60, in Baurecht [BR/DC], Sonderheft Vergaberecht 2004), wobei nur Einzelne die Anwendung ausdrücklich befürworten (z.B. Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001, S. 1405, 1418).

Im Folgenden werden die praktischen Erfahrungen der Stadt Winterthur dargelegt und analysiert. Voraus zu bemerken ist, dass bei Ausschreibungen im Staatsvertragsbereich auf die Bewertung der Lehrlingsausbildung verzichtet wird, da sich dieses Kriterium diskriminierend auf Unternehmen aus Ländern mit einem anderen Ausbildungssystem auswirken kann (VB.2002.00255 E.3 b; alle erwähnten Entscheide sind auf www.vgrzh.ch einsehbar).

Präzisierung der Anwendung durch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hatte in mehreren Fällen Gelegenheit, zur Anwendung des fraglichen Kriteriums Stellung zu beziehen. So hat sich eine ständige Praxis ergeben, die Leitlinie und Grenze für die konkrete Umsetzung bildet.

Verhältnis Auszubildender zu Festangestellten

Zunächst wurde festgehalten, dass das Kriterium, entsprechend den Grundsätzen des Binnenmarktgesetzes, auf alle Anbieter aus dem Gebiet der Schweiz in gleicher Weise angewandt werden müsse. Ferner sei nicht auf die absolute Anzahl der Lehrlinge abzustellen, sondern es sei das Verhältnis zur Gesamtzahl der Beschäftigten zu berücksichtigen, da andernfalls eine Bevorzugung von grossen Betrieben stattefinde (VB.2001.00215 E.6 und VB.2002.00255 E.3).

In der praktischen Handhabung stand die Stadt Winterthur vor der Frage, welches Verhältnis von Lehrlingen zur Gesamtzahl der Beschäftigten die maximale

Punktzahl erhalten soll. Um eine einheitliche Praxis sicherzustellen, wurden aufgrund von Erfahrungszahlen «ideale» Zahlen definiert, die von Branche zu Branche unterschiedlich sind. So wird im Baunebengewerbe ein Verhältnis von mindestens 1:10 (mind. 10 % der im Betrieb angestellten Personen sind Lehrlinge) als ideal angesehen, beim Strassenbau genügt hingegen bereits ein Lehrlingsanteil von 8 %, um die volle Punktzahl zu erreichen. Die Punktebewertung ist entsprechend abgestuft. Wo keine Erfahrungswerte vorliegen, wird auf die effektiven Angaben der teilnehmenden Unternehmen abgestellt und die Bewertung entsprechend vorgenommen.

Lehrlinge der Fachrichtung/KV-Lehrlinge/alle Lehrlinge einer Unternehmens-Gruppe?

Die sozialpolitische Zielsetzung dieses Kriteriums bedinge die Berücksichtigung aller im Betrieb ausgebildeter Lehrlinge und nicht nur derjenigen, die eine Lehre in der verlangten Fachrichtung absolvieren (VB.2002.00270 E.4c; VB.2003.00268 E.4.1). Lehrstellen, die nicht besetzt sind und über deren Besetzung keine konkreten Angaben vorliegen, seien jedoch nicht zu berücksichtigen (VB.2004.00499 E.7).

Für die Bewertung des Zuschlagskriteriums «Lehrlingsausbildung» wird auf die Angaben im Formular «Angaben zur Unternehmung / Selbstdeklaration» abgestellt. Die Stadt Winterthur verlangt regelmässig die Angabe der Auszubildenden in der Fachrichtung und im kaufmännischen Bereich. Bei unklaren Angaben wird im Rahmen der Offertvereinbarung nachgefragt. Bei gesamtschweizerisch tätigen Unternehmen mit mehreren Niederlassungen werden die Verhältniszahlen der für die Ausführung vorgesehenen Filiale betrachtet.

In der Ausschreibung findet sich der Hinweis, dass weitere Ausbildungen zum Ausbildungskonzept eingereicht werden können. Hier kann ein Unternehmen z.B. vorbringen, dass von den ursprünglich besetzten Lehrstel-

len zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung eine oder mehrere vakant sind, da die Lehrverhältnisse aufgelöst werden mussten.

Probleme ergaben sich bei spezialisierten Unternehmen, die keine Lehrstellen im Fachbereich anbieten dürfen, da sie keine umfassende Ausbildung garantieren können (z.B. Fensterbauer, die keine Schreiner ausbilden dürfen). In diesen Ausnahmefällen wurde auf das Verhältnis von KV-Lehrlingen zu Büro- bzw. Verwaltungsangestellten abgestellt.

Bei Vorhaben, für die nur spezialisierte Unternehmen in Frage kommen, die keine Ausbildungsplätze im Fachbereich anbieten dürfen, verzichten die städtischen Vergabestellen ganz auf das Zuschlagskriterium (z.B. spezielle Elektroinstallationsarbeiten).

Weiter stellte sich in einem Fall die Frage, inwieweit kürzere Ausbildungen ohne oder mit beschränktem Besuch der Berufsschule (Anlehren) in die Bewertung einzubeziehen sind. Die sozialpolitische Zielsetzung der Anwendung dieses Kriteriums macht es unter Umständen sogar wünschenswert, auf diesem Weg Angebote für Jugendliche zu schaffen, die den Anforderungen einer längeren Lehre mit anspruchsvoller Berufsschule nicht gewachsen sind. Wirtschaftlich gesehen, entsteht dem Lehrbetrieb andererseits wesentlich weniger Aufwand für die Ausbildungszeit (z.B. durch schulisch bedingte Abwesenheiten vom Arbeitsplatz) und die angelernten

Impressum

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

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

Mitarbeitenden sind relativ schnell rentabel einsetzbar. Diese konkrete Frage wird im Einzelfall entschieden.

Untergeordnete Gewichtung

Der Grundsatz, dass der Zuschlag bei jeder Vergabe auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen hat, bedinge, dass vergabefremde, hier sozialpolitisch motivierte Kriterien, nur mit einer untergeordneten Gewichtung zur gesamten Bewertung beitragen dürfen. Als zulässige Grenze nennt das Verwaltungsgericht 10% des Gesamtgewichts aller Zuschlagskriterien (VB.2002.00255 E.3d ff.).

Um diesem Grundsatz Rechnung zu tragen, ist insbesondere das Verhältnis der Bewertung des Preises zur Bewertung der Lehrlingsausbildung sorgfältig zu bestimmen. 10 % des Gesamtgewichts aller Zuschlagskriterien heisst nicht, dass ein Angebot einer Firma, die Lehrlinge ausbildet, 10 % teurer sein darf als dasjenige einer Firma, die keine Lehrstellen anbietet. Auch wenn den politischen Behörden der Umstand, dass durch die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium nicht immer das tiefste Angebot den Zuschlag erhält, sehr wohl bewusst war, kann der Grundsatz der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel nicht regelmässig ausser Betracht gelassen werden.

Durch die sorgfältige Bestimmung der Bewertungsmatrix für die Punktebewertung des Angebotspreises, die im Übrigen eben-

Bewertungsbeispiel

Ein Beispiel zur Veranschaulichung: Zuschlagskriterien bei Vergaben im Baunebengewerbe sind beispielsweise Preis 70 %, Qualität/Referenzen 20 %, Lehrlingsausbildung 10 %. Bei einer zu erwartenden Preisspanne von 40 % und 10 zu vergebenden Punkten erhält das preislich günstigste Angebot 10 Punkte; pro 1 % Differenz werden 0,25 Bewertungspunkte abgezogen, so dass ein Angebot, das 40 % teurer ist 0 Punkte erhält. Bildet der Anbieter mit dem preislich günstigsten Angebot keine Lehrlinge aus, erhält er dort 0 Punkte; ein Angebot eines Unternehmens, welches Lehrlinge im optimalen Verhältnis ausbildet erhält 10 Punkte; eines mit suboptimalem Verhältnis 5 Punkte. Die Auswertung stellt sich wie folgt dar:

Preisangebot	Preis	Gewichtete Punkte 70 %	Qualität/Referenzen	Gew. Punkte 20 %	Lehrlinge	Gew. Punkte 10 %	Total
100'000	10	7	10	2	0	0	9
105'000	8,75	6,1	10	2	10	1	9,1
108'000	8	5,6	10	2	5	0,5	8,1

Ein Angebot einer Firma, die Lehrlinge ausbildet, kann in diesem Beispiel 5 % teurer sein als ein ansonsten gleichwertiges Angebot einer Firma ohne Ausbildungsplätze. Wird die Bewertung mit einer flacheren Preiskurve durchgeführt, gerät das preislich günstigste Angebot sogar auf Platz 3.

falls den vom Verwaltungsgericht definierten Richtlinien folgt, wird diesem Grundsatz entsprochen (VB.2003.00469 E.2.6; vgl. Kasten, S. 5).

Fazit

Seit die anfänglichen Unsicherheiten in Bezug auf die konkrete Umsetzung des eingangs erwähnten Stadtratsbeschlusses bereinigt sind, ist sowohl auf Seiten der Vergabestellen als auch der Anbietenden die Akzeptanz der Berücksichtigung des Kriteriums

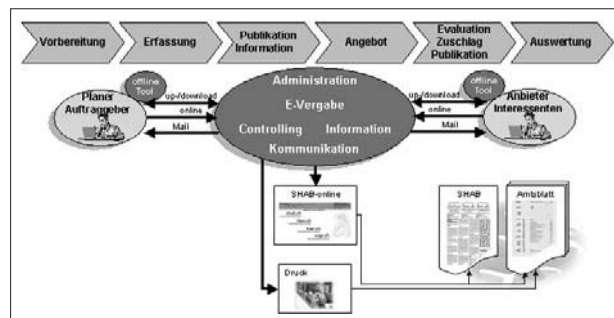
spürbar vorhanden. Intensive Auseinandersetzung mit dem Thema, offene Diskussionen mit den Branchenverbänden und die Vereinheitlichung der Anwendung durch Umsetzung der aus den einzelnen Fällen gewonnenen Erkenntnisse auf die Vergaben der ganzen Stadt haben dazu beigetragen, dass dieses problematische Kriterium auf gangbare Weise angewendet werden kann.

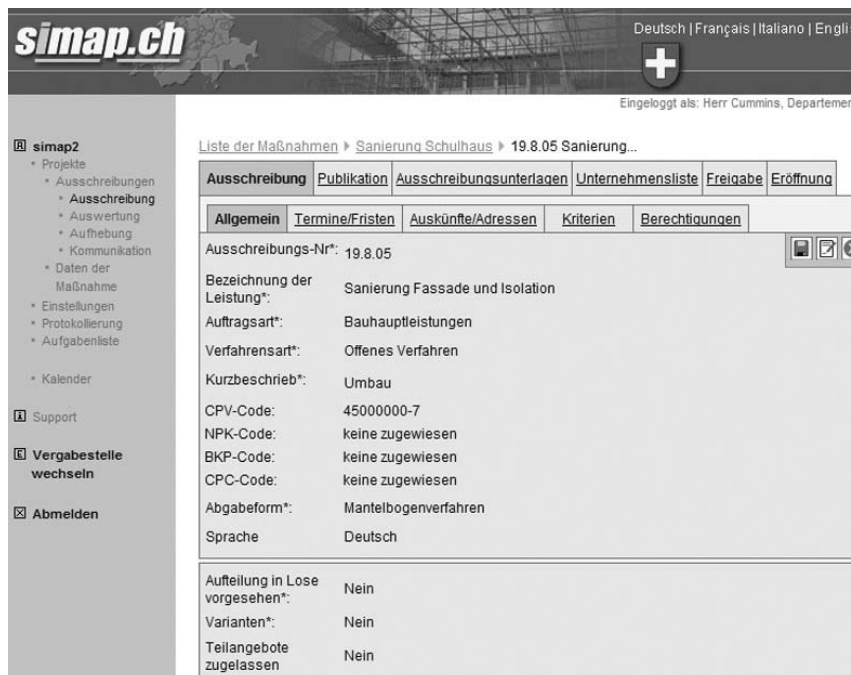
Fachleitung öffentliches Beschaffungswesen
Sandra Eberle, Stadt Winterthur

Aufschaltung von SIMAP2 im Frühling/Sommer 2006

Die elektronische Ausschreibungsplattform www.simap.ch ist seit 2003 in Betrieb und funktioniert seit längerer Zeit weitgehend störungsfrei. Im nächsten Jahr soll SIMAP1 nun durch die (bedienerfreundlichere) Nachfolgeplattform SIMAP2 abgelöst werden. Mit SIMAP2 können die Vergabestellen (weiterhin) per Mausklick Ausschreibungen pu-

Grafik 1:
Darstellung der möglichen Prozessschritte von SIMAP2:





Grafik 2: Provisorisches Erscheinungsbild SIMAP2 (Release 3.0.3)

blizieren. Neu wird unter anderem auch die elektronische Einreichung der Offerten möglich sein. Dies wird mit einem sog. Mantelbogen-Verfahren (elektronische Einreichung der Offerte und gleichzeitige Einreichung des dazugehörigen und unterzeichneten Mantelbogens) bzw. mit der Einführung einer digitalen Signatur erreicht. Künftig werden die Vergabestellen in der Lage sein, die eingehenden Angebote auszuwerten und zudem mit den Anbietern elektronisch zu kommunizieren. SIMAP2 deckt alle wesentlichen Prozessschritte ab, von der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen bis hin zur Abrechnung der Auftrags-erbringer.

Aber auch den anbietenden Unternehmen nimmt SIMAP2 Arbeit ab. Online oder offline können die Angebote abgegeben werden; für die Offline-Abgabe steht ein kostenloses Tool zur Verfügung. Zahlreiche Prüffunktionen helfen, bei der Eingabe formelle Fehler und damit den vorzeitigen Ausschluss aus dem Verfahren zu vermeiden. Die Prozesse sind benutzerfreundlich dargestellt und erfordern keine technischen Fachkenntnisse seitens der Anwendenden.

SIMAP2 soll im Frühling 2006 aufgeschaltet werden. Das zuständige Projektteam (mit Vertretern aus Bund und Kantonen)

prüft im Testbetrieb-Modus laufend den Entwicklungsstand der Anwendung pro Release und verbessert die Anwendung (bis Ende August 2005 wird z.B. der Re-

lease 3.0.3 überarbeitet). Diverse Departemente und öffentlich-rechtliche Betriebe des Bundes sowie mindestens 16 Kantone werden SIMAP2 ab Frühling 2006 nutzen. Der Umstieg des Kantons Zürich von SIMAP1 auf SIMAP2 wird voraussichtlich im Mai/Juni 2006 erfolgen. Dies bedeutet, dass die Nutzerinnen und Nutzer von SIMAP, d.h. sämtliche kantonalen und kommunalen Vergabestellen, ab Januar 2006 auf das neue System umgeschult werden müssen. Die Baudirektion Kanton Zürich wird diese Schulungsveranstaltungen in Zusammenarbeit mit der KDMZ organisieren. Für Fragen im Zusammenhang mit SIMAP2 steht Ihnen bis zur Inbetriebnahme von SIMAP2 Herr Peter Frei, KDMZ, als künftiger Geschäftsführer SIMAP2 für die ganze Schweiz, gerne zur Verfügung (Tel.-Nr.: 043 259 99 60; E-Mail: peter.frei@kdmz.zh.ch). Weitere Informationen zu SIMAP2 finden Sie auf der folgenden Internetseite: <http://www.simap2.admin.ch>.

Vergabe-Tipps

Hinweise auf neue Literatur

- Beyeler Martin, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz
Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens, Dissertation Fribourg, Schulthess Zürich, 2004
- Blass Mirjam, Ökologische Aspekte im Vergaberecht
Diplomarbeit Internationales Wirtschaftsrecht Zürich, Schulthess Zürich, 2004
- Bolz Urs (Hrsg.), Public Private Partnership in der Schweiz
Grundlagenstudie – Ergebnis einer gemeinsamen Initiative von Wirtschaft und Verwaltung
Schulthess Zürich, 2005
- Dubey Jacques, Le Concours en droit des marchés publics
La passation des marchés de conception, en particulier d'architecture et d'ingénierie
Dissertation Fribourg, Schulthess Zürich, 2005
- Grolimund Pascal, Ökologische Aspekte im öffentlichen Beschaffungsrecht
Eine Analyse der Vorschriften des WTO-, des EG- und des Schweizer Rechts
Bibliothek der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 41, Helbling & Lichtenhahn Basel, 2004
- Kuonen Dominik, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht
Dissertation Bern, Stämpfli Bern, 2005

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 17/Dezember 2005

Referenzen im Vergabeverfahren

Ein Einblick in die verwaltungsgerichtliche Praxis

Dr. Josua Raster und Dr. Stefan G. Schmid

Juristische Sekretäre am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich



Dr. Josua
Raster

Dr. Stefan G.
Schmid

Im Rahmen von Submissionsbeschwerdeverfahren stellen sich immer wieder Fragen zum Umgang mit Referenzen. Die folgenden Ausführungen geben Einblick in die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich.

Formelle Einzelfragen zum Umgang mit Referenzen

Probleme rund um Referenzen treten vor allem bei der Bewertung von Eignungs- bzw. Zuschlagskriterien auf. Diesbezüglich verfügt die Vergabestelle über einen erheblichen Ermessensspielraum, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Liegt eine solche Bewertung im Streit, kann es nur deren Vertretbarkeit überprüfen. Von grösserem Interesse ist die Rechtsprechung zu formellen Einzelfragen im Umgang mit Referenzen im Vergabeverfahren.

Eignung von Referenzen

Selbst wenn Referenzauskünfte naturgemäss subjektiv geprägt sind, so kann aus mehreren gleich lautenden Auskünften abgeleitet werden, dass ihnen eine gewisse Objektivität zukommt (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00217, E. 4b/cc; sofern nicht anders vermerkt, sind alle angegebenen Entscheide im Internet unter www.vgrzh.ch abrufbar). Referenzen über bisherige Leistungen von Anbietenden sind damit ein geeignetes Mittel, um Klarheit über die Qualität einer künftig zu erbringenden Leistung zu schaffen, und die Terminwahrung sowie das Geschäftsgebahren dieser Anbietenden einschätzen zu können. Eignungskriterien wie «Erfahrung» oder «Vorweisen von Referenzarbeiten», mit denen die einschlägige Erfahrung der Anbietenden beurteilt werden soll, mögen tendenziell dazu führen, dass etablierte Unternehmungen bevorzugt werden. Soweit diese Anforderungen jedoch durch die Bedürfnisse der vorgesehenen Beschaffung begründet sind, ist ihre Verwendung zulässig und sachgerecht, auch wenn dies eine Benachteiligung neu gegründeter Unternehmungen zur Folge hat (VGr, 1. September 2003, VB.2003.00181, E. 2c).

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Das Recht des öffentlichen Beschaffungswesens ist ein noch immer junges und dynamisches Rechtsgebiet. Zwar ist bereits vieles geklärt; manche Fragen sind aber noch offen, neue werden sich inskünftig stellen. Ausgangspunkt einer jeden Rechtsanwendung muss der Gesetzestext sein. Es lohnt sich denn auch, das Gesetz tatsächlich zur Hand zu nehmen, wenn Fragen oder Probleme auftauchen. Denn oft steht mehr darin, als man in Erinnerung hat. Der Gesetzeswortlaut allein gibt aber nicht auf alle Fragen eine Antwort. Das Gesetz muss auf den konkreten Fall angewendet werden. Es muss ausgelegt, allenfalls sogar ergänzt werden. Das ist zunächst Aufgabe der rechtsanwendenden Behörden, beispielsweise der Vergabestellen. Da deren Entscheide jedoch auf dem Rechtswittelweg überprüft und korrigiert werden können, bestimmen letztlich Rekursinstanzen und Gerichte, wie ein Gesetz zu verstehen und anzuwenden ist. Es ist daher unerlässlich, die wichtigen Entscheide der Rechtswittelinstanzen zu kennen und die einschlägige Rechtsprechung laufend mit zu verfolgen. Das vorliegende KRITERIUM will Sie in dieser anspruchsvollen Aufgabe unterstützen. Es ist ein erklärtes Ziel dieser Informationsreihe, grundlegende Entwicklungen der Rechtsprechung über den Kreis der ausgewiesenen Spezialistinnen und Spezialisten hinaus bekannt und zugänglich zu machen.

Fortsetzung auf Seite 6 →

Anforderungen an Referenzangaben

Damit eine Vergabestelle Referenzauskünfte über eine Anbieterin oder einen Anbieter einholen kann, müssen die Referenzangaben zweckmässigerweise eine genaue Bezeichnung der Auskunftspersonen, wenn möglich unter Angabe von Telefonnummern, enthalten. Die Vergabestelle sollte nicht selber nach den betreffenden Informationen forschen müssen. Referenzlisten, welche lediglich die von den Anbietenden realisierten Aufträge aufführen, können zwar dazu dienen, die Leistungsfähigkeit und Erfahrung der Unternehmen in ihren Tätigkeitsgebieten zu belegen; für das Einholen von Referenzauskünften eignen sie sich jedoch nicht. Wenn Anbietende derart ungenügende Referenzlisten einreichen, können sie nicht ohne weiteres erwarten, dass diese in die Qualitätsbewertung einbezogen werden (VGr, 22. Juli 2005, VB.2005.00136, E. 4.3.4). Verweisen Anbietende hinsichtlich der Referenzen auf ihre Homepage, können diese als fehlend betrachtet werden. Der Hinweis vermag eine Angabe in der Offerte nicht zu ersetzen, denn es ist der Vergabestelle nicht zuzumuten, die von den Anbietenden zu liefernden Angaben im Internet zusammenzusuchen (VGr, 27. August 2003, VB.2003.00070, E. 4b). Selbstverständlich können fehlende Referenzangaben im Verfahren vor Verwaltungsgericht nicht mehr nachgereicht werden (VGr, 13. April 2000, VB.1999.00348, E. 5c/bb).

Die Vergabestelle verstösst gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn sie von sich aus (ohne dass der Zuschlagsempfänger in seinem Angebot darauf verwiesen hat) auf früher namhaft gemachte Referenzen abstellt, während sie bei einem anderen Anbieter, der ausdrücklich eine beiliegende Liste mit Referenzen erwähnt, das angebliche Fehlen dieser Liste negativ bewertet, ohne diesem Anbieter Gelegenheit zum Nachreichen der Liste zu geben (VGr, 23. November 2001, VB.2001.00215, E. 8b). Andererseits müssen Anbietende die in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Referenzen auch dann angeben, wenn sie für die

Vergabestelle bereits früher einen vergleichbaren Auftrag durchgeführt haben. Sie können nicht davon ausgehen, dass sich die vergebende Stelle verwaltungsintern über Anbietende informiert (VGr, 23. April 2003, VB.2002.00352, E. 4b).

Von der Vergabestelle kann auch nicht verlangt werden, Referenzen auf die allfällige Erfüllung weiterer – für die zu beschaffende Dienstleistung oder das zu beschaffende Produkt entscheidender – Anforderungen hin zu überprüfen, wenn diese Referenzen keinerlei Hinweise auf die Erfüllung der spezifischen Aufgabenproblematik enthalten. Vielmehr obliegt es den Anbietenden zu deklarieren, welche Referenzen welche Leistungspunkte betreffen (VGr, 5. Mai 2004, VB.2003.00381, E. 3.3.4). Ist das Fehlen genauerer Angaben allerdings darauf zurückzuführen, dass in den Ausschreibungsunterlagen lediglich die Nennung von Objekt, Ort, Jahr und Auftragssumme der Referenzobjekte verlangt wurde und der Zweck der Referenzen nicht ausdrücklich genannt war, kann dies den Anbietenden nicht zum Vorwurf gemacht werden (VGr, 22. Juli 2005, VB.2005.00136, E. 4.3.4).

Auswahl von Referenzen

Ob Referenzauskünfte für alle von den Anbietenden genannten Objekte oder nur für eine geeignete, repräsentative Auswahl eingeholt werden, liegt grundsätzlich im Ermessen der Vergabestelle, doch sind alle Anbietenden nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln. Im Fall eines knappen Resultats ist eher eine grössere Zahl von Auskünften erforderlich (VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 5; 20. August 2002, VB.2001.00406, E. 3c). Ebenso liegt es im Ermessen der Vergabestelle, ob und in welchem Umfang sie Referenzen von Subplanern der Anbietenden berücksichtigen will (VGr, 13. Juli 2004, VB.2004.00562, E. 4.2).

Aufzeichnung von Referenzauskünften

Mündlich eingeholte Auskünfte sowie Besichtigungen sind durch die Vergabestelle schriftlich fest-

zuhalten; andernfalls dürfen sie nicht berücksichtigt werden. Das gilt insbesondere auch für Referenzauskünfte (VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 4.2.1; 11. Februar 2004, VB.2003.00297, E. 3.3.2; 13. August 2003, VB.2003.00016, E. 2; RB 2003 Nr. 2 = BEZ 2004 Nr. 15 E. 3). Mindestens sollte festgehalten werden

- wann die Auskünfte
- wie (telefonisch, im Rahmen einer Besichtigung usw.)
- durch wen eingeholt und
- von wem sie erteilt wurden (vgl. VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 4.2.1).

Eigene Erfahrungen der Vergabestelle

Hat eine Vergabestelle in der Vergangenheit mit den bisherigen Leistungen einer oder eines Anbietenden bereits gute Erfahrungen gemacht, so vermag dies die Bewertung der Qualität der angebotenen Leistung positiv zu beeinflussen und kann ähnlich wie eine günstige Referenz von Dritten in die Beurteilung einfließen. Eigene Erfahrungen der Vergabestelle dürfen also wie Referenzen externer Auftraggebender berücksichtigt werden. Allerdings sind die eigenen Erfahrungen dann konkret zu beschreiben, um eine objektive Beurteilung und die Vergleichbarkeit zu gewährleisten (VGr, 23. Februar 2005, VB.2004.00499, E. 6.2; 25. Januar 2001, VB.2000.00233, E. 2c [nicht publiziert]). Es ist einer Vergabestelle indessen nicht gestattet, gegenüber allen Anbietenden von vornherein nur auf ihre eigenen Bewertungen abzustellen. Dies würde dazu führen, dass neue Anbietende, die noch keine Aufträge für die betreffende Vergabestelle ausgeführt haben,

Abkürzungen

VGr	: Verwaltungsgericht
BEZ	: Baurechtsentscheide Kanton Zürich
RB	: Rechenschaftsbericht des Zürcher Verwaltungsgerichts
AGVE	: Aargauische Gerichts- und Verwaltungs- entscheide

keine Chance auf den Zuschlag hätten; sie würden in ungerechtfertigter Weise benachteiligt. Eine derartige Benachteiligung verstiesse gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Solange kein Anlass besteht, an der Qualität eines konkurrierenden Angebots zu zweifeln, reicht die gute eigene Erfahrung nicht aus, um das Angebot des bisherigen Leistungserbringers höher einzustufen. Dies gilt erst recht, wenn der konkurrierende Anbieter sogar anerkanntermassen sehr gute Referenzen vorzuweisen hat (VGr, 24. September 2002, VB.2002.00104, E. 5d; 25. Januar 2001, VB.2000.00233, E. 2c [nicht publiziert]; 19. Mai 1999, BEZ 1999 Nr. 15 E. 5). Denkbar ist allenfalls, dass in einer Situation, in welcher für alle aussichtsreichen Anbietenden genügend interne Bewertungen vorliegen, ausschliesslich auf diese abgestellt werden darf (VGr, 22. Juli 2005, VB.2005.00136, E. 4.3.3). Andererseits kann die Vergabestelle selbst dann, wenn sie bezüglich aller von ihr eingeladenen Anbietenden über eigene Erfahrungen verfügt, von diesen dennoch zusätzliche Referenzen Dritter über vergleichbare Objekte verlangen. Denn dieses Vorgehen erleichtert ihr zum einen interne Nachfragen bezüglich früherer Aufträge, zum andern bietet es ihr die Möglichkeit, ihre eigenen Erfahrungen mit auswärtigen Referenzen zu vergleichen. Anbietende dürfen in diesem Fall, nachdem die Abgabe einer Liste mit vergleichbaren Referenzobjekten in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vorgesehen war, nicht einfach darauf vertrauen, dass die bisher von ihnen für die Vergabestelle ausgeführten Aufträge bereits bekannt seien und für die Bewertung genügten (VGr, 23. Februar 2005, VB.2004.00499, E. 6.2).

Einsichtnahme in Referenzen

Im erstinstanzlichen Submissionsverfahren steht den Anbietenden in der Regel kein Akteneinsichtsrecht zu. Daraus kann indessen nicht geschlossen werden, die Vergabestelle könne von der verfahrensrechtlichen Pflicht zur Schriftlichkeit absehen (VGr, 13. August 2003, VB.2003.

00016, E. 2e). Vielmehr hat sie, wie erwähnt, alle ihre Sachverhaltsabklärungen aktenkundig zu machen, da sonst eine wirksame Überprüfung des Entscheids weder durch die Parteien noch durch die Rechtsmittelinstanz möglich ist.

Nach dem Gesagten ist das Akteneinsichtsrecht im Rahmen des Beschwerdeverfahrens für die Beschwerdeführenden – und allenfalls auch für Zuschlagsempfänger als Mitbeteiligte – zur Wahrung ihrer Parteirechte von umso grösserer Bedeutung. Der Umfang des Akteneinsichtsrechts bestimmt sich in erster Linie nach den kantonalen Verfahrensvorschriften. Wie das Verwaltungsgericht wiederholt festgestellt hat, richtet sich im submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgerichten die Einsichtnahme in Akten, an denen ein Geheimhaltungsinteresse geltend gemacht wird, nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsprozessrechts (§ 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959).

Die Festlegung des Umfangs der Akteneinsicht, die zumeist in (nicht veröffentlichten) Präsidialverfügungen erfolgt, fällt im Zusammenhang mit den unter dem Aspekt des Geheimnisschutzes oft sensiblen Referenzauskünften häufig nicht leicht. Dabei stellt sich stets die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem für das rechtliche Gehör wesentlichen Anspruch auf Akteneinsicht und dem das Submissionsrecht beherrschenden Grundsatz der Vertraulichkeit (RB 2001 Nr. 5 E. 3). Der Umfang der Akteneinsicht ist demnach das Ergebnis einer Interessenabwägung, die im Fall des Submissionsrechts vor allem zwischen sich gegenüberstehenden privaten Interessen zu erfolgen hat, wobei auch das öffentliche Rechtsverwirklichungsinteresse zu berücksichtigen ist. Dem Grundsatz der Vertraulichkeit wird also im Rahmen dieser Interessenabwägung Rechnung getragen. Das Aargauer Verwal-

tungsgericht hat dagegen ein grundsätzlich umfassendes Einsichtsrecht in Referenzauskünfte im Rahmen des Beschwerdeverfahrens bejaht, weil im Normalfall das Interesse des nicht berücksichtigten Anbieters an der Offenlegung belastender Referenzauskünfte erheblich grösser und gewichtiger sei als die Interessen der Vergabestelle und des Referenzgebers an der Geheimhaltung (AGVE 2000, S. 279 ff.). Das Zürcher Verwaltungsgericht stellt regelmässig darauf ab, ob es sich bei den Referenzauskünften um (möglicherweise) entscheidungswesentliche Angaben handelt. Insoweit, als den Referenzauskünften kein Beweischarakter zukommt und sie für die Feststellung des massgebenden Sachverhalts ohne Bedeutung sind, besteht kein Einsichtsrecht. Erscheinen die Referenzauskünfte als entscheidungsrelevant, so kann die Akteneinsicht allenfalls auch nur unter Abdeckung von Objekts- und/oder Orts- bzw. Personennamen gewährt werden. Die Abdeckungen dürfen jedoch nicht soweit gehen, dass den Beschwerdeführenden eine Auseinandersetzung mit den Referenzauskünften verunmöglicht wird. Wo die Einsichtnahme in ein Aktenstück aus überwiegenden Interessen an der Geheimhaltung vollständig verweigert wird, ist der betroffenen Partei zumindest dessen wesentlicher Inhalt mitzuteilen und ihr Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern. Auf Informationen, die einer Partei nicht in diesen Formen zur Verfügung gestellt wurden, darf das Gericht zu deren Nachteil nicht abstellen (RB 2001 Nr. 5 E. 3d, mit weiteren Hinweisen).

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, Räfelstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: jridolin.kern@kdmz.zh.ch

Licht am Ende des Vorbefassungstunnels?

Zu einem neueren Entscheid des Bundesgerichts

Von lic. iur. Daniela Lutz, Rechtsanwältin M.B.L., Kreuzlingen und Zürich

Mit Urteil vom 25. Januar 2005 (2P.164/2004, unter www.bger.ch) hat sich das Bundesgericht erstmals vertieft mit der Vorbefassungsproblematik auseinandergesetzt. Dem Urteil lag ein Entscheid des Walliser Kantonsgerichts zu Grunde.

Sachverhalt

Für den Bau der Rhône-Autobahn A9 wurden zwei Ingenieurmandate für elektromechanische Einrichtungen vergeben. Das eine betraf die Bereiche Stark- und Schwachstrominstallation sowie Leitsystem und Netzwerk für einen Tunnel, das andere die identische Aufgabenstellung für einen gedeckten Einschnitt. Nach Durchführung eines selektiven Verfahrens erhielt das Ingenieurkonsortium I, bestehend aus den Unternehmen A, B, C und D für beide Aufträge den Zuschlag. Es bot die Arbeiten für den Tunnel zu Fr. 945'022 an, die Arbeiten für den Einschnitt zu Fr. 479'809. Das ebenfalls mitbietende Ingenieurkonsortium II offerierte seinerseits für Fr. 1'293'069 bzw. Fr. 758'027, also erheblich teurer. Das Ingenieurkonsortium II erhob Beschwerde. Es machte geltend, Mitglied A der Bietergemeinschaft I sei bei beiden Aufträgen wegen früherer planerischer Aufträge an den Objekten unzulässig vorbefasst gewesen, was der Bietergemeinschaft einen Wissensvorsprung verschafft habe, welcher ihr den viel günstigeren Preis ermöglicht habe. A hatte im Rahmen der Projektierung des Tunnels einen Auftrag über Fr. 46'840 und für den gedeckten Einschnitt einen Auftrag über Fr. 39'900 ausführen können. Für diese Auftragssummen waren folgende Leistungen erbracht worden: Projektierung der provisorischen und definitiven Stromversorgung sowie Projektierungs- und Beratungsarbeiten im Zusammenhang mit der Erstellung des «Rosa-Dossiers Bau» und der Ausschrei-

bung der Baumeisterarbeiten, sowie – nur beim Tunnel – die Projektierung «Signalisation» und die «Anspeisung Baustellenbüros».

Urteil

Im Gegensatz zum Walliser Kantonsgericht verneinte das Bundesgericht eine unzulässige Vorbefassung mit folgenden wesentlichen Argumentationslinien:

- Gemäss Bundesgericht handelt es sich noch nicht um eine unerlaubte Mitwirkung bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens, wenn es sich beim bereits ausgeführten Mandat für das gleiche Projekt um einen sachlich verschiedenen und submissionsrechtlich zulässigerweise separat zu vergebenden Teilbereich handelte.
- Wenn ein Unternehmer durch die Ausführung eines Auftrages an einem bereits definierten Projekt sich für die Offertstellung für verbleibende verwandte Teilbereiche des gleichen Projektes allenfalls gewisse Vorteile verschafft, vermag dies allein den Ausschluss als Anbieter noch nicht zu rechtfertigen. Das Ziel des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln kann – die Einhaltung der Regeln des Vergabeverfahrens vorausgesetzt – eine Ausnützung derartiger Synergieeffekte sogar gebieten.
- Verschafft die Ausführung des ersten Mandates dem Anbieter spezielle objektive Kenntnisse, welche für die Offertstellung für zu vergebende weitere Teilbereiche von wesentlicher Bedeutung sind, müssen diese allerdings allen Bewerbern zugänglich gemacht werden.
- Die Rechtsprechung zur Ausstandspflicht von Richtern lässt sich gemäss Bundesgericht nicht auf die Zulassung von Bewerbern im Submis-

sionsverfahren übertragen. Die Betrachtungsweise, wonach bereits der objektiv begründete Anschein eines Vorteils genüge, um einen Anbieter auszuschliessen, sei nicht haltbar. Ein Unternehmer muss sich den Ausschluss nicht gefallen lassen, solange das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht erwiesen ist. Die Beweislast obliegt somit nach allgemeinen Grundsätzen nicht dem vorbefassten Anbieter – der zwar im Rahmen der prozessualen Mitwirkungspflicht das Seine beitragen muss – sondern dem Konkurrenten, der sich vom Ausschluss bessere Aussichten verspricht.

Kommentar

Von besonderem Interesse ist der Entscheid des Bundesgerichtes bezüglich der Frage der Beweislast bzw. der Beweislast. Das Bundesgericht postuliert klar – wenn auch ohne ausführliche dogmatische Auseinandersetzung –, dass der Anscheinsbeweis nicht genüge und widerspricht damit etwa der Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichtes. Der beschwerdeführende Konkurrent

Revision des Handbuchs für Vergabestellen

Anlässlich der Inkraftsetzung der neuen Rechtsgrundlagen im Submissionswesen vor rund einem Jahr ist das «Handbuch für Vergabestellen» herausgegeben worden. Es hat ein sehr gutes Echo gefunden.

Es ist nun an der Zeit, das Handbuch nachzuführen, wo nötig zu berichtigen oder zu ergänzen. Vielleicht haben Sie bei der Benützung des Werkes Unstimmigkeiten bemerkt oder es sind Ihnen Verbesserungsmöglichkeiten aufgefallen. Gerne möchten wir bei der Überarbeitungen Ihre Erfahrungen und Ideen nutzen. Wir bitten Sie deshalb, uns Ihre Änderungsvorschläge bis Ende Januar 2006 mitzuteilen an folgende E-Mail-Adresse: markus.bossard@vd.zh.ch oder Telefon 043 259 27 15.

(oder analog die den Ausschluss aussprechende Vergabestelle) müsse belegen, dass ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil effektiv gegeben sei.

Eher eine Aufweichung der bisherigen Praxis stellt auch die vom Bundesgericht vorgenommene Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Vorbefassung dar. Es führt dazu aus, dass unter anderem auch die Grösse der Voraufträge ein Indiz für die Zulässigkeit der Vorbefassung sein könne. Im konkreten Fall waren für die effektiv massgeblichen Schnittstellen nur wenige tausend Franken aufgewendet worden. In diesen Zusammenhang zu stellen ist auch die Überlegung des Gerichtes, wonach der haushälterische Umgang mit den

öffentlichen Mitteln die Ausnützung gewisser Synergieeffekte nicht nur zulasse, sondern sogar gebiete.

So willkommen und richtig das pragmatische Urteil insbesondere aus Sicht der Praktiker auf Anbieter- und Auftraggeberseite ist, so wenig sicher ist bislang noch dessen Umsetzung in den Kantonen, zumal der Entscheid in der juristischen Lehre auch auf Kritik gestossen ist (vgl. etwa Denis Esseiva in der Zeitschrift Baurecht, BR 2/2005, S19, Seite 75). Den Vergabestellen ist im heutigen Zeitpunkt jedenfalls zu raten, sich mit einer gewissen Vorsicht den vom Bundesgericht angestossenen Änderungen der bisherigen Gerichtspraxis zu nähern.

Urteil

Das Gericht wies in einer grundsätzlichen Ausführung darauf hin, dass sich der Ausschluss von vorbefassten Unternehmen nicht nur auf die unmittelbar mit der Vorbereitung befassten Personen oder Unternehmungen, sondern auch auf solche erstreckt, die mit ihnen eng verbunden sind. Aufgrund der Angaben im Handelsregister und im Internet über die beiden Unternehmen C AG und E AG gelangte das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die von der Beschwerdeführerin behauptete enge Verbindung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft gegeben sei. Mit Blick auf eine Vorbefassung sei im Übrigen aber auch bereits eine enge wirtschaftliche Verbindung zu berücksichtigen. Die C AG müsse sich die Mitwirkung und das Vorwissen der E AG aufgrund deren Vorarbeiten im Rahmen der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen anrechnen lassen.

Zu einem wichtigen Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts

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

Bereits vor dem wegweisenden Entscheid des Bundesgerichts vom 25. Januar 2005 zum Thema Vorbefassung (vgl. dazu dessen Besprechung durch Rechtsanwältin Daniela Lutz in dieser Ausgabe) hatte sich das Zürcher Verwaltungsgericht am 8. Dezember 2004 (VB.2004.00304; www.vgrzh.ch) mit der möglichen Vorbefassung eines Anbieters im Rahmen einer Submission für Innen- und Aussentüren aus Holz für einen Museumsbau auseinandergesetzt.

Sachverhalt

Die Vergabestelle hatte für dieses Vorhaben, bei dem unter anderem Türen mit Übergrössen zu offerieren waren, ein offenes Verfahren durchgeführt und in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen, dass zur Erstellung des detaillierten Kostenvoranschlags eine Richtofferte bei einem Unternehmer E AG eingeholt werden sei. Danach seien das Leistungsverzeichnis und die Planunterlagen durch den Architekten überarbeitet und ergänzt worden. Somit – so die Vergabestelle – läge keine Vorbefassung vor. Eingereicht wurden

insgesamt lediglich drei Angebote. Der Zuschlag wurde an die C AG erteilt. Gegen diese Zuschlagserteilung führte die A AG Beschwerde. Sie machte unter anderem geltend, dass die C AG wegen Vorbefassung hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Vergabestelle führte demgegenüber aus, dass das Angebot der A AG nicht habe berücksichtigt werden müssen, weil sie nicht für alle Türgrössen die notwendigen Brandschutz-Zertifikate vorgelegt habe. Die A AG führte dazu aus, dass die Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen an die Feuer-sicherheit unter unzulässiger Mitwirkung der E AG, einer Tochtergesellschaft der C AG, erstellt worden seien. Die Ausschreibungsunterlagen seien auf die Produkte der C AG und deren Tochtergesellschaft E AG zugeschnitten gewesen. Die C AG hätte gegenüber der A AG über einen Wissensvorsprung verfügt. Die Vergabestelle bestritt, dass zwischen der E AG und der C AG enge Verbindungen vorhanden waren. Es handle sich um zwei rechtlich von einander unabhängige Unternehmen.

In Bezug auf die Frage, ob tatsächlich eine Vorbefassung seitens der C AG vorgelegen habe, führte das Gericht aus, dass im Rahmen der Vorbereitung einer Submission nicht jeder Beitrag zwingend zum Ausschluss des betreffenden Anbieters oder des ihm verbundenen Unternehmers führe. Vorarbeiten, mit denen nur Grundlagen für die spätere Projektierung und Ausschreibung bereitgestellt werden (z.B. Machbarkeitsstudien), müssten nicht zwingend zum Ausschluss der damit befassten Personen oder Unternehmen führen. Wesentlich sei, dass die Mitarbeitenden der Vergabestelle, welche die eigentlichen Ausschreibungsunterlagen erstellen, in der Lage seien, die ihnen überlassenen Vorarbeiten aus eigener Sachkenntnis kritisch zu würdigen, und diese nicht einfach ungeprüft in die Ausschreibung einfließen lassen. Wichtig sei auch, dass die bei den Vorarbeiten anfallenden Informationen auch den übrigen Anbietern umfassend und frühzeitig zugänglich gemacht würden.

Im konkreten Fall kam das Gericht zum Ergebnis, dass die C AG wegen der von der E AG erstellten Richtofferte nicht zwingend als vorbefasst vom Ver-

fahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Die mit der Projektierung betrauten Fachleute seien in der Lage gewesen, die erhaltenen Informationen aufgrund eigener Kenntnisse sachlich zu würdigen. Die C AG habe aber durch den Beizug der Tochtergesellschaft E AG über einen Wissensvorsprung verfügt, der es ihr ermöglicht habe, die notwendigen Prüfungs- und Zertifizierungsverfahren für die verlangten übergrossen Türen frühzeitig in die Wege zu leiten. Das Angebot der Beschwerdeführerin A AG hätte nicht allein deshalb nicht berücksichtigt werden dürfen, weil sie die geforderten Zertifikate nicht rechtzeitig eingereicht habe. Die Beschwerde wurde aus diesem Grund gutgeheissen.

Kommentar

Die wichtigsten Schlussfolgerungen aus diesem Entscheid sind die folgenden:

- Vorbefassung ist nicht in jedem Fall einer Mitwirkung von Anbietenden bzw. von ihnen verbundenen Unternehmen im Vorfeld einer Submission anzunehmen. Bestimmte Mitwirkungshandlungen, wie beispielsweise das direkte oder indirekte Ausarbeiten von Ausschreibungsunterlagen, sind aber weiterhin unzulässig. Bei weniger gewichtigen Vorarbeiten ist darauf abzustellen, inwiefern die Vergabestelle bzw. deren Fachleute diese aus eigener Sachkenntnis kritisch zu würdigen vermögen und sie nicht ungeprüft in die Ausschreibung einfließen lassen. Bei komplexen Ausschreibun-

→ Fortsetzung von Seite 1

In einem ersten Beitrag erhalten wir aus erster Hand einen Einblick in die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich zum Umgang mit Referenzen im Vergabeverfahren. Die Übersicht über zahlreiche Entscheide zu einem bisher eher wenig beleuchteten Thema ist umso wertvoller, als sie uns auch nicht veröffentlichte Präsidialverfügungen erschliesst. Demgegenüber fast schon ein Dauerbrenner ist die Frage der Vorbefassung, dem die beiden weiteren Beiträge gewidmet sind. Darin werden ein Entscheid des Bundesgerichts sowie ein Entscheid des zürcherischen Verwaltungsgerichts näher erläutert und kommentiert. Diese Entscheide bringen zwar eine weite-

re Klärung, doch ist nicht anzunehmen, dass damit das letzte Wort zu diesem umstrittenen Themenkreis gesprochen ist. Wir werden die weitere Entwicklung im Auge behalten und Sie über allfällige Änderungen und Neuerungen in der Rechtsprechung auch in Zukunft informieren.

Wenn Sie diese Ausgabe in Ihren Händen halten, geht das laufende Jahr bereits zu Ende und ein neues Jahr steht vor der Tür. Die Redaktion des KRITERIUM dankt ihrer Leserschaft für die Treue und wünscht allen Leserinnen und Lesern frohe Festtage und alles Gute für das Jahr 2006.

*Für das Redaktionsteam
Felix Christen, Stadt Zürich*

gen ist diesbezüglich aber grosse Vorsicht angebracht. Sobald eine Vergabestelle bzw. deren Fachleute nicht in der Lage sind, ohne Beratung von möglichen späteren Anbietenden Ausschreibungsunterlagen zu erstellen, ist ein gewichtiges Indiz zur Annahme der Vorbefassung gegeben.

- Vergabestellen haben beim Beizug von Unternehmen im Vorfeld von Ausschreibungsverfahren auch deren allfällige wirtschaftlichen wie auch rechtlichen Verbindungen zu möglichen späteren Anbietenden abzuklären. Blosser Unwissenheit schützt nicht davor, dass die Rüge der Vorbefassung mit Erfolg geltend gemacht werden kann.
- Der Hinweis in den Ausschreibungsunterlagen auf die Erstellung bestimmter Vorarbeiten (Richtofferte, Machbarkeitsstudie, Untersuchungen usw.) durch einen Unternehmer ist allein noch nicht ausreichend, um den möglichen Vorwurf der Vorbefassung ausreichend entschärfen zu können.
- Die Rüge der Vorbefassung ist seitens der Anbietenden rechtzeitig vorzubringen. Sie dürfen aber davon ausgehen, dass sich die Vergabestelle und die von ihr beigezogenen Personen

korrekt verhalten, und sind nicht gehalten, die Angaben in Ausschreibungsunterlagen von vornherein auf mögliche Verbindungen zu andern Anbietenden zu prüfen.

- Mögliche Informationen, die ein Anbieter aufgrund seines Beizugs bzw. eines ihm rechtlich oder wirtschaftlich verbundenen Unternehmens im Rahmen der Vorarbeiten einer Submission erhält oder erhalten könnte, sind den anderen Anbietern umfassend und frühzeitig zugänglich zu machen. Die Frist zur Einreichung eines Angebots ist zudem zu verlängern, damit ein allfälliger Wissensvorsprung eingeholt und erforderliche Verfahren (z.B. Zertifizierungsverfahren) durchgeführt werden können.
- Vergabestellen ist zu empfehlen, die von ihnen für Vorarbeiten beigezogenen Unternehmen auf das Thema Vorbefassung aufmerksam zu machen. Je nach Grad der Mitwirkung ist dabei darauf hinzuweisen, dass eine spätere Teilnahme am Ausschreibungsverfahren nicht zulässig ist. Anbietenden, die für Vorarbeiten beigezogen werden, ist zu raten, die Frage einer möglichen Vorbefassung und damit das Risiko eines späteren Ausschlusses rechtzeitig und selbständig abzuklären.

Vergabetipp

Die nächste Vergabetagung des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg/Schweiz und der Stiftung für Juristische Weiterbildung Zürich findet am 16. Juni 2006 im Kongresshaus Zürich statt. Sie wird insbesondere den Neuerungen im Rechtsmittelverfahren aufgrund des neuen Bundesgerichtsgesetzes gewidmet sein.

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 Vertragspraxis 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 auseinander setzen, 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 «bauschweiz» 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 bauschweiz 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 Spitexleistungen 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, Râffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 19/September 2006

Erfahrungen der Kantonalen Finanzkontrolle aus der Prüfung von Bausubmissionen

Von Renato-Carlo Müller, Dipl. Bauing. HTL, EMECI (executiv master of economic crime investigation)



Ausgangslage

Die Finanzkontrolle ist das oberste Finanzaufsichtsorgan des Kantons und als solches fachlich unabhängig und selbstständig. Die Finanzkontrolle unterstützt den Kantonsrat sowie den Regierungsrat, seine Direktionen, die Gerichte und selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten bei der Ausübung der Aufsicht. Die Finanzaufsicht der Finanzkontrolle ist umfassend und erstreckt sich neben dem Rechnungswesen des Kantons auch auf Organisationen und Personen ausserhalb der kantonalen Verwaltung, denen der Kanton öffentliche Aufgaben überträgt bzw. die kantonalen Leistungen gestützt auf das Staatsbeitragsgesetz empfangen. Sie umfasst die Prüfung der Ordnungsmässigkeit, der Rechtmässigkeit, der Wirtschaftlichkeit, der Zweckmässigkeit und der Sparsamkeit der Haushaltsführung sowie der Wirksamkeitskontrollen. Die all-

gemeinen Aufgaben umfassen

- u.a. die Prüfung von internen Kontrollsystemen
- Systemen und Projekten, insbesondere im EDV- und Baubereich sowie
- Prüfungen im Auftrage des Bundes (z.B. Nationalstrassenbau)

Gemäss dem Finanzkontrollgesetz bestimmt die Finanzkontrolle auch im Submissionsbereich nicht selber, wie etwas gemacht werden muss, sondern sie prüft, ob das, was getan wird, den gegebenen Vorschriften entspricht. Im Falle von Submissionsprüfungen bezieht sich die Finanzkontrolle auf Gesetze, Verordnungen sowie insbesondere auf das «Handbuch für Vergabestellen». Der grösste Teil der bisherigen Prüfungen erfolgte im Bereich der kantonalen Verwaltung, in wenigen Fällen sind auch schon andere Organisationseinheiten sowie Subventions- bzw. Beitragsempfänger einbezogen worden. Wie das bei Revisionen üblich ist, werden Abweichungen (Soll-Ist) festgestellt – also Negativfälle. Die Einhaltung der Gesetze und Vorschriften, die Positivfälle, werden nicht festgehalten und können deshalb nicht ausgewertet werden (man geht davon aus, dass die Beteiligten grundsätzlich ihre Arbeit in diesem Bereich ordnungsgemäss verrichten). Die folgende Zusammenfassung soll aufzeigen, wo Mängel festgestellt

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Im Nachhinein weiss man es immer besser – und aus Fehlern wird man klug. Eine Aufgabe unseres Redaktionsteams besteht darin, alle an Submissionsvorhaben Beteiligten an den Erkenntnissen aus Einzelfällen Anteil nehmen zu lassen. Die vorliegende Ausgabe widmet sich vor allem diesem Aspekt unseres Auftrags. Sie gibt einerseits die Erfahrungen der Finanzkontrolle des Kantons Zürich wieder und greift andererseits Probleme aus der Submissionspraxis auf.

Die Beantwortung von Fragen aus der Submissionspraxis soll in lockerer Folge die nächsten Ausgaben bereichern. Die hier vorliegenden Aussagen zur Einleitung und Wahl der Verfahren stellen den ersten Teil dar; weitere Fragen zur Wahl des Verfahrens, zu Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen, zu Auswertung und Zuschlag und zum Abschluss des Verfahrens werden in den kommenden Ausgaben des KRITERIUM behandelt.

Wir fordern Sie, liebe Leserinnen und Leser, hiermit auf, uns Ihre konkreten Fragen ebenfalls zukommen zu lassen, damit wir diese Rubrik aktuell ergänzen können.

Sandra Eberle
Stadt Winterthur
Fachstelle öffentliches
Beschaffungswesen

wurden und wo noch Handlungsbedarf besteht. Die Aufzeichnung ist nicht abschliessend.

Ausschreibungen von Planungsaufträgen (Dienstleistungen)

Bei der Planung von Bauvorhaben wird nicht selten ein planerischer Auftrag im freihändigen Verfahren (Schwellenwert seit 2004 Fr. 150 000) erteilt. In der zweiten Phase wird der gleiche Anbieter für das Vor- und Detailprojekt sowie für die Ausführung beauftragt. Diese Vergabe erfolgt wiederum im freihändigen Verfahren. Bei Überschreitung des Schwellenwerts wird das Ausnahmeverfahren mit § 10 lit. c (geistiges Eigentum) oder lit. f (Ergänzung) der Submissionsverordnung begründet. Nach Ansicht der Finanzkontrolle werden diese Ausnahmeartikel zu oft zur Vereinfachung der Vergaben angewendet.

In solchen Fällen sollten die Ausschreibungen mit dem Gesamtauftragswert erfolgen, wobei bekannt gegeben sein muss, dass Teilaufträge gemäss SIA erteilt werden. Dies unter dem Vorbehalt der Freigabe der nächsten Planungs-, Projektierungs- oder Ausführungsphase durch die Bauherrschaft.

Bestimmung des Ausschreibungsverfahrens

Massgebend für die Bestimmung des Ausschreibungsverfahrens sind die geschätzten Gesamtauftragskosten. Die Berechnung er-

folgt aufgrund einer Grobkostenschätzung, einer Kostenschätzung oder eines Kostenvoranschlages. Die Ungenauigkeiten variieren von $\pm 10\%$ bis $\pm 25\%$. Wenn die Schätzung im Grenzbereich des für das Submissionsverfahren bestimmten Schwellenwertes liegt, wird häufig das einfachere und raschere Ausschreibungsverfahren gewählt.

Die Finanzkontrolle empfiehlt, bei weniger exakten Kostenschätzungen knapp unterhalb der jeweiligen Schwellengrenze das nächst höhere Verfahren anzuwenden. Damit können bauverzögernde Beschwerden oder Vorwürfe zur Objektivität der ausschreibenden Stelle vermieden werden, falls die Offerteingaben und der spätere Auftragswert über dem Schwellenwert liegen.

Behandlung von Regiearbeiten

Zu einem Bauauftrag mit Einheitspreisen gibt es in Regel auch Regiearbeiten für Unvorhergesehenes. Die Prüfungen der Finanzkontrolle ergeben, dass sich solche nicht immer nur in dem üblichen Rahmen zwischen 0 % und 5 % befinden. Insbesondere bei Umbauten gibt es Aufträge, bei denen 70 % der Arbeiten in Regie ausgeführt werden. Wenn bei einer Ausschreibung nur der 30 %-Anteil der Einheitspreise massgebend ist, muss der Nutzen der Ausschreibung in Frage gestellt werden.

Die Finanzkontrolle empfiehlt, die Regiearbeiten bei der Ausschreibung zu berücksichtigen.

Der geschätzte Aufwand der Regiearbeiten soll in einer speziellen Position festgehalten werden. Die Anbieter haben dann die Möglichkeit, bei dieser Position ihren Rabatt einzusetzen. Damit wissen die Anbieter besser, um welche Gesamtauftragssumme (Einheitspreise und Regie) es sich handelt.

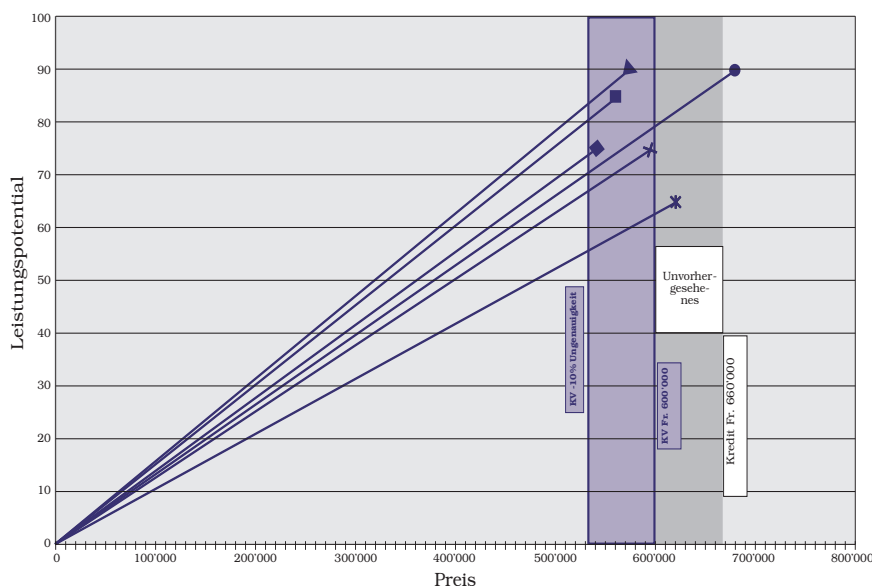
Gesplittete Aufträge

Schon manchmal hat die Finanzkontrolle festgestellt, dass Submissionen durchgeführt werden, welche eigentlich einen engen Zusammenhang mit andern Submissionen aufweisen und damit gesamthaft hätten ausgeschrieben werden müssen. Dabei handelt es sich bewusst um gleiche Ausführungen/Installationen an zwei verschiedenen Werken oder verschiedene Abschnitte/Etappen am gleichen Werk.

Die Finanzkontrolle empfiehlt, zusammenhängende Aufträge wenn immer möglich gemeinsam auszuschreiben, um allfälligen Beschwerden entgegen zu wirken. Die Auftragsvergabe kann dann gestaffelt in Lose/Etappen erfolgen. Selbstverständlich müssen diese Bedingungen in der Ausschreibung bekannt gemacht werden.

Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien

Immer noch bestehen viele Unsicherheiten, wie solche Kriterien definiert werden sollen. Nach Ansicht der Finanzkontrolle sind im Einladungsverfahren meistens keine Eignungskriterien notwendig. Die Vergabestelle wird bei der Auswahl der Anbieter die Eignung berücksichtigen. Bei der Bestimmung von Zuschlagskriterien bedarf es einer guten Wahl von Kriterien, welche das wirtschaftlich günstigste Angebot bestimmen. «Das wirtschaftlich günstigste Angebot» ist selber kein Kriterium. Häufig heisst es auch: Preis, Qualität, Termin – in unterschiedlicher Reihenfolge. Die Qualität ist jedoch bereits in der Ausschreibung durch die detaillierten Leistungspositionen, die umfangreichen Vorbemerkungen, den Baubeschrieb und die einschlägigen Normen vorgegeben und kaum mehr vom Anbieter bestimmbar. Das Ter-



minprogramm wird den Anbietern vom Bauherrn oder Planer auferlegt. Damit bleibt als einzige Variable der Preis, was mit den Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens eigentlich vermieden werden soll. Die Zuschlagskriterien sollten also differenzierter und auf den Einzelfall zugeschnitten festgelegt werden. Eher selten kann die Revision feststellen, dass die Vergabestelle bereits zum Zeitpunkt der Kriterienbestimmung ein entsprechendes Auswertungsschema festlegt.

Die Finanzkontrolle empfiehlt, dem Bereich der Festlegung von Kriterien mehr Beachtung zu schenken, die Schulung der betroffenen Mitarbeitenden zu fördern und hierzu den Erfahrungsaustausch intensiv zu pflegen.

Auswertung der Kriterien

Dass die Auswertung der Kriterien, und zwar so, wie bei der Festlegung der Kriterien definiert, auch entsprechend dokumentiert wird, ist eine Selbstverständlichkeit – oder sollte es sein. Der Finanzkontrolle wird oftmals entgegengehalten, dass wegen der Belastung und des Termindrucks keine Zeit bleibe für administrative «Dokumentationsübungen».

Die Finanzkontrolle empfiehlt dringend, in diesem Punkt keine Nachlässigkeit zu dulden, denn in den meisten Beschwerdefällen wird das Gericht u.a. genau diese Dokumentation einfordern. Bei der Auswertung der Kriterien stellt sich auch die Frage nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot: Wie viel ist der Vorteil eines Kriteriums gegenüber dem Nachteil eines andern Kriteriums wert, z. B. dem Preis? Eine gute Möglichkeit bietet die grafische Darstellung (siehe Grafische Darstellung) der Auswertung. Der Preis des Angebots wird der Gesamtpunktzahl der übrigen gewichteten Zuschlagskriterien (Leistungspotential) gegenüber gestellt. Anhand des Kostenvoranschlags und dessen Genauigkeit können die massgebenden Bereiche der gewünschten Offerten festgelegt werden. Bei der innerhalb dieses Bereiches liegenden Offerte mit der steilsten Geraden handelt es sich um das wirtschaftlich günstigste Angebot. Die Finanzkontrolle empfiehlt möglichst grosse Transpa-

renz und Nachvollziehbarkeit (Dokumentation).

Offertvergleich

Die Prüfung der Offerten ist Teil der Auswertung von Submissionen. Es muss die Vollständigkeit wie auch die Rechtmässigkeit geprüft werden. Dazu gehört eine Plausibilitätsprüfung, um die korrigierbaren Rechenfehler von möglichen Spekulationen oder gar Manipulationen abgrenzen zu können. Insbesondere eignet sich ein Offertvergleich auf der Basis von einzelnen wichtigen Positionen. Schnell befinden sich die Prüfenden im Graubereich der Frage, was erlaubte Korrekturen sind und was nicht gestattet ist. Dazu gehören auch Rückfragen beim Anbieter, welche aber keinesfalls in Vertragsverhandlungen übergehen dürfen.

Die Finanzkontrolle empfiehlt deshalb, die Kompetenzen für Rückfragen nicht zu delegieren.

Solche sollte der Bauherr selber tätigen und entsprechend dokumentieren, damit ein jederzeitiger Nachweis erbracht werden kann.

Zusammenfassung

Die Feststellungen der Finanzkontrolle sind ein Ausschnitt aus den Prüfungen im Baubereich, welcher am meisten vom öffentlichen Beschaffungswesen betroffen ist. Um das Bild abzurunden, kann festgestellt werden, dass das «Handbuch für Vergabestellen» eine gute Grundlage für den fairen Wettbewerb bildet. Die Vorgaben wurden in den vergangenen Jahren konsequenter angewendet. Trotzdem besteht noch Handlungsbedarf im Bereich Schulung und Information im Sinne von Wissensupdate. Ein funktionierender Erfahrungsaustausch hilft, dass das Rad nicht immer wieder neu erfunden werden muss.

Fragen aus der Submissionspraxis

Vorbemerkung

Die nachfolgenden Antworten stellen die Meinung des Redaktionsteams dar. Den Vergabebehörden steht es frei, im Einzelfall begründet anders zu entscheiden. Massgebend bei submissionsrechtlichen Fragen im Kanton Zürich ist neben den Rechtsgrundlagen die Rechtspraxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich.

1. Einleitung des Verfahrens

1.1. Wann muss ausgeschrieben werden?

Grundsätzlich muss ausgeschrieben werden, wenn eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen ist, die der Staat nicht selbst erfüllen kann oder will. Bei bestehenden Verträgen ist erneut auszuschreiben, wenn sich «etwas ändert», z.B. der bisherige Dienstleistungs-Erbringer den Vertrag kündigt oder sich der Leistungsumfang erheblich ändert (vgl. dazu den Beitrag von RA lic. iur. C. Schneider Heusi in Kriterium Nr. 18).

1.2. Muss ausgeschrieben werden, wenn sich nur Teile des Auftrages ändern?

Ja. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob die Ausnahmebestimmungen von § 10 lit. e oder g SVO anwendbar sind und der Auftrag freihändig vergeben werden kann (vgl. dazu auch Kriterium Nr. 3). Dabei ist zu beachten, dass die Anforderungen für die Erfüllung der Tatbestände dieser Ausnahmebestimmungen relativ hoch sind und das Beschwerderisiko als dementsprechend gross einzustufen ist.

1.3. Bei Teiländerungen: Muss das Ganze neu ausgeschrieben werden oder nur der veränderte Teil?

Der Entscheid über den Umfang der Ausschreibung liegt bei der Vergabebehörde. Zu beachten ist, dass eine Teil-Ausschreibung nicht auf eine unzulässige Aufteilung in der Absicht, die Vergabebestimmungen zu umgehen, hinauslaufen darf (§ 2 Abs. 2 SVO).

1.4. Wie hoch sind die Anforderungen an den Leistungsbeschrieb?

Der Leistungsbeschrieb ist der wichtigste Teil der Ausschreibungsunterlagen. Er muss es den Anbietenden ermöglichen, eine korrekte verbindliche Offerte einzureichen. Die Umschreibung der geforderten Leistung muss klar und vollständig sein. In § 16 SVO finden sich Bestimmungen zur Ausgestaltung der technischen Spezifikationen.

1.5. Wann ist eine «funktionale Ausschreibung» angebracht?

Bei einer «funktionalen Ausschreibung» gibt die Vergabestelle nur das zu erreichende Ziel bzw. die massgeblichen technischen, wirtschaftlichen und funktionsbedingten Eckdaten vor. Technische Lösungen wie dieses Ziel erreicht werden soll, müssen Teil der Offerte sein. Funktionale Ausschreibungen stellen hohe Ansprüche an die Festlegung der Zuschlagskriterien und deren korrekte Bewertung, insbesondere, weil die Offerten allenfalls nur schwer vergleichbar sind (vgl. Gauch/Stöckli, Vergabethesen 1999, Ziffern 8.1, 11.6 und 32.1; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Mai 1999, BEZ 1999 Nr. 15, E. 4 b). Eine funktionale Ausschreibung verringert den Planungsaufwand der Vergabestelle und ist dann angebracht, wenn eine enge und kreative Zusammenarbeit zwischen Bauherr, Planer und Unternehmer nötig ist. Zu vermerken ist andererseits, dass einefunktionale Ausschreibung den Aufwand für die Offertstellung erheblich erhöht. Für komplexe Vergaben empfiehlt sich daher die Anwendung des selektiven Verfahrens.

1.6. Muss «Kunst am Bau» ausgeschrieben werden?

Sofern bloss eine bestimmte Art des Kunstwerkes (z.B. Skulptur, Bild etc.) für den Bau gesucht wird, muss die Verfahrensart anhand der Schwellenwerte nach Anhang 2 zur IVöB bestimmt werden. Kommt dagegen für das erwünschte Kunstwerk nur ein Künstler in Frage (z.B. wegen dessen speziellen Gestaltungsausdrucks), kann die Leistung in Anwendung von § 10 Abs. 1 lit. c SVO freihändig vergeben werden.

1.7. Müssen wiederkehrende

Aufträge von Einzelleistungen ausgeschrieben werden (Rahmenverträge)?

Grundsätzlich können solche Aufträge (z.B. Entfernung von Graffiti) jeweils in dem aufgrund der Schwellenwerte angebrachten Verfahren vergeben werden. Bei aufeinander folgenden gleichartigen freihändigen Vergaben ist jedoch darauf zu achten, verschiedene geeignete Anbieter zu berücksichtigen.

Es ist auch möglich, eine feste Vertragsbeziehung mit einem oder mehreren Interessenten (Losbildung) über mehrere Jahre einzugehen. Auch hier muss das Verfahren aufgrund der massgeblichen Schwellenwerte festgelegt werden. Zu beachten ist, dass der Vergabebetrag für die gesamte Laufzeit des Vertrages massgebend ist (zu Verträgen mit unbestimmter Laufzeit vgl. nachfolgend die Antwort auf Frage 2.1).

2. Wahl des Verfahrens

2.1. Welcher Betrag ist massgebend, wenn mehrere Leistungen bzw. Teilleistungen nacheinander nachgefragt werden?

Sofern die Leistungen absehbar sind, ist der Totalbetrag aller Leistungen bzw. Teilleistungen als Basis für die Verfahrenswahl heranzuziehen. Im Zweifel empfiehlt es sich, das höherstufige Verfahren zu wählen. Im Übrigen ist nach § 4 SVO (Besondere Berechnungsmethoden) zu beachten:

- Sobald ein Vertrag mit unbestimmter Laufzeit vorliegt, d. h. also Daueraufträge wie Miete, Pacht oder Leasing, sowie Rahmenverträge und andere Verträge, bei denen der Gesamtpreis noch nicht feststeht, ist gemäss Abs. 3 der Auftragswert anhand der auf vier Jahre umgerechneten Rate zu berechnen.
- Unter Abs. 1 fallen demgegenüber nur diejenigen Aufträge, bei denen es sich um je einzelne gleichartige Verträge handelt, welche die Vergabestelle an sich nicht als ein Ganzes betrachtet. Um Missbräuche zu vermeiden, gilt als Auftragswert der Gesamtwert solcher Aufträge während zwölf Monaten. Dabei ist vom Gesamtwert der in den letzten zwölf Monaten

vergebenen Aufträge auszugehen. Wo dies nicht möglich ist, muss eine Schätzung für die nächsten zwölf Monate, die dem Erstauftrag folgen, vorgenommen werden. Sodann ist nach Ablauf von zwölf Monaten der Auftragswert neu zu berechnen und unter Umständen eine erneute Ausschreibung vorzunehmen.

- Empfehlenswert ist auch die Anwendung von Abs. 2, wonach bei der Bestimmung des Auftragswerts Optionen auf Folgeaufträge mit eingerechnet werden können (und in diesem Fall auch müssen). Hinzuweisen bleibt auf die Ausnahmebestimmungen von § 10 Abs. 1 SVO (ohne betragsmässige Begrenzung):
- Gemäss lit. f kann das freihändige Verfahren ausnahmsweise zum Zug kommen, wenn Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen der ursprünglichen Anbieterin oder dem ursprünglichen Anbieter vergeben werden müssen, weil einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet ist,
- Lit. g bezieht sich auf den Fall, in dem die Vergabestelle einen neuen gleichartigen Auftrag vergibt, der sich auf einen Grundauftrag bezieht, welcher im offenen oder selektiven Verfahren vergeben wurde. Vorausgesetzt ist, dass sie in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen für das Grundobjekt darauf hingewiesen hat, dass für solche Aufträge das freihändige Vergabeverfahren angewendet werden kann.

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, Räflielstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 20/Februar 2007

Kunst am Bau – eine besondere vergaberechtliche Kunst

Daniela Lutz, Rechtsanwältin M.B.L.
Lindtlaw Anwaltskanzlei, Kreuzlingen und Zürich



Bei grösseren Neubauvorhaben oder Umbauten der öffentlichen Hand werden in aller Regel auch künstlerische Aufträge für «Kunst am Bau» vergeben (auch als Aufträge für «Kunst und Bau» bezeichnet). Verwaltungsgebäude, Schulen aber auch Spezialbauten wie Werkgebäude, Feuerwehrdepots etc. werden mit Kunstwerken wie Skulpturen, Gemälde, künstlerisch angeordneten Pflanzungen, oder auch mit Audio-, Video- und Lichtinstallationen ergänzt. Häufig wird in Reglementen oder Weisungen des Gemeinwesens auf einen prozentualen Anteil der Anlagekosten abgestellt, für den Aufträge für Kunst und Bau vergeben werden sollen (i.d.R. zwischen 0.35 bis 1%). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie solche Aufträge vergaberechtlich zu behandeln sind. Gerichtliche Ent-

scheidungen über Submissionen für Kunst am Bau sind – soweit ersichtlich – bisher nicht ergangen.

Auftragsart

Das Leistungsverzeichnis für ein Projekt «Kunst am Bau» ist in aller Regel offen und knapp formuliert. Damit wird den Kunstschaffenden ein weiterer Gestaltungsspielraum geöffnet, der es ihnen ermöglicht, sehr unterschiedliche Projekte einzugeben: Solche, die bei der Ausführung umfangreiche Bauarbeiten auslösen – z.B. eine Brunnenanlage –, oder solche, die fast ausschliesslich aus einer Lieferung bestehen (Skulptur). Wertmässig massgeblicher Teil des zu vergebenden Auftrages ist aber immer die künstlerische Idee, sind die Gestaltung und die Planung, weshalb solche Gesamtaufträge den Dienstleistungen zuzuordnen sind.

Unterstellung unter das vergaberechtliche Regelwerk

Die dem WTO-Übereinkommen (GPA, Government Procurement Agreement) unterstellten Dienstleistungen sind in einem Annex 4 für die Schweiz namentlich auf-

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Öffentlich beschaffen ist manchmal eine Kunst. Hat das öffentliche Beschaffungswesen aber auch mit Kunst zu tun? Dieser Frage ist der erste Beitrag der vorliegenden Nummer gewidmet. Namentlich die Thematik «Kunst am Bau» ist ja für die öffentliche Hand immer wieder aktuell und führt angesichts der Besonderheit der Verhältnisse, häufig zu offenen Fragen. Die Abklärungen für den erwähnten Aufsatz haben ergeben, dass die rechtliche Ausgangslage sehr vielgestaltig ist. Immerhin kann als Ergebnis festgehalten werden, dass dem interkantonalen und kantonalen Vergaberecht unterstellte Vergabestellen, also insbesondere die Kantone und Gemeinden, bei der Beschaffung von «Kunst am Bau» das öffentliche Beschaffungsrecht anzuwenden haben. Doch lesen Sie selber...

Unser zweiter Beitrag beschäftigt sich mit der unter dem Kürzel «PPP» bekannt gewordenen Form der öffentlich – privaten Zusammenarbeit. Die Autoren haben die Ergebnisse der Vergabetagung 06 für Sie zusammengefasst. Dabei kommen zahlreiche beschaffungsrechtliche Besonderheiten von PPP zur Sprache und es zeigt sich, dass für die richtige Anwendung dieses Instruments von der Praxis und allenfalls auch der Rechtsetzung noch einige Anstrengungen zu unternehmen sind.

Der Unterzeichnende benutzt die Gelegenheit, sich nach sechsjähriger Mitarbeit an 20 Nummern des KRITERIUM von Ihnen, liebe Leserin und lieber Leser, zu verabschieden. Die Beschäftigung mit dem öffentlichen Beschaffungswesen hat mir viele bereichernde Begegnungen mit Menschen und Themen gebracht und ich bin sehr dankbar dafür. Unser Ziel, die am Beschaffungswesen Beteiligten miteinander und mit neuen Entwicklungen in Kontakt zu bringen, wird auch weiterhin interessant und spannend bleiben. Ich wünsche allen dabei auch in Zukunft viel Vergnügen.

Für das Redaktionsteam:
Herbert Lang, Baudirektion, Zürich

geführt (vgl. Abdruck in Hubert Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Auflage, Seite 72). Nur die in dieser Liste enthaltenen Dienstleistungen sind vom WTO-Übereinkommen erfasst. Künstlerische Leistungen sind in Annex 4 überhaupt nicht erwähnt. Auch die dem Annex 4 zugrundeliegende «Gütersystematik der Vereinten Nationen» (CPC, prov. Fassung) nennt künstlerische Leistungen nicht. Aufträge für Kunst am Bau fallen somit nicht unter das WTO-Übereinkommen. Gleiches gilt für die bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU und der EFTA: Die Dienstleistungs-Listen dieser bilateralen Abkommen führen künstlerische Aufträge ebenfalls nicht auf.

Das Vergaberecht des Bundes übernimmt das Regelungskonzept der Staatsverträge: Anhang 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen enthält ebenfalls eine Positivliste der unterstellten Dienstleistungen – künstlerische Aufträge fehlen auch dort.

Zwischenergebnis

Aufträge für Kunst am Bau unterstehen dem Staatsvertragsrecht – dem GPA und den bilateralen Verträgen – nicht. Der Bund kann aufgrund der für ihn geltenden gesetzlichen Grundlagen Aufträge für Kunst am Bau ausserhalb der Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechtes vergeben.



Was gilt im Kanton Zürich?

Eine andere Situation ergibt sich für die Kantone: Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) enthält in Art. 6 Abs. 2 folgende generelle Umschreibung: «Im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich findet diese Vereinbarung Anwendung auf alle Arten von öffentlichen Aufträgen». Eine Positivliste unterstellter Dienstleistungen fehlt in der IVöB, womit dem Binnenmarktgesetz Rechnung getragen wird, das die Kantone in Art. 5 ganz generell verpflichtet, Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe Dienstleistungen und Bauten auszuschreiben. Im Gegensatz zu den Bundesvergabestellen sind die Kantone und Gemeinden also verpflichtet, alle Arten von Dienstleistungen, also auch Aufträge für Kunst am Bau, gemäss den Regeln des Submissionsrechts zu vergeben. Befreit sind die Kantone und Gemeinden allerdings von «internationalen» Ausschreibungen, weil – wie dargelegt – die staatsvertraglichen Verpflichtungen Aufträge für Kunst am Bau nicht erfassen.

Anwendbare Vergabeverfahren

Somit stehen für die Vergabestellen z.B. im Kanton Zürich die ordentlichen Verfahren des Nicht-Staatsvertragsbereiches für Dienstleistungen zur Verfügung, das offene oder selektive Verfahren (ab Fr. 250'000), das Einladungsverfahren (unter Fr. 250'000) und das freihändige Verfahren (unter Fr. 150'000). Zur Feststellung des massgeblichen Auftragswertes ist auf den gemäss Reglement oder Beschluss der Vergabestelle verfügbaren Betrag für «Kunst am Bau» abzustellen. Soll auf eine solche obere Limite verzichtet werden, muss ein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden, weil die zu erwartenden Kosten nicht bekannt sind. Die Mehrheit der Aufträge für «Kunst am Bau» dürfte aufgrund der geltenden Schwellenwerte aber zulässigerweise im freihändigen Verfahren (unter Fr. 150'000) vergeben werden können.

Freihändige Vergaben

Zu prüfen ist die Zulässigkeit der Anwendung von ausnahmsweise freihändigen Vergaben, wenn der massgebliche Wert von Fr. 150'000 überschritten wird. In Frage kommt insbesondere § 10 Abs. 1 lit. c SVO: «Aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur eine Anbieterin oder ein Anbieter in Frage und es gibt keine angemessene Alternative». Die Voraussetzungen für eine solche Direktvergabe aufgrund der vom Gesetz verlangten «Einzigartigkeit» sind gemäss der eher restriktiven Gerichtspraxis zur Zulässigkeit der Ausnahmebestimmungen (vgl. etwa Urteil des Verwaltungsgerichtes Zürich VB.2005.00557 vom 13. September 2006 unter www.vgrzh.ch) nur zurückhaltend zu bejahen. Denkbar ist unter diesem Titel etwa der Ankauf von hochstehenden oder für den konkreten Kontext besonders passenden schon bestehenden Kunstwerken (insbesondere von verstorbenen Künstlerinnen oder Künstlern) oder die Vergabe eines Auftrags für das Schaffen eines neuen Kunstwerkes, wenn ein besonders hoher künstlerischer Wert erwartet wird. Zu denken ist dabei z.B. an mit Preisen ausgezeichnete Kunstschaffende oder eine zumindest überregionale Bekanntheit. Das Einholen einer entsprechenden (neutralen) Fachmeinung über den künstlerischen Wert dürfte bei einer solchen Direktvergabe unumgänglich sein. Eher fraglich scheinen deshalb z.B. Direktvergaben etwa mit der einzigen oder ausschlaggebenden Begründung, man wolle einen lokalen Künstler berücksichtigen.

Bei grösseren Aufträgen für Kunst am Bau hat sich traditionell die Durchführung von Wettbewerben etabliert. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang § 10 Abs. 1 lit. i SVO, wonach im Anschluss an die Durchführung eines Wettbewerbes eine freihändige Vergabe erfolgen kann: «Die Vergabestelle hat im Voraus die Absicht bekannt zu geben, den Vertrag mit der Gewinnerin oder dem Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs, der

den Grundsätzen des Beitritts-gesetzes und dieser Verordnung entspricht, abzuschliessen.»

Unter Beizug der analogen Bestimmung des WTO-Übereinkommens ist vorab festzuhalten, dass § 10 Abs. 1 lit. i SVO sich nicht auf «Bauwettbewerbe» beschränkt, sondern auch Planungs- und Gesamleistungswettbewerbe in anderen Bereichen zulässt. Wettbewerbsverfahren für Kunst am Bau sind also zulässig, sofern – analog zu Planerwettbewerben – gewisse allgemeine Grundsätze des Submissionsrechtes wie Publikation (je nach Schwellenwert), Gleichbehandlung und Transparenz eingehalten werden. Gestützt auf die Empfehlung der Jury erfolgt nach dem Wettbewerb die freihändige Vergabe durch die Vergabestelle.

Die Wettbewerbsbedingungen können im Einzelfall von der Vergabestelle selbst festgelegt werden oder es können Richtlinien von Fachverbänden beigezogen werden (vgl. hierzu auch Art. 12 Abs. 3 IVöB). Etabliert haben sich in den letzten Jahren insbesondere die «Wettbewerbsrichtlinien für bildende Kunst» der Visarte (Berufsverband für visuelle Kunst Schweiz – ehemals

GSMBÄ), welche erst kürzlich per Ende Oktober 2006 durch die neue «Wettbewerbsordnung für visuelle Kunst» überarbeitet und ersetzt wurden (vgl. Informationen unter www.visarte.ch). Diese Wettbewerbsordnung lehnt sich eng an die SIA Ordnung 142 für Architekturwettbewerbe an. Sie weist u.a. ausdrücklich auf den Vorrang des öffentlichen Beschaffungswesens hin (soweit dieses zur Anwendung gelangt) und umschreibt Wettbewerbsarten wie Präqualifikation, Ideenwettbewerb und Projektwettbewerb. Im Weiteren werden etwa die Zusammensetzung und die Aufgaben der Jury definiert.

Gerichtspraxis zu Wettbewerben

Die verwaltungsgerichtliche Praxis zu den Planer-Wettbewerben muss aufgrund des Gesagten bei Fragen zu Wettbewerbsverfahren für «Kunst am Bau» berücksichtigt werden, etwa mit Bezug auf die Verbindlichkeit von Juryentscheiden (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichtes Zürich, VB.2004.00078 vom 17. März 2004 mit weiteren Hinweisen, unter www.vgrzh.ch), die Festlegung von Beurteilungskriterien – wobei einer Vergabestelle ein sehr grosses Ermessen zusteht – und die Begründung für Vergabe-

entscheide, welche im Vergleich zu «ordentlichen» Vergabeverfahren allgemeiner gehalten werden kann (Urteil VB.2001.00198 vom 13. November 2002, unter www.vgrzh.ch). Bei der in den meisten Fällen vorhandenen Ausgangslage, wonach bereits in der Ausschreibung eine obere Limite für die Kosten für Kunst am Bau definiert ist, darf der Anschaffungspreis höchstens eine sehr untergeordnete Rolle spielen.

Vertragliche Regelungen

Zu empfehlen ist, bereits im Rahmen des Wettbewerbsprogramms auch die Eckdaten eines künftigen Vertrages zu definieren. Zu denken ist etwa an Fragen des Urheberrechtes, aber auch an die Anforderungen an das Kunstwerk selbst, wie Robustheit und Alltagstauglichkeit (etwa bei einer Schulanlage), Beständigkeit, Funktions- oder Materialgarantien. Für Kunstwerke, welche mit mechanischen (beweglichen) oder elektronischen Anlagen versehen sind, könnten auch Verpflichtungen der Auftragnehmerin oder des Auftragnehmers betreffend Verfügbarkeit, Lebensdauer und Unterhalt vorgesehen werden. ■

Public Private Partnership – wenn Staat und Private kooperieren*

Claudia Schneider Heusi, lic. iur., Rechtsanwältin, LL.M., Zürich
Felix Jost, Dr. iur., Rechtsanwalt, Hochbauamt Kanton Zürich



I. Was ist bei PPP anders als bei klassischen Beschaffungsmodellen?

Public Private Partnership (PPP) – der Begriff ist derzeit in der Schweiz in vieler Munde und scheint auf den ersten Blick neu. Nicht so in den EU-Staaten, wo PPP angesichts der knappen öffentlichen Mittel zur Bewältigung komplexer öffentlicher Infrastrukturprojekte seit längerem

weit verbreitet ist. Öffentliche Aufgaben werden bei PPP im Rahmen einer langfristigen gemeinsamen Zusammenarbeit von öffentlichen und privaten Partnern mit einer echten Risikoteilung erfüllt. Anders als bei den bisher üblichen Beschaffungsmodellen übernimmt der private Partner weitergehende Aufgaben, indem er beispielsweise eine Baute projiziert, baut, den Betrieb übernimmt und diesen über ein Entgelt (z.B. Gebühren oder Mietzins) finanziert. Bei derart weit reichender privater Tätigkeit kann die klassische Rollenteilung zwischen Staat und Privaten aufgeweicht und verwischt werden.

PPP-Verfahren sind gesetzlich nicht geregelt. Bei allen Vorgängen einer Zusammenarbeit im Rahmen von PPP, einer Auslagerung oder einer Privatisierung stellt sich auch die Frage, inwiefern und auf welchen Stufen die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens beachtet werden müssen.

II. Wann kommt bei PPP das öffentliche Beschaffungsrecht zur Anwendung?

A Auswahl des PPP-Partners

Gemäss der Rechtsprechung liegt eine öffentliche Beschaffung nur dann vor, wenn das Gemeinwesen für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auf dem freien Markt als Nachfrager («Konsument») einer Leistung auftritt und diese Leistung gegen

Bezahlung eines Preises erwirbt. Vergaben unter umgekehrten Vorzeichen, d. h. wenn die öffentliche Hand kein Entgelt leistet oder sogar eine Gebühr oder Entschädigung erhält, sind nicht als öffentliche Beschaffungen zu qualifizieren.

Eine öffentliche Beschaffung liegt somit dann vor, wenn der private PPP-Partner gegen Entgelt für das Gemeinwesen Leistungen erbringt (Vertragsmodell).

Wenn – ohne ein Entgelt zu entrichten – mit dem privaten Partner eine gemeinsame Gesellschaft gegründet (Gesellschaftsmodell) oder ihm eine öffentliche Aufgabe zur Erfüllung übertragen wird (Konzessionsmodell), muss die Suche des PPP-Partners oder eines Investors nach geltender Rechtslage und der genannten Rechtsprechung nicht gemäss den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgeschrieben werden. Dieses gelangt demnach nicht direkt zur Anwendung. Die öffentliche Hand ist aber dennoch nicht völlig frei bei der Auswahl des PPP-Partners.

Im Europäischen Vergaberecht geht die Entwicklung dahin, dass auch bei Vorgängen wie die Erteilung von Dienstleistungskonzessionen, die per Definition keine öffentliche Beschaffung darstellen, die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz eingehalten und weitgehend analoge Verfahren durchgeführt werden müssen.

Der Entscheid «Parking Brixen GmbH» des EuGH vom 13. Oktober 2005 wird vermutlich auch in der Schweiz für künftige PPP-Verfahren Wegweisend sein. Demgemäss hat das Gemeinwesen bei der Suche eines Investors oder eines PPP-Partners für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe die aus der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV abgeleitete Pflicht zur Gleichbehandlung von privaten Marktteilnehmern zu beachten. Dies bedeutet, dass die Suche eines Investors oder PPP-Partners in einem dem öffentlichen Beschaffungswesen analogen Verfahren erfolgen muss.

B Beschaffungen von PPP-Trägerschaften

Zu klären ist der Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts, wenn im Rahmen von PPP-Vorhaben die privaten Partner oder eigens gegründete Projektentwicklungs- bzw. Trägergesellschaften bei Dritten Leistungen einkaufen.

In Art. 8 IVöB erfolgt eine weite Umschreibung der unterstellten Auftraggeberinnen und Auftraggeber. Im Staatsvertragsbereich werden Kantone, Gemeinden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene erwähnt sowie öffentliche und private Unternehmen aus den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung. Gemäss Abs. 2 lit. a und b IVöB erfolgt die Unterstellung im Nicht-Staatsvertragsbereich überdies für:

- andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten,
- Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.

Dieser weite Begriff entspricht Art. 5 Abs. 2 des Binnenmarktgesetzes (BGBM), wonach Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben dafür zu sorgen haben, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach heutigem kantonalen Recht (und wohl auch nach zukünftigem Bundesrecht) ein Auftraggeber jeweils dann dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterworfen ist, wenn

- es sich um eine staatliche oder dezentralisierte Behörde handelt und diese nicht kommerziell oder industriell tätig ist,
- es sich um ein gemischtwirtschaftliches oder öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform handelt, das aufgrund der Eigentumsverhältnisse und/oder der finanziellen Beteili-

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, Räfjelstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

gung bzw. der personellen Bestellung der Organe als mehrheitlich staatlich beherrscht gilt und sofern es nicht kommerziell oder industriell tätig ist,

- ein Auftraggeber eine Monopolstellung innehält,
- ein Privater als Träger öffentlicher Aufgaben handelt,
- es sich um eine Organisation handelt, die zu mehr als 50% mit öffentlichen Geldern, namentlich Subventionen, finanziert wird.

C Zusammenfassung

Bei der Suche eines PPP-Partners oder Investors ist zusammengefasst in erster Linie zu klären, ob eine öffentliche Beschaffung im Sinne der genannten Definition vorliegt. Dabei ist vor allem von Bedeutung, ob es sich um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt und ob der PPP-Partner für seine Leistung eine Entschädigung durch das Gemeinwesen erhält. Ist letzteres nicht der Fall, so hat die Suche des geeigneten Partners in einem analogen Verfahren zu erfolgen, das sich am öffentlichen Vergabeverfahren orientiert. Es ist eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen und die Auswahl des Partners hat aufgrund vorgängig festgelegter, objektiver und nichtdiskriminierender Kriterien zu erfolgen.

In Bezug auf die Unterstellung von Träger- bzw. Betreibergesellschaften bei PPP-Projekten ist insbesondere zu prüfen, ob eine mehrheitliche Beherrschung oder Finanzierung durch die öffentliche Hand gegeben ist. Selbst bei einer staatlichen Minderheitsbeteiligung ist zu beachten, dass die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe zu einer Unterstellung führt. Die Umgehung des Beschaffungsrechts durch Dezentralisierung, Auslagerung und Delegation von Verwaltungsaufgaben an private Unternehmen wird so ausgeschlossen.

Wenn bereits der PPP-Partner in einem Verfahren gefunden wurde, welches direkt dem Vergaberecht unterstand, brauchen allfällige Aufträge des PPP-Partners an Subunternehmer nicht mehr nach den Regeln des Beschaffungsrechts vergeben zu werden.

Mit anderen Worten gilt der Grundsatz, dass bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben in derselben Sache das Vergaberecht nur einmal (und nicht mehrmals) zur Anwendung gelangt (Prinzip der Einmaligkeit). Dieses Prinzip entspricht schon heute, z.B. bei Total- oder Generalunternehmer-Vergaben, gängiger Praxis.

III. Ausgewählte Besonderheiten bei PPP

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf PPP-Vorhaben, welche direkt dem Beschaffungsrecht unterstehen (Vertragsmodell).

A Umfang der ausgeschriebenen Leistung

Die ausgeschriebenen Leistungen dürfen nicht so umfangreich sein, dass mangels einer ausreichenden Anzahl Anbieter wichtige Ziele des Beschaffungsrechts, namentlich die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs und die Gleichbehandlung der Anbietenden, in Frage gestellt werden. Sehr umfangreiche und langfristige Vergaben, für die nur ganz wenige Anbieter in Frage kommen, sind daher aufzuteilen, sofern nicht überwiegende Interessen für eine ungeteilte Vergabe sprechen. Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Wettbewerbskommission gegen wettbewerbsbehindernde Vergaben vorgehen kann und ihr gemäss revidiertem Binnenmarktgesetz seit dem 1. Juli 2006 ein Beschwerderecht gegen Vergabeentscheide zusteht.

Auch der zeitlichen Dimension ist Beachtung zu schenken: Gemäss Rechtsprechung steht es nicht im Belieben der öffentlichen Hand, ein Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Verträge, die sich jeweils stillschweigend um ein weiteres Jahr verlängern und kein definitives Ende vorsehen, sind unzulässig, da sie den Wettbewerb behindern. Vertragsdauern von maximal sieben Jahren wurden etwa für Stadt-ingenieurarbeiten oder für ein kommunales Abfuhrwesen als gerade noch zulässig erachtet.

Diesbezüglich ergeben sich für PPP, die sich aufgrund ihrer «life cycle»-Betrachtung regelmässig auf sehr lange Vertragsverhältnisse erstrecken, erhebliche Schwierigkeiten. Oft ist es gerade Sinn und Zweck von PPP, dass über viele Jahre oder gar Jahrzehnte hinweg Leistungen von einem einzigen Anbieter erbracht werden und in dieser Zeitspanne die Konkurrenten vom Markt ausgeschlossen sind. Langfristige PPP-Projekte sind somit nur möglich, wenn die Rechtsprechung ihre bisherige strenge Praxis lockert.

B Dialog zwischen Vergabestelle und Anbietenden

Bei PPP-Vergaben ist der Vergabestelle eine detaillierte Umschreibung der zu beschaffenden Leistungen oft gar nicht möglich. Mittels Dialog zwischen Anbietenden und Vergabestelle werden innovativere oder wirtschaftlichere Lösungen unter Umständen überhaupt erst in Erwägung gezogen. Denkbar ist auch, dass die Initiative von privater Seite ergriffen wird und ein potentieller PPP-Partner mit einer konkreten Idee an ein Gemeinwesen herantritt. Wer im Vorfeld einer Submission Ratschläge erteilt oder anderweitig auf eine Submission Einfluss nimmt, riskiert allerdings, wegen Vorbefassung vom nachfolgenden Verfahren ausgeschlossen zu werden. Diesbezüglich ist im Rahmen der laufenden Gesetzesrevision des Bundes eine gewisse Flexibilisierung unabdingbar, indem ein Dialog zwischen Vergabestelle und Anbietenden bei der Abwicklung komplexer Projekte zugelassen wird. Weiterhin zu gewährleisten ist indessen die Gleichbehandlung der Anbietenden. Ein Dialog darf nicht zur Folge haben, dass die Ausschreibungsunterlagen (insbesondere die technischen Spezifikationen) auf einen oder einige wenige Konkurrenten zugeschnitten werden.

Schon nach heutigem Recht ist ein so genannter technischer Dialog mit einem späteren Anbietenden zulässig, soweit diesem daraus kein Vorteil erwächst. Das Erteilen von technischen Auskünften und Ratschlägen sowie das Verfassen von Studien ist so lange statthaft, als

dies offen gelegt und ein allfälliger Wissensvorsprung durch Ausgleichsmassnahmen (z.B. Offenlegen der Grundlagen, längere Eingabefristen) kompensiert wird.

Während bei Beschaffungen von Bundesstellen auf entsprechende Ankündigung hin nach Ablauf der Eingabefrist Verhandlungen (namentlich über Inhalt, Umfang und Preis der zu erbringenden Leistungen) geführt werden dürfen, sind auf kantonaler Ebene Verhandlungen nur sehr beschränkt und hinsichtlich der Preise (sog. «Abgebotsrunden») überhaupt nicht zulässig. Es dürfen lediglich Unklarheiten ausgeräumt und Präzisierungen eingeholt werden. Insofern erweist sich das Bundesrecht als PPP-freundlicher.

C «Best-of-Best»-Lösungen

Gerade bei sehr umfangreichen Vergaben, die nicht mit einem detaillierten Leistungsverzeichnis, sondern funktional ausgeschrieben werden, wäre den Interessen des Gemeinwesens am besten gedient, wenn von verschiedenen Angeboten die jeweils attraktivsten Elemente herausgepickt und zu einem neuen Ganzen zusammengefügt werden dürften. So könnte die Vergabestelle etwa bei einem PPP-Vorhaben von einem besonders lukrativen Finanzierungsmodell des Anbieters A, dem architektonischen Wurf des Anbieters B sowie gleichzeitig vom innovativen Betreibermodell des Anbieters C profitieren. Eine solche «Best-of-Best»-Lösung ist indessen unzulässig. Ein umfangreicher Auftrag kann zwar auf verschiedene Anbieter aufgeteilt werden, wenn dies im Voraus angekündigt und die einzelnen Lose in den Ausschreibungsunterlagen genau umschrieben werden. Nicht erlaubt ist es aber, dem Zuschlagsempfänger aufzuerlegen, gewisse Elemente eines Gesamtauftrags gemäss der Offerte eines Konkurrenten zu erbringen. Sollte die Vergabestelle im Rahmen der Offertauswertung zur Erkenntnis gelangen, dass nur noch eine bestimmte Art und Weise der Leistungserbringung in Frage kommt, ist sie angesichts des Verbots von «Best-of-Best-Vergaben» weder befugt, diejenigen

Anbieter, welche eine teilweise andere Lösung vorschlagen, vom Verfahren auszuschliessen, noch diesen zu auferlegen, ihre Offerte entsprechend zu ändern. Nötigenfalls ist in solchen Fällen das Verfahren abzubrechen und unter Bekanntgabe von detaillierteren Rahmenbedingungen zu wiederholen.

