

Merkmale für Vergabestellen der Gemeinden

In der Schweiz werden pro Jahr im Umfang von rund 30 Milliarden Franken Staatsaufträge an Private vergeben. Das Gemeinwesen beschafft sich die für die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben nötigen Sachmittel und Leistungen in grossem Umfang durch den Abschluss von Rechtsgeschäften mit Dritten. Bis Mitte der neunziger Jahre genossen die Verwaltungen in der Schweiz im Bereich des «Submissionsrechts» grosse Freiheiten. Dies hat sich inzwischen geändert. Die heute im Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens gültigen Regelungen haben das Ziel, das Submissionsverfahren transparent und nachvollziehbar zu gestalten.

Das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (in Kraft seit 1. Januar 1996) verlangt die Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung. Ausserdem enthält es Bestimmungen über die Ausschreibung und die Vergabeverfahren und verlangt schliesslich die Einführung eines Rechtsmittelsystems.

Seit 1. Januar 1996 werden aufgrund des WTO-Abkommens der Bund und die Kantone sowie öffentliche Unternehmen aller Stufen in den Sektoren Wasser, städtischer Verkehr und Energie den WTO-Regeln über die Ausschreibung und die Vergabe von Aufträgen für Güter, Dienstleistungen und Bauaufträge unterstellt, sofern die Aufträge gewisse (finanzielle) Schwellenwerte überschreiten.

Im Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über das öffentliche Beschaffungswesen (in Kraft seit 1. Juni 2002) wurde zwischen den Parteien vereinbart, den Geltungsbereich des WTO-Abkommens auszudehnen. Danach sind neu auch die Sektoren Telekommunikation und Schienenverkehr erfasst. Ausserdem dehnt die Schweiz den Geltungsbereich des GATT/WTO-Abkommens auf alle Beschaffungen der Gemeinden und Bezirke aus sowie auf solche von konzessionierten bzw. aufgrund eines besonderen oder ausschliesslichen Rechts tätigen privaten Unternehmen. Die Ausdehnung des Geltungsbereichs des GATT/WTO-Übereinkommens erfolgt allerdings nur gegenüber Anbietern aus der EU. Das bilaterale Abkommen machte somit Änderungen im Beschaffungsrecht des Bundes, der Kantone und Gemeinden nötig.

Schwellenwerte für Bauarbeiten und Dienstleistungen

Bereits bisher unterstanden die Gemeinden submissionsrechtlichen Regelungen, die teilweise in kantonalen Gesetzen und teilweise in Gemeindeerlassen festgeschrieben waren. Es handelte sich dabei jedoch in erster Linie um Bestimmungen im Hinblick auf das Verhältnis zwischen den Anbietern verschiedener Kantone und Gemeinden innerhalb der Schweiz. Mit der Ausdehnung der Anwendbarkeit der GATT/WTO-Bestimmungen auf die kommunale Ebene



Gemeinden müssen bei Ausschreibungen für Bauaufträge über 9,575 Mio. Fr. auch die internationalen Vorgaben berücksichtigen. (Bild: Steff Schneider)

müssen die Gemeinden bei ihren Beschaffungen neu auch die internationalen Vorgaben berücksichtigen. Dies gilt aber nur, falls es sich um solche im Staatsvertrag definierten Aufträge handelt (Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge). Ausserdem müssen die im Staatsvertrag aufgeführten Schwellenwerte überschritten sein. Für Gemeinden liegen die Schwellenwerte bei 9 575 000 Fr. für Bauarbeiten und bei 383 000 Fr. für Lieferungen und Dienstleistungen. In diesen Fällen muss der Auftrag so ausgeschrieben werden, dass die Ausschreibung international wahrgenommen werden kann.

Im Folgenden soll ein Überblick über einige der aktuellen beschaffungsrechtlichen Fragen, mit welchen sich die Vergabestellen der Gemeinden zu beschäftigen haben, gegeben werden.

Begriffsdefinition öffentliches Beschaffungsgeschäft

Eine grundlegende Schwierigkeit im Bereich

des öffentlichen Beschaffungsrechts besteht in der Unklarheit, welche Art von Geschäften überhaupt in dessen Anwendungsbereich fällt. Das Bundesgericht betonte vor nicht allzu langer Zeit, beim öffentlichen Beschaffungsgeschäft müsse der Staat quasi als «Konsument» für die Erfüllung seiner Aufgaben bei privaten Firmen («Produzent») unter Einsatz finanzieller staatlicher Mittel Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beschaffen. Deshalb stelle die Erteilung einer Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund an eine private Firma kein «öffentliches Beschaffungsgeschäft» dar. Es gehe dabei insbesondere nicht um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe¹.

