

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 30/Mai 2011

Die Unternehmervariante im Bau: ein Instrument mit grossem Nutzen, aber auch mit grossen Tücken

lic. iur. RA Nicole Zumstein Bonvin, Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen der Stadt Winterthur



1. Einleitung

«Bei der Verwirklichung von Bauvorhaben besteht regelmässig das Bedürfnis nach Optimierung der ausgeschriebenen Projektidee: Bauherren, selbst wenn durch Planer sachverständig beraten, sind daran interessiert, dass die an der Ausschreibung teilnehmenden Unternehmer kritisch und innovativ mitdenken, ihr ausführungsorientiertes Know-how bereits in die Planung einbringen und mit ihren Fachkenntnissen und ihren Ressourcen zu einer günstigeren, schnelleren und allenfalls technisch ausgereifteren Projektrealisierung beitragen» (Roland Hürlimann, Unternehmervarianten – Risiken und Problembereiche, BR 1996, S. 3 f.).

Treffender könnte die Relevanz von Unternehmervarianten für

die Vergabestellen kaum beschrieben werden. Bauherren sind auf Unternehmervarianten angewiesen. Der Umgang mit diesem Instrument stellt aber eine grosse Herausforderung dar, wie dies nachfolgend aufgezeigt wird.

2. Begriff

Definition nach Gesetz

Das Gesetz definiert die Unternehmervariante nicht. Die Zürcher Submissionsverordnung (SVO) sieht lediglich vor, dass Informationen über Varianten im Rahmen der Submission spätestens in den Ausschreibungsunterlagen kommuniziert werden müssen (§ 13 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 SVO).

Im Vorentwurf vom 30. Mai 2008 zur (gescheiterten) Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB) wird die Variante folgendermassen definiert und geregelt:

Art. 24 Varianten

¹ Als Variante gilt ein Angebot einer Anbieterin, mit welchem das Ziel der Beschaffung auf andere Art als von der Beschaffungsstelle vorgesehen erreicht werden kann.

² Die Anbieterinnen können anstelle oder neben einem Angebot gemäss Ausschreibung Varianten anbieten, wenn die Beschaffungsstelle dies in der

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Die vorliegende Ausgabe behandelt das Thema Unternehmervariante. Als Leiterin der Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen der Stadt Winterthur beschäftigt sich die Autorin dieses Beitrages täglich mit diversen submissionsrechtlichen Fragen und kennt die Herausforderungen von Vergabestellen, nicht zuletzt im Zusammenhang mit Unternehmervarianten. Schon zu Beginn eines Submissionsverfahrens ist zu entscheiden, ob Unternehmervarianten überhaupt zugelassen werden sollen. Will die Beschaffungsstelle an der vorgesehenen Ausführung festhalten oder sucht sie nach anderen innovativen Ansätzen? Ist das Grundangebot in jedem Fall auch einzureichen? Wie soll die Beurteilung von allfälligen Varianten mit Blick auf das Problem der Vergleichbarkeit erfolgen?

Falls tatsächlich eine zugelassene Unternehmervariante die Zuschlagskriterien besonders gut erfüllt, stellt sich sodann die Frage, ob den übrigen Anbieterinnen Gelegenheit geboten werden muss, ihre Offerten an einen solchen neuen Leistungsinhalt anzupassen. Diesbezüglich stehen die Vergabestellen in einem Spannungsverhältnis. Einerseits müssen sie den beschaffungsrechtlichen Prinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz Nachachtung verschaffen, andererseits dürfen sie keine Geschäftsgeheimnisse oder Urheberrechte von innovativen Unternehmen verletzen. Anhand einer im Jahre 2010 gerichtlich überprüften Submission der Stadt Winterthur beleuchtet die Autorin diese Problematik.

Aufgrund der offenen Fragen wird die anspruchsvolle Thematik wohl weiter von Lehre und Rechtsprechung bearbeitet werden müssen.

Ergänzt wird die vorliegende Ausgabe schliesslich mit dem Hinweis auf die von der KöB organisierten Einführungs- und Weiterbildungsveranstaltungen im öffentlichen Beschaffungswesen.

Michèle Klausberger

Ausschreibung nicht ausgeschlossen oder soweit sie es nicht eingeschränkt hat.

