

SVöB Aktuell

NEUIGKEITEN AUS DER SVöB

Herbstversammlung 2009

Freitag, 6. November 2009, 15.00 bis 17.30 Uhr

Ort und Thema noch offen.

Wir begrüßen als Neumitglieder:

- Roger Wälchli, Baumanagement GmbH, Remetschwil
- Erich Ramer, dipl. Ing. ETH, Zürich
- Regina Füeg, Mlaw, Fribourg
- Michèle Winiker, Rechtsanwältin, Zürich
- Denise Feer, Hochbauamt Kt. ZH, Zürich
- Petra Luchsinger, Baudirektion Kt. ZH, Zürich
- Christoph Jäger, Rechtsanwalt, Burgdorf

Vergaberecht aktuell

ZUR REVISION des BG ÜBER DAS ÖFFENTLICHE BESCHAFFUNGSWESEN (BöB)

(Iz) Am 17. Juni 2009 hat der Bundesrat über das weitere Vorgehen i.S. Revision BoeB entschieden:

1. Angesichts der Vernehmlassungsergebnis zum VE BoeB vom 30. Mai 2008 wird auf eine **Teilvereinheitlichung** des Beschaffungsrechtes **verzichtet**.
2. Das EFD wird beauftragt, dem Bundesrat einen Vorschlag für eine **vorgezogene Revision der VoeB** vorzulegen. Diese Änderungen sollen bereits auf den 1. Januar 2010 in Kraft gesetzt werden. Die Verordnungsrevision wird sich nur auf Beschaffungen des Bundes beziehen und zielt darauf ab, die Vergabeverfahren zu vereinfachen und zu flexibilisieren
3. Der Bundesrat hat zudem beschlossen, den eidgenössischen Räten rasch folgende Massnahmen zur Beschleunigung des Vergabeverfahrens im Rahmen einer vorgezogenen **Teilrevision des BoeB** vorzuschlagen:
 - Die Beschaffungen für dringliche öffentliche Werke von nationaler Bedeutung wie die NEAT sollen nicht mehr durch Beschwerden mit aufschiebender Wirkung blockiert und damit übermässig verteuert werden können.
 - Die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Beschaffungswesens sollen endgültig sein.

Bemerkenswerterweise wird mit der Erarbeitung der Teilrevision des BoeB das UVEK beauftragt.

SIMAP 1+

(Iz) Per Ende Juni 2009 hat simap1+ das "alte" simap definitiv abgelöst. Inzwischen nutzen 23 Kantone und der Bund die neue Plattform. Die **öffentlichen Auftraggeber** können auf einfache Weise ihre Ausschreibungen und nach Bedarf auch die dazugehörigen Ausschreibungsunterlagen auf diesem Portal veröffentlichen. Die interessierten **Unternehmen und Anbieter** erhalten einen gesamtschweizerischen Überblick über die möglichen Aufträge und können nebst den Publikationen auch die dazugehörigen Ausschreibungsunterlagen elektronisch herunterladen. Bei Fragen können diese direkt in der Plattform über ein Frage / Antwortforum gestellt werden.

Die Modernisierung umfasst im Weiteren folgende Prozessschritte:

- Moderne Technik und kundenfreundliche Benutzeroberfläche
- Medienbruchfreier Prozess von der Ausschreibung bis zum Zuschlag
- Erweiterte Abfrage- bzw. Recherchefunktionen für die Publikationen
- Online-Abonnementsdienst für Anbietende (wird nächstens bereitgestellt)

Die elektronische Angebotseingabe ist zur Zeit noch nicht Bestandteil dieser Plattform, ist aber als weiterer Schritte geplant. Simap 1+ hat sich in kurzer Zeit als sehr übersichtliche und benutzerfreundliche Plattform etabliert. (www.simap.ch)

Rechtsprechung und Literatur

RECHTSPRECHUNG

RA Patrizia Danioth, Rechtsanwältin LL.M und Notarin, Altdorf berichtet über unlängst ergangene Innerschweizer Entscheide.