D Freihändige Vergaben

Der Umstand, dass Gegenstand einer Beschaffung ein langjähriges PPP-Projekt ist, rechtfertigt selbstverständlich keine freihändige Vergabe. Nur wenn ein Ausnahmetatbestand (im Kanton Zürich geregelt in §10 SVO) erfüllt ist, darf der PPP-Partner direkt und ohne Ausschreibung bestimmt werden. Unseres Erachtens dürften die Voraussetzungen für eine freihändige PPP-Vergabe nur selten gegeben sein. Namentlich kann sich eine Vergabestelle kaum darauf berufen, es handle sich bei PPP um «neuartige Dienstleistungen, die auf ihr Ersuchen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrages entwickelt werden» (§ 10 Abs. 1 lit. h SVO). Ebenso wenig wird – sofern keine besonderen Umstände vorliegen – kaum je behauptet werden können, für eine konkrete PPP komme nur ein einziger Anbieter in Frage.

Besondere Erwähnung verdient der Fall, bei dem ein privater Anbieter die Initiative ergreift und einem Gemeinwesen den Vorschlag unterbreitet, auf einem bestimmten (möglicherweise dem Privaten gehörenden) Grundstück für öffentliche Zwecke eine Baute oder Anlage zu erstellen und zu betreiben. Die Besonderheit liegt hier darin, dass Liegenschaftengeschäfte nicht dem Vergaberecht unterstellt sind. Unseres Erachtens ist dieser Ausnahmefall eng auszulegen. Lediglich das Liegenschaftengeschäft selbst darf freihändig erfolgen; die weiteren Leistungen (Bauaufträge, Finanzierungskonzepte, Facility Management, Unterhalt etc.) sind soweit möglich in Konkurrenz zu vergeben.

* Der Artikel stellt in verkürzter Form die Ergebnisse des anlässlich der Vergabetagung 2006 durch die Autoren abgehaltenen und im Sonderheft zur Vergabetagung 2006 (BR/DC Sonderheft 2006) publizierten Workshops dar.

Informationen zum Stand SIMAP2

Im Projekt SIMAP2 (vgl. bereits KRITERIUM Nr. 16/2005) sind Verzögerungen eingetreten. Die geplante Einführung verschiebt sich um ein Jahr gegenüber der vertraglichen Vereinbarung. Seitens Auftraggeber und Swisscom wurde die Situation geklärt. Die Swisscom ist überzeugt, dass sie ein Produkt liefern kann, das den Erwartungen entspricht. Sie setzt sich dafür ein, dass die Umsetzung der Zielvorgaben mit grösster Priorität vorangetrieben wird, so dass das Projekt SIMAP2 erfolgreich abgeschlossen werden kann; im Vordergrund steht die Qualität unter Einhaltung der Termine. Neu soll der Betrieb ab Oktober 2007 aufgenommen werden. Die bestehende Plattform SIMAP1 soll weiter geführt werden, bis diese von SIMAP2 abgelöst wird.

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 binnenmarktrechtlichen 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 Ausubarbeiten für ein Verwaltungsgebäude in Davos zu beschaffen, wird der relevante Markt allein schon durch die Transportkosten für Baumaterial und Personal limitiert. Ab einer gewissen Distanz 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 Selektionierungsentscheid (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 Kartellrechts ist auch die öffentliche Hand (als Marktteilnehmerin) nicht mehr als ausserhalb des Kartellrechts 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 Selektionierungsentscheid 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. 2bis 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 Begleitermächtigungen an den Bundesrat im Rahmen des Bundesgerichtsgesetzes (Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht, Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) sicher gestellt.

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. schwerdeanfällig 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 Entscheidungskläufe selten konsequent umgesetzt. Hier ist es Aufgabe eines Beschaffungsplaners, die verantwortlichen Personen abzumahnend 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 Gratzwohl 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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: 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

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 22/November 2007

Freihändige Verfahren unter Konkurrenz

Das Bundesgericht hat am 11. Februar 2005 einen Entscheid im Zusammenhang mit der freihändigen Vergabe gefällt, der vielerorts zu Diskussionen geführt hat (2P.189/2004). Die Berner Gemeinde Sigriswil hatte drei Unternehmungen zur Einreichung von Offerten für Kücheneinrichtungen im kommunalen Alters- und Pflegeheim eingeladen. Der bei der Vergabe nicht berücksichtigte Bewerber, der mit rund Fr. 16'000 das günstigste Angebot eingereicht hatte, forcht die Vergabeverfügung beim zuständigen Regierungsstatthalter an. Dieser trat auf die Be-

schwerde nicht ein, da gemäss dem kantonalen Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder tieferer kommunaler Schwellenwerte (hier gemäss Beschaffungsreglement der Gemeinde Sigriswil Fr. 50'000) nicht anfechtbar seien. Nachdem eine Beschwerde ans Verwaltungsgericht des Kantons Bern erfolglos geblieben war, führte der nicht berücksichtigte Bewerber staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht. Er rügte eine Verletzung von Art. 9 des Binnenmarktgesetzes (BGBM),



Lic. iur. Susanne Sieber (links), Firma Publics und lic. iur. Sandra Eberle (rechts), Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen, Stadt Winterthur

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Am 11. Februar 2005 hat das Bundesgericht im Fall «Sigriswil» einen Entscheid getroffen, der seither immer wieder zu Diskussionen auch im Kanton Zürich führt. Dieser Bundesgerichtsentscheid behandelt die Handhabung der freihändigen Vergabe im Kanton Bern. Bei der Frage, ob dieser Entscheid auch auf den Kanton Zürich anzuwenden ist, scheiden sich die Geister. Gerade weil für kleine Gemeinden die Limiten bei der freihändigen Vergabe sehr hoch sind, wenden diese oftmals freiwillig das Einladungsverfahren an. Es ist anzunehmen, dass es auch Gemeinden gibt, die im Freihändigen Verfahren ab einem gewissen Betrag mehrere Offerten einholen, obwohl dies gemäss IVöB bislang nicht als zulässig erachtet wurde. Die Frage ist jetzt aber berechtigt, ob dieses Vorgehen, nach dem Urteil des Bundesgerichts, nicht auch ein gangbarer und zulässiger Weg ist.

Um die kontroversen Meinungen dieses Entscheides darzustellen, veröffentlichen wir in dieser Nummer des KRITERIUM ein Streitgespräch zwischen Frau lic. iur. Susanne Sieber und Frau lic. iur. Sandra Eberle. Wir hoffen, mit der Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen einen Beitrag zu Ihrer Meinungsbildung zu leisten. Da noch kein entsprechender Gerichtsentscheid im Kanton Zürich vorliegt, müssen die Vergabebehörden selber entscheiden, nach welchen Kriterien sie eine freihändige Vergabe durchführen. Erst nach Vorliegen eines entsprechenden Entscheides können wir mit Sicherheit sagen, wie weit die «Berner Praxis» Auswirkungen auf den Kanton Zürich hat. Ich möchte die Gerichte ja nicht mit Arbeit belasten, in diesem Fall warte ich aber gespannt auf ein solches Urteil des Verwaltungsgerichts.

Für das Redaktionsteam
Cyrill Bühler, Gemeinde Thalheim

wonach Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen sind und das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorsehen muss.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass Art. 9 BGBM nicht verlange, dass für jede kleine und kleinste Vergabe der öffentlichen Hand ein förmliches Verfahren durchgeführt und entsprechende Anordnungen unabhängig vom Wert des Auftrages immer in die Form einer anfechtbaren Verfügung gekleidet werden müssen. Soweit der kantonale Gesetzgeber unterhalb der von ihm bestimmten Schwellenwerte die freihändige Vergabe vorsehe, müsse auch grundsätzlich kein förmlicher Vergabeentscheid ergehen, der Anfechtungsobjekt eines Rechtsmittelverfahrens bilden könne. Es widerspräche dem Sinn und Zweck der freihändigen Vergabe, die bei niedrigen Beträgen regelmässig auf eine formlose und rasche Abwicklung der betreffenden Beschaffung ausgerichtet sei, wenn vor dem Vollzug der freihändig erfolgten Vergabe das Ergebnis eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens abgewartet werden müsste. Dass die Gemeinde im Rahmen der freihändigen Vergabe mehrere Offerten eingeholt und diese miteinander verglichen hat, hat nach Ansicht des Bundesgerichts nicht zur Folge, dass deswegen eine Anfechtungsmöglichkeit der Offerenten gegen den Zuschlag eröffnet werden müsste. Es wäre sachwidrig, ein solches Vorgehen, das auch bei einer freihändigen Vergabe zweckmässig sein kann, durch das Risiko von Rechtsmittelverfahren zu erschweren.

Dieser BGE hat bei den Vergabestellen zu Diskussionen Anlass gegeben. Im Folgenden äussern sich zwei Expertinnen im Vergabewesen zur Tragweite des Entscheides insbesondere auch für den Kanton Zürich.

Das Gespräch führten
Cyrill Bühler und Peter Hösli.

Redaktion: Was leiten Sie aus dem Bundesgerichtsurteil «Sigriswil» für den Kanton Zürich ab?

■ Susanne Sieber (S.S.): Aus meiner Sicht ist wesentlich, dass das Bundesgericht in diesem Urteil festgestellt hat, dass der Gesetzgeber bewusst für niedrige Vergabewerte ein einfaches und formloses Verfahren definieren und ausgestalten wollte. Ich leite aus dem Urteil ab, dass das freihändige Verfahren – vor allem für die Gemeinden im Kanton Zürich – eine solche einfache Verfahrensart darstellen soll und dass die Gemeinden innerhalb dieser Verfahrensart einen Spielraum nutzen können. Zu diesem Spielraum gehört auch, eine Konkurrenzofferte beizuziehen, wenn es den Gemeinden angezeigt scheint.

■ Sandra Eberle (S.E.): Bei genauer Lektüre des Entscheides zeigt sich, dass das Bundesgericht sehr stark auf die für die Vergabestellen des Bundes geltende Gesetzgebung abstellt, bei der im unterschweligen Bereich kein Rechtsschutz besteht. Gleichzeitig verweist das Bundesgericht immer wieder auch auf das Binnenmarktgesetz, wo der Rechtsschutz wieder verlangt wird. Für das im Kanton Zürich geltende Verfahren lässt sich daher nicht allzu viel ableiten. In Bezug auf die hier geltenden Vorschriften – Submissionsverordnung und Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) – stellt das freihändige Verfahren unter Konkurrenz, wie wir das hier nennen wollen, eine weitere Verfahrensart dar, die es bei uns eigentlich gar nicht gibt.

Lässt sich ein solches «freihändiges Verfahren unter Konkurrenz» mit den Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen in Einklang bringen?

■ S.S.: Da ich davon ausgehe, dass das Bundesgerichtsurteil mit seinen Ausführungen den Freiraum der freihändigen Vergabe grosszügig definiert hat, stellt sich für mich kein Widerspruch zur IVöB, die das freihändige Verfahren als eine Vergabeart aufführt (Art. 12). Es ist nicht

anzunehmen, dass ein freihändiges Verfahren dann zu einem Einladungsverfahren wird, wenn Konkurrenzofferten eingeholt werden.

■ S.E.: Das sehe ich anders. Meines Erachtens ist die in Art. 12 IVöB enthaltene Aufzählung der Verfahrensarten abschliessend. Lit. c von Art. 12 besagt ausdrücklich, dass beim freihändigen Verfahren die Auftraggeberin oder der Auftraggeber einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt vergibt. Das schliesst aus, dass mehrere Offerten eingeholt werden. Dies hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in seiner Entscheidung vom 9. Juli 2003 (VB.2002.00044) auch so bestätigt. In diesem Fall ging es darum, dass bei einer freihändigen Vergabe, bei welcher die Offerte als zu hoch erschienen war, zwei weitere Offerten eingeholt wurden. Das Verwaltungsgericht erkannte, dass man sich bei einem solchen Vorgehen im Einladungsverfahren bewege und die entsprechenden Formvorschriften eingehalten werden müssten.

■ S.S.: Da würde mich jetzt das nächste Verwaltungsgerichtsurteil interessieren, das sich mit der Argumentation des Bundesgerichtsentscheides «Sigriswil» auseinander setzt. Auch in der Lehre ist häufig festgestellt worden, dass es das Bundesgericht eben ausdrücklich zulässt, dass der Beizug weiterer Offerten diesen formlosen Raum der freihändigen Vergabe nicht ändert. Art. 12 IVöB schliesst nicht aus, dass eine Vergabestelle einen Auftrag ohne Ausschreibung vergibt und dabei im Verlaufe des gewählten freihändigen Verfahrens Konkurrenzofferten einholt.

Lässt sich in diesen freihändigen Verfahren unter Konkurrenz noch eine verlässliche Grenze zum Einladungsverfahren ziehen?

■ S.S.: Ich halte es für wichtig, diese Grenze zu ziehen. Es ist wichtig, dass die Vergabestellen sich entscheiden, entweder ein freihändiges Verfahren oder ein Einladungsverfahren durchzuführen. Es ist ein wesentlicher Punkt, die freihändige Vergabe nicht als vereinfachtes Einla-

dungsverfahren zu missbrauchen. Als Abgrenzungskriterium kann beispielsweise darauf abgestellt werden, ob ein detaillierter Leistungsbeschreibung notwendig ist oder nicht. Ist eine detaillierte Beschreibung der nachgefragten Leistung notwendig, würde ich der Vergabestelle empfehlen, ein Einladungsverfahren durchzuführen.

Ist im Rahmen eines freihändigen Verfahrens unter Konkurrenz eine Abgebotsrunde zulässig? Darf man über die Preise diskutieren?

■ S.S.: Ich tendiere dazu, ja zu sagen. Gemäss Argumentation des Bundesgerichts soll die Vergabestelle diesen Spielraum haben. Es gibt aber andere, nicht-juristische Gründe, hier doch eine gewisse Zurückhaltung beizubehalten, und zwar aus Sicht der Anbietenden. Ich halte es für problematisch, wenn die Vergabestelle vorerst bei einem Anbieter eine Offerte einholt, um den internen Aufwand für eine detaillierte Leistungsbeschreibung zu sparen. Es wäre unfair, auf die intensive Mitarbeit des entsprechenden Anbieters abzustellen, um alsdann andere Offerten einzuholen und eine Abgebotsrunde durchzuführen. Dies wäre zwar juristisch wohl zulässig, ist aber aus Gründen der Fairness abzulehnen.

■ S.E.: Ich frage mich, wieso man ein solches Vorgehen dann noch «freihändiges Verfahren» nennt, wenn man nicht vom Vorteil der Preisverhandlungen profitieren will. Im freihändigen Verfahren darf man über den Preis mit dem Anbietenden diskutieren. Sobald mehrere Teilnehmende da sind, ist es kein freihändiges Verfahren mehr. Also gibt es auch keine Abgebotsrunden. Wenn die Anbietenden der öffentlichen Hand ein Angebot unter Konkurrenz einreichen, müssen sie sich darauf verlassen können, dass es das einzige Angebot ist, das sie machen müssen, und dass sie nicht noch Verhandlungsspielraum einplanen müssen.

Werden die Anbietenden bei einer Vergabe unter Konkurrenz im freihändigen Verfahren darüber

informiert, dass dies unter Konkurrenz erfolgen soll? Weiss die Unternehmerin oder der Unternehmer, dass mehrere Offerten eingeholt werden?

■ S.S.: Dies wäre ein faires Geschäftsgefahren. Geht ein Anbietender davon aus, dass er den Auftrag erhalten wird, dann wird er bereits bei der Offertstellung weitere Vorarbeiten tätigen, die er nicht tätigen würde, wenn er wüsste, dass er in einer Konkurrenzsituation steht. Es kommt aber immer wieder vor, dass eigentlich eine Direktvergabe angestrebt wird, sich dann aber im Verlaufe des Verfahrens ergibt, dass zum Beispiel der Preis viel höher ist, als veranschlagt wurde, oder dass auf dem Markt noch andere Lösungsvarianten angeboten werden. Hier soll es möglich sein, auch diese zweite Lösung noch anzuschauen.

■ S.E.: In diesem Fall müsste aber dem ersten Anbieter auch Gelegenheit gegeben werden, die zweite Lösung anzubieten. Dies nicht nur, um die Angebote überhaupt vergleichbar zu machen, sondern dies gebieten auch die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz. Diese Grundsätze gelten in allen Vergabearten und müssen somit auch im freihändigen Verfahren unter Konkurrenz beachtet werden.

■ S.S.: Das trifft zu. In Bezug auf den Grundsatz der Gleichbehandlung ist freilich darauf hinzuweisen, dass dieser im freihändigen Verfahren vor allem bei der Frage, welcher Unternehmer eingeladen wird, bedeutsam ist. Mit der freihändigen Vergabe soll ganz bewusst der Spielraum genutzt werden, unter den Unternehmenden abzuwechseln. Die Gleichbehandlung der Anbietenden muss in der freihändigen Vergabe darin verwirklicht werden, dass sie überhaupt angesprochen werden und in einem gewissen Turnus zum Zuge kommen.

Bedeutet es für die Vergabestellen nicht einen beträchtlichen Mehraufwand, jedes Mal, wenn eine Konkurrenzofferte eingeholt werden soll, ein förmliches Einla-

dungsverfahren durchzuführen?

■ S.E.: Nicht unbedingt. In einem ersten Schritt wird ohnehin immer gemeindeintern abgeklärt, in wessen Kompetenz der Vergabeentscheid liegt. Es braucht also eine Kosten-schätzung nur schon zur Abklärung, ob die Entscheidungskompetenz beim Gemeindeschreiber oder beim Gemeinderat liegt, oder ob es einen weitergehenden Beschluss braucht. Weiter muss ein Leistungsbeschrieb erstellt werden, ob für ein freihändiges Verfahren unter Konkurrenz oder für ein Einladungsverfahren. Es werden sodann geeignete Teilnehmende zur Offertstellung aufgefordert bzw. eingeladen. Ebenso wird eine Eignungsabklärung stattfinden. Dann wird den Teilnehmern auch ein Termin gesetzt. Was man sich spart, ist die Offertöffnung. Das formelle Protokoll braucht es in einem freihändigen Verfahren unter Konkurrenz zwar nicht, doch wird man auch beim letzteren eine Aufstellung machen, um die Offerten vergleichen und die Vergabe vornehmen zu können. Bei den Abgebotsrunden entsteht meiner Meinung nach beim freihändigen Verfahren unter Konkurrenz sogar ein Mehraufwand, weil die Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsätze auch in diesem Fall eingehalten werden müssen. Man darf also auch im freihändigen Verfahren unter Konkurrenz nicht nur mit einem Anbietenden Preisverhandlungen führen. Das ist wesentlich aufwändiger, als wenn man keine Verhandlungen führen muss. Letztendlich bleibt die Frage des Beschwerderechts. Den Teilnehmenden wird die Beschwerdemöglichkeit genommen, wenn man freihändig unter Konkurrenz vergibt und keine Verfügung erlässt.

■ S.S.: Da sind wir am Punkt, wo wir uns grundsätzlich unterscheiden. Ich denke nicht, dass das Beschwerderecht genommen wird, weil es ursprünglich gar nicht bestanden hat. Ich gehe davon aus, dass es sogar im Sinne des Gesetzgebers war, einen Raum zu schaffen, der diesem Beschwerderecht nicht unterliegt. Beim Aufwand bin ich ganz anderer Ansicht. Wenn sich jemand im Submissionswesen

sehr versiert bewegt – zum Beispiel eine Stadt, die dank vielen Submissionsverfahren über entsprechende Erfahrung verfügt – dann lässt sich auch ein Einladungsverfahren mit relativ kleinem Aufwand bewältigen. Für kleinere Gemeinden hingegen, die nicht über ein solches «Kompetenzzentrum Submission» verfügen, ist es ein gewaltiger Unterschied. Gerade für kleine und mittlere Gemeinden stellt das Submissionsverfahren sehr hohe formale Anforderungen. Nur schon eine saubere Leistungsdefinition vorzunehmen, kann sehr komplex sein für Personen, die das sehr selten machen.

Sollen die Gemeinden eine eigene, interne Schwelle festlegen, bis zu welcher eine freihändige Vergabe erfolgen darf?

■ S.S.: Ich würde in jedem Fall den Gemeinden empfehlen, die Frage von Schwellenwerten zu diskutieren, Vor- und Nachteile abzuwägen und eine Schwelle zu

setzen. Wo diese Schwelle anzusetzen ist, hängt von der Grösse der Gemeinde, deren Finanzhaushalt usw. ab und lässt sich deshalb nicht generell-abstrakt festlegen. Auch müssen immer Ausnahmen möglich bleiben. Unterhalb der Schwelle soll dann aber von der Möglichkeit der direkten Vergabe Gebrauch gemacht werden. Ganz grundsätzlich sollen die Gemeinden die freihändige Vergabe im Sinne der konkurrenzlosen Direktvergabe mutiger einsetzen.

Was empfehlen Sie den Gemeinden im Bereich der freihändigen Vergabe?

■ S.E.: Keine Gemeinde – weder eine grosse noch eine kleine – vergibt einen Auftrag freihändig ganz knapp unterhalb der Schwellenwerte, wenn sie nicht einen bestimmten Grund dazu hat. Einen Auftrag im Baunebengewerbe für rund 145'000 Franken wird keine Gemeinde ohne Konkurrenzofferte vergeben – freihändig. Obwohl sie es dürf-

te. Ich würde den Gemeinden ebenfalls empfehlen, kommunale Schwellenwerte festzulegen, ab wann sie freiwillige Einladungsverfahren durchführen und bis zu welcher Vergabehöhe sie – etwa zum Sammeln von Erfahrungen mit neu auftretenden Marktteilnehmenden oder aus welchem Grund auch immer – direkt vergeben.

■ S.S.: Wichtig ist, dass sich die Gemeinden überlegen, wo der Spielraum für die freihändige Vergabe sein und wo das freiwillige Einladungsverfahren angewendet werden soll. Diese Grenze ist zu diskutieren und festzusetzen. In einem begründeten Einzelfall kann auch einmal anders vorgegangen werden, aber dann ist dieser Freiraum für die freihändige Vergabe zu nutzen. Innerhalb dieses Spielraums für die freihändige Vergabe halte ich es für zulässig, auch eine Konkurrenzofferte beizuziehen, sei das von Anfang an oder erst im Verlaufe des Beschaffungsverfahrens.

Neue Bundesrechtsmittel gegen kantonale Vergabeentscheide

Dr. Felix Jost, Baudirektion Kanton Zürich, Hochbauamt



Mit dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) am 1. Januar 2007 wurde der bisher komplizierte Beschwerdeweg ans Bundesgericht durch ein deutlich einfacheres Rechtsmittelsystem ersetzt. Dieses besteht im

Wesentlichen aus drei so genannten Einheitsbeschwerden, der Beschwerde in Zivilsachen, der Beschwerde in Strafsachen und der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Es sieht zudem die subsidiäre Verfassungsbeschwerde vor. Ironischerweise führt das BGG im Bereich des kantonalen Beschaffungswesens jedoch nicht zu einer Vereinfachung, sondern im Gegenteil zu einer erheblichen Verkomplizierung des Rechtsmittelwegs: Während nach altem Recht gegen Entscheide des kantonalen Verwaltungsgerichts einzig und allein die staatsrechtliche Beschwerde in Betracht fiel, ist nach neuem Recht stets zu prüfen, ob gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide die (Einheits-)Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur

Verfügung steht oder ob stattdessen die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ergriffen werden muss.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) geht der subsidiären Verfassungsbeschwerde vor und ist für die Beschwerdeführerin oder den Beschwerdeführer vorteilhafter. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist im Bereich des Beschaffungswesens jedoch nur dann zulässig, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) oder des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über

bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens erreicht (Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG). Wohlgermerkt: Auch wenn es um kantonale Entscheide in Anwendung des kantonalen (bzw. interkantonalen) Rechts geht, müssen für die Frage des zulässigen Rechtsmittels stets die Schwellenwerte des Bundesrechts bzw. des Staatsvertragsrechts konsultiert werden. Die Schwellenwerte des BoeB bzw. des bilateralen Übereinkommens sind mit jenen der Inter-

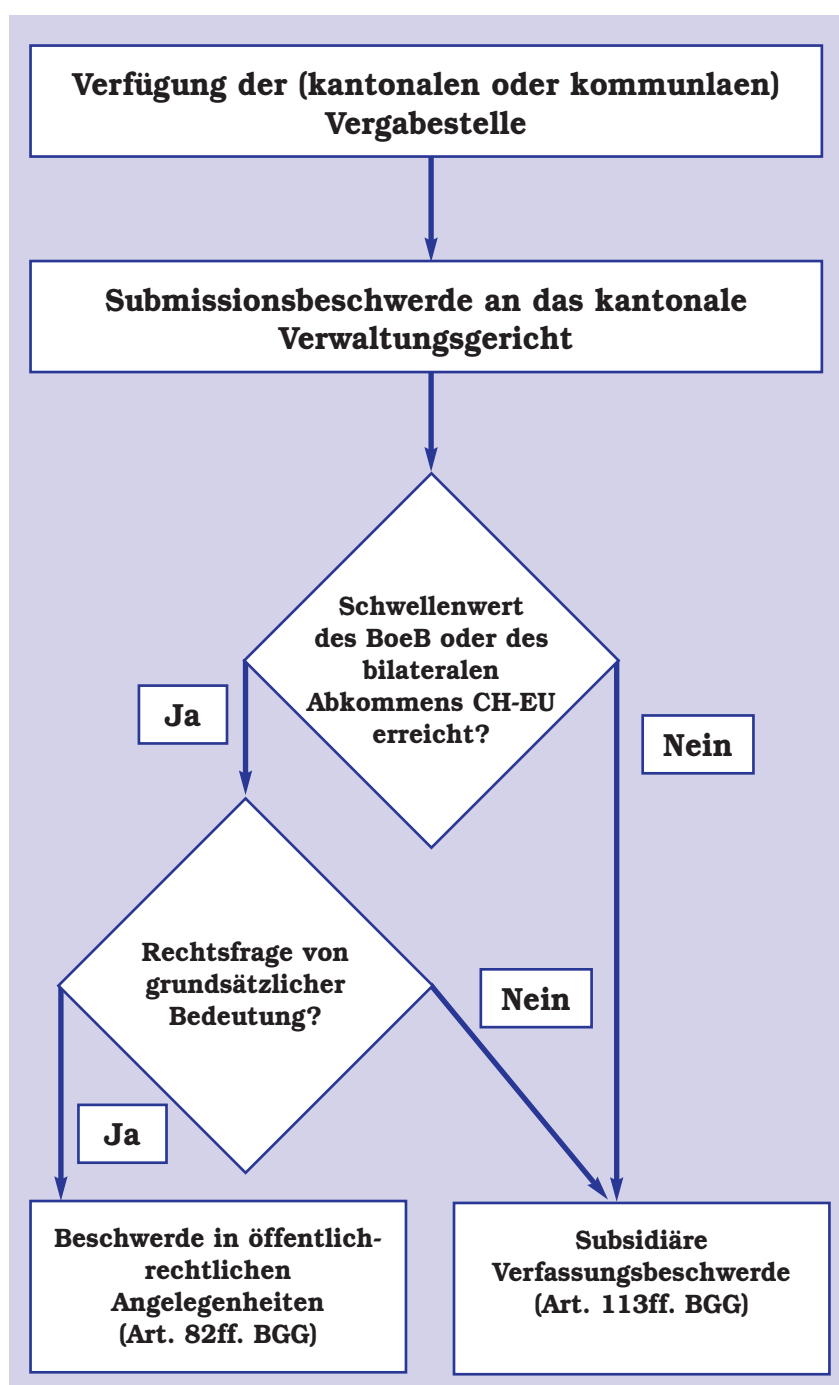
kantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) nicht identisch. Sodann kommt die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nur in Betracht, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG). Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung einigen Interpretationsspielraum offen lässt. Anzumerken ist, dass die Bestimmung von Art. 83 lit. f. BGG so unver-

ständig abgefasst wurde, dass nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden kann, ob die beiden genannten Anforderungen (Schwellenwert, Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) kumulativ erfüllt sein müssen oder nicht. Gestützt auf eine grammatikalische Auslegung geht die herrschende Lehre davon aus, dass gleichzeitig beide Voraussetzungen gegeben sein müssen.

Sind die Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nicht erfüllt, kann gegen letztinstanzliche kantonale Vergabeentscheide subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) ergriffen werden. Die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten ist jedoch für den Rechtssuchenden in verschiedener Hinsicht wirkungsvoller als die subsidiäre Verfassungsbeschwerde: Während bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht werden kann, sind bei der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten die zulässigen Beschwerdegründe erheblich weiter gefasst: Es kann die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, interkantonalem Recht (d.h. insbesondere der IVöB) sowie von kantonalen verfassungsmässigen Rechten gerügt werden. In der Regel hat sich somit das Bundesgericht im Anwendungsbereich der subsidiären Verfassungsbeschwerde auf eine reine Willkürprüfung zu beschränken, wohingegen die erweiterte Überprüfungsmöglichkeit bei der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten dazu führen wird, dass die bisher uneinheitliche kantonale Rechtsprechung zur IVöB zumindest teilweise auf einen gemeinsamen Nenner gebracht wird. Rein kantonales Vergaberecht darf auch bei der der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten wie bisher vom Bundesgericht nur mit Bezug auf Verfassungsverletzungen überprüft werden.

Sowohl mit der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten wie auch mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann ferner eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung beanstandet werden; der

Schematische Darstellung über die Bundesrechtsmittel gegen kantonale Vergabeentscheide:



Projekt simap2 gescheitert

Am 3. September 2007 teilte das Eidgenössische Finanzdepartement mit, dass sich der Bund und die Generalunternehmerin Swisscom IT Services geeinigt hätten, das Projekt simap2 zu beenden. Beide Parteien seien zum Schluss gekommen, dass das Projekt unter den heutigen Umständen und in der vorgesehenen Art nicht realisiert werden könne. Simap2 hatte zum Ziel, eine erweiterte Plattform aufzubauen, auf der Bund, Kantone und Gemeinden ihre Ausschreibungen elektronisch abwickeln können und die Beschaffungsabwicklung umfassend unterstützt. Dem Bund entstehe durch das vorzeitige Projektende kein finanzieller Schaden.

Dieses Ergebnis der Bemühungen für eine webbasierende Vergabepattform für das öffentliche Beschaffungswesen ist enttäuschend; man steht vor einem Scherbenhaufen. In einem ersten Schritt sollen nun umfassende Verbesserungen für simap1 in die Wege geleitet werden. In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob und auf welcher Grundlage ein neuer Anlauf für die Weiterentwicklung einer elektronischen Plattform für die Abwicklung von Vergabeprozessen genommen werden kann.

Rechtsschutz dürfte diesbezüglich bei beiden Beschwerden in etwa derselbe sein, auch wenn das Gesetz unterschiedliche Formulierungen verwendet (Art. 97 Abs. 1 bzw. Art. 118 Abs. 2 i.V.m. Art. 116 BGG).

Mit Bezug auf die Beschwerdelegitimation wird bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde ein so genanntes «rechtlich geschütztes Interesse» verlangt, wohingegen zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auch derjenige legitimiert ist, der bloss ein rein faktisches Interesse am Verfahrensausgang hat. Allerdings dürfte im Beschaffungswesen diese Unterscheidung keine grosse praktische Rolle spielen. Wie schon bisher sind nur kommunale Vergabestellen, die sich auf die Gemeindeautonomie berufen können, dazu befugt, kantonale Verwaltungsgerichtsentscheide ans Bundesgericht weiter zu ziehen (Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG); kantonalen Vergabestellen ist diese Möglichkeit verwehrt, weil das BGG keine allgemeine Behördenbeschwerde kennt.

Aufgrund der regelmässig vorhandenen Unsicherheit über das zulässige Rechtsmittel empfiehlt es sich bisweilen, gleichzeitig Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsi-

diäre Verfassungsbeschwerde zu erheben. In diesem Fall sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen, und das Bundesgericht behandelt beide Beschwerden in demselben Verfahren (Art. 119 BGG).

Die Beschwerdefrist beträgt bei beiden Beschwerden 30 Tage (Art. 100 Abs. 1 BGG) und ist damit erheblich länger als die 10-tägige Frist für die kantonale Submissionsbeschwerde (Art. 15 Abs. 2 IVöB). Hinzu kommt, dass auf Bundesebene die Beschwerdefrist während den Gerichtsferien stillsteht (Art. 46 Abs. 1 BGG), auch dies im Gegensatz zur kantonalen Regelung (Art. 15 Abs. 2bis IVöB). Wird also ein letztinstanzlicher kantonaler Submissionsentscheid am 15. Juli eröffnet, endet unter Berücksichtigung der Gerichtsferien die Beschwerdefrist erst am 14. September. Trotz dieser Regelung erfahren kantonale Beschaffungen durch die neuen Bundesrechtsmittel keine ungebührliche Verzögerung, weil sowohl der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wie auch der subsidiären Verfassungsbeschwerde in der Regel keine aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 103 BGG).

Nur auf Antrag hin kann das Bundesgericht einer Beschwerde

ganz oder teilweise die aufschiebende Wirkung erteilen, dies allerdings nur, soweit der angefochtene Entscheid nicht bereits vollstreckt ist. Im Ergebnis werden somit Vergabeentscheide des kantonalen Verwaltungsgerichts unmittelbar mit ihrer Eröffnung vollstreckbar. Das heisst: Werden Submissionsbeschwerden vom kantonalen Verwaltungsgericht abgewiesen, darf gleich nach der Urteilseröffnung der Vertrag über die ausgeschriebenen Leistungen abgeschlossen werden und vermag ein allfälliges Bundesrechtsmittel die Gültigkeit dieses Vertrags nicht mehr in Frage zu stellen. Im Fall einer Beschwerdegutheissung kann lediglich die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festgestellt werden. Nur wenn im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung noch kein Vertrag abgeschlossen ist, hat der Beschwerdeführer überhaupt noch eine theoretische Chance, an den ausgeschriebenen Auftrag heran zu kommen. Damit ist auf Bundesebene ein effektiver Rechtsschutz in Frage gestellt. Allerdings ist das Bundesgericht keine letzte Appellationsinstanz, die von den Parteien mit vollkommenen Rechtsmitteln angerufen werden kann; Hauptaufgabe des Bundesgerichts ist es vielmehr, für die einheitliche Rechtsanwendung, die Rechtsfortbildung und die Wahrung der verfassungsmässigen Ordnung zu sorgen (vgl. Botschaft BGG; BBl 2001 4342). Vor diesem Hintergrund sowie in Anbetracht der regelmässig vorhandenen Dringlichkeit von öffentlichen Beschaffungen ist die im BGG vorgesehene Regelung zu begrüßen.

Impressum

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

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

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

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 23/März 2008

Ausschluss aus dem Vergabeverfahren wegen mangelhafter Offerte

Ein zusammenfassender Blick auf die neuere Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich

Dr. iur. Josua Raster

Jurist bei Basler & Hofmann AG, Ingenieure und Planer



ein relativ hohes Risiko eines Rechtsmittelverfahrens und kann so zu Verzögerungen führen oder sogar zum Stolperstein in einem Vergabeverfahren werden. Die folgenden Ausführungen fassen die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich seit Inkrafttreten der revidierten Submissionsverordnung zusammen. Den meisten Fällen, in denen über die Zulässigkeit von Ausschlüssen zu entscheiden war, lag der Ausschlussgrund nach § 28 lit. h SVO zugrunde.

1 Fokus

Die Erfahrung zeigt, dass der Ausschluss von Anbietenden aus dem Vergabeverfahren nach § 28 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SVO) im Rahmen von Submissionsbeschwerden immer wieder angefochten wird. Das ist auch nicht weiter erstaunlich. Ein Ausschluss ist für die betroffenen Anbietenden in erhöhtem Mass unbefriedigend, da ihr Angebot ohne Bewertung ausscheidet, was Rückschlüsse aus dem Vergleich mit der Konkurrenz, welche für die Orientierung im Markt wichtig sind, verunmöglicht. Ein Ausschluss birgt für die Vergabestellen somit

2 Mängel der Offerte

a Grundsatz

Gemäss § 28 lit. h SVO sind Anbietende dann auszuschliessen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse verletzt haben, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder des Antrags auf Teilnahme im selektiven Verfahren oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes grundsätzlich ein strenger Massstab

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Das Informationsblatt KRITERIUM will auf leicht verständliche Weise über Entwicklungen in der Submissionspraxis informieren. Der Inhalt soll «aus der Sicht der Praxis - für die Praxis» abgefasst sein. Die vorliegende Ausgabe erfüllt diesen Anspruch in vielerlei Hinsicht:

Der Beitrag von Josua Raster zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren wegen mangelhafter Offerte vermittelt einen umfassenden Überblick über die geltende Praxis des Verwaltungsgerichts zu diesem Themenkreis. Der Autor schöpft seine profunden Kenntnisse der verwaltungsgerichtlichen Praxis aus seiner ehemaligen Tätigkeit als juristischer Sekretär am Verwaltungsgericht. Wer sich mit Einzelheiten der Entscheidpraxis vertieft auseinandersetzen will, sei auf die jeweils angeführten Verwaltungsgerichtsentscheide verwiesen, die alle im Internet abrufbar sind.

In der Ausgabe Nr. 19 haben wir einen ersten Teil von häufig gestellten Fragen aus der Submissionspraxis beantwortet. Dieser erste Teil bezog sich hauptsächlich auf Aussagen zur Einleitung der Verfahren. Mit der vorliegenden Ausgabe führen wir die Reihe der «Fragen aus der Submissionspraxis» fort und behandeln den Themenbereich Wahl des Verfahrens. Die Fragen und Antworten zur Submissionspraxis sollen – in loser Folge – auch die nächsten Nummern bereichern.

Abgerundet wird die vorliegende Ausgabe mit einem Hinweis auf das Aus- und Weiterbildungsangebot der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen. Wir können Ihnen, liebe Leserin, lieber Leser, nur empfehlen, von diesem Angebot Gebrauch zu machen und an einer der Veranstaltungen teilzunehmen.

Für das Redaktionsteam
Peter Hösli

anzulegen (18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.3.1, mit weiteren Hinweisen). Sie dürfen jedoch nur dann zum Ausschluss führen, wenn sie wesentlich sind. Mit dem Erfordernis der Wesentlichkeit wird das aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999, der Garantie gleicher und gerechter Behandlung im Verfahren, abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus zum Ausdruck gebracht (4. September 2006, VB.2006.00228, E. 3.1).

b Formelle Mängel

Als formelle Mängel werden hier die in der Verordnung mit «Verletzung wesentlicher Formerfordernissen» umschriebenen Tatbestände wie Nichteinhaltung der Eingabefrist oder das Fehlen erforderlicher Unterschriften aufgefasst. Formell mangelhaft sind unter Umständen aber auch Angebote, die besondere Formvorschriften für die Einreichung nicht einhalten oder bei denen wichtige Beilagen oder Angaben fehlen.

Verspätete Eingabe

Anträge auf Teilnahme im selektiven Verfahren oder Angebote müssen innerhalb der Eingabefrist schriftlich bei der in der Ausschreibung genannten Stelle eintreffen (§ 24 Abs. 1 und § 25 SVO).

Die verspätete Einreichung eines Antrags auf Teilnahme oder eines Angebots stellt auch dann einen Formfehler dar, wenn die Frist nur geringfügig überschritten wurde. Der Ausschluss wegen verspäteter Eingabe ist demnach nicht überspitzt formalistisch.

Die Abgabe des Teilnahmeantrags oder eines Angebots an einem nicht von der Vergabebehörde angegebenen Ort gilt zwar nicht explizit als wesentlicher Formfehler im Sinn von § 28 lit. h SVO. Weil Eingabefrist und Eintreffen am von der Vergabestelle bezeichneten Ort derart eng verknüpft sind, bleibt für die Anwendung der allgemeinen Weiterleitungs- bzw. Übergabepflicht im Fall der Einreichung des Antrags bzw. der Offerte bei einer falschen Amtsstelle kein Raum.

Da also ein Antrag auf Teilnahme oder ein Angebot nicht nur rechtzeitig, sondern auch am

richtigen, angegebenen Ort eintreffen muss, vermag auch die rechtzeitige Abgabe bei der falschen Amtsstelle die Frist nicht zu wahren und stellt ebenfalls einen wesentlichen Formfehler dar, der zum Ausschluss führt (§ 25 in Verbindung mit § 28 lit. h SVO; vgl. zum Ganzen 24. November 2004, VB.2004.00331, E. 2.1).

Fehlende Unterschrift

Fehlt auf der Selbstdeklaration oder auf dem Formular «Angaben zur Unternehmung» die Unterschrift der Anbieterin selbst bzw. fehlen Unterschriften von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft, lässt der Wortlaut der einschlägigen Bestimmung kaum Spielraum zu, insbesondere dann, wenn auf die Konsequenzen einer fehlenden Unterschrift hingewiesen wurde (5. Mai 2005, VB.2005.00373, E. 5.3). Ein solches Angebot ist auszuschliessen.

Anders ist die Sache zu beurteilen, wenn lediglich der von der Anbieterin beigezogene Subplaner seine Unterschrift nicht angebracht hat. Diesfalls handelt es sich um einen untergeordneten Mangel, der ohne weiteres behoben werden kann (13. Juli 2005, VB.2004.00562, E. 5.1).

Nichteinhaltung von Formvorschriften

Hält ein Angebot die in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen formellen Anforderungen nicht ein, so lässt sich ein Ausschluss nicht ohne weiteres rechtfertigen. Es kommt vielmehr darauf an, welchem Zweck die Formvorschriften dienen. Soll damit lediglich der Offertvergleich erleichtert werden, ist in Betracht zu ziehen, dass der Vergabestelle für die Prüfung und den Vergleich der Angebote im Sinn von § 29 SVO ein gewisser Aufwand zugemutet werden darf (28. Juni 2006, VB.2005.00350, E. 4.1.3). Je geringfügiger die Abweichung von den Formvorschriften ist (im genannten Entscheid war das Angebot nicht im vorgeschriebenen Ordner und ohne Register eingereicht worden), desto eher ist die Ansetzung einer kurzen Frist zur Verbesserung angezeigt (vgl. dazu auch den nachfolgenden Abschnitt «Mängelbehebung»).

Ein direkter Ausschluss wegen Nichteinhaltung der Formvorschriften wird sich jedenfalls dann rechtfertigen lassen, wenn bei sehr umfangreichen und komplexen Vergaben von der vorgegebenen Struktur für die Offerte und den vorgesehenen Vorlagen abgewichen wird oder Formulare abgeändert werden.

Fehlende Unterlagen oder Angaben

Ähnlich verhält es sich, wenn einem Angebot verlangte Unterlagen nicht beigelegt werden oder wenn darin erforderliche Angaben nicht gemacht wurden. Fehlen beispielsweise die in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich verlangten Angaben zu den Bausummen von Referenzobjekten, so ist deren Fehlen nicht als untergeordneter Mangel zu werten, wenn die Bausummen direkt in die Beurteilung eines mit 30 % gewichteten Zuschlagskriteriums einfließen (30. August 2006, VB.2006.00131, E. 5.3.1).

Weist eine Vergabestelle auf einem Erhebungsformular ausdrücklich und gestalterisch hervorgehoben darauf hin, dass ein Fehlen verlangter Angaben den Ausschluss zur Folge hat, so darf von den Anbietenden erhöhte Aufmerksamkeit beim Ausfüllen des Formulars verlangt werden. Fehlen diese Angaben dennoch, stellt die Rechtsfolge des Ausschlusses keinen überspitzten Formalismus dar (5. Mai 2005, VB.2005.00373, E. 5.3).

c Inhaltliche Mängel

Als inhaltlich mangelhaft werden vorliegend solche Offerten angesehen, die nicht alle im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung definierten Anforderungen erfüllen, also bezüglich Leistungsumfang oder Qualität unvollständig sind, oder unter Abänderung der Ausschreibungsunterlagen abweichende Leistungen oder Konditionen enthalten.

Unvollständigkeit

Der Problembereich rund um die Nichterfüllung von Anforderungen eröffnet sich vielfach dann, wenn die Vergabestelle zur Beschreibung ein bestimmtes Produkt ins Leistungsverzeichnis aufnimmt und gleichzeitig – dazu

ist sie verpflichtet (23. November 2001, VB.2000.00275, E. 2d) – ein gleichwertiges Material oder Produkt zulässt. Im Angebot haben dann die Anbietenden die Gleichwertigkeit ihres Materials bzw. Produkts nachzuweisen. Gelingt ihnen das nicht, können ihre Angebote ausgeschlossen werden. Das Verwaltungsgericht hat zum Beispiel den Ausschluss einer Anbieterin als zulässig erachtet, die im einen Fall einen Bodenbelag offerierte, der nicht die geforderten Eigenschaften aufwies (5. Mai 2005, VB.2005.00373, E. 3) oder die im andern Fall für Türen und Tore, die im Tunnelbereich eingesetzt werden sollen, eine abweichende Materialqualität für die Tür- und Toraussteifungen, eine Pulverbeschichtung anstelle einer Nasslackierung und andere Türschliesservorrichtungen anbot (28. März 2007, VB.2006.00309, E. 5).

Ist die Unvollständigkeit eines Angebots auf eine unzulängliche, das heisst unvollständige und/oder unpräzise Ausschreibung zurückzuführen, so hat dies in erster Linie die Vergabestelle zu vertreten (16. November 2005, VB.2005.00135, E. 3.1.1). Wird ein Angebot für den Offertvergleich unverändert übernommen und als massgeblich angesehen, darf ein von diesem abweichendes Angebot nicht von vornherein disqualifiziert werden. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, dass dieses Angebot möglicherweise nach einem anderen Konzept erstellt wurde und einer abweichenden Systematik folgt als das andere Angebot (27. Oktober 2004, VB.2004.00195, E. 3.2 a.E.).

Abänderung

Eine eigenmächtige Abänderung der Ausschreibungsunterlagen bzw. des Angebotstexts ist grundsätzlich eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften. Aber nach der verwaltungsgerichtlichen Interpretation lassen weder Wortlaut noch Sinn von § 28 lit. h SVO darauf schliessen, dass jede Änderung der Ausschreibungsunterlagen zwingend als wesentlicher Formmangel gelten muss. Die Wesentlichkeit des Mangels ist vielmehr auch dann zu prüfen, wenn dieser in einer Änderung der Ausschreibungsunterlagen besteht.

Da mit § 28 lit. h SVO das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Verbot des überspitzten Formalismus konkretisiert wird, würde es diesen Prinzipien widersprechen, wenn bei den in § 28 lit. h SVO genannten Fällen ohne Prüfung des Einzelfalls stets ein Ausschluss ausgesprochen werden müsste. § 28 lit. h SVO enthält zwar eine Liste typischer Beispiele wesentlicher Formfehler, entbindet aber in keinem Fall von der Prüfung der konkreten Umstände.

(Exkurs: Vom Ergebnis her entspricht dies auch der Rechtsprechung zu Ausschlüssen nach § 28 lit. a und j SVO. Hier verlangt das Gericht, dass beim Ausschluss ebenfalls die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu prüfen ist. Dabei ist insbesondere das Risiko von Bedeutung, welches dem auftraggebenden Gemeinwesen aus einer allfällig ungenügenden Auftragserfüllung erwachsen kann [25. Januar 2006, VB.2005.00200, E. 2.6,

und 30. August 2006, VB.2005.00240, E. 3.6]).

So hat das Verwaltungsgericht den Ausschluss eines Angebots, bei dem die Anbieterin den Angebotstext geringfügig abgeändert hat, wegen Unwesentlichkeit des Mangels und wegen unzulässiger Ungleichbehandlung aufgehoben. Die Anbieterin hatte – veranlasst durch missverständliche Formulierungen im Leistungsverzeichnis – bei einer Position die Stückzahl von 3 auf 1 reduziert, weil sie davon ausgegangen war, dass die betreffenden Arbeiten nur einmal statt dreimal auszuführen waren. Die Missverständlichkeit der Formulierung zeigte überdies auch eine Anmerkung im Angebot der Zuschlagsempfängerin an, mit der diese zwar die Anzahl nicht änderte, jedoch zum Ausdruck brachte, dass sie ebenfalls der Ansicht war, dass bei der entsprechenden Position nur eine Einheit nötig war, und somit dem gleichen Irrtum erlegen war (4. September

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2008 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

1. Einführung in die Grundlagen zum öffentlichen Beschaffungswesen und zur elektronischen Plattform SIMAP, Umgang mit dem Handbuch für Vergabestellen
Datum: 23. September 2008 (Vormittag)
2. Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis, Schwerpunkt Bauwesen
Datum: 24. September 2008 (Nachmittag)
3. Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis, Schwerpunkt Lieferungen/Dienstleistungen
Datum: 22. September 2008 (Vormittag)

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.personalentwicklung.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für 1/2 Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 115.– und für Externe Fr. 165.–. Externe können sich mittels Mail an weiterbildung@pa.zh.ch anmelden; Interne benützen das Anmeldeformular.

Anmeldeschluss ist jeweils der 15. August 2008.

2006, VB.2006.00228, E. 3.2–3.4, mit weiteren Hinweisen).

Besondere Vorsicht ist allerdings geboten, wenn Abweichungen bzw. Abänderungen in der Offerte nicht offen deklariert werden; solche Abweichungen können zwar irrtümlich erfolgt sein, doch ist nicht auszuschliessen, dass sie absichtlich vorgenommen wurden und nachträglich ein Versehen behauptet wird, um das Angebot im Nachhinein nötigenfalls verbessern zu können (18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.3.1, mit weiteren Hinweisen).

Varianten

Varianten weichen wesensgemäss vom ausgeschriebenen Amtsvorschlag ab. Unternehmervarianten sind in der Regel Angebote, die für das mit der Beschaffung angestrebte Ziel eine andere technische Lösung vorschlagen als diejenige, die dem Grundangebot zugrunde liegt.

Davon zu unterscheiden sind Angebote mit reduziertem oder erweitertem Leistungsumfang (Minder- bzw. Mehrleistung), die die Bedürfnisse der Beschaffungsstelle immer noch oder aber vollständiger abdecken, sowie solche mit zusätzlichen Leistungselementen, die neben einem ausschreibungskonformen Grundangebot unverlangt offeriert werden, und Preisvarianten.

Varianten sind – sofern die ausschreibende Stelle sie nicht bereits in der Ausschreibung ausgeschlossen hat (§ 13 Abs. 1 lit. d SVO) – zulässig. Auch eine Variante ohne gleichzeitiges Grundangebot ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Fehlt ein Grundangebot führt dies im Prinzip nur dazu, dass bei Ablehnung der Variante kein Angebot des betreffenden Anbieters verbleibt, das in die Auswertung einbezogen werden kann (20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.1).

Wenn ein Anbieter zur Auffassung gelangt, dass die Vergabestelle für den von ihr verfolgten Zweck zu hohe oder zu tiefe Anforderungen stelle, so ist es ihm erlaubt, auf diesen Umstand hinzuweisen und eine entsprechend reduzierte oder erweiterte

Leistung vorzuschlagen. Lässt eine Vergabestelle eine solche Minder- bzw. Mehrleistung zu, hat sie dafür zu sorgen, dass sie Gleiches mit Gleichem vergleicht. So kann sie nicht einfach eine solche Unternehmervariante mit einem ausschreibungskonformen Grundangebot vergleichen. Die Vergleichbarkeit der Angebote lässt sich in einem solchen Fall nur dann herstellen, wenn die Vergabestelle ihr Grundangebot aufgibt und die Unternehmervariante, die eine gegenüber den ursprünglichen Anforderungen reduzierte oder erweiterte Leistung vorschlägt, als massgeblich erklärt. Dann muss sie aber aus Gründen der Gleichbehandlung sowie der Transparenz auch den übrigen Anbietenden Gelegenheit geben, ihre Offerten an die neue Umschreibung des Leistungsinhalts anzupassen (1. November 2006, VB.2005.00514, E. 4.2.3; 18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.3.2; 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.2.2, mit weiteren Hinweisen).

Der umgekehrte Fall, dass die Variante nachträglich dem Grundangebot «angepasst» würde, ist dagegen von vornherein ausgeschlossen, da dies einer nach § 24 Abs. 4 SVO unzulässigen nachträglichen Angebotsänderung gleichkäme. Will die Vergabebehörde also nicht von ihren Ausschreibungsvorgaben abweichen, scheidet die Variante wegen fehlender Vergleichbarkeit aus. Beschränkt sich also ein Unternehmer auf das Angebot einer Minder- oder Mehrleistung, so hat er ein unvollständiges Angebot eingereicht, welches nach geltender Vergabepaxis zum Ausschluss des betreffenden Anbieters führt, sofern diese Variante abgelehnt wird (28. März 2007, VB.2006.00309, E. 6 und 7, mit weiteren Hinweisen).

Unverlangt offerierte Zusatzleistungen wie verlängerte Garantietermine oder Wartungsleistungen sind dagegen selbständige Teile des Angebots und können vom Grundangebot abgetrennt werden, ohne dieses zu beeinträchtigen. Sie haben denn auch keinen Einfluss auf die Zulässigkeit und Bewertung des Grundangebots (18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.3.2).

Ob ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichender Vergütungsmodus als Variante angeboten werden kann, insbesondere ein Pauschal- oder Globalpreis zusätzlich zu einem Grundangebot nach Einheitspreisen, ist umstritten (3. Dezember 2003, VB.2003.00256, E. 3.3, mit weiteren Hinweisen) und wird an dieser Stelle nicht behandelt. Als gesichertes Ergebnis gilt, dass die Vergabestelle andere Vergütungsarten zulassen kann (14. Juni 2006, VB.2005.00526, E. 5; 9. Juli 2003, VB.2003.00024.).

Die Probleme, die sich im Zusammenhang mit Varianten ergeben können, legen es nahe, in den Ausschreibungsunterlagen klare Angaben zur Zulässigkeit von (Preis-)Varianten zu machen. Andernfalls sind Anbieter gut beraten, neben ihrer Variante immer auch das Grundangebot einzureichen, um keinen Ausschluss zu riskieren.

d Mängelbehebung und ihre Schwierigkeiten

Weist ein Angebot unwesentliche Mängel oder auch Unklarheiten auf, die nicht einen Ausschluss zur Folge haben müssen, ist eine nachträgliche Korrektur im engen Rahmen von Berichtigungen und Erläuterungen nach den §§ 29 und 30 SVO zulässig. Dabei lässt § 29 Abs. 2 SVO ausdrücklich nur die Berichtigung offensichtlicher Rechnungs- und Schreibfehler zu. Ferner können Unklarheiten mittels schriftlichen oder mündlichen Erläuterungen behoben werden (§ 30 SVO). Diese dürfen lediglich dazu dienen, die Angebote rechnerisch und fachlich auf eine vergleichbare Basis zu bringen; sie müssen sich, wie beispielsweise mit der Klärung oder Ergänzung technischer Einzelheiten, auf die Interpretation der vorliegenden Angebote beschränken und dürfen nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Auftrags oder des eingereichten Angebots nachträglich zu ändern (§ 31 SVO; zuletzt 4. September 2006, VB.2006.00228, E. 3.5, mit weiteren Hinweisen).

Der Einholung fehlender Angaben zur Behebung der Mängel sind wegen der für das Vergabeverfahren wichtigen Grundsätze der Gewährleistung der Gleich-

behandlung aller Anbietenden, der unparteiischen Vergabe sowie der Sicherstellung der Transparenz des Vergabeverfahrens Grenzen gesetzt, selbst wenn dies dazu führt, dass das günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann. Der Vergabebehörde steht überdies beim Entscheid darüber, inwieweit sie Mängel beheben (lassen) will, ein gewisser Ermessensspielraum zu; dies selbstverständlich unter dem Vorbehalt der Gleichbehandlung und des Verhältnismässigkeitsprinzips (30. August 2006, VB.2006.00131, E. 5.3.3, mit weiteren Hinweisen).

Unter Umständen ist die Vergabestelle auch dazu verpflichtet, auf geringfügige Formfehler hinzuweisen und zu deren Beseitigung beizutragen, da – wie eingangs ausgeführt – ein Ausschluss vom Verfahren nur bei wesentlichen Mängeln des Angebots gerechtfertigt ist (18. Mai 2005, VB.2005.00153, E. 2.4). Dabei kann als Grundsatz gelten, dass je unbedeutender ein fehlendes Element im Vergleich zum gesamten Auftrag ist, desto eher ein damit begründeter Verfahrensausschluss als unverhältnismässig erscheint und desto eher eine Ergänzung im Rahmen zulässiger Erläuterungen liegt (13. Juli 2005, VB.2004.00562, E. 5.2.2: Die Anpassung machte in diesem Fall lediglich 1,5 % des ursprünglichen Angebotspreises aus.). Je nach Gewicht der fehlenden Unterlagen bzw. der fehlenden Angaben hat die Vergabestelle also die entsprechenden Anbietenden zur Nachreichung bzw. Ergänzung aufzufordern. Kommt allerdings eine Anbieterin der Aufforderung zur Behebung eines Mangels nicht nach, so ist ein Ausschluss gerechtfertigt, auch wenn der Mangel ursprünglich nicht zum direkten Ausschluss berechtigt hätte (5. Mai 2005, VB.2005.00373, E. 5.4: Die Anbieterin reichte das anfänglich fehlende Muster auf Aufforderung hin nicht in der Grösse A4, sondern mit Abmessungen von 4 cm x 14 cm ein.).

Aufgrund des Umstands, dass die Vergabestelle eine Anbieterin zur Nachreichung eines wichtigen Formulars aufforderte, kann diese sodann nicht darauf vertrauen, dass die Offerte im Übri-

gen vollständig sei und zusammen mit den anderen Angeboten bewertet würde. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass im Zuge der Angebotsprüfung weitere Mängel zutage treten (30. August 2006, VB.2006.00131, E. 5.3.2).

Enthält ein Angebot lediglich die Gesamtpreise von Leistungspaketen, die auch nicht geforderte Zusatzelemente enthalten, können die für den geforderten Leistungsumfang fehlenden Preisangaben im Rahmen der Offertbereinigung nicht mehr nachgebracht werden. Werden solche fehlenden Preisangaben aufgrund einer Besprechung mit den Anbietenden und den bei dieser Gelegenheit gemachten «präzisierenden Angaben» korrigiert, geht dies über die Berichtigung offensichtlicher Schreib- und Rechnungsfehler hinaus und sprengen den Rahmen zulässiger Erläuterungen deutlich (18. August 2004, VB.2004.00133, E. 2.4).

Werden die Ausschreibungsunterlagen aufgrund einer fehlerhaften Interpretation in geringfügiger Weise abgeändert, ist eine Korrektur im Sinn der §§ 29 und 30 SVO ohne weiteres möglich, wenn der begangene Formfehler nur einen unerheblichen Betrag der Offerte berührte (4. September 2006, VB.2006.00228, E. 3.5, unter Hinweis auf den Entscheid vom 22. März 2006, VB.2005.00543, E. 2.3, wo der versehentliche Einbezug einer betragsmässig geringfügigen Option in den Gesamtbetrag einer Offerte korrigiert werden durfte).

3 Verfahrensfragen

Der Ausschluss vom Verfahren muss einem Anbieter nicht mit einer eigenständigen Verfügung eröffnet werden. Dies gilt nicht nur beim Ausschluss infolge Nichterfüllens der Eignungskriterien, sondern auch beim Ausschluss infolge Mängeln bzw. Unvollständigkeit der eingereichten Offerte. Es steht der Vergabestelle frei, im Rahmen des Zuschlags über den Ausschluss zu befinden. In solchen Fällen impliziert die Zuschlagsverfügung den Ausschluss. Dem nicht

berücksichtigten Anbieter entsteht dadurch kein Rechtsnachteil, da er mit der Anfechtung der Zuschlagsverfügung auch geltend machen kann, er sei zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden (28. März 2007, VB.2006.00309, E. 7, mit weiteren Hinweisen).

Wie eingangs erwähnt, ist eine solche Anfechtung durch Ausgeschlossene in vielen Fällen zu erwarten. Um dieses wahrscheinliche Risiko insbesondere bei komplexen Vergaben mit aufwändigen Bewertungen der Zuschlagskriterien zeitlich vorwegzunehmen, kann es angezeigt sein, den Ausschluss mit einer eigenständigen Ausschlussverfügung und nicht erst mit dem Zuschlagsentscheid zu eröffnen. Das dient nicht zuletzt der Transparenz des Verfahrens. Selbst wenn der Beschwerde gegen den Ausschluss die aufschiebende Wirkung zuerkannt werden sollte, können die Angebote der Ausgeschlossenen provisorisch in die Auswertung einbezogen und die Zeit des Rechtsmittelverfahrens mit der Prüfung der Zuschlagskriterien überbrückt werden, ohne dass dadurch der Vergabeentscheid präjudiziert würde (in analoger Weise zur provisorischen Zulassung, wie sie das Verwaltungsgericht bei zweistufigen Verfahren auf Antrag zulässt, vgl. dazu implizit den Entscheid vom 22. März 2006, VB.2005.00087, Ziff. II).

4 Fazit

Zum Ausschluss mangelhafter Offerten liegt eine reichhaltige und differenzierte Rechtsprechung vor, die es im Umgang mit solchen Offerten zu beachten gilt. Die Ausschlussgründe sind mit der zulässigen Strenge, also nur bei wesentlichen Mängeln, und in Nachachtung des Gebots der Gleichbehandlung der Anbietenden konsequent anzuwenden. Bei aufwändigen Vergabeverfahren kann es angezeigt sein, ein mangelhaftes Angebot sofort auszuschliessen, um das Risiko eines Beschwerdeverfahrens zeitlich vorzuverlegen.

Alle angegebenen Entscheide sind im Internet unter www.vgrzh.ch abrufbar. ■

Fragen zur Submissionspraxis

2. Teil (Fortsetzung, 1. Teil in Kriterium Nr. 19)

Die nachfolgenden Antworten stellen die Meinung des Redaktionsteams dar. Den Vergabebehörden steht es frei, im Einzelfall begründet anders zu entscheiden. Massgebend bei submissionsrechtlichen Fragen im Kanton Zürich ist neben den Rechtsgrundlagen die Gerichtspraxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich.

2.2 Wahl des Verfahrens

2.2.1. Was ist die Bagatellklausel?

Die Bagatellklausel kommt nur im Staatsvertragsbereich und einzig bei Bauwerken zur Anwendung. Bei einem Bauwerk, das über dem massgeblichen Schwellenwert liegt, müssen grundsätzlich alle Teilleistungen im offenen oder selektiven Verfahren ausgeschrieben werden. Die Bagatellklausel lässt Ausnahmen von diesem Grundsatz zu, in dem sie bestimmt, dass «Kleinaufträge» bis zu 20 % der Kosten des gesamten Bauwerks auch im Einladungs- und freihändigen Verfahren (nach den Regeln im Nicht-Staatsvertragsbereich) vergeben werden können. Im Einzelfall dürfen solche Aufträge den Wert von je Fr. 2'000'000 nicht überschreiten.

2.2.2. Was ist bei der Anwendung der Bagatellklausel zu beachten?

Es empfiehlt sich, eine Aufstellung der für ein Vorhaben insgesamt erforderlichen Vergaben zu erarbeiten, damit hernach die kleinen Aufträge (aus Aufwandgründen) möglichst innerhalb der Bagatellklausel, d. h. nach den

Regeln des Nicht-Staatsvertragsbereichs, vergeben werden können.

Andere als die Baukosten der Hoch- und Tiefbauarbeiten (z. B. Planungskosten) werden bei der Berechnung nicht berücksichtigt.

Freihändige Vergaben gestützt auf § 10 SVO sind sowohl im Staatsvertragsbereich, als auch im Rahmen der Bagatellklausel möglich.

2.2.3. Müssen Leistungen in Anwendung der Bagatellklausel nicht ausgeschrieben werden?

Doch: Für Aufträge, die in den Anwendungsbereich der Bagatellklausel fallen, müssen die aufgrund der Schwellenwerte vorgesehenen Verfahren durchgeführt werden.

2.3. Wie gehe ich vor, wenn noch nicht absehbar ist, ob ein Projekt überhaupt zur Realisierung kommt und in welchem Umfang?

Der Schutz des Vertrauens der Anbietenden angesichts ihrer Aufwendungen verlangt, dass ein Submissionsverfahren nicht leichtfertig begonnen wird. Sind gewisse Grundlagen (Kreditbewilligung, weitere Etappen etc.) noch nicht gegeben, ist ein entsprechender Vorbehalt vorzunehmen. Allenfalls kann auch mit Optionen oder mit Anwendung des § 10 Abs. 1 lit. g SVO gearbeitet werden (Folgauftrag). Nur bedingt zu empfehlen ist eine mehrfache Ausschreibung, da sich hier verschiedene Probleme ergeben können (z.B. Vorwurf der «Salamitaktik» zur Umgehung von Verfahrensregeln [§ 2 Abs. 2 SVO]). Zudem besteht der Problematik der Vorbefassung der bisher Beteiligten.

Speziell gestaltet sich das Vorgehen bei «Pilot-Projekten»: Gemäss § 10 Abs. 1 lit. h SVO darf die Vergabestelle, wenn sie Erstanfertigungen von Gütern (Prototypen) oder neuartige Dienstleistungen beschafft, die auf ihr Ersuchen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrags hergestellt oder entwickelt werden, das freihändige Verfahren anwenden. Führt das

Pilotprojekt zur Beschaffung einer definitiven Lösung, muss diese entsprechend den Schwellenwerten durchgeführt werden. Es empfiehlt sich, ein solches Pilotprojekt unabhängig vom aktuellen Vergabebetrag bereits offen bzw. selektiv auszuschreiben, um eine Folgeauftragsoption auf Ausbau des Projekts oder den Vorbehalt einer freihändigen Vergabe nach § 10 Abs. 1 lit. g SVO (allenfalls auch des Abbruchs des Projekts) anbringen zu können. Enthält ein Studienauftrag eine Folgeauftragsoption, so erfolgt die Vergabe nach der Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts im selektiven Verfahren: Die Auswahl der Teilnehmenden entspricht dem Präqualifikationsentscheid, bei den Projektentwürfen handelt es sich um Angebotsofferten, und mit dem Entscheid über den Folgeauftrag (Weiterbearbeitung des Projekts) wird der Zuschlag erteilt (vgl. VB.1999.00385).

2.4. Muss bei einem mehrjährigem (Dienstleistungs-) Vertrag ein Vertragsende definiert werden bzw. wann muss wieder neu ausgeschrieben werden?

Ja, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Dauer eines Auftrags im Voraus zu beschränken, da es nicht im Belieben der Vergabebehörde stehen kann, das Vertragsverhältnis mit einem Auftragnehmer auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit alle Anbietenden vom Markt auszuschliessen (VGr, 2. November 2000, ZBl 102/2001, S. 101, E. 3c; vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyn Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2007, N. 707 ff.). Die Vergabebehörde ist daher gehalten, für den Vertrag mit dem künftigen Auftragnehmer möglichst auch eine Höchstdauer festzulegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Schutz der Investitionen, die ein Anbieter für den vorliegenden Auftrag tätigt, vor allem durch die Mindestdauer des Vertrags gewährleistet wird. Eine weit darüber hinaus reichende Verlängerungsmöglichkeit ist im Hinblick darauf nicht erforderlich.

Aufgrund dieser Praxis empfiehlt es sich, laufende Daueraufträge zu überprüfen und gegebenenfalls zu kündigen und neu auszuschreiben. ■

Impressum

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

Layout: Andreas Walker, BDKom

Kontaktadresse:

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

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

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 24/Januar 2009

Vergabe langfristiger Aufträge

Lic. iur. Matthias Hauser, Rechtsanwalt, Lindtlaw Anwaltskanzlei, Zürich



Einleitung

Das Submissionsrecht will unter anderem Wettbewerb herstellen (Art. 1 Abs. 3 lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [IVöB]). Werden Leistungen, welche eine Vergabebehörde dauernd oder während langer Zeit benötigt, durch langfristige Aufträge beschafft, so werden die nicht berücksichtigten Anbietenden während dieser Zeit von der Möglichkeit ausgeschlossen, sich um die Ausführung dieser Leistungen zu bewerben. Der Wettbewerb wird also für diese Dauer für die betreffende Leistung ausgeschlossen.

Der Rechtsprechung folgend schreibt § 2 Abs. 3 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SVO) vor, dass die Laufzeit eines Dauerauftrags nicht so gewählt werden darf, dass andere Anbietende unangemessen lange

vom Markt ausgeschlossen werden. Was bedeutet dies in der Praxis? Wie lange ist die maximale Höchstdauer eines Auftrags?

Welche Aufträge sind betroffen?

Daueraufträge haben oft Dienstleistungen zum Gegenstand. Diese können ganz unterschiedlicher Art sein, wie z.B. Infrastrukturleistungen (Kehrichtabfuhr, Telefon/Fernmeldedienste, Brief- und Paketversand, Strassenreinigung), Finanzdienstleistungen (Zahlungsverkehr, Kreditgewährung, Versicherungen), Informatik, Datenbanknutzung, Publikationen, Gemeindeingenieurleistungen, Vermessungsarbeiten, Hauswartungen, Reinigungen, Gartenpflege, Bestattungen. Die Leistung kann auch im Betrieb bestimmter Einrichtungen für die Bevölkerung bzw. in der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen bestehen. Hier stellt sich zunächst die Frage, ob es sich dabei um Beschaffungen handelt, die dem Submissionsrecht unterstehen.

Auch Lieferungen können Gegenstand von Daueraufträgen sein. Beispiele sind etwa die Lieferung von Elektrizität oder Gas sowie Sukzessivlieferungen von Büromaterial, EDV-Geräten, Dienstfahrzeugen, Uniformen usw.

Schliesslich können Daueraufträge als Dienstleistungen im Zusammenhang mit grösseren Lieferungen vorkommen, etwa

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Wohl keine Vergabestelle hatte sich nicht schon mit der Frage zu befassen, wie bei der Vergabe langfristiger Aufträge das Submissionsrecht korrekt anzuwenden ist. Es stellen sich sowohl bei der Vorbereitung von Ausschreibungen als auch beim Abschluss von Verträgen über langfristige Dienstleistungsaufträge zahlreiche teils komplexe Fragen, welche die Vergabestellen zu beantworten haben.

Nicht zuletzt auf Anregung der Gemeindevertreter im Redaktionsteam des KRITERIUM hat sich Rechtsanwalt lic. iur. Matthias Hauser dieses Themas angenommen. Sein Beitrag beleuchtet in praxisnaher Weise die verschiedenen Aspekte, die bei der Vergabe langfristiger Aufträge eine Rolle spielen. Er liefert damit den Vergabestellen wertvolle Anhaltspunkte, die in diesem Zusammenhang zu beachten sind. Hervorzuheben ist insbesondere die vom Autoren betonte Pflicht der Vergabestellen, bei Verträgen auf unbestimmte Dauer von sich aus aktiv zu werden und nicht warten zu dürfen, bis interessierte Anbietende eine Ausschreibung verlangen.

Ergänzt wird die vorliegende Ausgabe durch Informationen von Peter Frei, Geschäftsführer des Vereins *simap.ch*, über die geplante Weiterentwicklung von *simap1* zu *simap1+* und Hinweise zum Schulungsangebot der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich (KöB) im 2009.

Zum Schluss möchten wir Sie wieder einmal ermuntern, Themenvorschläge und Anliegen zum Inhalt des KRITERIUM über unsere Kontaktadresse *gs-stab@bd.zh.ch* zu melden. Nur so können Informationen zur Submissionspraxis weiterhin praxisnah vermittelt werden. Besten Dank!

Für das Redaktionsteam:
Urs Keller, Gemeinde Urdorf

wenn eine komplexe technische Anlage beschafft und damit verbunden ein Wartungs- und Serviceauftrag erteilt wird.

Das Bedürfnis der Vergabestelle und der Anbietenden nach einer längeren Auftragsdauer ergibt sich auf Grund der konkret zu erbringenden Leistungen und den weiteren Umständen seitens der Vergabestelle. Eine Rolle spielen unter anderem Investitionen oder anderweitiger Initialaufwand, welche die Anbieterin oder der Anbieter zur Ausführung des Auftrags tätigen muss, sowie der Anpassungs- und Koordinationsbedarf seitens des Auftraggebers. Sich rasch wandelnde Bedürfnisse der Vergabestelle können hingegen für eine kürzere Auftragsdauer sprechen.

Pflicht zur Beschränkung der Vertragsdauer

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat entschieden, dass die Laufzeit von Dauerverträgen im Voraus zu beschränken sei, «da es nicht im Belieben der Vergabebehörde stehen kann, das Vertragsverhältnis mit einem Auftragnehmer auf unbestimmte

Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen» (Urteile VB.2005.00200 vom 25.1.2006 E. 6, VB.2005.00504 vom 8.3.2006 E. 7, VB.2000.00136 vom 2.11.2000 E. 3c, alle zitierten Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich sind publiziert auf www.vgrzh.ch).

Nach dieser Rechtsprechung sind Daueraufträge im Geltungsbereich des Submissionsrechts grundsätzlich mit einer fest bestimmten Dauer auszuschreiben und abzuschliessen. Daueraufträge mit unbestimmter Laufzeit und solche, die sich stillschweigend verlängern, sind nur in Verbindung mit einer im Vertrag selber festgelegten Maximaldauer zulässig.

Nicht speziell festgelegt werden muss meines Erachtens die Vertragsdauer, wenn der Umfang des Auftrags durch andere Umstände begrenzt wird und somit nicht mit einer submissionsrechtlich problematischen Dauer zu rechnen ist. Zu denken ist etwa an die mehrjährige Begleitung eines grossen Tiefbauprojekts durch ein Ingenieurunternehmen. Ein Verzicht auf die Festlegung einer Maximaldauer

kann allerdings zu heiklen Abgrenzungsfragen führen. Deshalb ist im Zweifel die Festlegung einer vertraglichen Höchstdauer zu empfehlen.

Zulässige Dauer

Weder die IVöB noch die Submissionsverordnung regeln die zulässige Höchstdauer von langfristigen Aufträgen. Die Festlegung einer generellen Grenze wäre auch heikel, denn diese kann nicht für alle Arten von Verträgen gleich sein. Zu unterschiedlich ist das Gewicht des Interesses der Anbieterin oder des Anbieters und der Vergabestelle an einer langen Vertragsdauer.

Eine entsprechende Regelung kennt zwar der Kanton Luzern, der in § 3 Abs. 4 der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7. Dezember 1998 (Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern, SRL 734) bestimmt, dass Daueraufträge in der Regel höchstens für 10 Jahre vergeben werden dürfen. Doch ist die Rechtsprechung im Kanton Luzern differenzierter: Nicht in jedem Fall kann die 10-jährige Frist ausgeschöpft werden. Für die zentrale Beschaffung von Lebensmitteln für Schul-Mensen ging das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern in einem neueren Entscheid von einer maximalen Vertragsdauer von 3 Jahren aus (Urteil V 07 297 vom 11.1.2008 E. 9c, www.gerichte.lu.ch).

Bei der Bestimmung der maximal zulässigen Vertragsdauer sind zwei Ziele des Submissionsrechts zu berücksichtigen: Die Förderung des Wettbewerbs, welche eine möglichst rasch wiederkehrende Chance der Anbietenden auf Marktzugang verlangt, und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel (Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB), welche oftmals für längere Auftragsverhältnisse spricht.

Die Bestimmung der submissionsrechtlich maximal zulässigen Vertragsdauer muss in Abhängigkeit vom jeweiligen Leistungsgegenstand nach den konkreten Umständen festgelegt werden. Zu berücksichtigen sind namentlich die von der Anbieterin oder vom Anbieter zu tätigen Investitionen (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich [VGr. ZH] VB.2005.00200 vom

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2009 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

1. Einführung in die Grundlagen zum öffentlichen Beschaffungswesen und zur elektronischen Plattform SIMAP, Umgang mit dem Handbuch für Vergabestellen
Datum: 22. September 2009 (Vormittag)
2. Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis, Schwerpunkt Bauwesen
Datum: 9. Juni 2009 (Nachmittag)
3. Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis, Schwerpunkt Lieferungen/Dienstleistungen
Datum: 16. Juni 2009 (Vormittag)

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.personalentwicklung.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.- und für Externe Fr. 175.-. Externe können sich mittels Mail an [weiterbildung\(at\)pa.zh.ch](mailto:weiterbildung(at)pa.zh.ch) anmelden; Interne benützen das Anmeldeformular.

25.1.2006 E. 6) und der Aufwand sowie allenfalls weitere Nachteile der Vergabestelle im Zusammenhang mit einem Wechsel der Anbieterin oder des Anbieters.

Unter dem Aspekt der von der Anbieterin oder vom Anbieter zur Ausführung des Auftrags zu tätigen Investitionen darf ein Auftrag für die Kehrrichtentsorgung nicht viel länger als 7 Jahre dauern (VGr. ZH VB.2005.00200 vom 25.1.2006 E. 6).

Für Stadttingenieurarbeiten hat das Verwaltungsgericht eine Vertragsdauer von 7 Jahren als noch sachgerecht beurteilt und die Vertragsbeendigung auf den entsprechenden (den gemäss Ausschreibung frühest möglichen) Kündigungstermin verlangt (VGr. ZH VB.2000.00136 vom 2.11.2000 E. 3c).

Die Gerichtspraxis beschränkt sich somit auf einige wenige Fälle, welche die Vielfalt möglicher Konstellationen bei der Vergabe konkreter Aufträge nicht widerspiegeln. Auf Grund des Urteils betreffend Stadttingenieurarbeiten ist davon auszugehen, dass bei Dienstleistungsaufträgen, die zwar einen nicht unerheblichen Initialaufwand zur Einarbeitung in die Tätigkeit, aber keine besonders hohen Investitionen der oder des Anbietenden bedingen, die maximale Vertragsdauer im Bereich von 7 Jahren liegt. Aufträge, die mit erheblichen Investitionen der Anbieterin oder des Anbieters verbunden sind, wie etwa der Anschaffung von Kehrrichtfahrzeugen und weiterer Geräten für die Kehrrichtabfuhr, ist eine etwas längere Vertragsdauer zulässig. Eine Vertragsdauer von 10 oder mehr Jahren kann meines Erachtens nur bei sehr grossen, von der Anbieterin oder vom Anbieter zu tragenden Investitionen in Frage kommen. In diesen Fällen ist aber zu prüfen, ob eine wirtschaftlich vernünftige Regelung durch eine entsprechende Vertragsgestaltung etwa bezüglich der Auflösungsmodalitäten auch mit einer kürzeren Vertragsdauer erreicht werden kann.

Vorgehen

Wie ist vorzugehen, wenn die Höchstdauer des Vertrags abläuft und weitere Leistungen notwendig sind? Grundsätzlich ist dies

rechtzeitig in die Planung einzubeziehen und es ist eine neue Vergabe vorzunehmen. Das zu wählende Verfahren richtet sich nach dem Auftragswert – und damit unter anderem auch nach der Dauer des neuen Auftrags (vgl. § 4 Abs. 3 SVO).

Die Pflicht zur Neuvergabe gilt auch dann, wenn der bisherige Vertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen wurde oder sich stillschweigend verlängert, ohne dass eine vertragliche Höchstdauer besteht. In diesen Fällen ist die Vergabestelle verpflichtet, den Vertrag so zu kündigen, dass die submissionsrechtlich zulässige Höchstdauer nicht überschritten wird (VGr. ZH VB.2000.00136 vom 2.11.2000). Daraus folgt, dass die Vergabestelle bei Verträgen auf unbestimmte Dauer von sich aus aktiv werden muss – es genügt nicht, dass sie abwartet, bis interessierte Anbietende die Ausschreibung verlangen.

Bei laufenden Verträgen ohne feste Vertragsdauer ist als erstes festzustellen, wie lange die vergaberechtlich zulässige Höchstdauer ist. Sodann ist der Vertrag auf diesen Zeitpunkt hin aufzulösen und es ist rechtzeitig eine Ausschreibung für einen neuen Auftrag vorzunehmen.

Verlängerung durch freihändige Vergabe?

Nun kann es sein, dass am Ende eines langjährigen Vertrags noch kleinere Zusatzleistungen zwecks Abschluss der Arbeiten oder zur Überbrückung zu einer neu konzipierten Lösung erforderlich sind.

Solange der Wert des Zusatzauftrags (Verlängerung) den Schwellenwert für die freihändige Vergabe nicht überschreitet, kann auf ein Einladungsverfahren bzw. eine offene Ausschreibung verzichtet werden. Eine Aneinanderreihung solcher freihändiger Vergaben ist jedoch nicht zulässig; nach § 2 Abs. 2 SVO ist die Unterteilung zur Umgehung der Anwendung submissionsrechtlicher Bestimmungen untersagt. Überschreitet ein Folgeauftrag den massgebenden Schwellenwert, so stellt sich die Frage, ob eine freihändige Vergabe gestützt auf die Ausnahmeregelung gemäss § 10 SVO vorgenommen werden kann.

Falls die Notwendigkeit der Auftragsverlängerung ihren Grund in unvorhersehbaren Ereignissen hat, welche die Vergabe in zeitlicher Hinsicht so dringlich machen, dass weder ein offenes oder selektives Verfahren, noch ein Einladungsverfahren durchgeführt werden kann, ist eine freihändige Vergabe zulässig (§ 10 Abs. 1 lit. d SVO). Die Rechtsprechung dazu ist aber restriktiv.

Zu prüfen ist auch, ob der neue Auftrag als Ergänzung oder Erweiterung der bisherigen Leistungen betrachtet werden kann. Eine freihändige Vergabe ist in diesem Fall gemäss § 10 Abs. 1 lit. f SVO zulässig, wenn einzig durch die Vergabe an den ursprünglichen Anbietenden die Kompatibilität mit schon vorhandenem Material oder den bisher erbrachten Dienstleistungen gewährleistet ist. Diese Voraussetzung darf nicht in einem strengen, verabsolutierenden Sinn verstanden werden, denn die Herstellung der Kompatibilität ist oft vor allem eine Frage des Aufwands (VGr. ZH VB.2001.00116 vom 9.11.2001 E. 4c). Auch ein im Verhältnis zum neuen Auftragswert hoher zusätzlicher Anpassungs- oder Koordinationsaufwand kann somit eine freihändige Vergabe rechtfertigen. War allerdings die Erforderlichkeit einer späteren Verlängerung bereits im Zeitpunkt der Vergabe des bisherigen Auftrags voraussehbar, ist ausserdem vorausgesetzt, dass die bisherigen Leistungen nach dem Verfahren vergeben wurden, das dem Gesamtwert des bisherigen und des neuen Auftrags entspricht. Ist dies nicht der Fall, rechtfertigt sich eine freihändige Vergabe nur noch, wenn die Vergabe an die bisherige Anbieterin oder den bisherigen Anbieter aus objektiven Gründen absolut zwingend ist (VGr. ZH VB.2001.00116 vom 9.11.2001 E. 4d).

Die so umschriebenen Voraussetzungen gelten, wenn die bisherige Vertragsdauer die submissionsrechtliche Maximaldauer noch nicht erreicht hat. Geht es hingegen um die Verlängerung eines Dauerauftrags, der die submissionsrechtliche Höchstdauer bereits erreicht, so sind an die Voraussetzungen für die Anwendung dieses Ausnahmetatbe-

stands erhöhte Anforderungen zu stellen. Dies folgt daraus, dass in diesem Fall ein Konflikt mit dem bereits erwähnten submissionsrechtlichen Ziel der Herstellung von Wettbewerb besteht. Eine Verlängerung des bisherigen Vertrags über die submissionsrechtliche Höchstdauer hinaus ist somit nur zulässig, wenn sonst ein starkes Missverhältnis zwischen dem mit einem Anbieterwechsel verbundenen Zusatzaufwand und dem Wert des zusätzlichen Auftrags besteht.

Optionen

Soll die Vertragsdauer im Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht definitiv festgelegt werden, so kann weiterhin eine ausdrückliche oder stillschweigende Verlängerungsmöglichkeit vorgesehen werden. Die Gesamtdauer ist aber zu begrenzen und darf die zulässige Maximaldauer nicht überschreiten. Die Verlängerungsmöglichkeiten – seien diese stillschweigend oder ausdrücklich – sind submissionsrechtlich als Optionen (vgl. § 10 Abs. 1 lit. g SVO) zu behandeln.

Gemäss § 13 Abs. 1 lit. c SVO müssen solche Verlängerungsmöglichkeiten und die Maximaldauer des Auftrags in die Ausschreibung (offenes und selektives Verfahren) bzw. in das Einladungsschreiben (Einladungsverfahren) aufgenommen werden.

Für die Bestimmung der Verfahrensarten ist gemäss § 4 Abs. 3 SVO auf den Gesamtwert des Auftrags unter Einschluss aller Optionen bzw. Verlängerungsmöglichkeiten abzustellen.

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffjelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Hinweise zur Anpassung von langfristigen Verträgen an veränderte Verhältnisse

Bei der Ausgestaltung langfristiger Verträge ist die Anpassung an voraussehbare künftige Veränderungen der Verhältnisse zu regeln. Fehlt es an solche Vertragsbestimmungen, so gilt der Grundsatz, dass Verträge so zu halten sind, wie sie geschlossen wurden («pacta sunt servanda»). Dies betrifft sowohl die öffentlich-rechtlichen als auch die privatrechtlichen Verträge.

Nur wenn sich die Umstände seit dem Vertragsabschluss unvorhersehbar und unvermeidbar so stark geändert haben, dass ein schwer wiegendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegen-

leistung entsteht, kann bei privatrechtlichen Verträgen auch ohne vertragliche Anpassungsbestimmungen eine Modifikation gestützt auf die sogenannte «clausula rebus sic stantibus» verlangt werden. Diese Voraussetzungen werden in der Gerichtspraxis nur selten als gegeben erachtet (BGE 122 III 97 E. 3a). Bei verwaltungsrechtlichen Verträgen wird die clausula rebus sic stantibus im Allgemeinen zwar weniger restriktiv angewendet als beim privatrechtlichen. Die Hürden bleiben aber hoch. Zu den verwaltungsrechtlichen Verträgen zählen nach einem Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich beispielsweise Verträge über die Abfallsorgung (VK.2006.00007 vom 10.7.2008 E. 1).

Erneuerung simap.ch

Peter Frei, kdmz

Geschäftsführer Verein simap.ch

Das Projekt simap2 wurde per 3. September 2007 beendet, wegen Instabilitäten des Systems und allgemein ungenügender Qualität (vgl. Kriterium Nr. 22/November 2007, S. 6). Der Vorstand des Vereins simap.ch hat anschliessend eine neue Strategie für die Zukunft der Plattform simap.ch erarbeitet und der Generalversammlung 2008 einen entsprechenden Vorschlag unterbreitet. Der Verein hat an der Generalversammlung im Mai 2008 entschieden, dass die moderne Plattform simap 1+ die aktuelle Version simap.ch ablösen soll. simap1+ beruht auf der bewährten Plattform des Schweizerischen Handelsamtsblattes, www.shab.ch. Zukünftig soll somit nur noch eine Plattform für das öffentliche Beschaffungswesen im Einsatz sein. Ab 2009 soll sodann der Ausbau zu simap3 erfolgen.

Das SECO hat unterdessen seine Plattform shab.ch soweit ausgebaut, dass diese bezüglich der öffentlichen Beschaffungen auch den Bedürfnissen der Kantone und Gemeinden entspricht. Die kantonalen Verantwortlichen haben diese Plattform geprüft. Sie beurteilen simap1+ als moderne benutzerfreundliche Plattform, die gegenüber der heutigen Ver-

sion von simap wesentliche Verbesserungen enthält. Die neue Plattform simap1+ soll ab Februar 2009 bereitstehen. Die Einführung in den Kantonen und Gemeinden ist für die Monate März bis Mai 2009 geplant. Weitere Informationen zu simap1+ finden Sie ab Februar 2009 auf www.beschaffungswesen.zh.ch.

Was bietet simap1+ ?

- Weitgehend die Funktionen von simap1:
 - Bereitstellung sämtlicher Ausschreibungsformulare (Ausschreibungen, Zusammenfassungen, Wettbewerbe, Teilnehmersauswahl, Zuschläge, Abbruch, Berichtigung)
 - Abfragen / Recherche der Publikationen
 - Up- und Download von Ausschreibungsunterlagen
 - Fragen / Antwort-Forum
 - Exportschnittstellen zu SHAB, TED und kantonalen Amtsblättern
- Moderne Benutzeroberfläche
- Moderne Technik
- Zusätzliche Funktionen:
 - Online-Abos für Anbieter im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens
 - 1 Plattform für Bund und Kantone
 - Gute Basis für Weiterentwicklung zu simap3

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 25/Juli 2009

Die nachhaltige Submission – ein Diskussionsbeitrag

Carmen Walker Späh, Rechtsanwältin, Kantonsrätin, Zürich



Einleitung

Im Jahre 2003 wurde die kantonale Submissionsverordnung (SVO) vollständig überarbeitet und gleichzeitig mit dem Beitrittsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) auf den 1. Januar 2004 in Kraft gesetzt. Neu eingefügt wurde dabei in § 33 das Zuschlagskriterium der «Nachhaltigkeit». Es ersetzte dasjenige der «Ökologie», welches seither in der Submissionsverordnung nicht mehr vorkommt.

Im Nachfolgenden wird der Frage nachgegangen, ob sich die Forderung nach einer nachhaltigen Entwicklung überhaupt mit dem dem Submissionsrecht zugrunde liegenden Wettbewerbsprinzip und damit dem Ringen um das wirtschaftlich günstigste Angebot verträgt.

Nachhaltige Entwicklung: Begriff und Entstehung

Die heutige, allgemein gültige Definition des Begriffs «Nachhaltige Entwicklung» stammt von der sogenannten Brundtland-Kommission (1987) und lautet: «Nachhaltige Entwicklung ist eine Entwicklung, welche weltweit die heutigen Bedürfnisse zu decken vermag, ohne für künftige Generationen die Möglichkeit zu schmälern, ihre eigenen Bedürfnisse zu decken.» Sie ist das Ergebnis eines Durchbruchs im Verständnis der langfristig global zu lösenden Probleme. Ausgangspunkt dazu waren die in den 70er Jahren aufgetauchten Warnzeichen bezüglich verschiedener weltweit auftretender Umweltprobleme. Es wurde erkannt, dass die Auswirkungen der zivilisatorischen Entwicklung zu einer Kollision mit der Tragfähigkeit des Planeten Erde zu führen drohte. Es zeigte sich in der Folge jedoch bald, dass einseitige, rein ökologisch ausgerichtete Korrekturstrategien nicht umsetzbar waren. Es wurde klar, dass der Einbezug der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Mechanismen, welche die Probleme verursachen, in die Gesamtbeurteilung zwingend notwendig ist.

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Sie halten die zweite Ausgabe des KRITERIUM im Jahr 2009 in Händen, zu deren Lektüre ich Ihnen viel Spass wünsche!

Im Hauptbeitrag widmet sich Frau Carmen Walker Späh, Rechtsanwältin und Kantonsrätin, Zürich, im Sinne eines Diskussionsbeitrages dem Thema «nachhaltige Submission». In ihrem Beitrag fordert sie die Vergabestellen auf, bei ihrer Vergabepaxis den drei Aspekten der Nachhaltigkeit – Umwelt, Gesellschaft und Wirtschaft – im Sinne einer möglichst gesamtheitlichen, nicht nur auf reine Umweltwirkungen oder wirtschaftliche Aspekte beschränkten Sicht Geltung zu verschaffen. Gerade eine zu einseitige Fokussierung auf den Preis im Sinne des billigsten Angebots könne dazu führen, dass sich die Vergabe insgesamt als nicht nachhaltig erweise. Die Vergabestellen würden hier aber auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten eine grosse ökologische und gesellschaftliche Verantwortung tragen.

Ergänzt wird die vorliegende Ausgabe durch neuste Informationen des Geschäftsführers des Vereins *simap.ch*, Peter Frei, betreffend die Einführung der erneuerten *simap*-Plattform, welche per 1. März 2009 aufgeschaltet wurde. Es ist erfreulich festzustellen, dass die Einführung im Kanton Zürich im April und Mai gut funktioniert hat und rasch viele Ausschreibungen auf der neuen Plattform publiziert wurden. Durch das Zusammengehen der Kantone mit dem Bund entsteht neu eine Plattform, die den Anbietenden einen umfassenderen Überblick über die aktuellen Ausschreibungen öffentlicher Aufträge in der Schweiz bietet.

Für das Redaktionsteam:
Roland Fey,
Baudirektion Kanton Zürich

Verfassungsmässige Vorgaben

Die Idee der nachhaltigen Entwicklung ist heute in der Bundesverfassung verankert (Präambel und Art. 73 BV). Auch die Zürcher Kantonsverfassung vom 27. Februar 2005 verlangt vom Kanton und den Gemeinden, dass sie für die Erhaltung der Lebensgrundlagen sorgen (Art. 6 Abs. 1 KV). In Verantwortung für die kommenden Generationen sind sie einer ökologisch, wirtschaftlich und sozial nachhaltigen Entwicklung verpflichtet (Abs. 2). Dabei können Ökologie, Ökonomie und Sozialverträglichkeit bei der Lösung eines bestimmten Problems durchaus verschiedene, ja sogar divergierende Massnahmen verlangen. Die Kantonsverfassung löst diese Widersprüche nicht auf. Sie verlangt aber immerhin, dass alle drei Aspekte bei staatlichen Handlungen berücksichtigt werden. Mit Art. 95 Abs. 2 KV wird dieser Staatszweckbindung zudem eine Norm zur Seite gestellt, welche den Kanton und die Gemeinden zur Verwirklichung des Nachhaltigkeitsprinzips verpflichtet (vgl. Helen Keller, Materialien zur Zürcher Verfassungsreform 9, S. 55f.). Somit ergibt sich eine entsprechende Verpflichtung der kantonalen oder kommunalen Vergabebehörden unmittelbar aus der Kantonsverfassung.

Zum Verständnis heute

Das heutige Verständnis nachhaltiger Entwicklung der Schweiz umfasst drei grundsätzliche Elemente, nämlich

- die integrale, ausgewogene Berücksichtigung von Umwelt, Gesellschaft und Wirtschaft,
- die Berücksichtigung der Interessen aller Erdenbewohnerinnen und -bewohner (intragenerationelle Solidarität),
- die Berücksichtigung der Interessen zukünftiger Generationen (intergenerationelle Solidarität).

Die Forderung nach einer nachhaltigen Entwicklung sieht deshalb im Vergleich zum Umweltschutz eine umfassendere Beurteilung von Entwicklungen und Wirkungen auf allen Ebenen bis hin zu einzelnen Projekten und Produkten vor. Darin ist die

Umwelt nur (aber immerhin) ein Element. Die Beurteilung der Wirkungen auf die nachhaltige Entwicklung ermöglicht deshalb eine gesamtheitlichere Sicht, als es die Betrachtung der reinen Umweltwirkungen tut. Andererseits wäre die Konzeption der nachhaltigen Entwicklung ohne die Sensibilität für und die Kenntnis vom Umweltschutz wohl nie entstanden.

Nachhaltige Entwicklung ist ein umfassendes Metakonzept. Dementsprechend hat jede der drei Dimensionen Umwelt, Gesellschaft und Wirtschaft zahlreiche Bereiche, in denen mehr oder weniger konkrete Zielsetzungen existieren. Es stellt sich somit die Frage, wie die Beurteilung der Wirkungen auf die nachhaltige Entwicklung mit jeweils angemessenem Aufwand durchgeführt werden kann. Als Orientierungshilfe bieten sich die Zielbereiche der bundesrätlichen «Strategie Nachhaltige Entwicklung: Leitlinien und Aktionsplan 2008–2011». Sie führt die bisherige Politik des Bundesrates weiter und will die Grundsätze der nachhaltigen Entwicklung in alle Politikbereiche integrieren. Mit Hilfe derartiger Instrumente kann im Einzelfall dargelegt werden, ob und wie weit ein Beitrag an die nachhaltige Entwicklung geleistet werden kann (<http://www.are.admin.ch/themen/nachhaltig>).

Nachhaltige Entwicklung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

Wie kann man aber das Ziel der nachhaltigen Entwicklung mit einer Submission erreichen? Dabei stellen sich grundlegende Fragen:

Ist es überhaupt möglich, die Metaebene der nachhaltigen Entwicklung mit der Forderung nach mehr Wettbewerb und Liberalisierung der öffentlichen Beschaffungsmärkte in Einklang zu bringen?

Relativiert das Gebot der nachhaltigen Entwicklung nicht die dem Submissionsrecht zugrundeliegende Forderung nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot und damit letztlich den Preis als wichtigstes Zuschlagskriterium?

Kann und darf neben einem Wettbewerb um das wirtschaftlich günstigste Angebot auch ein Wettbewerb um die Beachtung der beiden anderen Bereiche «Umwelt» und «Gesellschaft» entstehen?

Zur Beantwortung soll das Vergabewesen nachfolgend unter den Gesichtspunkten der Wirtschaft, Umwelt und Gesellschaft näher beleuchtet werden:

Die nachhaltige Vergabe und das Element Wirtschaft

Ohne Zweifel sind die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietenden sowie die wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel wichtige Grundsätze und Ziele von öffentlichen Beschaffungen. Mehr Wettbewerb soll zu mehr Wirtschaftlichkeit, sprich zu günstigeren Angeboten führen. Aber ist das Angebot nur dann das wirtschaftlich günstigste, wenn es das billigste ist? Verträgt sich die Fixierung auf das billigste Angebot und damit die Vorrangstellung des Preises überhaupt mit der Forderung nach nachhaltiger Entwicklung? Und stimmt der oft gehörte Vorwurf, das geltende Submissionsrecht benachteilige die KMU und sei daher wenig sozialverträglich und damit nicht nachhaltig?

Die KMU tragen eine grosse soziale Verantwortung durch die Erhaltung und Schaffung der meisten Arbeitsplätze in unserem Land, auch in der Ausbildung. Sie leisten damit einen grossen Beitrag an die nachhaltige Entwicklung. Trotzdem wird die rechtliche und die politische Diskussion weitgehend von den Grossen und über die Grossen geführt. Aber was hat dies mit der Submissionsverordnung zu tun?