³ Die Anbieterin der Variante hat darzulegen:

- a. dass mit dieser das Ziel, das mit der Beschaffung verfolgt wird, erreicht werden kann;
- b. dass die Variante die zwingenden Anforderungen an die Leistung erfüllt;
- c. welche Vorteile die Variante im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung aufweist.

Im erläuternden Bericht zum Vorentwurf wird zu den einzelnen Absätzen präzisiert:

Abs. 1

Eine Variante erreicht das von der Beschaffungsstelle angestrebte Ziel auf eine andere Weise, als diese es in der Ausschreibung vorgeschlagen hat. Eine Variante liegt auch vor, wenn das Angebot eine andere als die von der Beschaffungsstelle vorgegebene Preisart enthält (z.B. Globalpreis anstelle von Einheitspreis). Für Varianten gelten dieselben Eingabefristen und Zuschlagskriterien, es sei denn, die Beschaffungsstelle hat sich in der Ausschreibung abweichende Regelungen vorbehalten.

Abs. 2

Varianten fördern den Wettbewerb, sind zwecks Innovation erwünscht und beschaffungsrechtlich erlaubt. Die Anbieterin, die eine Variante anbietet, braucht nicht zusätzlich ein Angebot, das den Vorgaben der Beschaffungsstelle genau entspricht (so genannter Amtsvorschlag) einzureichen. Die Beschaffungsstelle kann Varianten grundsätzlich oder in Bezug auf deren Inhalt (z.B. Ausführungsvarianten) einschränken. Sie kündigt dies aber bereits in der Ausschreibung an. Weil diese Norm den Wettbewerb unterstützt, ist es verfassungskonform, diese Lösung auch auf die Kantone auszuweiten. Immerhin bleibt es den Beschaffungsstellen unbenommen, Varianten im Einzelfall ausschließen.

Abs. 3

Die Beschaffungsstelle analysiert die Varianten so angemessen wie möglich, damit sie diese miteinander vergleichen kann (so ge-

nannte Sensitivitätsanalyse). Die Pflicht zur Bereinigung (Art. 37), die bei Varianten komplexer ist, wird durch die Mitwirkungspflicht der Anbieterinnen erleichtert. Diese dürfen nämlich auf die Eingabe eines Amtsvorschlages nur verzichten, wenn sie darlegen können, dass sie sich mit den Vorgaben der Beschaffungsstelle anderweitig und hinreichend auseinander gesetzt haben.

Definition nach Praxis und Lehre

Nach Praxis und Lehre liegt eine Unternehmervariante vor, wenn eine Offerte vom Leistungsverzeichnis abweicht, d.h. den Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht (Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 1. November 2006, VB.2005.00514, E. 4.2.3). Erscheinungsformen in der schweizerischen Baupraxis sind vor allem Projekt- und Ausführungsvarianten. Erstere sehen die Werkausführung mit einer Projektierung vor, die von den ausgeschriebenen Planunterlagen ganz oder teilweise abweicht, letztere eine Ausführung, deren Art und Weise den Ausschreibungsunterlagen (z.B. in Bezug auf die Baumethode, die Konstruktionsart oder die Reihenfolge der Arbeiten) nicht entspricht (Hürlimann, a.a.O., S. 3 am Ende f).

Unklar ist, ob zusammen mit der Einreichung einer Variante ebenfalls das Grundangebot einzureichen ist, sofern nichts Besonderes in den Ausschreibungsunterlagen zu diesem Thema vermerkt ist (vgl. dazu Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 472 am Ende).

Eine Variante muss eine gleichwertige Lösung anbieten (Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 17. Mai 2010, VB.2010.00171, E. 4.1.5).

Keine Varianten sind so genannte «Offertvorschläge», mit denen lediglich eine abweichende Konstruktion der Baustelleninstallation vorgeschlagen wird, da Projektierung, Erstellung und Unterhalt dieser Leistungen ohnehin

in den Verantwortungsbereich des Unternehmers fallen (Hürlimann, a.a.O., S. 4).

Laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts liegt eine Unternehmervariante auch dann vor, wenn eine Anbieterin oder ein Anbieter einzig eine gegenüber den Anforderungen der Ausschreibung reduzierte Leistung vorschlägt. Gelangt eine Anbieterin oder ein Anbieter zur Auffassung, dass die Vergabestelle für den von ihr verfolgten Zweck zu hohe Anforderungen stelle, so ist es ihm erlaubt, auf diesen Umstand hinzuweisen und eine entsprechend reduzierte Leistung vorzuschlagen. Ob die Vergabestelle auf die Variante eintreten oder aber diese ablehnen will, liegt weitgehend in ihrem Ermessen. Bei dieser Art von Variante muss die Behörde jedoch, falls sie die Anforderungen der Ausschreibungen im Sinne der Variante reduziert, aus Gründen der Gleichbehandlung der Anbietenden sowie der Transparenz des Vergabeverfahrens den anderen Anbietenden Gelegenheit bieten, auch ihre Offerten an die neue Umschreibung des Leistungsinhalts anzupassen. Mit der Gelegenheit zur Anpassung der Konkurrenzofferten will die Rechtsprechung gewährleisten, dass die als Variante offerierte Minderleistung nicht zu einem Kostenvorteil gegenüber den Mitbewerberinnen und Mitbewerbern ausgenützt werden kann. Diese Gefahr besteht allerdings dann nicht, wenn das Angebot, welches die Minderleistung enthält, so weit vor den Angeboten der Mitbewerberinnen und Mitbewerber liegt, dass es selbst unter Aufrechnung der Preisdifferenz, die für eine volle Leistung zu veranschlagen wäre, noch seinen Vorsprung behält (wobei nicht nur auf den Preis, sondern auf die Gesamtbewertung aller Zuschlagskriterien zu achten ist) (VB.2005.00514, E. 4.2.3 f.).

Wenn die Vergabestelle die Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand aufgrund einer Variante in anderer Weise verändern will (z.B. Erhöhung der Anforderungen), müsste sie auch in diesem Fall den Anbietenden die

Möglichkeit einräumen, ihre Offerte an den geänderten Leistungsinhalt anzupassen (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 479).

Diese Ausführungen bereiten Interpretationsschwierigkeiten: Wann enthält eine Variante eine Minder- bzw. Mehrleistung, mit der Konsequenz, dass die Variante den anderen Anbietenden offen gelegt werden muss, wann nicht? Diese Problematik wird anhand des folgenden Beispiels illustriert.

3. Illustration: Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. Mai 2010 betreffend Baumeisterarbeiten Regenbecken (VB.2010.00171)

Die Stadt Winterthur eröffnete am 23. Oktober 2009 ein offenes Submissionsverfahren für den Neubau eines Regenbeckens. Fristgemäss gingen zehn Offerten und zwei Varianten mit Angebotspreisen von Fr. 2'180'982.– bis Fr. 2'887'927.– ein. Eine Variante wurde aus technischen Gründen ausgeschlossen. Die zweite Variante erhielt den Zuschlag. Sie war um Fr. 7'658.90 nur geringfügig teurer (+ 0,352 %) als das Grundangebot der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin rügte insbesondere, die Vergabestelle hätte die Variante allen Anbietenden offen legen und Gelegenheit geben müssen, ihre Offerten an die neue Umschreibung des Leistungsinhalts anzupassen.

In Bezug auf den Baugrubenabschluss sah der Amtsvorschlag «rückverankerte Rühlwände mit Stahlträgern und einer Orts-

betonausfachung» vor. Der abweichende Vorschlag der Zuschlagsempfängerin sah hingegen «Nagelwände mit Spritzbeton» vor.

Das Verwaltungsgericht sah in diesem Vorschlag eine «Ausführungsvariante», weil die Rühlwand als Baugrubensicherung in den Ausschreibungsunterlagen – und nicht nur im Leistungsverzeichnis – ausdrücklich vorgesehen war (VB.2010.00171, E. 4.1.4).

Da das Verwaltungsgericht zum Schluss kam, es handle sich im vorliegenden Fall um eine eigentliche Variante, hätte es prüfen müssen, ob diese Variante eine gleichwertige Leistung enthält. Diese Frage liess das Gericht jedoch offen, da es die Beschwerde aus anderen Gründen guthiess.

Konsequenterweise musste sich das Verwaltungsgericht auch nicht zur Frage äussern, ob die vorgeschlagene Variante eine Reduktion des Leistungsinhalts zur Folge gehabt hätte, was gegebenenfalls dazu geführt hätte, dass den anderen Anbietenden hätte Gelegenheit gegeben werden müssen, ihre Offerten mit Blick auf die neue Umschreibung des Leistungsinhalts zu ergänzen.