Umlagerung von mengenabhängigen Einheitspreisen in Festpreispositionen

Entscheid des Verwaltungsgerichts Schwyz vom 17.06.2008 (VGE III 2008 81)

(pd) Im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags waren die Detailpositionen bis auf wenige Ausnahmen mit Einheitspreisen zu offerieren. Keine mengenabhängigen Preiskalkulationen wurden insbesondere bei den Positionen zu den Baustelleneinrichtungen verlangt. Die Beschwerdeführerin offerierte in den Positionen „Verkehrsregelung“ und „Liefen von Material zur Verwendungsstelle“ Einheitspreise, die deutlich unter denjenigen der Beschwerdegegnerin lagen. Als Begründung teilte die Beschwerdeführerin mit, die Position „Verkehrsregelung“ sei in der Hauptinstallationsposition („Baustelleneinrichtung“) enthalten. Bei der Position „Liefen von Material zur Verwendungsstelle“ sei zu erwähnen, dass ein Anteil des auf der Baustelle anfallenden Fräsgutes direkt als Planiermaterial wiederverwertet werde; der andere Teil sei in der Position „Planie erstellen“ enthalten. Gegen den darauf verfügten Verfahrensausschluss wurde Beschwerde erhoben.

Das Verwaltungsgericht hält dazu fest:

- Die Beschwerdeführerin hat unbestrittenermassen die Einheitsposition „Verkehrsregelung“ in die Festpreisposition „Baustelleneinrichtung“ eingerechnet. Dasselbe gilt für die Einheitsposition „Liefen von Material zur Verwendungsstelle“, welche teilweise in der Festpreisposition „Planie erstellen“ integriert wurde (E. 6.4.1).
- Beide Einheitspreise wurden aufgrund der Umlagerung der mengenabhängigen Einheitspreise in eine Festpreisposition unrealistisch tief offeriert. Damit liegt die Offerte der Beschwerdeführerin bei der Festpreisposition über und bei der mengenabhängigen Einheitsposition jedoch unterhalb dem beschwerdegegnerischen Angebot (E. 6.4.1).

- Eine solche Umlagerung verletzt nicht nur das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot, sondern erschwert oder verunmöglicht gar die Vergleichbarkeit der Offerten. „Die Verschiebung von Kostenteilen aus den Einheitspreisen in eine Festpreisposition darf nicht offensichtlich einzig dem Zweck dienen, allfällige Fehler des Leistungsverzeichnisse zu Lasten des Auftraggebers auszunützen, andernfalls der Auftraggeber nicht von einer Kostenersparnis bei einer allfälligen Mengenreduktion profitieren würde“ (E. 6.3.2)
- Da die Forderung aus der Position „Baustelleneinrichtung“ bereits zu Beginn der Bauarbeiten fällig wird, würde diese Umlagerung sogar zu einer ungerechtfertigten Kreditgewährung führen (E. 6.3.2).

Das Verwaltungsgericht kommt deshalb zum Schluss, dass ein derartiges Vorgehen unzulässig ist und sich der Verfahrensausschluss der Beschwerdeführerin trotz der in quantitativer Hinsicht eher geringen Umlagerung als rechtlich vertretbar erweist (E. 6.4.2).

Lebensmitteleinkauf als öffentliche Beschaffung

Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 11.01.2008 (LGVE V 07 297):

(pd) Der Kanton hat im Kantonsamtsblatt den Lebensmitteleinkauf für die durch ihn geführten Mensen an Schulen und Spitälern koordiniert im offenen Verfahren für jede Warengruppe ausgeschrieben. Pro Warengruppe erliess der Kanton eine Zuschlagsverfügung.

In einer dagegen erhobenen Beschwerde prüfte das Verwaltungsgericht vorab, ob überhaupt eine öffentliche Beschaffung vorliegt. Sowohl im GATT/WTO-Übereinkommen als auch in deren Umsetzungserlassen auf Bundes- und Kantonsebene ist der Begriff der Beschaffung beweglicher Güter im Gegensatz zu den Dienstleistungsaufträgen nicht auf bestimmte Produkte beschränkt (E. 3a,b). Da vorliegend „der Kanton die Waren unmittelbar gegen Entgelt erwirbt und insofern als „Konsument“ der ausgeschrieben Leistungen zu gelten hat, kann der Erwerb dieser beweglichen Güter als öffentliche Beschaffung qualifiziert werden“ (E. 3d).

In einem zweiten Schritt bejahte das Verwaltungsgericht die Frage, ob die Beschaffung im Rahmen der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben erfolge. Es erachtete den

Betrieb von Mensen an den durch den Kanton geführten Schulen und Spitälern „zumindst teilweise im öffentlichen Interesse“ und in der Hinsicht die Beschaffung von Lebensmitteln als öffentliche Aufgabe. Schliesslich spiele für den Kanton bei der koordinierten Ausschreibung die Wettbewerbsförderung, die Gleichbehandlung ortsansässiger Anbieter sowie der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel eine bedeutsame Rolle.