Wo eine Leistung hingegen in Erfüllung einer Staatsaufgabe ausgelagert wird und durch einen Privaten auf dessen Rechnung und Gefahr unter staatlicher Aufsicht erfüllt wird, spricht sich die Eidgenössische Rekurskommission für die Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts aus². Das

Verwaltungsgericht des Kantons Waadt konkretisiert jedoch zu Recht, es komme kein Vergaberecht zur Anwendung, wenn der Staat eine Tätigkeit durch eine öffentlich-rechtliche Organisation ausführen lassen wolle.³

Offenes, selektives, Einladungs- und Freihandverfahren

Das öffentliche Beschaffungsrecht kennt das offene sowie das selektive Verfahren, das Einladungsverfahren und die Freihandverfahren. Ein wichtiges Kriterium für die Wahl des richtigen Verfahrens ist der sog. Schwellenwert, d.h. der finanzielle Umfang eines Auftrages. In den betreffenden Vergabegesetzen wird vielfach vorgesehen, dass sich die Vergabestelle bei der Wahl der Verfahrensart auf eine vorgängige Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme abstützen hat. Es darf dabei aber nicht zu knapp kalkuliert werden. Insbesondere ist die Verfahrensart aufgrund der oberen Bandbreite der Schätzung auszuwählen. Die Behörde ist jedoch immer berechtigt, auch ein höherstufiges Verfahren anzuordnen. So kann sie sich also in jenen Fällen, wo die freihändige Vergabe zulässig wäre, auch freiwillig für die Durchführung des Einladungsverfahrens oder einer anderen Verfahrensart entscheiden.⁴

Bei finanziell geringfügigen Geschäften kann eine freihändige Vergabe durchgeführt werden. Die Vergabestelle kann in diesen Fällen dennoch verschiedene Offerten zum betreffenden Geschäft einholen. Bei freihändiger Vergabe unter dem Schwellenwert ist aber auf jeden Fall das Binnenmarktgesetz (keine Benachteiligung ortsfremder Anbieter) einzuhalten. Ausserdem darf sich auch in diesem Bereich der Zu-

schlag nicht auf sachfremde oder unsachliche Kriterien abstützen.⁵

Klare Kriterienkataloge bei Eignungs- und Zuschlagskriterien

Unklarheiten entstehen immer wieder im Zusammenhang mit den so genannten Eignungs- und Zuschlagskriterien. Mit den Eignungskriterien wird in der Ausschreibung bekannt gegeben, welche Voraussetzungen ein allfälliger Anbieter auf jeden Fall erfüllen muss. Die Zuschlagskriterien hingegen sind die wesentlichen Entscheidungsfaktoren der vergebenden Stelle, auf Grund welcher schliesslich ein Anbieter den anderen vorgezogen werden kann. Die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums führt zum Ausschluss vom Verfahren während die Schlechterfüllung des einen Zuschlagskriteriums mit der guten Bewertung eines andern wettgemacht werden kann.

Ein häufiges Problem liegt in der unklaren Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien. Die beiden Kriterienkataloge müssen klar voneinander unterschieden werden. Was die Zuschlagskriterien betrifft, schreiben die meisten kantonalen Gesetze vor, es müsse lediglich entweder die Rangordnung oder die Gewichtung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung angegeben werden.

Privilegierung Ortsansässiger nicht zulässig

Nicht zulässig ist es, den Zuschlag an protektionistische Kriterien zu binden. Die Herkunft eines bestimmten Produktes, die örtliche Nähe eines Anbieters oder seine wirtschaftliche oder fiskalische Bedeutung für die Region dürfen für die Vergabe nicht entscheidend sein.⁶ Das Binnenmarktgesetz verbietet eine Diskriminierung von Anbietern allein aufgrund ihrer Ortsfremdheit. Insbesondere steht eine kantonale Norm im Widerspruch zum genannten höherrangigen Recht, wenn sie fest schreibt, das Angebot eines ortsansässigen Anbieters habe als gleich teuer wie dasjenige eines Auswärtigen zu gelten, solange es nur im Preis nicht mehr als fünf Prozent darüber liegt.⁷

