

Hans Rudolf Spiess dipl. Bauing. ETH und lic. iur.
Marie-Theres Huser lic. iur., Rechtsanwältin
Mitarbeiter:
Michael P. Merz dipl. Bauing. FH, Rechtsanwalt

8034 Zürich, Postfach, Höschgasse 66
Telefon 044 383 10 50, Telefax 044 383 27 38
www.baurecht.ch, buero@baurecht.ch

7. Kolloquium "Baurecht heute" vom 16. Januar 2008

im Auditorium Maximum an der ETH Zürich

Garantiert das Submissionsrecht wirklich das wirtschaftlich günstigste Bauwerk?

Referat von Marie-Theres Huser, lic. iur. Rechtsanwältin

Die Vergabeverfahren im Zusammenhang mit dem Jahrhundertbauwerk NEAT, einerseits im Zusammenhang mit Los 151 in Erstfeld 2006 und andererseits im Zusammenhang mit der Vergabe der Bahntechnik 2007 und die mit den Beschwerdeverfahren verbundenen Verzögerungen und Kosten, haben das öffentliche Beschaffungsrecht medial in den Fokus des allgemeinen Interesses gerückt. In beiden Fällen stand neben der AlpTransit Gotthard AG die Politik, und insbesondere Herr Bundesrat Moritz Leuenberger, als Verkehrsminister, unter enormem Druck, etwas zu unternehmen. Ich enthalte mich hier eines Kommentars zur massiven Einflussnahme der Exekutive in den Entscheidprozess der Judikative. Die Würdigung allein dieser Frage der Gewaltentrennung würde den zeitlichen Rahmen meines heutigen Referates sprengen. Vielmehr werde ich mich im Folgenden darauf beschränken, Ihnen eine Antwort auf den Referatstitel zu geben und gleichzeitig mit Forderungen an den Gesetzgeber zu schliessen. Mein Referat werde ich in folgende drei Teile gliedern:

1. Einige Merkmale zum öffentlichen Beschaffungswesen
2. Total- und Generalunternehmervergaben und die zunehmende Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privaten im Bereich von Infrastrukturvorhaben
3. Das neue Beschwerdeverfahren seit 1. Januar 2007, die aufschiebende Wirkung und Forderungen de lege ferenda

Nicht eingehen werde ich auf die möglichen Vorgehensweisen bei der Bewertung der einzelnen Angebote. Immerhin kann ich mich aber nicht zurückhalten mit der Kritik an den Anforderungen der früher zuständigen Rekurskommission. Beim unseligen Verfahren um die Vergabe in Erstfeld wurde über die verlangte Sensitivitätsanalyse – also die Ermittlung eines erwarteten Abrechnungswertes – eine nicht zu erreichende Sicherheit gesucht. Ebenso wenig verständlich ist das kategorische Verdammnis der 2-stufigen Bewertung, wobei in der 2. Stufe nur noch der Preis massgebend sein soll. Es ist zu hoffen, dass das Bundesverwaltungsgericht eine differenziertere Meinung dazu entwickelt.

7. Kolloquium "Baurecht heute" vom 16. Januar 2008

1. Merkmale zum öffentlichen Beschaffungswesen

1.1 Definition öffentliches Beschaffungswesen

Im Entscheid vom 26. April 1999 (BGE 125 I 214) hat das Bundesgericht den Begriff der öffentlichen Beschaffung wie folgt definiert:

"Gesamtheit der Leistungen, die ein öffentlicher Auftraggeber – allenfalls auch ein privater Auftraggeber der öffentliche Aufgaben erfüllt oder durch die öffentliche Hand mehrheitlich beherrscht oder subventioniert wird – bei privaten Anbietern auf privatrechtlicher Basis gegen Bezahlung erwirbt."

(Übersetzung aus dem französischen Originaltext)

Bereits aus dieser Definition lassen sich die Probleme erahnen, die im Zusammenhang mit sogenannten Public Private Partnerships (PPP), wie sie immer öfter ausgestaltet werden, ergeben können. Oft ist die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe innerhalb einer PPP vermischt mit Investitionsinteressen des Privaten. Oder die öffentliche Hand verkauft beispielsweise ein grosses Areal an den Privaten mit der Auflage, darauf auf eigene Kosten ein Schulhaus zu erstellen und zu unterhalten; die öffentliche Hand übernimmt das Gebäude mietweise. Doch dazu später.

