

VERGABERECHT: KNOW HOW FÜR ARCHITEKTEN

von lic.iur. Claudia Schneider Heusi (Text) und Zeljko Gataric (Foto)

Als Anbieter von Planerleistungen für die öffentliche Hand, als sachkundige Auftragnehmer von Vergabestellen bei deren Beschaffungen sowie als Fachpreisrichter in Preisgerichten und Beurteilungsgremien bei Wettbewerben sowie Studienaufträgen, sehen sich Architekten mit dem Vergaberecht konfrontiert. Der Blickwinkel ist in jeder dieser Rollen ein anderer. Ein gemeinsamer Nenner bleibt: es gilt, Stolpersteine zu vermeiden.

IL Das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen von 1994 (GPA) lenkte das öffentliche Beschaffungswesen Mitte der Neunzigerjahre weltweit und auch in der Schweiz in neue Bahnen. Die Grundpfeiler des Übereinkommens sind die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung sowie der Transparenz der Vergabeverfahren. Einem Anbieter dürfen keine Nachteile auferlegt werden, die für andere nicht gelten, und umgekehrt dürfen nicht Vorteile gewährt werden, die nicht allen zugutekommen. Diese Prinzipien dürfen so wenig über technische Spezifikationen umgangen werden, wie über andere protektionistische Verhaltensweisen der Behörden, die zu einer Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Anbieter führen.

1. RECHTSGRUNDLAGEN UND WICHTIGSTE ECKPUNKTE VON VERGABEVERFAHREN

Seit 2002 ist das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens in Kraft. Beide Staatsverträge wurden ins innerstaatliche Recht umgesetzt. Eine Harmonisierung der Bundesgesetzgebung (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und die dazugehörige Verordnung) und der kantonalen Regelungen (Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und die jeweiligen kantonalen Ausführungserlasse) konnte dabei bis heute nicht verwirklicht werden und die Rechtsgrundlagen in der Schweiz sind stark zersplittert.

Die vier gesetzlich geregelten Verfahrensarten gelangen je nach Auftragsart und -wert zur Anwendung. Beim offenen Verfahren können alle Anbieter aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung, in der die massgebenden Eignungs- und Zuschlagskriterien festgelegt werden, ein Angebot einreichen. Beim selektiven Verfahren findet vor der Einreichung der Angebote eine Präqualifikation statt, bei der Bewerber aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung einen Antrag auf Teilnahme einreichen können. Deren Eignung wird in einem separaten formellen Verfahrensschritt überprüft. In der zweiten Stufe werden die ausgewählten Bewerber eingeladen, ein Angebot einzureichen. Diese Angebote werden aufgrund der ebenfalls vorgängig definierten Zuschlagskriterien beurteilt. Beim Einladungsverfahren bestimmt die ausschreibende Stelle, welche geeigneten Anbieter ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe eingeladen werden, wobei mindestens drei Anbieter einzuladen sind. Beim freihändigen Verfahren wird der Auftrag direkt einem einzelnen Anbieter ohne Ausschreibung erteilt.

In den Ausschreibungsunterlagen ist der Gegenstand der Ausschreibung (in Verbindung mit den Beilagen wie Pflichtenheft, Leistungs- und Vertragsvorgaben usw.) produkteneutral und so detailliert zu umschreiben, dass es den Anbietern möglich ist, eine sachgerechte Offerte auszuarbeiten. Weiter hat die

Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen die Eignungs- und Zuschlagskriterien vorgängig zu bestimmen. Eignungskriterien sind dabei anbieterbezogen und sie definieren, welche Voraussetzungen die Anbieter grundsätzlich erfüllen müssen, um für den Auftrag in Frage zu kommen. Zuschlagskriterien sind demgegenüber angebotsbezogen. Neben dem Preis und anderen wirtschaftlichen Kriterien können insbesondere auch qualitative Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Bei der Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien verfügen die Vergabestellen unter Berücksichtigung der Verfahrensgrundsätze, insbesondere des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, über einen grossen Ermessensspielraum.

Wichtig ist zudem die Berechnung des Auftragswertes. Massgebend ist der Gesamtwert: ein sachlich zusammenhängender Auftrag darf nicht aufgeteilt werden, auch sind Folgeaufträge und Optionen einzurechnen. Bei mehrjährigen Verträgen bestimmt sich der Auftragswert nach dem Gesamtwert; bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit anhand der jährlichen Rate multipliziert mit vier. Die Laufzeit eines Dauerauftrags darf nicht so gewählt werden, dass andere Anbieter unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden, und es ist eine obere Grenze von fünf bis sieben Jahren zu beachten.

Von Anfang an erwies sich die Rechtsprechung als bedeutsam bei der Auslegung und Weiterentwicklung der komplexen gesetzlichen Bestimmungen. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

2. WAS GILT ES ALS ANBIETER VON PLANERLEISTUNGEN ZU BEACHTEN?

Für Anbieter ist es von Vorteil, wenn sie die wichtigsten Vorschriften sowie ihre Rechte und Pflichten kennen. In der Praxis ist immer wieder zu beobachten, dass Anbieter über Verfahrensvorschriften stolpern und ihre Angebote deshalb ausgeschlossen werden müssen. Verspätete, nicht unterschriebene, unvollständige oder abgeänderte Angebote sind ungültig. Stellt ein Anbieter Unklarheiten des Verfahrens oder des Ausschreibungstextes fest, sollte er noch während der laufenden Eingabefrist die Vergabestelle kontaktieren oder dann das Angebot mit einem separaten Begleitschreiben einreichen.

