

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 20/Februar 2007

Kunst am Bau – eine besondere vergaberechtliche Kunst

Daniela Lutz, Rechtsanwältin M.B.L.
Lindtlaw Anwaltskanzlei, Kreuzlingen und Zürich



Bei grösseren Neubauvorhaben oder Umbauten der öffentlichen Hand werden in aller Regel auch künstlerische Aufträge für «Kunst am Bau» vergeben (auch als Aufträge für «Kunst und Bau» bezeichnet). Verwaltungsgebäude, Schulen aber auch Spezialbauten wie Werkgebäude, Feuerwehrdepots etc. werden mit Kunstwerken wie Skulpturen, Gemälde, künstlerisch angeordneten Pflanzungen, oder auch mit Audio-, Video- und Lichtinstallationen ergänzt. Häufig wird in Reglementen oder Weisungen des Gemeinwesens auf einen prozentualen Anteil der Anlagekosten abgestellt, für den Aufträge für Kunst und Bau vergeben werden sollen (i.d.R. zwischen 0.35 bis 1%). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie solche Aufträge vergaberechtlich zu behandeln sind. Gerichtliche Ent-

scheidungen über Submissionen für Kunst am Bau sind – soweit ersichtlich – bisher nicht ergangen.

Auftragsart

Das Leistungsverzeichnis für ein Projekt «Kunst am Bau» ist in aller Regel offen und knapp formuliert. Damit wird den Kunstschaffenden ein weiter Gestaltungsspielraum geöffnet, der es ihnen ermöglicht, sehr unterschiedliche Projekte einzugeben: Solche, die bei der Ausführung umfangreiche Bauarbeiten auslösen – z.B. eine Brunnenanlage –, oder solche, die fast ausschliesslich aus einer Lieferung bestehen (Skulptur). Wertmässig massgeblicher Teil des zu vergebenden Auftrages ist aber immer die künstlerische Idee, sind die Gestaltung und die Planung, weshalb solche Gesamtaufträge den Dienstleistungen zuzuordnen sind.

Unterstellung unter das vergaberechtliche Regelwerk

Die dem WTO-Übereinkommen (GPA, Government Procurement Agreement) unterstellten Dienstleistungen sind in einem Annex 4 für die Schweiz namentlich auf-

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Öffentlich beschaffen ist manchmal eine Kunst. Hat das öffentliche Beschaffungswesen aber auch mit Kunst zu tun? Dieser Frage ist der erste Beitrag der vorliegenden Nummer gewidmet. Namentlich die Thematik «Kunst am Bau» ist ja für die öffentliche Hand immer wieder aktuell und führt angesichts der Besonderheit der Verhältnisse, häufig zu offenen Fragen. Die Abklärungen für den erwähnten Aufsatz haben ergeben, dass die rechtliche Ausgangslage sehr vielgestaltig ist. Immerhin kann als Ergebnis festgehalten werden, dass dem interkantonalen und kantonalen Vergaberecht unterstellte Vergabestellen, also insbesondere die Kantone und Gemeinden, bei der Beschaffung von «Kunst am Bau» das öffentliche Beschaffungsrecht anzuwenden haben. Doch lesen Sie selber...

Unser zweiter Beitrag beschäftigt sich mit der unter dem Kürzel «PPP» bekannt gewordenen Form der öffentlich – privaten Zusammenarbeit. Die Autoren haben die Ergebnisse der Vergabetaugung 06 für Sie zusammengefasst. Dabei kommen zahlreiche beschaffungsrechtliche Besonderheiten von PPP zur Sprache und es zeigt sich, dass für die richtige Anwendung dieses Instruments von der Praxis und allenfalls auch der Rechtsetzung noch einige Anstrengungen zu unternehmen sind.