Oft können kleine Unternehmungen beim Preis nicht mithalten oder infolge der Grösse des Auftrags nicht mitbieten. Unnötige oder zu hohe Ansprüche an die Zertifizierung bzw. den Nachweis von Qualitätssicherungssystemen oder verlangte finanzielle Sicherheiten können die Teilnahme kleiner Unternehmungen an einer Submission zusätzlich erschweren. Die mangelnde Berücksichtigung der besonderen

Bedürfnisse der kleinen Unternehmen im Vergabeverfahren kann gegen das Prinzip der Nachhaltigkeit verstossen. Will dies die Vergabestelle nicht in Kauf nehmen, muss sie den Katalog der Zuschlagskriterien entsprechend erweitern und ihn damit insbesondere für soziale und gesellschaftliche Anliegen öffnen. Dass dies möglich ist, zeigt sich am Beispiel der Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium: Anfangs als vergabefremd kritisiert, hat das Zürcher Verwaltungsgericht mit Urteil vom 9. Juli 2003 (VB.2002.00255) erstmals das Kriterium Lehrlingsausbildung für zulässig erklärt, allerdings – aber immerhin – nur unter der Voraussetzung, dass dies nicht zu einer Diskriminierung ausländischer Anbietender führe, dass bei der Bewertung nicht auf eine absolute Zahl von Ausbildungsplätzen, sondern das Verhältnis zur Grösse des Betriebs bzw. auf die Branchenrealität abgestellt und dass das Kriterium mit maximal 10 % des Totals aller Zuschlagskriterien gewichtet werde (vgl. auch § 5 SVO sowie Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 23. November 2001, VB.2001.00215, einsehbar unter www.vgrzh.ch).

Die nachhaltige Vergabe und das Element Umwelt

Wer die Forderung nach einer nachhaltigen Entwicklung aufstellt, denkt auch im Jahre 2009 noch viel zu oft an die Berücksichtigung von reinen Umweltanliegen und lässt damit mehr

oder weniger bewusst ausser Acht, dass das Prinzip der Nachhaltigen Entwicklung gleichermaßen wirtschaftliche und soziale Aspekte umfasst. Ökologisch relevante Leistungsanforderungen können der Umgang mit dem Bodenschutz, dem Natur- und Landschaftsschutz oder dem Wasserhaushalt sein. Wichtig sind aber auch der technische Standard von Baumaschinen und Fahrzeugen, Rohstoffverbrauch und -qualität sowie Energieverbrauch und -qualität. Es ist also möglich, viele Aspekte des Umweltschutzes in die Beurteilung mit einzubeziehen.

Die nachhaltige Vergabe und das Element Gesellschaft

Im Bereich Gesellschaft sind die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, aber auch die Gleichbehandlung von Frau und Mann als Vergabegrundsätze zu beachten (vgl. Art. 11 lit. e und f IVöB). Konkret geht es dabei um die formale Gleichbehandlung (zum Beispiel Lohngleichheit). Demgegenüber will die aktive Frauenförderung im Sinne der Gleichstellung mehr Frauen in allen Hierarchiestufen eines Betriebes einsetzen. Eine solche aktive Frauenförderung wird zwar nach wie vor als vergabefremd beurteilt, dennoch sollte es möglich sein, gleich wie bei der Beschäftigung von Lernenden dieses Zuschlagskriterium zu formulieren, zumal die Liste der Zuschlagskriterien gemäss § 33 SVO nicht abschliessend ist. Dasselbe könnte übrigens auch für die aktive Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen gelten.

Die nachhaltige Vergabe – eine Herausforderung

Das Ziel einer nachhaltigen Entwicklung wird in der Submissionsverordnung als eines der möglichen Zuschlagskriterien genannt. Dieses Bekenntnis nützt allerdings nur dann, wenn es von den Behörden auch umgesetzt wird. Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen bietet hier die grosse Herausforderung, aber auch die Chance, nachhaltig zu wirken. Nachhaltigkeit ist kein

Zustand, sondern ein dauerndes Ringen um die beste Bewältigung der Zielkonflikte. Die starre Fixierung auf den Preis und damit auf das billigste Angebot unter Ausblendung der ökologischen und sozialen Elemente widerspricht dem Gebot der Nachhaltigkeit und damit letztlich auch dem Verfassungsauftrag.

Es ist somit – um auf die eingangs gestellten Fragen zurückzukommen – durchaus möglich, die Metaebene der nachhaltigen Entwicklung mit der Forderung nach mehr Wettbewerb und Liberalisierung der öffentlichen Beschaffungsmärkte in Einklang zu bringen. Es braucht dazu jedoch erstens das Bekenntnis der vergebenden Stellen und zweitens die Bereitschaft, die Vergabekriterien entsprechend sorgfältig auszuwählen. Dabei darf der Preis durchaus seinen hohen Stellenwert behalten. Die einseitige Fokussierung auf den Preis im Sinne des billigsten Angebots kann aber dazu führen, dass kein «Wettbewerb» um die Beachtung der beiden anderen Bereiche «Umwelt» und «Gesellschaft» entsteht und die Vergabe sich insgesamt nicht als nachhaltig erweist.

Das alles macht die Aufgabenstellung an die vergebende Behörde zugegebenermassen nicht einfacher. Die öffentliche Verwaltung in ihrer Rolle als Hüterin der Steuergelder und Fördererin des Allgemeinwohls wird sich dieser Aufgabe jedoch je länger je weniger entziehen können. Angesichts der riesigen Finanzvolumen von zu vergebenden Staatsaufträgen und damit der hohen volkswirtschaftlichen, aber auch ökologischen und gesellschaftlichen Verantwortung, ist der Staat verpflichtet, die zur Verfügung stehenden Mittel nachhaltig zu investieren. Dass solche Submissionen neue Interpretationsspielräume öffnen und zu rechtlichen Überprüfungen der Vergaben führen können, kann diesem vorhandenen Willen durchaus Steine in den Weg legen, was nicht verkannt wird. Dennoch: Das Vergabewesen muss heute mehr sein als das simple Streben nach dem billigsten Preis. Auch dies ist eine Schlussfolgerung, die wir aus der derzeitigen Wirtschaftskrise ziehen sollten.

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Informationen zur Einführung der neuen Plattform simap.ch

Peter Frei, kdmz, Geschäftsführer des Vereins simap.ch

Stand der Einführung der neuen Plattform

Am 1. März 2009 hat die neue simap-Plattform für die Ausschreibung öffentlicher Aufträge ihren Betrieb aufgenommen. Bereits Ende April 2009 wurde die bisherige Plattform für die Erfassung neuer Aufträge gesperrt. *Ende Juni ist sie ganz abgeschaltet (d.h. sämtliche Daten stehen dort nicht mehr zur Verfügung).* Im Kriterium Nr. 24 wurde bereits kurz über die Vorzüge der neuen Lösung informiert.

Alle Kantone, die auf dem bisherigen simap aktiv waren, nutzen inzwischen die neue Plattform. Per Anfang Juni sind 440 Ausschreibungen (Bund und Kantone) auf der neuen Plattform zu finden. Im Kanton Zürich wurden 83 Ausschreibungen publiziert. Folgende Kantone, die bisher simap.ch nicht nutzten, werden ab Sommer/Herbst 2009 ebenfalls auf simap ausschreiben: Luzern, Aargau, Graubünden, Schaffhausen, Schwyz, Wallis, Zug.

Im Kanton Zürich wurden durch die Baudirektion Einführungsveranstaltungen organisiert. An insgesamt vier Terminen wurden knapp 400 Vertreterinnen und Vertreter kantonaler Vergabstellen über die neue Plattform informiert. Weitergehende Angaben und die Unterlagen zu den Veranstaltungen (samt Infoflyer mit den wichtigsten Informationen) finden Sie unter www.beschaffungswesen.zh.ch.

Wie auf dem bisherigen simap sind die grösseren Städte als eigenständige Einheiten auf der neuen Plattform erkennbar (neu in «Recherche» unter Stadt und Kanton). Sie stellen ein eigenes Kompetenzzentrum, wobei die Administration durch Verantwortliche der Städte erfolgt.

Bisherige Erkenntnisse aus der Anwendung

Die Beschaffungsstellen haben die neue Plattform rasch in den Griff bekommen. Die für die Einführungsphase eingerichtete

Hotline (s. Supportorganisation) hat sich bewährt. Im ersten Monat wurden in der ganzen Schweiz 362 Anfragen beantwortet, im zweiten 411. Viele Anfragen der Anbietenden betrafen die Problematik der parallelen Führung von simap «alt» und «neu» sowie die Registrierung und konnten relativ einfach beantwortet werden. Aufgrund von Rückmeldungen konnten bereits verschiedene Änderungen auf der neuen Plattform aktiviert werden. Weitere Anpassungen sind für den nächsten Release geplant.

Ihre Verbesserungsvorschläge zur neuen Plattform können Sie über das kantonale Kompetenzzentrum (s. Supportorganisation) anbringen. Ihre Anregungen werden durch das Kompetenzzentrum und das neu eingerichtete Change Control Board hinsichtlich Entwicklungsaufwand und Kosten-Nutzen-Verhältnis geprüft. Anschliessend entscheidet der Vorstand des Vereins simap.ch über deren Realisierung. Änderungsanträge werden bei Bedarf auch bei den Verantwortlichen der Kantone und des Bundes in Vernehmlassung gegeben.

Schulungsplattform

Seit einigen Tagen steht eine eigenständige Schulungsumgebung (www.schulung.simap.ch) zur Verfügung. Diese steht während den normalen Geschäftszeiten (Mo bis Fr, 08:00 bis 18:00 Uhr) uneingeschränkt für Schulungszwecke zur Verfügung. Das Schulungssystem wird durch anstehende simap-Weiterentwicklungen und die damit verbundenen Testarbeiten nicht beeinträchtigt. Auf dem Schulungssystem können sämtliche Prozesse der neuen Beschaffungsplattform ausgeführt werden (die zeitlichen Plausibilitätsprüfungen werden ausgeschaltet).

Rolle von simap.ch innerhalb «E-Government Schweiz»

Alle Vorhaben, die im Rahmen der E-Government-Strategie Schweiz

koordiniert umzusetzen sind, werden im Katalog der priorisierten Vorhaben aufgeführt. Eines dieser Vorhaben ist die «Abwicklung öffentlicher Ausschreibungen inklusive Einreichung und Evaluation». Als neue federführende Organisation für dieses Vorhaben wurde der Verein simap.ch durch den Steuerungsausschuss E-Government beauftragt.

Supportorganisation neues simap

Erste Anlaufstelle für die kantonalen Vergabestellen und für die von diesen beauftragten Privaten sind wie bisher die kantonalen Kompetenzzentren:

Kompetenzzentrum Kanton Zürich

Tel. 043/259 28 29/12
Fax 043/259 51 81
E-Mail gs-stab@bd.zh.ch

Kompetenzzentrum Stadt Zürich

Rechtsauskünfte:
Tel. 044 412 23 99
Fax 044 212 15 24
E-Mail
karsten.schwarz@zuerich.ch

Administrativer Support:
Simap-Team zurzeit im Neuaufbau; zuständige Personen werden kommuniziert, sobald bekannt.

Kompetenzzentrum Stadt Winterthur

Tel. 052 267 54 08
Fax 052 267 62 78
E-Mail sandra.eberle@win.ch

Erste Anlaufstelle der Anbietenden sowie der kantonalen Kompetenzzentren (technischer Support) ist das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO). Während den ersten Monaten des Betriebs ist ein zentraler telefonischer Support bereitgestellt:

Anbieterhilfe Hotline simap.ch

Tel. 031 324 63 88
E-Mail: info@simap.ch

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 26/November 2009

Freihändige Verfahren und Konkurrenzofferten

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



Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat die bisher offene Frage entschieden, was bei einem freihändigen Verfahren gilt, bei dem die Vergabestelle Konkurrenzofferten einholt.

1. Der Entscheid

Im Rahmen des Projekts Neubau Feuerwehrgebäude und Wertstoffsammelstelle einer Gemeinde stand im November 2008 die Beschaffung einer ergänzenden Aussenbeleuchtung im Auftragswert von Fr. 38 000 für den Feuerwehrvorplatz an. Nach telefonischer Voranfrage übermittelte das mit der Durchführung beauftragte Planungsbüro zwei interessierten Anbieterinnen informell die für die Offertstellung benötigten Angaben.

Gemäss dem Entscheid vom 20. Mai 2009 (VB.2008.00555; vgl. www.vgrzh.ch) wird ein solches Verfahren nicht automatisch zu einem Einladungsverfahren. Eine Vergabestelle kann sich auch dazu entscheiden, im Rahmen eines freihändigen Verfahrens mehrere Konkurrenzofferten

einzuholen, wobei insbesondere auch ein vereinfachtes Verfahren gewählt werden kann, und es können auch von zwei Anbietern unterschiedliche Varianten angefragt werden. Das Gericht betont aber den Vertrauensgrundsatz, wonach sich der Anbieter darauf verlassen kann, dass ein einmal eingeschlagenes Verfahren auch so weitergeführt wird.

2. Was ist in der Praxis zu beachten?

Es ist somit neu gestattet, dass die Vergabestelle im Rahmen eines freihändigen Vergabeverfahrens Konkurrenzofferten einholen kann. Was bedeutet dies nun für die Praxis?

Ausgangslage für die Verfahrenswahl bleiben die bekannten Schwellenwerte gemäss Anhang 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB):

Sobald also Auftragswerte für ein Einladungsverfahren bzw. für ein offenes/selektives Verfahren erreicht werden, ist gemäss den Bestimmungen für diese Auftragsarten vorzugehen (vgl. dazu Handbuch für Vergabestellen, www.beschaffungswesen.zh.ch).

Werden diese Auftragswerte nicht erreicht, kann die Vergabestelle immer freiwillig ein Einladungsverfahren durchführen bzw. allenfalls sogar ein offenes Verfah-

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Am 11. Februar 2005 hat das Bundesgericht es im Fall «Sigriswil» zugelassen, dass die Vergabestelle einen Auftrag ohne Ausschreibung vergeben und dabei im Rahmen des gewählten freihändigen Verfahrens Konkurrenzofferten eingeholt hat. Dieser Entscheid hat seither wiederholt zu Diskussionen Anlass gegeben. Im Kanton Zürich stand dabei die Frage im Vordergrund, ob dieser den Kanton Bern betreffende Bundesgerichtsentscheid auf unseren Kanton übertragen werden könne. Auch das KRITERIUM (Nr. 22/November 2007) hat diese Frage thematisiert und zum Gegenstand eines Streitgesprächs gemacht. Die Antworten fielen kontrovers aus, so dass das Redaktionsteam damals der Hoffnung Ausdruck verlieh, das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich möge bald zu dieser Frage Stellung nehmen können. Am 20. Mai 2009 hatte das Verwaltungsgericht endlich die Gelegenheit, diese Frage zu klären. Danach ist es auch im Kanton Zürich zulässig, im Rahmen eines freihändigen Verfahrens mehrere Offerten einzuholen. Die vorliegende Nummer beleuchtet diesen wichtigen Entscheid in zwei Beiträgen. Dabei wird nicht nur dessen Bedeutung erläutert, sondern es werden auch die Grundsätze dargelegt, die bei der Durchführung eines freihändigen Verfahrens mit Konkurrenzofferten zu beachten sind. In einem dritten Beitrag wird auf einen weiteren interessanten Entscheid des Verwaltungsgerichts hingewiesen, mit dem der Ausschluss eines Anbieters wegen Abweichungen vom Leistungsverzeichnis bestätigt worden ist. Schon bald geht das Jahr zur Ende und ein neues Jahr steht vor der Tür. Die Redaktion des KRITERIUM dankt ihrer Leserschaft für die Treue und wünscht allen Leserinnen und Lesern frohe Festtage und alles Gute für das Jahr 2010.

Für das Redaktionsteam
Dr. Felix Christen
Stadt Zürich

Verfahrensarten	Lieferungen (Auftragswert in Franken)	Dienstleistungen (Auftragswert in Franken)	Bauarbeiten (Auftragswert in Franken)	
			Bauneben- gewerbe	Bauhaupt- gewerbe
Freihändiges Verfahren	unter 100 000	unter 150 000	unter 150 000	unter 300 000
Einladungs- verfahren	unter 250 000	unter 250 000	unter 250 000	unter 500 000

ren. Solche Konkurrenzverfahren im unterschwelligen Bereich entsprechen einem Bedürfnis vieler Gemeinden. Entscheidet sich eine Vergabestelle für die Durchführung eines solchen freiwilligen Einladungs- oder offenen Verfahrens, auch wenn die Schwellenwerte nicht erreicht sind, sind diese Regeln einzuhalten: ein «informelles» Einladungsverfahren gibt es weiterhin nicht.

Anders ist die Ausgangslage bei den im vorliegenden Entscheid eingeholten Konkurrenzofferten im Rahmen eines freihändigen Verfahrens: hier wird gerade nicht freiwillig ein höherstufiges Verfahren durchgeführt. Damit im Rahmen eines freihändigen Verfahrens trotzdem mehrere Offerten eingeholt werden dürfen, ohne dass dabei die Regeln des Einladungsverfahrens eingehalten werden müssen, ist Folgendes zu beachten:

- Es ist am Anfang einer unterschwelligen Beschaffung zu entscheiden, ob diese freihändig, allenfalls unter Einholung von Konkurrenzofferten, oder im Einladungsverfahren durchgeführt wird.
- Wird freiwillig ein Einladungsverfahren bewusst gewählt und als solches bezeichnet, ist an diesem festzuhalten, ein nachträglicher Wechsel ist unzulässig.
- Wird ein freihändiges Verfahren durchgeführt, ist Transparenz wichtig: es ist empfehlenswert, die angefragten Anbieter darauf hinzuweisen, dass die Offertanfrage im Rahmen eines freihändigen Verfahrens mit Einholung mehrerer Konkurrenzofferten erfolgt und ob Abgebotsrunden vorgesehen sind.
- Wenn sich die Vergabestelle – im Rahmen des freihändigen Verfahrens – erst nach dem

Eingang einer ersten, aus ihrer Sicht ungenügenden Offerte dazu entschliesst, noch weitere Offerten einzuholen, ist dies zulässig. Über diesen Schritt sind die Anbieter zu informieren.

- Nicht zulässig ist es, eine solche Offertanfrage nur deshalb vorzunehmen, um einen anderen Anbieter preislich unter Druck zu setzen, ohne dass dem zweiten Anbieter überhaupt eine Chance eingeräumt wird. Das Verbot von Willkür und rechtswidriger Behandlung ist immer zu beachten.
- Möglich ist zudem, ein freihändiges Verfahren auch so vorzunehmen, dass eine Vorauswahl in Bezug auf die nachgefragten

Produkte getroffen wird und nur Anbieter eines bestimmten Produkts bzw. von Konkurrenzprodukten um eine Offerte angefragt werden, d.h. es können auch von zwei Anbietern unterschiedliche Varianten angefragt werden. Auch hier ist Transparenz wichtig: die Anbieter sind auf das freihändige Verfahren mit Einholung von Konkurrenzofferten aufmerksam zu machen.

Das Verwaltungsgericht hat die Frage offen gelassen, ob diese Regeln auch im Anwendungsbereich der Ausnahmen von § 10 der Submissionsverordnung gelten.

Zum Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Mai 2009, VB.2008.00555

(vgl. die Darstellung der Bedeutung des Entscheides für die Praxis im voranstehenden Beitrag)

Kritische Würdigung

Der hier vorgestellte Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich stellt eine Praxisänderung dar. Im «Treppenentscheid» (VB.2000.00206, www.vgrzh.ch) wurde noch festgehalten, dass es dem Auftraggeber bei Vorliegen sachgerechter Gründe grundsätzlich frei steht, das freihändige Verfahren zu wiederholen (bzw. beim angefragten Anbietenden eine neue Preisofferte zu verlangen, m.a.W. ein Abgebot einzuholen) oder das höherstufige Einladungsverfahren unter Einhaltung der Formvorschriften durchzuführen. Im vorliegenden Entscheid wird nun festgehalten, dass ein freihändiges Verfahren durch Einholung mehrerer Offerten nicht automatisch zum Einladungsverfahren aufgestuft werde (VB.2008.00555, E.1.4). Diese klare Aussage ist zu begrü-

ssen. Eingeschränkt wird diese Aussage allerdings dadurch, dass die Vergabebehörde es vermeiden muss, den Anschein zu erwecken, es werde ein höherrangiges Verfahren durchgeführt (E.1.4). Grundsätzlich ist daher zu empfehlen, die Begriffe «Einladung zur Offertstellung» oder «... zur Offertstellung einzuladen» in einem freihändigen Verfahren unter Konkurrenz zu vermeiden oder dann ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es sich um ein solches neu eingeführtes Verfahren handelt.

Auch nach der hier vorgestellten Rechtsprechung ist die Vergabebehörde nicht völlig frei in der Durchführung des freihändigen Verfahrens. Eine eindrückliche Aufzählung der zu beachtenden Grundsätze findet sich in Erwägung 2.2 des hier behandelten

Bund verzichtet auf eine schweizweite Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts und beschliesst Änderung der Beschaffungsverordnung

Mitte Juni 2009 hat der Bundesrat über das weitere Vorgehen in Sachen Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) entschieden. Angesichts des Vernehmlassungsergebnisses zum Vorentwurf BoeB vom 30. Mai 2008 wird auf eine Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen verzichtet. Während die Wirtschaftsverbände grösstenteils der vorgeschlagenen schweizweiten Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts zustimmten, stiess diese bei den Kantonen auf Ablehnung. Der Bundesrat verzichtet daher auf eine Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts. Das EFD wurde stattdessen beauftragt, dem Bundesrat einen Vorschlag für eine vorgezogene Revision der Verordnung zum öffentlichen Beschaffungswesen (VoeB) vorzulegen. Diese Änderungen wurden am 18. November 2009 vom Bundesrat verabschiedet und treten auf den 1. Januar 2010 in Kraft. Der Verordnungsrevision bezieht sich nur auf Beschaffungen des Bundes und zielt darauf ab, die Vergabevorgaben zu modernisieren und zu flexibilisieren. Ausschreibungen sollen in Zukunft auf der gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen elektronischen Plattform simap.ch publiziert werden. Die laufende Totalrevision des Beschaffungsgesetzes wird im Anschluss an die Revision der Verordnung fortgesetzt.

Entscheidet: «Zu beachten sind die aus der Verfassung hergeleiteten Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns wie das Verbot von Willkür und rechtsgleicher Behandlung, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Gebot eines fairen Verfahrens. Ferner gelten die Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes, insbesondere der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 3 und Art. 5 Abs. 1 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995). Generell unzulässig ist auch beim freihändigen Verfahren unterhalb der Schwellenwerte eine auf unsachliche oder sachfremde Kriterien abstellende und damit willkürliche Vergabe (RB 2003 Nr. 45 = BEZ 2003 Nr. 35).» (VB.2008.00555, E.2.2)

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

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

Im Zusammenhang mit der Möglichkeit, dass «Entscheide kantonalen und kommunaler Auftraggeber über eine freihändige Vergabe (...) ebenso wie andere Vergabentscheide unmittelbar mit der Beschwerde gemäss Art. 15 ff. IVöB sowie §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. September 2003 an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (können)» (E.2.1), stellt sich hier die Beweisfrage: Wie kann die Vergabestelle nachweisen, dass sie die gemäss Erwägung 2.2 ein-

zuhaltenden Grundsätze befolgt hat? Unseres Erachtens kann das nur gelingen, indem der gesamte Vergabeprozess nachvollziehbar gemacht wird, indem die Verfahrensschritte schriftlich dokumentiert und Zuschlagskriterien definiert werden. Nur ist dann kaum mehr ein Unterschied zum förmlichen Einladungsverfahren festzustellen und der Grundgedanke des freihändigen Verfahrens als einfaches, schnelles Verfahren für kleinere Beschaffungen wird untergraben.

Wünschenswert und eine tatsächliche Erleichterung wäre es, wenn das Verwaltungsgericht klar gesagt hätte, dass eine Auftragsvergabe im unterschweligen Bereich, d.h. unterhalb der Schwellenwerte für das Einladungsverfahren, nicht als Verfügung gilt – also nicht als anfechtbare «Zuschlagsverfügung» im Sinne von Art. 15 Abs. 1bis lit. e IVöB zu betrachten ist –, sondern die Annahme einer Offerte, also reines privatrechtliches Handeln der Behörde, darstellt. Faktisch würde damit die Erhebung einer submissionsrechtlichen Beschwerde gegen eine freihändige Vergabe auf die Rüge eingeschränkt, dass für das konkrete Vorhaben ein höherstufiges Verfahren hätte durchgeführt werden müssen. Andere Rügen, z.B. die Verletzung des Grundsatzes der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel oder der Beizug von sachfremden Kriterien, wären dann nicht möglich.

Das Redaktionsteam KRITERIUM

Hinweis auf einen weiteren Entscheid des Verwaltungsgerichts:

Abweichungen vom Leistungsverzeichnis

Entscheid vom 25. Februar 2009 (VB.2008.00405)

Sachverhalt

Die Politische Gemeinde K. eröffnete anfangs Juli 2008 ein Submissionsverfahren zur Vergabe von Gärtnerarbeiten (BKP 421) bei der Erneuerung der Schulanlage L-Strasse, indem sie acht Unternehmungen zum Einreichen einer Offerte einlud. Innert Frist gingen fünf

Angebote ein. Mit Schreiben vom 3. September 2008 teilte die Gemeinde den Anbietenden mit, dass die Arbeiten mit Beschluss vom 27. August 2008 an die Firma B vergeben worden seien. Gleichzeitig wurde der Firma A eröffnet, ihr Angebot sei vom Verfahren ausgeschlossen worden.

In der Folge erhob die Firma A beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen den «Vergabeentscheid» der Politischen Gemeinde K. und beantragte, dieser sei aufzuheben und es sei «unter Berücksichtigung ihres «berichtigten» Angebots ... im Betrag von Fr. 181 732.65 (recte: Fr. 190 732.65) über die Vergabe zu entscheiden». Gleichzeitig ersuchte sie darum, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Die Beschwerdegegnerin begründet den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren damit, dass diese den Text der Ausschreibung unzulässigerweise abgeändert habe.

Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen

2.2

Grundlage der Offerten war das von der Beschwerdegegnerin mit den Ausschreibungsunterlagen abgegebene Leistungsverzeichnis. Aufgrund desselben hatten die Anbietenden die Mehrzahl der Leistungen nach Einheitspreisen zu offerieren, das heisst als Preise für Leistungseinheiten, die in den Positionen des Verzeichnisses aufgeführt sind. Bei dieser Vertragsgestaltung ergibt sich die geschuldete Vergütung aus der Abrechnung über die ausgeführte Menge an Einheiten, multipliziert mit dem für die Einheiten offerierten Preis (...).

Mit Bezug auf die Lieferung von Baumschulpflanzen enthielt das Leistungsverzeichnis jedoch eine andere Vorgabe. Bei der Position 811 bestimmte es:

«Der Lieferant wird durch den Landschaftsarchitekten bestimmt. Lieferung der Baumschulpflanzengem. Pflanzenliste Landschaftsarchitekt. Die Bauleitung wählt die Pflanzen in der/den Baumschule/n aus. Budgetbeträge Netto (Mengen- und Pflanzenrabatte sind bereits berücksichtigt und anzugeben). Der jeweilige Budgetbetrag ist unverändert in die Offerte zu übertragen. Fr. 1.– = 1LE.»

Sodann wurde die Menge der Leistungseinheiten (LE) mit 30 000.00 angegeben.

Mit dieser Umschreibung wollte die Beschwerdegegnerin zum Ausdruck bringen, dass die fraglichen Pflanzen nicht vom Anbieter

zu liefern sind und er daher auch keinen Einfluss auf deren Preis hat. Der Anbieter hat sie lediglich zu pflanzen, wofür das Leistungsverzeichnis eine separate Position 821 enthielt.

Die Anbietenden hatten somit bei Position 811 für die Leistungseinheit einen Wert von 1.00 einzutragen, woraus sich ein Positionstotal von Fr. 30000.- ergab. Die Beschwerdeführerin setzte jedoch für die Leistungseinheit einen Wert von 0.70 ein, so dass der Gesamtbetrag der Position auf Fr. 21 000.- zu stehen kam. Der Bruttobetrag ihres Angebots reduzierte sich damit im Vergleich zu einem Anbieter, welcher die Position 811 richtig ausfüllte, um Fr. 9000.- (...).

2.3

Dass ein Anbieter in der Offerte Leistungen aufführen muss, die nicht Inhalt seines eigenen Angebots sind, erscheint mit Blick auf den Zweck eines Vergabeverfahrens zunächst ungewöhnlich. Werden solche Drittleistungen wie hier durch die Vergabestelle bzw. durch deren Vertreter bestimmt («Die Bauleitung wählt die Pflanzen in der/den Baumschule/n aus»), handelt es sich dabei genau genommen um eine – indirekt erfolgende – separate Vergabe an einen dritten Anbieter.

In der Praxis werden derartige Leistungspositionen, die vom Anbieter nicht beeinflusst werden können, jedoch häufig verwendet. (...) Nach den Ausführungen des von der Beschwerdegegnerin beigezogenen Parteexperten C, dessen Darstellung insoweit unbestritten ist, sind solche «Budgetpositionen» insbesondere beim Garten- und Landschaftsbau an der Tagesordnung. (...)

2.4

(...) Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die Beschreibung von Position 811 bei richtiger Betrachtung den von der Beschwerdegegnerin erörterten Sinn aufweist. Sie macht jedoch geltend, dass der Text durchaus falsch verstanden werden konnte und ihr Mitarbeiter einem solchen Missverständnis erlegen sei. Er habe die Position als gewöhnlichen Einheitspreis aufgefasst und daher versucht, auch in diesem Punkt ein möglichst günstiges Angebot zu machen. Dazu sei sie in der

Lage, weil sie Pflanzenlieferungen mit einer Marge von bis zu 45 % beziehen könne. Von einer Täuschungsabsicht könne keine Rede sein; vielmehr handle es sich hier um einen offensichtlichen Rechnungsfehler, der nach § 29 Abs. 2 SubmV berichtigt werden müsse. Ein Ausschluss vom Verfahren sei unter diesen Umständen völlig unverhältnismässig.

3.3

.... Ein Ausschluss vom Verfahren ist nicht nur gerechtfertigt, wenn auf Seiten des Anbietenden eine Täuschungsabsicht vorliegt. Auch objektiv wesentliche Mängel, die zu einer verfälschten Beurteilung des Angebots führen oder die Vergleichbarkeit der Angebote beeinträchtigen, vermögen einen Ausschluss zu rechtfertigen. Bei falschen Preiseingaben ist dabei insbesondere zu beachten, dass diese durchaus Manipulationen ermöglichen können. So eröffnet eine zu tiefe Preiseingabe dem Anbieter die Option, nachträglich entweder eine Berichtigung zu verlangen, falls sein Angebot ohnehin das günstigste ist, oder aber den Preis als verbindlich anzuerkennen, sofern dies für das Obsiegendes Angebots erforderlich scheint. Diese Möglichkeit bietet sich ihm selbst dann, wenn die fehlerhafte Eingabe zunächst ohne Absicht erfolgt ist. Dass ein Anbieter einen derartigen Spielraum zur nachträglichen einseitigen Beeinflussung des Angebotspreises erhält, steht im Widerspruch zu den Prinzipien des Vergabeverfahrens. Die Gefahr solcher Manipulationen rechtfertigt daher generell eine strenge Beurteilung dieser Mängel unabhängig davon, ob dem Anbieter eine Täuschungsabsicht vorzuwerfen ist.

Bemerkung:

Das Verwaltungsgericht beurteilt die Gefahr von Manipulationen durch nachträgliche Berichtigung von Rechnungs- und Schreibfehlern als gross, weshalb es allgemein die Anwendung eines strengen Massstabs bei der Beurteilung derartiger Mängel durch die Vergabestelle als gerechtfertigt erachtet; unerheblich ist insbesondere, ob dem Anbieter Täuschungsabsicht vorzuwerfen ist oder nicht. ■

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 27/März 2010

Das öffentliche Beschaffungswesen – eine Standortbestimmung

Das öffentliche Beschaffungsrecht ist eine verhältnismässig junge juristische Disziplin. Entsprechend gross waren zu Beginn die Unsicherheiten, welche die neuen rechtlichen Vorschriften mit sich brachten. In der Zwischenzeit konnte viel Erfahrung gesammelt werden; Vergabepraxis und Rechtsprechung haben sich gefestigt, aber es sind auch gewisse Schwächen zu Tage getreten. Einigen Wirbel verursachten sodann die – gescheiterten – Bemühungen um die Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen. Eine Standortbestimmung ist bei dieser Ausgangslage von allgemeinem Interesse. Die Redaktion KRITERIUM befragte deshalb

einen profunden Kenner des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz, Dr. George Ganz, den ehemaligen Geschäftsführer der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK).

Redaktion: Herr Dr. Ganz, wie beurteilen Sie die Entwicklung des öffentlichen Beschaffungswesens in den letzten Jahren?

Das öffentliche Beschaffungsrecht hat sich bewährt. Es ist gut anwendbar und ermöglicht angepasste Vergabeverfahren. Dies gilt ganz besonders für das kantonale Vergaberecht, wo die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Die Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) ist diejenige Vereinigung der Regierungsmitglieder aller Schweizer Kantone, die sich unter anderem mit dem öffentlichen Beschaffungswesen befasst. Dr. George Ganz war während 34 Jahren Geschäftsleiter der BPUK. In dieser Funktion war er insbesondere massgeblich mitbeteiligt an der Erarbeitung und Erneuerung der heutigen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und der Vergaberichtlinien. Er ist auch Verfasser verschiedener wissenschaftlicher Aufsätze zum öffentlichen Beschaffungsrecht. Ferner hat er die Vorlage des Bundes für eine Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) einer eingehenden Beurteilung unterzogen. Ende 2009 gab Dr. George Ganz das Amt als Geschäftsführer der BPUK ab. Grund genug, mit diesem profunden Kenner des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz zu reden: Wie hat sich das öffentliche Beschaffungswesen in den vergangenen Jahren entwickelt? Wo stehen wir heute? Welche Mängel bestehen und was muss verbessert werden? Und schliesslich auch: Weshalb sind die Bemühungen um eine gesamtschweizerisch verstärkte Vereinheitlichung des Beschaffungsrechts und um die Totalrevision des BoeB gescheitert? Dr. George Ganz beantwortet diese Fragen.

Ergänzt wird die vorliegende Ausgabe schliesslich mit einem Hinweis auf das Aus- und Weiterbildungsangebot der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen. Wir können Ihnen, liebe Leserin, lieber Leser, nur empfehlen, von diesem Angebot Gebrauch zu machen und an einer der Veranstaltungen teilzunehmen.

Für das Redaktionsteam
Peter Hösli

Angaben zur Person



Dr. George Ganz

- geb. 1947
- Rechtswissenschaftliche Studien an den Universitäten Zürich, Genf und Den Haag
- Gemeinderat der Stadt Zürich (1974–1980)
- Verfassungsrat für die Kantonsverfassung Zürich (2000–2005)
- seit 1976 selbstständiger Anwalt in Zürich mit Spezialgebiete Bau- und Verwaltungsrecht, politische Beratung und Betreuung von Verbänden und Institutionen
- u.a. 1976–2009 mandatierter Geschäftsführer BPUK/InöB

(IVöB, Konkordat) sich auf die nötigen Regelungsinhalte beschränkt, ohne zu weit ins Detail zu gehen. Die Erfahrung zeigt sodann, dass das Vergaberecht praktisch immer richtig angewandt wird, bei grossen und komplizierten Vergaben vielleicht nicht immer buchstabengetreu, aber meist doch sachgerecht in Befolgung der Grundsätze der Transparenz, Rechtsgleichheit und Wirtschaftlichkeit.

Ich will nicht sagen, dass das Beschaffungswesen perfekt sei. Ich sehe indessen die Problemstellungen eher bei der Anwendung und bei der Rechtsprechung. In der täglichen Praxis wurden und werden noch immer Fehler gemacht, weil das mögliche Ermessen überschritten oder gar missbraucht wird. Ermessen heisst nicht Freiheit; der Gesetzgeber hat bewusst Grundsätze festgehalten.

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2010 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

1. Einführung in die Grundlagen zum öffentlichen Beschaffungswesen und zur elektronischen Plattform SIMAP, Umgang mit dem Handbuch für Vergabestellen
Dauer: 2 x ½ Tag;
Daten: 21.09./28.09.2010
2. Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis, Schwerpunkt Bauwesen
Dauer: ½ Tag; Datum: 22.06.2010
3. Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis, Schwerpunkt Lieferungen/Dienstleistungen
Dauer: ½ Tag; Datum: 08.06.2010

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der kantonalen Verwaltung Zürich zur internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.personalentwicklung.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.– und für Externe Fr. 175.–.

Externe können sich mittels Mail an weiterbildung@pa.zh.ch anmelden; Interne benützen das Anmeldeformular.

Damit sollen willkürliche Vergaben, Protektionismus oder Preisabsprachen verhindert werden. Vor Bestehen des Vergaberechts waren sie an der Tagesordnung und wurden auch nicht als Unrecht empfunden. Dieser Missstand wurde weitgehend beseitigt. Populistische Sprüche von Gemeindepäsidentinnen und -präsidenten wie «solange ich etwas zu sagen habe, wird die Gemeinde keinem auswärtigen Unternehmen einen Auftrag vergeben», gehören der Vergangenheit an. Hier hat sich ein grosser Wandel vollzogen zu professionalisierten Vergaben im Interesse der Gemeinwesen wie der Anbietenden. Die Unterstellung aller Kommunen unter das interkantonale Vergaberecht hat dabei einen wesentlichen Beitrag geleistet.

Im Vergabewesen gibt es aber keine absolute Richtigkeit. Schliesslich handelt es sich praktisch jedes Mal um verschiedene Aufgabenstellungen (mit Ausnahme vielleicht der standardisierten Aufträge). Eine generell-abstrakte Regelung kann nicht allen Bedürfnissen jedes einzelnen Auftrages Rechnung tragen. Vorausgesetzt ist also eine vernünftige Anwendung der Regeln. Ich sage daher immer wieder auch mit dem Risiko, dass mir besonders die Rechtsprechung nicht zustimmt: wenn ich mein Handeln offen darlegen und verständlich und sachlich begründen kann, sollte ich auch den Mut haben, dem Auftrag angepasste Wege einzuschlagen. Ich soll mir bei der Formulierung der Ausschreibung und bei der Auswertung nicht ängstlich detaillierte Vorgaben machen, nur damit ich mit völliger Sicherheit keinen Fehler mache. Buchstabengetreues Anwenden der Bestimmungen ist bei komplexen Aufgabenstellungen nicht möglich. Die Angebote sind nie 1:1 vergleichbar. Dies gilt besonders bei Varianten und funktionalen Ausschreibungen. Damit ist auch gesagt, dass ich die Lösung der noch bestehenden Mängel nicht darin sehe, dass nach deutschem oder österreichischem Vorbild Mikrobestimmungen in grosser Zahl erlassen werden.

Der Rechtsschutz schliesslich ist eine gute Sache. Er verhindert Missbräuche und schafft Rechtssicherheit. Es hat sich eine ein-

heitliche Rechtspraxis entwickelt, auch ein Zeichen der guten Verankerung dieses Rechtsgebietes. Auf Beschaffungsrecht spezialisierte Anwältinnen und Anwälte klagen über einen starken Rückgang der Beschwerden, was grundsätzlich eine positive Entwicklung ist. Das Beschaffungswesen ist sowieso nicht prioritär für Prozesse geeignet. Oder wie sagen besonnene Unternehmer: wir möchten Aufträge erhalten, nicht Prozesse gewinnen.

Bedauerlich ist allerdings, dass das Bundesgericht sich scheut, grundsätzliche Fragen unabhängig der Schwellenwerte zu behandeln. Hier verpasst die oberste Rechtsprechungsinstanz, ihren Beitrag zur Harmonisierung der Rechtsanwendung zu leisten.

Welchen Stellenwert hat das öffentliche Beschaffungswesen heute?

Das geltende Beschaffungsrecht ist nicht mehr neue Rechtsmaterie. Sowohl die IVöB wie auch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) sind seit 1994 in Kraft. Sie sind anerkannt und werden täglich und praktisch angewendet.

Auch die Staatsverträge, seien es das Government Procurement Agreement (GPA, GATT/WTO-Übereinkommen) oder das bilaterale Abkommen zwischen der EU und der Schweiz, sind im Grundsatz nicht umstritten und niemand spricht von Misserfolg oder Abschaffung. Die Tatsache, dass die Revisionsarbeiten dieser Staatsverträge keine grösseren Fortschritte machen, zeigt, dass die wesentlichen Aspekte abgedeckt sind und inhaltlich eigentlich kein dringender oder grosser Änderungsbedarf besteht. Zu unterstützen sind die Absichten nach einfacherem Aufbau, klarerer Schreibweise, besserer Verständlichkeit usw.

Es gibt aber auch Kritik am Beschaffungsrecht ...

Zu meinem Erstaunen nimmt die Kritik am Beschaffungsrecht dennoch nicht ab. So wird eingewendet, dass die Erfassung der intellektuell anspruchsvollen Aufträge (wie Planerleistungen usw.) aus dem Submissionsrecht entfernt werden sollen, zumindest aber die entsprechenden Schwellenwerte stark erhöht werden müssen.

ten. Dies mag eine gewisse Berechtigung haben. Dennoch wäre es falsch, die bewährte rechtliche Regelung anzupassen, nur weil der bestehende Ermessensspielraum nicht wahrgenommen wird. Die Planeraufträge werden auch von den Staatsverträgen erfasst, sodass Gesetzesanpassungen sowieso nicht leicht vorgenommen werden könnten. Für Aufträge mit grossem intellektuellem Anteil sollten im Einzelfall angepasste Verfahren Anwendung finden, was möglich ist. Ich denke an höhere Gewichtung von Idee, Nachhaltigkeit (insbesondere auch betriebswirtschaftliche), Betonung der Funktionalität, Innovation, Originalität, Qualifikation der massgeblich beteiligten Personen usw. Dazu braucht es keine Revisionen der Rechtsgrundlagen. Die IVöB ermöglicht dies.

Was muss verbessert werden?

Schwerpunkte für Verbesserungen sehe ich weniger im formellen Recht als bei der Anwendung. Im Vordergrund steht die elektronische Plattform SIMAP. Diese war bei der Einführung revolutionär, erlitt dann einige Rückschläge und ist nun seit einigen Monaten wieder voll auf Kurs. Sie wird neu von Bund und Kantonen gemeinsam getragen. Ausdrücklich muss ich bemängeln, dass einzelne Kantone sich immer noch Zeit lassen, dem Verein SIMAP beizutreten und auf dieser Plattform auszuschreiben. Sicher wären auch zusätzliche Gemeinden und Städte willkommen. Wenn in Zukunft über SIMAP nicht nur ausgeschrieben wird, sondern auf diesem Weg auch elektronische Offerten eingereicht werden können, wird nicht nur im Beschaffungswesen, sondern auch in der Harmonisierung der Verfahren und Grundlagen ein

grosser Schritt nach vorne gemacht. Damit würde eine weitere Forderung der Unternehmer erfüllt, die immer wieder klagen: «Wir produzieren immer mehr Papier und nicht Bauwerke».

SIMAP ist ein beeindruckendes und wegweisendes Projekt. Hier könnte die Schweiz wieder einmal Vorbild sein. Auch im Ausland gibt es ähnliche Plattformen, aber meist nur regionaler oder branchenspezifischer Art. Das umfassende Angebot von SIMAP – ist es einmal soweit – wäre dann einmalig.

Und wie beurteilen Sie die Leistungen der Rechtsprechung?

Die Rechtsprechung hat im grossen Ganzen ein sehr hohes Niveau erreicht, ist aber gelegentlich etwas kleinlich und meist stark formalistisch. Die Prozessverfahren sind zu langsam. Zudem besteht die Tendenz zur Überschreitung der richterlichen Zuständigkeit und zur direkten Einflussnahme im Einzelfall. So darf beispielsweise gefragt werden, ob es Aufgabe der Gerichte ist, detaillierte Wertungen zur Gewichtung des Kriteriums «Preis» in den Ausschreibungsunterlagen anzustellen. Dadurch wird der berechnete Ermessensspielraum der Vergabestelle immer mehr eingeschränkt und die vergebenen Stellen werden in ihrer verantwortungsvollen Ausnutzung der Handlungsspielräume stark beeinträchtigt und zudem verunsichert.

Eine derartige Rechtsprechung führt zu gesetzgeberischem Aktivismus, der sich am Einzelfall orientiert. Die Absicht des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), die aufschiebende Wirkung bei Beschwerden bei so genannten «Werken von öffentlicher Bedeutung» durch Revision des BoeB zu entziehen, ist ein Beispiel. Allerdings ist diese Idee schon allein aus Sicht der Rechtsgleichheit grundsätzlich abzulehnen. Auf jeden Fall müsste bei Gutheissung eines Rechtsmittels voller Schadenersatz gewährt werden, also positives Vertragsinteresse. Das ist nicht sinnvoll. Zudem sei hier sinngemäss wiederholt: Unternehmer wollen Aufträge erhalten, nicht Schadenersatz. Die Lösung könnte darin liegen, dass den

Gerichten Termine gesetzt werden. Allenfalls wäre eine Art Mediation zu prüfen, wie sie im Zivilrecht bekannt ist. Solche Instrumente des Privatrechts sind auch im Verwaltungsrecht prüfenswert.

Die Bemühungen zur Totalrevision des BoeB sind gescheitert. Weshalb? Was hätte besser gemacht werden müssen?

Aus kantonaler Sicht hat das Scheitern der Revision des BoeB politische und rechtliche Gründe. Der Bund wollte mit dem neuen BoeB das Beschaffungswesen der Kantone, das zu ihren Kernkompetenzen gehört und das die Kantone bis anhin selber geregelt haben, in einzelnen Bereichen neu zentralistisch regeln. Dagegen wurden erhebliche föderalistische Vorbehalte gemacht. Es gilt zu berücksichtigen, dass die Kantone grundsätzlich gleichberechtigte Staatsebenen sind. Beschaffungsregeln sind sodann vornehmlich Verwaltungsanweisungen. Anlass für einen Eingriff des Bundes in den Verwaltungsbereich der Kantone besteht nicht. Hinzu kommt, dass eine entsprechende Zentralisierung unter dem Vorwand der Umsetzung internationaler Verpflichtungen nicht sein kann, würde doch damit die Tür für eine umfassende Zentralisierung geöffnet. Aus rechtlicher Sicht musste dem BoeB-Entwurf die ungenügende gesetzestechnische Form entgegengehalten werden. Der erläuternde Text zur BoeB-Revision hielt selbstkritisch fest, dass das Beschaffungsrecht nur in Teilen vereinheitlicht würde. Die Formulierung von Bestimmungen für Bund und Kantone, andere nur für den Bund und dritte fakultativ für die Kantone, hätte dazu geführt, dass anstelle wegfallender, neue Erlasse der Kantone notwendig geworden wären. Damit wäre der grösste Vorteil des heutigen Konkordats, die Einschränkung der sachlich nicht begründeten Gesetzesvielfalt und damit die Harmonisierung, zunichte gemacht worden. Das vorgegebene Ziel, in erster Linie Vereinfachung und Nutzerfreundlichkeit, würde durch die neuen Regelungen im BoeB nicht erreicht.

Etwas plakativ können die heutige Situation und die Situation mit dem (nun abgelehnten) BoeB-Entwurf wie folgt dargestellt werden:

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

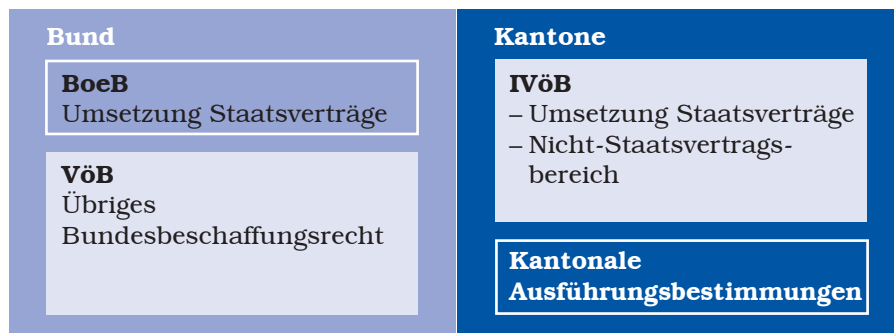
Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,

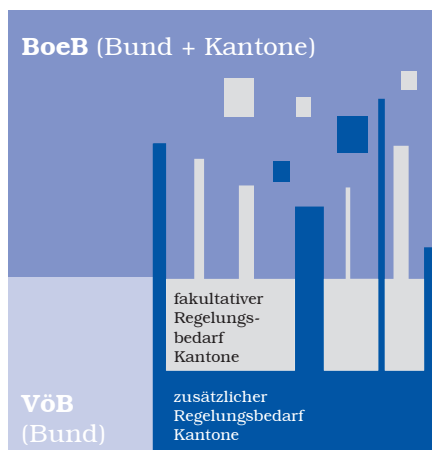
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;

Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;

E-Mail: info@kdmz.zh.ch



Bestehende Lösung (Trennung: auf Bundesebene Gesetz und Verordnung, auf kantonaler Ebene das Konkordat und kantonale Ausführungsverordnungen)



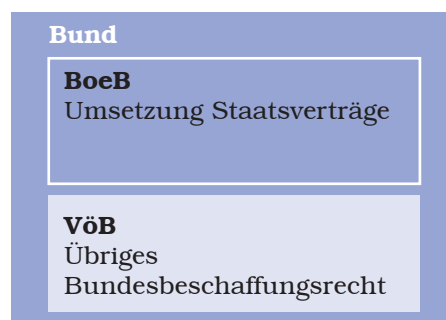
Konsequenzen des BoeB-Entwurfes (starke Vermischung)

Dies hat der Bund erkannt, und der Bundesrat hat darauf verzichtet, eine Gesetzesrevision vorzunehmen, welche die Kantone mit einbezieht. Dieser weise Beschluss wird denn auch von den Kantonen gewürdigt und anerkannt. Sie haben schliesslich die ausdrückliche Erklärung abgegeben, aktiv an einer Gesamtharmonisierung mitzuarbeiten, aber auf dem parallelen Weg Bundesgesetzgebung (für den Bund) einerseits, umfassende interkantonale Lösung (für die Kantone und Gemeinden) anderseits.

Wie geht es weiter mit dem öffentlichen Beschaffungswesen? Was plant die BPUK?

Der Bundesrat wird auf einen Eingriff in die kantonale Rechts hoheit verzichten. Er will sein eigenes Beschaffungsrecht für sich revidieren. Damit wäre der Weg geöffnet für eine parallele Harmonisierung, wie sie die BPUK schon in der Vernehmlassung vorgeschlagen und in einer Absichtserklärung vom 5. April 2009 ausdrücklich bestätigt hat. Diese kann grafisch wie in der folgenden Abbildung (vgl. Parallele Harmonisierung) dargestellt, abgebildet werden.

Mit anderen Worten: Der Bund soll nur sein eigenes Beschaffungsrecht regeln. Die Kantone ordnen mit einer überarbeiteten IVöB das gesamte Beschaffungsrecht der Kantone und Gemeinden. Bund und Kantone arbeiten künftig eng zusammen und sehen gegenseitige Anpassungen und analoge Formulierungen vor. Das ist ein sehr grosser Schritt zur Harmonisierung.

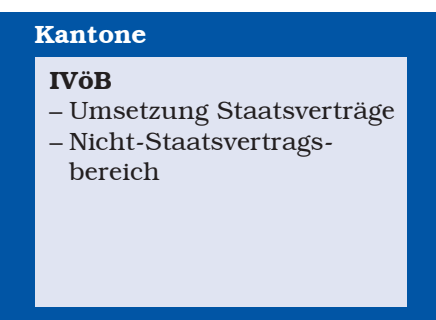


Parallele Harmonisierung

Mit Beschluss vom 18. November 2009 beschränkte sich der Bund nun vorerst auf eine einfache Revision der Verordnung (VöB). Es werden unter anderem Präzisierungen vorgenommen (z.B. Vorbe-fassung), neue Instrumente eingeführt (funktionale Ausschreibung, Dialog usw.) und die obligatorische elektronische Ausschreibung (SIMAP) vorgeschrieben. Daraus ergibt sich für die Kantone ein Dilemma. Da der Bund vorläufig nur eine einfache Verordnungsrevision vornimmt und die Revision des BoeB aufschiebt (aber nicht darauf verzichtet), müssen sich die Kantone fragen, ob parallel zu dieser Mini-Revision das komplizierte und langdauernde Verfahren einer Revision der IVöB in Angriff genommen werden soll. Für eine Revision des Konkordates sind Beschlüsse der Regierungen und Parlamente und teilweise auch der Stimmberechtigten nötig. Einzelne Revisionspunkte sind zudem in der IVöB zumindest in

analoger Weise bereits heute geregelt, was den Revisionsbedarf vermindert. Der Bund will später im Zusammenhang mit der dann abgeschlossenen Revision des GPA eine weitere, eventuell umfassende Revision des BoeB vornehmen. Das könnte dann nochmals Revisionsbedarf für die IVöB bedeuten. Und schliesslich werden die Wirkungen der Revision des BoeB bezüglich «keine aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen bedeutende Bundesprojekte» ebenfalls zu analysieren sein. Zwei oder gar drei Revisionen eines Konkordates innert kürzerer Zeit wäre jedoch politisch nicht machbar.

Vorerst wurde nun eine Arbeitsgruppe eingesetzt. Allenfalls müssen in einem ersten Schritt noch auf kantonaler Ebene die einzelnen Ausführungserlasse angepasst werden. Parallel dazu wird eine



Gesamtrevision der IVöB geprüft, damit diese bei Inkrafttreten zum Beispiel des revidierten GPA bereit ist und das Beitrittsverfahren eröffnet werden kann.

Die BPUK hat mich beauftragt, entsprechende Harmonisierungsabklärungen vorzunehmen und eine Revision der IVöB mit Einschluss der Vergaberichtlinien zu prüfen. Wie auch immer: die Kantone stehen zu ihrem Wort und wollen bereit sein. Ich erachte es als Ehre, dass die BPUK mich ersucht hat, den Bereich Beschaffungswesen weiter zu bearbeiten und zu betreuen. Sämtliche andere Aufgaben werden seit Ende 2009 von meinem Nachfolger in der BPUK, Dr. Benjamin Wittwer, betreut. 34 Jahre durfte ich die BPUK als beauftragter Geschäftsführer begleiten; die weitere Leitung des öffentlichen Beschaffungswesens als föderalistische Aufgabe ist nun noch mein letzter Beitrag.

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 28/August 2010

Preisbewertung – Regeln und Praxis

Dem Zuschlagskriterium «Preis» und dessen Bewertung kommt im Rahmen von Angebotsevaluationen eine zentrale Bedeutung zu. Nachfolgend werden die wesentlichen Grundsätze zusammengefasst und die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich mit einbezogen (Stand der publizierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich bis Ende Mai 2010; die zitierten Entscheide sind alle unter www.vgrzh.ch einsehbar).

Der Preis als Zuschlagskriterium

Gemäss § 33 Abs. 1 der Submissionsverordnung (SVO) ist der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot, also jenem mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis zu erteilen, wobei neben dem Preis Kriterien wie Qualität, Zweckmässigkeit, Kreativität, In-

frastruktur usw. zur Anwendung gelangen können. Die immer noch anzutreffende Meinung, es sei immer das Angebot mit dem tiefsten Preis zu berücksichtigen, trifft also bereits aufgrund des Wortlautes des Gesetzes nicht zu. Vielmehr ist es Aufgabe der Vergabestelle, qualitative und preisliche Kriterien so zu formulieren, zu gewichten und zu bewerten, dass der Beschaffungsbedarf mit Blick auf die notwendigen Bedürfnisse und die sachlich gerechtfertigten Qualitätsanforderungen optimal abgedeckt werden kann. Dabei gewährt die Praxis den Vergabestellen einen erheblichen Ermessensspielraum.

Als alleiniges Kriterium darf der Preis gemäss § 33 Abs. 2 SVO nur dann festgelegt werden, wenn es sich um einen weitgehend standardisierten Beschaffungsgegenstand handelt und nicht zu erwarten ist, dass die Angebote wesentliche qualitative Unterschiede aufweisen und solche auch gar nicht angestrebt werden. Die Standardisierung der Leistung muss so weit gehen, dass die Vergabestelle auch ohne Verwendung von weiteren Zuschlagskriterien mit einer ihren Bedürfnissen genügenden Leistung rechnen kann (VB.2003.00116 vom 11. September 2003).

Festlegung und Formulierung des Preiskriteriums

Das Kriterium Preis kann verschiedene finanzielle Aspekte umfassen. Diese können als Unterkriterien oder separate Kriterien

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Die vorliegende Ausgabe beschäftigt sich mit der richtigen Bewertung des Zuschlagskriteriums «Preis». Es liegt grundsätzlich im Ermessen der Vergabestelle, mit welcher Gewichtung die wirtschaftlichen Kriterien in die Auswertung der Angebote einbezogen werden. Vielfach ist jedoch der Preis eine der wenigen Angaben im Angebot, die sich einer subjektiven Betrachtung entzieht. Die Bewertung von Qualität, Zweckmässigkeit, technischem Wert und erst recht Ästhetik verändert sich im Auge des Betrachters erheblich. Auch wenn die Benotung dieser «weiche» Kriterien nachvollziehbar und objektivierbar gemacht wird, bleibt der Ermessensspielraum der Vergabestelle doch gross. Anders beim Preis. Der Beitrag von Daniela Lutz zeigt auf, wie der Preis sachgerecht bewertet werden kann und wo die Grenzen des Ermessens der Vergabestelle durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich festgelegt worden sind.

Mit diesem Vorwort verabschiede ich mich von Ihnen, werte Leserinnen und Leser. Ich bedanke mich bei Ihnen für das Vertrauen, dass Sie mir in den vergangenen Jahren entgegen gebracht haben, und beim Redaktionsteam für die stets sehr angenehme und ergebnisreiche Zusammenarbeit. Die Leitung der Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen der Stadt Winterthur wurde an Nicole Zumstein Bonvin übergeben, die zukünftig die Stadt Winterthur im Redaktionsteam vertreten wird. Mit der Pensionierung von Felix Christen wird auch die Vertretung der Stadt Zürich neu geregelt. Mit Michèle Klausberger konnte eine langjährige Mitarbeiterin der Rechtsabteilung im Stab des Hochbaudepartements der Stadt Zürich für die Nachfolge gewonnen werden. Ich wünsche dem Redaktionsteam in der neuen Zusammensetzung viel Freude und gutes Gelingen.

Sandra Eberle

Autorin



Daniela Lutz, M.B.L. – HSG, Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht, Lindtlow Anwaltskanzlei, Zürich

beschrieben sein: z.B. Anschaffungskosten, Betriebs- und Unterhaltskosten (inkl. interne Kosten), Life Cycle Costs. So ist es etwa zulässig, neben dem Angebotspreis die Regieansätze inkl. Rabatt als separates Unterkriterium zu nennen (VB.2005.00286 vom 8. März 2006, E. 2.3.1). Die Gewichtung von solchen (Unter)Kriterien muss aber stets den tatsächlichen Proportionen Rechnung tragen: So wäre es etwa unzulässig, Betriebskosten, die – auch auf lange Frist betrachtet – äusserst minim sind, gleich hoch zu gewichten wie die Anschaffungskosten.

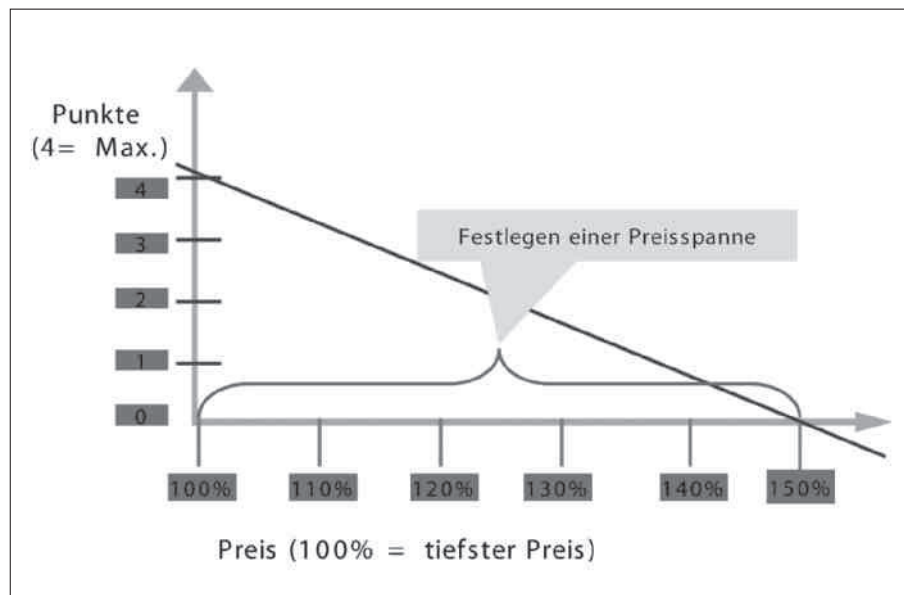
Gemäss noch immer geltender Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichtes ist die Bekanntgabe der Reihenfolge der Kriterien ausreichend. Die Bekanntgabe der Gewichtung (also z.B. «Preis 60%») in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen ist nicht zwingend – auch wenn das Verwaltungsgericht konstant darauf hinweist, dass es sich im Sinne der Transparenz empfehle, sowohl Gewichtung als auch Hinweise zur Preisbewertung im Voraus bekannt zu geben.

Nur ausnahmsweise kann der Preis als Zuschlagskriterium fehlen – nur dann, wenn die Kosten des Auftrages nicht relevant bzw. auf andere Weise vorgegeben bzw. begrenzt sind, etwa durch ein festes Kostendach (Robert Wolf, Der Angebotspreis, in BR Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 17; VB.2005.00155 vom 19. Oktober 2005, E. 7.2).

Werden überhaupt keine Zuschlagskriterien definiert (was allerdings vermieden werden sollte), gilt der Preis als einziges Kriterium – jedenfalls dann, wenn die Qualität der Leistungen anderweitig (durch Auswahl der Anbieter und/oder Standardisierung) sichergestellt ist (VB.2008.00111 vom 16. Juli 2008, E. 7.2). Ist dies nicht der Fall, droht der Ausschreibung im Beschwerdefall die Aufhebung.

Zur Gewichtung des Kriteriums Preis

Bei der Festlegung der Gewichtung des Preises (also dessen prozentualen Anteils an der Gesamtheit der Zuschlagskriterien) hat die Verga-



bestelle zwar einen weiten Ermessensspielraum, sie muss aber der Art der Beschaffung Rechnung tragen: Je einfacher und standardisierter eine Leistung ist, desto höher muss die Gewichtung sein. Für einfache Arbeiten muss die Gewichtung deshalb bei 60-80% liegen, bei komplexen Aufträgen zwischen 20-50%. Selbst bei sehr komplexen Leistungen gibt die bundesgerichtliche Rechtsprechung sodann vor, dass die unterste Grenze für das Preiskriterium aber in jedem Fall bei mindestens 20% anzusetzen sei (BGE 129 I 313, E.9.2).

Zur Bewertung des Kriteriums Preis

Alleine mit der Gewichtung des Kriteriums Preis ist die tatsächliche Bedeutung der Angebotspreise noch nicht festgelegt, massgeblich ist insbesondere die Bewertung, die Punktegebung: Welcher Preis in Franken erhält wie viele Punkte, die anschliessend mit der Gewichtung multipliziert werden?

Die gesetzlichen Grundlagen schreiben kein Berechnungsmodell vor und tatsächlich werden schweizweit ganz unterschiedliche Modelle und Formeln angewen-

det. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat 2004 in einem Grundsatzurteil (VB.2003.00469 vom 21. April 2004) die wesentlichen Weichenstellungen vorgenommen und das Modell in weiteren Urteilen präzisiert:

Die Bewertung und damit die Punktevergabe muss die Gewichtung des Kriteriums berücksichtigen, damit diese auch tatsächlich zum Tragen kommt. Dies ist beispielsweise dann nicht der Fall, wenn alle Angebotspreise trotz tatsächlicher Differenzen von über 50% noch immer zwischen 8 und 10 Punkte erhalten (bei einer 10er-Skala). Eine solche Preiskurve ist zu flach und verwässert das bekannt gegebene Gewicht des Kriteriums.

Es ist deshalb eine Preiskurve festzulegen, welche die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte berücksichtigt, d.h. den erwarteten prozentualen Abstand zwischen dem günstigsten und einem sehr teuren, sehr schlechten Preis. Diese Preisspanne wird von der Vergabebehörde festgelegt. Das tiefste (seriöse) Angebot erhält dabei die maximale Punktzahl, im Übrigen wird linear interpoliert (vgl. Grafik oben).

Das Verwaltungsgericht schlägt hierfür folgende Formel vor:

$$\frac{\text{Tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne} - \text{Beurteiltes Angebot}}{\text{Tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne} - \text{Tiefstes Angebot}} \times \text{Gewichtung}$$

Weitere Hinweise

- Es ist nicht zulässig, die Preisbewertung mit ganzen Punkten (wie bei den übrigen Kriterien) vorzunehmen, es braucht eine proportionale Abstufung (mindestens auf Zehntelpunkte genau), die den effektiven Preisunterschieden Rechnung trägt (VB.2007.00449 vom 9. April 2008, E. 7), eine schlichte Rangierung (1., 2., 3.....) erfüllt diese Anforderung nicht. Jede grössere Preisdifferenz muss sich in der Punktebewertung niederschlagen (VB.2007.00326 vom 5. Dezember 2007).
- Die Vergabestelle darf keine Mindestpreise vorgeben (VB.2005.00200 vom 25. Januar 2006, E. 3.2).
- Preise, die deutlich über der Preisspanne liegen, können nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes auch mit Negativpunkten bewertet werden (statt nur mit 0 Punkten), um den effektiven Preisdifferenzen Rechnung zu tragen. Dabei ist meines Erachtens aber grösste Vorsicht geboten: Mit der Verteilung von Negativpunkten wird in aller Regel die Punkteskala für das Preiskriterium stark ausgeweitet und es wird damit dem Preiskriterium indirekt ein grösseres Gewicht verliehen! Die Bewertung mit Negativpunkten sollte deshalb zumindest in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt werden.

Wie ist die Preisspanne zu definieren?

Die Festlegung der Preisspanne hängt von der in Frage stehenden Beschaffung ab. So ist bei einfachen Bauarbeiten in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Dienstleistungen. Wird sie erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt (was zulässig ist!),

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, Udorf.

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (VB.2005.00227 vom 21. September 2005, E. 3).

Die Preisspanne soll sich nicht automatisch nach dem teuersten Angebot richten und auch nicht strikt nach einem eventuell nur groben Kostenvoranschlag, sondern nach einer realistischerweise zu erwartenden Preisspanne, die je nach angebotenen Qualitäten oder der Marktsituation auch variieren kann. Dabei ist der «Nullpunkt» bei einem wirklich «schlechten» Wert anzusetzen.

Je ungewöhnlicher (besonders eng oder besonders weit) eine Preisspanne ist, desto mehr braucht es eine triftige Begründung. Bei Beschaffungen, die weitgehend definiert sind, aber grössere Preisunterschiede erwarten lassen, ist oft eine Standard-Preisspanne von 50% angemessen.

Unzulässige Bewertungsmethoden

Das Verwaltungsgericht Zürich hat folgende Preisbewertungsformeln ausdrücklich als unzulässig qualifiziert (VB.2009.00047 vom 26. August 2009, E. 4.4):

$$\frac{\text{Tiefstes Angebot}}{\text{Beurteiltes Angebot}} \times \text{Gewichtung}$$

Grund: Die Gewichtung des Kriteriums wird verfälscht.

$$\frac{\text{Höchstes Angebot} - \text{Beurteiltes Angebot}}{\text{Höchstes Angebot} - \text{Tiefstes Angebot}} \times \text{Gewichtung}$$

Grund: Die Preisbewertung hängt entscheidend vom höchsten Preis ab und ist somit nicht vorhersehbar.

Nicht angemessen war auch eine Preisbewertung, die dem tiefsten Angebot 100 Punkte erteilte und pro 4% Preisdifferenz 1 Punkt Abzug vergab: Damit wurde bei der Vergabe von Baumeisterarbeiten für einen Schulhausneubau die bekannt gegebene Gewichtung von 65% des Preises faktisch auf 16% reduziert (VB.2003.00188 vom

Zu einigen vom Verwaltungsgericht beurteilten Preisspannen:

Bei Trasseebauarbeiten für eine Nationalstrasse ist trotz komplexer Verhältnisse eine Bandbreite von 100% nicht zulässig, angemessen wäre eine solche von 50% (VB.2005.00582 vom 5. Mai 2006).

Eine Preisspanne von 117% bei der Beschaffung von Sanitäranlagen für die Gesamtanierung eines Schulhauses ist nicht zulässig – angemessen sind 50%.

Bei Tiefbauarbeiten für die Sanierung und Umlegung einer Strasse inkl. Erneuerung Kanalisation und Werkleitungen ist eine Preisspanne von 70 % ungewöhnlich hoch, eine solche von 30–50 % wäre angemessen (VB.2009.00047 vom 26. August 2009, E. 4.3).

Bei Baumeisterarbeiten für den Neubau einer unterirdischen Trafostation darf die Spanne nicht bei 80 % angesetzt werden, sie muss zwischen 40–60 % liegen (VB.2005.00227 vom 21. September 2005).

11. September 2003, E. 4a-b; vgl. auch VB.2003.00167 vom 19. November 2007, E. 2b u. 3).

Kritisch zu betrachten und zu vermeiden sind Modelle, die nicht dem tiefsten Angebot die maximale Punktzahl einräumen, sondern von einem Mittelwert ausgehen und diesem die höchste Punkt-

zahl vergeben («Glockenkurve», Gauss'sche Kurve). Nur in einem Ausnahmefall liess es das Verwaltungsgericht zu, dass der Durchschnittspreis aller Angebotspreise ermittelt, diesem die maximale Punktzahl zugeteilt wurde und Abweichungen nach unten oder oben mit Abzügen bewertet wurden. Der Grund lag darin, dass das Mittelwert-Vorgehen auch bei den qualitativen Kriterien analog angewendet wurde und damit keine Verschiebung der Gewichtung verbunden war.

Alternativen?

Immer wieder sind Vergabestellen unzufrieden mit der Anforderung, das Kriterium Preis abschliessend gewichten zu müssen. Zunehmend an Interesse gewinnen deshalb Modelle, die das Verhältnis «Preis pro Qualitätspunkte» ermitteln. Dabei werden die qualitativen Kriterien wie gewohnt gewichtet und mit Punkten bewertet. Mit dem Angebotspreis und dem Ergebnis der qualitativen Kriterien wird in der Folge ein Quotient ermittelt: Je tiefer der Quotient, umso besser die Gesamtbeurteilung. Entsprechende Modelle sind – unter Vorbehalt der Transparenz in den Ausschreibungsunterlagen – zulässig.

Beispiel:

Angebot 1:

Preis	300'000	
	_____	= 8'333
Qualitative Kriterien	36 Punkte	

Angebot 2:

Preis	320'000	
	_____	= 7'441
Qualitative Kriterien	43 Punkte	

Nachteil dieser Methode ist, dass die effektive Gewichtung des Preises nicht mehr vorgängig bekannt gegeben werden kann – sie liegt allerdings in aller Regel (aber nicht immer) nahe bei 50%.

Zum Schluss

Die von der Gerichtspraxis vorgeschlagene Vorgehensweise gibt Vergabestellen eine zuverlässige Richtung vor. Sie werden damit aber nicht davon befreit, Preisgewichtung und Bewertung bei jeder Vergabe daraufhin zu prüfen, ob sie sachgerecht sind, ob sie auf die konkrete Beschaffung und die offerierten Preise auch tatsächlich «passen».

Neue Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich

Aufgrund der Währungsentwicklung in den letzten Jahren mussten gewisse Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich gemäss Anhang 1 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) um rund 10% gesenkt werden. Die Anpassungen beruhen auf einem Beschluss des dafür zuständigen Interkantonalen Organs für das öffentliche Beschaffungswesen (INöB), dem die Kantone zugestimmt haben. Die neuen Schwellenwerte gelten ab 1. Juli 2010. Die entsprechende Änderung der IVöB wurde in der kantonalen Gesetzessammlung publiziert (OS 65, 441). Die neu anzuwendenden Schwellenwerte sind auch auf der Homepage der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) unter folgendem Link zu finden: http://www.koeb.zh.ch/internet/bd/bd_gs/sub/de/home.html

Neue Schwellenwerte der IVöB im Staatsvertragsbereich (in CHF)

Auftraggeberin Auftraggeber		Auftragswert CHF		
		Bau- arbeiten	Liefer- ungen	Dienst- leistungen
Kantone	bisher	9 575 000	383 000	383 000
	neu	8 700 000	350 000	350 000
Behörden und öffentliche Unternehmen in den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation	bisher	9 575 000	766 000	766 000
	neu	8 700 000	700 000	700 000
Gemeinden/Bezirke	bisher	9 575 000	383 000	383 000
	neu	8 700 000	350 000	350 000
Private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten in den Sektoren Wasser, Energie und Verkehr (inkl. Drahtseilbahnen und Skiliftnanlagen)	bisher	9 575 000	766 000	766 000
	neu	8 700 000	700 000	700 000

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 29/Januar 2011

Das Urheberrecht der Planer – Geheimwaffe oder Verlegenheitsargument?

Dr. Mario Marti, Rechtsanwalt, MJur, Kellerhals Anwälte, Geschäftsführer usic, Bern

Ingenieure, Architekten und Planer erbringen in vielen Fällen komplexe Dienstleistungen zugunsten der Bauherren und deren Projekte. Die Leistungen sind in diesen Fällen das Ergebnis intellektueller Arbeiten der Planer und basieren auf deren Wissen und Know-how. Der Planer hat verständlicherweise ein Interesse an einem wirksamen Schutz seines geistigen Eigentums. Die Auseinandersetzung mit diesem geistigen Eigentum, namentlich mit Urheberrechten, ist deshalb für Planungsbüros von Bedeutung und wird in der Praxis immer wieder thematisiert. Nicht selten sind Urheberrechte Gegenstand von Auseinandersetzungen zwischen Planern und deren Auftraggebern oder unter verschiedenen Planern.

Gegenstand und Inhalt des Urheberrechts

Der Begriff des Urheberrechts ergibt sich aus dem Urheberrechtsgesetz (URG). Dieses Gesetz bezweckt den Schutz von Urhebern «von Werken der Literatur und Kunst» (Art. 1 lit. a URG). Nach Art. 2 Abs. 1 URG sind Werke «geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben». Dabei kommt es auf den Wert oder Zweck eines Werks nicht an. Abs. 2 des gleichen Artikels nennt beispielhaft einzelne Werkkategorien, welche vom Urheberrechtsbegriff erfasst werden.



Dabei werden ausdrücklich auch die «Werke der Baukunst» genannt. Unter den Werkbegriff fallen auch Entwürfe oder Teile von Werken.

Entwurfsarbeiten von Architekten erfüllen regelmässig den Werkbegriff des Urheberrechts. Der Inhalt der Arbeit spielt dabei für die Werkqualität keine Rolle; es kann sich um architektonische Arbeiten für ein Gebäude, die Inneneinrichtung eines Gebäudes oder für den Städtebau handeln. Bei den Ingenieurarbeiten ist zu differenzieren: Kopien oder rein standardisierte Kombinationen bekannter Linien und Formen fallen nicht unter die Definition des Werks. Vielmehr ist eine individuelle Leistung des Ingenieurs notwendig, welche sich von anderen Arbeiten abhebt und unterscheidet. Generell keinen Urheberrechtsschutz geniessen Ideen

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Die vorliegende Ausgabe beschäftigt sich mit dem Thema Urheberrecht im Planerwesen: Welche Planerwerke sind urheberrechtlich geschützt? Was sind die rechtlichen Auswirkungen des Urheberrechts? Unter welchen Bedingungen darf ein Auftrag aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums freihändig vergeben werden? Wie wird das Urheberrecht in den Leistungs- und Honorarordnungen des SIA und im KBOB-Planervertrag geregelt? Der Beitrag von Dr. Mario Marti beantwortet alle diese Fragen und zeigt die praktische Relevanz des Urheberrechts der Planer auf: In zahlreichen Fällen wird das Urheberrecht als Druckmittel des Beauftragten in einer Streitigkeit mit dem Auftraggeber benutzt. Dabei liegt der Grund der Auseinandersetzung oft nicht im Bereich des Urheberrechts, sondern im Bereich des Vertragsrechts.

Ergänzt wird die vorliegende Ausgabe mit einer aktuellen Information zum Thema SIMAP, sowie mit einem Hinweis auf das Aus- und Weiterbildungsangebot der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen. Zögern Sie nicht, an diesen Veranstaltungen teilzunehmen, und teilen Sie uns mit, welche Themen Sie gerne im KRITERIUM behandelt hätten.

Mit diesem Vorwort bedanke ich mich beim Redaktionsteam für dessen freundlichen Empfang letzten Dezember und freue mich auf eine angenehme und bereichernde Zusammenarbeit. Ich habe die Leitung der Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen der Stadt Winterthur per 1. Juli 2010 von meiner Vorgängerin und ehemaligem Mitglied des Redaktionsteams, Sandra Eberle, übernommen. Sandra Eberle hat letztes Jahr die Leitung der Beschaffungskommission des Bundes angetreten. Sie hat mich sehr freundlich und kompetent in meine neuen Aufgaben bei der Stadt Winterthur eingeführt und dafür danke ich Ihr ganz herzlich. Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, wünsche ich ein erfolgreiches und spannendes Jahr 2011 und eine gute Lektüre!

Nicole Zumstein Bonvin

Schulungen und Informationsveranstaltungen

Einführungs- und Weiterbildungsveranstaltungen im öffentlichen Beschaffungswesen

Für Mitarbeitende der Kantonalen Verwaltung Zürich und der Zürcher Gemeinden organisiert die KÖB regelmässig Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen.

Neben unregelmässigen Informationsanlässen sieht das ständige Angebot einen Einführungskurs (1 Tag) und einen Vertiefungskurs (1/2 Tag) vor.

Interessenten haben die Möglichkeit, ihren Ausbildungsbedarf direkt auf der Website der KÖB anzumelden. Die Kurse werden bei entsprechendem Bedarf mehrmals pro Jahr durchgeführt: www.koeb.zh.ch (Rubrik → Schulungen und Informationsveranstaltungen)

oder Konzepte – geschützt ist erst deren konkrete Ausgestaltung als Zeichnung, Plan usw.

Das Urheberrecht gibt dem Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie sein Werk verwendet oder verändert werden darf (Art. 10 Abs. 1 URG). Der Urheber hat ein Anrecht auf Anerkennung seiner Urheberschaft (Art. 9 URG) sowie auf den Schutz vor Entstellung seines Werks (Art. 11 Abs. 2 URG).

Nach Art. 6 URG entsteht das Urheberrecht originär bei demjenigen Individuum, welches das Werk erschaffen hat. Haben mehrerer Personen gemeinsam an einem Werk mitgewirkt, wie dies in Planerteams üblich ist, gelangt Art. 7 Abs. 1 URG zur Anwendung: *«Haben mehrere Personen als Urheber oder Urheberinnen an der Schaffung eines Werks mitgewirkt, so steht ihnen das Urheberrecht gemeinschaftlich zu.»* Das bedeutet insbesondere, dass ein Fachplaner, welcher den federführenden Architekten bei der Ausarbeitung eines Projektes unterstützt und dabei einen Beitrag mit individuellem Charakter leistet, als Miturheber zu behandeln ist. Ohne anderweitige Vereinbarung unter den Miturhebern ist eine Rechtsausübung über das Miturheberrecht stets nur mit Zustimmung aller Miturheber möglich.

Die dem Urheberrecht innewohnenden Verwertungsrechte können ohne weiteres auf Drittpersonen übertragen werden. So wird der

Erwerber eines Bauwerks berechtigt, dieses zu nutzen, sei dies etwa, indem er selber das Gebäude bewohnt oder es vermietet oder weiterverkauft. Von der Übertragung der Urheberrechte nicht umfasst sind die absolut geschützten Persönlichkeitsrechte des Urhebers. Selbst wenn der Urheber einem Dritten erlaubt, das Werk zu benützen und zu ändern, kann er sich einer Entstellung des Werks widersetzen, die ihn in der Persönlichkeit verletzen würde (Art. 11 Abs. 3 URG; vgl. zu dieser Thematik BGE 117 II 466).

Eine *Urheberrechtsverletzung* kann vom berechtigten Urheberrechtinhaber auf dem Weg des vorsorglichen Rechtsschutzes wirksam unterbunden werden.

Urheberrechte und Vergaberecht

Eine besondere Stellung nehmen Urheberrechte und andere Immaterialgüterrechte im Vergabeverfahren ein. § 10 Abs. 1 lit. c der Submissionsverordnung (SVO; vgl. für das Bundesrecht die analoge Bestimmung in Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB) sieht vor, dass ein Auftrag unabhängig vom Auftragswert *freihändig* vergeben werden darf, wenn *«aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums»* nur ein Anbieter in Frage kommt und keine angemessenen Alternativen bestehen. Ein Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung können Vorstudien oder Vorprojekte bilden, welche urheberrechtlichen Schutz geniessen. Angesichts

der von der SVO geforderten Alternativlosigkeit ist eine direkte Folgebeauftragung des Vorprojektverfassers aber praktischerweise nur dann möglich, wenn bei der ursprünglichen Vergabe der planerischen Vorarbeiten die ordentlichen Beschaffungsregeln berücksichtigt worden sind. Andernfalls kann ein Dritter ein Alternativprojekt realisieren, auch wenn er hierzu seinerseits vorab nochmals die Vorarbeiten erbringen muss. Um Unklarheiten oder Doppelspurigkeiten zu vermeiden, tun die Vergabebehörden deshalb gut daran, entweder zu Beginn bereits ein ordentliches Beschaffungsverfahren durchzuführen, welches alle Folgeschritte mit umfasst, oder aber die Rechte am Vorprojekt zu erwerben.

Eine ähnliche Situation ergibt sich in den Wettbewerbsverfahren. Im Rahmen solcher Verfahren werden kreative Vorschläge entwickelt. In der Regel macht ein solches – oft aufwendiges – Verfahren nur Sinn, wenn damit auch sichergestellt ist, dass der Wettbewerbssieger anschliessend den Auftrag für die Projektierung des Siegerprojektes erhält. Für diesen Fall sieht § 10 Abs. 1 lit. i SVO wiederum die Möglichkeit der freihändigen Vergabe vor, sofern vorgängig bekannt gegeben wurde, dass der Vertrag mit dem Gewinner des Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs abgeschlossen werde. Als weitere Voraussetzungen verlangt die SVO, dass die Beurteilung der Wettbewerbsbeiträge durch ein unabhängiges Preisgericht erfolgt und dass der Wettbewerb nach den Grundsätzen des Beschaffungsrechts durchgeführt wird. Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, entfällt die Möglichkeit der freihändigen Vergabe. Dies ist etwa der Fall bei reinen Ideenwettbewerben, bei welchen kein Anspruch auf einen weiteren planerischen Auftrag in Aussicht gestellt wird (vgl. BR 2001, S. 159).

Urheberrechtsklauseln in den Leistungs- und Honorarordnungen des SIA (LHO SIA)

Die von Planern im Rahmen der Auftragserfüllung erschaffenen Ur-

heberrechte sind auch Gegenstand des privatrechtlichen Vertragsverhältnisses. So hält Art. 1.4.1 der einschlägigen Ordnungen SIA (102, 103, 108) aus grundsätzlicher Sicht fest, dass die Urheberrechte an einem Werk beim Architekten oder Ingenieur verbleiben. Dem Auftraggeber steht das Recht zu, die Arbeitsergebnisse für den vereinbarten Zweck zu nutzen, sobald er das Honorar bezahlt hat (Art. 1.6.4 der Ordnungen). Bis zur vollständigen Honorarbezahlung verbleibt das Verwendungsrecht somit ausschliesslich beim Architekten oder Ingenieur. Beim fraglichen Honorar muss es sich um dasjenige für die betroffene Leistung handeln. Obschon die Ordnungen diesbezüglich keine klare Regelung vorsehen, ist davon auszugehen, dass das Verwendungsrecht für eine Teilleistung mit vollständiger Bezahlung des auf diese Teilleistung entfallenden Honorars auf den Auftraggeber übergeht und nicht erst bei Bezahlung des vollständigen Honorars für die Gesamtleistung.

Ohne anders lautende Vereinbarung ist ferner davon auszugehen, dass das Verwendungsrecht nur die einmalige Werkausführung umfasst – der Wortlaut der Ordnung, wonach die Arbeitsergebnisse «zum vereinbarten Zweck» verwendet werden dürfen, kann nicht anders verstanden werden. Nur wenn von vornherein klar war, dass ein Werk mehrfach realisiert werden soll (z.B. Fertighaus für Serienproduktion), darf ein mehrfaches Verwendungsrecht angenommen werden.

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Urheberrechtsklausel im KBOB-Planervertrag

Immer wieder werden Planerverträge auch auf der Basis des KBOB-Vertrags für Planerleistungen abgeschlossen. Die zu diesem Mustervertrag gehörenden Allgemeinen Vertragsbedingungen KBOB für Planerleistungen behandeln das Thema Urheberrecht in Ziff. 15 relativ umfassend (vgl. Text in der Box). Auch hier wird

auszuwechseln und die Arbeiten durch einen neuen Planer weiterführen zu lassen. Aus Sicht der Planer hält die Ziff. 15.2 der Allgemeinen Vertragsbedingungen immerhin fest, dass in diesem Fall der Auftraggeber dem bisherigen Planer das bis zu diesem Zeitpunkt geschuldete Honorar zu leisten hat. Die Erläuterungen zum KBOB-Leitfaden erachten dies als «Kompromiss mit den Anliegen der

Die Urheberrechtsklausel gemäss KBOB-Planervertrag:

15. Urheberrecht

15.1 Das Urheberrecht verbleibt beim Beauftragten.

15.2 Dem Auftraggeber steht das unentgeltliche, unwiderrufliche und nicht ausschliessliche Recht zu, die Arbeitsergebnisse des Beauftragten zur Vollendung des Projektes für seine Bedürfnisse frei zu verwenden. Macht der Auftraggeber von diesem Recht ohne Berücksichtigung des Beauftragten Gebrauch, steht diesem das Recht auf Bezahlung des in diesem Zeitpunkt geschuldeten Honorars zu, soweit vom Auftraggeber anerkannt. Soweit der Honorarsanspruch streitig ist, hat der Auftraggeber diesen zu hinterlegen oder anderweitig sicher zu stellen.

15.3 Das Abänderungsrecht des Auftraggebers bezüglich der Arbeitsergebnisse des Beauftragten gilt in begründeten Fällen bereits während der Planungsphase. Das Gleiche gilt für den Fall, dass der Vertrag vorzeitig aufgelöst wird, sofern der Auftraggeber nicht selbst den Grund für die Vertragsauflösung zu vertreten hat.

Ziff. 15 der Allgemeinen Vertragsbedingungen KBOB für Planerleistungen (Ausgabe 2006)

vorab der Grundsatz aufgestellt, wonach das Urheberrecht beim Beauftragten, sprich beim Planer, verbleibt. Im Gegensatz zur (restriktiven) Regelung gemäss LHO SIA ist das Verwendungsrecht des Auftraggebers nun aber nicht nur auf den «vereinbarten Zweck» beschränkt, sondern vielmehr umfassend: Dem Auftraggeber steht nämlich das «unentgeltliche, unwiderrufliche und nicht ausschliessliche Recht zu, die Arbeitsergebnisse des Beauftragten zur Vollendung des Projektes für seine Bedürfnisse frei zu verwenden». Dieses umfassende Verwendungsrecht der Arbeitsergebnisse des Planers umfasst auch das Recht, das Projekt weiter zu bearbeiten oder gar zu ändern (vgl. KBOB-Leitfaden zu Vergabeverfahren und Verträgen für Planerleistungen, S. 20). Diese Vertragsbestimmung gibt dem Auftraggeber somit die Möglichkeit, während eines laufenden Projektes den Planer

Planer», gleichwohl hält die gleiche Vertragsbestimmung fest, dass die erwähnte Honorarzahlung nur zu erfolgen habe, sofern sie vom Auftraggeber (d.h. einseitig) anerkannt werde. Ansonsten verlangt die Norm eine Hinterlegung oder anderweitige Sicherstellung des umstrittenen Honorars. Ziff. 15.3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen geht noch einen Schritt weiter, indem dem Auftraggeber explizit auch die Möglichkeit eingeräumt wird, das Abänderungsrecht in begründeten Fällen bereits in der Planungsphase auszuüben. Eine Einschränkung des Abänderungsrechts besteht indessen dann, wenn der Auftraggeber den Planervertrag vorzeitig aufgelöst hat und den Grund für die Vertragsauflösung selber zu verantworten hat. In diesem Fall bleiben die Urheberrechte des Beauftragten gewahrt, jedenfalls bezüglich des Abänderungsrechts (nicht betroffen ist das allgemeine Verwendungsrecht).

Insgesamt gibt die Klausel gemäss Ziff. 15 der Allgemeinen Vertragsbedingungen dem Auftraggeber somit wesentlich mehr Rechte und Handlungsspielraum als die LHO SIA. Ob dies in der Praxis gerechtfertigt ist, dürfte weitestgehend eine Frage der persönlichen Optik sein. Immerhin muss festgestellt werden, dass die Regelung gemäss KBOB-Planervertrag eindeutig auftraggeberfreundlicher ist und die Aussage des Kommentars, wonach es sich um einen «Kompromiss» handle, etwas gar positiv formuliert ist.

Praktische Relevanz

Die praktische Relevanz des Urheberrechts im Baubereich ist nicht eindeutig beurteilbar. In der Praxis dient das (behauptete) Urheberrecht in den meisten Fällen als Druckmittel des Beauftragten in einer Streitigkeit mit dem Auftraggeber, welche ihre Ursache in anderen, mit dem geistigen Eigentum in keinem direkten Zusammenhang stehenden Bereichen hat. So bringt der Planer seine Urheberrechte ins Spiel, wenn der Bauherr – zum Beispiel wegen unterschiedlichen Auffassungen über das Projekt oder ungenügender Kostenkontrolle durch den Planer – das Vertragsverhältnis mit dem Planer beenden und das Projekt mit einem anderen Planer weiterführen will. In solchen Fällen wird das Urheberrecht als Pfand in der Hand des Planers (miss-?)braucht, um seinen Anliegen – die möglicherweise durchaus berechtigt sind – zum Durchbruch zu verhelfen. Ob ein solches Vorgehen legitim sei, kann dahingestellt bleiben. Tatsache ist, dass der eigentliche Kern der Auseinandersetzung nicht im Bereich des Urheberrechts liegt, sondern im Bereich des Vertragsrechts. Es ist durchaus verständlich, wenn Bauherren vor diesem Hintergrund versuchen, bereits im Vertragstext Regelungen über die Handhabung des Urheberrechts anzubringen (wie z.B. im KBOB-Planervertrag). Natürlich ist hierbei zu fordern, dass faire Lösungen angestrebt werden und dass Bauherren nicht ihre Angebotsmacht missbrauchen, indem sie einseitige und für die Planer von vornherein ungünstige Urheberrechtsklauseln

durchsetzen. Ein Bauherr, der sich bezüglich der immateriellen Rechte der Planer sämtliche Möglichkeiten offenhalten will, läuft jedenfalls Gefahr, dass die besten Planer wenig Interesse haben, für seine Projekte tätig zu werden.

Auch in Planergemeinschaften sind Urheberrechte gelegentlich strittig: Wird ein Mitglied einer Planergemeinschaft, das zum Beispiel in einem Wettbewerbsverfahren Beiträge an das Projekt geleistet hat, im späteren Verlauf – etwa nach dem Zuschlag durch den Bauherrn – von den übrigen Mitgliedern der Gemeinschaft ausgeteilt und durch einen neuen Planer ersetzt, kann das (Mit-) Urheberrecht des hintergangenen Mitgliedes durchaus ein gutes Verteidigungsmittel sein. Auch hier dürfte aber aus rechtlicher Sicht eine Argumentation gestützt auf das gesellschaftsrechtliche Verhältnis naheliegender und oft wohl auch zielführender sein.

Fazit

Urheberrechte und andere Immaterialgüterrechte geniessen in Planerkreisen einen hohen Stellenwert. Nicht selten sind Dis-

kussionen um solche Rechte emotionsgeladen. Dies erstaunt nicht, versteht sich der Planer doch als Erbringer von intellektuellen Dienstleistungen, die selbstredend auch ihren rechtlichen Schutz geniessen wollen und sollen. Nichtsdestotrotz wird das Argument des Urheberrechts zuweilen leichtfertig und voreilig in die Waagschale geworfen. Es gibt natürlich Fälle, in denen urheberrechtliche Ansprüche missachtet werden und sich ein Vorgehen gestützt auf das URG (mit vorsorglichen Massnahmen, die rasch greifen können!) als Geheimwaffe des Planers erweisen kann. Nicht selten ist eine Berufung auf das Urheberrecht aber ein Verlegenheitsargument, welches von der eigentlichen Auseinandersetzung – die meistens im Bereich des Vertrags- oder Gesellschaftsrechts liegt – ablenken soll.

Alle Parteien des Bauprozesses tun jedenfalls gut daran, dem geistigen Eigentum genügend Beachtung zu schenken und wenn immer möglich rechtzeitig und einvernehmlich festzulegen, wie damit fairerweise umzugehen ist.

Weiterführende Hinweise:

«Teambildung bei Projektwettbewerben», Wegleitung zur Ordnung SIA 142, Juni 2009 / 142i-201d (abrufbar unter www.sia.ch)

KBOB-Leitfaden zu Vergabeverfahren und Verträgen für Planerleistungen, Version 5.0/2009 (abrufbar unter www.kbob.ch)

2011 alle Kantone und Bund auf Simap

Ab 2011 werden alle Kantone sowie der Bund die Beschaffungsplattform simap.ch benutzen. Die rasche Ausbreitung der Plattform im vergangenen Jahr bringt grosse Vorteile im Schweizerischen Beschaffungswesen mit sich. Mit verbesserten Recherchemöglichkeiten, dem Online-Abonnement sowie verschiedenen weiteren Optimierungen wurde der Nutzen der Plattform zudem für die Anbietenden weiter gesteigert. Heute sind bereits ca. 42'000 Unternehmen (davon ca. 5'500 im Ausland) auf simap.ch registriert. Im Kanton Zürich ist die Publikation öffentlicher Ausschreibungen auf simap.ch schon seit längerem Pflicht.

Weitere Kennzahlen zu Simap (ganze Schweiz, per Ende 2010):

- Besucher Webseite simap.ch: ca. 55'000 Monat
- Ausschreibungen im 2010: ca. 4'950
- Aktive Beschaffungsstellen: ca. 2'300
- Aktive Online-Abonnemente: 2'545

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 30/Mai 2011

Die Unternehmervariante im Bau: ein Instrument mit grossem Nutzen, aber auch mit grossen Tücken

lic. iur. RA Nicole Zumstein Bonvin, Fachstelle öffentliches
Beschaffungswesen der Stadt Winterthur



1. Einleitung

«Bei der Verwirklichung von Bauvorhaben besteht regelmässig das Bedürfnis nach Optimierung der ausgeschriebenen Projektidee: Bauherren, selbst wenn durch Planer sachverständig beraten, sind daran interessiert, dass die an der Ausschreibung teilnehmenden Unternehmer kritisch und innovativ mitdenken, ihr ausführungsorientiertes Know-how bereits in die Planung einbringen und mit ihren Fachkenntnissen und ihren Ressourcen zu einer günstigeren, schnelleren und allenfalls technisch ausgereifteren Projektrealisierung beitragen» (Roland Hürlimann, Unternehmervarianten – Risiken und Problembereiche, BR 1996, S. 3 f.).
Treffender könnte die Relevanz von Unternehmervarianten für

die Vergabestellen kaum beschrieben werden. Bauherren sind auf Unternehmervarianten angewiesen. Der Umgang mit diesem Instrument stellt aber eine grosse Herausforderung dar, wie dies nachfolgend aufgezeigt wird.

2. Begriff

Definition nach Gesetz

Das Gesetz definiert die Unternehmervariante nicht. Die Zürcher Submissionsverordnung (SVO) sieht lediglich vor, dass Informationen über Varianten im Rahmen der Submission spätestens in den Ausschreibungsunterlagen kommuniziert werden müssen (§ 13 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 SVO).

Im Vorentwurf vom 30. Mai 2008 zur (gescheiterten) Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB) wird die Variante folgendermassen definiert und geregelt:

Art. 24 Varianten

¹ Als Variante gilt ein Angebot einer Anbieterin, mit welchem das Ziel der Beschaffung auf andere Art als von der Beschaffungsstelle vorgesehen erreicht werden kann.

² Die Anbieterinnen können anstelle oder neben einem Angebot gemäss Ausschreibung Varianten anbieten, wenn die Beschaffungsstelle dies in der

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Die vorliegende Ausgabe behandelt das Thema Unternehmervariante. Als Leiterin der Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen der Stadt Winterthur beschäftigt sich die Autorin dieses Beitrages täglich mit diversen submissionsrechtlichen Fragen und kennt die Herausforderungen von Vergabestellen, nicht zuletzt im Zusammenhang mit Unternehmervarianten. Schon zu Beginn eines Submissionsverfahrens ist zu entscheiden, ob Unternehmervarianten überhaupt zugelassen werden sollen. Will die Beschaffungsstelle an der vorgesehenen Ausführung festhalten oder sucht sie nach anderen innovativen Ansätzen? Ist das Grundangebot in jedem Fall auch einzureichen? Wie soll die Beurteilung von allfälligen Varianten mit Blick auf das Problem der Vergleichbarkeit erfolgen?

