



*Martin Sturm
Architekt ETH SIA BSA
Professor
Berner Fachhochschule
Architektur, Holz und Bau
Burgdorf, Schweiz*

Vergabewesen, Baurecht, Produktverwendung in der Schweiz

Tendering, construction law and choice of product in Switzerland

Procedura di concessione edilizia, licenza edilizia, uso di prodotti di costruzione in Svizzera

Dokument in Deutsch

Vergabewesen, Baurecht, Produktverwendung in der Schweiz

Meine sehr verehrten Damen und Herren
Erlauben Sie mir zwei Vorbemerkungen.

- Ich bin kein Jurist, sondern ein in der Schweiz, also nicht im EU-Raum tätiger Architekt und Lehrer, an dem die Vergabepaxis der öffentlichen Hand angewendet wird.
- Meine Ausführungen über das Vergabewesen berücksichtigen nur Dienstleistungsaufträge soweit es sich um Planungsleistungen handelt oder/und um Bauaufträge. Das umfangreiche Gebiet der Lieferverträge werde ich nicht behandeln.

In der Schweiz werden jährlich rund 12 Milliarden Euros für Bauleistungen ausgegeben mit steigender Tendenz. Laut dem Schweizerischen Baumeisterverband vergibt die öffentliche Hand jährlich rund 4,8 Milliarden Euro für Hoch- und Tiefbauleistungen, was rund 40% des gesamten Volumens entspricht, welches in der Schweiz jährlich verbaut wird. Die Vergaben der öffentlichen Hand stagnieren.

Laut Schweizerischem Baumeisterverband teilen sich die Bauleistungen der öffentlichen Hand wie folgt auf: Bund 1,4 Milliarden Euro, Kantone 2,2 Milliarden Euro und Gemeinden 2,8 Milliarden Euro.

Bund, Kantone und Gemeinden stellen also ein respektables Wirtschaftspotential dar. Oder mit andern Worten ausgedrückt, die öffentliche Hand greift mit diesen Mitteln spürbar in das Marktgeschehen ein.

Grund genug, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge genau hinzuschauen.

Bei den rechtlichen Grundlagen ist in erster Linie das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen zu erwähnen. Der Bund will mit dem Gesetz

- das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten;
- den Wettbewerb unter den AnbieterInnen stärken;
- den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern.

dabei soll die Gleichbehandlung aller AnbieterInnen gewährleistet werden.

Das Beschaffungsrecht des Bundes hat in der Folge für die Kantone und die Gemeinden wegweisenden Charakter gehabt. Das Ziel ist auf allen politischen Ebenen dasselbe, nämlich eine Liberalisierung und „Nicht-Diskriminierung“ des Marktes. Ob diese Ziele tatsächlich erreicht worden sind oder von den Politikern gewünscht werden, ist allerdings eine andere Frage.

Die Liberalisierung und Nicht-Diskriminierung sind Vorgaben, die nicht nur zwischen Anbieterinnen und Anbietern, die in der Schweiz domiziliert sind und Leistungen anbieten, gelten, sondern auch gegenüber AnbieterInnen, die das GATT/WTO Abkommen, abgeschlossen 1994 in Marrakesch, unterzeichnet und ratifiziert haben.

In diesem Abkommen stellen die Vertragsparteien sicher,

- dass ihre Beschaffungsstellen einen im Innland niedergelassenen Anbieter mit ausländischer Kontrolle oder Beteiligung nicht ungünstiger behandelt werden als ein im Inland niedergelassener Anbieter.
- dass dies auch für Waren oder Dienstleistungen gilt, die den Artikeln über die so genannten Ursprungsregeln entsprechen.

Danach folgten die Kantonalen und schliesslich die kommunalen Gesetze. Eine Kaskade rechtlicher Erlasse also, mit denen wir in den letzten 5 Jahren Erfahrungen sammeln konnten über Vergabeteilnahmen und Vergabeverfahren.