Der Unterzeichnende benutzt die Gelegenheit, sich nach sechsjähriger Mitarbeit an 20 Nummern des KRITERIUM von Ihnen, liebe Leserin und lieber Leser, zu verabschieden. Die Beschäftigung mit dem öffentlichen Beschaffungswesen hat mir viele bereichernde Begegnungen mit Menschen und Themen gebracht und ich bin sehr dankbar dafür. Unser Ziel, die am Beschaffungswesen Beteiligten miteinander und mit neuen Entwicklungen in Kontakt zu bringen, wird auch weiterhin interessant und spannend bleiben. Ich wünsche allen dabei auch in Zukunft viel Vergnügen.

Für das Redaktionsteam:
Herbert Lang, Baudirektion, Zürich

geführt (vgl. Abdruck in Hubert Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Auflage, Seite 72). Nur die in dieser Liste enthaltenen Dienstleistungen sind vom WTO-Übereinkommen erfasst. Künstlerische Leistungen sind in Annex 4 überhaupt nicht erwähnt. Auch die dem Annex 4 zugrundeliegende «Gütersystematik der Vereinten Nationen» (CPC, prov. Fassung) nennt künstlerische Leistungen nicht. Aufträge für Kunst am Bau fallen somit nicht unter das WTO-Übereinkommen. Gleiches gilt für die bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU und der EFTA: Die Dienstleistungs-Listen dieser bilateralen Abkommen führen künstlerische Aufträge ebenfalls nicht auf.

Das Vergaberecht des Bundes übernimmt das Regelungskonzept der Staatsverträge: Anhang 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen enthält ebenfalls eine Positivliste der unterstellten Dienstleistungen – künstlerische Aufträge fehlen auch dort.

Zwischenergebnis

Aufträge für Kunst am Bau unterstehen dem Staatsvertragsrecht – dem GPA und den bilateralen Verträgen – nicht. Der Bund kann aufgrund der für ihn geltenden gesetzlichen Grundlagen Aufträge für Kunst am Bau ausserhalb der Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechtes vergeben.



Was gilt im Kanton Zürich?

Eine andere Situation ergibt sich für die Kantone: Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) enthält in Art. 6 Abs. 2 folgende generelle Umschreibung: «Im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich findet diese Vereinbarung Anwendung auf alle Arten von öffentlichen Aufträgen». Eine Positivliste unterstellter Dienstleistungen fehlt in der IVöB, womit dem Binnenmarktgesetz Rechnung getragen wird, das die Kantone in Art. 5 ganz generell verpflichtet, Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe Dienstleistungen und Bauten auszuschreiben. Im Gegensatz zu den Bundesvergabestellen sind die Kantone und Gemeinden also verpflichtet, alle Arten von Dienstleistungen, also auch Aufträge für Kunst am Bau, gemäss den Regeln des Submissionsrechts zu vergeben. Befreit sind die Kantone und Gemeinden allerdings von «internationalen» Ausschreibungen, weil – wie dargelegt – die staatsvertraglichen Verpflichtungen Aufträge für Kunst am Bau nicht erfassen.

Anwendbare Vergabeverfahren

Somit stehen für die Vergabestellen z.B. im Kanton Zürich die ordentlichen Verfahren des Nicht-Staatsvertragsbereiches für Dienstleistungen zur Verfügung, das offene oder selektive Verfahren (ab Fr. 250'000), das Einladungsverfahren (unter Fr. 250'000) und das freihändige Verfahren (unter Fr. 150'000). Zur Feststellung des massgeblichen Auftragswertes ist auf den gemäss Reglement oder Beschluss der Vergabestelle verfügbaren Betrag für «Kunst am Bau» abzustellen. Soll auf eine solche obere Limite verzichtet werden, muss ein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden, weil die zu erwartenden Kosten nicht bekannt sind. Die Mehrheit der Aufträge für «Kunst am Bau» dürfte aufgrund der geltenden Schwellenwerte aber zulässigerweise im freihändigen Verfahren (unter Fr. 150'000) vergeben werden können.