1.2 Öffentliches Beschaffungswesen und seine Bedeutung in der Schweiz

Die Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen, ausgehend von GATT/WTO und bilateralen Abkommen mit der EU, und besonders die Rechtsprechung hat in den vergangenen 11 Jahren das Beschaffungswesen geprägt. Ein Blick auf das jährliche Vergabevolumen der Schweiz von ca. CHF 36 Milliarden zeigt die enorme volkswirtschaftliche Bedeutung der Beschaffungen von Bund, Kantonen und Gemeinden in unserem Land. Die NEAT-Gesamtkosten werden heute mit ca. CHF 25 Milliarden veranschlagt, und dies über eine Bauzeit von rund 10 Jahren. Diese Relation zeigt auf, wie immens hoch die Bedeutung der Beschaffungen der öffentlichen Hand für die schweizerische Volkswirtschaft jährlich wirklich ist.

Die häufigsten Beschwerdegründe im Submissionsverfahren sind:

- Bevorzugung/Diskriminierung eines Anbieters
- Mangelnde Transparenz, Kriterien, Gewichtung
- Vorbefassung/Ausschluss eines Anbieters
- Formfehler der Vergabestellen

1.3 Verfahrensgrundsätze, -anwendung und Schwellenwerte

Aus den eben genannten häufigsten Beschwerdegründen lassen sich die einzuhaltenen Verfahrensgrundsätze weitgehend ablesen. Als wichtigstes Ziel und Grund der ganzen Gesetzgebung im öffentlichen Beschaffungswesens ist aber die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel als oberstes Prinzip zu nennen. Dieses von uns allen als Steuerzahler sicher begrüßte Prinzip zeigt in der Praxis aber doch einige Tücken. So garantiert eine Vergabe an den billigsten Anbieter keineswegs das auch wirtschaftlich günstigste Angebot. Allenfalls bei absolut standardisierten Produkten kann der Preis das massgebende Kriterium sein. Bei komplexeren Beschaffungen jedoch werden die Bewertungen der verschiedenen Kriterien schwieriger, die Verfahren aufwändiger und länger.

Zu beachten bei der Wahl der Verfahren ist in erster Linie die Frage, ob eine öffentliche Beschaffung den Regeln des Staatsvertragsbereichs (WTO, bilaterale Abkommen CH-EU, EFTA) zu unterstellen ist und demnach lediglich ein offenes oder selektives Verfahren in Frage kommt, oder ob es sich um eine Beschaffung im Nicht-Vertragsbereich handelt, welche der Interkantonalen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen untersteht und je nach Auftragswert auch ein Einladungs- oder freihändiges Verfahren zulässig ist.

Die massgeblichen Schwellenwerte je für den Staatsvertrags- und Nicht-Staatsvertragsbereich streife ich hier nur kurz, um sie Ihnen in Erinnerung zu rufen. Wie Sie wissen, sind seit 2002 neben Bund und Kantonen auch die Gemeinden den Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens unterstellt.

Im Staatsvertragsbereich, wo grundsätzlich nur offenes oder selektives Verfahren zulässig ist, gibt es die sogenannte Bagatellklausel (Art. 7 revIVöB), welche bei Bauaufträgen von weniger als CHF 2 Mio. und unter 20% der Gesamtkosten des Bauwerkes ausnahmsweise die freihändige Vergabe zulässt. Die freihändige Vergabe ist hier allerdings auch nur dann zulässig, wenn damit die für den Nicht-Staatsvertragsbereich vorgesehenen Verfahren und Schwellenwerte eingehalten sind.

2. Vergabe an Total-/Generalunternehmer

2.1 Immer häufiger führen Gemeinwesen Totalunternehmer-/Generalunternehmer-Ausschreibungen durch. In erster Linie wählen sie diese Gruppe der Anbieterinnen, weil sie damit einerseits den administrativen Aufwand für die Submission minimieren, Rechtsmittelverfahren nur in einer Vergabe befürchten müssen und sich eine grössere Kostensicherheit versprechen. Ob sich diese Hoffnungen der Vergabebehörde erfüllen, hängt weitestgehend davon ab, wie detailliert und kompetent die vorangegangene Planung und wie genau definiert das ausgeschriebene Projekt ist. Jede Abweichung von der Aus-

schreibung wird unweigerlich zu Nachträgen, Diskussionen, vielleicht auch gerichtlichen Auseinandersetzungen führen (Claim Management). In diesem Zusammenhang nicht unerheblich ist die Tendenz der Vergabebehörden, möglichst stark auf die Realisierung des Bauwerkes Einfluss zu nehmen. Dieser Wunsch kann zweifellos sachlich gerechtfertigt sein, birgt aber die grosse Gefahr in sich, besonders wenn künftige Nutzer ebenfalls noch ein Mitspracherecht reklamieren, zu Mehrkosten zu führen.