Interessant sind in diesem Zusammenhang die Antworten auf die folgenden Fragen:

1 Wer darf an der Vergabe teilnehmen?

Im Grundsatz ausnahmslos Jedermann. Allerdings müssen einige Kriterien erfüllt sein: (dabei ist zu beachten, dass die folgende Aufzählung nicht vollständig ist)

- Alle Rechnungen müssen in den gesetzlichen Fristen bezahlt sein, das heisst, es dürfen keine berechtigten Betreibungen bei den Betreibungsämtern gemeldet sein.
Hier sei angemerkt, dass es für die Betreibungsämter schwierig, ja unmöglich ist, die Richtigkeit einer Betreibung festzustellen. Salopp gesagt, kann Jedermann betrieben werden, erst der Richter wird entscheiden ob die Betreibung rechtens ist oder nicht. Ein solches Verfahren kann Jahre dauern und äusserst kreditschädigend sein.
- Verfüg- und einsetzbare Personalkapazität und Infrastruktur im Hinblick auf die Erbringung des anstehenden Auftrages.
Hier sei angemerkt, dass es gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen erst zum Zeitpunkt einer Auftragserteilung Sinn machen kann, das nötige Personal resp. die nötige Infrastruktur bereit zu stellen.
- Einhaltung der Arbeitsbedingungen
Hier ist anzumerken, dass die landes- resp. regionalüblichen Arbeitsbedingungen sehr unterschiedlich sind respektive sein können.
- Nachweis der Bezahlung von Sozialabgaben und Steuern
Hier ist anzumerken, dass der Nachweis in der Regel über die Selbstdeklaration läuft. Die Überprüfung der Selbstdeklaration ist nur möglich, wenn der zu Überprüfende seine Einwilligung erteilt (Datenschutz), was im Ausland auch unter Berücksichtigung der Anbietereinstimmung kaum möglich ist.
- Es versteht sich, dass schliesslich auch noch die fachlichen Kompetenzen anhand von Berufsausweisen und Referenzen nachgewiesen werden müssen.

Damit die Bedingungen nicht bei jeder Ausschreibung von neuem beigebracht werden müssen, ist es statthaft ja angezeigt, ein entsprechendes Verzeichnis zu führen. Jedermann kann um die Aufnahme in ein derartiges Verzeichnis nachsuchen. Soviel zur Teilnahme.

2 Welche Vergabeverfahren gibt es?

Es gibt drei Verfahren:

a) das offene Verfahren

Beim offenen Verfahren schreibt die Auftraggeberin den geplanten Auftrag öffentlich aus. Alle AnbieterInnen reichen ein Angebot ein.

Hier ist anzumerken, dass sich zum Beispiel Auftraggeber einer Architekturleistung bisweilen dagegen sträuben das offene Verfahren zu wählen. Sie sträuben sich auch dann, wenn die Schwellenwerte (aktuelle Schwellenwerte vgl. Anhang 1) überschritten sind und das öffentliche Verfahren angezeigt ist. Professionelle Auftraggeber, Bauämter, argumentieren mit dem fehlenden volkswirtschaftlichen Nutzen.

Der Bund Schweizerischer Architekten (BSA), Ortsgruppe Bern, hat dieses Verhalten eindeutig kritisiert und Jurymitgliedern, die dem BSA angehören, empfohlen das offene Verfahren durchzusetzen.

Leider geben die Bestimmungen des selektiven Verfahrens eine gewisse rechtliche Handhabe auf das offene Verfahren zu verzichten.

b) das selektive Verfahren

Beim selektiven Verfahren schreibt die Auftraggeberin den geplanten Auftrag öffentlich aus. Alle Anbieterinnen und Anbieter können eine Teilnahme beantragen. Die Auftraggeberin wählt aus den AntragsstellerInnen eine beschränkte Anzahl WettbewerbsteilnehmerInnen aus.

Nun folgt im Art. 15 Abs. 4 der fatale Satz:

„Die Auftraggeberin kann die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann.