Falls tatsächlich eine zugelassene Unternehmervariante die Zuschlagskriterien besonders gut erfüllt, stellt sich sodann die Frage, ob den übrigen Anbieterinnen Gelegenheit geboten werden muss, ihre Offerten an einen solchen neuen Leistungsinhalt anzupassen. Diesbezüglich stehen die Vergabestellen in einem Spannungsverhältnis. Einerseits müssen sie den beschaffungsrechtlichen Prinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz Nachachtung verschaffen, andererseits dürfen sie keine Geschäftsgeheimnisse oder Urheberrechte von innovativen Unternehmen verletzen. Anhand einer im Jahre 2010 gerichtlich überprüften Submission der Stadt Winterthur beleuchtet die Autorin diese Problematik.

Aufgrund der offenen Fragen wird die anspruchsvolle Thematik wohl weiter von Lehre und Rechtsprechung bearbeitet werden müssen.

Ergänzt wird die vorliegende Ausgabe schliesslich mit dem Hinweis auf die von der KöB organisierten Einführungs- und Weiterbildungsveranstaltungen im öffentlichen Beschaffungswesen.

Michèle Klausberger

Ausschreibung nicht ausgeschlossen oder soweit sie es nicht eingeschränkt hat.

³ Die Anbieterin der Variante hat darzulegen:

- a. dass mit dieser das Ziel, das mit der Beschaffung verfolgt wird, erreicht werden kann;
- b. dass die Variante die zwingenden Anforderungen an die Leistung erfüllt;
- c. welche Vorteile die Variante im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung aufweist.

Im erläuternden Bericht zum Vor Entwurf wird zu den einzelnen Absätzen präzisiert:

Abs. 1

Eine Variante erreicht das von der Beschaffungsstelle angestrebte Ziel auf eine andere Weise, als diese es in der Ausschreibung vorgeschlagen hat. Eine Variante liegt auch vor, wenn das Angebot eine andere als die von der Beschaffungsstelle vorgegebene Preisart enthält (z.B. Globalpreis anstelle von Einheitspreis). Für Varianten gelten dieselben Eingabefristen und Zuschlagskriterien, es sei denn, die Beschaffungsstelle hat sich in der Ausschreibung abweichende Regelungen vorbehalten.

Abs. 2

Varianten fördern den Wettbewerb, sind zwecks Innovation erwünscht und beschaffungsrechtlich erlaubt. Die Anbieterin, die eine Variante anbietet, braucht nicht zusätzlich ein Angebot, das den Vorgaben der Beschaffungsstelle genau entspricht (so genannter Amtsvorschlag) einzureichen. Die Beschaffungsstelle kann Varianten grundsätzlich oder in Bezug auf deren Inhalt (z.B. Ausführungsvarianten) einschränken. Sie kündigt dies aber bereits in der Ausschreibung an. Weil diese Norm den Wettbewerb unterstützt, ist es verfassungskonform, diese Lösung auch auf die Kantone auszuweiten. Immerhin bleibt es den Beschaffungsstellen unbenommen, Varianten im Einzelfall ausschließen.

Abs. 3

Die Beschaffungsstelle analysiert die Varianten so angemessen wie möglich, damit sie diese miteinander vergleichen kann (so ge-

nannte Sensitivitätsanalyse). Die Pflicht zur Bereinigung (Art. 37), die bei Varianten komplexer ist, wird durch die Mitwirkungspflicht der Anbieterinnen erleichtert. Diese dürfen nämlich auf die Eingabe eines Amtsvorschlages nur verzichten, wenn sie darlegen können, dass sie sich mit den Vorgaben der Beschaffungsstelle anderweitig und hinreichend auseinander gesetzt haben.

Definition nach Praxis und Lehre

Nach Praxis und Lehre liegt eine Unternehmervariante vor, wenn eine Offerte vom Leistungsverzeichnis abweicht, d.h. den Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht (Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 1. November 2006, VB.2005.00514, E. 4.2.3). Erscheinungsformen in der schweizerischen Baupraxis sind vor allem Projekt- und Ausführungsvarianten. Erstere sehen die Werk Ausführung mit einer Projektierung vor, die von den ausgeschriebenen Planunterlagen ganz oder teilweise abweicht, letztere eine Ausführung, deren Art und Weise den Ausschreibungsunterlagen (z.B. in Bezug auf die Baumethode, die Konstruktionsart oder die Reihenfolge der Arbeiten) nicht entspricht (Hürlimann, a.a.O., S. 3 am Ende f).

Unklar ist, ob zusammen mit der Einreichung einer Variante ebenfalls das Grundangebot einzureichen ist, sofern nichts Besonderes in den Ausschreibungsunterlagen zu diesem Thema vermerkt ist (vgl. dazu Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 472 am Ende).

Eine Variante muss eine gleichwertige Lösung anbieten (Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 17. Mai 2010, VB.2010.00171, E. 4.1.5).

Keine Varianten sind so genannte «Offertvorschläge», mit denen lediglich eine abweichende Konstruktion der Baustelleninstallation vorgeschlagen wird, da Projektierung, Erstellung und Unterhalt dieser Leistungen ohnehin

in den Verantwortungsbereich des Unternehmers fallen (Hürlimann, a.a.O., S. 4).

Laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts liegt eine Unternehmervariante auch dann vor, wenn eine Anbieterin oder ein Anbieter einzig eine gegenüber den Anforderungen der Ausschreibung reduzierte Leistung vorschlägt. Gelangt eine Anbieterin oder ein Anbieter zur Auffassung, dass die Vergabestelle für den von ihr verfolgten Zweck zu hohe Anforderungen stelle, so ist es ihm erlaubt, auf diesen Umstand hinzuweisen und eine entsprechend reduzierte Leistung vorzuschlagen. Ob die Vergabestelle auf die Variante eintreten oder aber diese ablehnen will, liegt weitgehend in ihrem Ermessen. Bei dieser Art von Variante muss die Behörde jedoch, falls sie die Anforderungen der Ausschreibungen im Sinne der Variante reduziert, aus Gründen der Gleichbehandlung der Anbietenden sowie der Transparenz des Vergabeverfahrens den anderen Anbietenden Gelegenheit bieten, auch ihre Offerten an die neue Umschreibung des Leistungsinhalts anzupassen. Mit der Gelegenheit zur Anpassung der Konkurrenzofferten will die Rechtsprechung gewährleisten, dass die als Variante offerierte Minderleistung nicht zu einem Kostenvorteil gegenüber den Mitbewerberinnen und Mitbewerbern ausgenützt werden kann. Diese Gefahr besteht allerdings dann nicht, wenn das Angebot, welches die Minderleistung enthält, so weit vor den Angeboten der Mitbewerberinnen und Mitbewerber liegt, dass es selbst unter Aufrechnung der Preisdifferenz, die für eine volle Leistung zu veranschlagen wäre, noch seinen Vorsprung behält (wobei nicht nur auf den Preis, sondern auf die Gesamtbewertung aller Zuschlagskriterien zu achten ist) (VB.2005.00514, E. 4.2.3 f.).

Wenn die Vergabestelle die Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand aufgrund einer Variante in anderer Weise verändern will (z.B. Erhöhung der Anforderungen), müsste sie auch in diesem Fall den Anbietenden die

Möglichkeit einräumen, ihre Offerte an den geänderten Leistungsinhalt anzupassen (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 479).

Diese Ausführungen bereiten Interpretationsschwierigkeiten: Wann enthält eine Variante eine Minder- bzw. Mehrleistung, mit der Konsequenz, dass die Variante den anderen Anbietenden offen gelegt werden muss, wann nicht? Diese Problematik wird anhand des folgenden Beispiels illustriert.

3. Illustration: Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. Mai 2010 betreffend Baumeisterarbeiten Regenbecken (VB.2010.00171)

Die Stadt Winterthur eröffnete am 23. Oktober 2009 ein offenes Submissionsverfahren für den Neubau eines Regenbeckens. Fristgemäss gingen zehn Offerten und zwei Varianten mit Angebotspreisen von Fr. 2'180'982.– bis Fr. 2'887'927.– ein. Eine Variante wurde aus technischen Gründen ausgeschlossen. Die zweite Variante erhielt den Zuschlag. Sie war um Fr. 7'658.90 nur geringfügig teurer (+ 0,352 %) als das Grundangebot der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin rügte insbesondere, die Vergabestelle hätte die Variante allen Anbietenden offen legen und Gelegenheit geben müssen, ihre Offerten an die neue Umschreibung des Leistungsinhalts anzupassen.

In Bezug auf den Baugrubenabschluss sah der Amtsvorschlag «rückverankerte Rühlwände mit Stahlträgern und einer Orts-

betonausfachung» vor. Der abweichende Vorschlag der Zuschlagsempfängerin sah hingegen «Nagelwände mit Spritzbeton» vor.

Das Verwaltungsgericht sah in diesem Vorschlag eine «Ausführungsvariante», weil die Rühlwand als Baugrubensicherung in den Ausschreibungsunterlagen – und nicht nur im Leistungsverzeichnis – ausdrücklich vorgesehen war (VB.2010.00171, E. 4.1.4).

Da das Verwaltungsgericht zum Schluss kam, es handle sich im vorliegenden Fall um eine eigentliche Variante, hätte es prüfen müssen, ob diese Variante eine gleichwertige Leistung enthält. Diese Frage liess das Gericht jedoch offen, da es die Beschwerde aus anderen Gründen guthiess.

Konsequenterweise musste sich das Verwaltungsgericht auch nicht zur Frage äussern, ob die vorgeschlagene Variante eine Reduktion des Leistungsinhalts zur Folge gehabt hätte, was gegebenenfalls dazu geführt hätte, dass den anderen Anbietenden hätte Gelegenheit gegeben werden müssen, ihre Offerten mit Blick auf die neue Umschreibung des Leistungsinhalts zu ergänzen.

Das Verwaltungsgericht hielt hingegen fest, dass sich seine zur Zulässigkeit von Varianten entwickelte Praxis entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht nur auf Projektvarianten, sondern auch auf Ausführungsvarianten beziehe: *«Es kann nicht erheblich sein, ob eine Minderleistung die zu erstellende Baute oder die Ausführungsweise betrifft, da in beiden Fällen die Gleichbehandlung der Anbietenden in Frage steht. (...)»* Den berechtigten privaten Interessen, die von der Beschwerdegegnerin ins Feld geführt werden – es handelt sich namentlich um die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und das Urheberrecht – kann durch die Ausgestaltung der Gelegenheit zur Ergänzung der Offerten Rechnung getragen werden» (VB.2010.00171, E. 4.1.3).

Diese Äusserung wirft wieder Fragen auf.

4. Stolpersteine

Es ist häufig schwierig zu unterscheiden, wann eine Variante eine Minder- bzw. Mehrleistung enthält und wann nicht. Äusserst anspruchsvoll wird es dann, wenn die Vergabestelle die anderen Anbietenden über den geänderten Leistungsinhalt informieren und gleichzeitig die privaten Interessen des betroffenen Unternehmers wahren muss.

Unserer Meinung nach ist diese Anforderung an die Vergabestelle widersprüchlich. Diese kann nicht den neuen Leistungsinhalt kommunizieren, ohne gleichzeitig die berechtigten Interessen der Erfinderin oder des Erfinders der Variante zu gefährden.

Hält sich die Vergabestelle an das Gebot des Verwaltungsgerichts, läuft sie die Gefahr, Geschäftsgeheimnisse eines Anbieters zu verletzen.

Dabei ist die Vergabestelle von Gesetzes wegen verpflichtet, eingereichte Unterlagen, soweit Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind, vertraulich zu behandeln. Vertrauliche Unterlagen dürfen ohne das Einverständnis der Anbietenden oder ohne gesetzliche Grundlage weder genutzt noch an Dritte weitergeleitet werden. Vorbehalten bleibt allerdings die Herausgabe an gerichtliche Instanzen im Rahmen von Rechtsmittelverfahren (§ 18 SVO).

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) schützt Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, ohne diese jedoch zu definieren (vgl. Art. 6 UWG).

Das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum («TRIPS», SR 0.632.20) schützt vertrauliche Informationen unter der Voraussetzung, dass sie der Öffentlichkeit nicht allgemein bekannt sind, ihrem Inhaber irgend eine Art von wirtschaftlichen Nutzen verleihen (Wert) und Gegenstand von sinnvollen Anstrengungen sind, ihre Geheimhaltung zu wahren (vgl. Art. 39 Ziff. 2 TRIPS).

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDKom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Geschäftsgeheimnisse können Unternehmensinformationen einschliessen, wie Geschäftsstrategien und Pläne, Kundenlisten, interne Handbücher und Forschungsberichte, ebenso technisches Know-how wie geheime Rezepturen für kommerzielle Produkte, Verfahrensparameter für chemische Umsetzung und anderes Herstellungs-Know-how (Internationale Vereinigung für den Schutz des geistigen Eigentums AIPPI, Arbeitsrichtlinien, Frage Q215 «Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch Rechte des geistigen Eigentums und durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs»; www.aippi.org).

Unserer Meinung nach fallen innovatives und kreatives Denken sowie technisches Know-how (angeeignet durch jahrelange Berufserfahrung oder spezielles Wissen) einer Unternehmung unter die Definition des Geschäftsgeheimnisses.

In Anwendung von § 18 SVO darf demzufolge die Vergabestelle den Inhalt einer Variante ohne das Einverständnis der Anbieterin oder des Anbieters oder ohne gesetzliche Grundlage den anderen Anbietenden nicht weiterleiten.

In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert, dass verschiedene Wirtschaftsverbände im Rahmen der Vernehmlassung zur Revision des BöB verlangten, dass die Verwendung von Varianten von Anbietenden, die den Zuschlag nicht erhalten haben, nur mit deren Zustimmung und nach Klärung der Entschädigungsfrage erlaubt sein soll (economiesuisse, sgV, bauenschweiz, VSEI, SMU, CHGEOL, Fachverband Infra, VSG und SBV, vgl. Bericht zur Vernehmlassung BöB vom 18.11.2009, S. 2 f.).

Das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter (Art. 11 lit. a IVöB) vermag hier die Verletzung der wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Anbieterin oder des betroffenen Anbieters nicht zu rechtfertigen. Das Gebot der Gleichbehandlung darf unserer Meinung nach nicht dazu führen, dass ein Unternehmer dafür benachteiligt

wird, dass er die Vergabestelle von seinem Vorschlag, der Zeit und/oder Kosten sparen wird, hat überzeugen können. Geben Vergabestellen innovative Lösungen den andern Anbietenden weiter, werden Unternehmungen ihre Kreativität und ihre Erfahrungen nicht mehr in ihre Offerten einfließen lassen, da das Risiko, dass sie unterboten werden, nicht unerheblich ist (dieses Risiko ist insbesondere dann akut, wenn die Vergabestelle unmittelbar nach dem Eingabetermin den Anbietenden Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll gewährt hat, wie dies mit der elektronischen Offerteingabe über www.ebau.ch der Fall ist). Dies hätte den äusserst schädlichen Nebeneffekt, Innovationen zu verhindern.

Es ist bedauerlich, dass das Verwaltungsgericht auf diese Problematik im Rahmen des genannten Entscheids VB.2010.00171 nicht konkret eingegangen ist.

5. Lösungsansätze

Der Umgang mit Unternehmervarianten stellt eine grosse Herausforderung für die Vergabestellen dar.

Abklärungen bei der kantonalen Verwaltung und der Stadt Zürich zeigen, dass die Praxis uneinheitlich ist. Während ein Teil der Verwaltungsstellen Unternehmervarianten weitgehend

ausschliesst und sich damit den mit solchen verbundenen Schwierigkeiten entzieht, versuchen andere, die Chancen, die Unternehmervarianten bieten, zu nutzen und sich den damit verbundenen Herausforderungen zu stellen. In diesem Fall kann es vorkommen, dass die Vergabestellen einer Variante den Zuschlag erteilen, ohne den anderen Anbietenden Gelegenheit zu geben, ihre Offerte an den geänderten Leistungsinhalt anzupassen.

Damit den berechtigten privaten Interessen der Anbietenden Rechnung getragen werden kann, sollte unserer Meinung nach der Grundsatz gelten: je innovativer die Variante, desto weniger Informationen werden offen gelegt.

Die Vergabestelle könnte schliesslich noch den Umgang mit Varianten in ihre Ausschreibungsunterlagen regeln, indem sie vorsieht, dass sie Varianten den anderen Anbietenden nicht offen legt, insbesondere auch dann nicht, wenn die Anforderungen entsprechend der Variante zu reduzieren (oder zu erhöhen) sind. Im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung müsste sich dann das Verwaltungsgericht mit seiner Rechtsprechung auseinandersetzen und präzisieren, inwiefern eine Vergabestelle die berechtigten Interessen einer Anbieterin oder eines Anbieters trotz Offenlegung der Variante wahren kann.

Schulungen und Informationsveranstaltungen

Einführungs- und Weiterbildungsveranstaltungen im öffentlichen Beschaffungswesen

Für Mitarbeitende der Kantonalen Verwaltung Zürich und der Zürcher Gemeinden organisiert die KöB regelmässig Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen.

Neben unregelmässigen Informationsanlässen sieht das ständige Angebot einen Einführungskurs (1 Tag) und einen Vertiefungskurs (1/2 Tag) vor.

Interessenten haben die Möglichkeit, ihren Ausbildungsbedarf direkt auf der Website der KöB anzumelden. Die Kurse werden bei entsprechendem Bedarf mehrmals pro Jahr durchgeführt: www.koeb.zh.ch (Rubrik → Schulungen und Informationsveranstaltungen)

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 31 / Dezember 2011

Unterstellung einer Beschaffung unter das Submissionsrecht:

Ist über die Spitalliste wirklich zwingend im Submissionsverfahren zu entscheiden?

Daniel Zimmerli, Dr. iur., LL.M., Fürsprecher,
Walder Wyss AG, Zürich/Bern



Ausgangslage

Sobald der Staat als Leistungsbesteller auftritt und die Leistungserbringer nach Wettbewerbsgesichtspunkten auswählt, stellt sich die Frage nach dem geeigneten Auswahlverfahren. So auch im revidierten Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG): In seiner Fassung vom Dezember 2007 verpflichtet es die Kantone zur Spitalplanung und setzt es stationäre Leistungserbringer stärker dem Wettbewerb aus. Die Kantone haben Listenspitäler bedarfsgerecht und nach Qualitäts- sowie Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten auszuwählen. Damit sollen letztlich die Kosten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) gesenkt werden. In einem Gutachten vom 19. April 2010 befand die Wettbewerbskommission (WEKO), die Spital-

planung und das Erstellen der Spitallisten gemäss Art. 39 KVG fielen nicht in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes, weil sie nicht dem freien Wettbewerb überlassen seien (RPW 2010, 428 Rz. 34). Spitallisten seien aber in einem «möglichst wettbewerbsorientierten System» zu erstellen. Es sei «denkbar und praktikabel», das Verfahren nach den «Prinzipien des öffentlichen Beschaffungsrechts» auszugestalten (a.a.O., Rz. 37 ff.). Schon vorher vertraten Tomas Poledna und Philipp Do Canto die Ansicht, das Erstellen der Spitallisten und die Vergabe der Leistungsaufträge seien «Zuschlag» und «öffentlicher Auftrag» im submissionsrechtlichen Sinn, fielen unter die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) (freilich ausserhalb des Staatsvertragsbereichs) und seien öffentlich auszuschreiben (Poledna Tomas/Do Canto Philipp, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in: Poledna/Jacobs [Hrsg.], Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, 71 ff., Rz. 83 f.).

Das vermag durchaus zu überzeugen, wenn man den Denkansatz der Autoren teilt. Diese gehen offensichtlich davon aus, das Spitalplanungs- und das

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Am 1. Januar 2012 treten die neuen Regeln über die Spitalfinanzierung in Kraft. Die Kantone sind verpflichtet, ihre Spitalliste zu überarbeiten und neu festzulegen. In die Spitallisten aufgenommen werden nur Spitäler, die gewissen Anforderungen (Qualität und Wirtschaftlichkeit) entsprechen. Sodann haben die Kantone die Spitalliste bedarfsgerecht auszugestalten. Demnach finden nur Spitäler Aufnahme auf der Liste, die für die Versorgung der Bevölkerung mit stationären medizinischen Leistungen erforderlich sind. Dies bedingt ein Auswahlverfahren. In welchem Verfahren sind die Spitäler, die in die Spitalliste aufgenommen werden, auszuwählen? Nach den Bestimmungen des Submissionsrechts? Rechtsanwalt Dr. Daniel Zimmerli beantwortet in seinem Beitrag diese Fragen. Er zeigt schliesslich auf, welche Auswirkungen die Aufnahme eines privaten Spitals auf die Spitalliste und die damit verbundene Übernahme einer öffentlichen Aufgabe für das Spital in submissionsrechtlicher Hinsicht haben kann.

Sind Sie Benutzerin oder Benutzer des «Handbuchs für Vergabestellen»? Dann haben Sie den Nachtrag 2011 bestimmt schon bezogen und ins Handbuch eingefügt. Andernfalls sei hiermit daran erinnert.

Für das Redaktionsteam
Peter Hösli

Spitalfinanzierungsrecht seien so konzipiert, dass ohnehin nichts anderes denkbar sei, als das öffentliche Beschaffungsrecht für anwendbar zu erklären. Wie zu zeigen ist, taugt indessen nicht jeder Bereich, in welchem der Staat Leistungen von Dritten im Rahmen einer öffentlichen Aufgabe beschafft, ohne Rücksicht auf die sektorspezifischen Rahmenbedingungen für eine Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht. Im Spitalversorgungsrecht stehen sich sektorspezifisches und allgemeines Wettbewerbs- bzw. Beschaffungsrecht in besonderer Weise gegenüber.

Kantonales Spitallistenverfahren geht allgemeinem Beschaffungsrecht vor

Die Versorgung der Bevölkerung mit stationären Spitalleistungen ist eine öffentliche Aufgabe der Kantone. Es steht den Kantonen frei, auf welche Weise sie diese Versorgung sicherstellen wollen. Sie verfügen über Organisationsautonomie und entsprechend grosse Ermessensspielräume. Als kantonale Kompetenz wird die Spitalplanung durch kantonales Recht geregelt (vgl. Eugster Gebhard, Krankenversicherung, in: Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2007, Rz. 742). Wie andere Kantone betreibt der Kanton Zürich für die Erfüllung dieser Aufgabe öffentliche Spitäler, greift aber auch auf die Angebote privat getragener Spitäler zurück. Die kantonale Spitalplanung hat aber die Vorgaben des Bundes im Bereich der Krankenversicherungsgesetzgebung (Art. 117 Abs. 1 BV) zu beachten und umzusetzen. Der Bund verpflichtet die Kantone zur Spitalplanung im Bereich der stationären Leistungen, die zu Lasten der OKP erbracht werden dürfen (Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG). Er legt die Grundsätze fest, nach welchen diese Leistungen abgegolten werden und wie die Kostenanteile zwischen Versicherern und Kantonen verteilt werden (vgl. Art. 39, 49 und 49a KVG). Nur wirtschaftlich und qualitativ hochstehende Spitäler,

die einen ausgewiesenen Bedarf decken, dürfen laut KVG einen Listenplatz erhalten und zu Lasten der OKP abrechnen. So will das KVG die OKP-Kosten eindämmen. Das Bundesrecht formuliert deshalb einheitliche Planungskriterien, in deren Zentrum Bedarfsgerechtigkeit, Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung stehen (vgl. Art. 39 Abs. 1 lit. d und e und Abs. 2^{ter} KVG, Art. 58a ff. Verordnung über die Krankenversicherung, KVV). Die nach diesen Kriterien ausgewählten Leistungserbringer erhalten Leistungsaufträge, deren Leistungsspektren den ermittelten Versorgungsbedarf (Art. 58e Abs. 2 KVV) sichern. Im Rahmen dieser Leistungsspektren dürfen die Listenspitäler ihre stationären Leistungen zu Lasten der OKP erbringen und erhalten den Sockelbeitrag des Kantons (Art. 49a Abs. 2 KVG). Abgerechnet wird nach einheitlichen Fallpauschalen (Art. 49 KVG). Bei der Bedarfs- und Angebotsermittlung sowie bei der Zuteilung von Listenplätzen sind öffentliche und private Leistungserbringer gleichermassen zu berücksichtigen. Die KVG-Vorgaben für die kantonale Spitalplanung sind staatsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. etwa Richli Paul, Die Spitalliste – Ein Planungsinstrument mit Staats- und verwaltungsrechtlichen Geburtsgebrechen? in: Ruch/Hertig/Nef [Hrsg.], Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, 409 ff.; Mattig Thomas, Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Zürich 2002, 104 f., 108 f.).

Die Spitalliste entsteht in einem zweistufigen Verfahren: Zunächst wird der Bedarf ermittelt (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG; Art. 58b KVV), anschliessend wird die Spitalliste erstellt (WEKO-Gutachten, a.a.O., 426 Rz. 17). Bedarfsermittlung und Bedarfsplanung stellen keinen ausschreibungspflichtigen Beschaffungsakt dar (ebenso Poledna/Do Canto, a.a.O., Rz. 30). Bei der Auswahl der Leistungserbringer sodann – d.h. bei der Bestimmung der Listenspitäler – lässt sich jedoch behaupten, der Staat trete als Besteller der benötigten Leistungen auf. Dieser Leistungs-

einkauf mag Merkmale eines öffentlichen Auftrags aufweisen: Der Staat beschafft für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (Gewährleistung der Spitalversorgung) vertraglich (Leistungsauftrag) und gegen ein Entgelt (kantonaler Sockelbeitrag gemäss Art. 49a KVG) Dienstleistungen bei Dritten (Verpflichtung der Listenspitäler, bestimmte stationäre Leistungen zu erbringen; einlässlich Poledna/Do Canto, a.a.O., Rz. 35 ff.). Um die Listenplätze und Leistungsaufträge im Sinne von Art. 39 KVG konkurrieren sodann mehrere Bieter. Aus den Listenspitäler muss der Kanton diejenigen auswählen, welche die bundesrechtlichen Auswahlkriterien «Wirtschaftlichkeit», «Qualität» und «Effizienz» am besten erfüllen.

Der Kanton wählt die Listenspitäler gemäss seiner Bedarfsplanung aus, um die Spitalversorgung der Kantonsbevölkerung zu sichern. Vor allem trifft er die Auswahl nach Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG aber, weil ihn das Bundesrecht dazu verpflichtet und hierfür einheitliche Planungskriterien formuliert (vgl. WEKO-Gutachten, a.a.O., 426 Rz. 17). Er hat zu bestimmen, welche Spitäler Leistungen zu Lasten der OKP und gegen den kantonalen Sockelbeitrag erbringen dürfen. Mit Zuordnung eines Listenplatzes und Abschluss eines Leistungsvertrags gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG fällt er somit in erster Linie einen Zulassungsentscheid in Vollzug des Krankenversicherungsrechts des Bundes, um in zweiter Linie die kantonale Spitalversorgung zu krankenversicherungsrechtlich verkraftbaren Konditionen zu sichern (vgl. WEKO-Gutachten, a.a.O., 427 Rz. 23). Solche Zulassungsentscheide enthalten ein Bewilligungselement und fallen nach der Rechtsprechung nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht der Kantone (vgl. den «Spitex»-Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts, VB.2000.00126, E. 2b, sowie Beyeler Martin, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 101 f. Rz. 52). Bereits deshalb ist mindestens diskutabel, ob die Zuweisung eines Listenplatzes

bzw. der Abschluss eines Leistungsvertrags im Rahmen von Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG einen öffentlichen Auftrag darstellt, der als «andere Art eines Auftrags» in den objektiven Geltungsbereich des Beschaffungsrechts (Art. 6 Abs. 2 IVöB) fällt.

Die sachgerechte Auswahl der Listenspitäler nach Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsgesichtspunkten ist selbstverständlich nur in einem öffentlichen, transparenten, rechtsgleichen und fairen Verfahren möglich (Poledna/Do Canto, a.a.O., Rz. 80 f.; Weko-Gutachten, a.a.O., 429 Rz. 37-40). Ein Listenplatz kann für ein Spital ausserdem von existentieller Bedeutung sein, weil ein Spital tendenziell von Patientinnen und Patienten gemieden wird, wenn es seine stationären Leistungen nicht zu Lasten der OKP abrechnen kann und den kantonalen Sockelbeitrag nicht erhält. Das Auswahlverfahren muss den Bewerbern schon aus diesem Grund die verfassungsmässig garantierten Verfahrensrechte gewähren (vgl. Richli, a.a.O., 420 f.).

Dass die soeben erwähnten Auswahlkriterien jenen des Beschaffungsrechts entsprechen (Poledna/Do Canto, a.a.O., Rz. 81 f.), ist augenfällig, bedeutet aber nicht, dass das Auswahlverfahren automatisch dem klassischen öffentlichen Submissionsverfahren unterstellt wäre, zumal die Spitalplanung nicht in den Staatsvertragsbereich der IVöB (und des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungsrecht vom 15. April 1994, GPA) fällt (dazu Poledna/Do Canto, a.a.O.,

Rz. 76) und daher entsprechende Staatsvertragspflichten entfallen. Das Bundesrecht überlässt die Wahl des angemessenen Verfahrens vielmehr den Kantonen (WEKO-Gutachten, a.a.O., 429 Rz. 38, Poledna/Do Canto, a.a.O., Rz. 83) und formuliert in Art. 39 KVG / Art. 58a ff. KVV lediglich die materiellen Mindestvorgaben, welchen die Spitalplanung zu Lasten der OKP in Vollzug von Bundesrecht genügen muss. Das ist im Lichte der kantonalen Spitalplanungskompetenz angebracht: Die Spitalliste ist ein planwirtschaftliches Instrument (Eugster, a.a.O., Rz. 763). Ihre Zusammensetzung ist bei aller Leistungsorientierung letztlich ein Planungsgeschäft und ein versorgungspolitischer Vorgang (WEKO-Gutachten, a.a.O., 427 Rz. 23). Bei der Bedarfsplanung und im Auswahlverfahren müssen die Kantone die besonderen gesundheits-, versorgungs-, und finanzpolitischen Verhältnisse berücksichtigen können. Entsprechend sind die Vergabe der Listenplätze und das Formulieren der Leistungsaufträge gesundheitsökonomisch und versorgungspolitisch hochsensibel, zumal die Kantonsregierungen auch den Fortbestand der öffentlichen Spitäler – bei aller Wettbewerbsorientierung – berücksichtigen müssen. Dies bedeutet nicht, dass Überkapazitäten aus politischem Opportunismus gerechtfertigt wären; die Kantone haben bei allen Ermessensspielräumen zu beachten, dass die Auswahl leistungsorientiert und nach Wirtschaftlichkeits- sowie Qualitätsgesichtspunkten erfolgt (WEKO-Gutachten, a.a.O., 428 Rz. 35). Den Kantonsregierungen muss es aber möglich sein, unter Beachtung der KVG-Mindestvorgaben mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse eine gesundheitsökonomische und versorgungspolitische «Saldo-methode» anzuwenden. Der Regierungsrat braucht rechtlichen und politischen Ermessensspielraum sowie eine gewisse Flexibilität in der Ausgestaltung dieses politisch komplexen Verfahrens, wenn er die «Wirtschaftlichkeit» eines Listenbewerbers und dessen Bedeutung im kantonalen Spitalkonzept beurteilen muss.

Diese Flexibilität erlaubt das enge Korsett des öffentlichen Beschaffungsrechts kaum. Auch das WEKO-Gutachten (a.a.O., 429 Rz. 38) erwähnt, es bestünden Vorbehalte, ob sich das öffentliche Beschaffungsrecht für das Spitalistenverfahren eigne.

Weil davon auszugehen ist, dass die Kantone die Spitalplanung bundesrechtskonform umsetzen, ihr (weites) Ermessen pflichtgemäss ausüben und im Verfahren die allgemeinen Grundsätze des Verfassungs-, Verwaltungs- und Verfahrensrechts beachten, besteht kein Anlass, ihre spitalversorgungsrechtliche Autonomie in die starren Schranken des allgemeinen Beschaffungsrechts zu weisen. Auf konkrete Verfahrensvorgaben an die Kantone wurde denn auch verzichtet (WEKO-Gutachten, a.a.O., 429 Rz. 38, Mattig, a.a.O., 130 ff.). Der Begriff des «öffentlichen Auftrags» im Sinne von Art. 6 Abs. 2 IVöB und die damit verbundenen Konsequenzen passen deshalb schlecht auf die Zuteilung von Listenplätzen und den Abschluss von Leistungsaufträgen im Rahmen von Art. 39 Abs. 1 lit. d und e KVG.

Entsprechend flexibel gestalten denn auch die Kantone ihre Spitalplanungs- und Spitalistenverfahren: Sowohl im Kanton Bern (SpVG, BSG 812.11) als auch im Kanton Zürich (SPFG, LS 813.20) erstellt der Regierungsrat die Spitalliste. Massgebend sind die Vorgaben des Bundesrechts. Es ist kein Verfahren nach öffentlichem Beschaffungsrecht vorgesehen, sondern lediglich ein Prozess, der mit Rücksicht auf die politische heikle Materie die nötige Flexibilität gestattet und alle Beteiligten angemessen am Verfahren beteiligt. Auch ohne Anwendung des allgemeinen Beschaffungsrechts ist der Rechtsschutz nicht berücksichtigter Listenbewerber bundesrechtlich garantiert (Art. 53 KVG). Rügen, die eine allfällige Intransparenz des kantonalen Verfahrens oder den Missbrauch des Ermessens betreffen, können wirksam vorgebracht werden.

Das Verfahren auf Erlass der Spitalliste untersteht demnach der sektorspezifischen Ordnung der

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDKom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

kantonalen Spitalversorgungsge-
setzgebung, die in diesem Bereich
die bundesrechtlichen Vorgaben
des KVG vollzieht und entsprechend
bundesrechtskonform ausgestal-
tet sein muss (Antrag des Regie-
rungsrates an den Kantonsrat
zum SPFG, S. 30 f. [Vorlage 4763]).
Diese Sonderordnung geht dem
allgemeinen Beschaffungsrecht
vor – ausser ein Kanton halte es für
opportun, dieses Verfahren dem
öffentlichen Beschaffungsrecht
explizit zu unterstellen oder
Teile des allgemeinen Submissions-
verfahrens analog anzuwenden,
um ein «beschaffungsähnliches
Verfahren» (WEKO-Gutachten,
a.a.O., 429 Rz. 38 und 430 Rz.
40) durchzuführen. Allemal ver-
langen bereits das allgemeine
Verfahrensrecht, die verfassungs-
und verwaltungsrechtlichen Garan-
tien und die KVG-Vorgaben ein
transparentes Auswahlverfahren,
in das sich die Listenbewerber
wirksam einbringen können. Da das
spitalplanungsrechtliche Sonder-
verfahren, die KVG-Auswahl-
kriterien sowie die Verfahrensga-
rantien der kantonalen Verwal-
tungsprozessgesetze und der
Bundesverfassung ein transparen-
tes, faires und rechtsgleiches
Verfahren garantieren, ist zu-
sätzliche rechtsstaatliche «Siche-
rung» über das allgemeine Be-
schaffungsrecht weder nötig noch
angebracht.

«Einmaligkeit der Ausschreibung» hat mit dem Spitallistenverfahren nichts zu tun

Es werden ausserdem gelegentlich
Stimmen laut, ein Listenspital
müsse seine Beschaffungen, die es
nicht im Zusammenhang mit der
Erfüllung eines Leistungsauftrags
im Sinne von Art. 39 Abs. 1 lit. e
KVG tätigt, nicht mehr öffentlich
ausschreiben, weil es sich auf
das Prinzip der «Einmaligkeit der
Ausschreibung» berufen könnte.
Diese Ansicht trifft nicht zu.

Laut dem erwähnten Prinzip muss
der Zuschlagsempfänger Unter-
aufträge nicht wieder nach den
Vorschriften des öffentlichen Be-
schaffungsrechts ausschreiben.
Ein Folgeauftrag des Zuschlags-
empfängers an einen Dritten ist

Handbuch für Vergabestellen

Im August 2011 erschien eine Nachführung für dieses Handbuch. Sie
kann unter folgender Adresse bestellt werden:

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

Die überarbeiteten Handbuchseiten können auch kostenlos als pdf-
Datei von der Homepage der Kommission für das öffentliche Beschaf-
fungswesen (KöB) herunter geladen werden ([www.beschaffungswesen.
zh.ch](http://www.beschaffungswesen.zh.ch))

kein öffentlicher Auftrag (Beyeler,
a.a.O., S. 100 Rz. 50 mit Hinweisen),
und der Zuschlagsempfänger wird
nicht aufgrund des Zuschlags zur
subjektiv submissionspflichtigen
Vergabestelle.

Selbst wenn die Zuteilung
eines Listenplatzes und der Ab-
schluss eines Leistungsvertrags
Zuschlag und öffentlicher Auf-
trag im Sinne des öffentlichen
Beschaffungsrechts wären, fände
das Prinzip der «Einmaligkeit der
Ausschreibung» keine Anwendung.
Denn das Spitallistenverfahren
bestimmt – wie erwähnt – lediglich,
welche stationären Leistungen
ein Listenspital zu Lasten der
OKP und gegen den kantonalen
Sockelbeitrag erbringen darf. Wie
es sich hierfür organisiert und
wie es die Beschaffungen tätigt,
die für seinen Betrieb nötig
sind, ist vom Listenentscheid
unabhängig. Ob ein Listenspital
für seine Beschaffungen subjek-
tiv und objektiv unter das Be-
schaffungsrecht fällt, ist daher
im Einzelfall anhand der Kriterien
von Art. 6 und insbesondere Art. 8
IVöB zu entscheiden.

Öffentliche Spitäler der Kantone
unter der Kontrolle des Staates
(als öffentlichrechtliche Anstalten,
gemischtwirtschaftliche Aktienge-
sellschaften oder privatrechtliche
Aktiengesellschaften unter bestim-
mendem Einfluss des Staates) un-
terstehen bereits als Einrichtun-
gen des öffentlichen Rechts (vgl.
Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB), spätestens
aber als Träger kantonalen Auf-
gaben im Allgemeininteresse
(nämlich der Versorgung mit statio-
nären Leistungen gemäss spital-
gesetzlichem und krankenver-
sicherungsrechtlichem Leistungs-
auftrag) dem öffentlichen Be-
schaffungsrecht (vgl. Art. 8 Abs. 2

IVöB), soweit die konkrete Be-
schaffung nicht ihre kommer-
ziellen oder industriellen Tätig-
keiten betrifft. Der «Wettbewerbs-
druck», den das Spitallistenver-
fahren aufgrund der KVG-Aus-
wahlkriterien unter den verschie-
denen Listenbewerbern schafft,
führt indessen nicht dazu, dass
diese Spitäler insgesamt wirk-
samem Wettbewerb ausgesetzt
würden und daher insgesamt
«kommerziell» im Sinne von Art. 8
Abs. 2 lit. a IVöB tätig wären.

Für die privaten Spitäler (ohne
Kontrolle des Staates), die auf der
Spitalliste erscheinen, ist die Lage
etwas komplizierter und kann
Überraschungen bereithalten:
Führt nämlich der kantonale
Sockelbeitrag (Art. 49a Abs. 2
KVG) dazu, dass mehr als 50 %
der Gesamtkosten eines privaten
Spitals mit öffentlichen Geldern
subventioniert werden (Art. 8 Abs.
2 lit. b IVöB), kann dieses Spital
subjektiv Beschaffungsstelle wer-
den. Der Sockelbeitrag stellt eine
Abgeltung dauernder Spitalversor-
gungsleistungen in Erfüllung
einer öffentlichen Aufgabe dar
(Poledna/Do Canto, a.a.O., Rz. 18,
Stöckli Hubert, Der subjektive
Geltungsbereich des Vergabe-
rechts, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.],
Aktuelles Vergaberecht 2008,
Zürich/Basel/Genf 2008, S. 57 f.).
Ein solches privatrechtliches Lis-
tenspital muss in diesem Fall seine
öffentlichen Aufträge öffentlich
ausschreiben, sobald diese die
Kriterien von Art. 6 IVöB erfüllen
und die Schwellenwerte erreichen.
Ob ein solches privates Spital
gar allein schon aufgrund des
Umstandes, dass es Träger einer
kantonalen Aufgabe ist, gestützt
auf Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB dem
Submissionsrecht untersteht, be-
dürfte der näheren Prüfung.

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 32/April 2012

Der Tonhallenentscheid und seine Auswirkungen auf die Praxis

Claudia Schneider Heusi / Laura Mazzariello



Lic. iur. Claudia Schneider Heusi, L.L.M., Fachanwältin SAV für Bau- und Immobilienrecht, und MLaw Laura Mazzariello sind Rechtsanwältinnen bei Schneider Rechtsanwälte AG in Zürich.

Anlass zu den nachfolgenden Ausführungen gibt der Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 28. September 2011 (VB.2011.00322, vgl. www.vgrzh.ch; im Folgenden: VGE vom 28. September 2011).

1. Der Entscheid

Die Stadt Zürich führte als Auftraggeberin und Bauherrschaft zur Beschaffung von Generalplanerleistungen für die Teilinstandsetzung von Kongresshaus und Tonhalle Zürich ein selektives Verfahren durch. In der ersten Stufe wurden sieben geeignete Anbieter ausgewählt und zur Angebotseinreichung eingeladen. Die Angebote in der zweiten Stufe lagen zwischen Fr. 6'578'800.00 und Fr. 9'118'800.00. Die Stadt Zürich erteilte den Zuschlag in der Folge an das preislich höchste Angebot. Der Entscheid wurde den Teilnehmenden individuell mit

Schreiben vom 6. Mai 2011 eröffnet und am 13. Mai 2011 im Amtsblatt publiziert. Dagegen erhob die Anbieterin, die das preislich tiefste Angebot eingereicht hatte, am 23. Mai 2011 Beschwerde.

Im Entscheid vom 28. September 2011 setzte sich das Verwaltungsgericht insbesondere mit der Frage nach dem Beginn der Rechtsmittelfrist bei der Anfechtung von Entscheiden, die auf verschiedenen Wegen eröffnet wurden, auseinander (vgl. nachfolgend Ziff. 2). Sodann äusserte sich das Verwaltungsgericht zur Gewichtung des Zuschlagskriteriums «Preis» und der zulässigen Preisspanne (vgl. nachfolgend Ziff. 3) und nahm ferner Stellung zum Zuschlagskriterium «Zugang zur Aufgabe» und dessen Zulässigkeit (vgl. nachfolgend Ziff. 4). Nachstehend wird der Entscheid in diesen Punkten besprochen, und es werden mögliche Konsequenzen und Empfehlungen aufgezeigt.

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Und wieder einmal halten Sie die neuste Ausgabe des Kriteriums in den Händen. Diese Ausgabe behandelt die Auswirkungen eines Verwaltungsgerichtsentscheides vom September 2011. Die Stadt Zürich hatte im letzten Jahr die Planung für die Renovation der Tonhalle vergeben. In den Medien fand dieser Entscheid ein grosses Echo, weil die Stadt Zürich die teuerste Offerte berücksichtigt hatte.

Im Redaktionsteam haben wir schon einige Gerichtsentscheide diskutiert, aber eher selten ist, dass ein Entscheid im Redaktionsteam zu so vielen unterschiedlichen Reaktionen und Meinungen führte. Die beiden Autorinnen des vorliegenden Beitrags, die Rechtsanwältinnen Claudia Schneider Heusi und Laura Mazzariello, beleuchten den Entscheid und dessen Auswirkungen hinsichtlich Rechtsmittelbelehrung, Gewichtung des Kriteriums «Preis» sowie des Zuschlagskriteriums «Zugang zur Aufgabe» aus juristischer Sicht. Dass dies eine anspruchsvolle Aufgabe ist, werden Sie beim Lesen des Beitrags feststellen. Denn der Gerichtsentscheid beinhaltet viele verschiedene Aspekte des Submissionsrechts. Dass aufgrund dieses Verwaltungsgerichtsentscheides vielleicht einige Änderungen auf die Vergabestellen zukommen werden, muss in den verschiedenen Gremien noch eingehend diskutiert werden.

Der Gerichtsentscheid und der Beitrag der Autorinnen machen wieder einmal deutlich, dass die Vergabestellen bei aussergewöhnlichen Sachlagen immer triftige Begründungen vorlegen müssen. Sämtliche Entscheide sollten dokumentiert werden, damit die Nachvollziehbarkeit gewährleistet bleibt. Aber lesen Sie doch diesen spannenden Artikel gleich selber. Ich wünsche Ihnen viel Vergnügen.

Für das Redaktionsteam
Cyrill Bühler, Gemeinde Thalheim

2. Die Rechtsmittelbelehrung und weitere Formerfordernisse der Verfügung: Konsequenzen für die Praxis?

Die Vergabestelle eröffnet Verfügungen durch Zustellung und, soweit erforderlich, überdies durch Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt und auf der elektronischen Internet-Plattform von Bund und Kantonen, dem simap (www.simap.ch; § 38 Abs. 1 Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003, SVO). Die Verfügungen werden summarisch begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen (§ 38 Abs. 2 SVO). Das Verwaltungsgericht hat sich im Entscheid auf seine Rechtsprechung, wonach die Beschwerdefrist grundsätzlich mit der Zustellung der Verfügung zu laufen beginnt, berufen. Sodann hat es aber festgehalten, dass nach Treu und Glauben zu beurteilen sei, ob sich ein Adressat auf die nochmalige Eröffnung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt und auf simap verlassen dürfe. Im zu beurteilenden Fall – so das Verwaltungsgericht – habe die Vergabestelle der individuellen Eröffnung des Vergabeentscheids zwar eine Rechtsmittelbelehrung angefügt, gleichzeitig aber in einem Begleitbrief darauf hingewiesen, dass das Submissionsergebnis noch veröffentlicht werde. Die Beschwerdeführerin habe den Hinweis auf die Publikation in guten Treuen dahingehend verstehen dürfen, dieser führe zu einem nochmaligen Beginn des Fristenlaufs, weshalb die Einreichung der Beschwerde am 23. Mai 2011, d.h. 10 Tage nach erfolgter Publikation, fristgerecht gewesen sei (VGE vom 28. September 2011, E. 2).

Unverändert und weiterhin gilt, dass eine Vergabestelle die Verfügungen den Anbietenden individuell eröffnen muss. Bei offenen und selektiven Verfahren sowie bei ausnahmsweise freihändigen Verfahren bzw. Einladungsverfahren im Staatsvertragsbereich ist der Entscheid zusätzlich im Amtsblatt und auf simap zu publizieren. Wir empfehlen, die individuelle Eröffnung durch Verfügung kurz vor, aber zeitnah mit

der Publikation im Amtsblatt und im simap vorzunehmen. Die Vergabestelle sollte auf Begleitbriefe mit der Mitteilung, wonach der Zuschlagsentscheid noch publiziert werde, verzichten. Ob eine Anpassung der von den Vergabestellen verwendeten Mustervorlagen notwendig ist, wäre allenfalls näher zu klären.

An dieser Stelle verweisen wir zur Erinnerung auf § 35 SVO, wonach die Verfügung neben der erforderlichen Rechtsmittelbelehrung zudem folgende Angaben enthalten muss:

- Art des angewandten Verfahrens
- Gegenstand und Umfang des Auftrags
- Name und Adresse der Vergabestelle
- Name und Adresse des berücksichtigten Anbieters
- Datum des Zuschlags
- Preis des Angebots.

In der Praxis kommt es wiederholt vor, dass einer Vergabestelle beim Erlass von Verfügungen Fehler unterlaufen. Die Vergabestelle sollte insbesondere darauf achten, dass sie die Zuständigkeitsregeln einhält. So ist in Bezug auf die jeweils massgebenden Kompetenzordnungen (Gesetze, Reglemente) einerseits zu berücksichtigen, dass die zuständige Instanz über das konkrete Vergabegeschäft entscheidet und die entsprechende Verfügung hierfür erlässt. Andererseits ist auch die interne Unterschriftenregelung der ausschreibenden Stelle zu beachten. Die Vergabestelle muss dabei prüfen, welche Personen befugt sind, die Verfügung zu unterzeichnen. Die Unterzeichnung durch eine nicht zuständige Instanz oder eine beigezogene externe Beraterin oder einen beigezogenen externen Berater hat die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge, d.h. die Verfügung ist von Anfang an ungültig (Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 12. April 2006, B 2006/25). Ebenfalls nicht möglich ist es, einen Zuschlag unter «Vorbehalt der Zustimmung» eines übergeordneten und zuständigen Organs für den Vergabeentscheid zu verfugen (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 24. Februar 2010, VB.2010.00002).

3. Preisbewertung und Preisspanne: Was gilt?

Für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ist der Preis ein unerlässliches Kriterium. Das Verwaltungsgericht ist im besprochenen Entscheid sowohl auf die Gewichtung des Kriteriums «Preis» als auch auf die zulässige Preisspanne eingegangen.

Grundsätzlich gilt, dass dem Kriterium «Preis» gegenüber weiteren Zuschlagskriterien weniger Gewicht eingeräumt werden soll, je komplexer und anspruchsvoller die ausgeschriebene Leistung ist. Der Preis ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nie tiefer als 20% zu gewichten. Gleichzeitig darf keine solchermaßen flache Preiskurve gewählt werden, dass die Gewichtung des Preises relativiert würde (BGE 129 I 313, so auch Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 30. August 2006, VB.2005.00240).

Das Verwaltungsgericht Zürich stützte sich im Entscheid auf die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung und prüfte, ob der streitige Vergabegegenstand als komplex zu qualifizieren sei. Es hielt fest, dass eine komplexe Planerleistung grundsätzlich nicht weniger komplex werde, wenn damit noch kostenintensivere Standardarbeiten einhergehen. Das Bauobjekt sei sowohl in denkmalpflegerischer und kultureller Hinsicht von Bedeutung sowie auch in bautechnischer und nutzungsspezifischer Hinsicht kein Standardobjekt. Somit liege ein komplexer Vergabegegenstand vor, weshalb eine Gewichtung des Preises von 20% noch sachgerecht sei (VGE vom 28. September 2011, E.6).

Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen realistischerweise erwartet werden kann, ist gemäss Verwaltungsgericht ebenfalls von der infrage stehenden Beschaffung abhängig. So ist bei einfachen Bauarbeiten in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Dienstleistungen. Wird die Bandbreite erst nach dem Vorliegen der Angebote

festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden. Das Verwaltungsgericht kam im vorliegenden Fall zum Schluss, dass aufgrund der Komplexität des Vergabegegenstandes eine Preisspanne von 80% zulässig sei (VGE vom 28. September 2011, E. 7).

Die Vergabestelle hat nach dem ergangenen Entscheid auch in Zukunft folgende Punkte zu berücksichtigen:

- Eine Gewichtung des Zuschlagskriteriums «Preis» von 20% bildet bei einem komplexen Vergabegegenstand die unterste Grenze.
- Dabei hat die Vergabestelle die Komplexität darzulegen und zu begründen.
- Wird bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen auch die Preisspanne festgelegt, muss diese nicht zwingend vorgängig bekannt gegeben werden; wird die Preisspanne erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (VGE vom 28. September 2011, E. 7.1).
- Je ungewöhnlicher (besonders weit oder besonders eng) die Preisspanne ist, desto mehr muss eine triftige Begründung für die Festlegung vorliegen.
- Bei ungenügender Begründung einer ungewöhnlichen Preisspanne liegt eine Ermessensüberschreitung der Vergabestelle vor (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage, Zürich 2007, Rz. 556, so auch

Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich, VB.2005.00602, E. 4.3).

- Als «Faustregel» kann genannt werden: Bei einem einfachen Vergabegegenstand eine Preisspanne von 30–50% und bei einem komplexen Vergabegegenstand eine Preisspanne von 75–80%.

Wir empfehlen beim Zuschlagskriterium «Preis» sodann Folgendes: Zunächst sollte eine Vergabestelle die Grundlagen schaffen, aufgrund denen vergleichbare Angebote seitens der Anbietenden kalkuliert und eingereicht werden können. Bei Planerleistungen heisst dies, dass die Vergabestelle vorgeben muss, ob die Anbietenden ihr Honorarangebot nach den aufwandbestimmenden Baukosten, nach Zeitaufwand oder mittels einer Globalen bzw. Pauschale zu offerieren haben. Bei ersterem bestimmt die Vergabestelle die aufwandbestimmenden Faktoren, insbesondere die aufwandbestimmende Bausumme B sowie die Faktoren n (Schwierigkeitsgrad gemäss Einteilung in Baukategorien), r (Anpassungsfaktor), s (Sonderleistungen), Z1 und Z2 (Koeffizienten). Die Vergabestelle hat die Anbietenden in den Ausschreibungsunterlagen darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Festlegung der Baukosten B um eine Richtgrösse handelt, die dazu dient, die Angebote zu vergleichen. Sodann dürfen die Anbietenden die festgelegten Faktoren der Vergabestelle nicht verändern, was aus den Ausschreibungsunterlagen klar hervorgehen sollte. Sofern die Vergabestelle auch den Honoraransatz für Zusatzleistungen (z.B. im Umfang von 5%), die im Zeittarif vergütet werden, berücksichtigen und bewerten möchte, muss sie dieses als Unterkriterium definieren. Die Berechnung des Honorars nach dem effektiven Zeitaufwand erfolgt dagegen in der Regel nach Qualifikationskategorien oder mittleren Stundenansätzen. Aufträge, die nach Zeitaufwand honoriert werden, erfordern eine präzise Auftragsumschreibung in den Ausschreibungsunterlagen (was ist zu tun, was nicht?) und die Anforderungen an die Anbietenden sind vorgängig abzuschätzen (KBOB, Leitfaden zur Beschaffung von

Leistungen im Planerbereich, Januar 2009, S. 7). Pauschalhonorare schliesslich sollen von einer Vergabestelle vorzugsweise nur dann eingeholt werden, wenn die Leistungsbeschreibung exakt und die Gefahr von nachträglichen Projektänderungen, Nachträgen etc. klein ist. Voraussetzung für solche Honorare sind klare Zielvereinbarungen, sowohl für den gesamten Auftrag als auch für die einzelnen Entscheidungsschritte, sowie präzise, klar abgegrenzte Leistungsbeschreibungen für die erfassten Entscheidungsschritte (KBOB, Leitfaden zur Beschaffung von Leistungen im Planerbereich, Januar 2009, S. 8f.).

4. Das Zuschlagskriterium «Zugang zur Aufgabe» und dessen Risiken

Im besprochenen Entscheid hatten die Anbietenden beim Zuschlagskriterium «Zugang zur Aufgabe» einen Vorschlag zur Umgestaltung der Eingangsbereiche von Kongresshaus und Tonhalle einzureichen. Die Bewertung erfolgte anhand der Unterkriterien «Architektonische Qualität/Umgang mit hochwertiger denkmalgeschützter Bausubstanz», «Funktionalität» und «Nachhaltigkeit/Wirtschaftlichkeit». Die Anbietenden hatten dafür Lösungsvorschläge im Sinn von Projektskizzen einzureichen. Das Verwaltungsgericht bejahte die Zulässigkeit dieses Kriteriums (VGE vom 28. September 2011, E. 9).

Die Vergabestelle hat in der Vorbereitungsphase einer Beschaffung die Zuschlagskriterien sowie die Unterkriterien zu formulieren. Gemäss Entscheid des Verwaltungsgerichtes ist es einer Vergabestelle somit grundsätzlich erlaubt, das Zuschlagskriterium «Zugang zur Aufgabe» zu wählen. Unabhängig vom Entscheid des Verwaltungsgerichtes ist bei der Wahl eines solchen Kriteriums aber aus folgenden Gründen Vorsicht geboten:

- Zuschlagskriterien sind angebotsbezogen. Neben dem Preis und anderen wirtschaftlichen Kriterien können insbesondere auch qualitative Kriterien gewählt werden (§ 22 SVO).

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2012 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

Grundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, Elektronische Plattform SIMAP, Umgang mit dem Handbuch

Einführungsseminar (2 x ½ Tag)

Daten: 24.05./31.05.12 (jeweils vormittags)

Referentin: Daniela Lutz, Rechtsanwältin

Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis

Vertiefungsseminar Bereich Bau (½ Tag)

Datum: 20.06.12 (vormittags)

Referentin: Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.personalentwicklung.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.– und für Externe Fr. 175.–. Externe können sich mittels Mail an weiterbildung@pa.zh.ch anmelden; Interne benützen das Anmeldeformular.

Nach Zürcher Praxis müssen Zuschlagskriterien inhaltlich bestimmt sein (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 544). Mit der Festlegung von sachgerechten sowie präzise formulierten Kriterien für den Einzelfall kann die Vergabestelle gewährleisten, dass das wirtschaftlich günstigste und bedarfsgerechte Angebot den Zuschlag erhält. Das Transparenzgebot verlangt, dass die Vergabestelle, wenn sie offene oder unbestimmte Kriterien verwendet, diese zu umschreiben hat (vgl. Fetz, Die funktionale Ausschreibung, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Zufferey/Stöckli [Hrsg.], S. 117). Beim Zuschlagskriterium «Zugang zur Aufgabe» besteht vor diesem Hintergrund die Gefahr, dass ein solches Kriterium, gerade auch wenn Unterkriterien fehlen, von einem Gericht als vage und unpräzise eingestuft werden könnte. Die Vergabestelle wird so dann bei verschiedenen Lösungsmöglichkeiten ohne lückenlose und nachvollziehbare Dokumentation Mühe haben, stichhaltig und in eigenen Worten zu begründen, welcher Lösung sie den Vorzug gibt.

- Eine öffentliche Vergabestelle kann Planerleistungen konventionell als Dienstleistungen aus-

schreiben oder ein Wettbewerbs- bzw. Studienauftragsverfahren durchführen. Die SIA-Ordnungen 142/2009 bzw. 143/2009 unterscheiden grundlegend zwischen der Beschaffung mittels einer Honorarsubmission (= leistungsorientierte Beschaffung) oder eines Wettbewerbs bzw. Studienauftrages (= lösungsorientierte Beschaffung) (vgl. Schneider/Scherler, Wettbewerbe und Studienaufträge, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Zufferey/Stöckli [Hrsg.], S. 212). Werden für eine klar umschriebene Leistung, bei der die Aufgabe eindeutig ist, die bestmöglichen Ausführungsbedingungen angestrebt, wird eine Honorarsubmission durchgeführt (KBOB, Leitfaden zur Beschaffung von Leistungen im Planerbereich, Januar 2009, S. 2). Die Durchführung einer Honorarsubmission vermag aber je nach Fragestellung und bereits vorhandenen Grundlagen das Bedürfnis der Vergabestelle nach einer Evaluation verschiedener Lösungsansätze nicht abzudecken. Entscheidet sich die Vergabestelle deshalb dafür, ein lösungsorientiertes Verfahren durchzuführen, hat sie in einem zweiten Schritt die Beschaffungsform Wettbewerb (anonym) oder

Studienauftrag (nicht anonym) festzulegen (vgl. Schneider/Scherler, a.a.O., S. 213). Die Vergabestelle muss sich vor diesem Hintergrund von vornherein überlegen, ob sie einen Wettbewerb bzw. Studienauftrag oder eine gewöhnliche Honorarsubmission durchführen möchte. Entscheidet sie sich für letzteres, muss sie vorgängig die Grundlagen schaffen, damit vergleichbare Honorarangebote eingereicht werden können. Diese Aufgabe kann sie nicht an die Anbietenden delegieren, indem diese eigentliche Projektbeiträge einreichen müssen.

Aufgrund der dargelegten Ausgangslage kann u.E. aus dem vorliegenden Entscheid keine allgemein gültige Regel für die Zulässigkeit des Kriteriums «Zugang zur Aufgabe» abgeleitet werden. Sofern sich eine Vergabestelle für ein solches Kriterium entscheidet, ist es unerlässlich, dass sie vor dem Grundsatz der Transparenz klare Unterkriterien definiert. Gerade bei der Beschaffung von Generalplanerleistungen empfehlen wir, anstatt das Kriterium «Zugang zur Aufgabe» beispielsweise ein Kriterium «Auftragsanalyse» zu wählen. Dabei sind auf den Einzelfall bezogene Unterkriterien zu definieren; vorliegend denkbar wären Unterkriterien wie «Vorgehensweise zur Auftrags erledigung im Zusammenhang mit der hochwertigen denkmalgeschützten Bausubstanz», «Analyse und Beurteilung möglicher Risiken» etc. Sodann empfehlen wir, die Bewertung der Eignungs- und Zuschlagskriterien vollständig zu dokumentieren und in eigenen Worten zu begründen.

Der Vollständigkeit halber verweisen wir schliesslich noch auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung des Kantons Zürich, wonach es bei den Eignungskriterien gemäss § 22 SVO um die finanzielle, wirtschaftliche, fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit geht und eine Skizzenselektion deshalb kein taugliches Instrument zur Eignungsprüfung darstellt (Entscheid des Verwaltungsgerichtes Zürich vom 2. November 2000, VB.2000.00122, E. 5.c.bb).

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 33 / Oktober 2012

Häufigste Fragen in der Rechtsauskunft des Kantons



Petra Luchsinger, lic. iur. Rechtsanwältin,
Juristische Sekretärin im Generalsekretariat
der Baudirektion des Kantons Zürich

Das Kompetenzzentrum für das öffentliche Beschaffungswesen im Kanton Zürich, das bei der Baudirektion, Generalsekretariat / Stab (Tel. 043 259 28 29 / 28 12) angesiedelt ist, unterstützt die simap.ch-Userinnen und -User auch in Fragen des öffentlichen Beschaffungsrechts. Es geht dabei um eine erste Einschätzung zur Rechtslage mit Hinweisen auf Fundstellen und Verwaltungsgerichtssentscheide. Vertiefte und aufwendige Abklärungen können, insbesondere aus Kapazitätsgründen, nicht gemacht werden.

Eine Auswertung der telefonischen Anfragen der letzten rund anderthalb Jahre hat gezeigt, dass vor allem Fragen zum freihändigen Verfahren (z. B.: Darf verhandelt werden? Dürfen Konkurrenzofferten eingeholt werden?), zur Erteilung des Zuschlags (z. B.: Wie muss begründet werden? Wer unterschreibt die Verfügung?), zu den Ausnahmetatbeständen gemäss

§ 10 der Submissionsverordnung (SVO), zur Unterscheidung zwischen Bauhaupt- und Bauneben-gewerbe, zur Offertöffnung sowie zur Vorbefassung gestellt werden. Zwei Themenbereiche geben aber mit Abstand am meisten Anlass zu Fragen. Es sind dies die Unterstellung unter das Vergaberecht und die Schwellenwerte. Dies mag auf den ersten Blick etwas erstaunen, stehen diese Fragen doch ganz am Anfang jedes Verfahrens.

Der vorliegende Artikel geht auf die beiden Hauptthemen der beschaffungsrechtlichen Rechtsauskünfte ein und versucht, die in diesem Zusammenhang am häufigsten auftkommenden Fragen einfach und auch für nur punktuell mit dem Beschaffungsrecht befasste Personen verständlich zu beantworten. Es handelt sich teilweise um eine vereinfachte und nicht um eine abschliessende Darstellung.

Unterstellung

Die Frage, ob der Auftraggeber überhaupt nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts ausschreiben muss, stellt sich zu Beginn jeder Beschaffung. Nicht immer ist sie einfach zu beantworten. Eine sorgfältige Abklärung für den Auftraggeber oder den mit der Beschaffung beauftragten Planer oder Ingenieur lohnt sich. Bei Unklarheiten bzw. in nicht eindeutigen Fällen sollte eine externe Spezialistin oder ein

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Verschiedene Gerichtsurteile bestätigen die Wichtigkeit einer sorgfältigen Vorbereitung eines Submissionsverfahrens und damit die frühzeitige Klärung grundlegender Fragestellungen. Muss überhaupt nach den Regeln und Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgeschrieben werden? Welches Vergabeverfahren gelangt zur Anwendung? Unterliegt die zu tätige Beschaffung dem Nichtstaatsvertragsbereich oder gelten die Vorschriften aus dem Staatsvertragsbereich und welche Schwellenwerte sind zu berücksichtigen?

Die Autorin des ersten Artikels, Petra Luchsinger, ist juristische Mitarbeiterin im Generalsekretariat der Baudirektion des Kantons Zürich und in dieser Funktion häufig mit Fragen aus dem Beschaffungsrecht befasst. Sie zeigt auf, welche Fragen von Verantwortlichen der unterschiedlichsten Beschaffungsstellen häufig gestellt werden. Anhand von praxisnahen Beispielen gibt dieser Beitrag Aufschluss über die wichtigsten Grundsätze und Aspekte in der Vorbereitung und Abwicklung eines Submissionsverfahrens.

Der Beitrag von Beat Hofer von der Koordinationsstelle für Umweltschutz der Baudirektion des Kantons Zürich beleuchtet Änderungen und Präzisierungen im Submissionsrecht in Bezug auf die Anwendung und Gewichtung von Nachhaltigkeitskriterien. Der von der Interessengemeinschaft ökologische Beschaffung Schweiz IGÖB überarbeitete, hilfreiche «Leitfaden für eine nachhaltige Beschaffung» referenziert auf zahlreiche praktische Beispiele. Die Beschaffung dieses Leitfadens, aber auch die Inanspruchnahme der entsprechenden Kursangebote wird sehr empfohlen.

Für das Redaktionsteam

Urs Keller, Gemeinde Urdorf

externer Spezialist beigezogen werden. Wer seine Beschaffungen aber nicht nach den Regeln des Beschaffungsrechts durchführt, obschon er diesem untersteht, riskiert die Anfechtung seiner Vergabeentscheide.

Unterstellt sind gemäss Art. 8 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) nicht nur Kantone und Gemeinden, sondern auch Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Mit Einrichtungen des öffentlichen Rechts sind nicht nur öffentlich-rechtliche Anstalten und Stiftungen gemeint, sondern generell Auftraggeber, die über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen (z. B. ein von mehreren Gemeinden in Form einer AG geführtes Spital) und öffentliche Aufgaben ohne kommerziellen und industriellen Charakter erfüllen (z.B. Gemeindezweckverband für Kehrriktabfuhr). Unterstellt sind weiter auch andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben (z. B. ein privatrechtlich organisiertes Altersheim, das von der öffentlichen Hand beherrscht wird) mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten sowie Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50% mit öffentlichen Geldern subventioniert werden (z. B. Sanierung eines vereinseigenen Sportplatzes, wenn über 50% der Sanierung durch die öffentliche Hand bezahlt wird). Der Vollständigkeit halber ist schliesslich der Kreis der Sektorenauftraggeber zu erwähnen, die ganz bestimmte Wirtschaftstätigkeiten (Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation) ausüben und die für ihre Beschaffungen ebenfalls unterstellt sind. Entscheidend für die Unterstellung unter das Beschaffungsrecht ist somit mit anderen Worten, ob die Beschaffung von der öffentlichen Hand selbst getätigt wird, ob es um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe geht oder ob es um eine von der öffentlichen Hand mehrheitlich finanzierte Aufgabe geht, so dass die Beschaffung nicht als rein privates Geschäft angesehen werden kann. Einen Überblick über die unterstellten Auftraggeber verschafft im Übrigen

die Tabelle K 3.2 im Handbuch für Vergabestellen (www.koeb.zh.ch).

Ebenfalls am Anfang jeder Beschaffung steht die Abklärung, ob überhaupt eine öffentliche Beschaffung vorliegt. Dazu kann auf den Beitrag von Claudia Schneider Heusi «Wann liegt eine öffentliche Beschaffung vor?» im KRITERIUM Nr. 18 verwiesen werden.

Verfahrenswahl

Die Wahl des anzuwendenden Vergabeverfahrens (freihändiges, Einladungs-, selektives oder offenes Verfahren) und damit der einzuhaltenden Regeln ist abhängig von der Auftragsart (Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag), vom Auftragswert und vom anzuwendenden Schwellenwert (vgl. Tabellen).

Grundsätzlich gilt, dass je höher der Auftragswert, desto offener muss ausgeschrieben werden. Kleine Aufträge können freihändig, das heisst direkt an den Anbieter der eigenen Wahl vergeben werden. Aufträge mit hohem oder sehr hohem Auftragswert müssen auf simap.ch und im Kantonalen Amtsblatt öffentlich ausgeschrieben werden. Freiwillig kann immer auch nach den Regeln eines höherstufigen Verfahrens ausgeschrieben werden (d.h. es kann auch ein Dienstleistungsauftrag über Fr. 50'000 öffentlich ausgeschrieben werden).

Zu unterscheiden sind die Schwellenwerte für den so genannten Nichtstaatsvertragsbereich (IVöB und SVO) und die Schwellenwerte für den Staatsvertragsbereich (WTO-Übereinkommen, bilaterales Abkommen

Schwellenwerte und Verfahren im Nicht-Staatsvertragsbereich

Verfahrensarten	Lieferungen (Auftragswert CHF)	Dienstleistungen (Auftragswert CHF)	Bauarbeiten (Auftragswert CHF)	
			Baunebengewerbe	Bauhauptgewerbe
Freihändige Vergabe	unter 100'000	unter 150'000	unter 150'000	unter 300'000
Einladungsverfahren	unter 250'000	unter 250'000	unter 250'000	unter 500'000
Offenes / selektives Verfahren	ab 250'000	ab 250'000	ab 250'000	ab 500'000

Schwellenwerte im Staatsvertragsbereich

Auftraggebende	Auftragswert CHF		
	Lieferungen	Dienstleistungen	Bauarbeiten (Gesamtwert)
Kantone / Gemeinden	350'000	350'000	8'700'000
Behörden und öffentliche Unternehmen in den Sektoren Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation	700'000	700'000	8'700'000
Private Unternehmen mit ausschliesslichen und besonderen Rechten in den Sektoren Wasser, Energie und Verkehr (inkl. Drahtseilbahnen und Skiliftanlagen)	700'000	700'000	8'700'000
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich des Schienenverkehrs und im Bereich der Gas- und Wärmeversorgung	640'000	640'000	8'000'000
Öffentliche sowie aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätige private Unternehmen im Bereich der Telekommunikation	960'000	960'000	8'000'000

Appels d'offres (résumé)

1. Pouvoir adjudicateur

1.1 Nom officiel et adresse du pouvoir adjudicateur

Service d'achat/Entité adjudicatrice: Baudirektion Kanton Zürich

Service organisateur/Entité organisatrice: Hochbauamt, Baubereich 3, à l'attention de Volker Suschke, Stampfenbachstrasse 110, 8090 Zürich, Suisse, Téléphone: 043 259 28 34, Fax: 043 259 51 93, E-mail: volker.suschke@bd.zh.ch

1.2 Obtention des documents de participation pour la phase de sélection

sous www.simap.ch

2. Objet du marché

2.1 Titre du projet du marché

Schweizer Musikinsel Rheinau

2.2 Description détaillée du projet

Revitalisation et réaménagement de l'ancien monastère de Rheinau

Coûts de construction environ CHF 28,5 millions

2.3 Vocabulaire commun des marchés publics

CPV: 45000000 - Travaux de construction

BKP: 2710 - Enduits intérieurs,

2722 - Ouvrages métalliques courants (serrurerie),

2731 - Armoires murales, rayonnages, etc.,

2733 - Menuiserie courante

2.4 Délai de clôture pour le dépôt de la demande de participation au marché

Date: 25.09.2012 Heure: 16:00

[Nouvelle Suche](#) | [« Vorherige Meldung](#) | [Nächste Meldung »](#) | [zurück zur Liste](#)

[zum Seitenanfang](#)

[Seite drucken](#)

EU). Erreicht der Auftragswert den Schwellenwert des Staatsvertragsbereichs, sind vier Besonderheiten zu beachten zu Anwendung:

- die Frist für die Ausschreibung beträgt grundsätzlich 40 Tage und nicht nur 20 Tage (§ 20 SVO);
- der deutschen Publikation auf simap.ch und im Kantonalen Amtsblatt muss eine Zusammenfassung in französischer Sprache mit den wichtigsten Angaben (siehe Kasten) beigelegt werden (§ 14 SVO);
- die anbietenden Ausländer sind gleich zu behandeln;
- Zuschläge für freihändige Vergaben sind auf simap.ch zu publizieren (§ 35 SVO).

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Auftragsarten

Die öffentlichen Aufträge werden in Bau-, Liefer- und Dienstleistungsverträge aufgeteilt. Diese Unterscheidung ist für die Berechnung des Auftragswerts und für die Bestimmung des anzuwendenden Verfahrens ausschlaggebend. Im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich werden grundsätzlich alle Bau-, Liefer- und Dienstleistungsverträge dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt.

Ein Lieferauftrag ist jedes Geschäft, das den Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder den Mietkauf von beweglichen Gütern zum Gegenstand hat (z. B. Kauf eines Nutzfahrzeuges für die Forstabteilung). Der Kauf einer Liegenschaft ist daher vom Vergaberecht ausgenommen.

Eine Bauleistung ist alles, was physisch zur Veränderung, Errichtung oder Beseitigung eines Bauwerks beiträgt. Im Nichtstaatsvertragsbereich wird betreffend die anzuwendenden Schwellenwerte bzw. das Verfahren zwischen Aufträgen im Bauhaupt- und im Baunebengewerbe unterschieden. Zu den Aufträgen im

Bauhauptgewerbe zählen Arbeiten für die tragende Struktur des Bauwerks wie Hoch- und Tiefbau, Strassenbau, Aushub, Abbrucharbeiten usw. Zu den Aufträgen des Baunebengewerbes zählen demgegenüber alle übrigen Bauarbeiten wie Maler-, Gipser-, Schreiner-, Heizungs-, Sanitärarbeiten. Für eine detaillierte Abgrenzung kann der Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe zur Hilfe genommen werden. Das Dokument kann auf der Internetseite des Schweizerischen Baumeisterverbandes www.baumeister.ch heruntergeladen werden. Der Dienstleistungsauftrag umfasst alle Aufträge, bei denen der Auftragnehmer eine spezifische Tätigkeit für den Auftraggeber ausübt (z. B. Architektur- oder Ingenieurleistungen, Holzschlagarbeiten, Rechtsberatung, Experten, Versicherungsverträge usw.).

Im Staatsvertragsbereich sind nicht alle (aber die meisten) Arten von Bau- und Dienstleistungsaufträgen unterstellt. Diejenigen Aufträge, die unter das Beschaffungsrecht fallen, sind in Positivlisten abschliessend aufgeführt. Diese Listen finden sich im Anhang zum WTO-Abkommen (www.wto.org).

Ein Auftrag kann Elemente mehrerer Auftragsarten enthalten (sog. gemischte Aufträge). Hier ist zu ermitteln, welches Element (Bau, Lieferung oder Dienstleistung) den Auftrag am stärksten charakterisiert. Der anteilmässig grössere Wert in Franken ist dabei massgebend für die Zuordnung des gesamten Auftrags (beim Kauf von Druckern einschliesslich Installations- und Wartungsdienstleistungen gilt der Auftrag als Dienstleistung, wenn beispielsweise der Wert der Drucker Fr. 80'000 und die Installation und Wartung Fr. 150'000 beträgt).

Berechnung des anzuwendenden Auftragswerts

Für die Berechnung des Auftragswerts gelten folgende Regeln: Der Auftragswert ist anhand einer sorgfältigen Kalkulation (Schätzung) zu ermitteln. Die Schätzung hat sich an sachlichen Kriterien zu orientieren. Als Grundlage können Richtofferten oder Kostenvoranschläge dienen. Bei der Berechnung des Auftragswerts wird jede Art der Vergütung mit Ausnahme der Mehrwertsteuer berücksichtigt (§ 2 SVO). Bei mehrjährigen Verträgen mit bestimmter Laufzeit berechnet sich der Auftragswert nach dem Gesamtwert für die ganze Laufdauer. Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit ist die jährliche Rate mit vier zu multiplizieren (§ 6 SVO). Besteht zwischen einer Mehrzahl von Geschäften ein enger rechtlicher oder sachlicher Zusammenhang, müssen diese im Hinblick auf die Anwendung der Schwellenwerte zusammengerechnet werden. Auch wenn ein Auftrag die Option auf Folgeaufträge vorsieht, ist der Gesamtwert der Leistungen mit den Folgeaufträgen massgebend (§ 4 Abs. 2 SVO). Unter Beachtung dieser Regeln steht es der Vergabestelle jedoch frei, ähnliche Aufträge zusammenzufassen oder separat zu vergeben, solange dafür sachliche Gründe bestehen und das Vorgehen nicht auf eine Diskriminierung bestimmter Anbieter hinausläuft (vgl. siehe VB.2002.00270; regionale oder gemeindeweise Aufteilungen sind –

wenn sachlich begründet – jedoch möglich).

Auf jeden Fall unzulässig ist es, den Auftrag ohne sachliche Begründung zu unterteilen, um damit die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts zu umgehen. Der Auftraggeber darf mit anderen Worten nicht künstlich den Auftrag in kleine Einzelaufträge aufteilen, damit ein tieferstufiges Verfahren angewendet werden kann. Ansonsten könnte mit diesem Vorgehen das Beschaffungsrecht gänzlich ausgehebelt werden, indem nur noch direkt vergeben wird.

Bestimmung der Verfahrensart

Bei Dienstleistungen und Lieferungen wird der Wert jedes Auftrags einzeln bestimmt und daraus das anwendbare Verfahren abgeleitet. Bei Bauaufträgen ist zu unterscheiden. Sind für ein bestimmtes Vorhaben mehrere Bauaufträge zu vergeben, die an sich getrennt vergeben werden können (z. B. Neubau eines Hauses mit Baumeisterarbeiten, Erstellen Dachstuhl und Wärme-

dämmung), so ist der Wert aller Aufträge für die Bestimmung der anzuwendenden Verfahrensart zusammenzurechnen. Erreicht die Summe – ohne Liefer- und Dienstleistungsaufträge wie Planungs- oder Ingenieurleistungen – den Schwellenwert des Staatsvertragsbereichs (d. h. 8,7 Mio. Franken), gelten für sämtliche Bauaufträge dieses Vorhabens die Regeln des Staatsvertragsbereichs mit Ausnahme der Bagatellklausel (siehe Kastentext). Wird der Schwellenwert des Staatsvertragsbereichs jedoch nicht erreicht, ist der Wert des einzelnen Bauauftrages zur Ermittlung des anwendbaren Verfahrens massgebend.

Abschliessend sei auf die Kurzbroschüre und das Handbuch für Vergabestellen der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (www.koeb.ch) hingewiesen. Diese beiden Hilfsmittel bieten einen guten Einstieg in das öffentliche Beschaffungswesen und insbesondere das Handbuch liefert als Nachschlagewerk auch erfahrenen Beschafferinnen und Beschaffern nützliche Unterstützung in der Praxis.

Bagatellklausel

Im Staatsvertragsbereich sieht Art. 7 Abs. 2 IVöB für Bauaufträge eine spezielle Regelung (Bagatellklausel) vor. Bei einem Bauwerk, das über dem Schwellenwert von 8,7 Mio. Franken liegt, müssen grundsätzlich alle Teilleistungen im offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden. Die Bagatellklausel lässt Ausnahmen von diesem Grundsatz zu, indem sie bestimmt, dass Aufträge bis zu 20% der Kosten des gesamten

Bauwerks auch im Einladungs- und freihändigen Verfahren vergeben werden können. Im Einzelfall dürfen diese Aufträge den Wert von 2 Mio. Franken nicht überschreiten (z. B. Bauvorhaben von insgesamt 13,7 Mio. Franken: Es können somit gesamthaft 20% von 13,7 Mio. Franken, d.h. 2,74 Mio. Franken nach den Regeln des Nichtstaatsvertragsbereichs vergeben werden).

Berücksichtigung von ökologischen und sozialen Aspekten in der Beschaffung



Dr. Beat Hofer, Koordinationsstelle für Umweltschutz, Baudirektion Kanton Zürich

Vor gut zwölf Jahren publizierte die Interessengemeinschaft ökologische Beschaffung Schweiz IGÖB (vgl. Kastentext) ihren Leitfaden «Öffentliche Beschaffung - Leitfaden für eine nachhaltige Beschaffung». Dieser fasste den damaligen Stand bezüglich rechtlicher Vorgaben, Vorgehensweisen und Hilfsmitteln für die in erster Linie ökologische Beschaffung zusammen. Auf Ende 2011 wurde nun der Leitfaden überarbeitet und neu herausgegeben. Der Leitfaden behandelt mit Ausnahme des Baubereichs alle Beschaffungsbereiche. Für den Baubereich werden Beschaffungshilfsmittel durch den Verein Eco-Bau angeboten.

Warum war eine Überarbeitung des Leitfadens erforderlich?

Im vergangenen Jahrzehnt hat das Submissionsrecht sowohl auf kantonaler wie auch auf Bundesebene bedeutende Änderungen erfahren. So wird die Nachhaltigkeit stärker betont (siehe z.B. § 33 Submissionsverordnung [SVO]). Soziale Aspekte erhalten damit grundsätzlich gleiches Gewicht wie die ökologischen Aspekte. Dank wegweisender nationaler und internationaler Gerichts-

urteile ist ferner auch die Rechtssicherheit bei der Anwendung von Nachhaltigkeitskriterien besser geworden.

Bei der Erstauflage des Leitfadens im Jahr 2000 richtete sich der Hauptfokus auf die Umweltaspekte. Die Berücksichtigung der Ökologie in der öffentlichen Beschaffung ist dadurch bereits recht gut akzeptiert. In den vergangenen Jahren gewannen jedoch soziale Aspekte zunehmend an Bedeutung. Dies zeigen auch mehrere kantonsrätliche Vorstösse (z.B. Postulat KR-Nr. 191/2008 «Öffentliche Beschaffung von Computern, die nach IAO-Standards hergestellt werden» oder die An-

frage KR-Nr. 403/2008 «Fairer Handel»). Die in den Medien immer wieder aufgeführten Beispiele über Kinderarbeit in Steinbrüchen (Stichwort: Pflastersteine aus Asien) oder schlechte Arbeitsbedingungen in der Elektronikindustrie in Fernost tragen auch in der Öffentlichkeit zu einer stärkeren Sensibilisierung bei. Rechtlich wurde mit der Revision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) zum 1. Januar 2010 und mit der Klassierung der Kernkonventionen der Internationalen Arbeiterorganisation (IAO) als zwingende Teilnahmebedingungen bei öffentlichen Beschaffungsverfahren zumindest auf Bundesebene ein grundlegender Wandel vollzogen. Wichtige Arbeitsbedingungen, wie der Schutz vor Kinder- und Zwangsarbeit, das Verbot jeglicher Diskriminierung, die Einhaltung von Kollektivarbeitsverträgen und die Gewerkschaftsfreiheit sollen

Öffentliche Beschaffung

Leitfaden für den Einbezug ökologischer, sozialer und ökonomischer Kriterien



IGÖB – INTERESSENGEMEINSCHAFT ÖKOLOGISCHE BESCHAFFUNG

nun verbindlich von Lieferanten eingefordert werden (Art. 6 und 7 VöB). Obwohl die VöB für den Kanton Zürich und die Gemeinden nicht massgebend ist, lassen sich die erwähnten sozialen Anforderungen bereits mit dem heutigen kantonalen Submissionsrecht verlangen.

Was bietet der Leitfaden?

Das öffentliche Beschaffen ist durch das vermehrte Berücksichtigen der sozialen Aspekte komplizierter geworden. Der neue Leitfaden soll daher Hilfe bieten.

Praxisgerechte Kurse für Beschaffende

Damit der Leitfaden breit genutzt wird, werden praxisgerechte Kurse für Beschaffungsverantwortliche von kantonalen und kommunalen Beschaffungsstellen durchgeführt. Zwei Pilotkurse, getragen und unterstützt von den Kantonen Zürich und Schaffhausen sowie von der Stadt Schaffhausen, sollen am 7. November 2012 in Schaffhausen und am 28. November 2012 in Zürich durchgeführt werden. Das Kurskonzept soll auch den anderen Mitgliedern der IGÖB angeboten werden. Anmeldungen für einen der beiden Pilotkurse nimmt die Koordinationsstelle für Umweltschutz per E-Mail (kofu@bd.zh.ch) oder über das Anmeldeformular auf www.umweltschutz.zh.ch entgegen.

Ziel der Überarbeitung war es, praktische Fragen der Beschaffung zu beantworten. Aus diesem Grund findet man im Leitfaden viele Beispiele aus der Beschaffungspraxis. In einem einführenden Kapitel werden die gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen und die konkreten Nachhaltigkeitsthemen aufgezeigt. Dann folgt die Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz sowohl auf Bundes- wie auch auf kantonaler und kommunaler Ebene. Das erste Hauptkapitel stellt ausführlich vor, in welcher Phase der Beschaffung Nachhaltigkeitsaspekte auf welche Art berücksichtigt werden können. Dabei wird deutlich, dass Sozial- und Umweltkriterien unterschiedlich anzuwenden sind. Umweltkriterien können im Rahmen der technischen Spezifikationen definiert werden, während sich die rechtlich zulässigen Sozialkriterien in der Regel auf Leistungen und Eigenschaften von Lieferanten und ihren Zulieferern beziehen. Sie bilden also grundsätzliche Teilnahmebedingungen, die durch den Lieferanten bestätigt und nachgewiesen werden müssen. Im Leitfaden werden für jeden Beschaffungsschritt mögliche Vorgehensweisen aufgezeigt und Standards, Checklisten, Beispiele sowie weiterführende Informationsplattformen dargeboten oder darauf verwiesen.

Das zweite Hauptkapitel widmet sich den produktespezifischen Aspekten. Diese sind zum überwiegenden Teil umweltbezogen. Für eine Reihe unterschiedlicher Produktgruppen werden grundlegende Beschaffungskriterien systema-

tisch aufgelistet. Jedes Kriterium wird nach drei Aspekten beschrieben: Wirkung, Ziel und Referenz. Die Wirkung gibt an, auf welchen umwelt- und sozialrelevanten Bereich sich das jeweilige Kriterium positiv auswirkt (z.B. Ressourcenverbrauch). Das Ziel liefert eine konkrete Beschreibung des Umwelt- oder Sozialaspektes, den das jeweilige Kriterium anspricht (z.B. Einsatz von Recyklaten). In der Spalte Referenz erscheinen Namen von Labels und weiteren Hilfsmitteln, welche das jeweilige Kriterium erfüllen.

In den beiden letzten Kapiteln wird auf die möglichen Organisationsformen der Beschaffung, auf Fragen zur Information, zur Kommunikation und zur Weiterbildung eingegangen. Abgerundet wird der Leitfaden durch eine ausführliche Referenzliste. Aktuelle Links führen zu Informationsplattformen und themenspezifischen Hilfsmitteln in der Schweiz und in Europa.

Aufgrund seines Umfangs und seiner Aktualität bietet der Leitfaden nicht nur für öffentliche Verwaltungen, sondern auch für private Unternehmen eine Reihe wertvoller Informationen zum Thema nachhaltige Beschaffung.

Der Leitfaden kostet Fr. 50 und kann via Homepage der IGÖB (www.igoeb.ch) bestellt werden. Für Mitglieder der IGÖB und des Einkäufer-Verbandes procure.ch, sowie bei Bestellungen ab 15 Exemplaren gibt es Preisreduktionen. Den Beschaffungsstellen der Zürcher Kantonsverwaltung wird empfohlen, die Bestellung via den Autor des Artikels zu machen (Rabatt für IGÖB-Mitglieder).

Wer ist die IGÖB?

Die IGÖB (Interessengemeinschaft ökologische Beschaffung Schweiz) wurde vor ziemlich genau 15 Jahren in Biel gegründet. Zu den Gründungsmitgliedern gehören Beschaffungs- und Umweltfachstellen der öffentlichen Hand auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene, z.B. auch der Kanton Zürich und die Städte Zürich, Winterthur und Uster. Die aktuell 35 Mitglieder sind im Wesentlichen öffentliche

Verwaltungen (Gemeinden, Städte, Kantone, Bund) in der deutsch- und französischsprachigen Schweiz. Die IGÖB bezweckt als Fachorganisation die Förderung der umwelt- und sozialverträglichen öffentlichen Beschaffung durch Information, Harmonisierung, Kooperation und Nutzung von Synergien. Produkte der IGÖB sind beispielsweise der im Hauptbericht vorgestellte Leitfaden, das Handbuch «umweltschonende Ge-

bäudereinigung» oder der Informationsfolder «Recyclingpapier überzeugt». Die IGÖB organisiert zudem auch Tagungen oder Kurse (oft gemeinsam mit Partnern).

Öffentlich-rechtliche Körperschaften auf kantonaler und kommunaler Ebene sind als Mitglied willkommen. Nähere Informationen bei der Geschäftsstelle Deutschschweiz der IGÖB, Tel. 031 351 98 66 oder info@igoeb.ch. Website: www.igoeb.ch.

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 34/Januar 2013

Erfahrungen mit dem Submissionsrecht

Interview mit Dr. Peter Schuster und Erich Suter

Redaktion: Wie schätzen Sie persönlich die Entwicklung des öffentlichen Submissionswesens in den vergangenen rund 10 Jahren ein?

Peter Schuster (P.S.): Eine Professionalisierung hat stattgefunden; dies sowohl bei Vergabestellen wie bei Anbietern. Der Preis wird indessen mehr und mehr zum ausschlaggebenden Kriterium, während die Bedeutung der Qualitätskriterien sinkt, weil die Anbieter gelernt haben, mit den Nachweisen zu den Qualitätskriterien umzugehen. Eine hohe Regelungsdichte im Verbund mit der heute gefestigten Praxis und dem vorhandenen Know-how hat in der Folge zu einem Preiserfall bei öffentlichen Ausschreibungen für intellektuelle Dienstleistungen

geführt. Die Behörden und Ämter stellen nützen die zulässigen Freiräume zu wenig aus, z.T. aus unberechtigter, zu grosser Angst vor Beschwerden.

Erich Suter (E.S.): Grundsätzlich kann man sicher ein positives Resümee ziehen. Die Vergabeprozesse haben sich in der kantonalen Beschaffungspraxis etabliert und werden mit einer wachsenden Professionalität umgesetzt.

Wo orten Sie die grössten Stärken, wo die grössten Schwächen des öffentlichen Submissionswesens?

E.S.: Einerseits hat das Submissionswesen zu einer besseren Rechts- und Chancengleichheit



Peter Schuster, Dr. sc. techn. ETH, dipl. Bauing. ETH/SIA

- Ernst Basler + Partner, Ingenieurunternehmen Partner, bis 2012 Mitglied der Geschäftsleitung und Leiter Geschäftsbereich Infrastruktur- und Verkehrsbau
- Mitglied Arbeitsgruppe Vergabe usic
- Mitglied Baurekursgericht Kt. Zürich
- Verwaltungsrat Stump Foratec AG



Erich Suter, dipl. Ing. HTL

- geb. 1949
- 1974–1990 Leitende Funktionen in Bauunternehmung (allg. Tiefbau, Spezialtiefbau, Brückenbau)
- seit 1990 im Tiefbauamt Kanton Zürich
Abt. Leiter Ingenieurstab stv. Kantonsingenieur

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

In der vorliegenden Ausgabe befassen sich Dr. Peter Schuster, Partner bei Ernst Basler + Partner, und Erich Suter, Baudirektion des Kantons Zürich, mit aktuellen Fragen zum Submissionswesen. Gewisse Fragen wurden beiden Interviewpartnern gestellt, die anderen wurden auf sie zugeschnitten, entsprechend ihrer Stellung als Vertreter einer Anbieterin bzw. einer Vergabestelle. Peter Schuster und Erich Suter äussern sich zum Beispiel zur Entwicklung des öffentlichen Submissionswesens in den vergangenen zehn Jahren, zu den grössten Stärken und Schwächen dieser Materie und zur möglichen Optimierung des Submissionsprozesses. Wie schätzen die Beschaffungsstellen die Fälle ein, wonach submissionsrechtliche Vorgaben nicht eingehalten wurden? Handelt es sich um ein allgemeines Problem oder eher um Einzelfälle? Auf diese und weitere spannenden Fragen bekommen Sie, liebe Leserin, lieber Leser, Antworten. Auch werden Sie erfahren, wie die Anbietenden die Zusammenarbeit mit den öffentlichen Beschaffungsstellen erleben und umgekehrt. Interessanterweise lässt sich feststellen, dass sich die Einschätzungen nicht diametral entgegensetzen.

Mit diesem Vorwort möchte ich mich beim Redaktionsteam des «Kriteriums» für die stimulierende und fundige Zusammenarbeit in den letzten zwei Jahren bedanken. Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, wünsche ich ein erfolgreiches, spannendes und vor allem gesundes Jahr 2013, sowie eine gute Lektüre!

Für das Redaktionsteam

Nicole Zumstein Bonvin

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2013 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

Grundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, Elektronische Plattform SIMAP, Umgang mit dem Handbuch

Einführungsseminar (2 x ½ Tag)

Daten: **30.05./06.06.13** (jeweils vormittags)

Referentin: Daniela Lutz, Rechtsanwältin

Behandlung aktueller Verfahrensfragen und Austausch von Erfahrungen aus der Praxis

Vertiefungsseminar Bereich Bau (½ Tag)

Datum: **25.06.13** (vormittags)

Referentin: Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.personalentwicklung.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.– und für Externe Fr. 175.–. Externe können sich mittels Mail an weiterbildung@pa.zh.ch anmelden; Interne benützen das Anmeldeformular.

der Anbieter geführt, andererseits wird aber auch in Kauf genommen, dass ein Zuschlag auch an einen Anbieter erteilt werden muss, mit dem man in früheren Projekten nicht nur gute Erfahrungen gemacht hat.

Die gesetzlichen Grundlagen sind praxistauglich und geben eine grosse Rechtssicherheit in der Umsetzung.

Mit auf das Projekt zugeschnittenen Eignungs- und Zuschlagskriterien können die Anforderungen an den Anbieter so gestellt werden, dass im besten Fall eine optimale Auswahl getroffen werden kann.

Die vielfältigen Möglichkeiten bezüglich Gewichtung beziehungsweise Anforderung an Preis und Zuschlagskriterien sind aber auch eine grosse Systemschwäche. Die Vielfalt kann die ausschreibende Stelle dazu verführen, dass bei den Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht dem Projekt angepasste sondern überhöhte Forderungen gestellt werden. Dies führt in der Praxis zu einer Einengung des Marktes und dem Ausschluss von grundsätzlich geeigneten Anbietern.

P.S.: Bei den Stärken ist anzuführen, dass die Verfahren auf allen Ebenen einheitlicher, somit absehbarer und transparenter geworden sind. Die einzureichenden Unterlagen gleichen sich in vielen Ausschreibungen, was den Aufwand der Anbieter reduziert.

Die Harmonisierung auf Bundesebene ist vorangekommen. Dies vor allem auch wegen Grossorganisationen wie ASTRA und anderen, die eine begleitende Aufgabe übernehmen. Die Bereitschaft ist da, Erfahrungen zwischen Anbietern und Vergabestellen auszutauschen und die laufenden Prozesse zu verbessern.

Schwächen sehe ich darin, dass die Harmonisierung zwischen Kantons-/Gemeindeebene (IVöB) und Bundesebene (BöB/VöB) mit grosser Verzögerung erfolgt. Der Zeitbedarf und Arbeitsaufwand sind für beide Seiten generell zu gross. Die Schwellenwerte werden zu wenig ausgeschöpft. Dies vor allem bei den Kantonen und Städten, welche in eigenen Submissionserlassen unnötigerweise strenger sind als die Vorgaben des übergeordneten Rechts.

Herr Schuster, wo stellen sich in der praktischen Umsetzung aus Ihrer Sicht die grössten Schwierigkeiten?

P.S.: Die Beschaffungserfahrung, das spezifische Fachwissen ist bei kleineren Kantonen und Gemeinden wenig ausgeprägt, z.T. erfolgt auch ein Beizug externer Büros, die wenig einschlägige Erfahrung haben.

Dem Grundsatz der Transparenz wird noch zu wenig nachgelebt; insbesondere Gewichtungen der Zuschlagskriterien und die Benennungsmethoden werden noch zu oft nicht bekannt gegeben.

Wie kann die Effizienz des Submissionsprozesses verbessert werden?

E.S.: Eine Möglichkeit ist die Vereinheitlichung der Ausschreibungsunterlagen und der Vergabekriterien innerhalb der Vergabestelle. Bei den Vergabekriterien ist aber darauf zu achten, dass die Ansprüche an die Individualität des Projektes nicht verloren gehen. Möglichst einheitliche Ausschreibungsunterlagen sind anzustreben, aber bei den Ausschreibungskriterien sollte eine Vereinheitlichung nur sehr zurückhaltend angegangen werden.

P.S.: Ich sehe da zwei Stossrichtungen: Einmal sind vermehrt und auf allen Ebenen (Bund, inkl. SBB, Kantone und Gemeinden) vereinheitlichte Regulierungen anzustreben. Zum anderen sind die Bearbeitungsdauern zu verkürzen. Die Zeitspanne zwischen Eingabe der Angebote und Mitteilung des Vergabeentscheids ist in der Regel zu lang.

Bisweilen besteht der Eindruck, es gebe eine Diskrepanz zwischen den rechtlichen Vorgaben einerseits und Feststellungen im Alltag, etwa im Bereich langfristige Verträge, die in gewissem Rhythmus neu vergeben werden müssen. Herr Schuster, können Sie solche Feststellungen machen?

P.S.: Die rechtlichen Vorgaben können nicht alle vorkommenden Situationen im Vergabewesen abdecken; gerade bei langdauernden

Aufgaben gibt es offene Fragen oder Ermessensbereiche, die unterschiedlich beurteilt werden.

Die Durchführung von Submissionsverfahren bedeutet für die Vergabestellen mitunter einen recht grossen Aufwand. Wie schätzen Sie, Herr Suter, das Verhältnis des Aufwandes zum Nutzen ein?