2.2 Public Private Partnership

In jüngerer Zeit haben Gemeinwesen unter dem Druck der leeren Staatskassen einerseits und andererseits wohl auch zwecks Umgehung der aufwendigen Submissionsverfahren die Zusammenarbeit mit privaten Investoren auf vielfältige Art gesucht. Dabei stand regelmässig die Realisierung von kostenaufwändigen Infrastrukturbauten im Vordergrund. Unabhängig davon, ob nun eine grössere Quartierüberbauung inklusive Erschliessungsstrassen, Lärmverbauungen entlang von Autobahnen oder die Erstellung eines Schulhauses oder Werkgebäudes inkl. Verkauf der benötigten Grundstücksfläche einem privaten Investor übertragen wurde – es stellen sich im Zusammenhang mit den Bestimmungen zum öffentlichen Beschaffungswesen und dessen Definition einige heikle Fragen. Einerseits ist eine Umgehung der Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens möglichst zu verhindern und andererseits ist die Beteiligung privater Investoren an einer angestrebten städtebaulichen Entwicklung allenfalls erwünscht und ohne Zweifel fiskalisch und volkswirtschaftlich interessant. Zur Zeit existieren erst wenige höchstrichterliche Entscheide zu solchen Public Private Partnerships und Meinungen in der Lehre, inwieweit solche Projekte den Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens unterstellt sein sollen, sind uneinheitlich. In Anlehnung an Lehre und Rechtsprechung in Deutschland kommt Dr. iur. Martin Beyeler in seinen Anmerkungen zum Entscheid Tischmacherhof, Galgenen (2C_116/2007 vom 10. Oktober 2007) zum Schluss, "für die Annahme eines Bauauftrages (oder einer Baukonzession) reicht es aus, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer mit der Erstellung (gegebenenfalls einschliesslich Planung) von Bauwerken/Bauvorhaben entsprechend seinen Erfordernissen beauftragt. Demgegenüber ist es nicht Voraussetzung, dass der Auftraggeber damit einen eigenen Bedarf befriedigen will."

"Dass einer Baukonzession ein Grundstücksverkauf vorangehe, ist nach dieser Praxis, die sich in Deutschland durchzusetzen scheint, kein entscheidender Grund für eine Befreiung des gesamten Geschäftsteils "Landverkauf mit Verpflichtung zur Erstellung und gegebenenfalls zum Betrieb privater Bauten" von der Geltung des Vergaberechts."

"Der mit dem Geschäft zusammenhängende Grundstücksverkauf vermag diese Qualifikation (Baukonzession) auch nicht umzustossen, denn erstens stellt er bloss die Ermöglichung des ganzen Projektes (und nicht das Projekt selber) dar, und zweitens gilt m.E. für unzertrennliche Geschäfte, dass diese namentlich dann immer integral dem Vergaberecht zu unterstellen sind, wenn ihr vergaberechtlich relevanter Teil für sich ge-

nommen den einschlägigen Schwellenwert erreicht und wenn ihr Hauptzweck nicht rein fiskalischer Natur ist. Dies bedeutet namentlich, dass es bei der Erfüllung dieser Voraussetzungen nicht darauf ankommt, ob der vergaberechtlich erfasste Teil finanziell gewichtiger sei, als der vergaberechtsfreie Teil."

Obwohl diese Qualifikationen eine Tendenz hin zur Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht aufzeigen, bleiben diverse Fragen in diesem Zusammenhang offen. Insbesondere wird ein privater Investor, der als solcher grundsätzlich den Regeln des Beschaffungswesens nicht unterstellt ist, die finanziellen und zeitlichen Aspekte eines Vergabeverfahrens, das oft noch gepaart mit Zonenplanänderungen und Gestaltungsplänen sein dürfte, wohl eingehend prüfen.