Hier ist anzumerken, dass einzig die Auftraggeberin entscheidet was effizient ist und was nicht. Bei Architekturwettbewerben hat man sich mit folgenden mehrstufigen Modellen zu behelfen versucht:

ba) Präselektion über Referenzobjekte

Dabei werden neben den üblichen Kriterien, wie Leistungsfähigkeit, Ressourcen und Kompetenzen auch noch Kriterien eingeführt, wie etwa:

- Plätze bleiben Frauenteamen vorbehalten;*
- ein Drittel der Plätze bleiben Jungteams vorbehalten;*
- die Hälfte der Plätze werden in der Region vergeben.*

Derartige Schutzmechanismen mögen zwar verständlich sein, zeigen im Grunde aber die Hilflosigkeit des Verfahrens mit aller Deutlichkeit auf.

bb) Präselektion über ein anonym geführtes 2-stufiges Projektverfahren

Dabei wird in der ersten Wettbewerbsstufe eine Konzeptskizze verlangt, die anonym eingereicht wird. Die Jury wählt die tragfähigsten Konzepte aus und lädt die VerfasserInnen dieser Konzepte über eine Notariatsperson, bei der die Adressen der WettbewerbsteilnehmerInnen hinterlegt sind, zur 2. Wettbewerbsstufe ein.

Dieses Vorgehen hat sich nicht bewährt, weil sich die Tauglichkeit von Konzepten erst mit der Bearbeitung der Detailspekte herausstellt. Dies hat in der Praxis zu grotesken Situationen geführt, indem Wettbewerbsteilnehmer bereits für die 1. Stufe Projekte erarbeiteten, und diese dann zu einem Konzept reduzierten. Also genau das Gegenteil dessen machten, was beabsichtigt war.

bc) Die Auftraggeberin lädt 3 AnbieterInnen ein, die der gestellten Aufgabe gewachsen sind.

Dieses Vorgehen hat sich in letzter Zeit vorab auf Gemeindeebene etabliert. Hier sei vermerkt, dass nicht von Bauaufgaben im respektive unterhalb des Schwellenwertes die Rede ist. Sondern von Bauaufträgen, die eindeutig über den Schwellenwerten liegen. Dienstleistungs- resp. Bauaufträge werden künstlich gesplittet. Wie geht das? Hier ein Beispiel: eine Bernische Landgemeinde hat ein Schulhaus zu renovieren. Die Architektenleistung wird nach ersten Schätzungen etwa 260'000 Euro ausmachen. Eine Dienstleistungssumme, die eindeutig über dem gültigen Schwellenwert liegt.

Die Leistung wird nun so gesplittet, dass vorerst nur die Planungs- und Baukostenermittlung ausgeschrieben wird. Damit reduziert sich die Leistung des Architekten auf ca. 85'000 Euro. Der Vertrag zwischen Auftraggeberin und Auftragnehmerin wird über 85'000 Euro abgeschlossen und mit dem Zusatz versehen, dass Folgeaufträge zwar möglich seien, dass aber weitere Leistungen auch anderweitig vergeben werden können. Damit wird offiziell die Möglichkeit geschaffen, die nachfolgende Ausführungsphase, also definitive Planbearbeitung, Bauführung, Ausschreibung etc. neu auszuschreiben resp. anderweitig zu vergeben. Dass dieses Vorgehen in der Praxis zu deutlichen Mehrkosten führen müsste leuchtet ein, dass dieses Vorgehen aber eine klare Umgehung des Gesetzes darstellt, scheint, auf meine Nachfrage bei der betroffenen Baubehörde, selbst Juristen nicht klar zu sein, obschon Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen festhält, dass ein Auftrag nicht aufgeteilt werden darf, wenn damit die Absicht verfolgt wird, die Anwendbarkeit dieses Gesetzes zu umgehen.

c) Das freihändige Verfahren

Die Auftraggeberin vergibt einen Auftrag direkt und ohne Ausschreibung einem Anbieter oder einer Anbieterin.