E.S.: Bei der Ausschreibung und der Vergabe von Planer- und Bauleistungen wird bereits die Weiche für eine erfolgreiche Projektabwicklung gestellt. Ausschreibung und Vergabe ist eine Kernkompetenz des Bauherrn. Der Aufwand für eine saubere, möglichst fehlerfreie, Ausschreibung lohnt sich immer. Jeder Fehler kostet im weiteren Projektablauf ein Mehrfaches.

In den Medien werden immer wieder Fälle bekannt, wonach Behörden oder Amtsstellen sich nicht an submissionsrechtliche Vorgaben gehalten haben. Orten Sie hier ein allgemeines Problem oder handelt es sich bei den in der Öffentlichkeit bekannt gewordenen Fällen nach Ihrer Einschätzung eher um Einzelfälle?

P.S.: Aus meiner Sicht sind das Einzelfälle; die bestehende Praxis im schweizerischen Vergabewesen ist aus rechtlicher Sicht in der Regel in Ordnung. Die Bestimmungen, welche die Ausnahmestatbestände für eine freihändige Vergabe regeln, werden gelegentlich unterschiedlich ausgelegt und können Anlass für Anschuldigungen und Verdächtigungen geben.

E.S.: Auch ich bin der Meinung, dass das Einzelfälle sind. Selbst-

verständlich kommen sie vor, sollten aber mit klaren Vorgaben und einer Prozesskontrolle grösstenteils verhindert werden können. Es zeigt sich auch, dass in den allermeisten Fällen nicht böser Wille sondern nur die Absicht, «das Beste» zu wollen, die Ursache für das Fehlverhalten war. Aus solchen Fällen sind aber im Sinne eines kontinuierlichen Verbesserungsprozesses die Lehren zu ziehen.

Herr Schuster, welche Bedeutung messen Sie den sozialen Aspekten im öffentlichen Beschaffungswesen zu?

P.S.: Eine eher geringe. Es gab und gibt verschiedene Versuche, soziale Anliegen mit dem Vergabewesen zu verknüpfen, zum Beispiel Deklaration zur Gleichstellung von Mann und Frau oder Lehrlingsausbildung. Aus Sicht der Praxis ist anzustreben, die Beschaffungsverfahren möglichst schlank zu halten und soziale Themen über andere Wege zu regeln.

Wie stellt das Tiefbauamt des Kantons Zürich sicher, dass die sozialen Standards eingehalten werden? Wie kontrollieren Sie das?

E.S.: Im Rahmen der Submission muss der Anbieter mit einer Selbstdекlaration bestätigen, dass er die vorgegebenen Standards einhält. Unwahre Angaben führen zum Ausschluss aus dem Verfahren bzw. zum Widerruf des Zuschlages, solange der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist.

Wird die Verfehlung erst im Laufe der Arbeitsausführung festgestellt, schuldet der Unternehmer eine vertraglich festgelegte Konventionalstrafe und kann unter Umständen von künftigen Submissionsverfahren ausgeschlossen werden.

Als Dienstleistungserbringer bewerben Sie sich, Herr Schuster, regelmässig um öffentliche Aufträge. Wie erleben Sie die Zusammenarbeit mit den öffentlichen Beschaffungsstellen? Gibt es Unterschiede zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden?

P.S.: Ja, natürlich gibt es Unterschiede. Diese betreffen zum einen

die Kommunikation mit den Anbietern, vor allem bezüglich Bekanntgabe von Bewertungsmethoden und Bewertungsergebnissen der einzelnen Angebote. Zum andern gibt es Unterschiede bezüglich «Verhandlungen zu eingereichten Angeboten». Der Bund lässt bis zu Abgebotsrunden fast alles zu, die Kantone verbieten zum Teil selbst unabdingbare Klärungsgespräche. Unterschiedlich sind nicht zuletzt die Beschwerdefristen, welche auf Kantonsebene extrem kurz sind.

Eine Beschaffungsstelle, die regelmässig und vielerlei Produkte beschaffen muss, läuft Gefahr, dass sie mit der Zeit eine grosse Vielzahl an Produkten erhält, deren Lagerhaltung, Bewirtschaftung usw. aufwändig sein kann. Wie bewältigt das Tiefbauamt des Kantons Zürich diese Herausforderung? Wie organisiert es die wiederkehrende Beschaffung solcher Produkte?

E.S.: Wir haben zwar kein Beschaffungsproblem mit der Vielzahl von Produkten, aber umso mehr bei der Beschaffung von technischen Geräten wie Fahrzeugen, Schneepflügen, Salzstreuern etc. Diese zum Teil hochkomplexen Systeme müssen gewartet und unterhalten werden, zum Teil müssen sie auch untereinander kompatibel sein. All diese Anforderungen müssen in eine Ausschreibung einfließen und berücksichtigt werden. In der Privatwirtschaft können solche Anforderungen mit einem strategischen Entscheid gelöst werden. Wir lösen das Problem, indem wir bei öffentlichen Ausschreibungen ein sehr detailliertes Anforderungsprofil erstellen. Dabei müssen wir aber immer wieder darlegen, dass keine diskriminierenden Absichten vorhanden sind.

Die IVöB verbietet Abgebotsrunden. Damit sind solche auf kantonaler und kommunaler Ebene ausgeschlossen. Herr Schuster, welche Auswirkungen bzw. welche Bedeutung hat dies für Sie als Unternehmer?

P.S.: Diesen Ausschluss werten wir positiv und hätten gerne dasselbe auch auf Bundesebene. Er führt zu Sicherheit für beide Parteien. Die mit Abgebotsen erzielten

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

«Einsparungen» sind nur scheinbar, denn das zu erwartende Abgebot wird in der Regel vorher auf den Preis aufgerechnet.

Gibt es aus Ihrer Sicht als privater Anbieter ein besonderes Anliegen oder einen besonderen Hinweis zuhanden der Vergabestellen?

P.S.: Die nun rund zehnjährige Erfahrung mit öffentlichen Ausschreibungen hat bei Anbietern und Vergabestellen zu gefestigten Verfahren und Kenntnissen geführt. Unter anderem nähern sich die Nachweise der Anbieter zu den Qualitätskriterien immer mehr an, was zu immer kleineren Unterschieden in den Qualitätsnoten und damit einer faktischen Reduktion des Qualitätsgewichtes respektive zu einer faktischen Erhöhung des Preisgewichtes führt; sehr oft wird der Preis allein ausschlaggebend. Das bedauern wir als Anbieter von Planer- und Beraterleistungen und wünschen, dass die Qualitätsanforderungen an Referenzen und Schlüsselpersonen nicht immer weiter gesteigert werden. Wenn die Spiralbewegung nicht gebrochen wird, ist es für Unternehmen wie das unsrige immer schwieriger, Nachwuchsleute in öffentlich ausgeschriebenen Vorhaben als Schlüsselpersonen zu platzieren.

Gibt es aus Ihrer Sicht einer Vergabestelle ein besonderes Anliegen oder einen besonderen Hinweis zuhanden der Anbieter?

E.S.: Dem Anbieter, vor allem von Planerleistungen, sollte klar sein, dass der Ermessensspielraum für die Vergabestelle bei öffentlichen Aufträgen sehr beschränkt ist. Es ist nicht Sache des Bauherrn, den Markt zu korrigieren und die Verantwortung für Dumpingpreise zu übernehmen. Eine realistische Einschätzung des Aufwandes und des entsprechenden Angebots schafft eine konstruktive Basis für eine erfolgreiche Zusammenarbeit bei der Auftragsabwicklung.

Welche Erwartungen haben Sie an die zukünftige Entwicklung des öffentlichen Beschaffungswesens im Allgemeinen und an die soeben

Unter Meer



Foto: Mark Röthlisberger, Hochbauamt Kanton Zürich

Katja Schenker (* 1969) lebt und arbeitet in Zürich
Intervention im Atrium, diverse Technik
Kantonsschule Wetzikon, Spezialtrakt, Kunst am Bau 2012

angelaufene Revision des Beschaffungsrechts (parallele Revision zwischen dem Bund und den Kantonen) im Besondern?

P.S.: Ich erwarte, dass sich das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz vermehrt öffnet für rein qualitätsorientierte Verfahren. Seit wenigen Jahren ist das Dialogverfahren gemäss Art. 26a VöB eine Möglichkeit für dieses Anliegen. Leider gibt es bis dato nur wenige Anwendungen. Auch QBS (Quality based Selection, auch ohne Berücksichtigung des Preises) wäre mit GATT/WTO vereinbar, wird aber in der Schweiz

durch die bestehende Gesetzgebung nicht zugelassen.

E.S.: Wir wünschen uns vor allem, dass die Regeldichte nicht mehr zunimmt. Die Schwellenwerte sollten nicht geändert, vor allem nicht gesenkt werden. Für Planerleistungen könnten diese beim freihändigen und Einladungsverfahren sogar erhöht werden. Um die Beschaffung von immer wiederkehrenden Materialien, technischen Anlagen und Leistungen zu erleichtern, sollten die Ausnahmebestimmungen in der Submissionsverordnung überarbeitet werden.

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 35 / Oktober 2013

Ausschluss vom Vergabeverfahren und Sanktionen:

Revision des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und Revision der Submissionsverordnung

Am 25. März 2013 beschloss der Kantonsrat eine Änderung des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB-BeitrittsG, vgl. ABl 2013-04-05). Zugleich genehmigte er eine Änderung der Submissionsverordnung (SVO). Gegenstand dieser Gesetzes- und Verordnungsrevisionen bildet die Regelung über den Ausschluss vom Vergabeverfahren. Gegen die Gesetzesrevision wurde kein Referendum ergriffen, worauf der Regierungsrat die Gesetzes- und die Verordnungsänderung auf den 1. Dezember 2013 in Kraft setzte (RRB Nr. 994 vom 11. September 2013). Diese Rechtsänderungen wurden durch ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich ausgelöst.

Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2010.00284 vom 31. August 2010

Nachdem sich ein Kadermitarbeiter einer Unternehmung im Rahmen der Erfüllung eines Auftrags für die Baudirektion zugeständenermassen schwere Widerhandlungen gegen die Vergabebestimmungen hat zuschulden kommen lassen, schloss die Baudirektion diese Unternehmung für die Dauer von mindestens einem Jahr von sämtlichen Vergabeverfahren der Baudirektion aus. Diese Sanktion erfolgte gestützt auf § 40 Abs. 1 SVO. Dagegen wehrte sich die sanktionierte Unternehmung erfolgreich beim Verwaltungsgericht. Dieses stellte im genannten Entscheid fest, dass für Ausschlüsse von künftigen Vergabeverfahren nach geltender Submissionsgesetzgebung des

Kantons Zürich keine genügende Rechtsgrundlage vorhanden sei. Das Verwaltungsgericht argumentierte, der Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren wegen Pflichtverletzungen, die in einem vergangenen oder laufenden Vergabeverfahren begangen wurden, stelle einen pönalen Rechtsnachteil dar. Pönale Rechtsnachteile bezweckten die Ahndung von pflichtwidrigem Verhalten und stünden in keinem unmittelbaren Zusammenhang zur verletzten Pflicht (Erw. 2.2). Sie bedürften, wie strafrechtliche Sanktionen, einer besonderen gesetzlichen Grundlage. Da Ausschlüsse von künftigen Vergabeverfahren von bis zu fünf Jahren einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Anbieterinnen und Anbieter bewirken können, müssten sie ihre Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn haben (Erw. 3.3). § 40 SVO genüge als gesetzliche Grundlage nicht. Der Umstand, dass die SVO vom Kantonsrat genehmigt worden sei, habe die Verordnung nicht zu einem Gesetz im formellen Sinn gemacht. Zwar gebe § 4 Abs. 3 IVöB-BeitrittsG vor, dass der Regierungsrat die Voraussetzungen für den Ausschluss von Anbieterinnen und Anbietern regeln könne, doch sei diese Bestimmung als allgemeine Delegationsnorm zu unbestimmt, um den Anforderungen an eine hinreichende gesetzliche Grundlage zu genügen (Erw. 3.4).

Regelung im IVöB-BeitrittsG

Gemäss Art. 19 Abs. 2 IVöB sehen die Kantone Sanktionen für den Fall der Verletzung der Verfahrensbestimmungen vor. Um

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Es freut uns sehr, dass wir immer wieder positives Feedback zum KRITERIUM erhalten! Dies bestärkt uns in unseren Bestrebungen, Sie über neuere Entwicklungen im Vergabewesen aktuell zu informieren.

Die vorliegende Ausgabe orientiert Sie in einem Beitrag von Peter Hösli über die per 1. Dezember 2013 in Kraft gesetzte Änderung der kantonalen Submissionsgesetzgebung betreffend den Ausschluss vom Vergabeverfahren und die Sanktionen gegenüber Anbietenden. Damit fehlbare Anbietende vom Auftraggeber für eine bestimmte Zeit lang von künftigen Submissionen ausgeschlossen werden können, wurde eine entsprechende Grundlage im Beitrittsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung IVöB geschaffen. Gleichzeitig wurde der Ausschluss aus dem laufenden Vergabeverfahren von der Submissionsverordnung (§ 28) in das Beitrittsgesetz überführt und der Katalog der Ausschlussgründe geringfügig erweitert.

Immer wieder zu Nachfragen führt die laufende parallele Revision des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen, der sich der zweite Beitrag widmet. Der Autor ist Mitglied der gemeinsamen Arbeitsgruppe von Bund und Kantonen, die ihre Arbeiten demnächst abschliessen wird. Dank der Kompromissbereitschaft der am Projekt «AURORA» Beteiligten konnten weitgehend parallele Musterbestimmungen (samt Erläuterungen) für künftige Erlasse von Bund und Kantonen gefunden werden. Voraussichtlich Mitte 2014 sollen die Vernehmlassungen beim Bund und den Kantonen stattfinden.

Schliesslich enthält die Ausgabe einen kurzen Werkstattbericht über einen im Generalsekretariat der Baudirektion Kanton Zürich abgehaltenen Workshop. Dieser liefert wichtige Tipps zu den oftmals sehr anspruchsvollen IT-Beschaffungen.

Für das Redaktionsteam

Roland Fey,
Baudirektion Kanton Zürich

den Anforderungen an eine hinreichende formellgesetzliche Grundlage zu genügen, waren die bisher in der SVO enthaltenen Bestimmungen über die Sanktionen bei Verstössen gegen die Verfahrensvorschriften ins Gesetz überzuführen. Sie finden sich in den neu eingefügten §§ 4a und 4b IVöB-BeitrittsG (vgl. Kästchen). Anzupassen war auch § 4 Abs. 3 IVöB-BeitrittsG, der die allgemeine, vom Verwaltungsgericht als ungenügend qualifizierte Delegationsnorm enthielt. Die Weisung des Regierungsrates zur Änderung des IVöB-BeitrittsG (Vorlage 4874) zeigt im Einzelnen auf, wie der Regelungsgehalt der Bestimmungen über den Ausschluss aus dem Verfahren gemäss SVO – Ausschlussgründe gemäss § 28, Widerruf des Zuschlags gemäss § 36 und Sanktionen gemäss § 40 – ins Gesetz übergeführt werden (vgl. Abschnitt C., zu § 4a und § 4b). Mit der Neuregelung im Gesetz waren die genannten Bestimmungen der SVO aufzuheben.

Neuerungen: Meldepflicht der Vergabestellen und Liste der Ausschlüsse

Die Revision des IVöB-BeitrittsG beschränkte sich nicht nur auf die Überführung der bestehenden Regelungen über den Ausschluss vom Verfahren und über die Sanktionen auf die Gesetzesstufe, sondern führte folgende Neuerungen ein: § 4b Abs. 3 enthält eine Pflicht der Auftraggeberinnen und Auftraggeber, den Kanton über Ausschlüsse aus dem Vergabeverfahren zu orientieren, wenn der Ausschluss wegen Absprachen im Wettbewerb erfolgt ist oder wenn die Anbieterin oder der Anbieter ausgeschlossen wurde, weil sie bzw. er im Zusammenhang mit der Vergabe oder bei der Erfüllung öffentlicher Aufträge eine Straftat zum Nachteil der Auftraggeberin oder des Auftraggebers begangen oder gegen die anerkannten Berufsregeln verstossen hat. In diesen Fällen hat die Auftraggeberin oder der Auftraggeber der von Regierungsrat zu bezeichnenden kantonalen Stelle eine Kopie des rechtskräftigen Entscheids zuzustellen. Es ist vorgesehen, diese Stelle bei der Baudirektion einzurichten.

Weiter verpflichtet § 4b Abs. 4 IVöB-BeitrittsG den Kanton, eine Liste über die in Kraft stehenden Ausschlüsse zu führen. Vergabestellen können Auskunft darüber verlangen, ob eine An-

Die neuen Bestimmungen des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen lauten wie folgt:

§ 4 a. ¹ Die Vergabestelle schliesst Anbieterinnen und Anbieter aus einem laufenden Vergabeverfahren aus, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllen oder wenn sie den rechtskonformen Ablauf des Vergabeverfahrens durch ihr Verhalten beeinträchtigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Anbieterin oder der Anbieter:

- die von der Vergabestelle festgelegten Kriterien zur Beurteilung ihrer oder seiner Eignung nicht oder nicht mehr erfüllt,
- wesentliche Formerfordernisse missachtet hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder des Antrags auf Teilnahme im selektiven Verfahren oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen,
- die Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise nicht erfüllt,
- ein ungewöhnlich niedriges Angebot einreicht, ohne nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden und die Auftragsbedingungen erfüllt werden können,
- sich in einem Konkursverfahren befindet, f. Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt hat,
- die Grundsätze über die Beachtung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, über die Gleichbehandlung von Frau und Mann sowie die Vertraulichkeit von Informationen missachtet,
- gegen die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstossen hat,
- der Vergabestelle falsche Auskünfte erteilt hat,
- Abreden getroffen hat, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen,
- im Zusammenhang mit der Vergabe oder bei der Erfüllung öffentlicher Aufträge eine Straftat zum Nachteil der Auftraggeberin oder des Auftraggebers begangen oder gegen die anerkannten Berufsregeln verstossen hat,
- von der Vergabestelle angeordnete Kontrollen nicht zulässt.

² Die Vergabestelle kann den Zuschlag gegenüber der Anbieterin oder dem Anbieter unter den Voraussetzungen von Abs. 1 widerrufen.

³ Unter den gleichen Voraussetzungen kann die Vergabestelle die Anbieterin oder den Anbieter aus einer ständigen Liste nach Art. 13 lit. e der Interkantonalen Vereinbarung ausschliessen. Der Rechtsschutz richtet sich nach den Bestimmungen des 5. Abschnitts der Interkantonalen Vereinbarung.

§ 4 b. ¹ Unter den Voraussetzungen von § 4 a Abs. 1 lit. f, g, h, i, j, k oder l kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber eine Anbieterin oder einen Anbieter verwarnen oder in schweren Fällen für bis zu fünf Jahren von künftigen Vergaben der betreffenden Körperschaft ausschliessen.

² Über Beschwerden gegen Verfügungen nach Abs. 1 entscheidet das Verwaltungsgericht. Mit der Beschwerde können neben Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit geltend gemacht werden. Im Übrigen richtet sich der Rechtsschutz nach den Bestimmungen des 5. Abschnitts der Interkantonalen Vereinbarung. Die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes über die Beschwerde vor Verwaltungsgericht finden ergänzend Anwendung.

³ Bei Ausschlüssen nach Abs. 1 auf Grundlage von § 4 a lit. j und k stellt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber dem Kanton eine Kopie des rechtskräftigen Entscheids zu. Der Regierungsrat bezeichnet die zuständige Stelle.

⁴ Der Kanton führt eine Liste über die in Kraft stehenden Ausschlüsse. Er kann Vergabestellen nach diesem Gesetz darüber Auskunft erteilen,

- ob eine Anbieterin oder ein Anbieter auf der Liste verzeichnet ist,
- auf welcher Grundlage und für welche Dauer ein Ausschluss verfügt wurde.

bieterin oder ein Anbieter auf der Liste verzeichnet ist und auf welcher Grundlage und für welche Dauer der Ausschluss verfügt wurde.

Somit verfügt der Kanton Zürich nun über ein zeitgemässes, den formellgesetzlichen Anforderungen genügendes System für den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren und für Sanktionen.

Für das Redaktionsteam
Peter Hösli,
Staatskanzlei des Kantons Zürich

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Parallele Revision des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen – ein Zwischenbericht zum Projekt AURORA

Im März 2012 kam die Revision des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (das Government Procurement Agreement GPA) nach mehrjährigen Verhandlungen zu einem Abschluss. Diese Revision der internationalen Rechtsgrundlagen löst Anpassungsbedarf im Beschaffungsrecht des Bundes und der Kantone aus.

Da die geltenden Erlasse von Bund (BöB/VöB) und Kantonen (Konkordat IVöB/Vergaberichtlinien VRöB der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz BPUK/kantonale Ausführungsbestimmungen) teilweise inhaltlich voneinander abweichen, haben Bund und Kantone beschlossen, die Umsetzung der Änderungen aus dem revidierten GPA gemeinsam anzugehen (parallele Revision). Zu diesem Zweck wurde im Oktober 2012 eine paritätisch zusammengesetzte Arbeitsgruppe gegründet und mit der parallelen Revision des Beschaffungsrechts beauftragt.

Die Ziele des Projekts AURORA wurden in einem gemeinsamen Konzept zwischen Bund und Kantonen wie folgt festgelegt:

1. Das revidierte GPA ist inhaltlich zwischen dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht soweit

möglich harmonisiert in nationales Recht umgesetzt.

2. Die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone sind soweit möglich inhaltlich angeglichen.
3. BöB/VöB gelten für die Beschaffungsstellen des Bundes, IVöB/VRöB gelten für die Vergabestellen der Kantone und Gemeinden; durch Integration der VRöB in die IVöB wird auf kantonale Ausführungsbestimmungen möglichst verzichtet.
4. Zukünftige Anpassungen von Bundesrecht und kantonalem Recht auf der Grundlage des internationalen Beschaffungsrechts erfolgen möglichst koordiniert.

In der Folge tagte die Arbeitsgruppe AURORA in der Zeit von Oktober 2012 bis September 2013 und erarbeitete zu den folgenden, gemeinsam festgelegten Themenblöcken Musterklauseln und Erläuterungen dazu:

- Sanktionen
- Subjektiver Geltungsbereich
- Anforderungen
- Wettbewerbsdialog
- Rahmenverträge
- Grundsätze
- Verhandlungen
- Elektronische Auktionen

- Rechtsschutz
- Objektiver Geltungsbereich
- Verhinderung von Korruption
- Beschaffungstatistik
- Freihändige Verfahren
- Publikation/Fristverkürzung
- Begriffe/Definitionen

Dabei konnten dank der Kommissbereitschaft beider Seiten für die bearbeiteten Themen weitgehend parallele Lösungen gefunden werden.

Zurzeit werden die Musterklauseln und Erläuterungen fertig ausgearbeitet. Nach dem Abschluss der Arbeiten der Arbeitsgruppe AURORA werden sich Bund und Kantone je separat an die Ausarbeitung der Ausführungsbestimmungen machen. Dabei werden die Kantone versuchen, die Vergaberichtlinien (VRöB), soweit möglich und sinnvoll, als weiteren kantonalen Harmonisierungsschritt in die IVöB zu integrieren. Nach Fertigstellung der Musterbotschaften sollen ungefähr Mitte 2014 separate Vernehmlassungen beim Bund sowie bei den Kantonen und Gemeinden durchgeführt werden.

Nach Überarbeitung und Verabschiedung der definitiv bereinigten Revisionsvorlagen durch die zuständigen politischen Instanzen zu Händen der Gesetzgeber (Bund und Kantone) könnten die revidierten Erlasse voraussichtlich ab der zweiten Hälfte 2015 in Kraft gesetzt werden.

Für das Redaktionsteam:
Roland Fey,
Baudirektion Kanton Zürich

IT-Projekte und öffentliches Beschaffungswesen – ein Werkstattbericht

Es ist nicht nur bei Praktikerinnen und Praktikern unbestritten, dass Beschaffungen im IT-Bereich, namentlich komplexe Softwarelösungen, im Regelwerk des öffentlichen Beschaffungswesens hohe Anforderungen stellen. Gerade bei kantonalen Beschaffungen, die weder den wettbewerblichen Dialog noch Verhandlungsmöglichkeiten kennen, stösst man oft an die Grenzen des engen Rechtsrahmens. Die IT-Verantwortlichen der Baudirektion des Kantons Zürich haben sich aus diesem Grund Mitte August zu

einem Workshop getroffen, um zusammen mit Fachjuristinnen und -juristen zu diskutieren, wie diesen Schwierigkeiten begegnet werden kann.

Und am Anfang war... die Verfahrenswahl

Ein erster thematischer Schwerpunkt betraf die Rechtspraxis zu den freihändigen Vergaben gestützt auf eine Ausnahmebestimmung. Es wurde festgestellt, dass die Hürden für eine freihändige Vergabe z. B. gemäss § 10 Abs. 1 lit. c der Submissionsverordnung

(SubmV) («aus technischen oder künstlerischen Besonderheiten kommt nur eine Anbieterin oder ein Anbieter in Frage und es gibt keine angemessene Alternative») nach wie vor hoch sind. Namentlich bei Ersatz- und Ausbaubeschaffungen von Softwarelösungen ist deshalb daran zu denken, bereits bei der Grundausschreibung spätere Supportleistungen zu beschreiben, allfällige Folgeaufträge oder optionale freihändige Vergaben (§ 10 Abs. 1 lit. g SubmV) vorzubehalten und in der Auftragswertberechnung sowie damit der Verfahrenswahl zu berücksichtigen.

Das Verhandlungsverbot schränkt auch die Kommunikationsmöglichkeiten mit den Anbietenden stark ein. Um mit diesem engen

Korsett einen sinnvollen Umgang zu finden, wurden folgende Ansatzpunkte besprochen:

- wohlüberlegte, transparente aber auch nicht überladene Pflichtenhefte, die grösstmögliche Klarheit schaffen;
- die Durchführung von selektiven Verfahren, die es zulassen, in der ersten Stufe nur die bestgeeigneten Anbietenden zu evaluieren, wobei im Rahmen der Eignung auch geprüft werden kann, welche Funktionalitäten als Standard offeriert werden können;
- die Durchführung von sehr ausführlichen Fragerunden, auch in Form von Treffen mit den Anbietenden vor Abgabe des Angebotes.

Bei diesen Massnahmen ist strikt auf die Gleichbehandlung der Anbietenden zu achten um sicherzustellen, dass ergänzende Informationen der Vergabestelle, Präzisierungen des Pflichtenheftes oder ähnliches allen Anbietenden gleichermaßen zukommen.

Demgegenüber wurde unter Bezugnahme auf vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich entschiedene Fälle (vgl. etwa Urteil VB.2004.00133 vom 18. August 2004) konstatiert, dass nach Angebotsabgabe, namentlich auch im Rahmen von Angebotspräsentationen und sich daraus ergebenden Angebotspräzisierungen, der Handlungsspielraum von Vergabestelle und Anbietenden sehr klein ist: Es können nur noch sehr untergeordnete Änderungen an den Angeboten vorgenommen werden.

Marktabklärungen, Studien und unzulässige Vorbefassung

Gerade komplexe Softwareprojekte, die häufig einen «Pilotcharakter» haben, bedürfen umfangreicher Abklärungen auf Seiten der Vergabestelle, um überhaupt eine Beschaffung lancieren zu können. Dabei droht die Gefahr der unzulässigen Vorbefassung von Beraterinnen und Beratern, Anbietenden oder anderen Beteiligten, welche im Rahmen der Vorbereitung der Beschaffung Dienstleistungen erbringen. Die aktuelle Rechtsprechung verlangt, dass Anbietende (nur) dann auszuschliessen sind, wenn sie im Rahmen der Vorbereitung der konkreten Beschaffung beteiligt waren, in diesem Zusammenhang so intensiven Kontakt mit der Vergabestelle bzw. dem Projekt hatten, dass sie gegenüber ihren Konkurrentinnen und Konkurrenten einen Wettbewerbsvorteil haben, und wenn nicht sicher gestellt werden kann, dass dieser

Wettbewerbsvorteil durch die Konkurrentinnen und Konkurrenten im Rahmen der Angebotserarbeitung kompensiert werden kann, namentlich durch umfassende Transparenz und Zurverfügungstellung der Vorarbeiten sowie ausreichende Zeit für die Angebotserstellung.

Mit Blick auf das übliche Projektvorgehen bei IT-Projekten wurden diverse Abgrenzungen diskutiert: Zulässige Anbieterkontakte sind demnach etwa reine Produktepräsentationen, Ausstellungen, das Erstellen allgemeiner Konzepte mit wenigen, nicht intensiven Lieferantenkontakten, allgemeine Beratungen mit geringer Honorarsumme, allgemein gehaltene Machbarkeitsstudien, die sämtliche Informationen enthalten, in aller Regel auch Request for Information im Verständnis der IT. Zwingend zu einem Ausschluss führen müssen demgegenüber Arbeiten, die direkt und präjudizierend in das Pflichtenheft einfließen, Spezifikationen oder Vorprojekte, die das Projekt wettbewerbsrelevant beeinflussen.

Zum Umgang mit Pflichtenheften

Während einer Vergabestelle auf der Produktebene (Leistungsverzeichnis, Pflichtenheft im engeren Sinne, Spezifikationen, Funktionalitäten) ein überaus grosser Gestaltungsspielraum zusteht, solange Anforderungen nicht diskriminierend, d.h. den Wettbewerb verhindernd oder unzulässig einschränkend sind, müssen Eignungs- und Zuschlagskriterien namentlich sachgerecht sein, die Gleichbehandlung wahren und einer nachvollziehbaren Beurteilung zugänglich sein.

Eignungskriterien definieren die Anforderungen, die an eine Anbieterin oder einen Anbieter im Grundsatz gestellt werden (Referenzen, Anbieten von Standardprodukten, Serviceleistungen etc.), Zuschlagskriterien legen fest, wie das beste Preis-/Leistungsverhältnis, das wirtschaftlich günstigste Angebot, evaluiert werden soll (Preis, Erfüllungsgrad der Anforderungen funktional und betrieblich, Lösungskonzept, Benutzerfreundlichkeit, Schlüsselpersonal etc.).

In der Praxis leiden Ausschreibungen oft daran, dass aus den Pflichtenheften/Leistungsverzeichnissen nicht mit der gewünschten Klarheit hervorgeht, welche funktionalen oder betrieblichen Anforderungen zwingend einzuhalten sind, welche einen wünschbaren

Mehrwert bieten sollen oder letztlich eine reine Komforterrhöhung darstellen. Diesbezügliche Fragen an die Anbietenden sind eindeutig und klar zu formulieren (keine Suggestivfragen), müssen einem oder mehreren Kriterien zugeordnet werden können und sollen nur dann als offene Fragen formuliert werden, wenn tatsächlich von den Anbietenden mehr als Ja-Nein-Antworten erwartet werden.

Zur Auswertung von Angeboten

Gemäss bundesgerichtlicher Praxis muss das Zuschlagskriterium des Preises eine Minimalgewichtung von 20% aufweisen, wobei eine solch tiefe Gewichtung nur bei wesentlich komplexen Projekten zulässig ist, um dem Grundprinzip der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel zu genügen. Es bestand am Workshop Einigkeit darüber, dass nicht jede IT-Beschaffung ein wesentlich komplexes Projekt ist und dementsprechend die Gewichtung des Preiskriteriums sorgfältig überlegt werden muss. In den meisten Fällen wird diese Preisgewichtung 40–50% betragen müssen, was namentlich dann gilt, wenn über die Spezifikationen und die Eignungskriterien bereits eine Einschränkung des Anbieterwettbewerbs erfolgt ist, also nur noch jene Anbietenden und Angebote übrig bleiben, die bereits eine hohe Qualität aufweisen sollten. Anhand von verschiedenen Musterausreibungen und Auswertungsvorgehen wurde auch aufgezeigt, dass es namentlich in Beschwerdeverfahren unumgänglich ist, eine klare Nachvollziehbarkeit der Bewertung zu ermöglichen, d. h. es ist sicherzustellen, dass Punktevergaben auf eine entsprechende Begründung überprüft werden können.

Abgeschlossen wurde der Workshop mit diversen Hinweisen auf Rechtsfälle, die das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich im IT-Umfeld zu bearbeiten hatte. Fazit des Workshops: IT-Ausschreibungen für komplexe Projekte sind submissionsrechtlich äusserst anspruchsvoll. Sie sind aber bewältigbar, entscheidend sind eine klare Verfahrensstrategie zu Beginn des Projektes, Transparenz und klare Aussagen in den Pflichtenheften, die den Ermessensspielraum der Vergabestelle offenlegen, angemessene und doch geschickte Kriterien und ein faires und nachvollziehbares Auswertungsvorgehen.

Baudirektion Kanton Zürich

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 36/Januar 2014

Wenn Gemeinden oder Kantone zusammen einkaufen

von Daniela Lutz



Daniela Lutz, M.B.L. – HSG,
Fachanwältin SAV
Bau- und Immobilienrecht,
Lindtlaw Anwaltskanzlei, Zürich

Immer häufiger schliessen sich öffentliche Auftraggeber zusammen, um gemeinsame Beschaffungen zu tätigen. Die Motivation hierfür sind insbesondere grössere und damit preislich vorteilhaftere Auftragsvolumina, die Reduktion des personellen und finanziellen Aufwandes für die Erarbeitung von Pflichtenheften und die Durchführung von Submissionen, sowie das Anliegen, aus technischen oder logistischen Gründen denselben Anbietenden oder das gleiche Produkt einzusetzen.

Die gesetzlichen Grundlagen enthalten mit Ausnahme von Art. 8 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), wo Bestimmungen zum anwendbaren

Recht bei Vergaben von mehreren Auftraggeberinnen und Auftraggebern zu finden sind¹, keine Verfahrensregeln, und die Gerichtspraxis zu gemeinsamen Beschaffungen beschränkt sich auf wenige Einzelfälle². Es ist indes eine Reihe von Regeln einzuhalten, die sich bereits aus den allgemeinen submissionsrechtlichen Prinzipien ergeben³.

Wer A sagt, muss auch B sagen

Gemeinsame Beschaffungen verlangen von den involvierten Vergabestellen die Bereitschaft, auf einen Teil ihrer Autonomie zu verzichten, damit die Prinzipien und Grundanliegen des Submissionsrechtes gewahrt werden können:

– Die Grundlage der Kooperation muss klar definiert sein, vorzugsweise mit einer schriftlichen Vereinbarung, die regelt, wer welche Rolle in der Beschaffung einnimmt, wer wem welche Kompetenzen überträgt und bei interkantonalen Vergaben in der Regel auch die Festlegung des anwendbaren Rechtes (Art. 8 Abs. 3 IVöB). Solche Vereinbarungen bzw. Delegationen müssen von der jeweils kompetenten Stelle bewilligt werden, was im Einzelfall eventuell vertiefter Abklärungen bedarf.

– Es bedarf einer gemeinsamen und einheitlichen Festlegung der technischen Spezifikationen und der Eignungs- und Zuschlagskriterien. „Sonderwünsche“ können nur in untergeordnetem Masse berücksichtigt werden und wenn, dann müssen sie in der Ausschreibung für die Anbietenden transparent dargestellt sein.

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Nicht selten werden Leistungen von mehreren öffentlichen Auftraggebern gemeinsam beschafft, wodurch Synergien erzielt werden können. Die Autorin des ersten Beitrages, Rechtsanwältin Daniela Lutz, beleuchtet verschiedene Aspekte zu diesem Thema. Zunächst zeigt sie auf, welche Regeln bei solchen Vergaben zu beachten sind. Sodann stellt sie anhand von Beispielen die verschiedenen Formen von Zusammenschlüssen in der Praxis dar. Neben der einmaligen Kooperation für eine konkrete Beschaffung werden auch formell eigenständige, zentrale Vergabestellen eingesetzt. Diese unterstehen dem Submissionsrecht und beschaffen für die angeschlossenen öffentlichen Institutionen die entsprechenden Leistungen in eigenem Namen. Da mit derartigen Modellen stets ein gewisser Autonomieverlust verbunden ist, sollten die jeweiligen Vor- und Nachteile vorgängig sorgfältig abgewogen werden.

Der zweite Beitrag von Rechtsanwältin Nicole Zumstein behandelt das heikle Thema Formvorschriften am Beispiel eines vom Verwaltungsgericht im Februar 2013 beurteilten Falles der Stadt Winterthur. Gemäss Gesetz und Rechtsprechung erfolgt bei Verletzung von wesentlichen Formerfordernissen der Ausschluss der betreffenden Anbieterin oder des betreffenden Anbieters vom Submissionsverfahren. Die Frage, ob im Einzelfall ein Formfehler als wesentlich zu qualifizieren ist, stellt für die Vergabestellen regelmässig eine grosse Herausforderung dar. Fehlt nämlich das Merkmal der Wesentlichkeit, wird ein entsprechender Ausschluss wegen überspitzten Formalismus aufgehoben. Der von der Autorin vorgestellte Verwaltungsgerichtsentscheid verdeutlicht einmal mehr die Bedeutung der genauen Prüfung jedes Einzelfalles.

Zum Schluss dankt das Redaktionsteam seiner treuen Leserschaft für das Interesse und wünscht den Leserinnen und Lesern alles Gute für das bereits begonnene neue Jahr.

Für das Redaktionsteam
Michèle Klausberger
Stadt Zürich

- Um den Anbietenden die Grundlagen für ihr Angebot und namentlich ihre Kalkulation zu liefern, sind die Volumina der Beschaffung zu definieren, zumindest mit belastbaren Schätzungen, allenfalls ergänzt um Optionen, die aber ebenfalls zu umschreiben sind.
- Vergabestellen, die sich einer gemeinsamen Beschaffung anschliessen, sind an die Vergabe bzw. den Zuschlag gebunden – sie dürfen bei keinen anderen Anbietenden ihren Bedarf decken (unter Vorbehalt der gesetzlichen Gründe für den Abbruch eines Verfahrens) und haben sich beim Vertragsabschluss an die Bedingungen der Ausschreibung zu halten.
- Vergabestellen, die sich nicht von Beginn weg für die gemeinsame Ausschreibung entscheiden, können sich später der Beschaffung nicht mehr einfach «anschliessen». Auch ein Hinweis in der Ausschreibung, wonach sich die Vergabestelle vorbehält, spätere gleichartige Aufträge derselben Anbieterin oder demselben Anbieter freihändig zu erteilen (§ 10 Abs. 1 lit. g Submissionsverordnung) hilft hier nicht weiter, da dieser Vorbehalt nur zu Gunsten derselben Vergabestelle, nicht aber einer dritten gegenüber wirken kann.

Arten von Beschaffungsgemeinschaften und ihre Besonderheiten

Es können im Wesentlichen zwei Grundformen der Zusammenarbeit unterschieden werden: Einerseits lose, oft einmalige und in aller Regel auf eine konkrete Beschaffung ausgerichtete (ad-hoc) Kooperationen von Vergabestellen (vgl. Abbildung 1) und zum anderen der Einsatz von institutionalisierten Drittbeschaffern (zentrale Beschaffungsstellen), also formell eigenständigen Organisationen, die selbst als Vergabestellen auftreten (vgl. Abbildung 2).

Eine ad-hoc Kooperation ist z.B. die Zusammenarbeit der Gemeinden A, B und C bei der Ausschreibung von Altglas-Sammel-Dienstleistungen: B führt die Ausschreibung für sich und im Namen der Gemeinden A und C durch, B erteilt den Zuschlag im Namen der drei Gemeinden⁴ und die Gemeinden setzen den Zuschlag in einem gemeinsamen Vertrag oder auch in je separaten Verträgen um⁵ (vgl. Abbildung 1). Bei interkantonalen Vergaben ist der Bestimmung des anwendbaren Rechtes und dem Vorliegen einer Vereinbarung zwischen den Kantonen über das Vorgehen und die Kompetenzen im Verfahren besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

Gemeinden oder andere öffentliche Institutionen können aber auch eine selbstständige Organisation als Drittbeschafferin gründen – z.B. einen Verein oder auch eine AG – die ihrerseits als Vergabestelle konzipiert ist (vgl. Abbildung 2). Häufig spricht man auch von sog. zentralen Vergabestellen. Eine solche Organisation gilt selbst als Einrichtung des öffentlichen Rechts und kann in eigenem Namen Vergabeverfahren durchführen und diese auch mit einer Zuschlagsverfügung abschliessen. Der Verein wird einziger Vertragspartner des Zuschlagsempfängers, wobei der Vertrag die Gesamtleistung umfassen oder auch als Rahmenvertrag mit Abrufmöglichkeiten für die Mitglieder konzipiert werden kann. Auch für Drittbeschaffer gelten die üblichen Regeln – namentlich etwa muss in einer solchen Ausschreibung der Bedarf spezifiziert und die voraussichtlichen Volumina in einer möglichst zuverlässigen Schätzung definiert werden.

Beschaffungen über eine Drittbeschafferin bedeuten, dass die Gemeinden nicht mehr individuell auftreten. Um ihren Bedarf zu decken, kaufen die Vergabestellen ihrerseits bei der Organisation ein und zwar ohne erneute Ausschreibung. Das ist immer dann möglich, wenn die Drittbeschafferin ausschliesslich oder jedenfalls weitestgehend von Gemeinden oder anderen Beschaffungsstellen beherrscht wird und ebenso weitestgehend für diese tätig ist. Beispiele solcher Drittbeschaffer sind etwa der Verein SSGI («Verein für Schweizerische Städte- und Gemeinde-Informatik SSGI») oder die «Glarus hoch3 AG» (www.gl3.ch), die Informatikbeschaffungen für alle drei Glarner Gemeinden ausführt.

Abbildung 1

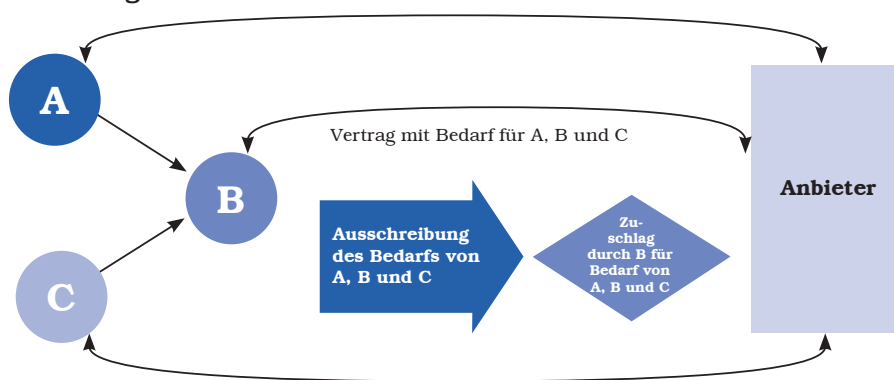
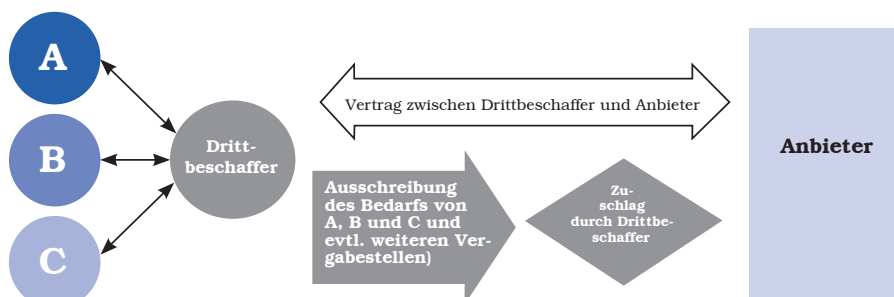


Abbildung 2



¹ Gemäss Art. 8 Abs. 3 IVöB unterstehen Vergaben, an denen mehrere Auftraggeberinnen und Auftraggeber (d. h. Kantone, Gemeinden, sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene) beteiligt sind, dem Recht am Sitz der Hauptauftraggeberin oder des Hauptauftraggebers. Besteht eine gemeinsame Trägerschaft, gilt das Recht am Sitz der Trägerschaft. Hat diese gemeinsame Trägerschaft wiederum keinen Sitz, kommt das Recht am Ort des

Schwergewichts der Tätigkeit oder der Arbeitsausführung zur Anwendung. Es können aber in der Ausschreibung auch anderslautende Regelungen getroffen werden.

- 2 Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hatte sich bis zum Abschluss dieses Beitrages soweit ersichtlich noch nie mit Fragen zum Vorgehen bei einer gemeinsamen Beschaffung auseinanderzusetzen.
- 3 Vgl. für interkantonale Vergaben etwa auch den «Leitfaden für interkantonale Submissionen» der Zentralschweizer Baudirektorenkonferenz (ZBOK) vom 7. Juli 2006, unter <http://www.sz.ch/documents/lf-ik-subm.pdf>.
- 4 M.E. für den Kanton Zürich unzutreffend bzw. zu formalistisch (gleicher Meinung: Beyeler Martin, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Schulthess 2012, S. 45, Fn. 66). Vgl. diesbezüglich auch das Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 23. Januar 2007 (B 2006/184); dieses Gericht ist zum Schluss gekommen, dass eine aus verschiedenen Gemeinden gebildete einfache Gesellschaft, die Abfallregion St.Gallen-Rorschach-Appenzell, aufgrund des geltenden kantonalen Gemeinderechts im Verkehr mit Dritten weder eigenständig auftreten, noch selber Verfügungen erlassen, noch Beschaffungsverträge abschliessen könne.
- 5 Unter der Voraussetzung, dass in der Ausschreibung die jeweiligen Teilbeschaffungen genau definiert sind und die einzelnen Vergabestellen ihre Verträge auf der Basis der Ausschreibung abschliessen und sich z.B. nicht die Freiheit bewahren wollen, nach dem Zuschlag individuell zu entscheiden, ob und wie weit man sich dem Vertrag anschliessen wolle oder nicht, spricht m.E. nichts gegen den Abschluss von Einzelverträgen, auch im interkantonalen Verhältnis, insbesondere dann, wenn dies in der Ausschreibung transparent dargelegt wird (anders: Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, WBE.2010.100, Urteil vom 15. Juli 2010, dargestellt in Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3.A., N 1093).

Mangelhafte Offerten: wann ist der Formfehler wesentlich, wann nicht? Ein Beispiel aus der Praxis

1. Die Herausforderung

Vergabestellen wissen, dass es in der Praxis manchmal schwierig ist, wesentliche von unwesentlichen Formfehlern zu unterscheiden. Die Frage ist von zentraler Bedeutung. Denn ein wesentlicher Formfehler hat zur Folge, dass die betroffene Anbieterin oder der betroffene Anbieter aus dem Submissionsverfahren ausgeschlossen wird.

Die Vergabestellen müssen einerseits alle Anbietenden gleich behandeln; von allen Anbietenden wird zu diesem Zweck die Einhaltung von strengen Formvorschriften verlangt. Andererseits dürfen die Vergabestellen keinen überspitzten Formalismus betreiben. Diesen Anforderungen gerecht zu werden, ist nicht immer einfach. Dies zeigt das nachfolgende praktische Beispiel.

2. Das Praxisbeispiel: Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 27. Februar 2013 (VB.2012.00797)

Sachverhalt

Im Sommer 2012 schrieb die Stadt Winterthur (nachfolgend: die Vergabestelle) die Baugrubensicherung bzw. den Baugrubenaushub (BKP 170/ 201) für ein neues Schulhaus im offenen Verfahren im Staatsvertragsbereich aus.

Im Rahmen der Prüfung der Angebote stellte die Vergabestelle fest, dass die preisgünstigste Anbieterin die abgegebene Offertunterlage (im pdf-Format) abgeändert hatte. Die Vergabestelle stellte fest, dass bei den «Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Bauaufträge» ab der zweiten Seite die ganze Fusszeile fehlte, gewisse Textabschnitte rot markiert waren, unter Ziff. 2.6 der letzte Satz fehlte, unter Ziff. 5 insgesamt sechs Kreuze fehlten, unter Ziff. 6.1 das Angebot während 3 (statt 6) Monate verbindlich war und unter Ziff. 6.2.1 «mindestens 3» (statt 2) Referenzen angegeben werden müssten.

Bei der «Vertragsurkunde Werkvertrag für Einzelleistungen» fehlte ebenfalls die Fusszeile und unter

Ziff. 3.9 war eine Zahlungsfrist von 30 (statt 30–45) Tagen vorgesehen. In den Submissionsbedingungen stand an zwei verschiedenen Stellen, dass die Submissionsunterlage nicht abgeändert werden dürfe und dass ein solches Vorgehen zum Ausschluss des betroffenen Angebots führe:

«Die Submissionsunterlage darf nicht abgeändert werden» (Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Bauaufträge, Ziff. 2.6)

«Abänderungen der vom Bauherrn abgegebenen Unterlagen sind nicht zulässig; entsprechende Angebote werden vom Vergabeverfahren ausgeschlossen» (ibidem, Ziff. 5). Die Vergabestelle führte mit der betroffenen Anbieterin ein klärendes Gespräch über den festgestellten Sachverhalt und teilte ihr die Absicht mit, das Angebot vom Verfahren wegen Verletzung wesentlicher Formerfordernisse auszuschliessen. Der Sachverhalt wurde durch die Anbieterin bestätigt, wobei diese von einem unabsichtlichen Fehler sprach: ihre Hilfsperson habe zur Vereinfachung eine andere Datei als die abgegebene verwendet. Dieser Fehler würde ihr jedoch keinen Wettbewerbsvorteil geben. Ein Ausschluss ihres Angebots wäre unverhältnismässig.

Die Vergabestelle beschloss, die Anbieterin aus dem Verfahren wegen Verletzung wesentlicher Formvorschriften auszuschliessen.

Rechtliche Würdigung durch das Verwaltungsgericht

Das Verwaltungsgericht erinnert in seinem Entscheid, dass gemäss § 28 lit. h der Submissionsverordnung (SVO) Anbietende von der Teilnahme unter anderem ausgeschlossen werden, wenn sie wesentliche Formerfordernisse verletzt haben, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen.

Bei der Beurteilung solcher Mängel sei im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen. Die Rechtsfolge des Ausschlusses sei

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz, Räfelstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2014 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

Submissionen im öffentlichen Beschaffungswesen (Grundlagen)

2 x ½ Tag (jeweils 08.30–12.00 Uhr)

Daten: **Freitag, 13.06.2014** und **Montag, 16.06.2014**

Referentin: Daniela Lutz, Rechtsanwältin

Submissionen und öffentliches Beschaffungswesen (Vertiefungsseminar Bereich Bau)

½ Tag (08.30–12.00 Uhr)

Datum: **Mittwoch, 02.07.2014**

Referentin: Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.personalentwicklung.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.– und für Externe Fr. 175.–. Externe können sich mittels Mail an weiterbildung@pa.zh.ch anmelden; Interne benützen das Anmeldeformular.

allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handle; einen überspitzten Formalismus gelte es zu vermeiden. Im vorliegenden Fall sei unbestritten, dass die Anbieterin nicht die originalen Ausschreibungsunterlagen für ihr Angebot verwendet habe. Ebenfalls unbestritten sei, dass dadurch Änderungen der Ausschreibungsunterlagen eingegangen seien.

Namentlich wurde die Dauer der Verbindlichkeit des Angebots von den in den originalen Unterlagen geforderten sechs Monaten auf drei Monate herabgesetzt. Ferner änderte die Anbieterin die Zahlungsfrist von 30–45 Tagen auf 30 Tage ab.

Diese Änderungen stellten eine Verletzung eines wesentlichen Formerfordernisses im Sinn von § 28 lit. h SVO dar.

Das Vergaberecht zeichne sich gerade bei der Offerteingabe durch eine besondere Formstrenge aus. Vorliegend habe die Anbieterin gegen die Ausschreibungsbedingungen verstossen und entgegen dem klaren Verbot der Abänderung der vom Bauherrn abgegebenen Unterlagen diese verändert. Eine solche Veränderung der vom Bau-

herrn abgegebenen Unterlagen führe grundsätzlich zum Ausschluss vom Verfahren und stelle keinen überspitzten Formalismus dar.

Vorliegend stelle sich jedoch noch die Frage, ob es für die Vergabebehörde offensichtlich war, dass es sich bei den Änderungen um ein Versehen und damit im Ergebnis um Schreibfehler im Sinn von § 29 Abs. 2 SVO gehandelt habe, welche von der Vergabestelle zu berichtigen gewesen wären.

Das Verwaltungsgericht stellt fest, dass auf dem Offertkontrollblatt vermerkt worden sei, dass zwar die Unterlagen, nicht jedoch der Angebotstext verändert worden seien. Bei dieser Kontrolle seien Abänderungen zwar bemerkt worden, jedoch sei übersehen worden, dass der Angebotstext sehr wohl abgeändert worden sei. Das Verwaltungsgericht schliesst daraus, dass somit nicht von offensichtlichen Schreibfehlern ausgegangen werden könne, wenn diese bei der ersten Prüfung des Angebots nicht bemerkt worden seien. Es lasse sich der Vergabestelle auch nicht vorwerfen, nach Treu und Glauben hätte sie das Versehen als solches erkennen müssen.

Folglich sei der Ausschluss gestützt auf § 28 lit. h SVO zu Recht erfolgt.

3. Kommentar

Der Entscheid, den Ausschluss in diesem Fall zu schützen, ist unseres Erachtens nachvollziehbar und sachgerecht.

Ausschlaggebend war im vorliegenden Fall offenbar die Tatsache, dass die Anbieterin die Dauer der Verbindlichkeit des Angebots von 6 auf 3 Monate verkürzte und eine kürzere Zahlungsfrist (30 statt 30–45 Tage) vorsah.

Ein wenig überraschend ist die Überlegung, ob die besagten Abänderungen offensichtliche Schreibfehler im Sinne von § 29 Abs. 2 SVO darstellten. Entscheidend sei hier die Tatsache, dass die Vergabestelle bei der Offertöffnung übersehen habe, dass es sich um eine Änderung des Angebotstexts – und nicht nur der «Unterlagen» – gehandelt habe. Somit handle es sich nicht um einen offensichtlichen Schreibfehler.

Dies lässt vermuten, dass die anderen Abänderungen (Löschen der Fusszeile, Fehlen von Kreuzen), welche Bagatelcharakter haben, einen Ausschluss nicht gerechtfertigt hätten.

Dieser Entscheid zeigt einmal mehr, dass es in diesem Bereich selten eine einfache Antwort gibt. Jeder Fall muss immer einzeln geprüft werden. Der ausschlaggebende Punkt liegt manchmal in einem Detail, das übersehen wird.

Für das Redaktionsteam:
*Nicole Zumstein Bonvin,
Stadt Winterthur*

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 37/Mai 2014

Auftragswerte und Vergabeverfahren: Was muss zwingend zusammen- gerechnet, was darf aufgeteilt werden?

von Claudia Schneider Heusi



lic. iur. Claudia Schneider Heusi,
L.L.M., Fachanwältin SAV für Bau- und
Immobilienrecht

1. Fragestellung

Auftragswerte dürfen nicht künstlich aufgeteilt werden, um so die vorgeschriebenen Verfahren zu umgehen – das ist bekannt. Was zwingend zusammen gehört und was nicht, ist allerdings nicht immer einfach festzustellen. Dabei sind verschiedene Fragen auseinanderzuhalten. Welches Verfahren (offenes oder selektives, Einladungs-, freihändiges Verfahren) durchzuführen ist, ist davon abhängig,

- ob das Beschaffungsvorhaben vom Staatsvertragsbereich erfasst wird oder nicht,
- ob es sich um einen Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauauftrag handelt und

- ob die pro Auftragsart massgebenden Auftragswerte erreicht werden.

Nach der Qualifikation und der Höhe des Auftrags bestimmt sich also die zu wählende Verfahrensort und zudem, ob die Schwelle zum Staatsvertragsbereich mit seinen zusätzlichen Vorschriften erreicht wird. Was dabei wie und wann zusammengerechnet werden muss, geben die vom Gesetz vorgeschriebenen Berechnungsmethoden vor.

2. Die Berechnungsmethoden

a. Die massgebenden Regeln – ein Überblick

Aus den gesetzlichen Vorschriften (§§ 2 und 4 SVO¹) ergeben sich die folgenden Regeln:

- Der Auftragswert ist aufgrund des «voraussichtlichen maximalen Gesamtwerts einer Beschaffung» zu schätzen;
- Bei dieser Bestimmung des Gesamtwerts ist jede Form der Vergütung zu berücksichtigen (ohne Mehrwertsteuer);
- Ein sachlich zusammenhängender Auftrag darf nicht aufgeteilt werden (Zerstückelungsverbot);
- Wird ein Auftrag in Lose aufgeteilt, ist die Gesamtheit dieser Lose für die Berechnung des Auftragswerts massgebend;
- Folgeaufträge und Optionen sind einzurechnen;
- Bei mehrjährigen Verträgen bestimmt sich der Auftragswert nach dem Gesamtwert; bei Verträgen mit unbestimmter Lauf-

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Dass Auftragswerte nicht aufgeteilt werden dürfen, um die vorgeschriebene Verfahrensart zu umgehen, ist bestimmt allen Vergabestellen bekannt. Dies ist nicht etwa ein politisch motiviertes Postulat, sondern entspricht geltendem Recht. Doch nach welchen Kriterien ist in der Praxis zu bestimmen, was zwingend zusammengehört und somit zusammenzurechnen ist? Der Beitrag von Rechtsanwältin Claudia Schneider Heusi greift diese Fragestellung auf. Er zeigt auf, welche Regeln anzuwenden sind, stellt die Rechtsprechung dazu dar und geht auf ausgewählte Fragen ein, die sich in der Praxis besonders häufig stellen. Die Autorin beschreibt zusammenfassend sechs Schritte, die zu unternehmen sind, um Auftragswert und Verfahrensart zu bestimmen.

Simap wird laufend weiterentwickelt und ausgebaut. Anfangs März 2014 wurden zwei neue Funktionen, das elektronische Anbieterprofil und das Standardformular für Anbieterdaten, eingeführt. Peter Frei, Geschäftsführer des Vereins simap.ch, und Roland Fey, Vorstandsmitglied im Verein simap.ch und Vorsitzender der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich, stellen die Neuerungen vor. Diese bringen Erleichterungen sowohl für Unternehmen, die sich wiederholt an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, als auch für Vergabestellen. Gerade letzteren wird empfohlen, bei ihren künftigen Ausschreibungen das neu zur Verfügung gestellte Standardformular zu verwenden, damit der Nutzen für die Unternehmen möglichst gross ist.

Und noch ein Hinweis: Wer Interesse an einem Separatdruck der submissionsrechtlichen Erlasse des Kantons Zürich (Beitrittsgesetz zur IVöB, IVöB, Submissionsverordnung) hat, kann einen solchen in einer aktualisierten Fassung bei der KDMZ beziehen (vgl. Hinweis auf Seite 4 der vorliegenden Ausgabe).

Für das Redaktionsteam
Peter Hösli

zeit und Daueraufträgen anhand der jährlichen Rate multipliziert mit vier;

- Werden mehrere gleichartige Aufträge vergeben, so ist der Gesamtwert während zwölf Monaten massgebend (unter den Begriff «mehrere gleichartige Aufträge» fallen nur solche Aufträge, für die Einzelverträge abgeschlossen werden; im Zweifelsfall ist von einem Dauerauftrag auszugehen).

b. Ein Spezialthema: Bauleistungen und die Schwelle zum Staatsvertragsbereich

Zur Erinnerung: Nur bestimmte Auftraggeber sind dem Staatsvertragsbereich unterstellt² und nur die in den Staatsverträgen aufgelisteten Leistungen³ werden vom Staatsvertragsbereich erfasst. Zusätzlich bestimmen Schwellenwerte die Grenze zwischen Staatsvertrags- und Nicht-Staatsvertragsbereich.

Bei Bauaufträgen gilt zur Berechnung des Schwellenwerts⁴, der den Staatsvertrags- vom Nicht-Staatsvertragsbereich trennt, eine Besonderheit: massgebend ist der Gesamtwert aller Bauleistungen für das Bauwerk. Es sind dabei alle erforderlichen Hoch- und Tiefbauarbeiten zusammenzuzählen (Art. 7 Abs. 2 IVöB)⁵, also alle Arbeitsgattungen, auch wenn sie unterschiedlich sind. So wird bestimmt, ob die Bauleistungen – und zwar alle⁶ – eines Vorhabens der unterstellten Auftraggeberin nach Massgabe der Vorschriften des Staatsvertragsbereichs⁷ offen ausgeschrieben werden müssen. Steht dies fest, kann die Auftraggeberin nach ihrem Ermessen diese Aufträge zusammenfassen und Losaufteilungen vorsehen oder sie einzeln ausschreiben. Eine Aufteilung der – offen ausgeschriebenen – Leistungen auf verschiedene Ausschreibungsverfahren und verschiedene Anbieter bleibt möglich.

c. Die Rechtsprechung

Zur Bestimmung des Auftragswerts und insbesondere zum Zerstückelungsverbot haben sich die Gerichte wiederholt geäussert. Ein örtlich und sachlich zusammenhängender Auftrag darf gemäss dieser Praxis nicht künstlich aufgeteilt werden, mit dem Ziel, die Auftragswerte zu unterschreiten und die einzelnen Phasen freihändig an denselben Anbieter zu vergeben. Entscheidend ist, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein

isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens (Neubau oder Sanierung) zu sehen ist. So ist gemäss Bundesverwaltungsgericht beispielsweise die als Gesamtvorhaben geplante Instandsetzung und Erneuerung eines Strassentunnels als einheitliches Bauwerk zu qualifizieren (BVGer⁸, Entscheid B-6837/2010 vom 15. März 2011). Als Einzelaufträge bzw. einzelne Bauprojekte und nicht als einheitliches Bauwerk hat das Bundesverwaltungsgericht hingegen die Erstellung von Lärmschutzwänden in mehreren Abschnitten entlang einer SBB-Strecke angesehen (BVGer, Entscheid B-913/2012 vom 28. März 2012).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich⁹ kam zum Schluss, dass bei der Beschaffung von Lebensmitteln für Altersheime einer Gemeinde eine gesamthafte Berechnung des Auftragswertes geboten ist. «Die Vergabestelle kann gleichartige Beschaffungen verschiedener Verwaltungseinheiten zusammenzufassen oder diesen Einheiten einzelne, unabhängig ausgeführte Vergaben gestatten. Die Berechnungsregeln gelten nur für die Anwendung der Schwellenwerte, nicht aber für die Vergabe der Aufträge als solche. Eine getrennte Beschaffung ist deshalb grundsätzlich immer zulässig, vorausgesetzt, dass das für den Gesamtauftrag massgebliche, allenfalls höherstufige Verfahren angewandt wird» (VGer ZH, Entscheid VB.1999.00204 vom 3. November 1999; BEZ 1999 Nr. 4).

Zu einem anderen Ergebnis kam das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern: Im konkret zu beurteilenden Fall hatte der Kanton Luzern im Rahmen eines koordinierten Lebensmitteleinkaufs für Menschen an Schulen und Spitälern eine umfangreiche Palette von Lebensmitteln (Nahrungsmittel und Getränke) in insgesamt 17 Warengruppen im offenen Verfahren öffentlich ausgeschrieben. Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass zwischen den einzelnen Lebensmitteln und Lebensmittelgruppen kein relevanter Zusammenhang bestehe. Ein erkennbarer beschaffungsrechtlich massgebender Zusammenhang beispielsweise zwischen Ananas, Apfelmus, Ketchup und Maiskörnern sei nicht auszumachen. Einen einheitlichen Lieferauftrag unsachgemäss in mehrere Teilaufträge zu zerstückeln

in der Absicht, die Anwendung des Vergaberechts oder eines bestimmten Verfahrens zu umgehen, sei allerdings unzulässig. Sei aber ein einheitlicher Auftrag nicht gegeben, so könne der Gesamtwert der Einzellieferungen für die Wahl der Verfahrensart nicht entscheidend sein. Der Markt für die einzelnen Produkte sei heterogen und ändere sich ständig. Das mache deutlich, dass eine sachliche Notwendigkeit, die Lieferaufträge für die diversen Lebensmittel nur als Gruppen an einen bestimmten Anbieter zu vergeben, nicht bestehe. Auch könnten die Lebensmittel pro Schule und Spital vergeben werden, da es sich um selbständige Organisationseinheiten handle. Zusammenfassend hielt das Verwaltungsgericht fest, dass der Schwellenwert für ein offenes Verfahren nicht erreicht werde (VGer LU, Entscheid V 07 297_1 vom 1. November 2008).

Zur Auftragsdauer hielt das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, die Laufzeit eines Dauerauftrags dürfe nicht so gewählt werden, dass andere Anbieter unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden. Das Prinzip der Markttöffnung verlange eine periodische Neuausschreibung von wiederholt benötigten Leistungen. Die Dauer eines Auftrags sei im Voraus zu beschränken und es stehe nicht im Belieben der Vergabebehörde, das Vertragsverhältnis mit einem Auftragnehmer auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Die zulässige Maximaldauer betrage für die dem kantonalen Recht unterstellten Auftraggeber in der Regel längstens sieben Jahre. Die Vorgabe einer Maximaldauer hindere die Vergabestelle nicht daran, einen Vertrag mit zunächst kurzer Minstdauer und anschliessender Verlängerungsmöglichkeit auszuschreiben. Sie muss gemäss Verwaltungsgericht jedoch in den Ausschreibungsunterlagen eine Maximaldauer festlegen, nach deren Ablauf eine neue Ausschreibung zu erfolgen hat (so VGer ZH, Entscheide VB.2008.00111 vom 16. Juli 2008, VB.2005.00504, E. 7 vom 8. März 2006, und VB.2005.00200, E. 6. vom 25. Januar 2006).¹⁰

Bereits früh kam das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich sodann zum Ergebnis, dass dann, wenn Angebotspreise eingereicht

werden, die zu einem höherstufigen Verfahren führen, die Verfahrensart nicht geändert werden muss. Dies setzt voraus, dass die Herleitung der Schätzung in den Akten dokumentiert werden kann (VGer ZH, VB.1999.00125 vom 3. November 1999; BEZ 1999 Nr. 4).

3. Fragen aus der Praxis – eine Auswahl und mögliche Antworten

Strassenbau: Was ist der massgebende Auftragswert: die Gesamtsumme oder jene der einzelnen zeitlichen Etappen? Was gilt bei einer Aufteilung in Arbeitsgattungen (zum Beispiel Fundations- und Belagsarbeiten sowie Entwässerung) und bei Losen?

Hier ist zu unterscheiden: Für die Feststellung, ob der Staatsvertragsbereich erreicht wird, sind grundsätzlich die einzelnen Arbeitsgattungen zusammenzurechnen. Ob dabei zeitlich eine getrennte Betrachtung der einzelnen Etappen zulässig ist, muss im Einzelfall genau geprüft werden. Besteht ein enger rechtlicher, zeitlicher oder sachlicher Zusammenhang, müssen die Etappen zusammengerechnet werden. Je näher vorliegend die Etappen zeitlich zusammenliegen, desto eher ist eine Zusammenrechnung erforderlich. Auch wenn der Gesamtwert in den Staatsvertragsbereich zu liegen kommt, sind getrennte – offene – Verfahren und Vergaben möglich. Eine Aufteilung in Lose ist zulässig, wobei auch hier gilt: Sie sind für die Auftragswertberechnung zusammenzurechnen.

IT-Dienstleistungen: Gehören die Softwareentwicklung und die spätere Wartung zwingend zusammen?

Hier ist ebenfalls der Einzelfall massgebend. Ein sachlicher

Zusammenhang ist an sich nicht zwingend gegeben, weshalb eine getrennte Betrachtung möglich ist. Besteht der Wunsch, dass beide Leistungen aus einer Hand von einer Anbieterin oder einem Anbieter erbracht werden, damit Schnittstellen eliminiert werden, ist eine gesamthafte Betrachtung vorzunehmen und die Auftragswerte sind zusammenzurechnen.

Büromaterial, Lebensmittel, Fahrzeuge etc.: Müssen verschiedene Einheiten einer Gemeinde gemeinsam ausschreiben und was müssen sie da zusammenrechnen?

Was gleichartig ist, bestimmt der Einzelfall. Die Auftragsvolumen der Beschaffung gleichartiger Leistungen von Einheiten einer Gemeinde müssen zur Auftragswertfestlegung dann zusammengerechnet werden, wenn sie eine gemeinsame Ausschreibung vornehmen oder wenn eine solche vorgegeben wird. Eine getrennte Betrachtung ist zulässig, wenn die entsprechende Einheit über die für die Durchführung eines Verfahrens erforderlichen Kompetenzen verfügt.

4. Zusammenfassung: den Auftragswert und die Verfahrensart bestimmen

Schritt 1: Das Vorhaben mit seinem Umfang definieren; Vergabestelle festlegen:

- ✓ Inhaltlich: was gehört sachlich und rechtlich zusammen?
- ✓ Zeitlich: Dauer des Vorhabens? Etappierung?
- ✓ Getrennte Vergaben mehrerer Vergabestellen oder gemeinsames Vorgehen?

Schritt 2: Unterstellung unter das Vergaberecht prüfen:

- ✓ Ist die Auftraggeberin oder der Auftraggeber unterstellt?
- ✓ Ist der Auftrag vom Vergaberecht erfasst?

Schritt 3: Auftragsart der einzelnen Leistungen des Vorhabens bestimmen:

- ✓ Dienstleistung
- ✓ Bauleistung
- ✓ Lieferung

Schritt 4: Auftragswert festlegen:

- ✓ Seriöse Schätzung
- ✓ Gesamtwert mit Folgeaufträgen und Optionen
- ✓ Laufzeit eines Dauerauftrags beachten

Schritt 5: Staatsvertragsbereich oder nicht?

(vgl. zu den unterschiedlichen Schwellenwerten Anhang 1 und 2 der IVöB)

- ✓ Lieferungen und Dienstleistungen je einzeln prüfen
- ✓ Bauleistungen: gesamthaft zusammenrechnen

Schritt 6: Verfahrensart festlegen:

- ✓ Pro Leistung oder zusammengefasst (allenfalls mit Losen)
- ✓ Staatsvertragsbereich¹¹: offen / selektiv
- ✓ Nicht-Staatsvertragsbereich: offen / selektiv / Einladung / freihändig

¹ Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003, LS 720.11.

² Art. 8 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, IVöB.

Art. 6 Abs. 1 IVöB.

⁴ 8,7 Mio. Franken bei Bauvorhaben von Kanton, Gemeinden und «Einrichtungen des öffentlichen Rechts»; vgl. zu den weiteren Werten Anhang 1 IVöB.

⁵ Sogenannte Bauwerksregel. Sie gilt nicht für Liefer- und Dienstleistungen, die je einzeln ermittelt und nicht in die Gesamtwertberechnung der Bauleistungen mit einbezogen werden.

⁶ Ausnahme: Bagatellklausel (Art. 7 Abs. 2 IVöB). Sie ermöglicht, dass Bauaufträge, die zusammengerechnet 20% des Bauvorhabens nicht überschreiten, nicht nach den Bestimmungen des Staatsvertragsbereichs vergeben werden müssen.

⁷ Im Staatsvertragsbereich gelten zusätzliche und strengere Vorschriften. Insbesondere ist grundsätzlich nur das offene oder selektive Verfahren zulässig. Eine freihändige Vergabe kann nur ausnahmsweise erfolgen (Art. 12^{bis} Abs. 1 IVöB; § 10 SVO).

⁸ Bundesverwaltungsgericht, www.bvger.ch.

⁹ Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, www.vgrzh.ch.

¹⁰ Zu VGer ZH vgl. Fussnote 9. Bei Beschaffungen des Bundes ist die Verfahrensdauer auf fünf Jahre beschränkt (Art. 15a VöB).

¹¹ Eine freihändige Vergabe kann nur ausnahmsweise erfolgen (Art. 12^{bis} Abs. 1 IVöB; § 10 SVO).

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDKom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Simap-Ausbau 2014: Elektronisches Anbieterprofil und Standardformular für Anbieterdaten

Ausgangslage

Simap.ch ist die gemeinsame elektronische Plattform von Bund, Kantonen und Gemeinden im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens. Simap.ch ist Teil der E-Government-Strategie Schweiz, welche zum Ziel hat, dass Wirtschaft und Bevölkerung die wichtigsten Behördengeschäfte elektronisch abwickeln können. Zurzeit sind auf simap.ch täglich bis zu 1'500 aktuelle Publikationen zu finden.

Bereits 2012 wurde seitens des Vereins simap.ch ein Ausbau der bestehenden Plattform beschlossen. Die Zielsetzung besteht darin, dass Unternehmen künftig nicht nur Informationen von der Plattform herunterladen, sondern ihre Angebote auch elektronisch einreichen können. Damit dies mit der erforderlichen Sicherheit möglich ist, sind entsprechende Anpassungen auf der Plattform notwendig. Mit dem Anfang März 2014 eingeführten Funktionen Anbieterprofil und Standardformular wurden wichtige Schritte in diese Richtung unternommen.

Elektronisches Anbieterprofil

Die erste Änderung betrifft die Anbietenden. Die Einführung der neuen Funktion elektronisches Anbieterprofil samt Benutzerverwaltung ermöglicht die sichere Eingabe, Verwaltung und Bereitstellung von Anbieterdaten und Dokumenten (Nachweise) direkt auf simap.ch. Die Unternehmungen müssen ihre Angaben bei der Registrierung grundsätzlich nur noch ein Mal in ihrem Anbieterprofil erfassen. Diese stehen anschliessend für Ausschreibungen, an denen sie sich beteiligen wollen, zur Verfügung.

Firmenname und Adressdaten werden bei der Registrierung durch die Anbieterin oder den Anbieter direkt aus dem UID-Register (www.uid.admin.ch) übernommen und in der Folge automatisch aktualisiert. Nach der Übergangsfrist von zwei Monaten sind Neuanmeldungen auf Ausschreibungen nur noch mit den neuen Anbieterprofilen möglich.

Standardformular für Anbieterdaten

Die zweite Änderung betrifft in erster Linie die Auftraggeber. Das Standardformular Anbieterdaten, welches vom Verein simap.ch zusammen mit den zuständigen Submissionsspezialistinnen und -spezialisten von Bund und Kantonen entwickelt wurde, fördert das Einverlangen von weitgehend gleichen Anbieterdaten und das einheitliche Festlegen von Teilnahmebedingungen für öffentliche Beschaffungen. Zudem vereinfacht es die Administration dieser Daten durch die Unternehmungen. Es betrifft folgende Themen:

- Zusätzliche Anbieterdaten (wie Rechtsform, Anzahl Beschäftigte und Lehrlinge, Umsatz)
- Teilnahmebedingungen, deren Einhaltung durch die Anbietenden zu bestätigen ist (Selbstdeklaration)
- Nachweisdokumente (wie Betriebsregisterauszug)
-

Das Standardformular, welches auch auf der Plattform unter Auftraggeber/Supportanfrage/Benutzungshinweise als Excel-Datei zu finden ist, ist in den Ablauf der Erstellung einer Ausschreibung auf simap.ch integriert (s. Projektmanager). Es kann durch die Vergabestelle bei Bedarf projektspezifisch angepasst und erweitert werden. Die Vergabestelle legt pro Ausschreibung fest, welche Daten für sie relevant sind. Dabei soll aber auch weiterhin gelten, dass insbesondere Nachweisdokumente nicht einfach auf Vorrat, sondern gezielt (und allenfalls erst vom

Zuschlagsempfänger) einverlangt werden. Die Anbietenden können das Formular anschliessend online (mit Datenübernahme aus ihrem Anbieterprofil) oder offline bearbeiten.

Empfehlung an die Vergabestellen
Durch die Festlegung von schweizweit einheitlichen Standardanbieterdaten, welche durch die Unternehmungen in ihrem Anbieterprofil erfasst und bewirtschaftet werden können, reduziert sich der Gesamtaufwand für das Ausschreibungsverfahren. Der Verein simap.ch und die Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) empfehlen deshalb den Vergabestellen, bei ihren künftigen Ausschreibungen das Standardformular zu verwenden. Dieses stellt einen wichtigen Harmonisierungsschritt im Schweizerischen Beschaffungswesen dar. Die Unternehmungen profitieren davon, wenn von ihnen unabhängig von der Vergabestelle immer die gleichen oder ähnlichen Angaben verlangt werden. Die Mitglieder der Fachkonferenz öffentliches Beschaffungswesen FöB der BPUK wurden anlässlich der Hauptversammlung vom 11. April 2014 in Zürich entsprechen informiert.

Weiterführende Informationen zu den neuen Funktionen (inklusive zwei Instruktionsvideos) finden Sie auf www.simap.ch.

*Peter Frei,
Geschäftsführer simap.ch*

*Roland Fey, Baudirektion,
Vorstandsmitglied simap.ch*

Hinweis

Zum Gesetz über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (einschliesslich der IVöB selbst) und zur Submissionsverordnung ist ein neuer gemeinsamer Separatdruck erhältlich. Die am 1. Dezember 2013 in Kraft getretenen Änderungen des Gesetzes und der Verordnung sind berücksichtigt.

Bezugsquelle:

Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ
Telefon 043 259 99 91, Telefax 043 259 99 98
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Zusammenfassung der Entscheide des Verwaltungsgerichts VB.2013.00599/600 vom 5. Dezember 2013 betreffend Vergabe einer Amok-Alarmierung: Preisbewertung

Ausgangslage

Die Vergabestelle führte zur Beschaffung einer Amok-Alarmierung in Schullhäusern eine Submission im Einladungsverfahren durch. Die beiden Beschwerdeführerinnen stellten die Preisbewertung grundlegend in Frage.

Änderung der Spielregeln während laufendem Verfahren
Die zu erbringenden Leistungen waren aufgeteilt auf die Angebotsphase, die Projektphase inkl. Testbetrieb und die Betriebsphase. Die Anbieter hatten die Kosten für sämtliche Leistungspunkte zum einen als einmalige Kosten, zum andern als wiederkehrende Kosten über fünf Jahre anzugeben, was zusammenfassend zu den Gesamtkosten über fünf Jahre führte. Die Vergabestelle verzichtete bei der Preisbewertung darauf, die wiederkehrenden Kosten zu berücksichtigen, und stellte auf die einmaligen Kosten ab.

Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass Zuschlagskriterien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sei-

en. Die Ausschreibungsunterlagen hielten zwar nicht ausdrücklich fest, dass allein die Gesamtkosten über fünf Jahre massgebend sein würden. Dies bedeute jedoch nicht, dass die Vergabebehörde völlig frei gewesen sei, nur die einmaligen Kosten zu berücksichtigen. Die Vergabebehörde habe sich erst nach der Offertöffnung entschieden, auf die Bewertung der wiederkehrenden Kosten zu verzichten. Bei dieser Ausgangslage sei es für die Anbieter nicht voraussehbar gewesen, dass lediglich die einmaligen Kosten von Bedeutung sein würden. Diesem Umstand komme bei der Kalkulation der Angebotspreise jedoch eine wesentliche Rolle zu. Das Verwaltungsgericht erkannte darin ein erhebliches Missbrauchspotenzial, dessen Eindämmung das Vergaberecht unter anderem bezwecke. Es hob deshalb den angefochtenen Vergabeentscheid auf.

Preisbewertungsmethode
Die Vergabebehörde bewertete den Preis, indem sie die bei den übrigen Zuschlagskriterien insgesamt erreichten Punkte durch die an-

gebotenen Preise teilte. Mit diesem – auf einer internen Richtlinie der Vergabebehörde basierenden – Beurteilungsmodell werde dem Preis immer gleich viel Gewicht zugemessen wie den übrigen Zuschlagskriterien zusammen, also 50 %. Diese Gewichtung sei zwar im vorliegenden Fall nicht zu beanstanden, eine andere Gewichtung müsse jedoch je nach Komplexität der zu vergebenden Leistung möglich sein. Neben der Fixierung der Gewichtung auf 50 % habe das gewählte Vorgehen zudem zur Folge, dass keine Preisspanne festgelegt werde. Dies führe dazu, dass der eigentlichen Gewichtung nicht Rechnung getragen werde, da preisliche Unterschiede zu wenig ins Gewicht fallen würden.

Zuschlag trotz fehlender auf-schiebender Wirkung
Die obsiegende Beschwerdeführerin im Verfahren VB.2013.00600 hatte bei ihrer eigenen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung verlangt. Da jedoch im parallelen Beschwerdeverfahren VB.2013.00599 aufschiebende Wirkung erteilt worden ist und somit der Vertrag mit der Mitbeteiligten noch nicht abgeschlossen werden durfte, wurde die Vergabebehörde angewiesen, den Zuschlag an die im Verfahren VB.2013.00600 obsiegende Beschwerdeführerin zu erteilen. Erwähnenswert ist, dass die Beschwerde im parallelen Verfahren, in welchem aufschiebende Wirkung erteilt worden war (VB.2013.00599), abgewiesen wurde.

einziges Einzelgeschäft etwas anderes bestellt werden, als was die Rahmenvereinbarung vorsieht. Einzelbestellungen, die von einer Rahmenvereinbarung abweichen, werden von der Abschlusserlaubnis nicht gedeckt und stellen somit potenziell vergaberechtswidrige Geschäftsabschlüsse dar. Werden aber beispielsweise bezüglich der Quantität abweichende Mengen abgerufen, kann eine Auseinandersetzung mit vergaberechtlichen Vorschriften oftmals unterbleiben, wenn dieselbe Bestellmenge beispielsweise auch mit zwei (zulässigen) Einzelbestellungen erreicht werden könnte. Solange die Einzelbestellungen innerhalb der Rahmenvereinbarung bleiben, können sie grundsätzlich beliebig angepasst werden.

Etwas anderes gilt indessen, wenn die Vergabestelle zugleich mit mehreren Partnern je eine Rahmenvereinbarung über jeweils dieselben Leistungen abgeschlossen hat: Dann muss sich die Wahl eines der zur Auswahl stehenden Vertragspartners bei jeder Einzelbestellung vor dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz rechtfertigen. Die Änderung einer Einzelbestellung untersteht sodann den gleichen Regeln wie die Änderung eines gewöhnlich vergebenen Vertrages und ist, wenn sie nicht unerheblich bleibt, grundsätzlich zu verbieten.

11. Fazit

Rahmenvereinbarungen ermöglichen die Flexibilität bei der Beschaffung durch die Vergabestelle: Zeitpunkt, Menge und Qualität können den Bedürfnissen der Vergabestelle angepasst werden. Es drohen keine Überbeschaffung und keine Engpässe (Lieferverzögerung beim Leistungserbringer einmal ausgeschlossen). Wesentlich ist, dass keine Abnahmepflicht der Vergabestelle besteht. Im Zuge der einzelnen Abrufbestellungen sinken auch die Transaktionskosten. Schliesslich ist das Aushandeln besserer Konditionen möglich, wenn der Leistungserbringer selbst nur in Teilmengen liefern muss.

Die Ausschreibung und die Vergabe von Rahmenvereinbarungen unterstehen dem gewöhnlichen Rechtsschutz im Vergabeverfahren. Diesbezüglich ergeben sich nur Besonderheiten in der Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes (keine verbindliche Fixierung der Abnahmemenge), die aber in rechtlicher Hinsicht häufig wenig Streitpotenzial bieten.

Bei der Erteilung der nachfolgenden Einzelaufträge ist die aktuelle (vielleicht auch künftige) Rechts- bzw. Gesetzeslage unbestimmt: Es können insbesondere Fragen zum Rechtsschutz aufgeworfen werden, wenn es sich um ein nachgelagertes beschränktes Auswahlverfahren bei mehreren Parteien einer Rahmenvereinbarung handelt, in welcher nicht sämtliche Kriterien festgelegt worden sind («Mini-Tender»). Von grossem Interesse wird deshalb sein, wie das erhebliche Bedürfnis in der Praxis zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen in der Revisionsvorlage der IVöB tatsächlich umgesetzt wird.

Schweizweit einheitliche Teilnahmebedingungen

Benutzen Sie für Ihre Ausschreibungen im Sinne schweizweit einheitlicher Teilnahmebedingungen das auf simap.ch hinterlegte (siehe Projektmanager) Standardformular für Anbieterdaten und erspar-

en Sie damit den Anbietern Aufwand (vgl. KRITERIUM Nr. 37 vom Mai 2014, «Simap-Ausbau 2014: Elektronisches Anbieterprofil und Standardformular für Anbieterdaten»):

Teilnahmebedingungen

Projekt-ID	
Firmen-ID	
Bedingung	Ja/Nein-Bestätigung für Leistungserbringung in der Schweiz
Haben Sie die fälligen Staats-, Gemeinde- und direkten Bundessteuern (inkl. Nachsteuern etc.) vollumfänglich bezahlt?	
Haben Sie die fällige Mehrwertsteuer vollumfänglich bezahlt?	
Haben Sie die fälligen Sozialversicherungsbeiträge (AHV, IV, EO, FAK, ALV, BVG und UVG) einschliesslich der vom Lohn abgezogenen Arbeitnehmeranteile vollumfänglich bezahlt?	
Halten Sie die geltenden Arbeitsschutzbestimmungen sowie die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Gesamtarbeitsverträge, der Normalarbeitsverträge und bei deren Fehlen die orts- und berufsüblichen Vorschriften ein?	
Verpflichten Sie sich, die acht von der Schweiz ratifizierten Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zum Schutz fundamentaler Arbeitsnormen einzuhalten?	
Erklären Sie sich bereit, auch Ihre Subunternehmer im selben Umfang auf die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie des ILO-Kernübereinkommens zu verpflichten?	
Halten Sie die Lohngleichheit für Mann und Frau ein (gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit)?	
Befinden Sie sich in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren bzw. ist bei Ihnen in den vergangenen zwölf Monaten eine Pfändung vollzogen worden?	
Haben Sie Absprachen oder andere wettbewerbsbeeinträchtigende Massnahmen getroffen?	

Hinweise, Konsequenzen Nichteinhaltung

«Hiermit bestätigen Sie die Richtigkeit der gemachten Angaben und erklären sich zudem bereit, sie auf Verlangen hin zu belegen. Gleichzeitig werden die zuständigen Instanzen ausdrücklich ermächtigt, der Beschaffungsstelle im Rahmen der Angebotsprüfung entsprechende Auskünfte zu erteilen. Im Weiteren übernehmen Sie die Verantwortung dafür, dass sämtliche Bedingungen und Auflagen auch von Ihren Subunternehmern eingehalten werden. Sie nehmen ausserdem zur Kenntnis, dass der Auftraggeber bei Falschangaben, Missachtung der obigen Grundsätze
a) den Zuschlag jederzeit widerrufen und den Vertrag aus wichtigen Gründen vorzeitig auflösen und/oder
b) die Bezahlung einer Konventionalstrafe verlangen und/oder
c) den fehlbaren Anbieter für eine verhältnismässige Dauer von künftigen Beschaffungen ausschliessen kann.»

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 38/November 2014

Rahmenvereinbarungen – Flexibilität bei der Beschaffung, Komplexität bei der Durchführung



Stefan Scherler, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Winterthur, Geschäftsführer SVöB, Lehrbeauftragter ETHZ und Universität Zürich

vereinbarungen mit Leistungserbringern, soll in diesem Beitrag kurz dargestellt werden.

1. Ausgangslage

Vorab ist festzustellen, dass sich derzeit im schweizerischen Recht noch keine gesetzliche Grundlage finden lässt, welche die Besonderheit des Vorgehens bei der Vergabe von bzw. mit Rahmenvereinbarungen ausdrücklich regelt. Aufgrund des zunehmenden Bedürfnisses der Vergabestellen, sich dieses Instrumentes in der Praxis zu bedienen, sieht nun aber die Revisionsvorlage der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) mit einem neuen Artikel vor, dass eine Grundlage für den Einsatz von Rahmenvereinbarungen geschaffen wird.¹ Gesetzgeberische Inspiration dazu wurde im Recht der Europäischen Union gefunden, welche die Vergabe von Rahmenvereinbarungen bereits seit einigen Jahren regelt.² Bis zum Inkrafttreten des geänderten Konkordats bleiben aber einige Fragen

Die Vergabe mittels Rahmenvereinbarungen kann die Beschaffung in der Praxis wesentlich vereinfachen: Beispielsweise bei wiederholt anfallenden Leistungen oder bei im voraus nicht bestimmbarer Bedarfsmengen. Die Rahmenvereinbarung wird ausgeschrieben und vereinbart, um die Rahmenbedingungen zukünftiger Einzelaufträge zu fixieren. Der wirtschaftlich günstigste Anbieter wird in der Folge für eine bestimmte Zeit Exklusivlieferant für die aus der Rahmenvereinbarung abzurufenden Einzelleistungen. Diese flexible Art der Vergabe, wie auch deren Varianten bei Vorliegen von mehreren parallelen Rahmen-

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Wieder einmal dürfen wir Sie zu unseren Leserinnen und Lesern zählen, was uns sehr freut!

Der Hauptbeitrag von Stefan Scherler enthält einen sehr nützlichen, nicht abschliessenden Überblick über wichtige Fragen rund um das Thema Rahmenvereinbarungen. Er greift damit ein aktuelles und spannendes, aber auch recht komplexes Thema auf. Er legt dar, dass noch nicht alle Fragen restlos geklärt sind. Der Abschluss von Rahmenverträgen entspricht aber in der Praxis der Vergabestellen seit einiger Zeit einem verbreiteten Bedürfnis. Rahmenverträge können mit einem oder – beispielsweise aus Gründen der Versorgungssicherheit – auch mit mehreren Rahmenvereinbarungspartnern gleichzeitig abgeschlossen werden. Richtig eingesetzt können sie die Beschaffung wesentlich vereinfachen; dies gilt etwa bei wiederholt anfallenden Leistungen oder bei im Voraus nicht bestimmbarer Bedarfsmenge. Hingegen dürfen Rahmenverträge keinesfalls dazu verwendet werden, um den Wettbewerb einzuschränken oder zu behindern. Die Leistungen müssen deshalb in periodischen Abständen wieder neu ausgeschrieben werden, da ansonsten die Zielsetzungen des Vergaberechts ausgehebelt würden.

Mit der Rubrik «Aus der Gerichtspraxis» werden wir Sie künftig mit kurzen Zusammenfassungen über die neusten submissionsrechtlichen Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich sowie über die höchststrichterliche Rechtsprechung mit Bezug zum Kanton Zürich informieren. Wir beginnen im zweiten Teil der vorliegenden Ausgabe mit zwei Entscheiden des Verwaltungsgerichts, bei denen das Thema «Preisbewertung» im Vordergrund steht.

Für das Redaktionsteam
Roland Fey

der Rechtsanwendung im Umgang mit Rahmenvereinbarungen ungeklärt.

2. Begriffe

Bei der Rahmenvereinbarung handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Leistungserbringern, die dazu dient, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge.³

Rahmenvereinbarungen beinhalten keine direkt umzusetzenden Leistungspflichten des Zuschlagsempfängers bzw. der Zuschlagsempfänger, sondern lediglich die Konditionen für zukünftige Leistungsbezüge. Es handelt sich demnach um eine «fiktive Vergabe», die nicht sämtliche Bedingungen der Waren- oder Dienstleistungslieferung spezifiziert. Die Rahmenvereinbarung ist nichts anderes als eine Mehrzahl von Einzelbestellungen in einer Sammelbeschaffung, zu deren Erbringung sich der Leistungserbringer verpflichtet. Dem Auftraggeber steht es jedoch frei, über die tatsächliche Auslösung dieser Pflicht einseitig zu entscheiden. Man kann dies auch mit einem «Bündel von Optionen» vergleichen.

Die Vergabe von Rahmenvereinbarungen ist keine eigene Verfahrensart, sondern lediglich ein Hilfsmittel: Sie kann deshalb sowohl im offenen, selektiven wie auch im Einladungsverfahren und auf sämtliche Leistungsarten angewendet werden.

Die Rahmenvereinbarung kommt in verschiedenen Varianten zur Anwendung:

1. Eine Vergabestelle will von einem Anbieter mehrere Abrufe tätigen können.
2. Eine Vergabestelle will von mehreren Anbietern Abrufe tätigen können a) ohne Konkurrenz b) mit nachträglicher Konkurrenz (sogenannte «Mini-Tender»).

3. Abgrenzungen

Im Unterschied zur Bildung von (Auftrags-) Losen, welche ebenfalls eine Teilung der Leistung be-

³ Vgl. dazu insbesondere die Definition in Art. 33 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

Vernehmlassungsverfahren zur revidierten IVöB

Zurzeit läuft in den Kantonen die Vernehmlassung zur Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; vgl. www.bpuk.ch). Die Frist für die Stellungnahme endet am 19. Dezember 2014. Ausgelöst wurde die Vernehmlassung durch das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (INÖB). Aufgrund der 2012 abgeschlossenen Revision des WTO-Abkommens zum öffentlichen Beschaffungswesen (GPA) wurden Anpassungen in der nationalen Gesetzgebung erforderlich. Die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen sollen dabei inhaltlich – soweit möglich und sinnvoll – einander angeglichen werden. Die Gesetzgebungsverfahren von Bund und Kantonen erfolgen je separat, basieren jedoch auf den gemeinsam erarbeiteten Formulierungsvorschlägen einer paritätisch aus Vertreterinnen und Vertretern des Bundes und der Kantone zusammengesetzten Arbeitsgruppe. Durch diesen weiteren Harmonisierungsschritt im Schweizerischen Beschaffungswesen würden – neben der Angleichung der Rechtsordnungen von Bund und Kantonen – eigene Ausführungsbestimmungen in den Kantonen weitestgehend hinfällig. Die materiellen Änderungen betreffen hauptsächlich neue Instrumente und Folgebeschaffungen sowie die Themen Verhandlungen und Rechtsschutz. Bei den beiden letztgenannten kontroversen Themen wurde von Bund und Kantonen ein Kompromiss erarbeitet. Es wird sich noch zeigen müssen, ob sich dieser Kompromiss im Rahmen der Vernehmlassung als konsensfähig erweist.

wirken können, führt die Vergabe einer Rahmenvereinbarung nicht zu einer vertraglichen Abnahmepflicht der Vergabestelle und die Leistungsanfrage kann flexibler gestaltet werden.

Rahmenvereinbarungen sind sodann von Optionen abzugrenzen: Diese werden beispielsweise bei Dienstleistungsaufträgen angewendet, um die Leistungsdauer nach einer fixen Periode optional ein- oder mehrmals zu erstrecken. Auch hierbei hat der Auftraggeber häufig keine vertragliche Verpflichtung, die Option auszuüben. Bei der Rahmenvereinbarung ist er aber von Anfang an nicht gebunden, Leistungen in Auftrag zu geben; es gibt also keine «Mindestabnahmemenge». Erst im optionalen Bereich der einseitig durch die Vergabestelle abrufbaren Vertragsverlängerung gleicht sich die Vergabe mit Option der Rahmenvereinbarung an.⁴

4. Voraussetzungen

Trotz fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Grundlagen wird die Zulässigkeit der Vergabe von Rahmenvereinbarungen aufgrund des

wettbewerblichen Charakters in der Lehre und Praxis bereits heute grundsätzlich anerkannt. Voraussetzung ist selbstverständlich, dass das gewählte Verfahren den formellen, gesetzlichen Vorgaben (Schwellenwerte, Verfahrensart u.a.) entspricht und die materiellrechtlichen Anforderungen, welche sich aus der Definition des Beschaffungsgegenstandes (Leistungsdauer/-menge, Entgeltlichkeit u.a.) ergeben, eingehalten sind.

5. Praktische Umsetzung: Abruf der einzelnen Leistungen

Die Ausschreibungsunterlagen und insbesondere auch der vorge-sehene Entwurf für die Rahmenvereinbarung müssen die später abzuschliessenden Einzelverträge in allen wesentlichen Aspekten hinreichend genau bestimmen oder bestimmbar machen (insbesondere bezüglich des maximalen Leistungsumfangs, der Dauer des Rahmenverhältnisses sowie die Konditionen). Wo eine Rahmenvereinbarung gemäss den vorstehenden spezifischen Regeln abgeschlossen wurde, dürfen die in diesem Vertrag vorgesehenen Einzelbestellungen trotz der «Zweistufigkeit» im verfahrensrechtlichen Vorgehen ausgelöst werden: Die Einzelbestellung im Nachgang zur Vergabe der Rahmenvereinbarung ist in diesen Fällen keine Vergabe im eigentlichen Sinne mehr. Diese

Einzelabrufe sind von der Vergabe der Rahmenvereinbarung gedeckt und können als gewöhnliche Erfüllungshandlungen qualifiziert werden. Ein vergaberechtlich anfechtbarer Zuschlag liegt in solchen Fällen nicht vor, weil bereits ein Zuschlag für den Rahmenvereinbarungspartner erfolgt und dieser Zuschlag in Rechtskraft erwachsen ist. Wo mehrere Anbieter gleichzeitig den Zuschlag für eine Rahmenvereinbarung erhalten und unter Konkurrenz für den Einzelabruf noch einmal ein Angebot abgeben müssen (sog. «Mini-Tender»), kann es sich jedoch m.E. anders verhalten, dazu sogleich.

6. Vergabeverfahren «1 to 1»

Wird eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Anbieter («1») geschlossen, so werden die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben. Für die Vergabe der Aufträge kann der öffentliche Auftraggeber den an der Rahmenvereinbarung beteiligten Leistungserbringer kontaktieren und ihn auffordern, sein Angebot erforderlichenfalls zu vervollständigen (Nennung der Mengeneinheiten, konkretes Lieferdatum u.a.). Der Abruf bedarf hernach keiner vergaberechtlichen Förmlichkeiten.