2.3 Gestaltungsspielraum der öffentlichen Hand

Der Gestaltungsspielraum der öffentlichen Hand im Verfahren bei öffentlichen Beschaffungen ist sehr eingeschränkt und die administrative Belastung, insbesondere von Kantonen und Gemeinden für verhältnismässig kleinere Beschaffungen durch die Submissionsverfahren ist gross. Diese beiden Randbedingungen machen die Versuchung gross, nach neuen Modellen einer Vergabe kreativ zu suchen. Ob damit dem Ziel der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel noch die nötige Priorität eingeräumt wird, ist zumindest zweifelhaft. In unserer täglichen Arbeit stellen wir fest, dass aus vielfältigen Beweggründen heraus auch immer wieder die Möglichkeit einer freihändigen Vergabe angestrebt wird. Diese ist unter den massgebenden Schwellenwerten jederzeit möglich. Über den Schwellenwerten aber nur unter ganz restriktiven Bedingungen, wie beispielsweise:

- an Wettbewerbssieger
- Voraussetzungen für Bagatellklausel sind erfüllt
- kein brauchbares Angebot aus einem durchgeführten Submissionsverfahren
- unvorhersehbare Ereignisse
- und vieles mehr (VoeB 13; kantonal beispielsweise Submissionsverordnung Zürich § 10).

In all diesen freihändigen Vergaben über den massgebenden Schwellenwerten muss der Zuschlag publiziert werden.

2.4 Aus all dem Gesagten ergeben sich einige Binsenwahrheiten, deren Beachtung aber keineswegs eine Selbstverständlichkeit darstellen, aber für das Erreichen des Ziels – des wirtschaftlich günstigsten Angebots – unerlässlich sind, nämlich:

- fachlich kompetente Planer erstellen vor Ausschreibung ein klar definiertes Projekt und die einzelnen Leistungen werden nicht "zerstückelt", wo eine Aufteilung nicht geboten ist;

7. Kolloquium "Baurecht heute" vom 16. Januar 2008

- ist eine Losbildung nötig, ist den Schnittstellen besondere Beachtung zu schenken;
- das Aneinanderreihen von Vergaben an den jeweils billigsten Anbieter garantiert nicht das wirtschaftlich günstigste Gesamtobjekt. Vor allem wenn am Anfang bei der konzeptionellen Denkarbeit (intellektuelle Dienstleistungen) Aufwand, Know-how und Kosten minimiert werden.

2.5 De lege ferenda

Die Feststellungen bezüglich administrativem und auch finanziellem Aufwand für Vergabeverfahren, besonders auf Gemeinde- und Kantonsstufe, drängen eine volkswirtschaftliche Gesamtbetrachtung geradezu auf. Eine Studie der Universität St. Gallen zu den volkswirtschaftlichen Kosten bei öffentlichen Ausschreibungen von Planeraufträgen unter der Leitung von Herrn Prof. Dr. Franz Jäger zeigt klar auf, dass offene und selektive Vergabeverfahren für Auftragswerte unter CHF 800'000.00 einen volkswirtschaftlichen Unsinn darstellen. Diese Untersuchung unterstützt eindrücklich die Forderung, die Schwellenwerte für das offene oder selektive Verfahren deutlich heraufzusetzen und damit einen wirklich effizienten Wettbewerb überhaupt erst zu ermöglichen.

3. Beschwerdeverfahren seit Januar 2007

Im Zusammenhang mit den Diskussionen rund um die Vergaben der NEAT hat die Frage der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden für Diskussionsstoff gesorgt. Dabei ist auch hier einmal mehr zu betonen, dass die Submissionsbeschwerde nach dem Willen des Gesetzgebers keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 28 BoeB; Art. 17 revIVöB). Problematisch in diesem Zusammenhang ist die Praxis – früher der Rekurskommission, heute des Bundesverwaltungsgerichts – für die Beurteilung eines Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung einen unnötigen Aufwand zu betreiben und sehr viel Zeit dafür zu beanspruchen. Verlangt ist eine sogenannte prima facie-Würdigung der Beschwerde und nicht eine materielle Prüfung, die bereits einen Endentscheid ermöglicht. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, warum vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung bereits meterweise Bundesordner-Akten hinsichtlich eines zu gewährenden Akteneinsichtsrechts (s. ZE i.S. ATG/Bahntechnik vom 16.11.07 über Akteneinsichtsrecht [2 Fragen] = 23 Seiten!) geschwärzt und Instruktionsverhandlungen durchgeführt werden. Die Gerichtspraxis hat den Grundsatz des Gesetzes faktisch ins Gegenteil gekehrt, indem die aufschiebende Wirkung mit der Begründung gewährt wird, dass der Gesuchsteller bei Gutheissung der Beschwerde einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil erleiden würde. Diese Praxis sollte vom Bundesverwaltungsgericht möglichst geändert werden. Die prima facie-Würdigung einer Beschwerde hat sich meines Erachtens darauf zu beschränken, rasch möglichst den Sachverhalt hinsichtlich