Freihändige Vergaben

Zu prüfen ist die Zulässigkeit der Anwendung von ausnahmsweise freihändigen Vergaben, wenn der massgebliche Wert von Fr. 150'000 überschritten wird. In Frage kommt insbesondere § 10 Abs. 1 lit. c SVO: «Aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrages oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur eine Anbieterin oder ein Anbieter in Frage und es gibt keine angemessene Alternative». Die Voraussetzungen für eine solche Direktvergabe aufgrund der vom Gesetz verlangten «Einzigartigkeit» sind gemäss der eher restriktiven Gerichtspraxis zur Zulässigkeit der Ausnahmebestimmungen (vgl. etwa Urteil des Verwaltungsgerichtes Zürich VB.2005.00557 vom 13. September 2006 unter www.vgrzh.ch) nur zurückhaltend zu bejahen. Denkbar ist unter diesem Titel etwa der Ankauf von hochstehenden oder für den konkreten Kontext besonders passenden schon bestehenden Kunstwerken (insbesondere von verstorbenen Künstlerinnen oder Künstlern) oder die Vergabe eines Auftrags für das Schaffen eines neuen Kunstwerkes, wenn ein besonders hoher künstlerischer Wert erwartet wird. Zu denken ist dabei z.B. an mit Preisen ausgezeichnete Kunstschaffende oder eine zumindest überregionale Bekanntheit. Das Einholen einer entsprechenden (neutralen) Fachmeinung über den künstlerischen Wert dürfte bei einer solchen Direktvergabe unumgänglich sein. Eher fraglich scheinen deshalb z.B. Direktvergaben etwa mit der einzigen oder ausschlaggebenden Begründung, man wolle einen lokalen Künstler berücksichtigen.

Bei grösseren Aufträgen für Kunst am Bau hat sich traditionell die Durchführung von Wettbewerben etabliert. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang § 10 Abs. 1 lit. i SVO, wonach im Anschluss an die Durchführung eines Wettbewerbes eine freihändige Vergabe erfolgen kann: «Die Vergabestelle hat im Voraus die Absicht bekannt zu geben, den Vertrag mit der Gewinnerin oder dem Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleistungswettbewerbs, der

den Grundsätzen des Beitritts-gesetzes und dieser Verordnung entspricht, abzuschliessen.»

Unter Beizug der analogen Bestimmung des WTO-Übereinkommens ist vorab festzuhalten, dass § 10 Abs. 1 lit. i SVO sich nicht auf «Bauwettbewerbe» beschränkt, sondern auch Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbe in anderen Bereichen zulässt. Wettbewerbsverfahren für Kunst am Bau sind also zulässig, sofern – analog zu Planerwettbewerben – gewisse allgemeine Grundsätze des Submissionsrechtes wie Publikation (je nach Schwellenwert), Gleichbehandlung und Transparenz eingehalten werden. Gestützt auf die Empfehlung der Jury erfolgt nach dem Wettbewerb die freihändige Vergabe durch die Vergabestelle.

Die Wettbewerbsbedingungen können im Einzelfall von der Vergabestelle selbst festgelegt werden oder es können Richtlinien von Fachverbänden beigezogen werden (vgl. hierzu auch Art. 12 Abs. 3 IVöB). Etabliert haben sich in den letzten Jahren insbesondere die «Wettbewerbsrichtlinien für bildende Kunst» der Visarte (Berufsverband für visuelle Kunst Schweiz – ehemals

GSMB), welche erst kürzlich per Ende Oktober 2006 durch die neue «Wettbewerbsordnung für visuelle Kunst» überarbeitet und ersetzt wurden (vgl. Informationen unter www.visarte.ch). Diese Wettbewerbsordnung lehnt sich eng an die SIA Ordnung 142 für Architekturwettbewerbe an. Sie weist u.a. ausdrücklich auf den Vorrang des öffentlichen Beschaffungswesens hin (soweit dieses zur Anwendung gelangt) und umschreibt Wettbewerbsarten wie Präqualifikation, Ideenwettbewerb und Projektwettbewerb. Im Weiteren werden etwa die Zusammensetzung und die Aufgaben der Jury definiert.