Das Verwaltungsgericht hielt hingegen fest, dass sich seine zur Zulässigkeit von Varianten entwickelte Praxis entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht nur auf Projektvarianten, sondern auch auf Ausführungsvarianten beziehe: «Es kann nicht erheblich sein, ob eine Minderleistung die zu erstellende Baute oder die Ausführungsweise betrifft, da in beiden Fällen die Gleichbehandlung der Anbietenden in Frage steht. (...) Den berechtigten privaten Interessen, die von der Beschwerdegegnerin ins Feld geführt werden – es handelt sich namentlich um die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und das Urheberrecht – kann durch die Ausgestaltung der Gelegenheit zur Ergänzung der Offerten Rechnung getragen werden» (VB.2010.00171, E. 4.1.3).

Diese Äusserung wirft wieder Fragen auf.

4. Stolpersteine

Es ist häufig schwierig zu unterscheiden, wann eine Variante eine Minder- bzw. Mehrleistung enthält und wann nicht. Äusserst anspruchsvoll wird es dann, wenn die Vergabestelle die anderen Anbietenden über den geänderten Leistungsinhalt informieren und gleichzeitig die privaten Interessen des betroffenen Unternehmers wahren muss.

Unserer Meinung nach ist diese Anforderung an die Vergabestelle widersprüchlich. Diese kann nicht den neuen Leistungsinhalt kommunizieren, ohne gleichzeitig die berechtigten Interessen der Erfinderin oder des Erfinders der Variante zu gefährden.

Hält sich die Vergabestelle an das Gebot des Verwaltungsgerichts, läuft sie die Gefahr, Geschäftsgeheimnisse eines Anbieters zu verletzen.

Dabei ist die Vergabestelle von Gesetzes wegen verpflichtet, eingereichte Unterlagen, soweit Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind, vertraulich zu behandeln. Vertrauliche Unterlagen dürfen ohne das Einverständnis der Anbietenden oder ohne gesetzliche Grundlage weder genutzt noch an Dritte weitergeleitet werden. Vorbehalten bleibt allerdings die Herausgabe an gerichtliche Instanzen im Rahmen von Rechtsmittelverfahren (§ 18 SVO).

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) schützt Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, ohne diese jedoch zu definieren (vgl. Art. 6 UWG).

Das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum («TRIPS», SR 0.632.20) schützt vertrauliche Informationen unter der Voraussetzung, dass sie der Öffentlichkeit nicht allgemein bekannt sind, ihrem Inhaber irgend eine Art von wirtschaftlichen Nutzen verleihen (Wert) und Gegenstand von sinnvollen Anstrengungen sind, ihre Geheimhaltung zu wahren (vgl. Art. 39 Ziff. 2 TRIPS).

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Michèle Klausberger, Stadt Zürich; Nicole Zumstein Bonvin, Stadt Winterthur.

Layout: Andreas Walker, BDKom

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

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: kdmz,
Räffelstrasse 32, 8090 Zürich;
Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98;
E-Mail: info@kdmz.zh.ch

Geschäftsgeheimnisse können Unternehmensinformationen einschliessen, wie Geschäftsstrategien und Pläne, Kundenlisten, interne Handbücher und Forschungsberichte, ebenso technisches Know-how wie geheime Rezepturen für kommerzielle Produkte, Verfahrensparameter für chemische Umsetzung und anderes Herstellungs-Know-how (Internationale Vereinigung für den Schutz des geistigen Eigentums AIPPI, Arbeitsrichtlinien, Frage Q215 «Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch Rechte des geistigen Eigentums und durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs»; www.aippi.org).

Unserer Meinung nach fallen innovatives und kreatives Denken sowie technisches Know-how (angeeignet durch jahrelange Berufserfahrung oder spezielles Wissen) einer Unternehmung unter die Definition des Geschäftsgeheimnisses.

In Anwendung von § 18 SVO darf demzufolge die Vergabestelle den Inhalt einer Variante ohne das Einverständnis der Anbieterin oder des Anbieters oder ohne gesetzliche Grundlage den anderen Anbietenden nicht weiterleiten.