formeller Verfahrensfehler im Submissionsverfahren zu prüfen. Diese Prüfung hat summarisch und innert einer gesetzlich neu festzusetzenden Frist zu erfolgen. Die von Herrn Bundesrat Moritz Leuenberger geforderte Erleichterung nur bezüglich grosser Infrastrukturvorhaben des Bundes ist weder sachlich noch volkswirtschaftlich der richtige Weg. Meines Erachtens sind alle Vergaben im öffentlichen Beschaffungswesen bezüglich Rechtsmittelverfahren und Behandlungseffizienz durch die Gerichte gleich zu behandeln. Diese Ansicht rechtfertigt auch das eingangs erwähnte beachtliche Volumen der Beschaffungen der Gemeinden und Kantone.

3.1 *Beschwerdefähigkeit von Zwischenentscheiden*

In diesem Zusammenhang ist auch die Beschwerdefähigkeit von Zwischenentscheiden, also auch des Entscheids über ein Gesuch um aufschiebende Wirkung, einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Ein Blick in die seit Bestehen des neuen Bundesgerichtsgesetzes ergangenen Entscheide zeigt augenfällig, dass die von einer Expertenkommission begleitete Totalrevision der Bundesrechtspflege ihr Hauptgewicht auf den Rechtsschutz in Zivil- und Strafsachen sowie im Sozial- und Ausländerrecht hat. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Beschaffungswesen spielt eine äusserst untergeordnete Rolle. Dementsprechend rechtfertigt sich meiner Meinung nach eine spezielle Regelung für die Beschwerden im Beschaffungswesen, insbesondere rechtfertigt sich die Streichung der Beschwerdefähigkeit von Zwischenentscheiden in Submissionssachen gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG. Nach dem gerichtlichen Entscheid über ein Gesuch zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung muss die Vergabebehörde frei sein, den Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger zu schliessen.

3.2 *Forderungen an den Gesetzgeber und Fazit*

Zusammenfassend sind also folgende Forderungen an den Gesetzgeber zu stellen:

- A. Die Schwellenwerte nach BoeB und IVöB sind zu erhöhen.
- B. Die Behandlungsfristen von Beschwerden und insbesondere von formellen Gesuchen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung oder Akteneinsicht sind gesetzlich zu eliminieren.
- C. Die Prüfung einer Beschwerde hat nur prima facie, d.h. nicht im Detail materiell zu erfolgen und sich auf formelle Mängel im Vergabeverfahren zu beschränken.
- D. Die Behandlung von Gesuchen um Akteneinsicht und allfällige Instruktionsverfahren haben erst nach dem Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu erfolgen.

7. Kolloquium "Baurecht heute" vom 16. Januar 2008

- E. Die Beschwerde gegen Zwischenentscheide in Submissionsbeschwerde-Verfahren – sowie die Beschwerde über die aufschiebende Wirkung – ist neu auszuschliessen. Wenn nicht, ist auf jeden Fall eine max. 10-tägige Frist vorzusehen. Die 30 Tage Beschwerdefrist bei Zwischenentscheiden steht in keinem Verhältnis zu den lediglich 20 Tagen, welche für die ganze Submissionsbeschwerde gelten.
- F. Die von Bundesrat Leuenberger geforderte Sonderlösung für grosse Infrastrukturvorhaben ist untauglich und ungerecht.
- G. Das öffentliche Beschaffungswesen ist für die Beschaffung intellektueller Dienstleistungen nur beschränkt tauglich.

Mein Fazit ist kurz und bündig die Antwort auf die Frage im Referatstitel:

JA, die Vergabe an den Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot ist möglich. Ich plädiere aber dafür,

- dass der Auftraggeberin ein gewisser Gestaltungsspielraum bleibt, denn Sensitivitätsanalysen spiegeln Sicherheit nur vor;
- dass bei der Festsetzung der Schwellenwerte die volkswirtschaftlichen Kosten der vorgeschriebenen Verfahren berücksichtigt werden;
- dass Honorare für prospektive und kompetente Planer gut investiertes Geld sind.