7. Vergabeverfahren «1 to many»; auch «Multi-Supplier Rahmenvereinbarung»

In der Praxis ist es verbreitet, in einem Vergabeverfahren mehrere Rahmenvereinbarungspartner («many») zu evaluieren und mit diesen parallel nebeneinander geltende Rahmenvereinbarungen abzuschliessen, um später im kon-

kreten Fall des Leistungsbezugs bei einem der Vertragspartner (in der Regel vergaberechtsfrei) bestellen zu können. Gründe dafür können z. B. Ressourcenbedarf, Versorgungssicherheit, Vermeidung einer Abhängigkeit von einem einzelnen Lieferanten usw. sein. Bei der Vergabe von mehreren parallel geltenden Rahmenvereinbarungen sind mehrere Anbieter zugleich Zuschlagsempfänger. Es sind zwei Varianten der Vergabe bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Anbietern zu unterscheiden:

- *Rahmenvereinbarung mit hinreichender Leistungsdefinition:* Dabei wird im konkreten Bedarfsfall anhand einer systematischen Kaskade (z.B. preislich günstigstes Angebot/referenzmässig passendstes Angebot/Verfügbarkeit) der jeweils passende Vertragspartner ausgewählt. Es erfolgt kein erneuter Zuschlag und dieses Nach-Verfahren untersteht nicht dem Vergaberecht. Der öffentliche Auftraggeber kann damit im Einzelbestellungszeitpunkt nach sorgfältiger Evaluation der Wirtschaftlichkeit der aktuell möglichen Handlungsalternativen situativ beim jeweils günstigsten Leistungserbringer bestellen. Er muss jede Einzelbestellung exakt bei jenem Rahmenvereinbarungspartner tätigen, bei dem ihn diese Bestellung in der konkreten Situation nach Massgabe der jeweils vereinbarten Konditionen der Rahmenvereinbarungen und gemäss den im Vergabeverfahren bekanntgegebenen Zuschlagskriterien wirtschaftlich am günstigsten zu stehen kommt.⁵ Das bedeutet insbesondere, dass ein Turnus unter Rahmenvereinbarungspartnern ebenso unzulässig sein kann, wie eine der Bequemlichkeit oder gar der Diskriminierung geschuldete Wiederholung oder Institutionalisierung der Bestellung bei einem bestimmten Vertragspartner.

– Rahmenvereinbarung ohne hinreichende Leistungsdefinition:

- ⁵ Es ist jedoch zu beachten, dass die verschiedenen Rahmenvereinbarungen je nach Zeitpunkt, Menge oder Art der zu bestellenden Einzelleistungen ganz unterschiedliche Konditionen beinhalten können, weshalb nicht zu allen Einzelbestellungszeitpunkten der Gesamtsieger, welcher am besten leisten würde, eindeutig feststeht.

Es wird unter den Anbietern mit Rahmenvereinbarungen zur definitiven Angebotsstellung für die Einzelleistung bzw. zum erneuten Wettbewerb aufgerufen («Mini-Tender»). Dieses Verfahren wirft allerdings unter dem geltenden schweizerischen Vergaberecht mehrere Fragen auf: Im Vordergrund steht dabei das Problem, dass die Auftragsvergabe erst nach der Durchführung einer zweiten bzw. allenfalls sogar dritten Verfahrensstufe erfolgt und so gegen das Prinzip des «Numerus Clausus der Verfahren»⁶ verstossen werden könnte. Sodann entspricht die definitive Vergabe faktisch einem zweiten Zuschlag, welcher – da er regelmässig nicht im Kleid einer anfechtbaren Verfügung ergeht – dem Rechtsschutz entzogen ist. Anhaltspunkte für eine Lösungsfindung des Problems könnten (in Anlehnung an die Rahmenvereinbarung mit hinreichender Leistungsdefinition) darin gefunden werden, den zweiten (beschränkten) Wettbewerb nur noch für das Kriterium Preis zuzulassen. Damit könnte beispielsweise in sehr volatilen Märkten die erwünschte Flexibilität in Bezug auf den Abrufzeitpunkt erhalten bleiben und der «zweite Zuschlag» wäre auf ein einziges Kriterium beschränkt.

Eine weitere Lösung des Problems könnte in der Bestimmung von § 10 Abs. 1 lit. g SVO gefunden werden. Diese Bestimmung besagt, dass der Auftrag unabhängig vom Auftragswert freihändig vergeben werden kann, wenn «die Vergabestelle (...) einen neuen gleichartigen Auftrag (vergift), der sich auf einen Grundauftrag bezieht, der im offenen oder selektiven Verfahren vergeben wurde. Sie hat in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen für das Grundobjekt darauf hingewiesen, dass für solche Aufträge das freihändige Vergabeverfahren angewendet werden kann». Mit einiger Spannung wird man auf die Umsetzung der Vernehmlassungsergebnisse zur Revisionsvorlage der IVöB warten dürfen um zu erfahren, wie

⁶ Vgl. zum «Numerus Clausus der Verfahren», d.h. die Berücksichtigung der vier ordentlichen Verfahren bzw. der Planerwahlverfahren: VGer (ZH) VB.2002.00044 und im Bundesrecht: BRK 2004-017, BRK 2005-025.

sich der Gesetzgeber der Lösung dieses Problems in formeller Hinsicht annimmt. Im aktuellen Entwurf zur IVöB (Art. 27 E-IVöB) finden sich nämlich dazu noch keine Anhaltspunkte.

Nach der Konzeption des Vergaberechts in der EU sollten «Multi-Supplier Rahmenvereinbarungen» mit mindestens drei Anbietern geschlossen werden.⁷ Die neue EU-Richtlinie regelt die Vergabe von Rahmenvereinbarungen mit mehreren Anbietern eingehend - so auch die sogenannten «Mini-Tender». Sie beinhaltet die oben vorgestellten beiden Varianten in Art. 33 Abs. 4 lit. a) und c) sowie eine Zwischenvariante, in welcher der Vergabestelle zum Zeitpunkt des Bedarfs nach objektiven Kriterien die Wahl zwischen Verfahren a) und c) offen steht. Die Regelung der Mini-Tender entspricht faktisch einem zweistufigen Zuschlags-

⁷ Vgl. vormals Art. 32 Abs. 4 RL 2004/18/EG; die revidierte EU-Richtlinie (RL 2014/24/EU) hält diesbezüglich keine Mindestzahl mehr fest.

Änderung der Submissionsverordnung

Seit dem 1. August 2014 ist der neue § 40 der Submissionsverordnung (SVO) in Kraft. Gemäss § 40 SVO führt die Baudirektion des Kantons Zürich eine Liste der in Kraft stehenden Ausschlüsse von Anbietenden gemäss § 4 b Abs. 3 des Beitrittsgesetzes zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB). Diese Änderung der SVO wurde notwendig, da in § 4 b Abs. 4 des Beitrittsgesetzes eine Meldepflicht eingeführt wurde, mit der Auftraggeberinnen und Auftraggeber eine Kopie ihrer rechtskräftigen Entscheide über Ausschlüsse von Anbieterinnen und Anbietern dem Kanton zuzustellen haben. Diese Meldepflicht gilt nur bei Ausschlüssen wegen Abreden, Straftaten zum Nachteil des Auftraggebers oder bei Verstössen gegen die anerkannten Berufsregeln. Die Baudirektion kann den Vergabestellen darüber Auskunft erteilen, ob eine Anbieterin oder ein Anbieter auf der Liste verzeichnet ist und auf welcher Grundlage und für welche Dauer ein Ausschluss verfügt wurde.

8. Vergabeverfahren «many to 1» oder «many to many»

Vergabestellen können sich für eine gemeinsame Beschaffung zusammenschliessen oder eine Vergabestelle kann einen Auftrag für mehrere Gemeinwesen (als übergeordnete Beschaffungsstelle z.B. für Schulhäuser, Spitäler u.a.) ausschreiben.⁸ Das Verfahren mittels Rahmenvereinbarungen darf nur zwischen jenen öffentlichen Auftraggebern angewendet werden, die im Vergabeverfahren bezeichnet wurden, und jenen Leistungserbringern, die zum Zeitpunkt des Abschlusses Vertragspartei der Rahmenvereinbarung waren.

Es leuchtet ein, dass Rahmenvereinbarungen nicht durch öffentliche Auftraggeber in Anspruch genommen werden dürfen, die in diesen nicht genannt sind. Zu diesem Zweck sind die öffentlichen Auftraggeber, die von Anfang an Partei einer bestimmten Rahmenvereinbarung sind, eindeutig anzugeben. Dies erfolgt entweder namentlich oder durch andere Mittel, wie beispielsweise eine Bezugnahme auf eine bestimmte Kategorie von öffentlichen Auftraggebern innerhalb eines klar abgegrenzten geografischen Gebiets, so dass die betreffenden öffentlichen Auftraggeber ohne Weiteres und eindeutig identifiziert werden können. Ausserdem dürfen nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung keine neuen Leistungserbringer aufgenommen werden. Eine zentrale Beschaffungsstelle soll hierzu ein Gesamtverzeichnis der öffentlichen Auftraggeber führen, unter Bezeichnung der Rahmen-

Bestellung	
Ich/wir bestellen hiermit das Handbuch für Vergabestellen	
_____ Ex. der neuen Ausgabe	
Preis pro Exemplar zuzüglich MwSt: Fr. 110.– (Porto und Verpackung werden zusätzlich verrechnet)	
Name/Firma Bitte in Blockschrift	Kunden-Nr.
Genauere Adresse	
PLZ	Ort
Datum	Unterschrift
Bitte ausschneiden und einsenden an die Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale, Räfelfstrasse 32, Postfach, 8090 Zürich, Telefon 043 259 99 99, Telefax 043 259 99 98, www.kdmz.ch , info@kdmz.zh.ch	

⁸ Vgl. Lutz, Wenn Gemeinden oder Kantone zusammen einkaufen, in: Kriterium Nr. 36/Januar 2014.

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 39/Juni 2015

Inhouse & Co.: Zuhause ist es am schönsten

Was versteht man unter einer Inhouse-Vergabe, und wo liegen deren Grenzen? Der Autor stellt die verschiedenen Typen von Geschäften vor, die sich innerhalb der staatlichen Sphäre abspielen, den Markt also nicht berühren und darum ohne Beachtung des Vergaberechts abgeschlossen werden können. Neben dem Leistungsfluss innerhalb einer Körperschaft (Inhouse-Geschäfte) geht es dabei um Vergaben an beherrschte Subjekte (Quasi-inhouse-Geschäfte) und um Verträge, die zwischen voneinander unabhängigen Auftraggeberinnen abgeschlossen werden (Instate-Geschäfte).



Martin Beyeler, PD Dr. iur.,
Rechtsanwalt, Zürich

1. Ausgangslage

Nachdem die Stadt Zürich jahrelang Kontingente von Holzsärge bei privaten Schreinereien beschafft hatte, beschloss sie, mit der Sargherstellung fortan eine interne Abteilung zu betrauen, welche Arbeitsintegrationsmassnahmen durchführt.¹

Ein als Aktiengesellschaft organi-

siertes Kantonsspital beauftragte seine Tochtergesellschaft, die sich in ihrem Bereich als Marktführerin bezeichnet, ohne Ausschreibung mit der Erbringung von IT-Leistungen.²

Die Gesundheitsbetriebe der Stadt Lecce erteilten der Universität Salento ohne Ausschreibung den Auftrag, die Spitalgebäude auf ihre Erdbebensicherheit zu untersuchen und nötigenfalls Sanierungs- oder Ertüchtigungsmassnahmen vorzuschlagen.³

Diese drei Beispiele aus der Gerichtspraxis illustrieren die zentrale Frage, die durch die Inhouse-Vergabe und ähnliche Geschäfte aufgeworfen wird: Unter welchen Umständen ist es zulässig, dass eine öffentliche Auftraggeberin unter Berufung darauf, dass sie den Markt gar nicht betrete, sondern

2 Vgl. AGVE 2013 Nr. 37, S. 193 ff., insb. E. II./2: Das Gericht erkannte, dass die Tochtergesellschaft eine aktive Marktteilnehmerin war, hiess die Beschwerde gut und verlangte die öffentliche Ausschreibung der umstrittenen Leistungen.

3 Vgl. EuGH C-159/11, 19.12.2012, insb. Rn. 30 ff.: Der Gerichtshof hielt dafür, dass die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie öffentliche Zusammenarbeit im Sinne seiner Rechtsprechung voraussichtlich nicht erfüllt waren.

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Darf die öffentliche Hand oder eine eng mit der öffentlichen Hand verbundene Körperschaft im Rahmen eines Vergabeverfahrens eine Offerte unterbreiten, die in Konkurrenz zu anderen, privaten Anbietern steht? Und darf überhaupt einer solchen Stelle ein öffentlicher Auftrag erteilt werden? Diese und viele andere Fragen bei verwaltungsinternen Beschaffungen beschäftigen immer wieder die Vergabestellen, nicht nur im Kanton Zürich. In der vorliegenden Ausgabe des Kriteriums bringt PD Dr. Martin Beyeler Licht ins Dunkle im Zusammenhang mit Inhouse-Vergaben.

Submissionsbestimmungen regeln das öffentliche Beschaffungswesen. Bei sogenannten Inhouse-Vergaben bestehen aber noch keine gesetzlichen Bestimmungen. Der Gesetzgeber hat dies erkannt und will mit der aktuellen Revision der IVöB Regelungen für die verwaltungsinterne Beschaffung einführen. Insbesondere grössere Städte und Kantone haben manchmal die Möglichkeit, Leistungen nicht auf dem freien Markt zu beschaffen, sondern können diese verwaltungsintern beziehen. Hier gilt es aber ebenfalls, Spielregeln einzuhalten, und zwar nicht nur für die Vergabestelle, sondern auch für den Leistungserbringer. Darf diese Stelle zum Beispiel auch für andere öffentliche Einrichtungen Leistungen erbringen und wie weit hat sie sich dabei der Konkurrenz zu stellen? Wie Sie, liebe Leserin, lieber Leser, selber bei der Lektüre des Beitrags von PD Dr. Martin Beyeler feststellen werden, sind genau deshalb Regelungen bei Inhouse-Vergaben notwendig.

Ergänzt wird diese Ausgabe des Kriteriums mit zwei aktuellen Urteilen des Verwaltungsgerichts.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre und eine schöne Sommerzeit.

Für das Redaktionsteam
Cyrill Bühler, Gemeinde Thalheim

1 Vgl. VGer ZH VB.2006.00145, 05.04.2006, insb. E. 1.2: Das Gericht erwog, dass der Entscheid zwischen Markt- und Inhouse-Beschaffung frei ist, und wies die Beschwerde ab.

innerhalb der staatlichen Sphäre bleibe, Geschäfte ohne Beachtung des öffentlichen Vergaberechts abschliesst? Diese Frage nach den begrifflichen Konturen der Ausnahme der staatssphäreninternen Geschäfte vom Vergaberecht soll im vorliegenden Text für drei unterschiedliche Konstellationen – die Inhouse-, die Quasi-inhouse- und die Instate-Geschäfte – im Sinne einer Übersicht kurz beantwortet werden.⁴

Vornweg ist der Gedanke festzuhalten, der hinter der Dogmatik der Nichtanwendung des Vergaberechts auf alle staatssphäreninternen Geschäfte steht: Es wird davon ausgegangen, dass die Anwendung des öffentlichen Vergaberechts zum Schutz der Wettbewerbsneutralität des staatlichen Handelns nur dort erforderlich und zielführend ist, wo ein Beschaffungsgeschäft⁵ auf der Trennlinie zwischen der Sphäre des politisch bestimmten Staates und der kommerziell motivierten Privatwirtschaft liegt, und dass die im Folgenden vorgestellten Geschäftskonstellationen diese Linie nicht überschreiten, sondern innerhalb der staatlichen Sphäre bleiben.

Mit Bezug auf die Gesetzgebung ist allerdings allgemein darauf hinzuweisen, dass das geltende schweizerische Vergaberecht kei-

ne der im Folgenden behandelten staatssphäreninternen Konstellationen anspricht oder regelt, dass aber das künftige Recht ein umfassendes Konzept vorsehen wird, zumindest wenn es nach den heute vorliegenden Entwürfen für die IVöB (E-IVöB)⁶ und für das BöB (VE BöB)⁷ geht.⁸

2. Die Inhouse-Geschäfte

Das Inhouse-Geschäft⁹ zeichnet sich dadurch aus, dass die öffentliche Auftraggeberin eine an sich dem Vergaberecht unterstellte Beschaffung bei sich selbst tätigt, sie also die Leistungen selbst produziert, die sie benötigt. Ein Inhouse-Geschäft liegt deshalb vor, solange und soweit es darum geht, dass eine Bedarfsstelle Leistungen von einer produzierenden Stelle bezieht, welche ihrerseits derselben Rechtsperson zuzurechnen ist wie die Bedarfsstelle. Als „inhouse“ sind in diesem Sinne alle Flüsse von Leistungen und Gegenleistungen zu qualifizieren, die sich innerhalb einer Körperschaft bzw. juristischen Person abspielen. Körperschaft bzw. Rechtsperson, innerhalb deren solche Inhouse-Geschäfte stattfinden können, sind dabei die Eidgenossenschaft, die Kantone und die Gemeinden, aber auch die dem Vergaberecht unterstellten öffentlichen Anstalten, öffentlich-rechtlichen Körperschaften (insb. Gemeindeverbände) und privatrechtlich konstituierten Subjekte (insb. AG, GmbH, Vereine und Stiftungen).

An diesem Begriff des Inhouse-Geschäfts ändert sich auch dadurch nichts, dass die produzierende Stelle in der Regel gewisse ihrer Bedürfnisse auf dem Markt deckt

und sich hierbei an das öffentliche Vergaberecht halten muss: Das Verhältnis zwischen der Bedarfsstelle und der produzierenden Stelle ist getrennt von jenem zwischen der produzierenden Stelle und der im Markt ausgewählten Leistungserbringerin zu betrachten; das erste ist «inhouse», wohingegen das zweite ein gewöhnliches Marktbeschaffungsverhältnis ist, das dem Vergaberecht unterliegt. Nach den für die Inhouse-Geschäfte geltenden Regeln – diese sind in der Schweiz gesetzlich (noch)¹⁰ nicht festgeschrieben, jedoch überall anerkannt – kann die öffentliche Auftraggeberin erstens frei (namentlich: losgelöst von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen) zwischen einer Inhouse-Vergabe und einer Beschaffung am Markt entscheiden (Freiheit bezüglich «make or buy»).¹¹ Diese Freiheit behält sie nach der hier vertretenen Auffassung auch dann vollumfänglich, wenn sie ein Vergabeverfahren bereits eingeleitet hat und es für eine Inhouse-Vergabe abbrechen will.¹² Zweitens kann die Auftraggeberin, soweit eine solche Auswahl überhaupt gegeben ist, zwischen mehreren inhouse (oder quasi-inhouse oder instate) infrage kommenden Leistungserbringerinnen frei entscheiden und ist nicht gezwungen, die verschiedenen staatssphäreninternen Stellen in geordnete Konkurrenz treten zu lassen.¹³ Diese Rechtslage kann insgesamt unter dem Begriff des Inhouse-Privilegs zusammengefasst werden. Anzuführen ist, dass das Gesagte allein die vergaberechtliche Lage beschreibt und Vorschriften aus anderen Gebieten unberührt lässt, namentlich aus dem Haushaltsrecht, aus denen sich allenfalls

4 Weiterführend insb. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2014, Rz. 244 ff.; BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1139 ff.; BEYELER, Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht, in: Jusletter 22.12.2014, Rz. 36 ff.; CLERC, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire Romand, Genf 2013, Art. 5 BGBM N 68 ff.; POLTIER, Droit des marchés publics, Bern 2014, Rz. 198 ff.; TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), OFK-Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 5 BöB N 12 f., N 25. – Vgl. auch Wettbewerbskommission, Empfehlung 635-0034 vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG AG und ihrer öffentlichen Aktionäre betreffend Anwendung des Beschaffungsrechts (Art. 5 BGBM), Ziff. 4 ff., Ziff. 40 f., Ziff. 49.

5 Dass auch das Gegenteil der öffentlichen Beschaffung, nämlich die Veräusserung öffentlicher Vermögensgegenstände, der öffentlichen Ausschreibung bedarf, ist ein Postulat (dem ich beistimme), auf das hier hinzuweisen ist, dass aber eine andere als die vorliegend behandelte Thematik betrifft.

6 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, Entwurf vom 18.09.2014 (E-IVöB); vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. b–d E-IVöB.

7 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, Entwurf vom 01.04.2015 (VE BöB); vgl. Art. 12 Abs. 3 lit. b–d VE BöB.

8 Vgl. zudem lit. B Ziff. 1 in Annex 7 Anhang I GPA 2012 (Government Procurement Agreement vom 02.04.2012; noch nicht i.K.). Zu dieser (überschiessenden) Ausnahmeklausel BEYELER, Staatsbetriebe (Fn. 4), Rz. 54, Rz. 56 ff.

9 Vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 4), Rz. 250 f.; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1145 ff.; POLTIER (Fn. 4), Rz. 199; TRÜEB (Fn. 4), Art. 5 BöB N 12.

10 Vgl. jedoch künftig Art. 11 Abs. 3 lit. c E-IVöB und Art. 12 Abs. 3 lit. c VE BöB.

11 BVGer 1687/2010, 21.06.2011, E. 2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 4), Rz. 244 ff.; POLTIER (Fn. 4), Rz. 199; TRÜEB (Fn. 4), Art. 5 BöB N 12; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1154 ff., Rz. 1158 ff.

12 BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1163 ff.; BEYELER, Baurecht/Droit de la construction (BR/DC) 2014, S. 20 f., Anmerkungen zu BVGer B-536/2013. Vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 4), Rz. 247 f.; VGer GR U 02 27, 27.06.2002, E. 3b; etwas strenger offenbar BVGer B-536/2013, 29.05.2013, E. 3.2; VGer ZH VB.2006.00145, 05.04.2006, E. 1.2 (obiter dictum).

13 BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1153, Rz. 1156 f.

ein Primat der Marktbeschaffung (oder umgekehrt des internen Bezugs) ergeben kann.

3. Die Quasi-inhouse-Geschäfte

Je nach Ausgestaltung der konkreten Verhältnisse kann die Tochtergesellschaft einer öffentlichen Auftraggeberin als funktionales Internum betrachtet werden, das heisst als trotz rechtlicher Selbstständigkeit faktisch von der Auftraggeberin vollkommen abhängiges Gebilde, das im Ergebnis durch die Auftraggeberin wie eine interne Dienststelle bestimmt wird. Hiervon ausgehend hat der Europäische Gerichtshof schon Ende 1999 im Urteil «Teckal» festgehalten, dass solcherart faktisch unselbstständige Tochtergesellschaften aufgrund eines Analogieschlusses gleich wie interne Dienststellen beziehungsweise gleich wie bei einem Inhouse-Geschäft ohne Anwendung des Vergaberechts beauftragt werden können – sofern gesichert ist, dass sie nicht oder nur unwesentlich als Anbieterinnen auf einem Markt auftreten.

Damit wurde die Tür für ein neues Rechtskonzept geöffnet, das häufig als «Quasi-inhouse-Vergabe» bezeichnet wird: Soweit angenommen werden kann, dass das infrage stehende Geschäft materiell mit einer Inhouse-Vergabe verglichen werden kann, weil die Charakteristik der Leistungserbringerin und ihr Verhältnis zur Auftraggeberin mit der Situation einer Inhouse-Vergabe vergleichbar sind, gilt auch hier, dass auf die Anwendung des Vergaberechts und insbesondere auf eine öffentliche Ausschreibung und einen Wirtschaftlichkeitsvergleich verzichtet werden kann (Quasi-inhouse-Privileg).

Ein Quasi-inhouse-Geschäft liegt nach den sog. „Teckal-Kriterien“¹⁴ dann vor, wenn erstens die Auftraggeberin die Leistungserbringerin kontrolliert wie eine eigene Dienststelle (Kontrollkriterium) und wenn zweitens die Leistungserbringerin nicht oder in höchstens unwesentlichem Ausmass Leistungen auf dem Markt anbietet bzw. erbringt (Tätigkeitskriterium; vgl. auch Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB; Art. 12 Abs. 3 lit. d VE BöB). Auf die Rechtsform (AG, GmbH, Anstalt) der Leistungserbringerin kommt es nicht an; allein die genannten Kriterien sind entscheidend.¹⁵

Kontrolle im Sinne des Kontrollkriteriums liegt nur vor, wenn sich die Leistungserbringerin im ausschliesslichen Besitz der öffentlichen Auftraggeberin (oder mehrerer öffentlicher Auftraggeberinnen) befindet beziehungsweise wenn sie keinerlei Privatbeteiligung aufweist¹⁶ und wenn sie überdies in sämtlichen ihren Belangen durch die öffentliche Auftraggeberin präventiv beherrscht werden kann¹⁷. Sind mehrere Auftraggeberinnen an derselben Leistungserbringerin beteiligt, so muss jede von ihnen, die sich auf das Quasi-inhouse-Privileg berufen und dergestalt ausserhalb des Vergaberechts vergeben will, an der gemeinsamen Kontrolle teilhaben, was voraussetzt, dass sie über ein durch sie gewähltes Mitglied im Führungsgremium der Leistungserbringerin verfügt.¹⁸

Unter dem Kriterium der Tätigkeit ist von der Zulässigkeit einer Quasi-inhouse-Vergabe grundsätzlich nur dann auszugehen, wenn die Leistungserbringerin ausschliesslich für die an ihr beteiligten öffentlichen Auftraggeberinnen tätig ist. Unschädlich sind aber Leistungen für Dritte, welche aufgrund des Instate-Privilegs erbracht werden, sowie Leistungen, die im Rahmen der Erfüllung der von den beteilig-

ten Auftraggeberinnen erhaltenen Aufträge erbracht werden (insbesondere soweit es sich bei diesen Aufträgen um Dienstleistungskonzessionen mit entsprechendem Publikumskontakt handelt). Zudem ist nach den 2014 erlassenen Vergaberichtlinien der Europäischen Union eine Markttätigkeit der Leistungserbringerin, welche höchstens 20 Prozent ihres Gesamtumsatzes ausmacht, zulässig.¹⁹

Im Sinne einer praktisch notwendigen Weiterentwicklung anerkennen die europäischen Richtlinien von 2014 über die klassische Konstellation hinaus auch die umgekehrte sowie die horizontale Quasi-inhouse-Vergabe²⁰ – das heisst, verkürzt, die Vergabe der Tochter an ihre Mutter und die Vergabe der Tochter an ihre Schwester. Für die Zulässigkeit der umgekehrten Vergabe ist eine Erfüllung sowohl des Kontroll- als auch des Tätigkeitskriteriums im nicht-umgekehrten Verhältnis (Mutter zu Tochter) erforderlich, für diejenige der horizontalen Vergabe wird die Erfüllung des Kontrollkriteriums durch die Mutter in Bezug auf beide involvierten Tochtergesellschaften sowie die Erfüllung des Tätigkeitskriteriums zumindest durch die leistungserbringende Tochter verlangt.²¹ Zudem stellen die neuen Richtlinien klar, dass eine Quasi-inhouse-Vergabe auch Kettenglieder überspringen kann (insbesondere Vergabe der Grossmutter an die Enkelin), solange überall das Kontrollkriterium eingehalten ist und die Leistungserbringerin das Tätigkeitserfordernis erfüllt.²² Und nach diesen Richtlinien soll die indirekte Privatbeteiligung an der Auftragnehmerin, die sich allein aus dem Bestehen einer privaten Beteiligung an der Auftraggeberin ergibt, die Anrufung des Quasi-inhouse-Privilegs nicht

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz, Räfelfstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

14 EuGH C-107/98, 18.11.1999, Teckal, Rn. 50.

15 Vgl. EuGH C-574/12, 19.06.2014, SUCH, Rn. 32 ff.

16 EuGH C-25/03, 11.01.2005, Stadt Halle, Rn. 50 ff.; EuGH C-574/12, 19.06.2014, SUCH, Rn. 32 ff.

17 EuGH C-15/13, 08.05.2013, TU Hamburg-Harburg, Rn. 31 f.

18 EuGH C-182/11 und C-183/11, 29.11.2012, Econord, Rn. 27 ff. – Vgl. dazu auch Art. 12 Abs. 3 Unterabs. 2 Ziff. i) der Richtlinie 2014/24/EU.

19 Vgl. insb. Art. 12 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2014/24/EU. – Der EuGH hatte sich in seiner Rechtsprechung nie auf eine fixe Quote festgelegt, sondern immer davon gesprochen, dass die Leistungserbringerin «im Wesentlichen» (EuGH C-107/98, 18.11.1999, Teckal, Rn. 50) für die an ihr beteiligten Auftraggeberinnen tätig sein muss.

20 Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU.

21 Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU.

22 Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/25/EU.

hindern (das ist namentlich für Sektorenauftraggeberinnen von Relevanz).²³

In der Schweiz gibt es de lege lata keine gesetzlichen Bestimmungen zur Quasi-inhouse-Vergabe, doch wird die Nichtanwendung des Vergaberechts auf solche Geschäfte durch immer mehr schweizerische Gerichte in Anlehnung an die europäische Rechtsprechung anerkannt.²⁴ Zudem soll die neue IVöB gemäss dem derzeit²⁵ bekannten Entwurf einen Art. 11 Abs. 3 lit. d erhalten,²⁶ nach dem die Quasi-inhouse-Vergabe im Sinne des europäischen Rechts für vergaberechtsfrei erklärt wird (gleich auch Art. 12 Abs. 3 lit. d VE BöB).

4. Die Instate-Geschäfte

Hinter der Regel, dass Inhouse- und Quasi-inhouse-Geschäfte ausserhalb der Geltung des Vergaberechts stattfinden dürfen, steht die eingangs schon angesprochene Überlegung, dass solche Geschäfte den Wettbewerb nicht tangieren, weil sie innerhalb der staatlichen Sphäre bleiben und so keinen Bedarf nach einer Anwendung des Vergaberechts auslösen. In der Tat gibt es keinen Anspruch des Marktes oder seiner Teilnehmer, dass der Staat bestimmte Marktbeschaffungen tätigt; der Staat kann seine Bedürfnisse auch durch eigene Kräfte decken, wenn er das will, und in diesem Fall entgeht dem gesamten Markt ein Auftrag, doch ist das kein Vergaberechtsproblem, weil niemand dadurch bevorzugt oder benachteiligt wird. Wer dies bedenkt, kann erkennen, dass es für die Frage, ob ein Geschäft innerhalb der staatlichen Sphäre liegt, letztlich nicht entscheidend darauf ankommen kann, ob die leistungserbringende Stelle zur Körperschaft der Auftraggeberin gehört oder durch die Auftraggeberin kontrolliert wird wie eine interne Dienststelle, ob sie also als echtes oder als funktionales Internum erscheint. Massgeblich ist nur, dass kein privates Kapital an der Leistungserbringerin beteiligt ist (und dass sich daher

²³ Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU.

²⁴ Vgl. insb. AGVE 2013 Nr. 37, S. 193 ff., E. II./5; KGer VS A1 09 163, 03.12.2009, E. 4.2 und E. 4.3; VGer VD GE.2007.0013, 06.11.2009, E. 3.

²⁵ Im Juni 2015

²⁶ Vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. d E-IVöB.

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2015 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

Submissionen im öffentlichen Beschaffungswesen (Grundlagen)

2 x ½ Tag

Daten:

Montag, 19.10.2015, 13.30–17.00 Uhr

Donnerstag, 22.10.2015, 08.30–12.00 Uhr

Referentin: Daniela Lutz, Rechtsanwältin

Submissionen und öffentliches Beschaffungswesen (Vertiefungsseminar Bereich Bau)

½ Tag

Datum:

Donnerstag, 02.07.2015, 08.30–12.00 Uhr

Referentin: Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.personalentwicklung.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.– und für Externe Fr. 175.–. Externe können sich mittels Mail an weiterbildung@pa.zh.ch anmelden; Interne benutzen das Anmeldeformular.

kein Privater besondere Vorteile monetärer oder anderer Art aneignen kann, die sich aus solcher Beteiligung ergeben) und dass die Leistungserbringerin sich der Entwicklung von Tätigkeiten auf dem Markt (möglichst) umfassend enthält²⁷. Zudem sollte das Geschäft nur vom öffentlichen Interesse geprägt und frei von kommerziellen Absichten sein. In diesem Falle bleibt die Leistungserbringung innerhalb der staatlichen Sphäre und tangiert den Wettbewerb zwischen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern nicht, so dass sie als wettbewerbsneutral betrachtet werden kann.

Nach der weiterentwickelten „Teckal“-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Quasi-inhouse-Vergabe war es möglich, dass zwei öffentliche Auftraggeberinnen ohne Beachtung des Vergaberechts eine gemeinsame Gesellschaft gründen, in die sie eine bestimmte Produktion von

benötigten Leistungen auslagern und von der sie diese Leistungen sodann beziehen. Das warf die Frage auf, ob unter gewissen Umständen auch auf die Gründung eines solchen Vehikels verzichtet werden könnte und ob in diesem Sinne die interessierten Auftraggeberinnen ohne Anwendung des Vergaberechts auch auf rein vertraglicher Basis gemeinsam Leistungen produzieren und beziehen könnten. Der Gerichtshof bejahte dies erstmals einzelfallweise im Urteil Stadtreinigung Hamburg²⁸ und prägte sodann in mehreren Folgeurteilen die Formel, nach der zwei (oder mehr) öffentliche Auftraggeberinnen ohne Beachtung des Vergaberechts in irgendeiner Form zusammenarbeiten dürfen, solange es sich um eine echte Zusammenarbeit handelt, die Auftraggeberinnen auf diese Weise eine ihnen allen obliegende Gemeinwohlaufgabe erfüllen, kein Privater an der Zusammenarbeit beteiligt ist und diese allein durch Überlegungen und Konditionen geprägt wird, die im öffentlichen Interesse liegen, also keinen kommerziellen Absichten folgen (sog.

²⁷ Das muss umgekehrt auch für Inhouse-Vergaben gelten (interne Profitcenter, die als Anbieter massgeblich auf dem Markt auftreten, dürfen m.E. nicht inhouse beauftragt werden); BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1206 ff.; BEYELER, Staatsbetriebe (Fn. 4), Rz. 82 ff.

²⁸ EuGH C-480/06, 09.06.2009, Kommission gegen Deutschland, Rn. 34 ff.

öffentliche Zusammenarbeit).²⁹ Ein entsprechendes Konzept wird in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehen; dazu wird präzisiert, dass die an der Zusammenarbeit beteiligten Auftraggeberinnen nicht mehr als 20 Prozent der infrage stehenden Leistungen am Markt erbringen dürfen.

Im Unionsrecht steht also neben der Inhouse- und der Quasi-inhouse-Vergabe als weitere vergaberechtsfreie staatssphäreninterne Geschäftskonstellation das Institut der öffentlichen Zusammenarbeit zur Verfügung, doch sind dessen Anwendungsvoraussetzungen streng: Eine reine Auftragsbeziehung (Leistung gegen Vergütung) genügt nicht, vielmehr ist eine durch echte Kooperation geprägte Zusammenarbeit gefordert, bei der keine beteiligte öffentliche Auftraggeberin nur gerade Geldmittel zur Verfügung stellt, sondern jede von ihnen tatsächlich in irgendeiner Weise mitarbeitet.³⁰ Darüber hinaus scheint sich aus der Rechtsprechung zu ergeben, dass nicht jede Art von Tätigkeit Gegenstand einer öffentlichen Zusammenarbeit sein kann,³¹ sondern nur die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in einem engeren Sinne, also beispielsweise die durch zwei benachbarte Gemeinden im Rahmen einer vertraglichen Zusammenarbeit erledigte Schneeräumung auf öffentlichen Strassen.³²

In der Schweiz ist nach geltendem Recht ungewiss, ob und inwieweit jenseits der Inhouse- und der Quasi-inhouse-Geschäfte weitere staatssphäreninterne Konstellationen vergaberechtsfrei sein können.³³ In diesem Sinne ist Vorsicht geboten, doch dürfte zumindest eine öffentliche Zusammenarbeit nach den (strengen) Kriterien des Unionsrechts³⁴ vor Gerichten,

welche die Zulässigkeit der Quasi-inhouse-Vergabe anerkennen, keinen erheblichen Risiken ausgesetzt sein. Darüber hinaus kann eine reine Auftragsbeziehung zwischen zwei öffentlichen Auftraggeberinnen nach der hier vertretenen Auffassung dann vergaberechtsfrei bleiben, wenn trotz der Struktur eines Auftrags (anstatt einer Zusammenarbeit) allein der Gedanke der Kooperation im öffentlichen Interesse vorherrscht und keine der beteiligten Auftraggeberinnen über das Geschäft (oder bei Gelegenheit desselben) Gewinne anstrebt oder erzielt. Dazu ist zu verlangen, dass Leistungen der geschäftsgegenständlichen Art durch keine der beteiligten Auftraggeberinnen auf dem Markt feilgeboten werden. Es ist also stets zu beachten, dass der alleinige Umstand, dass eine öffentliche Auftraggeberin einer anderen öffentlichen Auftraggeberin einen Auftrag erteilen will, nicht ausreicht, um dieses Geschäft von der Geltung des Vergaberechts freizustellen.³⁵

In der künftigen Gesetzgebung sollen die Auftragsvergabe einer öffentlichen Auftraggeberin an eine andere öffentliche Auftraggeberin (Instate-Vergabe) sowie – erst recht – die öffentliche Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggeberinnen (im Sinne des so-

eben dargestellten Unionsrechts) ausdrücklich als vergaberechtsfrei erklärt werden, solange nur keine der beteiligten Auftraggeberinnen Leistungen der geschäftsgegenständlichen Art im Wettbewerb mit Dritten erbringt (Art. 11 Abs. 3 lit. b EIVöB; Art. 12 Abs. 3 lit. b VE BöB). Es wird hier also lediglich vorausgesetzt, dass die in das Instate-Geschäft bzw. in die öffentliche Zusammenarbeit involvierten Auftraggeberinnen weder sich aus dem Geschäft ergebende Leistungen noch weitere, gleichartige Leistungen in Konkurrenz zu Dritten anbieten. Das Instate-Geschäft ist demnach als solches ohne Wettbewerb anzubahnen, und die Auftraggeberinnen haben sich zumindest im Bereich der Leistungen, um die es der Gattung nach geht, jeder Wettbewerbstätigkeit zu enthalten. Nicht ausdrücklich vorausgesetzt ist hingegen, dass die Beteiligten keine kommerziellen Absichten verfolgen und nur in dem öffentlichen Interesse verpflichteter Art handeln und entscheiden. Gleichwohl sollte meines Erachtens auch dies gefordert werden, gerade weil Markttätigkeiten der beteiligten Auftraggeberinnen nach der vorgesehenen Bestimmung nicht generell (sondern nur im Sektor der Instate-Vergabe) ausgeschlossen sind.³⁶

³⁵ EuGH C-84/03, 13.01.2005, Kommission gegen Spanien, Rn. 40.

³⁶ Vgl. auch BEYELER, Staatsbetriebe (Fn. 4), Rz. 65, Rz. 72.

§§

Aus der Gerichtspraxis

§§

I. Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2014.00417 vom 15. Januar 2015

1. Ausgangslage

Die Vergabestelle hatte im Rahmen eines offenen Verfahrens Ingenieurleistungen für die Instandsetzung einer Kantonsstrasse ausgeschrieben. Dabei verlangte sie in ihren Ausschreibungsunterlagen als Eignungsnachweis unter anderem die Kopie eines aktuellen firmenbezogenen Qualitätsmanagement-Zertifikats. Die Vergabestelle schloss in der Folge ein Angebot mit der Begründung aus, die Anforderungen an die Nachweise im Sinne von § 4a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitriffsG

seien nicht erfüllt, weil die eingereichten Zertifikate nicht gültig seien.

2. Beurteilung des Ausschlusses in materieller Hinsicht

Das Gericht hatte zuerst darüber zu entscheiden, ob es sich beim verlangten Eignungsnachweis eines gültigen Qualitätsmanagement-Zertifikats um ein sachgerechtes und damit zulässiges Eignungskriterium handelt. Das Gericht bejahte dies aufgrund der Grösse und Komplexität des ausgeschriebenen Strassenbauprojekts und

²⁹ EuGH C-15/13, 08.05.2013, TU Hamburg-Harburg, Rn. 34; EuGH C-386/11, 13.06.2013, Piepenbrock, Rn. 36 ff.; EuGH C-159/11, 19.12.2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Rn. 34 ff.

³⁰ Vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU.

³¹ Vgl. die in Fn 29 angegebenen Urteile.

³² Vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU.

³³ Vgl. dazu POLTIER (Fn. 4), Rz. 203 f.; BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 4), Rz. 1298 ff.; TRÜEB (Fn. 4), Art. 5 BöB N 25.

³⁴ Vgl. Fn. 29; Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU.

zufolge des Umstands, dass es sich um keine unnötig hohe Anforderung handle. Inhaltlich kam das Gericht (entsprechend der Vergabestelle) zum Schluss, dass im Zeitpunkt der Angebots-eingabe keine gültigen Zertifikate und auch keine gleichwertigen Dokumente vorgelegen hätten. Demnach habe die Vergabestelle ihr Ermessen nicht überschritten und den Anbieter insoweit zu Recht ausgeschlossen.

3. Beurteilung des Ausschlusses in formeller Hinsicht

Das Gericht prüfte weiter, ob der Ausschluss auch in formeller Hinsicht korrekt erfolgte. Dabei stellte es gravierende Mängel im Verfahren fest, welche zur Aufhebung der Ausschlussverfügung führten:

Die Vergabestelle hatte dem ausgeschlossenen Anbieter anlässlich einer Besprechung vom 13. Juni 2014 die Möglichkeit eingeräumt, das noch fehlende Qualitätsmanagement-Zertifikat bis zum 20. Dezember 2014 einzureichen, sofern dieser Anbieter den Zuschlag erhalten sollte. Am 26. Juni 2014 verfügte die Vergabestelle den Zuschlag und teilte dies zwar dem berücksichtigten und den nicht berücksichtigten Anbietern mit, nicht aber dem ausgeschlossenen Anbieter. Am 30. Juni 2014 teilte die Vergabestelle dem ausgeschlossenen Anbieter dessen Ausschluss mit. Mit E-Mail vom 10. Juli 2014 informierte die Vergabestelle den ausgeschlossenen Anbieter sodann darüber, dass die Zuschlags- und Ausschlussverfügungen gleichzeitig am 26. Juni 2014 zugestellt worden seien.

Das Gericht beurteilte das Vorgehen der Vergabestelle als intransparent und widersprüchlich, weil sie in offensichtlichem Widerspruch zu einer Zusage gehandelt habe. Zudem entspreche der nach erfolgtem Zuschlag verfügte Ausschluss weder der Logik eines nachvollziehbaren Verfahrensablaufs noch den Geboten der Transparenz und des widerspruchsfreien Verfahrens. Das Gericht konnte nicht ausschliessen, dass die Vergabestelle bei der Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags sachfremde Motive hat einfließen lassen. Weil das Verfahren dadurch nicht mehr

transparent war, beurteilte das Gericht das Vorgehen als widersprüchlich und als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

Das Gericht betonte, dass eine Missachtung des Transparenzgebots durch die Vergabestelle Folgen haben müsse. Es verwies auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Zuschlag aufgehoben werden müsse, wenn die Zuschlagsbehörde nicht darlegen könne,

dass die Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht zu beeinflussen vermochte.

4. Konsequenz

Das Gericht hob somit wegen formeller Verfahrensfehler sowohl den Entscheid über den Ausschluss des Anbieters als auch den Zuschlagsentscheid auf und wies die Sache an die Vergabestelle zur Neuausschreibung zurück.

II. Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2014.00434 vom 29. Januar 2015

1. Ausgangslage

Im vorliegenden Vergabeverfahren hatte der spätere Beschwerdeführer selber kein Angebot eingereicht. Das Gericht verzichtete aber aufgrund der konkreten Umstände ausnahmsweise auf das Erfordernis der Anbieterqualität für die Beschwerdelegitimation und trat auf die Beschwerde ein.

2. Qualifikation des Verfahrens

Das Gericht erinnerte daran, dass die Vergabestelle freiwillig ein höherstufiges Vergabeverfahren durchführen könne. Wähle die Vergabestelle aber ein solches, müsse sie die entsprechenden Vorschriften einhalten. Dies hatte die Vergabestelle nicht getan:

Das Gericht hatte vorerst das von der Vergabestelle durchgeführte Verfahren zu qualifizieren. Dabei stütze es sich auf das effektiv durchgeführte Verfahren und die den Interessenten übermittelten Informationen, insbesondere die Ausschreibungsunterlagen. Als unbeachtlich beurteilte es dabei, dass die Vergabestelle die Leistung freihändig vergeben wollte: „[...] ein Einladungsverfahren (wird) nicht zum Frei-

handverfahren [...], nur weil die Regeln des Einladungsverfahrens verletzt werden. [...]“. Damit qualifizierte das Gericht das durchgeführte Verfahren als Einladungsverfahren. Dessen Regeln seien in derart schwerwiegender Weise missachtet worden, dass das Verfahren wiederholt werden müsse.

3. Wiederholung des Verfahrens

Das Gericht hält fest, dass die Vergabestelle in diesem Fall das Verfahren in der einmal gewählten Verfahrensart zu wiederholen habe. Vorliegend müsse die Vergabestelle somit für die fragliche Beschaffung ein Einladungsverfahren durchführen.

Zugleich betont das Gericht, dass die Vergabestelle im zu wiederholenden Einladungsverfahren den ursprünglich unterliegenden Anbieter auch im neuen Verfahren einladen müsse, zumal dieser Anbieter mit seiner Beschwerde die Wiederholung des Verfahrens erwirkt habe. Von diesem Grundsatz könne nur in seltenen begründeten Fällen abgewichen werden, was im vorliegend zu beurteilenden Verfahren nicht der Fall sei.

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 40/Dezember 2015

Simap.ch: eine Erfolgsgeschichte

**Interview mit Peter Frei, Geschäftsführer SIMAP
Juni 2005 bis Juni 2015**

Die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren ist eine der grundlegenden vergaberechtlichen Zielsetzungen. Grosse Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Pflicht zur Publikation von Ausschreibungen und Zuschlägen auf der Beschaffungsplattform simap.ch gemäss kantonaler Submissionsverordnung zu. Simap.ch hat sich im Schweizerischen öffentlichen Beschaffungswesen von Bund und Kantonen über die letzten Jahre etabliert und ist heute nicht mehr wegzudenken. Wir nehmen deshalb die Pensionierung des langjährigen Geschäftsführers des Vereins simap.ch, Peter Frei, zum Anlass, um mit ihm einen Rück- und Ausblick betreffend die Entwicklung der erfolgreichen Beschaffungsplattform zu machen.



Peter Frei, ehemaliger
Geschäftsführer Verein SIMAP

Wie verlief aus Ihrer Sicht die Entwicklung von simap.ch?

2002 war die erste Version von simap.ch (simap1) bei vier Kantonen produktiv im Einsatz. Im Juni 2005 wurde die Kantonale Drucksachen- & Materialzentrale Zürich (kdmz) mit den Aufgaben der Geschäftsführung des Trägervereins beauftragt. Als Mitarbeiter der kdmz wurde mir die Aufgabe als Geschäftsführer übertragen. Damit war der Grundstein für die weitere Entwicklung der Beschaffungsplattform gelegt.

Ende 2003 lancierten der Bund und der Verein simap.ch das Projekt simap2 für die Realisierung einer umfassenden, gemeinsamen Plattform für deren öffentliche Beschaffungen. 2007 musste dieses Projekt jedoch wegen Instabilitäten des Systems und allgemein ungenügender Qualität eingestellt werden. Dieser Schritt stellte einen Rückschlag für die gemeinsamen Bestrebungen von Bund und Kantonen für eine einheitliche Beschaffungsplattform dar.

Die Lehren aus dem gescheiterten Projekt wurden rasch gezogen und das weitere Vorgehen zwischen dem Bund und den beteiligten Kantonen abgesprochen. So konnte anlässlich der Generalversammlung 2008 die neue Strategie des Vereins für die Weiterentwicklung der Plattform präsentiert werden. In einem ersten Schritt sollten die bestehenden Funktionen von simap1 mit moderner Benutzeroberfläche bereitgestellt werden.

Als Ergebnis der daraufhin in Angriff genommenen Arbeiten konnte im Frühjahr 2009 simap1+ eingeführt werden. Die Weiterentwicklung zu Simap1+ beruhte auf der Plattform des Schweizerischen Handelsamtsblattes des Bundes,

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

«Digitale Transformation»: Ein Begriff, um den man in diesem Jahr kaum herum kam. Nach der Entwicklung zur Agrargesellschaft und dann zur Industriegesellschaft erleben wir aktuell einen neuen grundlegenden Strukturwandel: Hin zur Informationsgesellschaft.

Dem Bedarf nach Effizienz und Effektivität aber auch Transparenz kann sich auch das öffentliche Beschaffungswesen nicht verschliessen. Der Verein simap.ch hat das früh erkannt und bereits im Jahr 2002 eine erste Version der heute – sowohl für Vergabestellen als auch Anbieter – nicht mehr wegzudenkenden Beschaffungsplattform www.simap.ch produktiv geschaltet. Die Zahlen sprechen für sich: Wurden im Jahr 2003 noch 450 Ausschreibungen elektronisch publiziert, sind es aktuell jährlich 13'000 mit einem Auftrags-Gesamtvolumen von 12 Mrd. Franken. Die Publikationen in Zeitungen verlieren gleichzeitig immer mehr an Bedeutung.

Die Entwicklung des Vereins simap.ch wurde massgebend geprägt vom langjährigen Geschäftsführer Peter Frei. Im Zusammenhang mit seiner Pensionierung konnten wir mit ihm auf die Entwicklung der letzten Jahre zurückschauen: Welches waren die Erfolgsfaktoren, damit eine schweizweite Etablierung gelang? Wo liegen die Chancen zur Weiterentwicklung von simap.ch? Lesen Sie mehr dazu im ausführlichen Interview.

Eine Vielzahl von weiteren interessanten Themen rund um das öffentliche Beschaffungswesen – so auch jüngste Entscheide aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, aber auch der Hinweis auf Aus- und Weiterbildungsangebote im Jahre 2016 – komplettieren diese letzte KRITERIUM-Ausgabe des Jahres 2015. Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre. Vor allem aber wünschen wir Ihnen frohe Festtage und dann einen schwingvollen Rutsch ins neue Jahr 2016.

Für das Redaktionsteam
Urs Keller

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2016 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

Submissionen im öffentlichen Beschaffungswesen (Grundlagen)

2 x ½ Tag (jeweils 08.30–12.00 Uhr)

Daten: **Montag, 30. Mai 2016 und
Donnerstag, 2. Juni 2016
Montag, 3. Oktober 2016 und
Donnerstag, 6. Oktober 2016**

Referent: Stefan Kühnis, Rechtsanwalt

Submissionen und öffentliches Beschaffungswesen (Vertiefungsseminar Bereich Bau)

½ Tag (08.30–12.00 Uhr)

Datum: **Donnerstag, 30. Juni 2016**

Referentin: Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.personalentwicklung.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.– und für Externe Fr. 175.–. Die Anmeldung erfolgt sowohl für Interne als auch für Externe online über die Plattform www.lernwelt.zh.ch.

www.shab.ch, welche soweit ausgebaut wurde, dass sie auch den Bedürfnissen der Kantone und Gemeinden für ihre öffentlichen Beschaffungen entsprach. Damit wurde ein sehr wichtiger Schritt in Richtung Vereinheitlichung und Vereinfachung der Ausschreibungen öffentlicher Aufträge in der Schweiz erreicht, da ab diesem Zeitpunkt auch der Bund simap.ch für seine Ausschreibungen nutzte.

Wie ging es weiter?

Die weitere Entwicklung verlief sehr erfreulich, indem anschliessend auch die bis dahin noch fehlenden Kantone die Plattform einzusetzen begannen. So traten 2010 die Kantone Graubünden und Appenzell Innerrhoden und 2011 Glarus und Solothurn als letzte Kantone dem Verein simap.ch bei. Ebenso begannen verschiedene grössere Städte, das System www.simap.ch als Plattform für ihre Publikationen im öffentlichen Beschaffungswesen einzusetzen und eigene Kompetenzzentren einzurichten.

2012 wurde schliesslich ein weiterer Ausbau der bestehenden Dienstleistungen von simap.ch durch den Verein beschlossen. Das Projekt wurde in zwei Realisierungseinheiten (RE) mit folgenden

Zielsetzungen aufgeteilt:

- RE 1: Elektronisches Anbieterprofil
- RE 2: Elektronische Angebots-eingabe

Die Einführung der elektronischen Anbieterprofile im Rahmen der RE 1 ermöglicht seit 2014 die Bereitstellung von zuverlässigen Anbieterdaten (vgl. dazu KRITERIUM Nr. 37 vom Mai 2014, S. 4). Durch die neue Schnittstelle zum Unternehmens-Identifikationsnummer-Register (kurz UID Register) erhalten die Beschaffungsstellen aktuelle Unternehmensdaten von den Anbietern. Die gleichzeitig erfolgte Einführung des elektronischen Standardformulars fördert zudem die Nutzung von weitgehend einheitlichen Anbieterdaten.

RE 1 liefert die Basis für die spätere Verwirklichung der RE 2. Umfangreiche Anforderungen (Spezifikation, Implementierung, Testing, Projektmanagement) machten das Projekt aber teurer als geplant, was die Vereinsfinanzen stark strapazierte. Als Folge davon konnte die zweite Ausbauphase, die elektronische Angebotseingabe, mit den vorhandenen Mitteln des Vereins nicht mehr finanziert werden.

An der ausserordentlichen Mitglie-

dersammlung 2014 unterstützten die Mitglieder des Vereins den Entscheid des Vorstands, die Option «Nachhaltiges Geschäftsmodell auf Basis einer verbesserten Governance und weiteren Investitionen in die Plattform» umzusetzen. An der Generalversammlung 2015 wurde zudem beschlossen, die Mitgliederbeiträge per Anfang 2016 zu verdoppeln. Dies nachdem die Beiträge zuvor während rund 10 Jahren unverändert blieben, die Zahl der Publikationen sich in der gleichen Zeitspanne aber vervielfacht hatte. Damit wurden wichtige Weichen für einen weiterhin erfolgreichen Betrieb und die Weiterentwicklung der Plattform gestellt. Nun wird ein entsprechender Zeitplan für die Einführung der elektronischen Angebotseingabe festzulegen sein.

Was waren Ihre interessantesten Erlebnisse und Erfahrungen als langjähriger Geschäftsführer von simap.ch?

Die vielen interessanten Kontakte mit den Verantwortlichen der Kantone und des Bundes halfen bei der Klärung der Anforderungen betreffend die Ausbauwünsche für die Plattform. Im Team des Change Control Boards (CCB) des Vereins konnten die Ausbauwünsche priorisiert und später schrittweise mittels mehrerer Releases in Beauftragung der Entwicklungsfirma erfolgreich umgesetzt werden. Diese Arbeiten verliefen stets ziel führend und konstruktiv. Bundes- und Kantonsvertreter haben gut zusammengearbeitet. Insbesondere mussten bei der Weiterentwicklung zu simap1+ beide Seiten Kompromisse eingehen, was den späteren Erfolg erst ermöglicht hat.

Beim Ausbau der technischen Infrastruktur durch den Serviceprovider der Plattform, das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, galt es zu erkennen, welche Anpassungen für [simap](http://simap.ch) von ausgewiesenem Nutzen waren. Zuerst war simap.ch eine Teilfunktion der bestehenden SHAB-Applikation. Mit mehreren Anpassungen während den vergangenen Jahren wurden die Applikation und die Datenbank von simap.ch von der SHAB-Applikation getrennt und zu einer selbständigen Lösung entwickelt, die nunmehr unabhängig auf eigenen Servern läuft. So steht für die heutige Nutzung eine eher überdimensionierte Infrastruktur zur Verfügung. Im Hinblick auf

den geplanten Ausbau zur elektronischen Angebotseingabe ist sie jedoch gerechtfertigt, da sie hoch verfügbar und sehr sicher ist.

Welche Bedeutung nimmt simap.ch heute im Submissionswesen ein?

Die Bedürfnisse der Kantone und Gemeinden wurden bei der Entwicklung der heutigen Anwendung möglichst weitgehend berücksichtigt. Die Verantwortlichen der Kantone konnten die neue Lösung vor dem Einsatz eingehend testen und haben sie als moderne und benutzerfreundliche Plattform beurteilt. Dank der sehr stabilen und gut zu bedienenden Applikation konnte die anfängliche Zurückhaltung gegenüber der neuen elektronischen Lösung abgebaut werden. Die Unterstützung durch die Kompetenzzentren der Kantone, der Städte und des Bundes wie auch der professionelle Support haben dazu beigetragen, dass simap.ch immer breiter genutzt wird.

Die Anbieter schätzen die übersichtliche Information über die öffentlichen Ausschreibungen auf einer Plattform. Das gesamte Angebot, d.h. Suche und Download von Ausschreibungsunterlagen, Fragen- und Antwortforum sowie elektronische Abonnemente stehen ihnen heute kostenlos zur Verfügung. Sie anerkennen ausserdem die Bemühungen von simap.ch zur Vereinheitlichung der Ausschreibungsunterlagen mittels elektronischem Standardformular für Anbieterinformationen und Teilnahmebedingungen. Die Publikationen in Zeitungen verlieren immer mehr an Bedeutung und werden teilweise ganz abgeschafft. Mit der laufenden parallelen Gesetzesrevision von Bund und Kantonen sollen die zentralisierte, elektronische Veröffentlichung von Beschaffungen auf simap.ch un-

ter Einbezug der Gemeinden weiter gefördert werden. Damit wird Transparenz über alle föderalen Ebenen geschaffen.

Wo sehen Sie Potenzial für die Zukunft von simap.ch? Wie kann die Transparenz weiter gefördert werden? Wo liegen die Herausforderungen?

Bei der Realisierung der elektronischen Angebotseingabe sollte darauf geachtet werden, dass die Anbieter diese Funktion möglichst einfach und effizient nutzen können. Komplexe Sicherheitsmassnahmen wie Authentifizierungsfunktionen könnten die Nutzung erschweren oder gar verhindern.

Die Beschaffungsstellen sollten bei der Erstellung ihrer Ausschreibungsunterlagen künftig noch besser unterstützt werden, etwa durch die Bereitstellung von Vorlagen oder Archivdaten früherer Submissionen. Wenn auch Einladungsverfahren über simap.ch abgewickelt werden könnten, würden dadurch die Prozesse bei den Beschaffungsstellen weiter vereinheitlicht und die Anbieter erhielten noch mehr Transparenz über die öffentlichen Beschaffungen.

Schliesslich sollten die Anbieter und deren Verbände künftig bei der Klärung von Verbesserungsmöglichkeiten durch den Verein noch stärker einbezogen werden.

simap.ch in Zahlen

2003 wurden 450 Ausschreibungen auf simap.ch publiziert. 2008 waren es 2'700 Publikationen. Auf der neuen Plattform simapl+, die auch vom Bund genutzt wurde, waren es 2010 bereits 10'000 Publikationen.

Aktuelle Nutzung:

- 13'000 Publikationen pro Jahr
- 3'300 Beschaffungsstellen
- 31'000 registrierte Anbieter
- 12'900 Online-Abonnemente
- ca. 170'000 Besucherinnen und Besucher der Webseiten simap.ch pro Monat

Das Gesamtvolumen der auf der Plattform ausgeschriebenen Aufträge beträgt mehr als 12 Mrd. Franken pro Jahr.

Dies würde die Akzeptanz bei den Anbietern weiter fördern und könnte dem Verein wichtige Impulse für zukünftige Entwicklungen liefern.

Dem Verein sowie dem neuen Geschäftsführer Roger Schnyder wünsche ich viel Erfolg bei der Berücksichtigung der Anforderungen seitens Verwaltung und Wirtschaft und bei der optimalen Umsetzung der neuen Vereinsstrategie.



Aus der Gerichtspraxis



I. Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2015.00081 vom 7. Mai 2015

1. Ausgangslage

Im Rahmen eines offenen Submissionsverfahrens betreffend Bauarbeiten im Zusammenhang mit einem Restausbau von Quartierplananlagen erteilte die Vergabestelle den Zuschlag einer Anbieterin (Zuschlagsempfängerin), die nach Zustellung des Offertöffnungsprotokolls festgestellt hat, dass sie ein fehlerhaftes Angebot eingereicht hatte. Bei der Position 311.515 des Leistungsverzeichnisses (Versetzen von zweireihigem Schalenstein Typ 12) hatte die Zuschlagsempfängerin nämlich versehentlich Fr. 620.00/m anstelle von Fr. 62.00/m eingesetzt. Die Zuschlagsempfängerin reichte unmittelbar nach Feststellung des

Fehlers auf der Grundlage des korrigierten Einheitspreises ein neues Pauschalangebot ein, wobei sie nicht nur den korrekten Betrag für die Position 311.515 einsetzte, sondern einen unveränderten (aber betraglich angepassten) Rabatt von 13% sowie den ebenfalls bereits gewährten Pauschalrabatt «Winter» von Fr. 185'000 offerierte. Die Vergabestelle erteilte in der Folge dem korrigierten Angebot den Zuschlag.

2. Zulässigkeit der Berichtigung offensichtlicher Rechnungs- und Schreibfehler nach § 29 Abs. 2 der Submissionsverordnung

Das Gericht führte im Rahmen

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

der Entscheidungsbegründung aus, es sei nachvollziehbar, dass der Preis bei der Position 311.515 nicht um das Zehnfache höher sein könne als bei den genannten vergleichbaren Positionen. Unlautere Absichten der Zuschlagsempfängerin seien nicht ersichtlich. Es sei somit von einem offensichtlichen Fehler auszugehen, der nach Ablauf der Eingabefrist habe berichtigt werden dürfen.

3. Keine Optimierung des Angebotspreises in Kenntnis der Angebote der Mitbietenden

Als problematisch beurteilte das Gericht hingegen den Umstand, dass die Zuschlagsempfängerin trotz einer tieferen Brutto-Offertsumme keinen tieferen Rabatt gewährte und führte dazu aus, es sei naheliegend, dass das Missbrauchspotential erheblich sei, wenn die Korrektur eines offensichtlichen Rechen- oder Schreibfehlers nach Erhalt des Offertöffnungsprotokolls in Kenntnis der Angebote der Mitbietenden erfolge. Dies würde einem unzulässigen Abgebot nach Art. 11 lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und § 31 der Submissionsverordnung (SubmV) gleichkommen. Das Gericht ist davon ausgegangen, dass bei einer von vornherein korrekt berechneten Bruttosumme ein betragslich tieferer Rabatt gewährt worden wäre, was insbesondere bei einem Pauschalrabatt der Fall sein müsste, da dieser bei einer tieferen Offertsumme andernfalls prozentual massiv höher ausfallen würde. Zwar sei ungewiss, wie hoch der gesamte Rabatt im konkreten Fall ausgefallen wäre. Diese Ungewissheit müsse sich aber zu Lasten der Zuschlagsempfängerin auswirken, da jeder Bieter für den Inhalt seines Angebots verantwortlich sei. Das Gericht berücksichtigte bei der Ermittlung des preisgünstigsten Angebots den gewährten Pauschalrabatt von Fr. 185'000 nicht vollumfänglich und kam so zum Schluss, dass das Angebot der Beschwerdeführerin tiefer war als das korrigierte Angebot der Zuschlagsempfängerin. Das Gericht hiess folglich die Beschwerde gut und hob den angefochtenen Zuschlag auf. Da das Gericht den Zuschlag aber nicht selber erteilt, wies es die Angelegenheit mit entsprechender Anordnung an die Vergabestelle zurück.

II. Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2015.00054 vom 9. Juli 2015

1. Ausgangslage

Die Vergabestelle lud im Rahmen eines Einladungsverfahrens drei Unternehmen zur Einreichung von Angeboten für die tägliche Belieferung der Vergabestelle mit frischen Früchten und Gemüse ein. Innerhalb der gesetzten Frist zur Einreichung der Angebote ging lediglich ein Angebot ein, während ein zweites Angebot nach Fristablauf bei der Vergabestelle einging. Diese hat den verspäteten Anbieter in der Folge vom Verfahren ausgeschlossen. Dagegen reichte der ausgeschlossene Anbieter Beschwerde ein.

2. Folgen der Beweislosigkeit für die Zustellung von Anordnungen einer Behörde

Der Anbieter begründete die Verspätung der Offertstellung damit, dass er die mit E-Mail versandte Einladung zur Einreichung eines Angebots nie erhalten hätte. Er habe sein Angebot aufgrund einer nachträglichen telefonischen Anfrage der Vergabestelle hin eingereicht. Das Gericht hielt fest, dass die Einladung zur Einre-

ichung eines Angebots im Einladungsverfahren nach § 11 Abs. 2 SubmV durch direkte Mitteilung zu erfolgen habe. Zwar mache diese Bestimmung keine Aussage zur Form der Mitteilung, aber aus dem Umkehrschluss aus den Vorgaben für das freihändige Verfahren, in welchem eine formlose Mitteilung erfolgen könne, ergebe sich, dass im Einladungsverfahren eine formlose Mitteilung ausgeschlossen sei. Für die Beweislast für die Übermittlung der Mitteilung würden die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts gelten. Demnach trage die Behörde die Beweislast für die Zustellung ihrer Anordnungen. Im vorliegenden Vergabeverfahren habe die Vergabestelle nicht aufzeigen können, dass die E-Mail dem Beschwerdeführer mit hinreichender Gewissheit zugegangen, womit die ursprüngliche Einladung als nicht zugestellt gelte. Der Ausschluss wegen Verspätung sei deshalb unzulässig. Das Gericht hiess damit die Beschwerde gut und hob die Ausschlussverfügung der Vergabestelle auf.

Pflicht zur Publikation der Zuschläge: Hinweis an die Vergabestellen betreffend den Umgang mit Schreiben von TED

In letzter Zeit hat das simap-Kompetenzzentrum des Kantons Zürich (Baudirektion, Generalsekretariat, Abteilung Stab, 043 259 28 29/12) wiederholt Anfragen von kantonalen und kommunalen Vergabestellen erhalten. Die Vergabestellen wollten wissen, wie sie mit Schreiben und E-Mails des TED (Tenders Electronic Daily / EU) umzugehen haben, die sie im Zusammenhang mit laufenden Ausschreibungen erhalten haben. Das Kompetenzzentrum hat sich an den Verein simap.ch gewendet und um einen klärenden Hinweis an die Vergabestellen ersucht. Der Verein simap.ch hat rasch reagiert und Folgendes mitgeteilt: «Ausschreibungen, die dem GATT/WTO-Abkommen respektive Staatsvertrag unterliegen und die auf Deutsch, Englisch oder Französisch auf simap.ch publiziert wurden, werden automatisch von simap.ch an das Ted weitergeleitet und dort ebenfalls publiziert. Ausgenommen sind Abbrüche und Wettbewerbe, welche heute noch nicht an den Ted weiterge-

leitet werden. Erfolgt nach einer gewissen Zeit kein Zuschlag auf eine Ausschreibung, versendet Ted automatisch ein Mail (oder ein Schreiben, falls keine gültige E-Mail Adresse in der Ausschreibung angegeben wurde) an die Vergabestelle. In diesem Mail/Brief wird darauf hingewiesen, dass (in der EU) eine Verpflichtung zur Versendung einer Bekanntmachung über vergebene Aufträge besteht. Für die Schweiz gelten diese EU-Pflichten nicht. Die Vergabestellen können die Mails respektive die Briefe des Ted ignorieren.» Auf der Internetseite simap.ch wurde unter «Auftraggeber – Benutzerhinweise» inzwischen ein entsprechender Hinweis aufgeschaltet. Simap.ch hatte zuvor vergeblich versucht, die Meldungen beim Ted zu unterbinden. Für die Publikation der Zuschläge gilt im Kanton Zürich § 35 der Submissionsverordnung. Danach veröffentlicht die Vergabestelle Zuschläge im offenen und selektiven Verfahren sowie freihändig erteilte Zuschläge im Staatsvertragsbereich innert 72 Tagen im kantonalen Amtsblatt und auf einer gemeinsamen elektronischen Plattform von Bund und Kantonen (d.h. auf simap.ch).

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 41 / Dezember 2016

Vergabe von Makler- und Versicherungsdienstleistungen



Hans R. Schibli, Dr. iur., Rechtsanwalt, Baden und Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Ersatzrichter am Versicherungsgericht des Kantons Aargau

Geltungsbereich Vergaberecht

Versicherungen sind Dienstleistungen – diese fallen grundsätzlich unter das Vergaberecht (Art. 6 Abs. 1 und 2 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, IVöB). Geht es um den Abschluss einer Haftpflichtversicherung für eine kleine Gemeinde, so fällt dieser zwar grundsätzlich unter das Vergaberecht, kann aber wegen des geringen Auftragswerts (unter Fr. 150'000) im freihändigen Verfahren vergeben werden (Schwellenwerte gemäss Anhang 2 der IVöB). Geht es jedoch um die Haftpflichtversicherung eines öffentlich-rechtlichen Spitals, so dürfte der Auftragswert in der Regel den Schwellenwert von Fr. 150'000 erreichen, womit ein freihändiges Verfahren nicht mehr möglich ist. Eine nähere Prüfung der ver-

gaberechtlichen Situation kann auch in folgenden Fällen bereits notwendig sein: Beim Abschluss einer Unfallversicherung für eine (Schul-)Gemeinde mit rund 30 Angestellten oder beim Abschluss einer Sachversicherung mit zu versichernden Werten ab rund 10 Mio. Franken bzw. beim Abschluss einer Motorfahrzeugversicherung für über 25 Fahrzeuge. Um den vergaberechtlich relevanten Betrag zu berechnen, ist dabei jeweils der Gesamtwert des Auftrags zu berechnen. Versicherungsverträge haben oft mehrjährige Laufzeiten. Für solche Verträge ist somit nicht nur auf die jährliche Prämie abzustellen, sondern auf den Gesamtwert der Police. So ergibt sich bei einer Jahresprämie von Fr. 40'000 und einer Laufzeit von fünf Jahren z. B. ein vergaberechtlich relevanter Betrag von Fr. 200'000, womit eine freihändige Vergabe nicht mehr möglich ist. Bei Versicherungsverträgen mit unbestimmter Laufzeit berechnet sich der Wert, indem die jährliche Prämie mit dem Faktor 4 multipliziert wird (§ 4 Abs. 3 Submissionsverordnung, SVO). Eine ähnliche Regelung ist auch in der derzeit vorgeschlagenen Revision der IVöB vorgesehen: der Wert bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit wird wie folgt errechnet: Wert der monatlichen Vergütung x 48 (Art. 17 Abs. 6 der Vernehmlassungsvorlage zur Revision der IVöB [E-IVöB], einsehbar unter www.bpuk.ch).

Geht es nicht direkt um die Vergabe von Versicherungen, sondern um die Vergabe eines Maklerauftrages, so ist die freihändige Vergabe dann nicht möglich, wenn die geschätzte Entschädigung des

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

In diesen Tagen flattern wieder die Rechnungen für die unterschiedlichsten Versicherungen für das nächste Jahr in unsere Briefkästen. Nicht nur wir Privatpersonen, auch die öffentlichen Institutionen müssen sich in regelmässigen Abständen mit den Inhalten und Preisen ihrer Versicherungen auseinandersetzen. Da es sich bei Versicherungspolice um Dienstleistungsverträge handelt, unterliegen diese dem Submissionsrecht und müssen in regelmässigen Abständen ausgeschrieben werden.

Der Autor des vorliegenden Artikels, Rechtsanwalt Dr. Hans Schibli, beleuchtet in seinem Beitrag die verschiedenen spezifischen Aspekte, die bei Vergaben von Versicherungs- und Maklerveträgen zu beachten sind. Auch führt er diverse Gerichtsentscheide auf, die im Zusammenhang mit der Submission von derartigen Dienstleistungsverträgen zu Problemen geführt haben. Der Artikel kann als guter Leitfaden bei der nächsten Ausschreibung von solchen Vergaben benutzt werden. Und dies betrifft sowohl grössere als auch kleinere Verwaltungseinheiten. Oftmals schreiben kleinere Gemeinden ihr gesamtes Versicherungsportfolio neu aus. Diese Zusammenfassung von verschiedenen Versicherungen kann dazu führen, dass der Auftrag in einem höherrangigen Verfahren durchgeführt werden muss.

Ergänzt wird die vorliegende Ausgabe mit zwei aktuellen Urteilen des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, die auch im Zusammenhang mit Versicherungsdienstleistungsverträgen stehen. Zudem enthält sie Hinweise auf Vertragsvorlagen der SIK, die bei der Beschaffung von IT-Dienstleistungen hilfreich sein können, und auf das Weiterbildungsangebot der KöB im Jahr 2017.

Liebe Leserinnen und Leser, das Redaktionsteam wünscht Ihnen schöne Feiertage und ein gesundes, neues Jahr, in dem Sie keine Versicherungsleistung beanspruchen müssen.

Für das Redaktionsteam
Cyrill Bühler,
Gemeinde Thalheim an der Thur

Versicherungsmaklers (auch «Broker» genannt) Fr. 150'000 oder höher ist.

Möglichkeiten für kleinere Gemeinden

Eine kleinere Gemeinde hat grundsätzlich folgende Ausgangslage: Sie fällt unter das Vergaberecht und ist daher an dessen allgemeine Grundsätze gebunden. Die Gemeinde muss aber nicht öffentlich ausschreiben, wenn sie die massgebenden Schwellenwerte nicht erreicht. Sie kann daher die einzelnen Versicherungen (UVG, Haftpflicht- oder Sachversicherung) freihändig vergeben (Variante 1). Bei dieser freihändigen Vergabe muss sie aber darauf achten, dass sie nicht submissionsfremde Kriterien («der Versicherungsvertreter wohnt im Dorf») anwendet, sondern sich an die Grundsätze des Vergaberechts hält. – Die Gemeinde kann andererseits aber auch alle Versicherungen gesamthaft beschaffen oder eine einzelne Versicherungsdeckung beschaffen (z.B. UVG), mit der Option auf Folgeaufträge (Variante 2). Bei dieser Variante ist für die Berechnung des Auftragswertes auf den Gesamtwert aller (auch der optionalen) Aufträge abzustellen. Dies kann zur Folge haben, dass die Ausschreibung nicht mehr freihändig erfolgen darf.

Grundprinzipien massgebend

Unabhängig von dem gewählten Vergabeverfahren – die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts sind immer zu beachten! Dazu gehören zum Beispiel die Sicherstellung des wirksamen Wettbewerbs, die Gleichbehandlung der Anbietenden sowie die übrigen in Art. 11 IVöB genannten Grundsätze (Verzicht auf Abgebotsrunden, Beachtung von Ausstandsregeln, Vertraulichkeit der Informationen, Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen durch die Anbietenden, Gleichbehandlung von Frau und Mann). Des Weiteren hat die Vergabestelle dafür zu sorgen, dass die öffentlichen Mittel wirtschaftlich verwendet werden (Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB). Dieses Ziel des Vergaberechts stellt sicher, dass die freihändige Vergabe nicht an einen Versicherer erfolgt, der die gleichen Leistungen zu einem höheren Preis anbietet.

Besonderheiten bei der Versicherungs-Beschaffung

Im Verhältnis zu anderen langfristigen Aufträgen (Kehrrichtabfuhr, Telefondienstleistungen, Ingenieurleistungen für Gemeinde, Datenbanknutzungen, Hauswartungen) können bei Versicherungsverträgen die Zahlung der Prämie und das Erbringen der eingekauften Leistung (der Versicherungsschutz) zeitlich weit auseinanderfallen. Es stellt sich die Frage, ob und inwiefern dies vergaberechtlich von Bedeutung ist. Dies insbesondere deshalb, weil die Kündigung der Versicherung im Zeitpunkt der Leistungserbringung in der Regel nicht mehr zielführend ist. Eine neue Versicherung kann für das schadensstiftende Ereignis nachträglich nicht mehr abgeschlossen werden. Es ist daher umso wichtiger, dass bereits beim Abschluss auf die korrekte Versicherungsdeckung geachtet wird. Dies wirkt sich selbstverständlich auch auf die Submission aus. Der Versicherungseinkäufer (Vergabestelle) muss bereits in der Vergabephase genau definieren, was zwingend gedeckt sein muss und in welchen Bereichen sich die verschiedenen Versicherungslösungen unterscheiden können bzw. dürfen.

Maximale Laufzeit

Ein weiteres Thema, welches bereits im Zusammenhang mit der Berechnung des Gesamtwertes angesprochen wurde (und welches bereits im Kriterium Nr. 24 behandelt wurde), betrifft die Laufzeit. Insbesondere bei Versicherungsverträgen werden oft längere Laufzeiten vereinbart. Gemäss Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich muss die Laufzeit im Voraus beschränkt werden (unter anderem Urteil VB.2015.00395 vom 17. September 2015, E. 2.4). Kürzlich hat dieses Gericht eine Versicherungsvertragsdauer von vier Jahren, mit der zweimaligen Option der Verlängerung um je ein Jahr gerade noch als sachgerecht beurteilt (Urteil VB.2015.00395 vom 17. September 2015, E. 2.4, vgl. auch § 13 Abs. 1 lit. c SVO). Die Vernehmlassungsvorlage zur Revision der IVöB sieht eine maximale Vertragsdauer von vier Jahren vor (Art. 17 Abs. 6 E-IVöB, vgl. erläuternder Bericht S. 22, Ausführungen zu Art. 17 Abs. 5).

Ausnahme Weise freihändige Vergabe

Für die Vergabestelle von Interesse ist, wann sie ausnahmsweise freihändig vergeben kann. Im Folgenden wird deshalb auf einzelne Ausnahmen für die freihändige Vergabe (§ 10 Abs. 1 SVO) eingegangen:

- Dass keine Angebote eingehen (lit. a), ist kaum denkbar, da es sehr viele Anbieter von Versicherungen gibt.
- Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass bei Versicherungen nur abgestimmte Angebote eingehen (lit. b), da Versicherungsbedingungen oft relativ ähnlich sind. Der Schein trügt jedoch, da sich einzelne Versicherungen in den Leistungen und Preisen doch wesentlich unterscheiden.
- Dass nur ein Anbieter in Frage kommt (lit. c): Dieser Fall ist bei Spezialversicherungsprodukten (z. B. Versicherung von grösseren Kunstobjekten; Versicherungsschutz für Spezialbranchen) unter Umständen denkbar. Dieser Sachverhalt darf jedoch nicht leichtthin angenommen werden, sondern muss sich aufgrund einer kürzlich durchgeführten Submission oder aus einer durchgeführten Marktanalyse klar ergeben können.
- Dringlichkeit (lit. d): Diese darf nur angenommen werden, wenn die beschaffende Organisation an der Verspätung (bzw. an der Dringlichkeit) kein Verschulden trifft (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 06 91 vom 7. November 2006, E. 4, vom Bundesgericht nicht zu entscheiden [Urteil 2P.329/2006 vom 15. Juni 2007, E. B und 4.1]). Es ist somit nicht zulässig, die Beschaffung einer neuen obligatorischen Versicherung soweit hinauszuschieben, bis – aufgrund der Zeitverhältnisse – nur noch eine freihändige Beschaffung möglich ist.

Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, technische Spezifikationen

Kann der Auftrag nicht freihändig vergeben werden, so stellt sich die Frage, wie im Rahmen der Ausschreibung sichergestellt werden

kann, dass man die benötigte Risikodeckung effektiv erhält. Versicherungsbedingungen sind oft sehr komplex und die Versicherungspolice werden dennoch wie ein Massenprodukt vermarktet. Traditionellerweise spielt aufgrund letzterer Tatsache (Vermarktung als Massenprodukt) der Preis eine wesentliche Rolle als Zuschlagskriterium. Gleichzeitig ist aber zu bemerken, dass sich Versicherungslösungen und die Dienstleistungen der Versicherungsgesellschaften (insbesondere bzw. auch im Schadenfall) z. T. stark voneinander unterscheiden – sowohl in qualitativer Hinsicht (Höhe der Leistungen) als auch in quantitativer Hinsicht (Art der Leistungserbringung, Nebenleistungen). Auch diesen Kriterien soll und darf als Zuschlagskriterien Rechnung getragen werden. Ein weiteres für die Wahl der Versicherung wesentliches Kriterium – deren Zahlungsfähigkeit – wird in der Regel faktisch durch die Kontrolle der Finanzmarktaufsicht übernommen und kann aber auch als Eignungskriterium (Bonität, Zahlungsfähigkeit) berücksichtigt werden. Weitere mögliche Eignungskriterien für Versicherungsausschreibungen sind: «Schadeninspektor innert x Std. am Schadenort» oder «Schadenabwicklung in der Sprache der Ausschreibung». Sowohl Eignungs- als auch Zuschlagskriterien dienen aber nicht dem Zweck, die gewünschte notwendige Versicherungsdeckung zu erhalten. Mit anderen Worten: Wenn die Vergabestelle eine Sachversicherung gegen die Risiken Diebstahl, Wasser und Feuer, einem Selbstbehalt von Fr. 100 und einer speziellen Zusatzdeckung braucht, so bringt es ihr nichts, wenn sie den Selbstbehalt oder die Deckungen als Zuschlagskriterium in der Ausschreibung aufführt. Wenn dann ein Anbieter eine sehr günstige Versicherung mit Fr. 1000 anbietet, so kann dieses Angebot wegen des zwingendermassen anzuwendenden Preiskriteriums die Ausschreibung gewinnen, obwohl die Vergabestelle nicht die Deckung hat, welche sie bräuchte. Die Lösung für dieses Problem liegt bei der Definition der technischen Spezifikationen. Diese sind durch die Vergabestelle zu bestimmen (§ 16 SVO). Bei Versicherungsverträgen sind die technischen Spezifikationen die Versicherungsbedingungen. Die Vergabestelle kann hier klare Vorgaben machen. Sie

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2017 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungshalbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

Submissionen im öffentlichen Beschaffungswesen (Grundlagen)

2 x ½ Tag (jeweils 08.30-12.00 Uhr)

Daten: **Montag, 29.05.2017 und Donnerstag, 1.06.2017**
Montag, 25.09.2017 und Donnerstag, 28.09.2017

Referent: Stefan Kühnis, Rechtsanwalt

Submissionen und öffentliches Beschaffungswesen (Vertiefungsseminar Bereich Bau)

½ Tag (08.30-12.00 Uhr)

Datum: **Donnerstag, 22.06.2017**

Referentin: Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.lernwelt.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.-- und für Externe Fr. 175.--. Die Anmeldung erfolgt sowohl für Interne als auch für Externe online über die Plattform www.lernwelt.zh.ch.

hat im Voraus klar zu definieren, welche Deckungen als Mindestanforderungen gelten und welche Deckungsbausteine allenfalls zusätzlich noch wünschbar sind. In Bezug auf die Killerkriterien ist bereits bei der Ausschreibung sicherzustellen, dass diese deutlich als wesentliche Anforderungen (Mindestanforderungen) an das Versicherungsprodukt markiert werden. Es muss erwähnt werden, dass bei Nichterfüllung dieser Mindestanforderungen der Anbieter gleich wie bei der Nichterfüllung von Eignungskriterien ausgeschlossen wird. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat solche Mindestanforderungen ebenfalls als zulässig erklärt (Urteil VB.1999.00015 vom 17. Februar 2000; E. 6b, vgl. auch Handbuch für Vergabestellen, Merkblatt S. 8–15). Massgebend ist, ob diese Mindestanforderungen für die Vergabestelle so wesentlich sind, dass sie ohne diese Eigenschaften den Vertrag nicht abschliessen will. Sie hat diesbezüglich eine bestimmte Handlungsfreiheit: ein Produktmerkmal kann eine Mindestanforderung darstellen, kann aber auch als Zuschlagskriterium formuliert werden. Wesentlich ist, dass die Mindestanforderungen

nicht derart spezifisch gemacht werden, dass nur das Produkt eines Herstellers in Frage kommt. Solch unnötig detaillierte Vorgaben, welche z. B. auf die Bedürfnisse des bisherigen Auftragnehmers ausgerichtet werden, sind nicht zulässig (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2005.00200 vom 25. Januar 2006; zu den Ausnahmen von dieser Vorschrift durch die Formulierung «oder gleichwertig» vgl. nachfolgend).

Um die Schwierigkeiten bei der Beschaffung des komplexen Produktes «Versicherung» bewältigen zu können, muss bei der Ausschreibung auch ein pragmatischer Weg beschreibbar sein. Es kann nicht sein, dass bei jeder Ausschreibung eine Versicherungs- und eine Submissionsfachperson beigezogen werden muss. Aus diesem Grund kann es sinnvoll sein, im Rahmen der Ausschreibung einer Versicherung bei der bisherigen Police diejenigen Teile zu markieren, welche zwingend vorhanden sein müssen, und dabei in der Ausschreibung zu erwähnen, dass auch «gleichwertige» Lösungen zugelassen werden. Dieser Zusatz

ist zwingend (§ 16 Abs. 2 SVO). Die Anbieter haben die Gleichwertigkeit ihrer Spezifikationen dann darzulegen. Die Vergabestelle darf bei der Bewertung der Versicherungspolice und -leistungen aber nicht einfach dem ihr «bekanntesten» Versicherungsmodell den Vorzug geben, sondern hat die verschiedenen Angebote kritisch zu würdigen.

Praxis zu Zuschlagskriterien

Da insbesondere die Zuschlagskriterien immer wieder zu Fragen Anlass geben, wird im Folgenden die neuste Gerichtspraxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich im Hinblick auf diese Kriterien dargestellt:

- Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums «Entschädigungs- und Courtagenverrechnungsmodell» für die Suche nach einem Broker: Die ausschreibende Stelle hat nach einem verbindlichen Entschädigungsmodell gefragt. Nicht der Preis selber, sondern die Preisgestaltung wurde bewertet. Gemäss Verwaltungsgericht ist es bei dieser Ausgangslage nicht zulässig, pauschale Angebote grundsätzlich besser zu stellen als Angebote auf Basis von Stundenansätzen. Jedoch ist im Einzelfall zu prüfen, welches Entschädigungsmodell für die Vergabestelle verbindlich und klar genug ist (Planbarkeit der Kosten). Alleine die erschwerte Vergleichbarkeit verschiedener Angebote darf den Anbietenden nicht zum Nachteil gereichen (Urteil VB.2013.00806 vom 7. Februar 2014, E. 3.2; mit weiteren Verweisen)
- Unzulässigkeit der vorgesehenen Preisbewertung (Urteil VB.2015.00757 vom 17. März 2016, E. 3.4.4): Das Verwaltungsgericht entschied in diesem Fall, dass die vorgesehene Preisbewertung wegen der unterschiedlichen in der Realität existierenden Preismodelle für die Entschädigung der Broker unzulässig sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei dieser Tatsache nicht genügend Rechnung getragen worden, was zur Unmöglichkeit der Berechnung einer Preisspanne und damit zur Unmöglichkeit einer korrekten Preisbewertung geführt habe. Entsprechend hat das Verwaltungsgericht das vorgesehene

Bewertungsmodell als nicht zulässig erklärt.

- Zuschlagskriterium Preis: Sofern die Bewertung der Angebote nicht der in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Gewichtung der Zuschlagskriterien entspricht, so ist das Transparenzgebot verletzt. Dies führt zur Aufhebung des Entscheids (Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015, E.4.4.).
- Zuschlagskriterium «Namensnennung von Mitarbeitenden»: Es ist zulässig, bei Nichtnennung der geforderten Namen von Mitarbeitenden (als Zuschlagskriterium) keine Punkte zu verteilen (Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015, E. 6.1).
- Zuschlagskriterium «Schadenabwicklung»: Es ist zulässig, bei der Bewertung des Kriteriums «Schadenabwicklung» darauf abzustellen, ob ein Anbieter die Schadenabwicklung im Text detaillierter ausführt oder lediglich mit einem Satz die Sache abhandelt (Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015, E. 6.2).
- Zuschlagskriterium Preis 40%, Dienstleistungen 40%: Bei der Beschaffung von UVG-Versicherungsleistungen wurde die Gewichtung des Preises mit 40% und der «Dienstleistungen» mit ebenfalls 40% als zulässig erachtet (Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015, z. T. E. 3 und E. 7.3).
- Zuschlagskriterium Preis: Die Preisbewertung nach der Formel $\text{Tiefstes Angebot} / \text{Beurteiltes Angebot} \times \text{Maximalpunktzahl} \times \text{Gewichtung}$ ist nicht zulässig, da nach dieser Formel das Angebot, welches doppelt so teuer ist wie das günstigste Angebot, immer noch die Hälfte der Maximalpunktzahl erhielt. Zudem fallen Preisunterschiede umso weniger ins Gewicht, je weiter der beurteilte Preis vom günstigsten entfernt ist. Dadurch werden sehr teure Angebote vergleichsweise günstiger beurteilt. Durch eine solche flache Preiskurve wird daher nicht gewährleistet, dass die Preisbewertung das vorgesehene Gewicht von 40% erhält (wie im zu beurteilenden Fall; Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015, E. 7.4).
- Zulässigkeit Preisspanne/Bandbreite: Verwendung der effektiven

Preisspanne war nicht zu beanstanden (Urteil VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015).

- Preisspanne: Die Festlegung der Preisspanne hat eine massgebende Auswirkung auf die Bewertung der Preise. Wird die Preisspanne nachträglich festgelegt, sind strengere Anforderungen an deren Begründung zu stellen (Urteil VB.2015.00757 vom 17. März 2016, E. 3.4.2). Bei ungewöhnlichen Preisspannen (besonders weite oder besonders enge) trifft die Vergabestelle eine weitergehende Begründungspflicht (E. 3.4.2).
- Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums «flexible Prämienanpassung»: Die jährlich flexible Anpassung der Prämien auf der Basis des jeweiligen Schadenrendements wurde als zulässiges Zuschlagskriterium erachtet – es sei nicht «zu flexibel» (Urteil VB.2015.00395 vom 17. September 2015, E. 2.6.1).

Schlussbemerkungen

Zusammenfassend – Versicherungen sind komplexe Produkte, welche im Massenverfahren verkauft werden. Die Leistungen der Versicherungen erfolgen oft erst Monate bzw. sogar Jahre nach Vertragsabschluss. Entsprechend ist bereits beim Aufgleisen der Vergabe ein hohes Mass an Sorgfalt anzuwenden. Für diese spannende Aufgabe wünsche ich allen Vergabestellen viel Erfolg!

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

I. Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2015.00202 vom 16. Juli 2015

1. Ausgangslage

Die Vergabestelle führte ein offenes Submissionsverfahren betreffend Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung und der Zusatz-Unfallversicherung ab dem 1. Januar 2016 durch. Innert Frist gingen fünf Angebote ein. Die Vergabestelle vergab die ausgeschriebenen Leistungen anteilig zu 45% an die Versicherung C, zu 30% an die Versicherung D und zu 25% an die Versicherung A. Gleichzeitig wurde die Führung von Police und Schadenabwicklung an die Versicherung C vergeben. Gegen die Vergabe reichte die Versicherung A Beschwerde ein und beanstandete das Bewertungssystem bezüglich der Gewichtung der Zuschlagskriterien, der angewandten Preisbewertungsformel sowie in mehrfacher Hinsicht die Bewertung ihres Angebots im Zuschlagskriterium Dienstleistung.

2. Bewertung der Angebote entspricht nicht der in den Ausschreibungsunterlagen bekannten Gewichtung

Das Gericht führte zum Vorwurf des mangelhaften Bewertungssystems aus, der Vergabestelle stehe beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Die Vergabestelle habe aber im Sinne

von Art. 1 Abs. 3 lit. b und c IVöB bei der Beurteilung die Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung der Anbietenden zu beachten. Diese würden verlangen, dass die Bewertung der Angebote gemäss einem generell-abstrakten Schema vorgenommen werde, das den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien entspreche, die Kriterien der Punkteverteilung im Einzelnen umfassend und nachvollziehbar regle sowie auf alle Angebote gleich angewandt werde. Der Beurteilungsspielraum lasse daher nicht zu, von der in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Gewichtung abzuweichen. Die Bewertung müsse der Gewichtung der Kriterien Rechnung tragen, damit das vorgegebene Gewicht überhaupt zum Tragen komme.

Vorliegend habe die Vergabestelle zwar die bekanntgegebene Gewichtung in der Bewertungsmethode angewendet. Sie habe aber bei gleich zu gewichtenden Kriterien unterschiedliche Maximalpunktzahlen festgelegt und die erreichten Punkte zusätzlich gewichtet, weshalb das Ergebnis gerade nicht mehr der bekanntgegebenen Gewichtung entspreche. Damit liege eine Verletzung des submissionsrechtlichen Transparenzgebots vor. Da die Vergabestelle nicht habe darlegen können, dass die

Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht habe beeinflussen können, sei der angefochtene Entscheid aufzuheben.

3. Fehlerhafte Anwendung der Preisbewertungsformel

Das Gericht stellte fest, dass die Vergabestelle für die Bewertung des Angebotspreises eine nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts unzulässige Formel verwendet habe (Tiefstes Angebot : Beurteiltes Angebot x 50 [Maximalpunktzahl] x 0.4 [Gewichtung]). Nach dieser Formel würde ein Angebot, das doppelt so teuer wäre wie das günstigste, immer die Hälfte der Maximalpunktzahl erhalten. Überdies würden Preisunterschiede umso weniger ins Gewicht fallen, je weiter der beurteilte Preis vom günstigsten entfernt sei. Das Gericht postulierte die Formel (Tiefstes Angebot + Preisspanne (in Franken) – Beurteilung Angebot) : ((Tiefstes Angebot) + Preisspanne (in Franken) [- Tiefstes Angebot]) x Gewichtung. Unter Anwendung dieser Formel kam das Gericht zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin den Punkterückstand zur Erstplatzierten nicht aufholen könne, aber immerhin auf den zweiten Platz vorrücke. Das Gericht hiess die Beschwerde damit gut und wies die Sache zur Neufestsetzung der prozentualen Mitbeteiligung unter Berücksichtigung des korrigierten Bewertungsergebnisses an die Vergabestelle zurück.

II. Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2015.00395 vom 17. Sept. 2015

1. Ausgangslage

Die Vergabestelle eröffnete ein Submissionsverfahren betreffend obligatorische Unfallversicherung gemäss UVG. Die Beschwerdeführerin erhob gegen diese Ausschreibung Beschwerde mit der Begründung, es sei nicht möglich, eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Offerte einzureichen. Die Ausschreibungsunterlagen würden in verschiedener Hinsicht gegen das Wettbewerbsrecht und das Bundes-

gesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG) verstossen. Insbesondere seien aufgrund der unzulässigen Bekanntgabe von geschäftlich relevanten und schutzwürdigen Daten und Geschäftsgeheimnissen der Beschwerdeführerin Rückschlüsse auf die aktuelle Tarifierungspolitik, namentlich bei öffentlichen Verwaltungen, möglich. Der UVG-Tarif bzw. die Prämienansätze der Beschwerdeführerin seien jedoch geheim und dürften

aus Wettbewerbsgründen den übrigen UVG-Versicherern nicht zur Verfügung stehen.

2. Keine Behebung allfälliger bereits erfolgter Verletzungen von Geschäftsgeheimnissen bzw. des Datenschutzes durch Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens oder durch Änderung der Ausschreibungsunterlagen

Das Gericht liess dahingestellt, ob die in Art. 103 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV) festgesetzte Auskunftspflicht mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist,

stellte aber fest, dass die Bekanntgabe von allfälligen Geschäftsgeheimnissen bzw. schutzwürdigen Daten durch Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens nicht mehr rückgängig gemacht und damit ein allfälliger Mangel nicht mehr behoben werden könne. Überdies könne aus der Bekanntgabe der derzeitigen Prämien nicht abgeleitet werden, dass die anderen Versicherer aus diesem Grund unzulässige Rabatte gewähren bzw. nicht risikogerechte Prämien festlegen würden und damit gegen das UVG bzw. die UVV verstossen würden.

3. Zulässigkeit der vorgesehenen Vertragsdauer von vier Jahren mit Option auf Verlängerung von zwei Mal einem Jahr

Die Beschwerdeführerin brachte vor, bei Versicherungsdienstleis-

tungen sei in der Regel eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren (inkl. allfälliger optionaler Verlängerungen) nicht mehr zulässig. Das Gericht führte hierzu aus, die Laufzeit eines Dauervertrags dürfe gemäss § 2 Abs. 3 SVO nicht so gewählt werden, dass andere Anbietende unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen blieben. Gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung sei die Dauer eines Auftrags stets im Voraus zu beschränken, da es nicht im Belieben der Vergabestelle stehen könne, das Vertragsverhältnis mit einem Auftragnehmer auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Das Gericht kam zum Schluss, dass sich die Vertragsdauer gerade noch als sachgerecht erweise, die Vergabestelle aber gehalten sei,

nach der allfälligen Ausübung der Option erneut ein Vergabeverfahren durchzuführen.

4. Möglichkeit der Beantwortung von Fragen im Rahmen einer Fragerunde

Das Gericht hielt fest, dass die sich stellenden Fragen im Rahmen einer schriftlichen Fragerunde hätten gestellt werden können und von der Vergabestelle auch beantwortet worden seien. Da aufgrund der Beantwortung der Fragen für keinen Anbieter ein Nachteil entstanden sei, sah das Gericht ein Abbruch des Vergabeverfahrens als nicht gerechtfertigt.

Das Gericht wies die Beschwerde sodann gestützt auf die genannten Gründe ab.

Neue SIK-Vertragsvorlagen zu AGB SIK 2015

Von Andreas Marti, Rechtsanwalt LL. M, Baar

Die im letzten Jahr erneuerten und vereinheitlichten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schweizerischen Informatikkonferenz für IKT-Leistungen, Ausgabe Januar 2015 (AGB SIK), wurden jetzt durch SIK-Vertragsvorlagen für fünf typische Arten von IKT-Verträge ergänzt. Zusammen mit der gleichzeitig unter www.sik.ch/agb veröffentlichten Wegleitung und zwei dazugehörigen Checklisten sollen sowohl nicht versierten als auch versierten Nutzerinnen und Nutzern der AGB SIK zusätzliche Hilfsmittel zur Verfügung gestellt werden, um Verträge im Bereich der Informatik und Telekommunikation noch einfacher gestalten und besser auf die AGB SIK abstimmen zu können. Gleichzeitig können diese Vertragsvorlagen bei der Vorbereitung von Ausschreibungen helfen. Zielgruppe der SIK-Vertragsvorlagen und der AGB SIK sind in erster Linie schweizerische Kantone, Städte, Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Organisationen sowie deren jeweiligen Geschäftspartner.