Ein Anbieter sollte sodann wissen, wann er aufgrund möglicher Vorarbeiten für die Vergabestelle bereits als vorbefasst gilt und deshalb am eigentlichen Vergabeverfahren nicht mehr teilnehmen darf beziehungsweise eine Teilnahme durch einen Dritten erfolgreich angefochten werden könnte. Entsprechende Abklärungen vor der Annahme solcher Leistungen (wie zum Beispiel Erstellen von Ausschreibungsunterlagen) sind auf jeden Fall angebracht.

Anbieter, die eine Submissionsbeschwerde einreichen wollen, haben Verfahrensvorschriften und dabei vor allem die kurze Rechtsmittelfrist zu beachten. Sie können auch – alternativ oder zusätzlich – eine Begründung des Vergabeentscheids ver-

langen, was vor allem dann sinnvoll ist, wenn eine Submissionsbeschwerde ins Auge gefasst und näher geprüft werden soll. Von Bedeutung ist sodann Folgendes: mit der rechtskräftigen Zuschlagserteilung ist das öffentlich-rechtliche Vergabeverfahren mit seinen zwingenden gesetzlichen Vorgaben beendet. Gestützt darauf kann nun der Vertrag abgeschlossen werden, aus dem sich für beide Parteien vertragliche Rechten und Pflichten ergeben. Gesetzlich zwingendes Recht ist auf dieser Stufe bei Planerverträgen grundsätzlich nicht mehr vorhanden. Eine wichtige Ausnahme ist die zwingende Bestimmung von Art.404 OR, wonach ein Auftragsverhältnis jederzeit von beiden Parteien gekündigt werden kann. Darauf kann nicht verzichtet werden. Weiter erfährt das Prinzip der Vertragsfreiheit durch die vergaberechtliche Vorgabe der Unabänderlichkeit von Angeboten eine Einschränkung, wonach eine Vergabestelle den Inhalt des Vertrags im Vergleich zu dem in den Ausschreibungsunterlagen genannten Leistungsumfang nur untergeordnet ändern und erweitern kann.

3. WELCHES SIND DIE STOLPERSTEINE, DIE EIN VON DER VERGABESTELLE BEAUFTRAGTER ARCHITEKT KENNEN MUSS?

Das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen für die Unternehmerleistungen, die Bewertung von Angeboten sowie das Vertragswesen gehören zu den vom Architekten zu erbringenden Teilleistungen. Entsprechend wichtig ist, dass Kenntnis vorhanden ist, wie Eignungs- und Zuschlagskriterien festzusetzen sind, wie diese zu gewichten und zu bewerten sind. Ein Überblick aus der Rechtsprechung ergibt dazu Folgendes:

Die Gutheissung von Submissionsbeschwerden lässt sich im Wesentlichen auf zwei Fehlerquellen zurückführen. So gibt es die Fälle, wo Vergabestellen bewusst einen bestimmten Anbieter bevorzugen wollten und das Vergabeverfahren beziehungsweise die Zuschlagserteilung entsprechend manipulierten. In diese Kategorie gehört die Bevorzugung ortsansässiger Anbieter, teilweise offensichtlich unter Verletzung der genannten Zuschlagskriterien, teilweise erfinderisch kaschiert unter dem Zuschlagskriterium „Ökologie/Länge des Anfahrtswegs“.

Immer wieder wurden aber auch Submissionsbeschwerden gutgeheissen, in denen die Vergabestellen über Verfahrensfehler und Formvorschriften stolperten. Dazu gehören namentlich die zahlreichen – zum Teil unterschiedlich strengen – Entscheide zu den Anforderungen an die bereits in den Ausschreibungsunterlagen festzulegenden und für den späteren Vergabeentscheid massgebenden Eignungs- und Zuschlagskriterien. Diskriminierende Kriterien („Ortsansässigkeit des Anbieters“, „Ortskenntnisse“) sind ebenso wenig zulässig wie nicht transparente Anforderungen oder Kriterien, die zwar genannt, in der Folge aber nicht geprüft oder nicht berücksichtigt werden. Umstritten – und je nach Vergabestelle unterschiedlich zu handhaben

– sind die Anforderungen an den Detaillierungsgrad und an die bereits im Voraus festzulegende Reihenfolge und/oder Gewichtung von Kriterien. Zentral ist das Kriterium Preis: es darf gemäss einer Entscheidung des Bundesgerichts nie tiefer als 20 Prozent gewichtet werden (BGE 129 I 313). Weiter sind die Preisunterschiede der einzelnen Angebote korrekt nach Massgabe der vorgängig genannten Gewichtung linear zu bewerten (zur „Zürcher Formel“ vgl. den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2009.00704 vom 19.5.2010).

Viele Submissionsentscheide, die erfolgreich angefochten wurden, beruhen letztlich darauf, dass sich die Vergabestellen und ihre Berater zu spät und ohne ausreichende Planung um die massgebenden Anforderungen kümmerten. Mit transparenten und fairen Ausschreibungsverfahren sind die besten Voraussetzungen für ein „beschwerdefreies“ Vergabeverfahren geschaffen.

4. WAS MUSS EIN FACHPREISRICHTER VOM ÖFFENTLICHEN VERGABERECHT WISSEN?

Wieder anders gelagert sind die vergaberechtlichen Vorschriften, die im Zusammenhang mit der Durchführung von Planerwettbewerben zu beachten sind. Hier stehen vor allem die richtige Verfahrenswahl (anonym oder nicht) sowie die Voraussetzungen, nach denen Folgeaufträge erteilt werden können, im Vordergrund (vgl. dazu C. Schneider Heusi: „Wettbewerbe, Studienaufträge und das Vergaberecht“, in: Modulor 2011/5, S. 34).