

SVöB Aktuell

NEUIGKEITEN AUS DER SVöB

Feierabendgespräch in Zürich

Mittwoch, 1. April 2009, 17.30 bis 19.00 Uhr

Ort: Kantonale Verwaltung, Walcheplatz, 8001 Zürich
Sitzungszimmer W 357. Es referieren:
RA Peter Luchsinger, Stab GS BD Kanton Zürich: „**Unterstellungen nach Art. 8 Abs. 2 lit. a IVöB (kommerzielle und industrielle Tätigkeiten)**“
RA Matthias Hauser, Lindtlaw, Zürich: „**Geltung der IVöB für die Beschaffung von Elektrizität**“.

Frühjahrsversammlung (GV) 2009

Freitag, 24. April 2009, 15.00 bis 18.00 Uhr

Ort: Kantonale Verwaltung Zürich, Konferenzzentrum
Walcheturm, Stampfenbachplatz, 8001 Zürich.
Im Anschluss an die GV kann „**Zürichs grösste Baustelle: Bau der Durchmesserlinie unter Betrieb**“ besichtigt werden.

Herbstversammlung 2009

Freitag, 6. November 2009, 15.00 bis 17.30 Uhr

Ort und Thema noch offen.

Wir begrüßen als Neumitglieder:

PD Dr. Andreas Abegg, Rechtsanwalt, Zürich
Erich Bandi, dipl. Architekt ETH/BSA/SIA, Chur
Myriam Bernauer, Leiterin Submissionen, Basel
Dr. Peter Hösli, stv. Staatsschreiber, Zürich

Vergaberecht aktuell

ZUR REVISION des BG ÜBER DAS ÖFFENTLICHE BESCHAFFUNGSWESEN (BöB)

(Iz) Im Rahmen der Tagung „Trends zum öffentlichen Beschaffungswesen“, die am 12. März 2009 in Zürich stattfand, informierte die Geschäftsleiterin der Beschaffungskommission des Bundes, Frau Anouk d'Hooghe über den Stand der Revision des BöB.

Im Rahmen der Vernehmlassung sind ca. 140 Stellungnahmen eingegangen, die aktuell ausgewertet und in einen Bericht zu Händen des Bundesrates Eingang finden. Gleichzeitig wird die Botschaft vorbereitet.

Geplant ist die Verabschiedung des Berichts und der Botschaft im Herbst/Winter 2009, wobei sich der Bundesrat zu einer Reihe von grundlegenden Fragen äussern wird, insbesondere auch zur speziell interessierenden Frage der Teilvereinheitlichung, wie sie der Vorentwurf vorschlägt bzw. zu der die Kantone ein anderes Konzept vorschlagen.

Die Zuweisung des Geschäftes durch das Parlament an den Erstrat erfolgt frühestens in der Herbst- oder Winter-session 2009.

Bei einem optimalen Verlauf des anschliessenden parlamentarischen Verfahrens kann das Gesetz frühestens im 4. Quartal 2010 in Kraft treten (unter Vorbehalte eines allfälligen Referendums).

Rechtsprechung und Literatur

RECHTSPRECHUNG

RA Robert Wolf, Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich berichtet nachfolgend über zwei Entscheidungen des Verwaltungsgerichtes aus dem Jahre 2008 mit Breitenwirkung.

Entsendung ausländischer Arbeitnehmer / Einhaltung der schweizerischen Arbeitsbedingungen

Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 21. Mai 2008 (VB.2007.540; vgl. www.vqrzh.ch)

Einer Anbieterin elektronischer Produkte wurde von Seiten der Konkurrenz vorgeworfen, an ihrem Sitz in der Schweiz ausländische Informatiker beschäftigt zu haben, die hier ohne Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung zu "Dumpingpreisen" gearbeitet hätten. Die Anbieterin wandte ein, dass es sich dabei nicht um ihre eigenen Arbeitnehmer, sondern um solche eines ausländischen Subunternehmers gehandelt habe.

Das Gericht zog zur Beurteilung des Falles nebst dem Submissionsrecht auch das Entsendegesetz (SR 823.20) heran. Es wies darauf hin, dass die Anbieterin einen Subunternehmer, der Arbeitnehmer in die Schweiz entsendet, vertraglich zur Einhaltung der schweizerischen Arbeitsbedingungen verpflichten müsse. Eine Pflicht zur Überwachung des Subunternehmers sähen die Vorschriften zwar nicht vor, doch wenn konkrete Anhaltspunkte auf eine Pflichtverletzung desselben hinwiesen, könne der Erstunternehmer nicht darüber hinwegsehen.