Gerichtspraxis zu Wettbewerben

Die verwaltungsgerichtliche Praxis zu den Planer-Wettbewerben muss aufgrund des Gesagten bei Fragen zu Wettbewerbsverfahren für «Kunst am Bau» berücksichtigt werden, etwa mit Bezug auf die Verbindlichkeit von Juryentscheiden (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichtes Zürich, VB.2004.00078 vom 17. März 2004 mit weiteren Hinweisen, unter www.vgrzh.ch), die Festlegung von Beurteilungskriterien – wobei einer Vergabestelle ein sehr grosses Ermessen zusteht – und die Begründung für Vergabe-

entscheide, welche im Vergleich zu «ordentlichen» Vergabeverfahren allgemeiner gehalten werden kann (Urteil VB.2001.00198 vom 13. November 2002, unter www.vgrzh.ch). Bei der in den meisten Fällen vorhandenen Ausgangslage, wonach bereits in der Ausschreibung eine obere Limite für die Kosten für Kunst am Bau definiert ist, darf der Anschaffungspreis höchstens eine sehr untergeordnete Rolle spielen.

Vertragliche Regelungen

Zu empfehlen ist, bereits im Rahmen des Wettbewerbsprogramms auch die Eckdaten eines künftigen Vertrages zu definieren. Zu denken ist etwa an Fragen des Urheberrechtes, aber auch an die Anforderungen an das Kunstwerk selbst, wie Robustheit und Alltagstauglichkeit (etwa bei einer Schulanlage), Beständigkeit, Funktions- oder Materialgarantien. Für Kunstwerke, welche mit mechanischen (beweglichen) oder elektronischen Anlagen versehen sind, könnten auch Verpflichtungen der Auftragnehmerin oder des Auftragnehmers betreffend Verfügbarkeit, Lebensdauer und Unterhalt vorgesehen werden. ■

Public Private Partnership – wenn Staat und Private kooperieren*

Claudia Schneider Heusi, lic. iur., Rechtsanwältin, LL.M., Zürich
Felix Jost, Dr. iur., Rechtsanwalt, Hochbauamt Kanton Zürich



I. Was ist bei PPP anders als bei klassischen Beschaffungsmodellen?

Public Private Partnership (PPP) – der Begriff ist derzeit in der Schweiz in vieler Munde und scheint auf den ersten Blick neu. Nicht so in den EU-Staaten, wo PPP angesichts der knappen öffentlichen Mittel zur Bewältigung komplexer öffentlicher Infrastrukturprojekte seit längerem

weit verbreitet ist. Öffentliche Aufgaben werden bei PPP im Rahmen einer langfristigen gemeinsamen Zusammenarbeit von öffentlichen und privaten Partnern mit einer echten Risikoteilung erfüllt. Anders als bei den bisher üblichen Beschaffungsmodellen übernimmt der private Partner weitergehende Aufgaben, indem er beispielsweise eine Baute projiziert, baut, den Betrieb übernimmt und diesen über ein Entgelt (z.B. Gebühren oder Mietzins) finanziert. Bei derart weit reichender privater Tätigkeit kann die klassische Rollenteilung zwischen Staat und Privaten aufgeweicht und verwischt werden.

PPP-Verfahren sind gesetzlich nicht geregelt. Bei allen Vorgängen einer Zusammenarbeit im Rahmen von PPP, einer Auslagerung oder einer Privatisierung stellt sich auch die Frage, inwiefern und auf welchen Stufen die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens beachtet werden müssen.