Dieses Verfahren kann dann sinnvoll sein, wenn:

- beim offenen oder selektiven Verfahren keine Angebote eingehen, die sich eignen;
- beim offenen oder selektiven Verfahren nachweislich nur Angebote eingingen, die untereinander abgesprochen waren;
- es aufgrund der besonderen Aufgabe (technische oder künstlerische Besonderheiten) gar keine angemessene Alternative gibt;
- unvorhergesehene Ereignisse zu einer raschen Beschaffung zwingen;

Hier ist anzumerken, dass bei der freihändigen Vergabe durchaus Konstrukte möglich sind, die kaum oder schwer zu widerlegen sind. Weder der Faktor Zeit noch die Besonderheit der Aufgabe dürfen dazu verleiten das freihändige Verfahren zu wählen. Deshalb rechtfertigt einzig ein sehr tiefer Schwellenwert die Vergabe im freihändigen Verfahren. Ich denke hier an Summen bis maximal 7'000 Euro. Alles was über diesem Betrag liegt, muss im offenen respektive selektiven Verfahren vergeben werden. Der private Auftraggeber prüft selbst bei einfachen Haushaltgeräten, die teilweise einen Wert unter 1'000 Euro haben, unter verschiedenen Anbietern. Weshalb soll dies die öffentliche Hand nicht tun.

Dass die Gesetze zum öffentlichen Beschaffungswesen längst nicht überall eingehalten werden, habe ich am Beispiel einer Berner Landgemeinde soeben erläutert. Hier zwei Stimmen dazu:

1. Zitat des Geschäftsführers des Bernischen Baumeisterverbandes:

„Die Baumeister bejahen grundsätzlich die zunehmende Marktöffnung. Sie sind überzeugt, mit ihrer Qualität, ihrem Know-how und ihrer Leistungsfähigkeit in jeder Beziehung konkurrenzfähig zu sein. Diese spielt leider überall da nicht, wo der freie Markt nicht gewährleistet ist. So ist es noch heute äusserst schwierig, wenn nicht unmöglich, in bestimmten Regionen als nicht ortsansässige Unternehmung Submissionen erfolgreich abzuschliessen, während andererseits Unternehmungen exakt aus diesen Gebieten längstens in den Grossagglomerationen akquirieren und entsprechende Aufträge ausführen.“ (Ende Zitat).

2. Der Schweizerische Ingenieur und Architektenverein SIA schreibt im Vereinsorgan tec21 im Oktober 2005: (Zitat)

„ Grundsätzlich sind intellektuelle, kreative und konzeptionelle Planerleistungen kaum standardisierbar. Bei der Vergabe von Planeraufträgen steht die Qualität der Anbieter und ihrer Lösungsvorschläge im Vordergrund. Entscheidend sind die Kosten für das gesamte Projekt. Mit gut durchdachten Lösungen können die über die ganze Lebensdauer eines Bauwerkes betrachteten Gesamtkosten erheblich niedriger und mit ungenügend durchdachten Lösungen erheblich höher ausfallen..... Für die Ausschreibung von Planerleistungen eignen sich also Verfahren, welche die Suche nach der Qualität der individuellen Leistungen in den Vordergrund stellen. Ungeeignet für die Beschaffung von Planerleistungen sind dagegen Verfahren, mit welchen aufgrund standardisierter Vorgaben das tiefste Angebot gesucht wird, wie bei elektronischen Auktionen, Rahmenvereinbarungen und dynamischen Beschaffungssystemen... Sämtliche denkbaren Architektur- und Ingenieurleistungen können im Rahmen von Machbarkeitsstudien, Studienaufträgen, Ideen- oder Projektwettbewerben sowie mit Ausschreibungen von Planerleistungen beschafft werden. „(Ende Zitat)“.