Folgende Dokumente stehen unter www.sik.ch/agb zur Verfügung:

– Wegleitung

Das Dokument erklärt, wie die SIK-Vertragsvorlagen verwendet und weiter angepasst werden können.

– Checkliste I

Das Dokument erklärt, welche Vertragsvorlage für das jeweils beabsichtigte IKT-Rechtsgeschäft sinnvoll erscheint. Die Checkliste I erleichtert somit die Auswahl der geeigneten Vertragsvorlage. Zudem werden weiterführende Hinweise bei Vorliegen von Spezialfällen und Mischformen von Verträgen gemacht.

– Checkliste II

Das Dokument ermöglicht die Auswahl weiterer, nicht bereits in den Vertragsvorlagen abgedeckter Klauseln und Spezialregelungen. Die Vorschläge beschränken sich dabei auf wichtige Klauseln und Spezialregelungen, welche in den AGB SIK bereits als mögliche Zusätze oder Abweichungen erwähnt werden.

– SIK-Vertragsvorlagen 1–5

Die Vorlagen enthalten – neben den notwendigen Standardbe-

stimmungen und Platzhaltern für Beschreibungen der Leistungen – auch zusätzliche, vertragstypische Optionen und Erläuterungen. Für einfachere Verträge können diese Vorlagen zusammen mit den AGB SIK oft bereits ausreichen. In Ergänzung mit den Klauseln aus Checkliste II und der Verwendung von Anhängen wird sodann die Möglichkeit zur weiteren Anpassung gemäss dem Bedürfnis auch versierterer Nutzerinnen und Nutzer gewährt, wodurch bei sorgfältigem Vorgehen ebenfalls viele Spezialfälle und Mischformen mit den SIK-Vertragsvorlagen als Grundlage geregelt werden können. Folgende fünf Vertragsvorlagen sind derzeit verfügbar:

1. Vertrag für werkvertragliche Leistungen (WKV 1)
2. Vertrag für IKT-Dienstleistungen (DLV 2)
3. Vertrag für den Kauf von Hardware (HKV 3)
4. Vertrag für Software-Lizenzen (SLV 4)
5. Vertrag für die Wartung von Hardware und die Pflege von Software (WPV 5)

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 42/April 2017

Verfahrensart: Korruptionsfreies Verfahren

Korrupt ist, wer für sich oder andere einen persönlichen Vorteil aus der dienstlichen Stellung zu ziehen versucht und damit das erhaltene Vertrauen missbraucht. Der Vermeidung von Korruption hat die Welthandelsorganisation (WTO) mit dem revidierten Abkommen zum öffentlichen Beschaffungswesen (GPA) einen hohen Stellenwert eingeräumt. Dies wird auch Auswirkungen auf die öffentliche Vergabepraxis in der Schweiz haben. Was lässt sich aktuell zur Korruptionsvorbeugung in der staatlichen Beschaffung aus Compliance-Sicht anmerken?



Felix Bühler, lic. oec. publ.,
Compliance-Beauftragter des Kantons
Zürich

Einzelfälle und Dunkelziffer

In der Schweiz kommt Korruption nur in Einzelfällen vor. Das ist die gute Nachricht. Die weniger gute lautet: die vermutete Dunkelziffer in Fällen der Bestechung von Amtsträgern liege bei mehr als 95%, betonen namhafte Strafrechtler. Öffentliche Beschaffung ist ein vielfältiger Prozess, der sich über Jahre erstrecken und mehrere Etappen durchlaufen kann. Korruption kann in allen Phasen vorkommen, vom Projektentscheid,

über die Festlegung der Spezifikationen und die Ausschreibung bis hin zur Realisierung. Die einzelnen Transaktionen können Regelverstösse verschleiern, an denen oft mehrere Akteure beteiligt sind, die unter Umständen über Jahre hinweg zusammenarbeiten.

Korruptes Verhalten von Staatsangestellten ist in jedem Fall skandalös. Es verzerrt den Zugang zu öffentlichen Aufträgen, führt zu unrechtmässiger Besserstellung einzelner Anbieter und schwächt das Vertrauen der Bevölkerung in die ordnungsgemässe Tätigkeit der Verwaltung, welche politisch definierte Aufgaben erfüllt und dafür Steuermittel einsetzt. Korrupte Mitarbeitende riskieren nicht nur den Ruin ihres eigenen Rufs, sondern schaden vor allem den Interessen des Bundes, des betreffenden Kantons oder der Gemeinde.

Musterfall

Die Korruptionsfälle, die in jüngerer Zeit in der Schweiz bekannt geworden sind, bewegen sich oft im Informatikbereich. Ein Musterfall mit einigen typischen Merkmalen lässt sich in etwa wie folgt konstruieren:

IT-Unternehmer X kennt das Mitbieten bei Ausschreibungen, insbesondere das aus seiner Sicht verwinkelte Gelände der geforderten Nachweise, der Eignungs- und

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Laut dem unabhängigen, politisch neutralen und nicht-gewinnorientierten Verein «Transparency International» gehört das öffentliche Beschaffungswesen zu den korruptionsanfälligsten Tätigkeitsbereichen. Um einen Zuschlag zu erhalten, kann mit unlauteren Methoden nachgeholfen werden, so dass schlussendlich nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält, sondern eines, das durch Bestechung überzeugt hat (vgl. www.transparency.ch, Themen → Beschaffungswesen). Wie es in zahlreichen Zeitungsartikeln zu lesen war, kommt Korruption tatsächlich vor. Auch in der Schweiz. Das beweisen die in den letzten Jahren aufgedeckten IT-Fälle in der Bundesverwaltung.

Wichtig ist somit die Information und Sensibilisierung der öffentlichen Hand. Aber auch Private sind gut damit beraten, wenn sie sich mit diesem Thema auseinandersetzen: seit der Einführung von Art. 322^{octies} und 322^{novies} StGB per 1. Juli 2016 ist auch Korruption Privater strafbar.

Der spannende Beitrag von Felix Bühler gibt Anhaltspunkte für Korruption an und zeigt auf, dass Korruption eine Vielzahl von Formen annehmen kann. Er gibt Beispiele von möglichen Vorteilen. Je nach Umständen kann die Annahme von Vorteilen (z.B. eine Einladung mit Bewirtung) zulässig oder eben problematisch sein. Der Verhaltenskodex der allgemeinen Bundesverwaltung vom 15. August 2012 gibt in Art. 5 eine klare Regelung vor: während eines Beschaffungs- oder Entscheidungsprozesses dürfen Einladungen nicht angenommen werden; selbst die Annahme geringfügiger und sozial üblicher Vorteile ist dann nicht erlaubt.

Ergänzt wird diese Ausgabe mit Angaben zum aktuellen Stand der Revision des Beschaffungsrechts.

Ich wünsche Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, eine spannende Lektüre.

Für das Redaktionsteam
Nicole Zumstein Bonwin
Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen der Stadt Winterthur

Zuschlagskriterien. Er weiss, dass Ausschreibungen jeweils mit dem Gesamtauftragswert erfolgen, wobei auch öffentlich informiert wird, wenn Teilaufträge erteilt werden. Nun entdeckt X eines Tages, dass sein ehemaliger Schulkollege Y zum Beschaffungsverantwortlichen einer IT-Vergabestelle der Verwaltung aufgestiegen ist. Kurz darauf lädt er den einstigen Mitschüler zu einem grosszügigen Abendessen ein. Im Verlauf des geselligen Gesprächs merkt X, dass Y für allfällige «Vereinfachungen» im Vergabeprozess zugänglich sein könnte.

X wird in der Folge seinen Einfluss auf Y zu verstärken versuchen: mit Einladungen in die Oper, Gratisferien im eigenen Rustico und allerlei Geschenken. X rechtfertigt sein Tun vor sich selber damit, dass er jahrelang geschuftet habe und es mit einem lukrativen Staatsauftrag nun mal etwas bequemer nehmen dürfe. Er strebt an, dass ihm Y für ein komplexes IT-Projekt zunächst einen unerschwerigten Planungsauftrag im freihändigen Verfahren erteilt, dem dann ein Auftrag für das Vor- und Detailprojekt sowie später der Auftrag für die Realisierung und Wartung folgen soll, alles im freihändigen Verfahren. Bei Überschreitung des Schwellenwerts werde Y schon Argumente finden, um die Aufträge an X als submissionsrechtliche Ausnahmen zu begründen, beispielsweise als technische Besonderheiten oder geistiges Eigentum.

Vorgabe der WTO

Das revidierte WTO-Übereinkommen (Government Procurement Agreement, GPA 2012) zielt auf die Verbesserung des Wettbewerbs hin. So steht in Artikel IV:4, dass die öffentlichen Auftraggeber die Beschaffung transparent und unparteiisch durchzuführen haben, sodass «... keine Interessenkonflikte entstehen und korrupte Praktiken verhindert werden.»

Das überarbeitete GPA macht Anpassungen auf Bundes- und Kantonsebene erforderlich. Rechtsgrundlage für Kantone, Gemeinden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts wird bekanntlich die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungsrecht (IVöB) sein. Der aktuelle Entwurf IVöB sieht beispielsweise in Art. 11 lit. b vor, dass die Auftraggeberin in jedem Vergabeverfahren «Massnahmen gegen Interessenkonflikte, unzulässige Wettbewerbsabreden und Korruption» zu treffen hat, wobei in der Vernehmlassung

Was sind Vorteile?

Kasten 1

Als Vorteile gelten insbesondere:

- **Geldzahlungen**
(z.B. Bargeldgeschenke, Vergütungen, Schecks)
- **Vergünstigungen bei Privatgeschäften**
(z.B. Rabatte auf Waren und Dienstleistungen, zinslose oder zinsgünstige Darlehen)
- **Angebote zur Nutzung von Gegenständen**
(z.B. Personenwagen, Baumaschinen, Wohnmobile)
- **Vermittlung bzw. Gewährung von Nebenbeschäftigungen oder einer Tätigkeit nach dem Ausscheiden aus der Verwaltung**
(z.B. Verwaltungsratsmandate, Berufung in Stiftungsräte, Beratungsaufträge)
- **Sachgeschenke**
(z.B. Getränke, Geschenkkörbe, Werkzeugkästen, Bücher, Kleider, Schmuck, Taschenmesser)
- **Einladungen mit Bewirtungen**
(z.B. Apéro Riche, Lunch, Galadinner)
- **Einladungen zur kostenlosen Teilnahme an Veranstaltungen**
(z.B. Kultur- und Sportanlässe, Jubiläen, Messen, Kongresse, Weiterbildungen, Bordellbesuche, Reisen)
- **kostenlose oder –günstige Gewährung von Unterkunft**
(z.B. Ferienwohnungen, Hotelsuiten)
- **immaterielle Zuwendungen**
(z.B. Ehrenämter, Wahlunterstützung, Aufstiegsmöglichkeiten)
- **Unterstützung für Dritte**
(z.B. Familienangehörige oder andere Sympathiepersonen, politische Partei, Strohmann, Domizilgesellschaft, gemeinnützige Einrichtung etc.).

Als Vorteil gilt auch das Abwenden eines Nachteils

(z.B. Abwenden einer Kündigung, einer Mieterhöhung, einer Forderungseintreibung, einer Disziplinar-massnahme).

Konkretisierungen zu dieser Regel gewünscht worden sind.

Vorgabe des Zürcher Regierungsrates

Der Regierungsrat des Kantons Zürich legt seit jeher grössten Wert auf Korrektheit in der Verwaltungstätigkeit. 2016 hat er seine Grundhaltung mittels dreier Kernbotschaften zur Compliance festgehalten: «Wir sind korrekt in allem, was wir tun. Wir trauen uns, genau hinzuschauen und nachzufragen, wenn Mitarbeitende sich fragwürdig oder mehrdeutig verhalten. Wir unterstützen einander, um täglich korrekte Ergebnisse zu erzielen.» Unethisches oder sogar strafbares Verhalten wird in der Kantonsverwaltung unter keinen Umständen geduldet und hat Sanktionen zur Folge.

Straftatbestände

In der Praxis kommt es vor, dass einzelne Anbieter versuchen, sich

einen privilegierten Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu verschaffen. Dies beginnt für bestimmte Verwaltungsangestellte oft mit der Förderung ihres Wohlbefindens durch kleine Geschenke und Gefälligkeiten, ohne dass unmittelbar eine Gegenleistung von ihnen verlangt wird. Dahinter kann die Absicht der Anbieter stehen, die Beeinflussbarkeit dieser Angestellten einzuschätzen, zu testen und unrechtmässige Beeinflussung, die später folgt, vorzubereiten. Strafrechtlich relevant wird es für die Mitarbeitenden in Vergabestellen, sobald folgende Tatbestände erfüllt sind.

Vorteilsannahme: Verwaltungsangestellte, die im Hinblick auf ihre amtlichen Aufgaben unrechtmässige Vorteile fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, machen sich eines Vergehens schuldig. Dies wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 322^{sexies} StGB).

Sich-bestecken-lassen: Verwaltungsangestellte, die für bestimmte pflichtwidrige Tätigkeiten oder Unterlassungen unrechtmässige Vorteile für sich oder Dritte fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, begehen ein Verbrechen. Ihr konkreter Vertrauensmissbrauch kann auch im Ermessen liegendes Handeln oder Unterlassen bedeuten. Sich-bestecken-lassen wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 322^{quater} StGB).

Weitere Straftatbestände: Im Zusammenhang mit Vorteilsannahme und Sich-bestecken-lassen werden oft zusätzliche Delikte verübt, wie z.B. Amtsmissbrauch, ungetreue Amtsführung, Urkundenfälschung im Amt und Verletzung des Amtsgeheimnisses.

Vorteile

Als annehmbare Vorteile gelten geringfügige, sozial übliche und dienstrechtlich erlaubte Vorteile. Das Kriterium der dienstrechtlichen Erlaubnis bietet dem öffentlichen Arbeitgeber einen Spielraum für den Erlass angemessener Regeln unter Berücksichtigung der spezifischen Korruptionsgefährdung in seinem Verwaltungsbereich. In der öffentlichen Beschaffung allerdings wird das interne Dienstrecht oft streng ausgestaltet. So findet sich beispielsweise in den Regelungen der Bundesverwaltung zu «Korruptionsprävention und Whistleblowing» folgende Bestimmung: «Während eines Beschaffungs- oder Entscheidungsprozesses dürfen Einladungen nicht angenommen werden; selbst die Annahme geringfügiger und sozial üblicher Vorteile ist dann nicht erlaubt.»

Die Vielfalt von national und weltweit gewährten Vorteilen im Zusammenhang mit Korruption ist aus **Kasten 1** ersichtlich.

Regeln

Eine Vergabeeinheit ist in der Korruptionsvorbeugung dann à jour, wenn die Mitarbeitenden ein klares Compliance-Bewusstsein beispielsweise in folgenden dienstrechtlichen Punkten haben: Grundsätze des präventiven Verhaltens, Umgang mit Geschenken und Einladungen, Offenlegung von Interessenbindungen und Nebenbeschäftigungen, Umgang mit nicht öffentlich zugänglichen Informationen, Sorgfalt bei Eigengeschäften, Prüfung von Sponsoring, Einsatz von externen Personen,

Was sind Anhaltspunkte für Korruption?

Kasten 2

Das Zusammentreffen mehrerer der folgenden Indikatoren kann auf Korruption in der Beschaffung hinweisen. Insbesondere wird es dann verdächtig, wenn sich Anhaltspunkte häufen und auf bestimmte Personen konzentrieren:

- Auffallend entgegenkommende Behandlung bestimmter Anbieter oder unerklärlich abfällige Behandlung bestimmter Anbieter;
- Ungerechtfertigte Bevorzugung in Einladungs- oder freihändigen Verfahren;
- Splitten von Aufträgen zur Ermöglichung von freihändigen Verfahren;
- Vermeiden des Einholens von Vergleichsangeboten;
- Festlegen von Spezifikationen zur Bevorzugung eines bestimmten Anbieters;
- Unnötige oder unangemessene Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen;
- Erhebliche bzw. wiederholte Überschreitung der vorgesehenen Auftragswerte;
- Unplausibel hohe Preise und starke Preiserhöhungen;
- Hinnahme geringer Qualität und verspäteter Lieferungen;
- Bekanntheit des Anbieters als Gewährer von ungebührlichen Vorteilen;
- Ungewöhnliche Grosszügigkeit von Unternehmen (z.B. Sponsoring);
- Ausübung von ungemeldeten Nebenbeschäftigungen;
- Nebenbeschäftigungen von Mitarbeitenden oder Tätigkeit ihrer Angehörigen bei Unternehmen, die gleichzeitig Auftragnehmer oder Mitbewerber sind;
- Fehlende oder unzureichende interne Kontrollen bei kritischen Prozess-Schritten;
- Übermässige Konzentration von Aufgaben bei einer Einzelperson (ungenügende Funktionentrennung);
- Unerklärlich aufwändiger Lebensstil von Vergabeverantwortlichen.

Meldepflicht und -wege bei Korruptionsverdacht (inkl. anonyme Möglichkeiten) und Sanktionen. Solche verwaltungsinternen Regeln der Vergabestellen werden in Form von Weisungen und/oder als Verhaltenskodex erlassen. Sie präzisieren bzw. ergänzen das übergeordnete Recht. Hinzu kommt die Aktualisierung von vorbeugenden Massnahmen, wie sie aus internen Kontrollsystemen bekannt sind: Kompetenzregelungen mit zweckmässiger Funktionentrennung, Vier-Augen- und Rotationsprinzip, Dokumentationspflichten, Unbefangenheitserklärungen der Mitarbeitenden etc.

Gemäss Art. 44 Abs.1 lit. e des Entwurfs IVöB soll die Verletzung der Bestimmungen zur Korruptions-

bekämpfung ausdrücklich zum Ausschluss eines Anbieters führen können. Auf Bundesebene ist zudem angedacht, dass Vergabestellen auch in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sowie im Beschaffungsvertrag mit der Zuschlagsempfängerin entsprechende Klauseln vorsehen, beispielsweise Integritätsklauseln, Konventionalstrafen und weitere Massnahmen zur Sicherstellung rechtskonformer Geschäftsprozesse.

Führung

Regeln sind in der Praxis nur soweit wirksam, wie die Führung deren Befolgung situativ gewährleistet. Dies gilt speziell in Beschaffungssituationen, in denen aus Zeitdruck, mangels personeller Ressourcen und Sachkenntnissen etc.

Zum Stand der Revision des Beschaffungsrechts

Aufgrund der 2012 abgeschlossenen Revision des WTO-Abkommens zum öffentlichen Beschaffungswesen (GPA) wurden Anpassungen in der nationalen Gesetzgebung erforderlich. In der Folge haben Kantone und Bund in einer paritätisch zusammengesetzten Arbeitsgruppe inhaltlich harmonisierte Revisionstexte für die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vorbereitet. Mit den beiden Vorlagen werden das revidierte GPA in die nationale Gesetzgebung überführt und gleichzeitig die Beschaffungsordnungen von Kantonen und Bund einander angeglichen. Der Wettbewerb soll gestärkt, Rechtssicherheit und Anwenderfreundlichkeit sollen schweizweit verbessert werden. Wie die Vernehmlassungsverfahren zeigten, stösst die Stossrichtung der parallelen Revision auf breite Akzeptanz.

Die seitens der Kantone zuständige Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) hat im vergangenen September mit Befriedigung zur Kenntnis genommen, dass die angestrebte Harmonisierung der beiden Regelwerke nach den Vernehmlassungen noch verstärkt werden konnte. An seiner Sitzung vom 15. Februar 2017 hat der Bundesrat nunmehr die Botschaften zum totalrevidierten BöB sowie zum revidierten GPA zu Händen des Eidgenössischen Parlaments verabschiedet (<https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>). Die Kantone sehen ihrerseits vor, die neue IVöB möglichst unmittelbar nach Abschluss der parlamentarischen Beratungen zum BöB zu beschliessen. Die BPUK hofft auf eine rasche und zielorientierte Behandlung in den eidgenössischen Räten, damit auch die Kantone ihr Revisionsvorhaben zum Abschluss bringen können und der Bundesrat das WTO-Übereinkommen ratifizieren kann. Mit den Beitrittsverfahren zur revidierten IVöB in den Kantonen ist nach aktueller Zeitplanung ca. ab Herbst 2018 zu rechnen.

das Einhalten von präventiven Massnahmen erhöhte Aufmerksamkeit der Führung erfordert. So gehört es zu den Aufgaben der Vergabekader, die Vermeidung von Korruption vorzuleben und sicherzustellen, dass das Dienstrecht befolgt wird. Anstand und Korrektheit vermittelt das Kader in der täglichen Zusammenarbeit und im direkten Dialog mit den Mitarbeitenden.

Die Führungskräfte sind Ansprechpartnerinnen und Ansprechpartner für die Mitarbeitenden in kritischen Situationen und bei Unsicherheit. Das Kader ermuntert zum genauen Hinschauen und Nachfragen, wenn sich Personen fragwürdig oder mehrdeutig verhalten, nimmt Informationen von Hinweisgebern und Verdachtsmeldungen entgegen und stellt eine rasche Abklärung und Reaktion sicher. Dem Auftreten von Anhaltspunkten für Korruption (vgl. **Kasten 2**) muss die Führung ganz besondere Beachtung schenken.

Zudem trifft die Führung Massnahmen zur Sicherstellung der

internen Transparenz hinsichtlich aktueller Interessenbindungen, Annahme von zulässigen Vorteilen und Teilnahme an externen Veranstaltungen. Dabei liegt auf der Hand, dass unverhältnismässige Massnahmen zur Beeinträchtigung des Vertrauensklimas und der Effizienz in den Vergabestellen führen können. Beides ist zu vermeiden. Die Führungspersonen sorgen schliesslich für angemessene Aus- und Weiterbildung der Mitarbeitenden in der Vermeidung von Korruption.

Integritätskultur

Eine Betriebskultur in der Verwaltung, die der Korruption vorbeugt, zeichnet sich namentlich durch folgende Merkmale aus: integre Vorbilder («Unsere Chefin ist bekannt als gradlinig ...»), prospektive Führung («Um frustrierte Mitarbeitende kümmert sich der Chef persönlich ...»), Entschlossenheit («Negatives Vorbild von Kadern bei der Annahme von Geschenken und Einladungen hat sofort Konsequenzen!», stetige Verbesserung («Wir lernen viel aus Fehlern ...»), Hinschauen und Nachfragen («Wir

schauen selbst bei langjährigen und spezialisierten Beschäftigten genau hin ...»), Persönlichkeitsorientierung («Bei Anstellungen achten wir speziell auf Anstand und Korrektheit. Wir haben gute Erfahrungen gemacht mit offenen, leistungsorientierten Personen, die emotional stabil sind und ein positives Privatleben haben ...»), Aus- und Weiterbildung («Wir absolvieren alle drei Jahre einen Kurs in Korruptionsprävention ...»).

Verbesserungsbedarf hinsichtlich Korruptionsprävention dürfte in Vergabestellen bestehen, in denen man etwa Aussagen hört wie: «Wenn wir gewusst hätten, dass dies als Vorteilsannahme gilt und strafbar ist ...» (Unwissen), «Es war doch nur eine bezahlte Reise ins Ausland mit Einladungen zu Sportanlässen ...» (Verharmlosung), «Bestechlichkeit? Kommt bei uns nicht vor ...» (Sonderfall-Denken), «Ja, ja, diese neue Regelung. Hier machen wir es auf unsere Art ...» (Selbstgefälligkeit), «Wir dachten, die internen Kontrollen an sich würden genügen ...» (Kontrollzentrierung), «Das Geschäft ging über mindestens acht Tische und jetzt dies: ein Straffall!» (Organisationsmangel), «Gegen Schlaumeiereien kann man ohnehin nichts ausrichten ...» (Fatalismus).

Fazit

Wirksame Korruptionsvermeidung in der Vergabe öffentlicher Aufträge orientiert sich vorausschauend an der laufenden Revision des Beschaffungsrechts in der Schweiz und der Compliance-Haltung der jeweiligen politischen Führung. Anhand dieser Vorgaben gestaltet das Kader aller Stufen seine Beschaffungspraxis mittels umsichtiger Führung, transparenzfördernder Regeln und einer glaubwürdigen Integritätskultur.

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: BDKom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 43/Juli 2017

Aktuelle Rechtsprechung: Listenspitäler unterstehen dem Vergaberecht



lic. iur. Claudia Schneider Heusi,
LL.M., Fachanwältin SAV für Bau- und
Immobilienrecht

1. Sachverhalt und Entscheid

Die GZO AG als Betreiberin des Spitals Wetzikon bezweckt die Sicherstellung des akutstationären Leistungsauftrags des Kantons Zürich vom Oberland Zürich. Ihre Aktionäre sind ausschliesslich politische Gemeinden. Die GZO AG erbringt im Wesentlichen ambulante und stationäre Heilbehandlungen im Rahmen eines Spitalbetriebs und sie ist für verschiedene Leistungen im Bereich der Akutso-matik auf der Spitalliste des Kantons Zürich aufgenommen.

Das Verwaltungsgericht Zürich entschied am 20. Dezember 2016, dass die GZO AG dem Vergaberecht unterstellt ist.¹ Das Gericht stützte damit den Regierungsrat, der im

Rahmen seiner Aufsichtsfunktion² die GZO AG verpflichtet hatte, die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens einzuhalten.³ Die GZO AG hatte sich gegen die aufsichtsrechtliche Anordnung des Regierungsrats mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich gewehrt, drang jedoch mit ihren Argumenten, weshalb sie vergaberechtsfrei beschaffen könne, nicht durch. Nicht zulässig war es jedoch, dass der Regierungsrat auch die Mitglieder des Leitungsorgans unter Strafandrohung verpflichtet hatte, die Bestimmungen des Beschaffungsrechts einzuhalten.

2. Bemerkungen

a. Die massgebenden Kriterien

Art. 8 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) definiert, welche Auftraggeber im Kanton Zürich vom Vergaberecht erfasst werden, und untergliedert dabei⁴ in einen von Staatsverträgen umfassten Bereich⁵ und einen Nicht-Staatsvertragsbereich.⁶ Die Unterstellung von Kantonen und Gemeinden ist meist unstrittig. Komplizierter verhält es sich mit den sogenannten «Einrichtungen des öffentlichen Rechts (EöR)». Im Rahmen der Urteilsbegründung setzte sich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit der Frage auseinander, ob die GZO AG eine solche Einrichtung

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Bereits in der Kriteriums-ausgabe Nr. 31 vom Dezember 2011 wurde zum Thema Spitalliste festgehalten, dass Spitäler entweder als Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB oder als Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB dem Submissionsrecht unterstellt sind. Dies wurde nun auch von der Rechtsprechung bestätigt. Am Beispiel eines Entscheids des Zürcherischen Verwaltungsgerichtes behandelt Rechtsanwältin Claudia Schneider Heusi in ihrem Beitrag unter anderem die Frage, welche Voraussetzungen für die Qualifikation „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ erfüllt sein müssen. Der von der Autorin vorgestellte Verwaltungsgerichtsentscheid befasst sich insbesondere mit dem Begriff „gewerblicher Charakter“ und verneint in diesem Zusammenhang das Vorliegen einer echten Wettbewerbssituation unter Spitälern angesichts der Regeldichte aufgrund des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) und der Krankenversicherungsverordnung (KVV). Ausgehend von einer im konkreten Fall strittigen präventiven Aufsichts-massnahme des Regierungsrates – einer aufsichtsrechtlichen Anordnung zur Anwendung des Vergaberechts – legt das Gericht zudem den Rahmen des aufsichtsrechtlichen Handelns dar. Der Entscheid dient der Klärung in diesem bedeutenden Bereich der Beschaffungen durch Spitäler.

Passend zum Hauptbeitrag widmet sich diese Ausgabe einem

1 VGr ZH, Entscheid VB.2015.00555 vom 20.12.16, www.vgrzh.ch.

2 Gestützt auf § 39 Abs. 2 Submissionsverordnung (SVO) i.V.m. Art. 19 IVöB.

3 Regierungsratsbeschluss (RRB) Nr. 758 vom 8. Juli 2015.

4 Auf der Basis von GPA Anhang I An-nexe 2 und 3.

5 Art. 8 Abs. 1 IVöB.

6 Art. 8 Abs. 2 IVöB.

ebenso wichtigen Entscheid des gleichen Gerichts. Auch in diesem zweiten Fall musste sich das Gericht mit der Frage auseinandersetzen, ob die Kriterien für das Vorliegen einer Einrichtung des öffentlichen Rechts i.S.v. Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB erfüllt sind. Dies wurde für den betreffenden privatrechtlichen Verein bejaht, weshalb dieser dem Beschaffungsrecht untersteht. Zudem wurde die bestrittene Befugnis des Vereins zum Erlass von Vergabeverfügungen und nachfolgenden Vertragsabschlüssen geprüft und bestätigt. Weiter stellte das Gericht einmal mehr klar, dass mit einer Submissionsbeschwerde nicht die Beschaffung eines alternativen Gegenstandes erzwungen werden kann. Schliesslich wurde eingehend das ausserordentlich aktuelle und anspruchsvolle Thema betreffend Beschaffung von EDV-Leistungen behandelt. Die damit häufig einhergehende weitreichende Abhängigkeit von einer Anbieterin aufgrund deren technischer und rechtlicher Alleinstellung widerspricht laut Verwaltungsgericht zwar dem Sinn des Vergaberechts, doch kann eine solche faktisch bloss durch eine neue langjährige Abhängigkeit von einer anderen Unternehmung ersetzt werden. Allein wegen dieses Fazits ist die Lektüre des betreffenden Urteils empfehlenswert.

Zum Schluss danke ich Ihnen, liebe Leserin, lieber Leser, im Namen des Redaktionsteams für Ihr Interesse und wünsche Ihnen einen schönen Sommer.

*Für das Redaktionsteam
Michèle Klausberger*

tung des öffentlichen Rechts nach Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB darstellt. Dabei stützte sich das Gericht⁷ massgeblich auf die staatsvertragliche Definition nach dem GPA⁸, welche eine Einrichtung als eine

solche des öffentlichen Rechts qualifiziert, wenn sie kumulativ:

- Zum besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die keinen gewerblichen Charakter aufweisen,
- Rechtspersönlichkeit hat,
- und zusätzlich alternativ ihre Aktivitäten mehrheitlich öffentlich finanziert werden, ihre Geschäftsleitung öffentlich beeinflusst oder das Leitungsorgan mehrheitlich öffentlich bestimmt wird.

Während die GZO AG über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt und somit die zweite Voraussetzung erfüllt ist, haben vor allem der «gewerbliche Charakter» (vgl. nachfolgend bb) und die Staatsgebundenheit gemäss dem dritten Aufzählungszeichen (vgl. nachfolgend cc) Anlass zu einer wegweisenden Entscheidungsbegründung gegeben.

aa. Tätigkeit im Allgemeininteresse

Die Beschwerdeführerin ist gegründet worden, um den akutstationären Leistungsauftrag des Kantons Zürich im Zürcher Oberland sicherzustellen. Sie ist damit zum besonderen Zweck gegründet worden, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe zu erfüllen. Dies war unbestritten.

bb. Gewerblicher Charakter

Ein gewerblicher Charakter einer Einrichtung öffentlichen Rechts liegt dann vor, wenn sie wie ein privates Wirtschaftssubjekt tätig ist, mithin in einer Konkurrenzsituation zu Privaten steht und dem vollen Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist.⁹ Ein solcher liegt nicht vor, wenn der Staat eine Einrichtung über seine Rolle als Aktionär hinaus finanziell unterstützt, zum Beispiel mit Subventionen oder in Form von Darlehen, die nicht den Marktkonditionen entsprechen. Ebenfalls kein ausreichender Wettbewerb liegt vor, wenn der Staat eine Einrichtung vor dem Eintritt neuer Konkurrenten schützt, indem er ein Monopol bildet oder die Anbieterzahl anderweitig beschränkt.¹⁰

Nach dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich besteht bei Listenspitälern im Bereich der obligatori-

schen Krankenpflegeversicherung weder bei ambulanten noch stationären Behandlungen ein ausreichender Wettbewerb. Da die Kantonsregierung bei der Vergütung der stationären resp. ambulanten Behandlungen gewichtige Planungs- und Regulierungsinstrumente innehatte (Genehmigung bzw. Festsetzung Tarifvertrag¹¹ etc.), bestehe, so das Gericht, kein freier Wettbewerb, weil die Anbieterseite im Bereich der obligatorischen Krankenkasse durch die jeweiligen Kantone bestimmt werde. Dafür sprächen auch die Tatsachen, dass Listenspitäler aufgrund des Kostenanteils des Kantons von mindestens 55 Prozent bei der Vergütung der Fallpauschale subventioniert würden und sie verpflichtet seien, auch «nicht rentable» Patientinnen und Patienten zu behandeln. Schliesslich führe diese starke Regulierung der Spitalangebote im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung dazu, dass kein offener Wettbewerb um Patientinnen und Patienten zwischen den Listenspitälern bestehe. Zusammenfassend fehle es folglich am gewerblichen Charakter.¹²

cc. Staatsgebundenheit

Gemäss dem Gericht erfüllte die GZO AG mindestens eines der drei bei der Staatsgebundenheit massgebenden Alternativkriterien.¹³ Ausschlaggebend war, dass bei der GZO AG das Leitungsorgan öffentlich bestimmt wird. Bei einer Aktiengesellschaft wird der Verwaltungsrat durch die Generalversammlung der Aktionäre gewählt (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Da die Aktien der GZO AG vollständig im Besitz der beteiligten Gemeinden sind, ist für die Wahl des Verwaltungsrats und damit des Leitungsorgans zwingend die öffentliche Hand zuständig. Das zweite Alternativkriterium «mehrheitliche öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans» war demnach klar erfüllt, nachdem es hier sogar bereits genügen würde, wenn mehrere Gemeinden zusammen mehr als die Hälfte der Aktien einer AG halten würden.

⁷ Mit Hinweisen auf BGE 142 II 369; Martin BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 166f.

⁸ GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA], Fussnote 1 Annex 3; SR 0.632.231.422).

⁹ BEYELER, zit. in FN 7, Rz. 278.

¹⁰ WEKO, Empfehlung Nr. 635/0034 vom 30. Juni 2014 zuhanden der VRSG und ihrer öffentlichen Aktionäre.

¹¹ Vgl. Art. 43 und 47 Krankenversicherungsgesetz (KVG).

¹² VGr ZH, Entscheid VB.2015.00555 vom 20.12.16, E. 4.2.7, mit Verweisen auf Hans Rudolf TRÜEB/Daniel ZIMMERLI, Spitalfinanzierung und Beschaffungswesen, Zürich/Basel/Genf 2012.

¹³ VGr ZH, Entscheid VB.2015.00555 vom 20.12.16, E. 5.

Ob die GZO AG auch öffentlich finanziert wird, entschied das Gericht nicht abschliessend: Eine mehrheitlich öffentliche Finanzierung liegt dann vor, wenn mehr als die Hälfte der finanziellen Mittel aus öffentlicher Quelle stammen, ohne dass dafür eine direkte Gegenleistung bezahlt wird.¹⁴ Die erste Voraussetzung «aus öffentlicher Quelle stammend» ist deshalb, so das Gericht, erfüllt, weil der Kanton mindestens 55% der stationären Spitalleistungen in der Grundversicherung zu finanzieren hat. Gemäss den Ausführungen des Gerichts ist bei der zweiten Voraussetzung davon auszugehen, dass der Kanton keine spezifische Gegenleistung erhält, denn die vom Kanton finanzierte Leistung wird nicht für diesen, sondern für die Patientinnen und Patienten erbracht. Nach dem Verwaltungsgericht ist davon auszugehen, dass das dritte Alternativkriterium der mehrheitlichen öffentlichen Finanzierung ebenfalls erfüllt ist, auch wenn das Gericht angesichts des bereits erfüllten zweiten Alternativkriteriums (öffentliche Bestimmung des Leitungsorgans) von einer abschliessenden Beurteilung schlussendlich absah.¹⁵

b. Resultat: Die GZO AG ist unterstellt – und andere Listenspitäler?

Bei der GZO AG handelt es sich gemäss diesem Entscheid um eine Einrichtung des öffentlichen Rechts nach Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB. Sie fällt damit sowohl innerhalb wie auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs in den subjektiven Geltungsbereich des Vergaberechts.¹⁶ Dies bedeutet, dass die GZO AG ihre Beschaffungen nach den vergaberechtlichen Vorschriften zu tätigen und insbesondere Leistungen offen auszuschreiben hat, sofern die jeweiligen Schwellenwerte erreicht werden und kein Ausnahmetatbestand vorliegt.

Mit dem Entscheid ist über den Einzelfall hinaus geklärt, dass die Listenspitäler im Kanton Zürich unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Trägerschaft das Vergaberecht zu beachten haben. Ausschlaggebend dafür ist, dass Listenspitäler – seien sie öffentlich,

seien sie privat – im Bereich der obligatorischen Grundversicherung nicht in einem wettbewerblichen Umfeld tätig sind.

Ob damit alle Listenspitäler nach Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB als Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Staatsvertragsbereich erfasst werden oder «bloss» im Nicht-Staatsvertragsbereich nach Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB als Träger von kantonalen oder kommunalen Aufgaben, musste das Gericht nicht beantworten. Ausschlaggebend dabei ist, ob das konkret zu beurteilende Listenspital als staatsgebunden zu qualifizieren ist. Die Staatsgebundenheit ist immer dann unzweifelhaft zu bejahen, wenn sich das Aktionariat mehrheitlich in Besitz von öffentlichen Auftraggebern wie Gemeinden befindet. Solche Spitäler – wie die GZO AG – sind nach Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB als «Einrichtung des öffentlichen Rechts» zu qualifizieren. Darüber hinaus ist nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichts bei privaten Listenspitälern ebenfalls von einer öffentlichen Finanzierung und damit einer Staatsgebundenheit auszugehen, wenn eine Kostenbeteiligung des Kantons an den Leistungen zu mehr als 50%, insbesondere gestützt auf Art. 49a KVG, vorliegt.

Fehlt es an einer der Voraussetzungen für die Staatsgebundenheit, sind Listenspitäler zumindest gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB gemäss den Bestimmungen im Nicht-Staatsvertragsbereich unterstellt.¹⁷ Mit Abs. 2 von Art. 8 IVöB werden zusätzlich zum einen andere Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben erfasst, mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten (lit. a) sowie Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden (lit. b). Art. 8 Abs. 2 IVöB unterstellt somit als Auffangtatbestand nicht staatlich kontrollierte oder finanzierte Einrichtungen bzw. Private dem Vergaberecht, wenn diese in Erfüllung einer kantonalen oder kommunalen Aufgabe tätig sind oder wenn diese Projekte oder Leistungen ausführen bzw. beschaffen, welche überwiegend mit staatlichen Subventionen finanziert sind. Bei dieser Regelung wird davon ausgegangen, dass solche Einrichtungen bei der

entsprechenden Tätigkeit keinem normalen Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind bzw. teilweise über gewisse Wettbewerbsvorteile verfügen und somit nicht die gleichen Anreize haben, ihre Beschaffungen alleine nach wirtschaftlichen Kriterien vorzunehmen.¹⁸

Die Unterscheidung einer Unterstellung nach Massgabe von Art. 8 Abs. 1 oder Abs. 2 IVöB ist unter anderem vor allem in einem Punkt bedeutsam: Bei einem staatsgebundenen Listenspital nach Abs. 1 erfolgt die Anknüpfung über die strukturelle Nähe zum Staat. Der Auftraggeber weist in Bezug auf seine Finanzierung oder die Geschäftskontrolle eine derartige Nähe auf, dass er dadurch als «staatsgebunden» zu betrachten ist und man ihn somit – mit der Ausnahme, wenn er vollumfänglich gewerblich tätig ist – für sämtliche seiner Beschaffungen, unabhängig davon, ob sie gewerblich sind oder nicht, dem Vergaberecht unterstellt. Die strukturelle Staatsnähe führt dazu, dass er als öffentlicher und damit dem Vergaberecht unterstellter Auftraggeber bei allen seinen Beschaffungen dem Vergaberecht unterstellt ist, ungeachtet dessen, ob er ausschliesslich oder nur überwiegend im allgemeinen Interesse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllt.¹⁹

Die Unterstellung aufgrund von Art. 8 Abs. 2 IVöB dagegen begründet sich aus der konkreten öffentlichen Aufgabenerfüllung eines

¹⁸ Vgl. BEYELER, zit. in FN 7, Rz. 317.

¹⁹ Vgl. dazu und zur Infektionstheorie BEYELER, zit. in FN 7, Rz. 289 ff. und entsprechende Verweise in den Fussnoten; a.M. TRÜEB/ZIMMERLI, zit. in FN 9, Rz. 143.

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: BDkom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 30,
E-Mail: publikationen@kdmz.zh.ch

¹⁴ BGE 142 II 369; BEYELER, zit. in FN 7, Rz. 208 und 214ff.

¹⁵ VGr ZH, Entscheid VB.2015.00555 vom 20.12.16, E.5.4.

¹⁶ VGr ZH, Entscheid VB.2015.00555 vom 20.12.16, E. 6.1.

¹⁷ Vgl. dazu Hans Rudolf TRÜEB/Daniel ZIMMERLI, zit. in FN 9, Rz. 128 mit Hinweis auf Rz. 75 ff.

Auftraggebers.²⁰ Diese Tätigkeit «in-fiziert» bei nicht staatsgebundenen Auftraggebern nicht deren weitere Beschaffungen. Es ist meines Erachtens deshalb davon auszugehen, dass nicht staatsgebundene Listenspitäler, die lediglich nach Massgabe von Art. 8 Abs. 2 IVöB erfasst werden, die weiteren Beschaffungen, die sie für Aufgaben tätigen, die ausserhalb des öffentlichen Auftrags im Bereich der obligatorischen Leistungen liegen, nicht nach dem Vergaberecht zu tätigen haben. Insofern ist die Unterscheidung, ob ein – öffentliches oder privates – Listenspital staatsgebunden ist oder nicht, von einiger Tragweite.

c. Aufsichtsrechtliche Massnahmen: was ist möglich, was nicht?

Nach Art. 19 Abs. 1 IVöB überwachen die Kantone die Einhaltung der Vergabebestimmungen vor und nach dem Zuschlag durch die Auftraggeberinnen und Auftraggeber sowie die Anbieterinnen und Anbieter; sie sehen Sanktionen für den Fall der Verletzung der Vergabebestimmungen vor. § 4 Abs. 3 Satz 1 des Beitrittsgesetzes delegiert die Regelung dieser Aufsicht an den Regierungsrat. Gemäss § 39 Abs. 2 SVO ist die jeweils für den Sachbereich zuständige Direktion Aufsichtsbehörde über die Vergabestellen, wobei die Aufsicht des Bezirksrats über die Gemeinden vorbehalten bleibt; die Oberaufsicht steht dem Regierungsrat zu. Gestützt auf diese Bestimmung konnte der Regierungsrat demnach in eigener Kompetenz aufsichtsrechtliche Anordnungen erlassen.

Gemäss § 39 Abs. 2 SVO erstreckt sich die Aufsicht nur auf Vergabestellen, nicht aber auf die für den Vergabeentscheid zuständigen Personen. Aufsichtsmaßnahmen im Sinne einer Dienstaufsicht gegenüber den verantwortlichen Personen einer Vergabestelle lassen sich nicht auf diese Bestimmung abstützen. Der Regierungsrat konnte vorliegend deshalb zwar die GZO AG, nicht jedoch die Mitglieder deren Organe dazu verpflichten, die Bestimmungen des Vergaberechts einzuhalten.

²⁰ Bzw. einer objektbezogenen Finanzierung (Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB).

I. Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2015.00780 vom 11. August 2016

1. Ausgangslage

Im vorliegenden Vergabeverfahren hat eine als Verein konstituierte Vergabestelle der Mitbeteiligten freihändig den Zuschlag erteilt für die Verlängerung eines Vertrags für Pflege und Support sowie Weiter- und Neuentwicklung des «Applikationsportfolios im Polizeiumfeld» (kurz: Polis). Die freihändige Vergabe erfolgte gestützt auf § 10 Abs. 1 lit. c, f und h SVO über den Auftragswert von 17 Mio. Franken (exkl. MWST), bestehend aus einem Basisauftrag im Wert von 2 Mio. Franken für das Jahr 2017 und der Option zur «Vertragsverlängerung für die Jahre 2018 bis und mit 2023».

2. Subjektive Unterstellung unter das Vergaberecht und Vergabebefugnisse

Nach eingehender Prüfung kam das Gericht zum Schluss, dass die Vergabestelle als privatrechtlicher Verein nach Art. 60 ff. ZGB als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB zu qualifizieren sei und damit subjektiv dem Vergaberecht unterstehe. Überdies habe die Vergabestelle vorliegend die Befugnis, Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens zu erlassen und Verträge abzuschliessen.

3. Keine Beschwerdelegitimation für alternative Beschaffungsgegenstände

Die Beschwerdeführerin bot im Rahmen der Beschwerde ein eigenes Produkt an, welches gemäss eigenen Angaben vom Leistungsumfang her mit Polis vergleichbar sein soll bzw. eine angemessene Alternative dazu darstellen würde. Das Gericht führte hierzu aus, dass mit der Submissionsbeschwerde nicht verlangt oder erreicht werden könne, dass ein anderes Produkt beschafft wird als dasjenige, das bei zulässiger Umschreibung des Auftrags beschafft wird. Das vorliegende Vergabeverfahren habe aber

einzig die Fortführung der Wartungs- und Supportarbeiten am bestehenden System sowie relativ geringfügige Weiter- und Neuentwicklungen betroffen. Soweit die Beschwerdeführerin einen Wechsel auf das von ihr entwickelte System anbiete, würde ihr die Beschwerdelegitimation fehlen.

Mit ihrem den Beschwerdegegenstand betreffenden Angebot erfülle die Beschwerdeführerin hingegen die Legitimationsvoraussetzungen, weil sie eine potenzielle Anbieterin sei. Dieses Kriterium dürfe vorliegend nicht zu eng ausgelegt werden. Es genüge, dass die Beschwerdeführerin (als primäre Konkurrentin der Mitbeteiligten im betreffenden Markt) ihre potenzielle Anbietereigenschaft auf eine einschlägige Branchenzugehörigkeit abstützen könne.

4. Zulässige Freihandvergabe

Das Gericht stellte fest, dass die Mitbeteiligte als Systementwicklerin wie keine andere Anbieterin zur Erbringung der nachgefragten Dienstleistung geeignet sei. Sie habe das bestehende System entwickelt und während rund 20 Jahren betreut. Die Fremdwartung der massgeschneiderten Systemlösung wäre mit einem unzumutbaren Mehraufwand verbunden und stelle keine angemessene Alternative dar. Zwar sei eine derart weitreichende Abhängigkeit von einer Anbieterin nicht im Sinn des Vergaberechts; ein Systemwechsel würde das Problem aber nicht lösen, sondern vielmehr eine proprietäre Software durch eine andere bzw. eine Abhängigkeit durch eine andere ersetzen. Die Vergabebehörde habe deshalb den Zuschlag gestützt auf § 10 Abs. 1 lit. c und f SVO freihändig an die Mitbeteiligte erteilen dürfen.



Kriterium

Information zur Submissionspraxis

Nr. 44, November 2018

Das Bundesgericht hat entschieden: Was es bei der Plausibilitätsprüfung des Angebots zu beachten gilt



Dr. iur. Beatrice Käser, Rechtsanwältin,
Schneider Rechtsanwälte AG, Zürich

I. Zusammenfassung des Bundesgerichtsentscheids (BGE 143 II 553)

Im konkreten Fall schrieb die Auftraggeberin/Vergabestelle (Stadt Zürich) im Rahmen eines offenen Submissionsverfahrens die Vergabe von Ingenieurleistungen für die Planung und Projektierung der Erneuerung eines Seewasserwerks aus. Das Honorar war auf der Grundlage einer Kostenschätzung der Auftraggeberin für die Phasen Vor- und Bauprojekt sowie Bewilligungsprojekt als Pauschale zu offerieren. Für die weiteren Phasen des Vorhabens mussten verschiedene verbindliche Faktoren offeriert werden. Zur Bewertung des Zuschlagskriteriums «Honorarofferte» (= Preis) führten die Submissionsbedingungen als Unterkriterien die Offertsumme, die Ansätze für Zusatzaufträge sowie die Plausibilität der Honorarofferte auf. Das Unterkriterium Plausibilität wurde mit dem Hinweis versehen, dass «Abzüge für nicht plausible Annahmen oder Berechnungen vorgenommen» würden.

Gemäss den allgemeinen Submissionsbedingungen galten im vorliegenden Fall folgende Zuschlagskriterien mit Unterkriterien und Subkriterien (inkl. Angabe der Gewichtung):

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Das Redaktionsteam freut sich, Ihnen Kriterium Nr. 44 im neuen, dem aktuellen Corporate Design des Kantons angepassten Layout präsentieren zu können. Auch in diesem moderneren «Kleid», unser Anspruch bleibt derselbe. Mit dem Kriterium wollen wir Sie verständlich und praxisnah über neuere Entwicklungen im öffentlichen Beschaffungswesen informieren. In diesem Sinne wünschen wir Ihnen viel Freude sowie hoffentlich neue und interessante Erkenntnisse bei der Lektüre der vorliegenden Ausgabe.

Der Hauptbeitrag von Dr. iur. Beatrice Käser befasst sich mit der Plausibilitätsprüfung des Angebots und liefert uns in diesem Zusammenhang wichtige Hinweise und Merkmale für die Praxis, indem sie ein neueres Urteil des Bundesgerichts zusammenfasst und würdigt. Sie gelangt zum Schluss, dass das Kriterium der Plausibilität nicht verwendet werden sollte, da bei der Plausibilitätsprüfung das Risiko bestehe, dass preislich niedrige Angebote bei der Bewertung bestraft würden, was unzulässig sei. erinnert wird schliesslich an das korrekte Vorgehen der Vergabestellen bei preislich tiefen Angeboten.

Weiter enthält die Ausgabe – neben einer Zusammenfassung eines aktuellen Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich zum Thema «falsche Verfahrenswahl» und den sich daraus ergebenden Folgen – kurze Mitteilungen (Kasentexte) zur Publikationsplattform simap.ch, zum obligatorischen «Lehrlingskriterium» sowie zum Stand der laufenden Revision des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen.

Für das Redaktionsteam
Roland Fey

- Qualität des Angebots (30 %)
- Referenzen (20 %)
- Qualifikation des Anbieters (20 %)
- Honorarofferte (30 %)
 - Offertsumme (70 %)
 - Ansätze für Zusatzleistungen (10 %)
 - Plausibilität (20 %)
 - Nachvollziehbarkeit der Honorarberechnung
 - Plausibilisierung des Stundenaufwands
 - Kommentare, Bemerkungen (zur Kalkulation)

Die nicht berücksichtigte X AG erhob gegen den Zuschlag Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und rügte die Vorgehensweise der Vergabestelle, insbesondere in Bezug auf die Plausibilitätsprüfung.

Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde der X AG gut, da es zum Schluss kam, dass das Unterkriterium «Plausibilität» im Rahmen des Zuschlagskriteriums «Honorarofferte» unzulässig sei (Urteil VB.2016.00025 vom 27. September 2016). Die Anbieter seien bei der Berechnung und Einrechnung des Personalaufwands frei. Vor dem Hintergrund, dass Pauschalpreise zu offerieren gewesen seien, habe keine Verpflichtung bestanden, die tatsächlich anfallenden Kosten vollständig im Offertpreis einzurechnen. Der Befürchtung, dass ein tiefer Preis Auswirkungen auf die Auftragserfüllung nach sich ziehen könne, habe mit dem Kriterium «Qualität des Angebots» Rechnung getragen werden können. Das Vorgehen der Vergabestelle führe zu einer verfälschten Bewertung des Angebotspreises und widerspreche der vorgängig bekannt gegebenen Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien.

Die Vergabestelle und die Y GmbH, welche ursprünglich den Zuschlag erhalten hatte, zogen das Urteil ans Bundesgericht weiter.

Dieses hielt im Entscheid 143 II 553 fest, es sei zwar zutreffend, dass die Anbieter bei der Kalkulation ihrer Offertpreise grundsätzlich frei seien. Unterangebote, also unter den Gestehungskosten liegende Angebote, seien als solche zulässig, wenn der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen gleichwohl erfülle. Bei diesbezüglich bestehenden Zweifeln der Vergabestelle könne diese schliesslich ergänzende Erkundigungen einholen. Bei Unterangeboten oder wenn der Aufwand signifikant unter-

Submissionsrechtliche Publikationen nur noch auf simap.ch (simap only)

Der Regierungsrat des Kantons Zürich hat im Rahmen der Totalrevision des Publikationsgesetzes und der Publikationsverordnung auch die Submissionsverordnung geändert. Diese Änderung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Damit entfällt seit dem 1. Januar 2018 die Pflicht, submissionsrechtliche Ausschreibungen, Zuschläge, Abbrüche und Wiederholungen im Amtsblatt zu publizieren. Neu müssen Beschaffungen nur noch auf simap.ch publiziert werden, wobei folgendes gilt:

- Veröffentlichungen können von Montag bis Freitag, einschliesslich Feiertage, auf simap.ch publiziert werden.
- Der Redaktionsschluss ist ein Tag vor der Publikation, um 23:59 Uhr, festgesetzt (gilt auch für die Ausschreibungsunterlagen). Danach können die Unterlagen nicht mehr bearbeitet werden.

schätzt bzw. die Schwierigkeit des Projekts nicht erkannt werde, sei der betreffende Anbieter in der Bewertungsphase auf die erheblichen Abweichungen hinzuweisen und ihm diesbezüglich das rechtliche Gehör zu gewähren. Damit habe er Gelegenheit für entsprechende Erläuterungen. Weise das besonders niedrige Angebot tatsächlich Mängel auf, werde es wegen dieser Mängel ausgeschlossen oder schlechter bewertet, nicht aber wegen des niedrigen Preises. Es sei somit nicht statthaft, beim Zuschlagskriterium «Preis» einen Bewertungsabzug vorzunehmen mit der Begründung, der Preis als solcher sei nicht plausibel oder nicht kostendeckend.

Da die Bewertung eines Angebots unter dem Titel «Plausibilität» unstatthaft ist, sofern sich dieses Kriterium auf den Angebotspreis als solchen bezieht, musste das Bundesgericht vorliegend überprüfen, ob mit dem Unterkriterium «Plausibilität» allein der Angebotspreis oder aber andere Zuschlagskriterien bewertet wurden. Anlässlich dieser Überprüfung kam das Bundesgericht zusammenfassend zum Schluss, dass sich keines der Subkriterien im Unterkriterium «Plausibilität» direkt auf den Angebotspreis beziehe, sondern alle vielmehr in einem sachlichen Bezug zur angebotenen Leistung stünden. Im Ergebnis habe die Vergabestelle somit mit dem «Plausibilitätskriterium» nicht den Angebotspreis als solchen bewertet, sondern eine Einschätzung zur Qualität des Angebots vorgenommen.

Die Vorinstanz (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich) argumentierte, dass eine Plausibilitätsprüfung im konkreten Fall unzulässig gewesen sei. Die Vergabestelle habe in der Ausschreibung Pauschalangebote mit Fixpreisen verlangt. Wenn sie unter diesen Umständen ein Angebot als grundsätzlich zuschlagswürdig erachte, verbiete es sich, auch noch dessen Plausibilität zu bewerten. Die Vergabestelle habe die Qualität des Angebots anhand des Kriteriums «Qualität» bereits bewertet. Eine zusätzliche Plausibilitätsprüfung, welche qualitative Kriterien analysiere, die dem Kriterium «Preis» untergeordnet seien, würde die Bewertung des Angebotspreises verfälschen.

Redaktion Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.;
Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösl,
Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf;
Michèle Klausberger, Stadt Zürich;
Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur

Layout BDKom

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

Internet www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug

kdmz, Räfelfstrasse 32, 8090 Zürich

Telefon 043 259 99 30

E-Mail publikationen@kdmz.zh.ch

Das Bundesgericht präzisierte, dass dieser Einwand wohl bei Leistungen zutreffen möge, die nach Eigenschaft, Qualität und Umfang bereits in der Ausschreibung und den zugehörigen Unterlagen detailliert bestimmt werden könnten. In solchen Fällen könne die Vergabestelle gestützt auf die eingereichten Offerten abschliessend beurteilen, ob die offerierten Leistungen im Einzelnen der Ausschreibung entsprächen. Falls dies nicht der Fall sein sollte, könnten die Angebote vom Verfahren ausgeschlossen werden. Vorliegend handle es sich aber um eine komplexe Beschaffung, weshalb die zu erbringende Dienstleistung in der Ausschreibung nicht bereits nach Eigenschaft, Qualität und Umfang in allen Einzelheiten fixiert werden könne. Bei solchen komplexen Beschaffungen bleibe es der Vergabestelle auch bei Angeboten zu Pauschalpreisen unbenommen, deren «Plausibilität» im Sinne einer Qualitätsbewertung einzuschätzen. Diese könne das notorische Risiko späterer Auseinandersetzungen über Nachträge und Zusatzaufträge miteinbeziehen, zu denen es auch bei Verträgen mit Pauschalpreisen regelmässig komme. Dabei handle es sich im Vergleich zum Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren wegen (wahrscheinlicher) Abweichungen der Offerte vom ausgeschriebenen Leistungsumfang um die mildere Massnahme. Sie belasse dem betroffenen Anbieter unter Berücksichtigung des Risikos für spätere Auseinandersetzungen über Leistungsumfang und -qualität weiterhin die Chance auf den Zuschlag. Voraussetzung für eine Bewer-

Stand Revision Beschaffungsrecht

Aufgrund der Revision des WTO-Abkommens zum öffentlichen Beschaffungswesen (GPA) wurden Anpassungen in der nationalen Gesetzgebung erforderlich. Kantone und Bund haben dazu gemeinsam inhaltlich harmonisierte Revisionstexte für die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) erarbeitet.

2017 hat der Bundesrat die Botschaft zur Totalrevision des BöB zu Händen des Bundesparlaments verabschiedet. Im Juni 2018 wurde diese Vorlage im Nationalrat als Erstrat mit Änderungen angenommen. Im Juli 2018 hat die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates die Detailberatung aufgenommen. Anschliessend folgen die Beratung im Ständerat sowie allenfalls ein Differenzbereinigungsverfahren. Die Kantone warten bis zum Abschluss des parlamentarischen Prozesses beim Bund mit der Weiterführung ihres politischen Prozesses zur IVöB ab, um die Harmonisierung mit dem Bund möglichst zu gewährleisten.

Der Bundesrat wird das revidierte WTO-Beschaffungsübereinkommen (GPA) ratifizieren, wenn das revidierte BöB durch die eidgenössischen Räte sowie die Musterbotschaft zur IVöB durch das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen verabschiedet wurden. Mit den Beitrittsverfahren zur revidierten IVöB in den Kantonen ist voraussichtlich erst ab 2020 zu rechnen.

Obligatorisches Lehrlingskriterium

Am 1. Juli 2018 sind die Änderungen des Beitrittsgesetzes und der Submissionsverordnung betreffend das Zuschlagskriterium «Ausbildung von Lernenden» in Kraft getreten. Neu müssen die Vergabestellen bei den Vergaben ausserhalb des Staatsvertragsbereichs das Zuschlagskriterium «Ausbildung von Lernenden in der beruflichen Grundbildung» immer anwenden und es mit mindestens 5% und höchstens 10% gewichten (§ 4c des Beitrittsgesetzes). Der bisherige § 5 der Submissionsverordnung wurde aufgehoben und § 33 angepasst.

tung der so verstandenen «Plausibilität» eines Angebots sei natürlich, dass die Qualitätsprognose nach objektivierbaren Kriterien erfolge. Dies sei vorliegend der Fall gewesen.

II. Fazit / Bemerkungen

Gemäss Rechtsprechung ist die Bewertung eines Angebots unter dem Titel der Plausibilität erlaubt, solange sich dieses Kriterium nicht auf den Angebotspreis als solchen bezieht. Unter diesem Aspekt dürfen Angebote bewertet werden, soweit Qualitätskriterien davon betroffen sind und soweit für die Anbieter erkennbar ist, dass im Rahmen des (Unter-)Kriteriums «Plausibilität» nicht eigentlich der Angebotspreis, sondern eine qualitative Einschätzung des Angebots vorgenommen wird. In einem solchen Fall dient das Kriterium der Plausibilität in grundsätzlich zulässiger Weise der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots.

Meines Erachtens ist jedoch davon abzuraten, das Kriterium der Plausibilität zu verwenden, da bei der Plausibilitätsprüfung das Risiko besteht, dass dennoch direkt oder indirekt der Preis bewertet wird. Dadurch würden insbesondere preislich niedrige Angebote bei der Bewertung bestraft, was unzulässig ist.

Möchte die Vergabestelle in ihrer Ausschreibung trotzdem die «Plausibilität» als Zuschlagskriterium verwenden, erscheint es mit Blick auf die vergaberechtlichen Grundsätze der Verfahrenstransparenz und der Fairness geboten, die Plausibilität in der Ausschreibung als eigenständiges Zuschlagskriterium mit möglichst präzisen Angaben zur Bewertung zu definieren. Weiter ist es empfehlenswert, in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sich die Plausibilitätsprüfung auf die Leistungen des Angebots wie beispielsweise Qualität, nicht aber auf den Preis bezieht.

III. Empfohlenes Vorgehen für Vergabestellen bei preislich tiefen Angeboten

Ein ungewöhnlich niedriges Angebot darf weder allein wegen des tiefen Preises ausgeschlossen noch wegen des tiefen Preises bei der Bewertung des Preiskriteriums bestraft werden. Anbieter sind in ihrer Kalkulation grundsätzlich frei, solange sie die Eignungs- und Zuschlagsbedingungen erfüllen. Aufgrund des Gleichbehandlungsprinzips kann es bei Unterangeboten geboten sein, die Kalkulation des Angebots zu überprüfen und allenfalls ergänzende Erkundigungen beim Anbieter einzuholen (§ 32 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [LS 720.11]). So sind

ungewöhnlich niedrige Angebote vorgängig zur Zuschlagserteilung auf ihre Ausschreibungskonformität (Leistungserbringung und Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen) zu prüfen und falls notwendig, sind beim Anbieter Bestätigungen, Erkundigungen, Auskünfte etc. einzuholen. Aus dieser Prüfung resultiert entweder, dass das Angebot gültig und in die Bewertung miteinzubeziehen oder dann erheblich ausschreibungswidrig und deshalb auszuschliessen ist.

Vor einem definitiven Ausschluss sollte die Vergabestelle aber den betreffenden Anbieter zunächst auf die erheblichen Abweichungen aufmerksam machen und ihm in Nachachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör Gelegenheit für entsprechende Erläuterungen einräumen. Dabei sollte sie den Anbieter unter Ansetzung einer Frist bitten, zu be-

stätigen bzw. nachzuweisen, dass er die Teilnahmebedingungen einhält und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. Für die Überprüfung steht es der Vergabestelle frei, zusätzliche Unterlagen und Auskünfte zu verlangen. Dabei empfiehlt es sich, darauf hinzuweisen, dass keine Nachtragsofferten (neue Preise) angeboten werden dürfen und Vorbehalte zur Ungültigkeit und damit zum Ausschluss des Angebots führen. Falls bis zum von der Vergabestelle genannten Datum kein Angebotsrückzug erfolgt oder keine bzw. nur eine unvollständige oder nicht stichhaltige Antwort eingeht, kann sie das Angebot gestützt auf § 4a Abs. 1 lit. d des Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (BeitrittsG, LS 720.1) ausschliessen.

Aus der Gerichtspraxis

Urteil des Verwaltungsgerichts

VB.2015.00238 vom 3. Dezember 2015

1. Ausgangslage

Die Vergabestelle vergab der Mitbeteiligten im freihändigen Verfahren Architekturleistungen (BKP 291.1, Phase 3 Projektierung) für den Um- und Neubau eines Schulhauses zu Fr. 160 000. In der Folge entschied sich die Vergabestelle dazu, die Mitbeteiligte auch mit der Ausarbeitung der Ausschreibungs- und Ausführungspläne (BKP 291.1, Phasen 4 und 5) zu beauftragen und vergab ihr die Arbeiten in Anwendung von § 10 Abs. 1 lit. c und f der Submissionsverordnung. Die ursprüngliche Vergabe wurde auf Fr. 370 000 erhöht. Während des laufenden Beschwerdeverfahrens zog die Vergabestelle ihren Entscheid in Wiedererwägung und beschloss, die Architekturleistungen der Phasen 4 und 5 im offenen Verfahren auszuschreiben. Strittig blieb insbesondere die Art des gewählten Submissionsverfahrens für die freihändig vergebene Phase 3 der Architekturleistungen.

2. Richtige Wahl des Vergabeverfahrens anhand vorsichtiger Kostenschätzung

Betreffend die Wahl des richtigen Verfahrens hielt das Gericht fest, dass einerseits die Art und andererseits der Wert des zu vergebenden Auftrags massgebend seien. Bei der Wahl des richtigen Verfahrens sei letzterer durch eine vorgängige Schätzung zu bestimmen, welche jedoch nicht zu knapp ausfallen dürfe, um eine Umgehung der Schwellenwerte zu verhindern. Vorliegend hätten die vorsichtig geschätzten Kosten zwischen Fr. 150 000 (entspricht dem tatsächlichen Auftragswert gemäss Angebot der Mitbeteiligten) und Fr. 250 000 (Höhe Projektierungskredit) liegen müssen, weshalb das Einladungsverfahren hätte gewählt werden müssen. Mit der freihändigen Vergabe der Leistungen habe die Vergabestelle somit die vergaberechtlichen Vorschriften verletzt.

3. Folgen des bereits erfüllten Vertrags

Im vorliegenden Fall war der Vertrag bereits geschlossen und ein Grossteil der Leistungen war bereits erbracht worden. Das Gericht führte hierzu aus, dass es gemäss Art. 18 Abs. 2 IVöB nur noch die Rechtswidrigkeit des Zuschlags feststellen könne, sofern der Vertrag von der Vergabestelle

zulässigerweise abgeschlossen worden sei. Dies stellte das Gericht aber in Frage. Zwar sei die Abschlusserlaubnis im unterschweligen Freihandverfahren grundsätzlich sofort und ohne Zuschlagspublikation gegeben. Bei absichtlichen oder grobfahrlässigen Fehlberechnungen bei der Schätzung des Auftragswerts trete aber die Abschlusserlaubnis ohne Zuschlagspublikation nicht ein. Vorliegend habe die Vergabestelle aufgrund der Fehlschätzung keine Abschlusserlaubnis erlangen können, weshalb der Vertragsschluss mit der Mitbeteiligten unzulässig sei. Bei einem solchen unzulässigen Vertragsschluss sei das Gericht zwar zur Aufhebung des Zuschlags, nicht jedoch zum Eingriff in das zivilrechtliche Vertragsverhältnis befugt. Das Gericht könne der Vergabestelle immerhin aber Vorschriften über deren vertragliches Verhalten machen. In Fällen, in denen die Arbeiten noch nicht ausgeführt sind, kämen die Anordnung des Vertragsrücktritts und der Neuvergabe des Auftrags in Betracht. Im vorliegenden Fall seien die Projektierungsarbeiten aber zumindest grösstenteils bereits erbracht worden, weshalb die Rückabwicklung dieser Leistungen unverhältnismässig wäre. Das Gericht sah deshalb von der Aufhebung des Zuschlags und der Rückweisung ab.



Kriterium

Information zur Submissionspraxis

Nr. 45, Januar 2019

Finanzvermögen: Freiheit oder Vergaberecht?



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

1. Die Streitfrage

In der Bauverwaltung der Gemeinde Kirchenbach herrschte bis vor kurzem freudige Aufbruchstimmung. Die Gemeinde will die «Sonnmatte», ein umfangreiches Grundstück an bester Südhanglage, mit Mietwohnungen des oberen Segments überbauen und so neue Steuerpflichtige anziehen. Die Freude auf das Grossprojekt wird aber durch einen lähmenden Konflikt überschattet, seitdem die Gemeindepräsidentin den Bauverwalter angewiesen hat, die anstehenden Auftragsvergaben «privatrechtlich» durchzuführen. Die Präsidentin stützt sich darauf, dass die «Sonnmatte» dem Finanzvermögen der Gemeinde zugeordnet ist und dass die zu realisierenden Wohnungen dem freien Markt ausgesetzte Renditeobjekte sein sollen. Der Bauverwalter ist jedoch der Auffassung, dass das Gesetz keine ausdrückliche Ausnahme für Aufträge im Zusammenhang mit dem Finanzvermögen vorsehe, und er beharrt auf der Anwendung des öffentlichen Vergaberechts.

Die Rollen und Geschlechter sind im geschilderten Sachverhalt zufällig verteilt worden, der Konflikt als solcher jedoch könnte typisch sein. Wer hat nun Recht? Beziehungsweise: Gilt das Vergaberecht, wo eine öffentliche Auftraggeberin Beschaffungen im Zusammenhang mit dem Finanzvermögen tätigt, oder gilt es nicht? Diese Frage stellt sich nicht nur bei Gebietskörperschaften (wie Gemeinden und Kantonen), sondern ebenso bei «Einrichtungen des öffentlichen Rechts»¹ – Sektorenunternehmen aller Art bleiben vorliegend ausgeklammert.

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Wurden Sie auch schon mit der Frage konfrontiert, ob die Vergabe von Bauaufträgen zugunsten von Liegenschaften des Finanzvermögens dem Submissionsrecht untersteht oder nicht? Mit seiner Formulierung erweckt Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB (deutsche Fassung) den Eindruck, der Staat unterstehe dem Submissionsrecht nicht, sofern er eine kommerzielle oder industrielle Tätigkeit ausübt: «Im Staatsvertragsbereich unterstehen dieser Vereinbarung Kantone, Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler und kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten» (durch uns hervorgehoben). Diese gesetzliche Grundlage wirft bei Beschaffungsleuten jedoch Fragen auf. Wie soll sie interpretiert werden?

Das Bundesgericht hat diese Frage zur Geltung des Submissionsrechts im Bereich des Finanzvermögens unseres Wissens noch nicht beantwortet. Prof. Martin Beyeler hat sich dieser Fragestellung jedoch angenommen und eine klare Antwort erarbeitet. Diese Antwort wollen wir Ihnen an dieser Stelle nicht verraten und wünschen Ihnen eine genussvolle Lektüre.

Ergänzt wird die vorliegende Ausgabe mit einem Beitrag aus der Gerichtspraxis und einem Hinweis auf das Weiterbildungsangebot der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen im Jahr 2019.

Mit den besten Wünschen für ein gutes neues Jahr!

Für das Redaktionsteam
Nicole Zumstein Bonvin

¹ vgl. Ziff. 2 und 3 Annex 2 und Fn. 1 Annex 3 Anhang I GPA 1994; Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB

2. Die Positionen

a) Vergaberechtsfreiheit

Zwar existieren dazu keine Statistiken, doch darf angenommen werden, dass in der Schweiz etliche öffentliche Auftraggeberinnen das Vergaberecht nicht anwenden, wenn es um ihr Finanzvermögen und in diesem Zusammenhang vergebene Aufträge geht. Nicht selten wird dabei darauf verwiesen, dass die Aufträge der Produktion von auf dem Markt angebotenen Leistungen dienen.

Diese Praxis kann sich auf jenen Teil der Rechtslehre abstützen, welcher für die Vergaberechtsfreiheit von Beschaffungen plädiert, die im Zusammenhang mit dem Finanzvermögen getätigt werden.² Zur Untermauerung dieses Standpunkts wird zum einen angeführt, bei der Bewirtschaftung ihres Finanzvermögens stehe die öffentliche Auftraggeberin im Wettbewerb mit privaten Unternehmen, und die Auftraggeberin erleide in diesem Wettbewerb Nachteile, falls sie das öffentliche Vergaberecht beachten müsse.³ Zum anderen wird darauf verwiesen, dass ein dem Vergaberecht unterstellter öffentlicher Auftrag nur vorliegen könne, wo ein bestimmter Auftrag unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben diene.⁴

Dieses zweite Argument wird insbesondere aus BGE 125 I 209, E. 6b, sowie BGE 135 II 49, E. 4.3.2 und E. 5.1, abgeleitet: Nach dem Verständnis des BGer ist der öffentliche Auftrag ein Rechtsgeschäft, das der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Dieser Begriff des öffentlichen Auftrags impliziert für die hier angeführten Lehrmeinungen im Umkehrschluss, dass Aufträge, die der Bewirtschaftung des Finanzvermögens – und somit nicht unmittelbar der öffentlichen Aufgabenerfüllung – dienen, vom Vergaberecht ausgenommen bleiben.

b) Unentschieden

Rechtsprechung, die sich direkt zur hier interessierenden Frage äusserte, besteht nach Kenntnis des Autors keine.⁵

Zu erwähnen ist aber, dass das BGer in zwei Entscheiden aus den Jahren 2011 und 2014 die Frage ausdrücklich als unentschieden bezeichnet hat, ob eine als «Einrichtung des öffentlichen Rechts» zu qualifizierende öffentliche Auftraggeberin, welche teilweise öffentliche Aufgaben erfüllt und teilweise gewerblichen Tätigkeiten nachgeht, für sämtliche Aufträge dem Vergaberecht unterstellt ist oder nur für jene, die der öffentlichen Aufgabenerfüllung dienen.⁶ Ist diese Frage offen, ist ungeklärt, ob Aufträge von «Einrichtungen des öffentlichen Rechts», die dem Finanzvermögen solcher Einrichtungen dienen, dem Vergaberecht unterstellt sind oder nicht. Gleichermassen ist offen, ob Finanzvermögens-Aufträge von Gebietskörperschaften (insb. Gemeinden und Kantonen) unterstellt sind oder nicht.

Nach dem Gesagten scheint das BGer in den erwähnten Entscheiden nicht anzunehmen, dass sich aus dem bundesgerichtlichen Begriff des öffentlichen Auftrags (bzw. aus dessen Abstellen auf das Element der öffentlichen Aufgabenerfüllung) ergäbe, dass alle Aufträge öffentlicher Auftraggeberinnen, die deren Finanzvermögen betreffen, von der Geltung des Vergaberechts ausgenommen wären.

In einem weiteren, 2016 ergangenen Entscheid (BGE 142 II 369) hat das BGer *obiter dictu* ausgeführt, das Vergaberecht verfüge dort über keinen materiellen Geltungsgrund, «wo eine öffentlich-rechtliche Organisation unter Wettbewerbsbedingungen tätig ist» und dabei dem Druck der Konkurrenz standhalten muss, da dieser Druck, wo vorhanden, für ein wirtschaftliches Beschaffungsverhalten sorgt.⁷

Das kann ohne weiteres dahingehend gedeutet werden, dass Aufträge, die einer Tätigkeit dienen, welche unter vollem Wettbewerbsdruck ausgeführt wird, dem Vergaberecht gemäss einer materiellen Betrachtungsweise nicht unterstellt sein sollten. Nicht bestimmt werden kann aber auf der Basis der zitierten Aussage, ob nach dem BGer die Freistellung nur dann greifen soll, wenn die vergebende Stelle ihren Tätigkeiten ausschliesslich unter Wettbewerbsdruck nachgeht (oder schon dann, wenn die Einheit nur zur Haupt- oder zur Nebensache Tätigkeiten unter Wettbewerbsdruck entfaltet, daneben aber auch öffentliche Aufgaben erfüllt). Zudem wäre es verfehlt, aus der zitierten Aussage abzuleiten, dass jegliche Aufträge betreffend Finanzvermögen vom Vergaberecht ausgenommen sein sollten. Denn in der angeführten Erwägung spricht das BGer nicht bloss von auf dem Markt angebotenen Leistungen, sondern von Stellen, die Leistungen auf dem Markt unter «Kostendruck» bzw. Wettbewerbsdruck anbieten.⁸ Diese Dinge sind voneinander zu unterscheiden: Wer Leistungen auf dem Markt anbietet (und zur Unterstützung dieser Tätigkeit Beschaffungsaufträge vergibt), ist gewiss im Wettbewerb tätig, nicht jedoch per se auch unter Wettbewerbsbedingungen bzw. unter Wettbewerbsdruck. Namentlich dann, wenn die Markttätigkeit aus öffentlichen Mitteln quersubventioniert wird, findet sie ohne (nennenswerten) Wettbewerbsdruck statt. Wer aber ohne solchen Druck im Markt agiert, vergibt

2 vgl. CHRISTOPH JÄGER, Immobiliengeschäfte und öffentliches Beschaffungsrecht, in: Raum & Umwelt 4/2012, S. 2 ff., S. 13 f.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 178; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2011, Art. 5 BöB N 15.

3 vgl. JÄGER (Fn. 2), S. 13 f.

4 JÄGER (Fn. 2), S. 13; GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Fn. 2), Rz. 178; TRÜEB (Fn. 2), Art. 5 BöB N 15 (unter Verweisung auf BRK 2004-012/VPB 69.32, E. 1b/bb, was jedoch die Spezialregelungen des Sektorenvergaberichts und nicht die allgemeine Fragestellung betrifft).

5 Der in der Diskussion mitunter angeführte Entscheid des VGer BE, VGE 20564, 15.4.1999, BVR 2000, S. 375 ff., S. 379 ff., E. 1d (insb. E. 1d/dd), ist nicht einschlägig, da er öffentliche Veräusserungsgeschäfte (Veräusserung von Finanzvermögen), nicht jedoch öffentliche Erwerbsgeschäfte (z.B. Erwerb von Leistungen im Hinblick auf die Bewirtschaftung des Finanzvermögens) betrifft.

Redaktion Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.;
Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli,
Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf;
Michèle Klausberger, Stadt Zürich;
Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur

Layout BDKom

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

Internet www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug

kdmz, Räfelfstrasse 32, 8090 Zürich

Telefon 043 259 99 30

E-Mail publikationen@kdmz.zh.ch

6 BGer, 2C_611/2011, 16.12.2011, E. 4.2; 2C_134/2013, 6.6.2014, E. 2.7.

7 BGE 142 II 369, E. 3.3.3.1, unter Verweisung auf BGer 2C_409/2015, 28.9.2015, E. 3; aufgrund des Umstands, dass dieser Verweis einen Entscheid betreffend die Post CH AG betrifft (vgl. BVGer B-4288/2014, 25.3.2015, E. 2.1.2), ist davon auszugehen, dass das BGer nicht nur öffentlich-rechtliche Organisationen meint, sondern jegliche Stellen, die als öffentliche Auftraggeberinnen infrage kommen.

8 BGE 142 II 369, E. 3.3.3.1.

die dafür erforderlichen Beschaffungsverträge nicht per se wirtschaftlich bzw. bar von politischem Einfluss.

c) Geltung des Vergaberechts

Ein Teil der Lehre spricht sich für eine Anwendung des Vergaberechts auf Aufträge im Zusammenhang mit dem Finanzvermögen aus.⁹ Es wird hierzu insbesondere angeführt, dass die geltenden Erlasse keine Ausnahme für mit dem Finanzvermögen zusammenhängende Auftragsvergaben vorsehen. Weiter wird vorgetragen, dass der Staat dann, wenn er auf dem Markt Wirtschaftstätigkeiten entfaltet, nicht notgedrungen unter Wettbewerbsdruck steht, so dass nicht jede solche Marktaktivität schon per se als wettbewerbsneutral¹⁰ gelten kann. Daraus ergibt sich, dass es im Lichte der vergaberechtlichen Ziele ungerechtfertigt wäre, alle mit solcher Aktivität verbundenen Aufträge von der Vergaberechtsgeltung auszunehmen.¹¹

Diese Meinung wird auch vorliegend vertreten. Die anwendbaren Erlasse sehen keine Ausnahme vor (s. unten). Und der blosser Zusammenhang zwischen einem zu vergebenden Auftrag und einer Finanzvermögens-Tätigkeit bzw. einer Markttätigkeit der vergebenden Stelle kann für sich allein genommen aus materieller Sicht keine hinreichende Rechtfertigung dafür darstellen, die Auftragsvergabe ausserhalb des Vergaberechts durchzuführen. Denn weder die Zugehörigkeit von Vermögenswerten zum Finanzvermögen noch die Verwendung der beschafften Leistungen im Rahmen einer anbietenden Markttätigkeit der vergebenden Stelle führt per se dazu, dass sich das Gemeinwesen bei der Auftragsvergabe wirtschaftlich und ohne politische Beeinflussung verhält. In diesem Sinne erfolgen Auftragsvergaben im Zusammenhang mit dem Finanzvermögen nicht automatisch in wettbewerbsneutraler Weise.

Hinreichender Wettbewerbsdruck, welcher eine Aussetzung der Vergaberechtsgeltung materiell zu begründen vermag (weil er die Auftraggeberin zu wirtschaftlichen Verhalten zwingt), entsteht nicht schon dadurch, dass ein Subjekt auf dem Markt bzw. im Wettbewerb mit Privaten Leistungen anbietet, sondern nur dann, wenn im Rahmen dieses Marktauftritts jegliche Quersubventionen aus öffentlichen Mitteln (Finanzmittel oder Naturalleistungen; vorgängige Zuwendungen, dauernde Unterstützungen oder zur Not geleistete Nachschüsse) ausgeschlossen sind und die handelnde Stelle alle Konsequenzen von Misserfolgen im Markt selbst tragen muss. Das erfordert insbesondere eine strikt abgegrenzte Buchhaltung der im Markt handelnden Stelle und die Schliessung dieser Stelle, wenn sie aufgrund andauernder Misserfolge ihre Mittel aufgebraucht hat. Des weiteren muss aber auch ausgeschlossen sein, dass Gewinne aus anderen, gut laufenden Projekten des Finanzvermögens in

solche Projekte transferiert werden, die sich in wirtschaftlicher Schieflage befinden – es sei denn, dies wäre aus Sicht des gesamten Finanzvermögens wirtschaftlich rational. Schliesslich muss die betreffende Stelle über die erforderlichen Mittel verfügen, um ihre sich aus den genannten Massnahmen ergebenden wirtschaftlichen Interessen gegenüber allfälligen politischen Druckversuchen effektiv durchsetzen zu können.

Nur unter diesen Voraussetzungen rechtfertigt sich eine Freistellung von Auftragsvergaben bestimmter im Markt bzw. im Zusammenhang mit Finanzvermögen tätiger Stellen öffentlicher Auftraggeberinnen in einer materiellen, den Zielen des Vergaberechts verpflichteten Sichtweise. In allen übrigen Fällen der Bewirtschaftung von Finanzvermögen durch Gebietskörperschaften oder «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» gilt das Vergaberecht nach der hier vertretenen Auffassung für alle Auftragsvergaben.

3. Die Gesetzeslage

a) Exkurs: Unionsrecht

Das europäische Vergaberecht verbietet es den Staaten der EU und des EWR, Aufträge von Gebietskörperschaften sowie «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» allein aufgrund des Umstands, dass die entsprechenden Aufträge dem Finanzvermögen dienen, von der Geltung des Vergaberechts auszunehmen.¹² Daraus ergibt sich keine unmittelbare Determinierung der Rechtslage in der Schweiz, zumindest aber ein Hinweis darauf, dass materielle Gründe dafür sprechen können, Aufträge, die im Zusammenhang mit einer dem Finanzvermögen dienenden Tätigkeit vergeben werden, nicht – oder zumindest nicht ohne weiteres – vom Vergaberecht auszunehmen.

b) Zum schweizerischen Recht im Allgemeinen

Den in der Schweiz geltenden Vergaberechtserlassen lässt sich keine explizite Regelung zu den mit dem Finanzvermögen zusammenhängenden Auftragsvergaben entnehmen (sieht man einmal davon ab, dass einzelne kantonale Verordnungen eine auf bestimmte kantonale Versicherungskassen beschränkte Antwort geben¹³).

c) Zum Staatsvertragsbereich im Besonderen

Zwar scheint sich aus dem das Staatsvertragsrecht umsetzenden Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB (deutscher Fassung: «Einrichtungen ..., mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten») zu ergeben, dass «Einrichtungen des öffentlichen Rechts»¹⁴ Aufträge, die mit gewerblichen Tätigkeiten zusammenhängen, nicht nach Vergaberecht zu vergeben haben. Indessen zeigt ein Blick auf die französisch- und die italienischsprachige Fassung von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB («collectivités ..., dans la mesure où elle n'ont pas un caractère commercial ou industriel»; «istituzioni ..., sempre che non abbiano carattere commerciale o industriale») sowie auf Ziff. 2 Annex 2 Anhang I GPA 1994 («organismes ... n'ayant pas un caractère commercial ou industriel») dass der deutsche Text der IVöB eine sinnverändernde Fehlübersetzung des Staatsvertragsrechts enthält: Es

9 vgl. CHRISTIAN BOCK, Einführung ins öffentliche Beschaffungsrecht, in: Christian Bock (Hrsg.), Schweizerische Rechtserlasse, Öffentliches Beschaffungsrecht – Submissionsrecht, Basel 1996, S. I ff., S. XXVI; CHRISTIAN BOVET, Marchés publics et patrimoine financier, in: BR/DC 2002, S. 66; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 19 Rz. 15; ÉTIENNE POLTIER, Les pouvoirs adjudicateurs, champ d'application personnel du droit des marchés publics, in: AJP 2008, S. 1107 ff., S. 1109, Fn. 8; DERSELBE, Droit des marchés publics, Bern 2014, Rz. 166; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012 (zit. Geltungsanspruch), Rz. 684 ff.; DERSELBE, Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht, in: Jusletter 22.12.2014 (zit. Staatsbetriebe), Rz. 22.

10 vgl. Art. 27 und Art. 94 BV. Vgl. auch Fn. 19.

11 vgl. BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 9), Rz. 684 ff.

12 vgl. Erwgrd. 10 Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. EuGH C-44/96, 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau, Rn. 32; EuGH C-393/06, 10.04.2008, Ing. Aigner, Rn. 50 ff.

13 vgl. Art. 7 Abs. 3 RMP/GE; Art. 2 RELCMP/NE.

14 vgl. zum Begriff der «Einrichtung des öffentlichen Rechts» Fn. 1 Annex 3 Anhang I GPA 1994.

Aus- und Weiterbildung im Bereich des Submissionswesens

Auch 2019 bietet die Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) Aus- und Weiterbildungs- halbtage im Bereich des Submissionswesens in Zürich an. Folgende Kurse werden angeboten:

Submissionen im öffentlichen Beschaffungswesen (Grundlagen)

2 × ½ Tag (jeweils 8.30 bis 12.00 Uhr)

Daten:

– Montag, 15. April 2019 und

Donnerstag, 18. April 2019

– Montag, 27. Mai 2019 und Montag, 3. Juni 2019

Referent: Stefan Kühnis, Rechtsanwalt

Submissionen und öffentliches Beschaffungswesen (Vertiefungsseminar Bereich Bau)

½ Tag (8.30 bis 12.00 Uhr)

Datum: Donnerstag, 4. Juli 2019

Referentin: Claudia Schneider Heusi, Rechtsanwältin

Die Beschreibung der Inhalte ergibt sich aus dem Angebot der Kantonalen Verwaltung Zürich zur Internen Aus- und Weiterbildung. Es ist unter www.lernwelt.zh.ch abrufbar. Die Kurse stehen Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Zürich und Externen offen. Die Kosten für einen halben Tag betragen für Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Zürich Fr. 125.– und für Externe Fr. 175.–. Die Anmeldung erfolgt sowohl für Interne als auch für Externe online über die Plattform www.lernwelt.zh.ch.

geht nicht um die einzelnen Tätigkeiten einer bestimmten Einrichtung (und in der Folge um eine Nichtunterstellung von mit bestimmten Aufträgen zusammenhängenden Tätigkeiten), sondern um die Frage, ob eine bestimmte Einrichtung insgesamt kommerziellen oder industriellen Charakter hat (vgl. Fn. 1 Annex 3 Anhang I GPA 1994: «organisme [...] créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial»), und in der Folge um die Unterstellung oder Nichtunterstellung einer Einrichtung insgesamt.¹⁵ Hat die Einrichtung gesamthaft kommerziellen Charakter, handelt es sich nicht um eine unterstellte «Einrichtung des öffentlichen Rechts»; wenn sie jedoch nur oder auch Ziele im Allgemeininteresse auf nicht-gewerbliche Art verfolgt, handelt es sich um eine unterstellte «Einrichtung des öffentlichen Rechts», für die das Staatsvertragsrecht (entgegen dem durch Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB erweckten Eindruck) eine Ausnahme in Bezug auf einzelne gewerbliche Tätigkeiten bzw. damit zusammenhängende Vergaben nicht vorsieht.¹⁶

Aus dem Staatsvertragsrecht ergibt sich nach dem Gesagten, dass Auftraggeberinnen, die als «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» zu qualifizieren sind (weil sie, was im Qualifikationsvorgang festzustellen ist, im Allgemeininter-

se liegende Ziele auf nicht-gewerbliche Art verfolgen,¹⁷ selbst wenn sie daneben auch noch gewerblich tätig sind), sämtliche ihre Aufträge nach Staatsvertragsrecht (wo anwendbar) zu vergeben haben. Eine Ausnahme für einzelne mit gewerblichen Tätigkeiten zusammenhängende Aufträge ist im Staatsvertragsrecht für «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» nicht vorgesehen. Das Element der Gewerblichkeit spielt nur auf der Ebene der Frage der Unterstellung oder Nichtunterstellung einer bestimmten Einrichtung (die keine Gebietskörperschaft ist) eine Rolle, nicht jedoch dann, wenn feststeht, dass eine bestimmte Einrichtung unterstellt ist. Damit steht auch fest, dass Gebietskörperschaften (Kantone und Gemeinden) für ihre gewerblichen Tätigkeiten dem Staatsvertragsrecht unterstellt sind, denn es ist nicht anzunehmen, dass dieses Recht die durch Gebietskörperschaften beherrschten «Einrichtungen des öffentlichen Rechts» für deren gewerbliche Tätigkeiten unterstellen wollte, nicht jedoch die Gebietskörperschaften selbst, wenn diese gewerblich tätig sind.

In diesem Sinne verbietet das geltende Staatsvertragsrecht in seinem Anwendungsbereich eine Freistellung von Aufträgen an sich unterstellter Auftraggeberinnen (Gebietskörperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts) mit der alleinigen Begründung, der Auftrag diene dem Finanzvermögen.

d) Zum Nicht-Staatsvertragsbereich im Besonderen

Aus staatsvertraglicher Sicht kann die Schweiz im Nicht-staatsvertragsbereich zwar eine andere Regelung treffen. Einer solchen Regelung werden aber nach der hier vertretenen Auffassung durch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität,¹⁸ welcher sich aus der (binnenstaatlichen) Bundesverfassung ergibt, enge Grenzen gesetzt. Nach diesem Grundsatz dürfen wirtschaftsrelevante Massnahmen des Staates, also namentlich Auftragsvergaben staatlicher oder staatlich beeinflusster Stellen, nicht dazu verwendet werden oder dazu führen, dass der (im Nichtstaatsvertragsbereich: binnenstaatliche) Wettbewerb verfälscht wird.¹⁹

Eine Wettbewerbsverfälschung kann jedoch zumindest nicht ausgeschlossen werden, wo Auftragsvergaben im Zusammenhang mit Markttätigkeiten der vergebenden öffentlichen Stelle stehen, die öffentliche Stelle aber bei diesen Tätigkeiten keinem oder bloss unzureichendem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. Denn in diesem Fall vermag der Wettbewerb nicht dafür zu sorgen, dass sich die vergebende öffentliche Stelle ohne weiteres wirtschaftlich verhält und von einer politisch motivierten Beeinflussung des Marktes aus eigenem Interesse absieht.

Eine generelle, von der Frage des Wettbewerbsdrucks unabhängig bleibende vergaberechtliche Freistellung sämtlicher Beschaffungen, welche öffentliche Stellen zur Unterstützung von Finanzvermögens-Tätigkeiten durchführen, verletzt demnach den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Denn das Vergaberecht hält die öffentlichen Auftraggeberinnen dazu an, unpolitisch und damit wettbewerbs-

15 vgl. zum Ganzen BEYELER, Geltungsanspruch (Fn. 9), Rz. 289 ff., insb. unter Verweisung auf EuGH C-44/96, 15.1.1998, Mannesmann Anlagenbau, Rn. 32; EuGH C-393/06, 10.04.2008, Ing. Aigner, Rn. 50 ff.

16 vgl. Fn. 15.

17 vgl. Fn. 1 Annex 3 Anhang I GPA.

18 vgl. Art. 27 und Art. 94 BV.

19 vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Orell Füssli-Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 27 BV N 23, N 26 f.; KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 27 BV N 31.

neutral zu vergeben; die Nichtanwendung der entsprechenden Formen und Bindungen rechtfertigt sich nur dort, wo effektiver Wettbewerbsdruck Platz greift. Das ist, wie bereits ausgeführt, nicht schon dann der Fall, wenn die öffentliche Stelle die beschaffungsgegenständlichen Leistungen für ein eigenes Angebot auf dem Markt verwendet, sondern erst dann, wenn die betreffende Markttätigkeit der öffentlichen Stelle unter getrennter Buchhaltung sowie frei von Quersubventionen entfaltet wird, wenn zudem die Stelle die Konsequenzen allfälliger Rückschläge und Misserfolge im Markt selbst zu tragen hat, sie also im Fall der Illiquidität geschlossen wird, und wenn sie ihre wirtschaftlichen Interessen nötigenfalls gegenüber allfälligem politischem Druck effektiv verteidigen kann.

Solange demgegenüber die vergebende Stelle bei Ausübung ihrer Markttätigkeit im Genuss direkter oder indirekter Vorteile steht, die privaten Unternehmen nicht zukämen, kann nicht angenommen werden, sie werde durch Wettbewerbsdruck dazu angehalten, auf andere als auf wirtschaftliche Regeln und Kriterien der Vergabe zu verzichten, so dass auch nicht davon ausgegangen werden kann, die Vergaben dieser Stelle blieben auch ohne Anwendung des Vergaberechts wettbewerbsneutral. Gleiches gilt dann, wenn das Beschaffungsverhalten der betreffenden Stelle trotz aller getroffener Massnahmen politisch instrumentalisiert wird.

4. Ergebnis (de lege lata)

Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Bauverwalter Recht: Mit Rücksicht auf das vergaberechtliche Ziel, dass öffentliche Vergaben wettbewerbsneutral vonstatten gehen, und mit Blick auf den Umstand, dass der Zusammenhang zwischen einem Auftrag und dessen Verwendung im Rahmen einer auf dem Markt stattfindenden Angebotstätigkeit (bzw. einer Finanzvermögens-Tätigkeit) für sich allein nicht zu bewirken vermag, dass die Auftragsvergabe ohne politische Beeinflussung abläuft, ist aus dem vorstehend Ausgeführten der folgende Schluss zu ziehen: Die Vergabe von Aufträgen von Gebietskörperschaften oder «Einrichtungen des öffentlichen Rechts», die der Bewirtschaftung des Finanzvermögens dienen, untersteht nach geltendem Recht sowohl im Staatsvertragsbereich als auch im Nichtstaatsvertragsbereich dem öffentlichen Vergaberecht. Aus materieller Sicht ist eine Freistellung solcher Aufträge nur dann zu befürworten, wenn die vergebende Stelle mit dem infrage stehenden Auftrag anbietende Tätigkeiten im Markt unterstützt, welche sie unter Wettbewerbsdruck ausübt. Das ist nur dann der Fall, wenn die Buchhaltung getrennt ist, jegliche Quersubventionierung ausgeschlossen ist, die Stelle die Folgen wirtschaftlicher Misserfolge tragen muss und sie ihre wirtschaftlichen Interessen gegenüber allfälligen politischen Einflussversuchen wirksam verteidigen kann.

Damit könnte unter dem geltenden Recht eine Ausnahme von Finanzvermögens-Aufträgen nur im Nichtstaatsvertragsbereich und nur bei Nachweis des vollen Wettbewerbsdrucks (welcher sich nicht aus dem Auftritt im Markt allein ergeben kann) zulässig sein; es ist hier aber zu beachten, dass die geltenden Erlasse dies nicht vorsehen, zumindest nicht explizit.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass das geltende Staatsvertragsrecht (für den Staatsvertragsbereich) eine spezifische

Ausnahme von Finanzvermögens-Aufträgen nicht vorsieht. Das künftige Staatsvertragsrecht wird sich demgegenüber offener zeigen; aus diesem Grund ist es im Folgenden vorzustellen.

5. Die künftige Rechtslage

a) Nach GPA 2012

Das neue WTO-Beschaffungsübereinkommen (GPA 2012) wird in der Schweiz nach Abschluss der laufenden Revision von BöB und IVöB in Kraft treten. Gemäss dem alle Arten von Auftraggeberinnen betreffenden Art. II:2/a(ii) dieses Abkommens liegt eine unterstellte Beschaffung nicht vor, wo es um Leistungen geht, die durch die vergebende Stelle «im Hinblick auf den gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf» oder «zur Verwendung in der Produktion oder im Angebot von Waren oder Dienstleistungen für einen gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf» erworben werden sollen. Mit anderen Worten können sich alle dem GPA 2012 an sich unterstellten öffentlichen Auftraggeberinnen auf diese Ausnahme berufen, soweit sie Aufträge im direkten Zusammenhang mit gewerblichen (fr.: «dans le commerce»; en.: «commercial»; sp.: «comercial») Tätigkeiten vergeben.