II. Wann kommt bei PPP das öffentliche Beschaffungsrecht zur Anwendung?

A Auswahl des PPP-Partners

Gemäss der Rechtsprechung liegt eine öffentliche Beschaffung nur dann vor, wenn das Gemeinwesen für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auf dem freien Markt als Nachfrager («Konsument») einer Leistung auftritt und diese Leistung gegen

Bezahlung eines Preises erwirbt. Vergaben unter umgekehrten Vorzeichen, d. h. wenn die öffentliche Hand kein Entgelt leistet oder sogar eine Gebühr oder Entschädigung erhält, sind nicht als öffentliche Beschaffungen zu qualifizieren.

Eine öffentliche Beschaffung liegt somit dann vor, wenn der private PPP-Partner gegen Entgelt für das Gemeinwesen Leistungen erbringt (Vertragsmodell).

Wenn – ohne ein Entgelt zu entrichten – mit dem privaten Partner eine gemeinsame Gesellschaft gegründet (Gesellschaftsmodell) oder ihm eine öffentliche Aufgabe zur Erfüllung übertragen wird (Konzessionsmodell), muss die Suche des PPP-Partners oder eines Investors nach geltender Rechtslage und der genannten Rechtsprechung nicht gemäss den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungsrechts ausgeschrieben werden. Dieses gelangt demnach nicht direkt zur Anwendung. Die öffentliche Hand ist aber dennoch nicht völlig frei bei der Auswahl des PPP-Partners.

Im Europäischen Vergaberecht geht die Entwicklung dahin, dass auch bei Vorgängen wie die Erteilung von Dienstleistungskonzessionen, die per Definition keine öffentliche Beschaffung darstellen, die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz eingehalten und weitgehend analoge Verfahren durchgeführt werden müssen.

Der Entscheid «Parking Brixen GmbH» des EuGH vom 13. Oktober 2005 wird vermutlich auch in der Schweiz für künftige PPP-Verfahren Wegweisend sein. Demgemäss hat das Gemeinwesen bei der Suche eines Investors oder eines PPP-Partners für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe die aus der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV abgeleitete Pflicht zur Gleichbehandlung von privaten Marktteilnehmern zu beachten. Dies bedeutet, dass die Suche eines Investors oder PPP-Partners in einem dem öffentlichen Beschaffungswesen analogen Verfahren erfolgen muss.

B Beschaffungen von PPP-Trägerschaften

Zu klären ist der Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts, wenn im Rahmen von PPP-Vorhaben die privaten Partner oder eigens gegründete Projektentwicklungs- bzw. Trägergesellschaften bei Dritten Leistungen einkaufen.

In Art. 8 IVöB erfolgt eine weite Umschreibung der unterstellten Auftraggeberinnen und Auftraggeber. Im Staatsvertragsbereich werden Kantone, Gemeinden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene erwähnt sowie öffentliche und private Unternehmen aus den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung. Gemäss Abs. 2 lit. a und b IVöB erfolgt die Unterstellung im Nicht-Staatsvertragsbereich überdies für:

- andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben, mit Ausnahme derer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten,
- Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden.

Dieser weite Begriff entspricht Art. 5 Abs. 2 des Binnenmarktgesetzes (BGBM), wonach Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben dafür zu sorgen haben, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach heutigem kantonalen Recht (und wohl auch nach zukünftigem Bundesrecht) ein Auftraggeber jeweils dann dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterworfen ist, wenn

- es sich um eine staatliche oder dezentralisierte Behörde handelt und diese nicht kommerziell oder industriell tätig ist,
- es sich um ein gemischtwirtschaftliches oder öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform handelt, das aufgrund der Eigentumsverhältnisse und/oder der finanziellen Beteili-

Impressum

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

Layout: Andreas Walker, BDKom

Kontaktadresse:

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ, Räfjelstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

gung bzw. der personellen Bestellung der Organe als mehrheitlich staatlich beherrscht gilt und sofern es nicht kommerziell oder industriell tätig ist,

- ein Auftraggeber eine Monopollstellung innehält,
- ein Privater als Träger öffentlicher Aufgaben handelt,
- es sich um eine Organisation handelt, die zu mehr als 50% mit öffentlichen Geldern, namentlich Subventionen, finanziert wird.

