

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 Geschäftsleiter 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 interkantonal 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

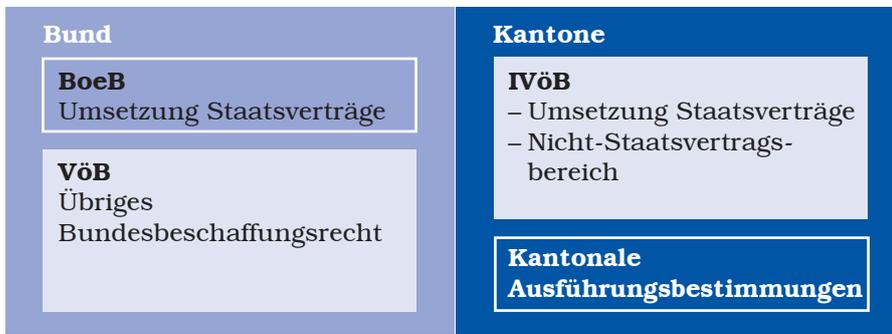
Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Felix Christen, Stadt Zürich; Sandra Eberle, Stadt Winterthur; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf.

Layout: Andreas Walker, BDkom

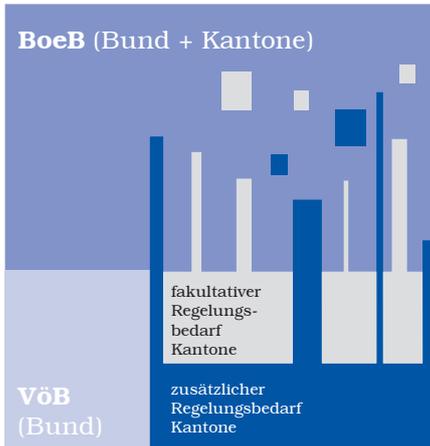
Kontaktadresse:
E-Mail: gs-stab@bd.zh.ch

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)



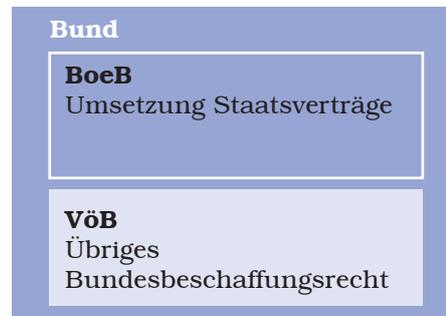
Konsequenzen des BoeB-Entwurfes (starke Vermischung)

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) andererseits.

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 sehengegenseitige 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.