In diesem Zusammenhang ist es bemerkenswert, dass verschiedene Wirtschaftsverbände im Rahmen der Vernehmlassung zur Revision des BöB verlangten, dass die Verwendung von Varianten von Anbietenden, die den Zuschlag nicht erhalten haben, nur mit deren Zustimmung und nach Klärung der Entschädigungsfrage erlaubt sein soll (economiesuisse, sgV, bauenschweiz, VSEI, SMU, CHGEOL, Fachverband Infra, VSG und SBV, vgl. Bericht zur Vernehmlassung BöB vom 18.11.2009, S. 2 f.).

Das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter (Art. 11 lit. a IVöB) vermag hier die Verletzung der wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Anbieterin oder des betroffenen Anbieters nicht zu rechtfertigen. Das Gebot der Gleichbehandlung darf unserer Meinung nach nicht dazu führen, dass ein Unternehmer dafür benachteiligt

wird, dass er die Vergabestelle von seinem Vorschlag, der Zeit und/oder Kosten sparen wird, hat überzeugen können. Geben Vergabestellen innovative Lösungen den andern Anbietenden weiter, werden Unternehmungen ihre Kreativität und ihre Erfahrungen nicht mehr in ihre Offerten einfließen lassen, da das Risiko, dass sie unterboten werden, nicht unerheblich ist (dieses Risiko ist insbesondere dann akut, wenn die Vergabestelle unmittelbar nach dem Eingabetermin den Anbietenden Einsicht in das Offertöffnungsprotokoll gewährt hat, wie dies mit der elektronischen Offerteingabe über www.ebau.ch der Fall ist). Dies hätte den äusserst schädlichen Nebeneffekt, Innovationen zu verhindern.

Es ist bedauerlich, dass das Verwaltungsgericht auf diese Problematik im Rahmen des genannten Entscheids VB.2010.00171 nicht konkret eingegangen ist.

5. Lösungsansätze

Der Umgang mit Unternehmervarianten stellt eine grosse Herausforderung für die Vergabestellen dar.

Abklärungen bei der kantonalen Verwaltung und der Stadt Zürich zeigen, dass die Praxis uneinheitlich ist. Während ein Teil der Verwaltungsstellen Unternehmervarianten weitgehend

ausschliesst und sich damit den mit solchen verbundenen Schwierigkeiten entzieht, versuchen andere, die Chancen, die Unternehmervarianten bieten, zu nutzen und sich den damit verbundenen Herausforderungen zu stellen. In diesem Fall kann es vorkommen, dass die Vergabestellen einer Variante den Zuschlag erteilen, ohne den anderen Anbietenden Gelegenheit zu geben, ihre Offerte an den geänderten Leistungsinhalt anzupassen.

Damit den berechtigten privaten Interessen der Anbietenden Rechnung getragen werden kann, sollte unserer Meinung nach der Grundsatz gelten: je innovativer die Variante, desto weniger Informationen werden offen gelegt.

Die Vergabestelle könnte schliesslich noch den Umgang mit Varianten in ihre Ausschreibungsunterlagen regeln, indem sie vorsieht, dass sie Varianten den anderen Anbietenden nicht offen legt, insbesondere auch dann nicht, wenn die Anforderungen entsprechend der Variante zu reduzieren (oder zu erhöhen) sind. Im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung müsste sich dann das Verwaltungsgericht mit seiner Rechtsprechung auseinandersetzen und präzisieren, inwiefern eine Vergabestelle die berechtigten Interessen einer Anbieterin oder eines Anbieters trotz Offenlegung der Variante wahren kann.

Schulungen und Informationsveranstaltungen

Einführungs- und Weiterbildungsveranstaltungen im öffentlichen Beschaffungswesen

Für Mitarbeitende der Kantonalen Verwaltung Zürich und der Zürcher Gemeinden organisiert die KöB regelmässig Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen.

Neben unregelmässigen Informationsanlässen sieht das ständige Angebot einen Einführungskurs (1 Tag) und einen Vertiefungskurs (1/2 Tag) vor.

Interessenten haben die Möglichkeit, ihren Ausbildungsbedarf direkt auf der Website der KöB anzumelden. Die Kurse werden bei entsprechendem Bedarf mehrmals pro Jahr durchgeführt: www.koeb.zh.ch (Rubrik → Schulungen und Informationsveranstaltungen)