In Übereinstimmung mit dem weiter oben Ausgeführten ist eine gewerbliche Tätigkeit i.S.v. Art. II:2/a(ii) GPA 2012 nicht bei schlechterdings allen das Finanzvermögen betreffenden Geschäften, sondern nur dort anzunehmen, wo die vergebende Stelle bei ihrem eigenen (anbietenden) Marktauftritt tatsächlich unter Wettbewerbsdruck steht, wo sie also mit getrennter Buchhaltung arbeitet, keine Quersubventionen geniesst, die Konsequenzen allfälliger Misserfolge vollumfänglich selbst zu tragen hat und ihre wirtschaftlichen Interessen gegen allfällige politische Druckversuche effektiv verteidigen kann. Denn es erscheint angesichts des Zwecks des GPA 2012, politisch beeinflusste beziehungsweise protektionistische Vergaben unterstellter Auftraggeberinnen zu verhindern, als ausgeschlossen, dass dieses Abkommen Auftraggeberinnen schon dann entlassen will, wenn diese – unter welchen Umständen auch immer – Produkte in einem Markt anbieten und dafür Aufträge vergeben. Es ist viel eher anzunehmen, dass das GPA 2012 als «gewerblich» nur jene Tätigkeiten anerkennt, die unter vollem Wettbewerbsdruck ausgeübt werden,²⁰ denn nur in diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass die entsprechenden Beschaffungen gleichsam automatisch anderen als politischen Kriterien folgen und dass die Frage der Herkunft der Anbieterinnen als solche irrelevant wird (s. weiter oben).²¹

b) Nach revBöB und revIVöB

Aller Voraussicht nach wird das künftige schweizerische Vergaberecht das soeben vorgestellte, durch das GPA 2012 ermöglichte Privileg für mit gewerblichen Tätigkeiten zusammenhängende Aufträge binnenstaatlich übernehmen, und zwar für sämtliche Arten von Auftraggeberinnen und sowohl für den Staatsvertrags- als auch für den Nichtstaatsvertragsbereich (vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. a E-BöB²²

²⁰ vgl. BEYELER, Staatsbetriebe (Fn. 9), Rz. 20.

²¹ Der Art. I/a GPA 2012 ist hier im Übrigen nicht von Bedeutung, da er nicht den «gewerblichen Verkauf oder Wiederverkauf», sondern «gewerbliche Waren oder Dienstleistungen» und damit die Fristbestimmung des Art. XI:7 GPA 2012 betrifft.

²² vgl. zum E-BöB vom 15.2.2017 BBl 2017 2005.

und Art. 10 Abs. 1 lit. a E-IVöB²³). Jede an sich unterstellte Auftraggeberin wird sich demnach auf das Privileg berufen können, doch ist hier abermals daran zu erinnern, dass das Kriterium der «Gewerblichkeit» nicht schon dann erfüllt ist, wenn eine Stelle Leistungen auf einem Markt anbietet, dass das Privileg also die mit dem Finanzvermögen zusammenhängenden Beschaffungen nicht per se abdeckt.

Das künftige Recht wird im hier interessierenden Punkt wohl inkonsistent sein. Denn einerseits sollen, wie ausgeführt, gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a E-BöB bzw. E-IVöB die den gewerblichen Tätigkeiten dienenden Beschaffungen von der Vergaberechtsgeltung ausgenommen werden. Andererseits aber beschränkt schon der Art. 8 Abs. 1 E-BöB bzw. E-IVöB den Begriff des öffentlichen (und damit: unterstellten) Auftrags auf jene Beschaffungen, welche unmittelbar der öffentlichen Aufgabenerfüllung dienen. Das scheint auf einen beabsichtigten Generalausschluss aller Finanzvermögens-Aufträge hinzudeuten. Eine solche Beschrän-

kung des Begriffs des öffentlichen Auftrags bzw. eine solche Ausnahme für jegliche Finanzvermögens-Geschäfte wäre jedoch staatsvertragswidrig, weil sie die durch den Art. II:2/a(ii) GPA 2012 gezogene Grenze (s. oben) missachtete. Freigestellt werden können nur Aufträge im Zusammenhang mit unter Wettbewerbsdruck ausgeübten Tätigkeiten.

Diese unzulässige Verengung des Begriffs des unterstellten öffentlichen Auftrags wird im Staatsvertragsbereich unbeachtlich bleiben müssen. Im Nichtstaatsvertragsbereich wird aufgrund des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität²⁴ (s. oben) gleich zu entscheiden sein. Auch künftig wird es daher nach der vorliegend vertretenen Meinung nicht zulässig sein, eine Auftragsvergabe allein mit der Begründung «Finanzvermögen» (oder: «keine unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben») aus dem Geltungsbereich des Vergaberechts zu nehmen.

²³ vgl. zur E-IVöB vom 15.2.2017 das Vergleichsdokument der BPUK vom 15.2.2017.

²⁴ vgl. Art. 27 und 94 BV. Vgl. auch Fn. 19.

Aus der Gerichtspraxis

Urteil des Verwaltungsgerichts

VB.2015.00568 vom 12. Mai 2016

1. Ausgangslage

Die Vergabestelle beabsichtigte, ein bestehendes Altersheim durch einen Neubau zu ersetzen, wobei der Neubau im Baurecht durch einen Dritten realisiert und im Anschluss von der Vergabestelle gemietet und betrieben werden sollte. Zwecks Bestellung einer externen Unterstützung/Projektbegleitung eröffnete die Vergabestelle ein Einladungsverfahren. Diese Dienstleistung vergab sie einem der Anbieter. In der Folge verfügte die Vergabestelle aber den Widerruf des Zuschlags und den Abbruch des Vergabeverfahrens mit der Begründung, dass die nachgefragte Leistung wesentlich geändert werde, indem die Baufinanzierung nun durch die Vergabestelle selber erfolgen sollte. Als Grund für die Anpassung der Baufinanzierung gab die Vergabestelle konkret an, sie habe die Rückstellung für eine spätere Heimfallentschädigung aus Unkenntnis nicht in die Berechnung der Finanzierung einfließen lassen. Die Berücksichtigung einer Heimfallentschädigung würde aber dazu führen, dass die Finanzierung durch Dritte nicht die wirtschaftlich günstigste Lösung sei. Dagegen erhob einer der Anbieter (nicht aber der Zuschlagsempfänger) Beschwerde.

2. Rechtswidrigkeit des Abbruchentscheids

Das Gericht führte mit Verweis auf Art. 13 lit. i IVöB aus, der Abbruch eines Submissionsverfahrens sei nur aus wichtigen Gründen zulässig. Ein rechtsgenügender sachlicher Grund liege insbesondere dann vor, wenn die Zielsetzung für die Beschaffung verfehlt würden, wozu auch jene Fälle gehörten, bei denen eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich geworden sei (vgl. § 37 Abs. 1 lit. d SubmV). Die Behörde, die auf eine vorgesehene Beschaffung verzichte, könne auch mit einer Beschwerde gegen den Verfahrensabbruch grundsätzlich nicht dazu gezwun-

gen werden, die Beschaffung durchzuführen. Bei Gutheissung der Beschwerde sei lediglich die Widerrechtlichkeit des Abbruchs festzustellen. Liege eine wesentliche Projektänderung vor, folge aus den Geboten der Gleichbehandlung und der Transparenz, dass das Verfahren abgebrochen und auf der geänderten Grundlage neu begonnen werden müsse. Der Begriff der wesentlich geänderten Leistung sei dabei ein unbestimmter Rechtsbegriff und der richterlichen Überprüfung zugänglich. Der Vergabebehörde würde dabei ein nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübender Spielraum zustehen, den das Gericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüfen könne.

Das Gericht bestätigte, dass im vorliegenden Fall eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung vorliegen würde, welche den Abbruch des Verfahrens objektiv zu begründen vermöge. In subjektiver Hinsicht habe die Vergabebehörde aber die von ihr als massgeblich bezeichnete Ursache für ihren Sinneswandel und den daraus resultierenden Verfahrensabbruch selbst zu verantworten. Denn ein Gemeinwesen von der Grösse der Vergabestelle und mit den entsprechenden professionellen Strukturen müsse sich der Kostenfolgen einer Baurechtsvergabe in jeder Hinsicht bewusst sein. Das Gericht kam zum Schluss, dass die von der Vergabestelle genannten Gründe durchwegs auf unzureichende Abklärungen bzw. der «Korrektur» unsorgfältiger Entscheide basieren würden, welche sie allesamt selber zu verantworten habe. Damit beurteilte das Gericht den Abbruchentscheid als rechtswidrig. Trotz bloss teilweisem Obsiegen auferlegte es der Vergabestelle allein die Verfahrenskosten und verpflichtete sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung. – Von Interesse wäre in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Vergabestelle in einem solchen Fall gegenüber den gutgläubigen Anbietenden schadenersatzpflichtig wird. Dies war vom Verwaltungsgericht allerdings nicht zu beurteilen.



Kriterium

Information zur Submissionspraxis

Nr. 46, März 2019

Offerten staatlicher Anbieter

Was sind Anhaltspunkte für eine verbotene Quersubventionierung?



lic. iur. Mirjam Barmet, Rechtsanwältin,
UrsprungBarmet Anwaltskanzlei, Zürich

Das Bundesgericht hat in BGE 143 II 425 festgestellt, dass sich öffentlich-rechtliche Anbieter wettbewerbsneutral verhalten müssen und dass ein Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, namentlich durch eine unzulässige Quersubventionierung, einen Ausschlussgrund darstellt. Vergabestellen sind deshalb verpflichtet, bei Angeboten von öffentlich-rechtlichen Anbietern zusätzliche Abklärungen vorzunehmen und gegebenenfalls einen Anbieter auszuschliessen, sofern konkrete Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung vorliegen. Was aber sind solche Anhaltspunkte und wie erkennt sie eine Vergabestelle?

I. Ausgangslage: Der Publicom-Entscheid (BGE 143 II 425)

Dem Entscheid 143 II 425 lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Im Januar 2015 schrieb das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus. In diesem Vergabeverfahren reichten sowohl die Universität Zürich – eine öffentlich-rechtliche Anstalt – als auch die Publicom AG – eine private Aktiengesellschaft – ein Angebot ein. Das BAKOM erteilte daraufhin der Universität Zürich den Zuschlag. Die Publicom AG erhob gegen den Zuschlagsentscheid Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, weil das Angebot der Universität Zürich nach Auffassung der Publicom AG ein sogenanntes Unterangebot darstellte, welches vermutungsweise mit öffentlichen Mitteln quersubventioniert würde.

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Eine öffentlich-rechtliche Institution beteiligt sich an einem öffentlichen Submissionsverfahren und reicht eine Offerte ein? In Konkurrenz mit privaten Anbietenden? Für Sie als Vergabestelle heisst das: Vorsicht! Es könnte eine wettbewerbsverzerrende Quersubventionierung vorliegen. Rechtsanwältin Mirjam Barmet zeigt auf, welche Anhaltspunkte auf eine unzulässige Quersubventionierung hinweisen. Ausgangspunkt für ihre Erörterungen bildet das Urteil des Bundesgerichts in Sachen «Publicom», bei dem das Bundesgericht festgestellt hat, dass in einem Vergabeverfahren eine unzulässige Quersubventionierung vorgelegen hatte, was zum Ausschluss der betroffenen Anbieterin, der Universität Zürich, hätte führen müssen.

Mit der vorliegenden Ausgabe Nr. 46 verabschiede ich mich aus dem Redaktionsteam des KRITERIUM. Während gut 14 Jahren – seit der Ausgabe Nr. 15 – durfte ich im Redaktionsteam mitwirken und dieses leiten. Diese Tätigkeit hat mir viel Freude bereitet, und die Beschäftigung mit dem öffentlichen Beschaffungswesen war für mich bereichernd. Bei dieser Gelegenheit danke ich den Kolleginnen und Kollegen im Redaktionsteam für die gute und stets angenehme Zusammenarbeit. Nun ist es aber an der Zeit, dass eine neue Kraft die Leitung des Redaktionsteams übernimmt. Ich wünsche Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, weiterhin viele anregende, für Ihre Arbeit im Beschaffungswesen nützliche Beiträge im KRITERIUM und hoffe, dass Sie dieser Informationsschrift weiterhin die Treue halten.

Für das Redaktionsteam
Peter Hösli

Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde gut. Es kam zum Schluss, dass öffentlich-rechtliche Anbieterinnen nicht wettbewerbsverzerrend auftreten dürfen, dass die Vergabestelle beim Vorliegen gewichtiger Indizien für eine Verletzung der Wettbewerbsneutralität durch öffentlich-rechtliche Anbieterinnen – namentlich bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten – zusätzliche Abklärungen vornehmen müssten und dass die Vergabestelle zumindest die Möglichkeit haben müsse und allenfalls sogar verpflichtet sei, Angebote öffentlich-rechtlicher Anbieterinnen auszuschliessen, wenn diese aufgrund einer Quersubventionierung nicht kostendeckend seien.¹ Im vorliegenden Fall hatte das BAKOM keine zusätzlichen Abklärungen getroffen, obwohl nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts gewichtige Indizien für ein wettbewerbsverzerrendes Angebot vorlagen. Namentlich hatte die Universität Zürich die Kosten des Projektleiters in ihrer Preisofferte mit Null Franken beziffert, obwohl sie von einem Stundenaufwand von 180 Stunden ausgegangen war. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Sache deshalb zur Prüfung, ob die Universität Zürich wegen einer Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität vom Verfahren auszuschliessen sei, an das BAKOM zurück. Diesen Entscheid focht das BAKOM (bzw. das UVEK) beim Bundesgericht an, welches namentlich die folgenden zwei Fragen zu beantworten hatte:

1. Gehört die Einhaltung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns zu den vergaberechtlichen Grundsätzen?
2. Falls ja, *muss* deren Nicht-Einhaltung zum Ausschluss der Anbieterin im Vergabeverfahren führen oder *kann* sie zum Ausschluss führen?

Das Bundesgericht bestätigte die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns zu den vergaberechtlichen Grundsätzen gehört, und folgte, dass der Vergabestelle nicht bloss das Recht, sondern die Pflicht zukomme, eine Anbieterin, die gegen diesen Grundsatz verstösst, auszuschliessen. Eine Verletzung der Wettbewerbsneutralität würde sich, so das Bundesgericht, in qualitativer Hinsicht nicht von den explizit geregelten Ausschlussgründen des Art. 11 BÖB unterscheiden, weshalb es einem Wertungswiderspruch gleichkäme, dem Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität die Anerkennung als Ausschlussgrund zu versagen.²

«Ein Verstoss gegen den [Grundsatz der Wettbewerbsneutralität] liegt namentlich vor, wenn die Offerte der staatlichen Anbieterin auf einer unzulässigen Quersubventionierung beruht und deshalb geeignet ist, den Wettbewerb auf dem fraglichen

Beschaffungsmarkt zu verfälschen [...]. Daraus folgt zugleich, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss nicht bei jedem Unterangebot einer staatlichen Offerentin erfüllt sind. Sofern der Fehlbetrag nicht auf unzulässige Weise mit Steuermitteln oder Erträgen aus dem Monopolbereich gedeckt wird, sondern etwa mit dem Erlös aus der (sonstigen) privatwirtschaftlichen Tätigkeit, verstösst die staatliche Anbieterin nicht gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität, wenn sie im Einzelfall einen Angebotspreis offeriert, der unterhalb ihrer Selbstkosten liegt [...].»³

II. Herausforderungen

1. Keine Prüfpflicht ohne Anhaltspunkte

Das Verfahren gestaltet sich damit zweistufig; zunächst muss die Vergabestelle einen Anhaltspunkt für eine Quersubventionierung erkennen. Danach hat sie die nötigen Abklärungen zu treffen, um die Frage zu beantworten, ob eine unzulässige Quersubventionierung vorliegt oder nicht. Von der Beantwortung erst dieser Frage hängt ab, ob ein Anbieter allenfalls ausgeschlossen wird oder nicht. Vergewagt man sich dieses zweistufige Verfahren, wird deutlich: 1. Ein Anhaltspunkt für eine Quersubventionierung ist nicht gleichbedeutend mit einer Quersubventionierung. 2. Erst der Anhaltspunkt löst die Pflicht der Vergabestelle aus. Der Anhaltspunkt ist Einfallstor in eine genauere Abklärung, verpflichtet und legitimiert die Vergabestelle gleichsam, nähere Informationen beim betreffenden Anbieter einzuholen. Will die Vergabestelle ihre Pflicht erfüllen, muss sie also eine deutliche Vorstellung davon haben, wie ein solcher Anhaltspunkt aussieht.

Das Bundesgericht hat mit BGE 143 II 425 einen in rechtlicher Hinsicht klaren und – soweit ersichtlich – unumstrittenen Entscheid gefällt.⁴ Aus praktischer Sicht ist der Entscheid aber herausfordernd, denn das Bundesgericht hat den Vergabestellen eine Pflicht auferlegt (Ausschluss bei Quersubventionierung), aber offengelassen, was Anhaltspunkte für Quersubventionierungen sein können. Es hat zwar im konkreten Fall in der Nichtberücksichtigung der Leistungen des Projektleiters bei der Offertkalkulation einen solchen Anhaltspunkt gesehen. Aber lässt sich daraus für die Frage, was mögliche Anhaltspunkte sein können, in genereller Weise etwas ableiten?

2. Angebotspreis nicht immer verlässlicher Anhaltspunkt

Es ist gut möglich, dass die Vorstellungen darüber, wie quersubventionierte Angebote staatlicher Anbieter aussehen müssen, viel mit dem Sachverhalt des Publicom-Entscheids und der darin auch angesprochenen Frage des Unterangebots zu tun haben. Die Ausgangslage des Publicom-Entscheids war besonders: die Kosten des Projektleiters waren mit Null Franken beziffert, was aber die Publicom AG erst aufgrund der ihr gewährten Akteneinsicht im Beschwerdeverfahren erfuhr. Zuvor waren es andere Faktoren, welche die Publicom AG dazu veranlasst hatten; namentlich war die Methode der Universität Zürich aufwendiger, was sich nach Meinung der Publicom AG in einem höheren Angebotspreis hätte niederschlagen müssen. Alles in allem kam die Publicom AG nicht umhin anzunehmen, dass hier die Universität Zürich ein Unterangebot einge-

1 Urteil B-3797/2015.

2 BGE 143 II 425 Erw. 4.4.3.

Redaktion Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.;
Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli,
Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf;
Michèle Klausberger, Stadt Zürich;
Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur

Layout BDkom

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

Internet www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug

kdmz, Räfelfstrasse 32, 8090 Zürich

Telefon 043 259 99 30

E-Mail publikationen@kdmz.zh.ch

3 BGE 143 II 425 Erw. 4.5.

4 Vgl. David Hill, in: VergabeNews Nr. 17 Dezember 2017, publiziert auf www.beschaffungswesen.ch; Martin Beyeler/Jean-Baptiste Zufferey, in: BR 2018, S. 44; Andreas Abegg/Marco Frei, Eintritt des Staates in den Wettbewerb, in: recht 2018, S. 142.

reicht hatte, welches mit Mitteln aus dem Monopolbereich oder mit Steuergeldern finanziert würde.

Das Bundesgericht hat an seiner Rechtsprechung zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Unterangeboten im Publicom-Entscheid aber nicht gerüttelt und festgehalten, dass Unterangebote auch von staatlichen Anbietern zulässig sind, solange sie nicht aus dem Monopolbereich oder mit Steuermitteln finanziert werden. Nicht das Unterangebot stellt den Ausschlussbestand dar, sondern die unzulässige Quersubventionierung eines Angebots.

Ein Unterangebot bedeutet, dass ein Angebot nicht kostendeckend ist, dem Anbieter entstehen mehr Kosten als er dadurch einnimmt, ein Verlust entsteht. Ob tatsächlich ein Unterangebot vorliegt, kann deshalb an sich nur beurteilt werden, wenn die Gestehungskosten eines Produkts oder einer Dienstleistung bekannt sind. In der Praxis sind es deshalb die sogenannten aussergewöhnlich tiefen Angebote, welche allenfalls Abklärungen von Seiten der Vergabestelle auslösen. Nicht der Vergleich der Kosten mit dem Preis, sondern der Vergleich der Preise verschiedener Anbieter untereinander lösen Nachforschungen im Zusammenhang mit Unterangeboten aus. Vergleiche von Angebotspreisen geben aber keine Auskunft darüber, wie Angebote allenfalls mitfinanziert werden. Ein aussergewöhnlich tiefer Preis kann zwar ein Anhaltspunkt sein, weil er Hinweise auf ein Unterangebot und dieses wiederum Hinweise auf eine mögliche Quersubventionierung liefert. Weil aber der Preis (und auch der Preisvergleich) über die Art der Finanzierung nichts aussagt, sollten die Vergabestellen nicht leichtfertig davon ausgehen, dass keine Anhaltspunkte für eine Quersubventionierung vorliegen, wenn der Preisvergleich keine Hinweise auf ein aussergewöhnlich tiefes Angebot (oder ein Unterangebot) liefert. Auch dem Publicom-Entscheid lag keine Preisdifferenz zugrunde, welche für sich genommen das Angebot der Zuschlagsempfängerin als aussergewöhnlich tief erscheinen lassen hätte. Die Preisdifferenz betrug 3%.

3. Prüfprogramm erforderlich

Tatsächlich besteht Grund zur Annahme, dass viele Vergabestellen kein bzw. ein wenig trennscharfes Prüfprogramm haben, um Anhaltspunkte für Quersubventionierungen zu erkennen. Einzelne Einblicke in das Vorgehen der Vergabestellen lieferte beispielsweise die Beantwortung des Regierungsrates des Kantons Zürich der Anfrage KR-Nr. 162/2018 betreffend Konkurrenzierung Privater durch Staatsbetriebe? (RRB Nr. 908/2018). Unter anderem führte der Regierungsrat aus: «Im Rahmen der Angebotsprüfungen ergaben sich bisher keine konkreten Hinweise auf eine unzulässige Quersubventionierung. Insbesondere handelte es sich bei den eingereichten Angeboten nicht um Unterangebote, sondern um Angebote mit marktgerechten Preisen. Eine vertiefte Abklärung war deshalb nicht angezeigt» (zu Frage 3, S. 4). Auch das Bundesverwaltungsgericht scheint Anhaltspunkte für eine Quersubventionierung mit dem Vorliegen eines aussergewöhnlich tiefen Angebots gleichzusetzen. In einem im Sommer 2018 ergangenen Entscheid, anlässlich dessen es u.a. beurteilen musste, ob die Vergabestelle zu Recht keine weiteren Abklärungen mit Blick auf eine mögliche Quersubventionierung vorgenommen hatte, hielt es fest, die Abklärungspflicht der Vergabestelle bestehe in Fällen, da «Anzeichen für eine unzulässige Quersubventionierung aufgrund eines aussergewöhnlich tiefen Angebots bestehen». Ein Vergleich der Angebotspreise ergab eine Preisdifferenz von 14% zur Beschwerdeführerin bzw. 7,5% zum zweitgünstigsten Anbieter und damit keine Hinweise auf ein

aussergewöhnlich tiefes Angebot, weshalb die Vorinstanz nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zu Recht keine weiteren Abklärungen getroffen hatte.⁵

Gerade der Publicom-Entscheid zeigt indes, dass der Vergleich von Angebotspreisen nicht in jedem Fall einen zuverlässigen Anhaltspunkt ohne nähere Prüfung weiterer Aspekte liefert. Sowohl ein sehr tiefer als auch ein sehr hoher Preis (und jeder, der zwischen diesen Polen liegt) kann potenziell unzulässigerweise quersubventioniert worden sein. Nicht sachrichtig wäre deshalb die Auffassung, wenn kein aussergewöhnlich tiefes Angebot vorliegt, müssten auch keine vertieften Abklärungen erfolgen. Vielmehr kann der Schluss, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung vorliegen oder nicht, nur das Ergebnis einer Gesamtbeurteilung sein. Es gibt neben dem Angebotspreis sehr wohl noch weitere Aspekte, welche in eine solche Betrachtung einfließen sollten.

III. Anhaltspunkte

1. Teilnahme staatlicher Anbieter

Wieso soll der blosse Umstand, dass ein staatlicher Anbieter am Wettbewerb teilnimmt, dazu führen, dass eine Vergabestelle dessen Angebot einer anderen (möglicherweise genaueren) Prüfung unterzieht als dasjenige privater Anbieter? Staatliche Anbieter treten nicht unter denselben Bedingungen wie Private am Markt auf; sie geniessen faktische Vorteile aufgrund ihrer Doppelrolle. Beispielsweise tragen sie ein viel geringeres Unternehmensrisiko, verfügen über Staatsgarantien, vorbestehendes Wissen aus dem Monopolbetrieb, Steuerbefreiung, profitieren von bestehender Infrastruktur und bestehenden Geschäftsbeziehungen, gewisse Kosten sind erheblich tiefer als bei Privaten oder entfallen ganz (Versicherungen, Revision etc.).⁶ Zufferey fordert daher als Grundvoraussetzung staatlicher Teilnahme an Vergabeverfahren beispielsweise, auf alle Eignungskriterien zu verzichten, die auf der finanziellen Solidität des erfolgreichen Bieters beruhen, und eine grössere Transparenz bei der Gestaltung des Angebotspreises durchzusetzen, damit die Auswirkungen eben auch der faktischen Vorteile erkannt und neutralisiert werden können, und diese in der Bewertung des Angebots zu berücksichtigen.⁷

Die gleich langen Spiesse (ein viel bemühtes Bild in diesem Kontext), als Voraussetzung staatlicher Marktteilnahme und Zweck des Quersubventionsverbots, sind durch die blosse Teilnahme staatlicher Akteure allein schon infrage gestellt. Das Bekenntnis zur grundsätzlich staatsfreien Wirtschaftsordnung verleiht staatlicher Wirtschaftsteilnahme einen Ausnahmecharakter.⁸ Diesem Ausnahmecharakter muss auch im Ausschreibungsverfahren Rechnung getragen werden, denn die Ausgangslage für staatliche Anbieter ist von Grund auf eine andere. Deshalb muss allein der Umstand, dass ein staatlicher Anbieter an einem Ausschreibungsverfahren teilnimmt, ein erster Anhaltspunkt sein, der eine vertieftere Prüfung auslöst.

2. Marktsituation

Beschaffungen finden in unterschiedlichen Märkten statt. Sehr vereinfacht gesprochen: Es gibt Märkte, die von viel Innovation

5 Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-7718/2016 vom 2. Juli 2018, Erw. 7.4 f.

6 Vgl. Andreas Abegg/Marco Frei, a.a.O., S. 142, 146; Jean-Baptiste Zufferey, in: BR/DC 2016, S. 64 ff.

7 So etwa auch Andreas Abegg/Marco Frei, a.a.O., S. 142, 147.

8 So etwa auch Andreas Abegg/Marco Frei, a.a.O., S. 142, 147.

geprägt sind, und andere, auf denen wenig Innovation stattfindet. Es gibt Märkte, die stagnieren oder bei denen das Wachstum gar rückläufig ist, und solche, welche rasant wachsen. Die Marktsituationen, welchen sich die Konkurrenten ausgesetzt sehen, haben einen erheblichen Einfluss auf die Preisbildung. Vergabestellen kennen Märkte meist gut, können Tendenzen und Entwicklungen über einen längeren Zeitraum beobachten und verfügen sehr oft über gute Kenntnisse darüber, auf welchen Märkten sich einzelne Marktteilnehmer sonst noch bewegen. Insbesondere kennen sie auch die Situation staatlicher Anbieter und können mitunter abschätzen, inwiefern diese von den beschriebenen faktischen Vorteilen aus ihrer Monopolstellung profitieren.

Stellen wir uns nun als Beispiel einen Markt vor, auf dem es nur wenige Anbieter gibt, staatliche und private. Die Bedingungen auf diesem Markt haben sich in den letzten Jahren dahingehend entwickelt, dass die Preise immer mehr unter Druck geraten sind, unter anderem auch, weil staatliche Anbieter neu in den Markt eingetreten sind. Markteintritte Privater fanden indes nicht statt und sind auch nicht zu erwarten, denn die infrage stehenden Leistungen setzen eine grosse Infrastruktur und viel Know-how voraus. Die in den Markt eingetretenen staatlichen Anbieter verfügen aus ihrer Monopoltätigkeit über beides. In der Preisentwicklung nach unten, welche in den letzten Jahren stattgefunden hat, sehen die Vergabestellen einen Beleg für das Funktionieren des betreffenden Marktes. Dabei kann, gerade aufgrund der Marktteilnahme staatlicher Anbieter und einer Quersubventionierung ihrer Angebote, das Gegenteil der Fall sein. Ein Privater kann mit zunehmend rückläufigen Margen in einem solchen Markt auf Dauer nicht mehr mithalten.

Der Markt bzw. Marktentwicklungen können deshalb in vielen Fällen Anhaltspunkte für mögliche Quersubventionen liefern. Das Beispiel zeigt, dass der Blick allein auf die Preisdifferenzen insbesondere in denjenigen Fällen zu kurz greift, in welchen auch wegen der staatlichen Konkurrenz die Preise unter Druck geraten sind.

3. Fehlende bzw. ungenügende Entflechtung

Die kalkulatorische Trennung von Wettbewerbs- und Monopolbereich ermöglicht erst festzustellen, dass keine Quersubventionierung stattfindet.⁹ Die Trennung ist mit anderen Worten kein Garant, dass keine Quersubventionierung vorliegt, sondern schafft erst die Möglichkeit, eine allfällige Quersubventionierung überhaupt festzustellen. Im bekannten Urteil *Glarnersach*¹⁰ formulierte das Bundesgericht erstmals Voraussetzungen staatlicher Marktteilnahme; nebst den allgemeinen Grundsätzen rechtstaatlichen Handelns (rechtliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) müsse der staatliche Marktteilnehmer das aus Art. 94 BV abgeleitete Prinzip der Wettbewerbsneutralität beachten, weshalb insbesondere «systematische» Quersubventionierungen zu vermeiden seien. In diesem Entscheid wollte es das Bundesgericht noch genügen lassen, dass die staatliche Konkurrentin «sich bemüht, nach besten verfügbaren Schätzungen die Kostenanteile [von Monopol- und Wettbewerbsbereich] zu bestimmen».¹¹ Dies kann angesichts der klaren Haltung des Bundesgerichts im Publi-

com-Entscheid, dass jede Quersubvention aus dem Monopolbereich oder mit Steuern unzulässig ist, nicht mehr gelten. Insofern ist es auch wenig hilfreich, eine Marktbetätigungserlaubnis als Nachweis für eine fehlende Quersubventionierung genügen zu lassen.¹² Die Marktbetätigungserlaubnis ist eine Voraussetzung für die Teilnahme am Vergabeverfahren, aber wie bereits der Entscheid *Glarnersach* verdeutlicht, keineswegs gleichbedeutend mit der (vollständigen) Trennung von Wettbewerbs- und Monopolbereich.

Da das Fehlen einer Quersubventionierung Voraussetzung für staatliche Marktteilnahme ist, spricht nichts dagegen, von staatlichen Anbietern den Nachweis für eine vollständige buchmässige Entflechtung der beiden Bereiche zu verlangen.¹³ Tatsächlich kann ein Unternehmen – ob nun staatlich oder privat – erst dann mit Sicherheit sagen, dass es seine Preise nicht quersubventioniert, wenn es die einzelnen Geschäftssparten buchhalterisch voneinander abgrenzt. Wenn dies nicht der Fall ist, liegt im Fehlen einer solchen Trennung oder Entflechtung bereits ein Anhaltspunkt. Hierbei sind auch die vielen Vorteile angesprochen, von denen staatliche Anbieter profitieren, welche sich nur schwer in Zahlen ausdrücken lassen.

In Abwesenheit einer klaren Entflechtung des Monopol- vom Wettbewerbsbereich sollte jedenfalls nicht dem unterlegenen Anbieter die Pflicht aufgebürdet werden, eine Quersubventionierung glaubhaft machen zu müssen, wenn das beste Instrument dazu – die interne Buchhaltung – in den Händen der staatlichen Konkurrenz liegt.

IV. Fazit

Angesichts der zwar recht jungen aber dafür umso klareren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und vor dem Hintergrund der immer grösser werdenden öffentlichen Debatte um die Rolle staatlicher Akteure im Wettbewerb mit Privaten ist es wichtig, dass die Vergabestellen sich darüber Gedanken machen, was Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung sein können. Zu beachten ist dabei, dass quersubventionierte Angebote nicht nur bei einem aussergewöhnlich niedrigen Preis vorliegen können, weshalb ein klares Prüfprogramm erforderlich ist, welches sich nicht nur auf einen Vergleich der Angebotspreise auf der Suche nach einem möglichen Unterangebot beschränkt. Vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen, welche der Teilnahme eines staatlichen Anbieters, der Marktsituation und Marktentwicklung und gegebenenfalls fehlender bzw. ungenügender Entflechtung des Monopol- vom Wettbewerbsbereichs Rechnung trägt.

Dabei wäre wünschenswert – und zur Verwirklichung eines wirksamen Rechtsschutzes eigentlich unabdingbar –, dass sich eine Praxis etabliert, bei der staatliche Anbieter, welche nicht bereits den Beweis für eine vollständige Entflechtung des Monopol- vom Wettbewerbsbereich erbracht haben, im Einzelfall diese Trennung nachweisen müssen.

¹² Wie von David Hill (a.a.O.) gefordert.

¹³ Abegg/Frei gehen weiter und fordern den Nachweis einer hinreichenden Trennung subsidiär für den Fall, dass eine organisatorische Trennung der beiden Bereiche nicht möglich ist (a.a.O., S. 142, 152).

⁹ Vgl. Andreas Abegg/Marco Frei, a.a.O., S. 152.

¹⁰ BGE 138 I 378.

¹¹ BGE 138 I 378, Erw. 9.3.3.



Kriterium

Information zur Submissionspraxis

Nr. 47, April 2020

Submissionsabreden

Proaktive Erkennung und Verhinderung durch Beschaffungsstellen



Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) hat im Herbst 2019 zwei Informationsveranstaltungen zu Submissionsabreden und zum Binnenmarktgesetz (BGBM) in der Baudirektion des Kantons Zürich (BD) durchgeführt. Neben einer kurzen Einführung ins Wettbewerbsrecht sowie der Vorstellung der WEKO und deren Tätigkeitsgebiete legten die anwesenden Referenten den Fokus der Informationsveranstaltungen primär auf die frühzeitige Erkennung von Submissionsabreden unter Zuhilfenahme geeigneter Massnahmen und Vorkehrungen durch die Beschaffungsstellen.

I. Submissionsabreden

Submissionsabreden (sog. wettbewerbsbeschränkende Absprachen hinsichtlich einer Angebotsabgabe) liegen vor, wenn Unternehmen, welche eigentlich im gegenseitigen Wettbewerb stehen sollten, im Rahmen einer Ausschreibung eines Vergabeverfahrens untereinander Abreden treffen, um beispielsweise die Angebotspreise in die Höhe zu treiben oder die Qualität der ausgeschriebenen Waren bzw. Dienstleistungen zu senken. In einem wettbewerbslich organisierten Verfahren können niedrigere Preise, bessere Qualität und Innovationen nur dann

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Kurz vor der Fertigstellung der vorliegenden Ausgabe des KRITERIUM beschloss der Bundesrat die Massnahmen zur Bekämpfung des Corona Virus, mit dem das öffentliche Leben, die Wirtschaft und der Handel schweizweit eingeschränkt wurden. Aus diesem Grund gehen wir in einem Kasten kurz auf mögliche Auswirkungen in beschaffungsrechtlicher Hinsicht ein.

Ilegale Preisabsprachen, Whistleblower, Baukartell, Weko Bussen in Millionenhöhe, Rundschau, Medien, Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK), all das fällt einem ein, wenn es um den Fall des Bündner Baukartells geht, der im April 2018 durch das online Magazin Republik erstmals publiziert wurde.

Im Bündner Baukartell haben sich gemäss Weko zwischen 2004 und 2012 13 Unternehmen abgesprochen. Systematisch wurden Offerten aufgeteilt und Preise abgesprochen. Die vorliegende Ausgabe des KRITERIUM befasst sich deshalb mit der Frage, mit welchen Massnahmen und Vorkehrungen Submissionsabreden erkannt und möglichst verhindert werden können.

Weiter enthält die Ausgabe eine Zusammenfassung eines Verwaltungsgerichtsentscheids zur Frage, ob und wie die Entsorgung von Alttextilien ausgeschrieben werden muss.

Tragen Sie Sorge zu sich und bleiben Sie gesund!

Für das Redaktionsteam

Petra Luchsinger

erzielt werden, wenn die am Verfahren teilnehmenden Unternehmen tatsächlich im Wettbewerb stehen.

II. Formen von Submissionsabreden

Submissionsabreden können allerlei Formen annehmen, wobei alle zum Ziel haben, die Beschaffungsstellen daran zu hindern, die Leistungen mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu beschaffen. Anbietende sprechen sich oft im Voraus darüber ab, wer das jeweilige «Gewinnerangebot» vorlegt, das den Zuschlag im Vergabeverfahren erhalten soll. Erklärtes Ziel einer Submissionsabrede ist primär, den Preis des Angebots und damit den Betrag, den die Anbietenden erhalten, in die Höhe zu treiben. Submissionsabreden enthalten oft bestimmte Mechanismen zur Auf- und Zuteilung des zusätzlichen Gewinns, welcher durch die Absprache erzielt wird. Anbietende, welche sich dazu bereit erklären, kein Angebot oder Scheinangebote abzugeben, können dadurch von der Aufteilung des Gewinns profitieren oder in der Folge vom Zuschlagsempfänger als Subunternehmer eingesetzt werden. Unabhängig davon, dass Anbietende auf unterschiedlichste Art und Weise Absprachen treffen können, basieren Submissionsabreden in der Regel oft auf den nachfolgenden Strategien:

1. Angebotsausschaltung

Einer oder mehrere Anbietende erklären sich im Rahmen einer Ausschreibung dazu bereit, auf die Abgabe eines Angebots zu verzichten oder ein – vor der Abrede – bereits eingereichtes Angebot wieder zurückzuziehen.

2. Angebotswechsel

Sämtliche an der Abrede beteiligten Anbietenden nehmen an einer Ausschreibung teil und reichen entsprechende Angebote ein. Sie vereinbaren im Vorfeld jedoch, wer jeweils als «Tiefstbietender» auftreten darf und in der Folge den Zuschlag erhält.

3. Höhere Scheinangebote

Schein- bzw. Gefälligkeitsangebote stellen die am häufigsten verbreitete Strategie dar, welche bei Submissionsabreden eingesetzt werden. Scheinangebote liegen dann vor, wenn Anbietende Angebote vorlegen, die zumindest eines der nachfolgenden Kriterien erfüllen:

- Ein Anbieter oder eine Anbieterin reicht ein Angebot ein, welches höher ist als das Angebot des/der im Voraus bestimmten Tiefstbietenden.
- Ein Anbieter oder eine Anbieterin reicht ein Angebot ein, welches massiv zu hoch ist, um überhaupt eine realistische Chance auf die Erteilung des Zuschlags zu haben.
- Ein Anbieter oder eine Anbieterin reicht ein Angebot mit bestimmten Bedingungen ein, welches die Beschaffungsstelle mit Sicherheit nicht annimmt.

4. Marktaufteilung

Die Anbietenden teilen sich den Markt untereinander auf und legen fest, dass in bestimmten Segmenten bzw. Gebieten keine Angebote abgegeben werden. Anbietende gehen bei der Aufteilung des Marktes dahingehend vor, dass sie beispielsweise beschliessen, gewisse «Kunden» untereinander zuzuteilen. In der Folge legen sie im Rahmen einer Ausschreibung kein oder nur ein entsprechendes Scheinangebot vor, weil die Ausschreibung von einem «Kunden» ist, welcher bereits einem Anbietenden zugeteilt ist. Im Gegenzug wird auf die Angebotsabgabe bei anderen bereits zugeteilten «Kundengruppen» verzichtet.

III. Häufigkeit von Submissionsabreden in bestimmten Branchen

Die erfolgreiche Umsetzung einer Submissionsabrede erfordert ein gemeinsames Vorgehen der daran beteiligten Unternehmen. Obschon Submissionsabreden in allen Wirtschaftszweigen vorkommen, kommen sie in manchen Branchen aufgrund spezifischer Eigenschaften der Produkte öfters vor. Branchen, welche eher von Submissionsabreden betroffen sind, zeichnen sich durch hohe Fixkosten, homogene Produkte sowie grosse Überkapazitäten aus. Daneben zeichnet sich der Preis meist als entscheidender Wettbewerbsfaktor aus.

IV. Vorkehrungen zur Verhinderung von Submissionsabreden

1. Informationsbeschaffung vor einer Ausschreibung

Die WEKO empfiehlt, dass sich Beschaffungsstellen im Vorfeld einer Ausschreibung über die Eigenschaften des betreffenden Marktes sowie aktuelle Markttendenzen informieren und prüfen, ob besagter Markt kollusionsfördernde Faktoren aufweist. Diesbezüglich kann auch hilfreich sein, wenn sich Beschaffungsstellen untereinander austauschen, insbesondere solche, welche kürzlich gleiche oder zumindest ähnliche Leistungen beschafft haben.

2. Grösstmögliche Beteiligung von Anbietenden sicherstellen

Um eine grösstmögliche Beteiligung diverser Anbietenden sicherzustellen, sind Beschaffungsstellen gehalten, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen sowie der Eignungs- und Zuschlagskriterien die möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu bedenken. Dabei ist insbesondere auf unnötige, die Anzahl der potenziellen Anbietenden reduzierenden Teilnahmebedingungen und Kriterien zu verzichten. Des Weiteren ist bei der Festlegung der Kriterien zu vermeiden, dass bewährte und einheimische Anbietende einen ungewollten Wettbewerbsvorteil erhalten. Mit der Berücksichtigung der vorstehend genannten Massnahmen (nicht abschliessende Auf-

Revidierte IVöB 2019

Die Kantone haben am 15. November 2019 an einer Sonderversammlung in Bern die revidierte interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) einstimmig verabschiedet. Diese bringt die angestrebte Harmonisierung mit dem ebenfalls revidierten Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), das voraussichtlich per 1.1.2021 in Kraft treten wird. Die Kantone können nun in eigenen gesetzgeberischen Verfahren den Beitritt zum Konkordat in die Wege leiten und so die revidierte IVöB in ihr kantonales Recht übernehmen. Diese Arbeiten wurden im Kanton Zürich kürzlich aufgenommen mit dem Ziel, die Beitrittsvorlage im laufenden Jahr an den Kantonsrat zu überweisen. Mit einem Beitritt des Kantons Zürich ist nicht vor Ende 2021 zu rechnen. Für die Umsetzung der revidierten Rechtsordnungen soll die enge Zusammenarbeit zwischen den Kantonen und dem Bund weitergeführt werden. U.a. ist die Erarbeitung eines Leitfadens für die Praxis geplant, welcher bis im Herbst 2021 vorliegen soll.

zählung) erhalten Beschaffungsstellen die Möglichkeit, eine grösstmögliche Beteiligung von Anbietenden sicherzustellen und damit das Risiko für Submissionsabreden zu verringern.

3. Verhinderung von Informationsaustausch zwischen Anbietenden

Den Informationsaustausch zwischen Anbietenden proaktiv zu verhindern, ist für Beschaffungsstellen kaum realisierbar – es bestehen jedoch gewisse Möglichkeiten, um diesem Umstand entgegenzuwirken. Die Beschaffungsstellen sollen gemeinsame Begehungen unterlassen sowie die Anbietenden dazu verpflichten, ihre Arbeitsgemeinschaften wie auch die Absichten zum Beizug von Subunternehmern offenzulegen. Die WEKO empfiehlt weiter, dass die Beschaffungsstellen in den Ausschreibungsunterlagen auf beschaffungs- und kartellrechtliche Konsequenzen bei der Beteiligung an einer Submissionsabrede hinweisen sollen (im Kt. Zürich auf § 4a Abs. 1 lit. j Beitrittsgesetz zur IVöB).

V. Sensibilisierung von Beschaffungsstellen

Ein «Patentrezept» in Form eines Frühwarnsystems zur Erkennung von Submissionsabreden gibt es gemäss der WEKO bis heute nicht. Beschaffungsstellen können sich jedoch proaktiv gegen Submissionsabreden aufstellen, indem sie die nachfolgenden Grundsätze beachten:

- Einrichtung eines internen Meldeverfahrens für die Mitarbeitenden, um Auffälligkeiten in Vergabeverfahren zu melden.
- Interne Durchführung bzw. Teilnahme der Mitarbeitenden an periodischen Schulungen zum Thema Submissionsabreden.
- Dokumentation von gemachten Erfahrungen im Zusammenhang mit Submissionsabreden.
- Förderung der Zusammenarbeit bzw. des Informationsaustausches zwischen den Beschaffungsstellen und der WEKO.
- Bestimmte Informationen zu regelmässig getätigten Beschaffungen systematisch erfassen und diese im Hinblick auf die Entdeckung von Auffälligkeiten analysieren und auswerten.

Die Erfahrungen der WEKO haben gezeigt, dass Beschaffungsstellen ihre Mitarbeitenden unter Berücksichtigung der vorstehend aufgelisteten Grundsätze bereits heute – im Hinblick auf die Entdeckung von Submissionsabreden – ausreichend sensibilisieren können.

In Bezug auf die Bekämpfung von Submissionsabreden sind Prävention und Verfolgung wichtige Eckpfeiler, deshalb wird bei Vorliegen von konkreten Verdachtsmomenten eine Kontaktaufnahme mit der WEKO empfohlen.¹

Beschaffungswesen und Corona Virus

Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens soll ein Verfahrensstau vermieden werden. Die submissionsrechtlichen Bestimmungen öffnen den Vergabestellen einen grossen Handlungsspielraum bezüglich Umschreibung von Anforderungen, Abläufen und Fristen. Es liegt deshalb in ihrer Hand den Beschaffungsprozess so zu gestalten, dass auch während der Zeit, in der die Massnahmen im Kampf gegen das Corona Virus gelten, Anbieterinnen und Anbietern möglichst faire Bedingungen haben.

Laufende Beschaffungsverfahren sollen nicht einfach abgebrochen werden, sondern ein Abbruch soll grundsätzlich nur erwogen werden, wenn sich wesentliche Änderungen ergeben. Im Einzelfall können etwa die Fristen bei Ausschreibungen mit hohem Komplexitätsgrad für Offerteingaben angemessen verlängert werden, um Kapazitätsengpässe abzufedern. Auf Besichtigungen von Baugrund soll verzichtet werden, vorgesehene Präsentationen können mittels Videokonferenz durchgeführt werden. Persönliche Offertabgaben sollen vermieden werden, die Zustellung der Eingabe kann vom Anbieter innert der Frist auf elektronischem Weg vorgenommen werden, wobei die Originale nachzureichen sind.

Auch geplante Beschaffungen können und sollen grundsätzlich fortgesetzt werden, wobei auf eine anbieterfreundliche Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen geachtet werden soll, beispielsweise können Termine (Milestones) aufgrund der aktuellen Situation geplant werden, es können längere Fristen für die Offerteingabe sowie die Möglichkeit für eine Losbildung geprüft werden.

Ein aktueller Blick auf www.simap.ch zeigt, dass die Ausschreibungen grundsätzlich gut weiterlaufen.

Weiterführende Informationen entnehmen Sie den Empfehlungen der KBOB vom 27. März 2020 (Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren) unter folgendem Link: <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-und-trends/coronavirus.html>

Redaktion Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.;
Luca Albertin, Gesundheitsdirektion Zürich;
Petra Luchsinger, Baudirektion Zürich;
Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich;
Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur

Layout BDKom

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

Internet www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug

kdmz, Räfelstrasse 32, 8090 Zürich

Telefon 043 259 99 30

E-Mail publikationen@kdmz.zh.ch

¹ Wettbewerbskommission (WEKO), Sekretariat,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern, Tel. +41 58 462 20 40

Aus der Gerichtspraxis

Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2018.00469 (Alttextilentsorgung)

1. Ausgangslage

Die Stadt Schlieren und die C. AG schlossen am 23. Juli 2018 eine «Zusammenarbeits-Vereinbarung» über die Verwertung gebrauchter Textilien mit fester Laufzeit bis Ende 2023. Eine Ausschreibung hatte die Stadt Schlieren nicht vorgenommen. Die Stadt Schlieren räumte der C. AG das «Exklusivrecht» ein, an bewilligten Standorten Alttextilien in Containern zu sammeln und höchstens zwei Mal jährlich eine Strassensammlung durchzuführen. Die C. AG wiederum verpflichtete sich, der Stadt Schlieren pro Kilogramm gesammelter Kleider und Schuhe eine «Vergütung» von Fr. 0.20 zu zahlen.

In der Folge gelangte die A GmbH mittels Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragte im Wesentlichen, dass ein allfälliger Zuschlag an die C. AG aufzuheben, die Stadt Schlieren zur Auflösung eines allfälligen Vertrages anzuweisen und der Auftrag öffentlich auszuschreiben sei.

Strittig war die Frage, ob die Gewährung des «Exklusivrechts» zum Sammeln von Alttextilien und deren Verwertung eine öffentliche Beschaffung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 darstellt und folglich bei Übertragung dieser Aufgaben die beschaffungsrechtlichen Vorschriften zu beachten waren. Die Stadt Schlieren und die C. AG stellten sich auf den Standpunkt, es handle sich um ein reines Veräusserungsgeschäft.

2. Vorliegen einer öffentlichen Beschaffung

Das Verwaltungsgericht setzte sich in einem ersten Schritt mit der Frage auseinander, wann ein öffentlicher Auftrag und damit eine öffentliche Beschaffung vorliegt. Dies treffe dann zu, wenn ein öffentlicher Auftraggeber zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit einem Wirtschaftsteilnehmer einen zweiseitigen Vertrag abschliesse, in welcher sich letzterer dazu verpflichtet, gegen Entgelt eine Leistung zu erbringen. Unerheblich sei, ob die Leistung der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werde (E. 1.3).

Die Entsorgung von Siedlungsabfällen, zu denen auch Alttextilien zählten, stelle eine Aufgabe des Gemeinwesens dar. Entsprechend erfolge auch das Einsammeln und Verwerten der Alttextilien in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Dass Private die Alttextilien bereitstellten, habe keinen Einfluss (E. 1.3.1). Untypisch für eine öffentliche Beschaffung erscheine vorliegend zunächst der Umstand, dass die C. AG der Stadt Schlieren ein Entgelt zu entrichten habe. Sie erhalte indes über die Sammeltätigkeit erhebliche Sachwerte, aus denen sie einen Erlös erzielen könne. Es handle sich jedoch bloss vordergründig um ein Veräusserungsgeschäft, erbringe doch die C. AG gegenüber der Stadt eine Dienstleistung und erhalte dafür ein Entgelt in der Form der ihr überlassenen Wertstoffe (E. 1.3.2, mit weiteren Hinweisen).

Das Gericht kam zum Schluss, dass die zwischen der Stadt Schlieren und der C. AG geschlossene Vereinbarung als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren sei und dem Beschaffungsrecht unterstehe.

3. Anwendbares submissionsrechtliches Verfahren

Massgeblich für die Berechnung des Auftragswerts sei nicht das vereinbarte Entgelt von Fr. 0.20 pro kg gesammelter Alttextilien, sondern vielmehr der Erlös, den die C. AG aus der Verwertung der Alttextilien mutmasslich erzielen kann, abzüglich des der Stadt Schlieren auszurichtenden Entgeltes. Im Vorjahr habe sich die Sammelmenge auf 145 096 kg belaufen, pro Kilo Alttextilien könne ein Erlös von mindestens Fr. 0.80 erzielt werden. Folglich betrage die Auftragssumme für die vereinbarte Laufzeit Fr. 435 288, womit der Schwellenwert für das offene oder selektive Verfahren klar überschritten sei (E. 3.1.3). Der von der Stadt Schlieren und der C. AG aufgrund der bereits getätigten Investitionen letzterer (Erstellen Container) geltend gemachte Ausnahmetatbestand von § 10 Abs. 1 lit. f der Submissionsverordnung (SVO) der ein freihändiges Verfahren erlaubt hätte, greife nicht (E. 3.2). Folglich hätte die infrage stehende Leistung im offenen oder selektiven Verfahren vergeben werden müssen (E. 3.3).

4. Auswirkungen auf das bestehende Vertragsverhältnis

Der Vertragsschluss sei zwar angesichts der vorgängigen Ausführungen unzulässig erfolgt, dies berühre jedoch die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrages nicht. Dem Verwaltungsgericht sei es verwehrt, in dieses Verhältnis einzugreifen, doch könne es Vorschriften über das zukünftige Verhalten, z.B. eine Vertragsauflösung ex nunc, anordnen. Zu berücksichtigen sei, dass es sich um ein Dauervertragsverhältnis handle, das bei vorzeitiger Auflösung keiner Rückabwicklung bedarf, die C. AG bereits Investitionen getätigt habe (Installation Unterflursystem), mangels Präjudiz kein absichtliches oder grobfahrlässiges Verhalten vorliege, der Vertrag aber keine Maximaldauer vorsehe, was mit Blick auf den Ausschluss von anderen Anbietenden vom Wettbewerb rechtswidrig sei. Unter Berücksichtigung dieser Umstände lud das Verwaltungsgericht die Stadt Schlieren ein, den Vertrag auf spätestens Ende 2021 zu beenden.

Bedeutung des Entscheids für die Gemeinden

Für die Zürcher Gemeinden, denen die Entsorgung der Siedlungsabfälle obliegt, bedeutet der Entscheid, dass

- die Übertragung der Entsorgung von Alttextilien auf Private einen öffentlichen (Dienstleistungs-)Auftrag im Sinne des öffentlichen Beschaffungsrechtes darstellt
- sie folglich im beschaffungsrechtlichen Verfahren zu erfolgen hat, wobei sich das anzuwendende Verfahren nach dem Auftragswert bestimmt
- sich dieser aus dem mutmasslichen Erlös aus der Verwertung der Textilien (Sammelmenge in Kilo pro Jahr x Erlös pro Kilo) abzüglich des offerierten Entgeltes pro Jahr gesammelter Textilien multipliziert mit der vorgesehenen Laufzeit in Jahre des Vertrags.



Kriterium

Information zur Submissionspraxis

Nr. 48, März 2021

Revision Vergaberecht: Vieles bleibt. Was ändert? Was ist in der Praxis wichtig?



**Claudia Schneider Heusi, lic. iur.,
Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht**

I. Neue Erlasse und Hintergründe zur Revision

Die heutigen im Kanton Zürich geltenden gesetzlichen Grundlagen¹ sollen in näherer Zukunft durch revidierte Erlasse ersetzt werden. Die künftigen Bestimmungen finden sich in der totalrevidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) und einem neuen Beitrittsgesetz (BeiG) zu dieser revidierten IVöB 2019. Ein Entwurf zu diesem Gesetz befindet sich seit Ende 2020 in der Vernehmlassung.²

Die IVöB 2019³ ist in weiten Teilen gleichlautend zum neuen Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB 2019), das auf Bundesebene seit 1.1.2021 in Kraft ist. Anlass dieser Totalrevision von IVöB sowie BöB waren nebst der Umsetzung des revidierten Staatsvertrags GPA 2012⁴ insbesondere die Harmonisierung des nationalen Beschaffungsrechts.

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Bestimmt haben Sie sich auch schon gefragt: Gilt das neue Vergaberecht in den Kantonen schon und müssen wir bereits etwas beachten? Nein, lautet die Antwort. Per 1. Januar 2021 sind erst das totalrevidierte BöB und die VöB auf Bundesebene in Kraft getreten.

Für die Vergabestellen auf kantonaler Ebene dauert es noch etwas: Die Beitrittsverfahren zur revidierten IVöB sind im Kanton Zürich (und in weiteren Kantonen) eingeleitet. Zurzeit läuft das Vernehmlassungsverfahren. Das Beitrittsgesetz und die IVöB 2019 werden nicht vor 2022 in Kraft treten. Bis dahin sind für Ausschreibungsverfahren die geltenden Rechtsgrundlagen anwendbar.

Gleichwohl ist es schon heute von grossem Interesse, was sich mit der neuen IVöB 2019 im Vergaberecht ändern wird. Die vorliegende Ausgabe des KRITERIUM nimmt sich dem an und zeigt auf, was für die Praxis wichtig sein wird.

Wir wünschen Ihnen eine spannende Lektüre.

**Für das Redaktionsteam
Laura Locher**

¹ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB vom 15. März 2001 mit dem Beitrittsgesetz vom 15. September 2003 (BeiG ZH) sowie Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003.

² Zu den Vernehmlassungsvorlagen vgl. www.zh.ch/de/politik-staat/gesetze-beschluesse/vernehmlassungen.html (Suchbegriff IVöB).

³ Im November 2019 hatte die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) als Interkantonales Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) die IVöB 2019 verabschiedet. Sie tritt in Kraft, sobald zwei Kantone beigetreten sind. Weitere Informationen www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019.

⁴ Government Procurement Agreement, GPA 2012.

Bundesrecht und kantonale Bestimmungen werden weitgehend, aber nicht umfassend angeglichen.

II. Die Änderungen

1. Vorab: Vieles bleibt

Das Vergaberecht im Kanton Zürich wird mit der IVöB 2019 nicht grundlegend anders. So bleibt es bei den vier Verfahrensarten und den bereits bekannten Abläufen eines Beschaffungsverfahrens. Terminologisch wird hier einzig neu zwischen Aufträgen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs unterschieden. Weitgehend unverändert geblieben ist sodann der Geltungsbereich. Er wird entsprechend der bisherigen Rechtsprechung nun gesetzlich definiert, zusammen mit Begriffsdefinitionen sowie weiteren, bisher von der Gerichtspraxis entwickelten Regelungen. Dies erklärt, weshalb die IVöB 2019 mit 64 Artikeln nun umfangreicher ausfällt. Schlank gehalten ist das vorgesehene Beitrittsgesetz zur IVöB 2019.

Der IVöB 2019 unterstehen im Grundsatz die gleichen Auftraggeber sowie dieselben Aufträge wie nach dem bisherigen Recht. Neu ist gesetzlich festgehalten, dass das Vergaberecht explizit auch für die Übertragung öffentlicher Aufgaben oder von Konzessionen gilt.⁵ Die von Lehre und Praxis entwickelten Ausnahmen vom Geltungsbereich werden ausdrücklich erwähnt,⁶ etwa für Grundstücksgeschäfte, Quasi-In-House-Beschaffungen (bei staatseigenen Unternehmen) oder In-State-Beschaffungen (bei anderen Vergabestellen). Der Kanton Zürich will hingegen öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen von Kanton und Gemeinden dem Vergaberecht unterstellen, ebenso wie Aufträge an Organisationen der Arbeitsintegration.⁷

2. Vergabeverfahren, Schwellenwerte und Auftragswertberechnung

Bei den Schwellenwerten⁸ gilt neu für Lieferungen und Dienstleistungen einheitlich ein Schwellenwert von CHF 150 000 für das Einladungsverfahren. Bisher galt für Lieferungen ein Schwellenwert von CHF 100 000. Unverändert blieben die wichtigen Regelungen zur Auftragswertberechnung. Zur Auftragsdauer bestimmt nun Art. 15 Abs. 4 IVöB, dass die Laufzeit in der Regel 5 Jahre nicht überschreiten darf. Nur in begründeten Fällen ist eine längere Laufzeit möglich.

Das freihändige Verfahren unterhalb der Schwellenwerte bleibt wie bisher ein formloses Verfahren. Das Gesetz hält entsprechend der bisherigen Rechtsprechung fest, dass der Auftraggeber Vergleichsangebote einholen und Verhandlungen durchführen kann.⁹ Der Katalog der Ausnahmegründe, die eine überschwellige ausnahmsweise freihändige Beschaffung erlauben,¹⁰ wurde bei Folgeaufträgen erweitert. So können sie direkt vergeben werden, wenn «ein Wechsel des Anbieters für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, erhebliche Schwierigkeiten bereitet

oder substanzielle Mehrkosten mit sich bringen würde».¹¹ Es ist indessen davon auszugehen, dass die Gerichtspraxis weiterhin restriktive Anforderungen stellen und verlangen wird, dass der Grundauftrag rechtmässig vergeben wurde und die Folgeaufträge nicht der Umgehung der Ausschreibungspflicht dienen. Unverändert geblieben sind die wichtigen Formerfordernisse zu ausnahmsweisen freihändigen Vergaben: Ein freihändig erteilter Zuschlag ist vor einer Auftragserteilung und vor einer Leistungserbringung durch den Anbieter vom Auftraggeber entsprechend seiner Vergabekompetenzen zu beschliessen. Der Auftraggeber hat eine Dokumentation zu erstellen, in der insbesondere die Umstände und Bedingungen, die die Anwendung des freihändigen Verfahrens rechtfertigen, begründet sind. Ein freihändiger Zuschlag, bei dem auf eine Ausnahmebestimmung abgestellt wird, ist auf simap.ch mit Angaben zum berücksichtigten Anbieter, dem Preis des Angebots, einem Hinweis auf die entsprechenden Ausnahmetatbestände sowie einer Rechtsmittelbelehrung zu publizieren. Der Entwurf des BeiG sieht vor, dass neu auch im Nichtstaatsvertragsbereich freihändige Zuschläge publiziert werden müssen.¹²

3. Zusätzliche Beschaffungsinstrumente

Die IVöB 2019 sieht neue Instrumente vor, die im Rahmen eines Einladungs-, offenen oder selektiven Verfahrens angewendet werden können:

- Elektronische Auktionen (Art. 23 IVöB 2019): Mit ihnen können standardisierte Leistungen weitgehend automatisiert beschafft werden.
- Dialog (Art. 24 IVöB 2019): Mit dem Dialog kann der Auftraggeber den Leistungsgegenstand oder die Lösungswege bei komplexen oder innovativen Leistungen im Austausch mit den Anbietern konkretisieren. Nicht zulässig dabei sind Preisverhandlungen. Der Dialog erfordert hohe Transparenz und ein sorgfältiges Vorgehen des Auftraggebers. Der Auftraggeber hat in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen seine Bedürfnisse und Anforderungen zu formulieren sowie die Modalitäten des Dialogverfahrens bekannt zu geben und den Ablauf sowie den Inhalt ausreichend zu dokumentieren. So ist der Ablauf des Dialogs einschliesslich Dauer, Fristen, Entschädigung und Nutzung der Immaterialgüterrechte in einer Dialogvereinbarung festzulegen. Der Auftraggeber kann die Zahl der teilnehmenden Anbietenden nach sachlichen und transparenten Kriterien reduzieren.
- Rahmenverträge (Art. 25 IVöB 2019): Der Auftraggeber kann mit Rahmenverträgen einem oder mehreren Anbietern einen Auftrag für Leistungen erteilen, die während einer gewissen Zeit – längstens fünf Jahre – abgerufen werden sollen. Der Auftraggeber kann so die Bedingungen festlegen für Einzelaufträge, die im Lauf eines späteren Zeitraums erteilt werden sollen, so insbesondere der Preis und die im Einzelfall zu erbringenden Leistungen. Das Gesetz sieht zwei Modelle vor: Einerseits die Ausschreibung eines Rahmenvertragspartners, bei dem die späteren Bestellungen ausgelöst werden oder andererseits die Evaluation mehrerer Vertragspartner, die beim späteren Leistungsbezug angefragt werden können und die sich dabei um diese Einzelaufträge untereinander konkurrenzieren (sogenannter «Mini-tender»).

5 Art. 9 IVöB 2019.

6 Art. 10 IVöB 2019.

7 § 2 E-BeiG.

8 Art. 16 und Anhänge zur IVöB 2019.

9 Art. 21 Abs. 1 IVöB 2019; Vgl. zur Rechtsprechung Kriterium Nr. 22 (Nov. 2007) und Nr. 26 (November 2009).

10 Art. 21 Abs. 2 IVöB 2019.

11 Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB 2019.

12 Art. 21 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 6 IVöB; § 3 E-BeiG.

13 Vgl. dazu Kriterium Nr. 38 (November 2014).

4. Neue Anforderungen an Anbieter, Änderungen bei den Eignungskriterien

Die von den Anbietern einzuhaltenden Teilnahmebedingungen wie die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen, der Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts sind konkreter formuliert.¹⁴ Die Anbieter müssen diese Anforderungen ihren Subunternehmern überbinden.¹⁵

Zum Beizug von Subunternehmern regelt neu Art 31 Abs. 3 IVöB, dass «die charakteristische Leistung» grundsätzlich vom Anbieter zu erbringen ist. Damit sollen Angebote von Anbietern verhindert werden, die selber keine oder nur untergeordnete Aufgaben übernehmen. Die uneingeschränkte Weitergabe sämtlicher durch die Leistungserbringerin übernommenen Leistungen ist inskünftig nicht mehr möglich. Der Auftraggeber hat die aus seiner Sicht charakteristischen Leistungen zu bezeichnen.

Art. 31 Abs. 2 IVöB äussert sich zu Mehrfachbewerbungen von Subunternehmern sowie von Mitgliedern von Bietergemeinschaften. Sie sind zulässig, wenn der Auftraggeber sie in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich zugelassen hat. Der Auftraggeber hat beim Entscheid, ob er Mehrfachbewerbungen zulässt, vom Umfang sowie der Bedeutung des betroffenen Leistungsanteils auszugehen. Mehrfachbewerbungen sind da zuzulassen, wo sich mehrere Anbieterteams mit einer auf dem Markt begrenzten Anzahl von Spezialisten als Teilnehmer eines Verfahrens konstituieren müssen und der prozentuale Anteil des Leistungserbringers an der ausgeschriebenen Gesamtleistung nicht essentiell ist.

Neu bei den Eignungskriterien ist Art. 27 Abs. 4 IVöB: Der Auftraggeber darf nicht verlangen, dass der Anbieter bereits einen oder mehrere öffentliche Aufträge erhalten hat. Er hat beim Abstellen auf Referenzen eines Anbieters vergleichbare Aufträge öffentlicher oder privater Auftraggeber zuzulassen. Damit sollen langjährige Seilschaften zwischen Auftraggebern und Anbietern verhindert werden.

5. Neue Zuschlagskriterien und bekannte Regeln

Art. 29 IVöB unterscheidet zwischen möglichen Kriterien innerhalb (Abs. 1) und zusätzlichen Kriterien ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (Abs. 2). Neu vorgeschrieben ist die Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen (Abs. 3); unverändert ist die ausnahmsweise ausschliessliche Verwendung des Kriteriums Preis für standardisierte Leistungen (Abs. 4).

Neu gilt, dass die beiden Kriterien Qualität und Preis immer zu nennen sind. Wie bisher zählt das Gesetz mögliche qualitative Zuschlagskriterien nicht abschliessend auf. Neu nennt Art. 29 Abs. 1 IVöB beispielsweise zusätzlich: Kreativität, Kundendienst, Lieferbedingungen, Infrastruktur, Innovationsgehalt, Funktionalität, Servicebereitschaft, Fachkompetenz oder Effizienz der Methodik, sodann Nachhaltigkeit (mit den drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie¹⁶ und Soziales¹⁷), wei-

ter die Lebenszykluskosten (als Oberbegriff für Beschaffungs-, Betriebs-, Rückbau- und Entsorgungskosten). Solche Kriterien bedingen eine klare Umschreibung der geforderten Nachweise sowie der vorgesehenen Bewertung. Beurteilt der Auftraggeber zum Beispiel die Angebote nach dem Kriterium Lebenszykluskostenansatz, hat er in den Ausschreibungsunterlagen die von den Anbietern bereitzustellenden Daten und die Methode zur Bestimmung der Lebenszykluskosten zu nennen.

Neu ist weiter das Zuschlagskriterium «Plausibilität des Angebots». Bei diesem Zuschlagskriterium ist es – so das Bundesgericht – unzulässig, einen Bewertungsabzug vorzunehmen mit der Begründung, der offerierte tiefe Preis sei unplausibel, weil er nicht den Erwartungen entspreche oder weil er nicht kostendeckend sei.¹⁸ Angebote können entsprechend dieser Rechtsprechung unter dem Aspekt der Plausibilität nur bewertet werden, soweit Qualitätskriterien davon betroffen sind und soweit dies für die Anbieter erkennbar war.¹⁹ Diese Leitplanken werden auch künftig zu beachten sein. Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen transparent darzulegen, welche Qualitätskriterien sie aufgrund welcher Parameter nach ihrer Plausibilität prüft und bewertet. Denkbar ist zum Beispiel, dass der Auftraggeber den von den Anbietern in ihren Angeboten vorgesehenen zeitlichen Einsatz ihrer Schlüsselpersonen auf Plausibilität entsprechend der für diese Personen einkalkulierten Stunden im Preisangebot hin prüft oder mittels einer Sensitivitätsanalyse wirtschaftliche Risiken quantifiziert.²⁰

Unverändert zwingend ist das Kriterium Preis. Ausgenommen sind Wettbewerbe und Studienaufträge, bei denen gerade nicht Angebote, sondern Beiträge zur Lösungsfindung beurteilt werden.²¹ Weiterhin gibt es keine gesetzlichen Vorschriften zur Mindestgewichtung des Preises oder zu Preisbewertungsformeln; hier gelten die von der Gerichtspraxis entwickelten wichtigen Regeln.²² So soll dem Kriterium Preis gegenüber weiteren Zuschlagskriterien je weniger Gewicht eingeräumt werden, desto komplexer und anspruchsvoller die ausgeschriebene Leistung ist. Nach dem Bundesgericht stellt eine Mindestgewichtung von 20% die unterste Grenze dar. Zugleich darf keine flache Preisbewertungskurve gewählt werden, die die Gewichtung des Preises relativieren würde.²³

6. Angebote und ihre Behandlung

a. Angebotsöffnung und Prüfung der Angebote

Gesetzlich verankert ist nun die Möglichkeit, dass der Auftraggeber die Angebotseinreichung von Preis und Leistung in zwei Couverts verlangen kann.²⁴

Gehen ungewöhnlich niedrige Angebote ein, ist der Auftraggeber nach Art. 38 Abs. 3 IVöB neu in der Pflicht, ergänzende Erkundigungen zur Einhaltung der Teilnahmebedingungen und zu den Leistungsanforderungen einzuholen. Der Gesetzgeber

¹⁴ Art. 12 IVöB 2019.

¹⁵ Art. 12 Abs. 4 und Art. 26 IVöB 2019.

¹⁶ Umweltverträglichkeit sowie Ressourcenschonung und -effizienz des Beschaffungsgegenstands sowie der Herstellung, Nutzung und Entsorgung.

¹⁷ Z.B. Mitberücksichtigung von Fair-Trade Produkten.

¹⁸ BGE 143 II 553, E. 7.2 ff.

¹⁹ BGE 143 II 553, E. 7.2 ff.

²⁰ CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Die Bewertung des Preises, in: Zufferey/Beyeler/Scherler (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2018/Marchés Publics 2018, Zürich 2018, S. 325 ff., Rz. 78.

²¹ Art. 29 Abs. 3 IVöB 2019; Art. 22 IVöB 2019.

²² Kriterium Nr. 28 (August 2010); Schneider Heusi, Preisbewertung (zit. in Fussnote 20).

²³ BGE 143 II 553; BGE 129 I 313.

²⁴ Art. 37 Abs. 3 IVöB 2019 regelt zu diesem Vorgehen die Offertöffnung und Art. 38 Abs. 4 IVöB 2019 die schrittweise Prüfung von Leistung und Gesamtpreisen

schränkte mit der Formulierung der früheren Kann- zur nunmehr geltenden Mussbestimmung den Ermessensspielraum des Auftraggebers ein. Unverändert geblieben ist, dass Angebote mit Preisen, die unter ihren Gestehungskosten liegen, zulässig sind, solange der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen erfüllt.²⁵

b. Bereinigung der Angebote

Im Grundsatz gilt weiterhin, dass Angebote nach ihrer Einreichung nicht abgeändert werden dürfen und unveränderbar sind. Neu möglich sind sogenannte «technische Verhandlungen». Mit ihnen kann der Auftraggeber zusammen mit den Anbietern die Angebote hinsichtlich der Leistungen sowie der Modalitäten ihrer Erbringung bereinigen.²⁶ Art. 39 Abs. 2 IVöB nennt die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine solche Bereinigung der Angebote durchgeführt werden kann:

- lit. a: Eine Klärung des Auftrags oder der Angebote ist notwendig bzw. die Angebote müssen vergleichbar gemacht werden;
- lit. b: Leistungsänderungen sind sachlich geboten, wobei der Leistungsgegenstand, die Kriterien und Spezifikationen nicht so angepasst werden dürfen, dass sich die charakteristische Leistung oder der potenzielle Anbieterkreis verändert.

Wichtig ist eine ausreichende Protokollierung solcher Bereinigungsgespräche und Dokumentation der Resultate.²⁷ Unverändert gilt weiterhin das Verbot von Abgebotsrunden:²⁸ Über Preise darf auch in Zukunft nicht verhandelt werden. Hingegen kann eine nach den oben genannten Voraussetzungen zulässige Leistungsänderung einen Einfluss auf den Angebotspreis haben. Eine Preisanpassung ist somit dann möglich, wenn sie aus einer solchen sachlich gebotenen Leistungsänderung resultiert.²⁹

25 Daniela Lutz, Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014/ Marchés Publics 2014, Zürich 2014, S. 295

26 Art. 39 Abs. 1 IVöB 2019.

27 Art. 39 Abs. 4 IVöB 2019.

28 Art. 11 lit. e IVöB 2019.

29 Art. 39 Abs. 3 IVöB 2019.

c. Bewertung der Angebote

Wie bereits heute sind die gültigen Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv, einheitlich und nachvollziehbar zu prüfen und zu bewerten, wichtig ist dabei die Pflicht des Auftraggebers zur Dokumentation der Evaluation.³⁰ Zulässig sind neu sogenannte «short lists». Der Auftraggeber kann nach einer ersten Prüfung aller Angebote die drei bestrangierten Angebote auswählen und nur diese einer umfassenden Bewertung unterziehen. Er verzichtet so auf eine umfassende Prüfung aller Angebote. Verlangt wird die vorgängige Ankündigung in den Ausschreibungsunterlagen und vorausgesetzt ist, dass so ein erheblicher Aufwand vermieden werden kann.³¹

d. Zuschlagsentscheid, Mitteilung von Vergabeentscheiden und Rechtsmittelfrist

Nach Art. 41 IVöB erhält das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag.³² Vergabeentscheide (auch Zuschläge) müssen neu summarisch begründet werden mit Angaben, die es den Anbietern ermöglichen, den Entscheid zumindest in den Grundzügen nachzuvollziehen. Zu nennen sind mindestens:

- Art des Verfahrens
- Namen des berücksichtigten Anbieters
- Gesamtpreis des berücksichtigten Angebots
- massgebende Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots
- bei einer ausnahmsweise freihändigen Vergabe: Darlegung der Gründe.³³

Wie bisher gilt, dass Vergabeentscheide angefochten werden können; länger ist die Rechtsmittelfrist mit 20 Tagen statt wie bisher 10 Tagen. Der Auftraggeber darf den Vertrag mit dem Anbieter nach dem Zuschlag grundsätzlich erst nach Ablauf dieser unbenutzten Beschwerdefrist abschliessen.³⁴ Neu enthält Art. 53 IVöB einen abschliessenden Katalog der anfechtbaren Verfügungen. Weitere Zwischenverfügungen können nicht selbständig angefochten werden. Dies gilt zum Beispiel für sogenannte Parkierungsschreiben, nach denen der Auftraggeber einem Anbieter mitteilt, dass sein Angebot bis zum Zuschlagsentscheid nicht weiter geprüft wird.

30 Art. 40 Abs. 1 IVöB 2019.

31 Art. 40 Abs. 1 IVöB 2019.

32 § 33 Submissionsverordnung 2003.

33 Art. 51 Abs. 2 IVöB 2019.

34 Art. 42 Abs. 1 IVöB 2019.

Redaktion Luca Albertin, Gesundheitsdirektion Kanton Zürich; Cyrill Bühler, Thalheim an der Thur; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Laura Locher, Stadt Zürich; Petra Luchsinger, Baudirektion Kanton Zürich; Nicole Zumstein, Stadt Winterthur

Layout BDKom

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

Internet www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug

kdmz, Räfelfstrasse 32, 8090 Zürich

Telefon 043 259 99 30

E-Mail publikationen@kdmz.zh.ch



Kriterium

Information zur Submissionspraxis

Nr. 49, Juli 2022

Nachhaltigkeit in der Beschaffung – Was gilt mit dem neuen Recht?



**Christoph Schärli, lic. iur., Rechtsanwalt
Geissmann Rechtsanwälte AG**

Mit der Aufnahme der Nachhaltigkeit als wichtiges Ziel der öffentlichen Beschaffung haben Bund und die Kantone die entsprechenden staatsvertraglichen Vorgaben in die revidierten Gesetzesgrundlagen übernommen. Die Nachhaltigkeit muss bei der Beschaffung von Gütern, Dienstleistungen und Bauleistungen durch die öffentliche Hand neben dem Preis und der Qualität ein wesentliches Kriterium sein.

Ist die Nachhaltigkeit ein neues Kriterium?

Die Antwort ist «jein». Schon nach bisherigem Recht war das Ziel des Beschaffungsrechts, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Die bisherige Gesetzgebung verlangte von den Vergabestellen, bei der Evaluation und Festlegung der Kriterien eine gesamtübergreifende ökonomische Perspektive anzustellen. Dazu zählt auch die Nachhaltigkeit. Durch die explizite Aufnahme im neuen Gesetzestext wird der Nachhaltigkeit aber mehr Gewicht verliehen.

Nachhaltigkeit ist ein weit gefasster Begriff. Das Kriterium «Nachhaltigkeit» ist im revidierten BöB/IVöB im Zweckartikel Art. 2 Abs. 1 lit. a sowie bei den Zuschlagskriterien in Art. 29 explizit aufgeführt. Das Kriterium der «Nachhaltigkeit» beinhaltet die drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie (Umwelt) und Soziales.

In der Praxis ist es sehr komplex, wenn nicht gar unmöglich, bei einer Beschaffung alle auf Umwelt und Gesellschaft entstehenden Kosten und Auswirkungen präzise zu erfassen und einander gegenüber zu stellen. Umso wichtiger ist es, dass der im neuen Beschaffungsrecht zum Ausdruck gebrachte politi-

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Im öffentlichen Beschaffungsrecht kündigt sich ein Paradigmenwechsel an. Bislang musste der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Neu tritt die Nachhaltigkeit als Zweck und Kriterium hinzu. Dabei geht es um weit mehr als die Verwendung eines Modeworts zur Steigerung der Popularität des nicht überall gleich beliebten Beschaffungswesens.

Rechtsanwalt Christoph Schärli gibt in seinem Schwerpunktbeitrag in dieser Ausgabe einen Überblick, worauf beim Nachhaltigkeitskriterium zu achten ist und illustriert dies plastisch an der sehr häufigen Ausschreibung von Transportleistungen und weiteren praxisrelevanten Beispielen.

Weiter finden Sie eine Übersicht zum Stand der Revision des Vergaberechts im Kanton Zürich. Denn anders als auf Bundesebene gilt das revidierte Beschaffungsrecht im Kanton Zürich noch nicht. Auch ein Update zur Simap-Plattform und den gut besuchten Schulungen ist enthalten.

Wir wünschen Ihnen einen guten Sommeranfang.

**Für das Redaktionsteam
Luca Albertin**

sche Wille, ein grösseres Augenmerk auf die Nachhaltigkeit von Beschaffungen zu legen, mit konkreten Massnahmen angegangen wird.

Nachfolgend wird der Fokus auf die Dimension der ökologischen Nachhaltigkeit bei Beschaffungen gelegt. Ökologische Nachhaltigkeit wird durch die Aspekte der Umweltverträglichkeit sowie der Ressourcenschonung und -effizienz definiert. Anhand von Beispielen zum Thema Transport wird illustriert, wie nachhaltiger beschafft werden kann und wo sich dabei verschiedene komplexe Fragen und Probleme stellen.

Das Verhältnis der Nachhaltigkeit mit den anderen Grundsätzen des Beschaffungsrechts

Der mit der neuen Gesetzgebung eingeführte Fokus auf die Nachhaltigkeit ändert nichts daran, dass die bisher geltenden Grundsätze des Beschaffungsrechts – insbesondere das Gebot des Sachzusammenhangs, der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismässigkeit – weiterhin zu beachten sind.

Vorgaben betreffend Nachhaltigkeit und entsprechende Kriterien müssen mit der konkret zu beschaffenden Leistung immer in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Sie müssen so ausgestaltet sein, dass sie effektiv eine Verbesserung auf Umwelt und Gesellschaft bewirken. Gleichzeitig dürfen sie aber das Ziel der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel und auch das Gebot der Gleichbehandlung (Diskriminierungsverbot) sowie andere öffentlichen Interessen nicht aushebeln.

Die drei «Stellschrauben» für mehr Nachhaltigkeit bei öffentlichen Beschaffungen

Die Nachhaltigkeit einer Beschaffung lässt sich grundsätzlich über drei verschiedene (nachfolgend als) «Stellschrauben» bezeichnete Massnahmen steuern:

- Evaluation/Definition der zu beschaffenden Leistung
- Technische Spezifikationen/Musskriterien
- Zuschlagskriterien

Evaluation/Definition der zu beschaffenden Leistung

Überlegungen zur Nachhaltigkeit sollten bereits bei der Beschaffungspolitik und der Evaluation der zu beschaffenden Leistungen angestellt werden. Es ist die Einkaufspolitik einer Vergabestelle, welche die Nachhaltigkeit der Beschaffung zum massgeblichen Teil beeinflusst. Der Entscheid, ein Gebäude zu sanieren statt abzureissen oder eine energieverschwendende Heizungsanlage durch eine effiziente und ressourcenschonende Lösung zu ersetzen, hat weitaus einen grösseren Einfluss auf die Nachhaltigkeit, als wenn man nicht nachhaltige Technologien/Lösungen beschafft und dann versucht, über die Festlegung der Zuschlagskriterien oder Musskriterien die «nachhaltigste» dieser Lösung zu evaluieren.

Bei der Definition der zu beschaffenden Leistung haben die Vergabestellen auch die grössten Freiheiten. So steht es im Ermessen der Vergabestellen, ihren Beschaffungsbedarf und die Beschaffungspolitik festzulegen. Der Entscheid, bei der Energieversorgung auf erneuerbare Technologien zu setzen oder bestimmte nachhaltigere Materialien beim Bau eines Gebäudes zu verwenden, steht im Ermessen der Vergabestelle. Entsprechend ist der Einfluss auf die Nachhaltigkeit bei dieser Stellschraube am grössten.

Technische Spezifikationen / Musskriterien

Art. 30 revlvöB legt fest, dass die Vergabestellen in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen festlegen können. Damit werden die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren definiert. Dabei haben sich die Vergabestellen soweit möglich und angemessen, auf internationale Normen, ansonsten auf in der Schweiz verwendete technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder Branchenempfehlungen abzustützen. Abs. 4 der Bestimmung sieht zudem ausdrücklich vor, dass Vergabestellen technische Spezifikationen zur Erhaltung der natürlichen Ressourcen oder zum Schutz der Umwelt vorsehen können.

Die Nachhaltigkeit kann entsprechend über die Festlegung von technischen Anforderungen und Musskriterien beeinflusst werden, in dem die Vergabestellen Vorgaben zu gewissen Schadstoffwerten, Labels für nachhaltige Produkte, Recycling, etc. in der Ausschreibung machen. Solche Spezifikationen sind sogenannte Musskriterien, welche von den Anbietenden zwingend einzuhalten sind.

Diese Musskriterien und Vorgaben dürfen – da es sich um zwingende Vorgaben handelt – jedoch nicht so ausgestaltet sein, dass einzelne Anbieter spezifisch bevorteilt oder diskriminiert werden. Zudem müssen die Vorgaben in einem Sachzusammenhang mit der Beschaffung stehen.

Vorgaben als Musskriterien rechtfertigen sich dann, wenn damit erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt verhindert werden können und diese Vorgaben auch sachlich in einem starken Zusammenhang mit dem Beschaffungsgegenstand stehen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss in diesem Kontext das «Auswirkungsprinzip» beachtet werden, d.h. es muss ein ökologischer Vorteil erzielt werden können. Dieser muss messbar bzw. überprüfbar sein. Zum Beispiel, wenn bei einem nachgefragten Rohstoff wie etwa Holz die Herkunft aus nachhaltiger Produktion / Herstellung verlangt wird und dieser Rohstoff einen wesentlichen Teil der ausgeschriebenen Leistung (etwa bei der Beschaffung von Holzschnitzeln, Holzbauten) ausmacht.

Über die Eignungskriterien die Nachhaltigkeit der Beschaffung zu steuern, ist dagegen meist unzweckmässig. Eignungskriterien sind anbieter- und nicht angebotsbezogen. Der sachliche Bezug zum Leistungsgegenstand gilt auch für Eignungskriterien. Möglich wären Eignungskriterien – aber nur bei Leistungen mit erheblichen Umweltauswirkungen – wie beispielsweise entsprechendes Know-how, Zertifizierungen oder Umweltmanagementsysteme.

Schulungen

Für Mitarbeitende der Kantonalen Verwaltung Zürich und der Zürcher Gemeinden organisiert die KÖB regelmässig Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen. Das ständige Angebot umfasst einen Einführungskurs (1 Tag) und einen Vertiefungskurs (1/2 Tag) und wird auch 2022 erneut angeboten. Die Termine sind auf der Bildungsplattform des Kantons Zürich aufgeschaltet www.lernen.zh.ch

Stand Beitritt Kanton Zürich zur IVöB 2019

Dem revidierten Konkordat (IVöB 2019) gehören mittlerweile die vier Kantone AI, TG, AG und SZ an. Auch im Kanton Zürich geht es vorwärts:

Das Beitrittsgesetz zur IVöB befindet sich momentan in der Beratung in der kantonsrätlichen Kommission für Staat und Gemeinden (STGK). Die Vorlage soll noch vor den Sommerferien dem Kantonsrat zur ersten Lesung überwiesen werden. Für die neue Submissionsverordnung (SVO) ist die Vernehmlassungsfrist Mitte Mai abgelaufen. Das BeiG IVöB und die SVO sollen durch den Regierungsrat gleichzeitig in Kraft gesetzt werden. Zum jetzigen Zeitpunkt ist eine zuverlässige Schätzung des Inkrafttretens schwierig. Es darf aber damit gerechnet werden, dass die Inkraftsetzung von Gesetz und Verordnung auf den Frühling 2023 erfolgen kann.

Zuschlagskriterien

Über die Festlegung von geeigneten nachhaltigen Zuschlagskriterien ist dagegen eine sachgerechte(re) Einbindung der Nachhaltigkeit in die Evaluation des Beschaffungsgegenstandes möglich. Um das vorteilhafteste Angebot zu ermitteln, hat die Vergabestelle festzulegen, welche Zuschlagskriterien neben dem Preis bewertet und wie diese gewichtet werden. Im Gegensatz zu Eignungskriterien sind diese Kriterien angebotsbezogen und keine Ausschlusskriterien, sondern fliessen entsprechend ihrer Gewichtung in die Bewertung mit ein.

Somit ist der Anwendungsbereich grösser, da nachhaltige Zuschlagskriterien ein Angebot nicht ausschliessen. Doch auch bei der Formulierung nachhaltiger Zuschlagskriterien ist dem Gebot der Nichtdiskriminierung und dem Gebot des Sachzusammenhangs Rechnung zu tragen, wie anhand den nachfolgenden Beispielen noch illustriert wird.

Die Umsetzung der Nachhaltigkeit bei Transportleistungen

Die Umsetzungen der drei Stellschrauben wird anhand Beispielen aus der Umsetzung der Nachhaltigkeit bei Transportleistungen illustriert. Nachhaltigkeit bei Transportleistungen beinhaltet die Auswirkungen der Transporte von Gütern und Personen auf die Umwelt durch Emissionen (Gase, Partikel, Lärm), Treibstoff- bzw. Ressourcenverbrauch, Materialverschleiss und Umweltgefährdung.

Evaluation/Definition der zu beschaffenden Leistung

Die Vergabestellen können bei der Beschaffungspolitik darauf achten, Leistungen zu wählen bzw. nachzufragen, welche per se einen weniger grossen Transportaufwand erfordern. So kann mit der Wahl von saisonalen Früchten und Gemüse für den Mittagstisch der Tagesschule dafür gesorgt werden, dass weniger Transportaufwand anfällt, ohne dass dies diskriminierend ist. Der Entscheid, im Winter Äpfel einzukaufen, anstatt Beeren einzufliegen, ist ein sachlicher Beschaffungsentscheid. Genauso kann etwa bei der Beschaffung von Fahrzeugen die Nachhaltigkeit verbessert werden, in dem bei der Beschaffung einer neuen Fahrzeugflotte für das Bauamt auf Elektrofahrzeuge gesetzt wird.

Meist stellen die Transporte aber nur eine Nebenleistung der zu beschaffenden Lieferung oder einer Bauleistung dar. Entsprechend ist die Stellschraube der Definition des Beschaffungsbedarfs im Vergleich zu anderen Beschaffungskategorien im Bereich der Transporte von untergeordneter Bedeutung.

Technische Spezifikationen / Musskriterien

Aus demselben Grund sind auch Musskriterien betreffend Nachhaltigkeit in Bezug auf Transportmittel und Transporte bei öffentlichen Beschaffungen oft heikel. Isolierte Vorgaben, wie etwa, dass eine Bauunternehmerin ihre Materialien nur mit Elektrofahrzeugen oder nur aus einem gewissen Umkreis auf die Baustelle anliefern darf, sind unzulässig. Einerseits würden zu viele Anbieterinnen von einer Teilnahme ausgeschlossen bzw. wegen ihrem Standort diskriminiert, zum anderen ist der Transport der Baumaterialien nur ein (meist kleiner) Teil der Leistungen eines Bauunternehmens, weshalb der absolute Fokus auf den Transport gegen das Gebot des Sachzusammenhangs verstossen würde.

Musskriterien oder die Vorgabe, dass nur Anbietende innerhalb einer bestimmten Fahr-/Transportdistanz zum Verfahren zugelassen werden, sind allgemein betrachtet zu diskriminierend. Der Ausschluss einer Transportart, wie der Transport von Gütern innerhalb einer Lieferkette mit Flugzeugen, können – sofern dies keine diskriminierenden Auswirkungen hat – in bestimmten Fällen aber zulässig sein. Dies dann, wenn es für alle Anbieter möglich ist, diese Güter auch auf dem Land- bzw. Wasserweg zu beschaffen und der Transport bzw. die damit ausgestossenen Emissionen einen beträchtlichen Teil des Beschaffungsgegenstandes ausmachen.

Stellen die Transportleistungen Hauptleistungen dar (wie z.B. regelmässige Personen oder Warentransporte), wäre es m.E. auch zulässig, die Erbringung dieser Leistung mittels Elektrofahrzeugen vorzuschreiben. Da in einem solchen Fall der Transport ein wesentlicher bzw. der Hauptteil der Leistung ausmacht, können sich solche Vorgaben betreffend die Transportart bzw. die dazu benutzten Fahrzeuge sachlich rechtfertigen. Auch da ist aber zu beachten, dass dadurch der Kreis der Anbieter nicht zu stark eingeschränkt wird. Dies bedeutet aber nicht, dass die Vergabestellen nicht auch (anfänglich) einschränkende Vorgaben machen dürfen. Denn nur so kann eine Dynamik im Markt entstehen, die dazu führt, dass die Anbieter nachhaltigere Transportmittel wählen und solche Transporte anbieten.

Zuschlagskriterien

Bei den Zuschlagskriterien besteht aufgrund der Gewichtung, welche die Sachlichkeit besser gewährleisten kann, mehr Spielraum. Auch dieser hat aber Grenzen. So ist das Abstellen bzw. die Bewertung der reinen Anfahrtswege nicht nur diskriminierend, sondern auch unsachlich, da die Anfahrtswege unter dem Gesichtspunkt des Umweltschutzes nicht allein massgebend sind. Vielmehr müssten auch die Transportwege der Güter zur Anbieterin, der Verbrauch/Schadstoffausstoss der verwendeten Fahrzeuge und das Lieferkonzept mitberücksichtigt werden.

Räumliche Beziehungen können aber in ein Zuschlagskriterium zur Nachhaltigkeit integriert werden, sofern dieser (Transport) Faktor beträchtlich ins Gewicht fällt. So bei fahrtintensiven und langfristigen Transport- und Lieferaufträgen. Bei einmaligen oder kurzen Lieferungen, ist das räumliche Kriterium zum vornherein vernachlässigbar. Ob ein Anbieter nun 20km weniger Anfahrtsweg hat, als seine Konkurrenz, ist im Hinblick auf die Ökologie nur marginal relevant, insbesondere wenn der Transport nicht die Hauptleistung ist. Bei einer einmaligen Lieferung

Neues Simap.ch

Das Projekt KISSimap.ch soll die bestehende Ausschreibungsplattform simap.ch als moderne Webanwendung bis Juli 2023 ablösen und zwar mit einfacher und intuitiver Bedienung, effizienter Handhabung und einfacher Anbindung an die Umsysteme. Der aktuelle Stand sowie Vcasts zu den ersten Schritten finden Sie auf www.kissimap.ch

können nur unverhältnismässig lange Beschaffungswege negativ berücksichtigt werden.

Wenn es sich beim Transport um eine blosser Nebenleistung der nachgefragten Hauptleistung handelt, stellt sich auch die Frage, inwieweit die Nachhaltigkeit des Transportes der Qualität der nachgefragten Hauptleistung gegenübergestellt werden kann. Eine zu starke Gewichtung und damit Fokussierung auf die Transportleistung und deren Nachhaltigkeit kann dazu führen, dass schlussendlich ein Angebot den Zuschlag erhält, welches allenfalls betreffend die Lieferung sehr nachhaltig ist, die Leistung bzw. der Beschaffungsgegenstand aber selber qualitativ und allenfalls auch ökologisch unterdurchschnittlich ist. So bleiben schadstoffbelastete Materialien unökologisch, selbst wenn deren Anlieferung mit sehr nachhaltigen Transportmitteln erfolgt.

Die Rechtsprechung hat diese Überlegung so formuliert, dass die Transportdistanz dann nicht berücksichtigt werden darf, wenn der Transportvorgang insgesamt eine nebensächliche Rolle spielt (vgl. dazu VGer ZH VB.2010.00568 und BGer Entscheid vom 31. Mai 2000, 2P.342/1999, E. 4a). Wenn dagegen der Transport wie bei regelmässigen Entsorgungsleistungen oder Aushubarbeiten stärker ins Gewicht fällt, ist die Berücksichtigung der Auswirkungen der Transporte auf die Ökologie gerechtfertigt. Dabei sollte aber nicht allein die Distanz bewertet werden, sondern es sind alle relevanten Faktoren, wie Transportmittel, Treibstoffverbrauch und auch die vorangehenden bzw. nachgelagerten Liefer- und Entsorgungsketten mitzuberücksichtigen.

Die Berücksichtigung der Nachhaltigkeit von Transporten bei den Zuschlagskriterien ist somit komplex. Auch wenn niemals die «perfekte» Nachhaltigkeit gemessen werden kann, so gibt

es doch verschiedene Ansätze, die einer guten Gesamtbeurteilung nahekommen. Dies kann die Abgabe bzw. das Einverlangen eines Lieferkettenkonzepts sein, in welchem die Anbieter darlegen müssen, mit welchen Überlegungen und Massnahmen sie ihre Lieferkette in Bezug auf die ökologischen Auswirkungen überprüfen, auswählen und verbessern.

Weiter kann auch eine Transport-Ökobilanz verlangt werden, worin die Anbieter nachvollziehbar die Umweltauswirkungen der Transportleistungen deklarieren müssen, oder eine Deklaration der gesamten Lieferkette abgeben müssen. Die Beachtung einer gesamten Lieferkette von der Herstellung bis zur Vergabestelle kann im Rahmen eines verhältnismässig gewichteten Zuschlagskriteriums durchaus als griffiges Kriterium betrachtet werden. Denn auch hier gilt: Das Gebot der Nichtdiskriminierung bedeutet nicht, dass Lieferketten und deren Ökobilanz in einer Beschaffung nicht berücksichtigt und bewertet werden dürfen - entscheidend ist, dass dies im Rahmen einer sachgerechten Gesamtbetrachtung geschieht.

Fazit

In wie weit bei öffentlichen Beschaffungen die Transportwege, Transportmittel und die entsprechenden Auswirkungen auf die Ökologie bei Muss- oder Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können, bestimmt sich nach dem Verhältnismässigkeit- und Auswirkungsprinzip. Entscheidend ist, wie der Transport in der Gesamtbetrachtung der Beschaffung ins Gewicht fällt. Dabei darf die Nachhaltigkeit des Transports nicht isoliert betrachtet werden (es sei denn es handelt sich um reine Transportbeschaffungen), sondern muss im Zusammenhang mit allen für die betreffende Beschaffung relevanten Auswirkungen auf die Ökologie gewichtet und bewertet werden.

Ein effektiver und wirksamer Paradigmenwechsel betreffend die Nachhaltigkeit bei Beschaffungen wird somit trotz der Gesetzesrevision nicht von sich aus eintreten. Ein Fortschritt in dieser Hinsicht wird von Anbieterseite wie auch den Vergabestellen beidseits Anstrengungen und auch Mut erfordern, sich auf die Herausforderung einzulassen. Es wird dazu auch Fehlversuche und Beschwerdeverfahren brauchen. Denn auch die Rechtsprechung muss sich im Bereich der nachhaltigen Kriterien entwickeln und allenfalls anpassen können, nur so kann eine Verbesserung der Nachhaltigkeit bei öffentlichen Beschaffungen erreicht werden.

Redaktion Luca Albertin, Gesundheitsdirektion Kanton Zürich; Cyrill Bühler, Thalheim an der Thur; Urs Keller, Urdorf; Laura Locher, Stadt Zürich; Petra Luchsinger, Baudirektion Kanton Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur

Layout BDkom

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

Internet www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug

kdmz, Räfelfstrasse 32, 8090 Zürich

Telefon 043 259 99 30

E-Mail publikationen@kdmz.zh.ch