C Zusammenfassung

Bei der Suche eines PPP-Partners oder Investors ist zusammengefasst in erster Linie zu klären, ob eine öffentliche Beschaffung im Sinne der genannten Definition vorliegt. Dabei ist vor allem von Bedeutung, ob es sich um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt und ob der PPP-Partner für seine Leistung eine Entschädigung durch das Gemeinwesen erhält. Ist letzteres nicht der Fall, so hat die Suche des geeigneten Partners in einem analogen Verfahren zu erfolgen, das sich am öffentlichen Vergabeverfahren orientiert. Es ist eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen und die Auswahl des Partners hat aufgrund vorgängig festgelegter, objektiver und nichtdiskriminierender Kriterien zu erfolgen.

In Bezug auf die Unterstellung von Träger- bzw. Betreibergesellschaften bei PPP-Projekten ist insbesondere zu prüfen, ob eine mehrheitliche Beherrschung oder Finanzierung durch die öffentliche Hand gegeben ist. Selbst bei einer staatlichen Minderheitsbeteiligung ist zu beachten, dass die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe zu einer Unterstellung führt. Die Umgehung des Beschaffungsrechts durch Dezentralisierung, Auslagerung und Delegation von Verwaltungsaufgaben an private Unternehmen wird so ausgeschlossen.

Wenn bereits der PPP-Partner in einem Verfahren gefunden wurde, welches direkt dem Vergaberecht unterstand, brauchen allfällige Aufträge des PPP-Partners an Subunternehmer nicht mehr nach den Regeln des Beschaffungsrechts vergeben zu werden.

Mit anderen Worten gilt der Grundsatz, dass bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben in derselben Sache das Vergaberecht nur einmal (und nicht mehrmals) zur Anwendung gelangt (Prinzip der Einmaligkeit). Dieses Prinzip entspricht schon heute, z.B. bei Total- oder Generalunternehmer-Vergaben, gängiger Praxis.

III. Ausgewählte Besonderheiten bei PPP

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf PPP-Vorhaben, welche direkt dem Beschaffungsrecht unterstehen (Vertragsmodell).

A Umfang der ausgeschriebenen Leistung

Die ausgeschriebenen Leistungen dürfen nicht so umfangreich sein, dass mangels einer ausreichenden Anzahl Anbieter wichtige Ziele des Beschaffungsrechts, namentlich die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs und die Gleichbehandlung der Anbietenden, in Frage gestellt werden. Sehr umfangreiche und langfristige Vergaben, für die nur ganz wenige Anbieter in Frage kommen, sind daher aufzuteilen, sofern nicht überwiegende Interessen für eine ungeteilte Vergabe sprechen. Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Wettbewerbskommission gegen wettbewerbsbehindernde Vergaben vorgehen kann und ihr gemäss revidiertem Binnenmarktgesetz seit dem 1. Juli 2006 ein Beschwerderecht gegen Vergabeentscheide zusteht.

Auch der zeitlichen Dimension ist Beachtung zu schenken: Gemäss Rechtsprechung steht es nicht im Belieben der öffentlichen Hand, ein Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Verträge, die sich jeweils stillschweigend um ein weiteres Jahr verlängern und kein definitives Ende vorsehen, sind unzulässig, da sie den Wettbewerb behindern. Vertragsdauern von maximal sieben Jahren wurden etwa für Stadt-ingenieurarbeiten oder für ein kommunales Abfuhrwesen als gerade noch zulässig erachtet.