Zulässig können hingegen gewisse «vergabefremde Kriterien» wie z.B. die Ausbildung von Lehrlingen, besondere Massnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau, Beachtung ökologischer Kriterien und soziale Aspekte sein, sofern sie positivrechtlich geregelt sind.⁸

Verhandlungen und Abgebotsrunden

Von Verhandlungen wird gesprochen, wenn die Vergabestelle in direkten Kontakt mit den Anbietern tritt. Verhandlungen nach Eingang der Offerte können geführt werden,

falls keine internationale oder interkantonale Vereinbarung dagegen steht. Dies gilt aber nur, soweit diese Möglichkeit bereits in der Ausschreibung angekündigt wurde. Auf jeden Fall sind die Verhandlungen nach klaren Regeln zu führen und ihr Ergebnis ist schriftlich festzuhalten.⁹ In den Kantonen und Gemeinden dürfen grundsätzlich keine Abgebotsrunden vorgenommen werden. Das heisst, ein Anbieter darf nach Einreichung des Angebots keine Reduktion des Preises mehr anbieten oder vornehmen.¹⁰

Die Beschaffungsregelungen werden wichtiger

Die internationalen und nationalen beschaffungsrechtlichen Regelungen sind für die Gemeinden in der Schweiz von zunehmender Wichtigkeit. Aufgrund der Ausdehnung des Geltungsbereichs des GATT/WTO-Abkommens auf die Gemeinden werden diese mit neuen vergaberechtlichen Fragestellungen konfrontiert. Die vorangegangenen Ausführungen zeigen, dass eine Ausschreibung in jedem Fall sorgfältig geplant und aufmerksam begleitet werden sollte. Damit können unangenehme zeitliche Verzögerungen und entsprechende Mehrkosten vermieden werden.

Christoph Meyer, Dr. iur., LL.M, Rechtsanwalt, Ernst & Young, Bern

¹ BGE 125 I 212ff.; so auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (Entscheid vom 6. Juli 2000) in Baurecht (BR) 2/01, S. 71, Nr. S28.

² Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) 006/1999 vom 3. September 1999 in VPB 64.30.

³ Verwaltungsgericht des Kantons Waadt (Entscheid vom 2. Juli 1999) in BR 2/01, S. 71, Nr. S28.

⁴ BRK 005/1999 vom 19. Juli 1999 in VPB 64.8; Verwaltungsgericht Kanton Zürich (Entscheid vom 3. November 1999) in BR 4/00, S. 128, Nr. S40.

⁵ Verwaltungsgericht Kanton Aargau (Entscheid vom 29. Juni 1999) in BR 4/00, S. 129, Nr. S45.

⁶ Verwaltungsgericht Kanton Graubünden (Entscheid vom 9. Februar 1999) in BR 2/00, S. 58, Nr. S14.

⁷ Verwaltungsgericht Thurgau (Entscheid vom 28. Oktober 1998) in BR 2/00, S. 58, Nr. S15.

⁸ Vgl. Verwaltungsgericht Kanton Aargau (Entscheid vom 28. Mai 1999) in BR 2/00, S. 57, Nr. S10 und 11.

⁹ Verwaltungsgericht St. Gallen (Entscheid vom 17. August 1999) in BR 4/00, S. 130, Nr. S48.

¹⁰ Verwaltungsgericht Kanton Neuenburg (Entscheid vom 24. März 2000) in BR 4/00, S. 130, Nr. S47.

Ernst & Young

Ernst & Young erbringt auf nationaler und internationaler Ebene Rechtsberatungsdienstleistungen für Unternehmen unterschiedlicher Grösse, die öffentliche Hand und Privatpersonen. Das Beratungsspektrum umfasst schweremässig das private und das öffentliche Wirtschaftsrecht. In der Schweiz ist Ernst & Young an den Standorten Basel, Bern, Genf und Zürich mit rund 60 Rechtsanwältinnen bzw. Rechtsberatern vertreten. In Bern befasst sich der Autor des nebenstehenden Beitrags, Dr. Christoph Meyer, vor allem mit Fragen des öffentlichen Rechts (öffentl. Beschaffungswesen, NPM, Privatisierungen und Auslagerungen, Private Public Partnerships, Gutachten in verschiedenen Bereichen des öffentlichen Rechts, usw.).