Das heisst, der SIA stellt sich auf den Standpunkt, dass Qualitätsmerkmale zunehmend durch quantifizierende Kriterien abgelöst werden und dass diese Tendenz abzulehnen ist.

Daneben bereitet uns eine Tendenz Sorge, die sich immer deutlicher abzeichnet. Das öffentliche Beschaffungswesen, resp. die damit zusammenhängenden Submissionsverordnungen erschweren so genannte Abgebotsrunden. Das heisst der Eingabepreis gilt und kann nur unter Einhaltung bestimmter Regeln eine Nachbesserung erfahren. Experten schätzen, dass die öffentliche Hand deswegen rund 10% teurer baut als die Privatwirtschaft. Lokale Anbieter können weder bei der Nachbesserung der einmal eingereichten Angebote noch durch den so genannten Heimatschutz bevorzugt behandelt werden. Deshalb wird das öffentliche Beschaffungswesen in zunehmendem Masse umgangen. Bund, Kantone und grössere Gemeinden, wie Städte, bauen nicht mehr selber. Diese politischen Körperschaften brauchen zwar Raum, beschaffen sich diesen aber über langfristige Mieten bei privaten Investoren, wie Pensionskassen, Versicherungen und Banken. Diese Investoren sind, so lange es sich nicht um Monopolbetriebe, wie Gebäudeversicherungen handelt, nicht dem Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen verpflichtet.

Die Hochschule der Nordwestschweiz. Eine Schule, die von vier Kantonen gemeinsam betrieben wird, erstellt gegenwärtig einen Campus in Brugg-Windisch. Dieser Campus wird durch einen privaten Investor finanziert und durch eine private Baugesellschaft erstellt. Das Raumprogramm entspricht zwar exakt den Bedürfnissen der Hochschule. Da diese aber nur mietet, sich also am Bauvorgang nicht beteiligt, kommt das öffentliche Beschaffungswesen nicht zur Anwendung. Für den Investor bestehen kaum Risiken, weil die Hochschule, sprich die betroffenen Kantone in ihrem eigenen aber auch im Interesse der Investoren, gewillt sind, langfristige Mietverträge abzuschliessen. Für Kanton und Investor eine so genannte Win-Win Situation. Mit dem kleinen Schönheitsfehler, dass dadurch die Ziele des GATT/WTO-Abkommens unterlaufen werden.

Ein letztes Kapitel betrifft die Produkteverwendung im öffentlichen Beschaffungswesen. Grundsätzlich ist es nicht erlaubt in einer öffentlichen Ausschreibung bestimmte Firmenprodukte vorzuschreiben. Es kann höchstens über den Zusatz: „Es sind Produkte zu verwenden, die die Spezifikationen erfüllen, die beim Produkt..... nachweislich erfüllt sind. Der Anbieter ist aber gehalten, Angaben darüber zu leisten, mit welchem Produkt er die Leistungsvergaben zu erfüllen gedenkt.

Die öffentliche Hand macht aber immer mehr Auflagen bezüglich der Ökologie.

Das Wort Ökologie wird zunehmend und meiner Meinung nach richtiger Weise durch das Wort der Nachhaltigkeit ersetzt. Bei der Projektierung und der Ausschreibung von Leistungen für Um- oder Neubauten, sei es im Hoch- oder im Tiefbau wird die Anwendung nachhaltiger, respektive ökologisch unbedenklicher Baustoffe zu einem wichtigen Zuschlagskriterium. Der verantwortungsbewusste Umgang mit den Ressourcen und die Themen Wohlbefinden, Gesundheit haben dazu geführt, dass in der Schweiz der Verein eco-bau gegründet wurde. Diesem Verein gehörten 2005 bereits 30 Hochbauämter von Bund, Kantonen und Städten an.

Die Website www.eco-bau.ch gibt Einblick in die Tätigkeit dieses Vereins.