Diesbezüglich ergeben sich für PPP, die sich aufgrund ihrer «life cycle»-Betrachtung regelmässig auf sehr lange Vertragsverhältnisse erstrecken, erhebliche Schwierigkeiten. Oft ist es gerade Sinn und Zweck von PPP, dass über viele Jahre oder gar Jahrzehnte hinweg Leistungen von einem einzigen Anbieter erbracht werden und in dieser Zeitspanne die Konkurrenten vom Markt ausgeschlossen sind. Langfristige PPP-Projekte sind somit nur möglich, wenn die Rechtsprechung ihre bisherige strenge Praxis lockert.

B Dialog zwischen Vergabestelle und Anbietenden

Bei PPP-Vergaben ist der Vergabestelle eine detaillierte Umschreibung der zu beschaffenden Leistungen oft gar nicht möglich. Mittels Dialog zwischen Anbietenden und Vergabestelle werden innovativere oder wirtschaftlichere Lösungen unter Umständen überhaupt erst in Erwägung gezogen. Denkbar ist auch, dass die Initiative von privater Seite ergriffen wird und ein potentieller PPP-Partner mit einer konkreten Idee an ein Gemeinwesen herantritt. Wer im Vorfeld einer Submission Ratschläge erteilt oder anderweitig auf eine Submission Einfluss nimmt, riskiert allerdings, wegen Vorbefassung vom nachfolgenden Verfahren ausgeschlossen zu werden. Diesbezüglich ist im Rahmen der laufenden Gesetzesrevision des Bundes eine gewisse Flexibilisierung unabdingbar, indem ein Dialog zwischen Vergabestelle und Anbietenden bei der Abwicklung komplexer Projekte zugelassen wird. Weiterhin zu gewährleisten ist indessen die Gleichbehandlung der Anbietenden. Ein Dialog darf nicht zur Folge haben, dass die Ausschreibungsunterlagen (insbesondere die technischen Spezifikationen) auf einen oder einige wenige Konkurrenten zugeschnitten werden.

Schon nach heutigem Recht ist ein so genannter technischer Dialog mit einem späteren Anbietenden zulässig, soweit diesem daraus kein Vorteil erwächst. Das Erteilen von technischen Auskünften und Ratschlägen sowie das Verfassen von Studien ist so lange statthaft, als

dies offen gelegt und ein allfälliger Wissensvorsprung durch Ausgleichsmassnahmen (z.B. offeneren der Grundlagen, längere Eingabefristen) kompensiert wird.

Während bei Beschaffungen von Bundesstellen auf entsprechende Ankündigung hin nach Ablauf der Eingabefrist Verhandlungen (namentlich über Inhalt, Umfang und Preis der zu erbringenden Leistungen) geführt werden dürfen, sind auf kantonaler Ebene Verhandlungen nur sehr beschränkt und hinsichtlich der Preise (sog. «Abgebotsrunden») überhaupt nicht zulässig. Es dürfen lediglich Unklarheiten ausgeräumt und Präzisierungen eingeholt werden. Insofern erweist sich das Bundesrecht als PPP-freundlicher.

C «Best-of-Best»-Lösungen

Gerade bei sehr umfangreichen Vergaben, die nicht mit einem detaillierten Leistungsverzeichnis, sondern funktional ausgeschrieben werden, wäre den Interessen des Gemeinwesens am besten gedient, wenn von verschiedenen Angeboten die jeweils attraktivsten Elemente herausgepickt und zu einem neuen Ganzen zusammengefügt werden dürften. So könnte die Vergabestelle etwa bei einem PPP-Vorhaben von einem besonders lukrativen Finanzierungsmodell des Anbieters A, dem architektonischen Wurf des Anbieters B sowie gleichzeitig vom innovativen Betreibermodell des Anbieters C profitieren. Eine solche «Best-of-Best»-Lösung ist indessen unzulässig. Ein umfangreicher Auftrag kann zwar auf verschiedene Anbieter aufgeteilt werden, wenn dies im Voraus angekündigt und die einzelnen Lose in den Ausschreibungsunterlagen genau umschrieben werden. Nicht erlaubt ist es aber, dem Zuschlagsempfänger aufzuerlegen, gewisse Elemente eines Gesamtauftrags gemäss der Offerte eines Konkurrenten zu erbringen. Sollte die Vergabestelle im Rahmen der Offertauswertung zur Erkenntnis gelangen, dass nur noch eine bestimmte Art und Weise der Leistungserbringung in Frage kommt, ist sie angesichts des Verbots von «Best-of-Best-Vergaben» weder befugt, diejenigen