Das Gericht folgte daraus die Unterstellung der fraglichen Lebensmitteleinkäufe unter das öffentliche Beschaffungsrecht (E. 4c).

Da der Kanton aus freien Stücken statt des zulässigen freihändigen Verfahrens ein höherstufiges, nämlich offenes Verfahren angeordnet hat, ist er auch an seine eigenen Vorgaben und damit an das gewählte Verfahren gebunden. Dies gebietet ebenfalls Treu und Glauben (E. 5d). Auf die Beschwerde wurde deshalb eingetreten.

Zulässigkeit von Konkurrenzofferten im freihändigen Verfahren

Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 20. Mai 2009 (VB.2008.00555; vgl. www.vgrzh.ch)

(Iz) Bei der Beurteilung der Beschaffung einer Aussenbeleuchtung für den Feuerwehrgebäudevorplatz in Volketswil hatte das Verwaltungsgericht Zürich Gelegenheit, sich zur Zulässigkeit des Einholens von Konkurrenzofferten im freihändigen Verfahren zu äussern.

Es tat dies sehr klar und hielt u.a. fest:

- Das Gebot der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel lege nahe, das Mittel der Konkurrenzofferten auch im freihändigen Verfahren zu nutzen.
- Solange eine Behörde nicht den Anschein erwecke, es werde ein höherrangiges Verfahren durchgeführt, stehe das Vertrauensprinzip dem Einholen mehrere Offerten auch in einem freihändigen Verfahren nicht entgegen (E. 1.4).
- Es sei sogar zulässig, die angefragten Anbieter nicht über weitere Offerten zu informieren oder weitere Offerten erst nach Eingang einer ersten, aus Sicht der Vergabestelle ungenügenden Offerte einzuholen (so schon VB.2000.00206).
- Es sei im freihändigen Verfahren auch erlaubt, von zwei Anbieterinnen unterschiedliche Varianten offerieren zu lassen (E. 2.3).

Obwohl die Vergabebehörde in der Mitteilung des Zuschlags von einem "Einladungsverfahren" sprach und die Mitteilung mit einer Rechtsmittelbelehrung versah, erachtete das Zürcher Verwaltungsgericht das Vertrauensprinzip als nicht verletzt.

Der Grundsatzentscheid ist für die Praxis zu begrüssen. Vergabestellen soll aber trotz der doch grosszügigen Haltung des Zürcher Verwaltungsgerichtes dringend empfohlen werden, das Vertrauensprinzip nicht zu strapazieren – und Anbieter jederzeit klaren Wein über das gewählte Verfahren und damit die geltenden Spielregeln einzuschenken.

DISSERTATIONEN

Jüngst sind zwei Dissertationen zum öffentlichen Beschaffungswesen erschienen:

Christoph Jäger, **Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht**, Zürich 2009

Alexis Leuthold, **Offertverhandlungen im öffentlichen Vergabeverfahren**, Zürich 2009

HINWEIS AUF EINE VERANSTALTUNG

PPP-Fachtagung vom 23.10.2009 in Bern

(ppp-schweiz) Hochkarätige Referenten aus Wissenschaft, Politik und Wirtschaft sowie Spitzenvertreter von Bund, Kantonen und Gemeinden – darunter Bundesrat Ueli Maurer – beleuchten neuste Erfahrungen zu PPP-Modellen aus dem Aus- und Inland und loten Chancen und Risiken aus.

Nach Grundlagenreferaten am Vormittag bieten vier themenspezifische Foren am Nachmittag die Gelegenheit, sich vertieft mit den Umsetzungen in verschiedenen Politikbereichen auseinanderzusetzen (Dienstleistungen, Hochbau, Infrastruktur und Gesundheitswesen). Den Tagungsabschluss bildet ein hochkarätig zusammengesetztes Podium, welches die Folgerungen für die Umsetzung von PPP in der Schweiz ziehen wird.

Info / Anmeldung: <http://www.ppp-schweiz.ch/contents/244-ppp-was-fehlt-zum-durchbruch>

IMPRESSUM

Vorstand der SVöB

Redaktion:

Daniela Lutz, RA M.B.L., Lindtlaw Anwaltskanzlei Zürich

www.svoeb.ch; info@svoeb.ch