Die Nachhaltigkeit verlangt nach geeigneten Instrumenten, um sinnvoll beschaffen zu können. Die wichtigsten Hilfsmittel sind:

a) Umweltleistungsblätter

Leistungsbeschriebe sind klassische Beschaffungshilfsmittel. Sie geben Auskunft über die zu erfüllenden Kriterien. Für den Bau sind die Leistungsbeschriebe im Aufbau.

b) Label

Label helfen beim Beschaffungsentscheid mit.

Laut Dr. Beat Hofer von der Koordinationsstelle für Umweltschutz im Kanton Zürich darf bei freihändiger Vergabe das Label direkt verlangt werden. Bei Ausschreibungen ist darauf zu achten, dass Anbieter, welche für ihr Produkt zwar über kein Label verfügen, aber die Labelkriterien erfüllen, ebenfalls berücksichtigt werden können.

Dazu führt Hofer ein Beispiel an.

	Energiesparlampe (longlife)	Glühlampe
Leistungsaufnahme	15 W	75 W
Durchschnittliche Lebensdauer	15 000 Stunden	1000 Stunden
Stromverbrauch für Brenndauer von 15000 h	225 kWh	1125 kWh
Stromkosten bei CHF 0.20/kWh	CHF 45.–	CHF 225.–
Lampenpreis	CHF 17.80	CHF 2.30
Finanzielle Einsparung mit Energiesparlampe	CHF 196.70	
Herstellerenergie	3.4 kWh	12.9 kWh
Betriebsenergie	225 kWh	1125 kWh
Kumulierte Energieeinsparungen mit Energiesparlampe	909.5 kWh	

Quelle der Daten: (OSRAM)

Fazit: Trotz hohen Investitionen sprechen sowohl Ökonomie als auch Ökologie für die Energiesparlampe.

c) Postivlisten

Schliesslich schlägt Hofer Postivlisten vor, er schreibt dazu (Zitat):

„Für einzelne Branchen (z.B. Malergewerbe:www.vum.ch) oder Produkte (z.B. Gebäudereinigungsmittel: www.igoeb.ch) existieren so genannte Positivlisten. Wie beim Label kann bei freihändiger Vergabe ein Maler oder ein Reinigungsmittel aus dieser Positivliste direkt gewählt werden.

Bei einer Ausschreibung könnte dies wie folgt aussehen:

Fallbeispiel:

Gemeinde D möchte ihre Turnhalle neu streichen lassen. Als ökologisch vorbildliche Gemeinde soll diese Aufgabe einem Unternehmen vergeben werden, welches mit Sicherheit die einschlägigen Umweltschutzbestimmungen einhält. Diese Garantie bietet in den Kantonen ZH, AI, AR, SG die so genannte «Weisse Liste» zertifizierter Malerbetriebe der Vollzugsorganisation Umweltschutz im Malergewerbe (VUM). Damit ausserkantonale Malerunternehmen aber nicht diskriminiert werden, sollte die Formulierung bei der Ausschreibung wie folgt lauten:

... Bieter sind auf der Liste der VUM aufgeführt oder erbringen den Nachweis, dass sie die Kriterien des VUM erfüllen...“

Nun noch eine letzte, aber für mich wesentliche Anmerkung.

Interessant wird die Sache dann, wenn die Nachhaltigkeit des Angebotes mit dem massiven Energieverbrauch für Fahrten vom Geschäftsdomizil zum Ausführungsort verknüpft werden. Entsprechende Bestrebungen sind im Gange und würden der Liberalisierung des Marktes einen Riegel schieben. Damit wären wir wieder am Anfang der Liberalisierungsbestrebungen. Die Schlüsse daraus zu ziehen, verehrte Zuhörerinnen, verehrte Zuhörer, überlasse ich ihnen.

Anhang 1

Schwellenwerte auf Bundesebene für das Jahr 2006

(für Kantone und Gemeinden sind niedrigere Schwellenwerte zulässig)

- a. 166'000 Euro bei Lieferungen;
- b. 166'000 Euro bei Dienstleistungen;
- c. 6,383 Millionen Euro bei Bauwerken.