Anbieter, welche eine teilweise andere Lösung vorschlagen, vom Verfahren auszuschliessen, noch diesen zu auferlegen, ihre Offerte entsprechend zu ändern. Nötigenfalls ist in solchen Fällen das Verfahren abzubrechen und unter Bekanntgabe von detaillierteren Rahmenbedingungen zu wiederholen.

D Freihändige Vergaben

Der Umstand, dass Gegenstand einer Beschaffung ein langjähriges PPP-Projekt ist, rechtfertigt selbstverständlich keine freihändige Vergabe. Nur wenn ein Ausnahmetatbestand (im Kanton Zürich geregelt in §10 SVO) erfüllt ist, darf der PPP-Partner direkt und ohne Ausschreibung bestimmt werden. Unseres Erachtens dürften die Voraussetzungen für eine freihändige PPP-Vergabe nur selten gegeben sein. Namentlich kann sich eine Vergabestelle kaum darauf berufen, es handle sich bei PPP um «neuartige Dienstleistungen, die auf ihr Ersuchen im Rahmen eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrages entwickelt werden» (§ 10 Abs. 1 lit. h SVO). Ebenso wenig wird – sofern keine besonderen Umstände vorliegen – kaum je behauptet werden können, für eine konkrete PPP komme nur ein einziger Anbieter in Frage.

Besondere Erwähnung verdient der Fall, bei dem ein privater Anbieter die Initiative ergreift und einem Gemeinwesen den Vorschlag unterbreitet, auf einem bestimmten (möglicherweise dem Privaten gehörenden) Grundstück für öffentliche Zwecke eine Baute oder Anlage zu erstellen und zu betreiben. Die Besonderheit liegt hier darin, dass Liegenschaftengeschäfte nicht dem Vergaberecht unterstellt sind. Unseres Erachtens ist dieser Ausnahmefall eng auszulegen. Lediglich das Liegenschaftengeschäft selbst darf freihändig erfolgen; die weiteren Leistungen (Bauaufträge, Finanzierungskonzepte, Facility Management, Unterhalt etc.) sind soweit möglich in Konkurrenz zu vergeben.

* Der Artikel stellt in verkürzter Form die Ergebnisse des anlässlich der Vergabetagung 2006 durch die Autoren abgehaltenen und im Sonderheft zur Vergabetagung 2006 (BR/DC Sonderheft 2006) publizierten Workshops dar. ■

Informationen zum Stand SIMAP2

Im Projekt SIMAP2 (vgl. bereits KRITERIUM Nr. 16/2005) sind Verzögerungen eingetreten. Die geplante Einführung verschiebt sich um ein Jahr gegenüber der vertraglichen Vereinbarung. Seitens Auftraggeber und Swisscom wurde die Situation geklärt. Die Swisscom ist überzeugt, dass sie ein Produkt liefern kann, das den Erwartungen entspricht. Sie setzt sich dafür ein, dass die Umsetzung der Zielvorgaben mit grösster Priorität vorangetrieben wird, so dass das Projekt SIMAP2 erfolgreich abgeschlossen werden kann; im Vordergrund steht die Qualität unter Einhaltung der Termine. Neu soll der Betrieb ab Oktober 2007 aufgenommen werden. Die bestehende Plattform SIMAP1 soll weiter geführt werden, bis diese von SIMAP2 abgelöst wird.