Die Anbieterin wandte des weitern ein, dass sie das Vertragsverhältnis zum betreffenden Subunternehmer schon einige Zeit vor dem strittigen Vergabeverfahren beendet habe und dessen Leistungen nicht für das hier angebotene Produkt verwendet worden seien.

Das Gericht wies zunächst auf die sozial- und wettbewerbspolitische Zielsetzung der Normen hin, welche an sich eine weite Anwendung derselben rechtfertigte. Es gelangte jedoch zum Schluss, dass eine rechtsgenügende Klärung von Vorwürfen, die nicht mit der aktuellen Vergabe zusammenhängen, aus zeitlichen Gründen nicht Sache der Vergabestelle oder einer mittels Submissionsbeschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz sein könne. Auch bestehe die Gefahr, dass die Sanktion unverhältnismässig werde, wenn dem Anbieter bei allen Beschaffungen, für die er offeriert, derselbe Verstoss entgegen gehalten werden dürfe. Im Rahmen eines Vergabeverfahrens seien daher nur Widerhandlungen zu berücksichtigen, welche für die aktuelle Beschaffung von

Bedeutung seien. Andere Verstösse blieben deswegen nicht ungeahndet; für diese stünden jedoch Sanktionen zur Verfügung, welche sich nicht auf die aktuelle Vergabe beziehen, wie Verwarnung, Busse und Ausschluss von künftigen Verfahren.

Geltungsbereich des Vergaberechts (Beschäftigungsmassnahmen für Arbeitslose)

Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 1. Oktober 2008 (VB.2007.531; vgl. www.vqrzh.ch)

Bei der hier beurteilten Vergabe von Dienstleistungsaufträgen zur Förderung schwer vermittelbarer Arbeitsloser handelte es sich um eine eher spezielle Konstellation. Die vom Verwaltungsgericht geprüften Gesichtspunkte aus den Grenzbereichen des Vergaberechts sind jedoch auch für andere Verfahren von Interesse.

Der Sachverhalt wies zahlreiche für eine öffentliche Beschaffung untypische Elemente auf. So wurden die Aufträge nicht mit privatrechtlichen, sondern mit *öffentlich-rechtlichen Verträgen* erteilt, die Zahlungen an die Leistungserbringer waren als *Subventionen* nach Staatsbeitragsrecht ausgestaltet, und die Dienstleistungen wurden nicht direkt dem Gemeinwesen, sondern *gegenüber Dritten* erbracht. Diese Punkte sprachen jedoch nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts noch nicht gegen das Vorliegen einer öffentlichen Beschaffung.

Problematisch war sodann, dass der Inhalt der Dienstleistungen wie auch deren Umfang nicht im Voraus klar umschrieben waren. Diese Punkte hätten jedoch die Anwendung des Vergabeverfahrens nicht grundsätzlich in Frage gestellt, sondern allenfalls nach einer Korrektur gerufen.

Aus den bundesrechtlichen Vorschriften ergab sich schliesslich, dass die Anbieter aus dem Auftrag *keinen Gewinn* erzielen durften. Um dies zu gewährleisten, mussten sie ihre interne Kostenrechnung von der Vergabestelle kontrollieren lassen. Diese Einschränkung war wohl auch der Hauptgrund dafür, dass nur öffentliche sowie nicht gewinnorientierte private Institutionen am Verfahren teilnahmen. (Es gingen sogar konkurrierende Angebote von verschiedenen Amtsstellen einer einzelnen Gemeinde ein!)

Das Verwaltungsgericht liess in seinem Entscheid offen, ob das Gewinnverbot allein bereits zur Nichtanwendung des Vergaberechts führen müsse. Auch schloss es nicht aus, dass eine gemeinnützige Organisation allenfalls

auch an einer "gewöhnlichen", auf Wettbewerb ausgerichteten Ausschreibung teilnehmen könne. Gesamthaft überwogen nach seinem Urteil aber die beschaffungsfremden Elemente. Es trat daher auf die Beschwerde gegen den Zuschlag nicht ein, obschon Vergabebehörde und Beschwerdeführerin sich übereinstimmend für seine Zuständigkeit ausgesprochen hatten.

www.svoeb.ch; info@svoeb.ch