

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 8/Januar 2003

Vorbefassung – ein Stolperstein im Beschaffungswesen



Daniela Lutz

Spezialbegriff im öffentlichen Beschaffungswesen

Vorbefassung ist im Submissionsrecht der Begriff für Vorwissen, das ein Unternehmen oder Personen im Rahmen der Evaluation, Planung oder Vorbereitung einer Beschaffung erworben haben und das ihnen gegenüber der Konkurrenz in der konkreten Ausschreibung einen Wettbewerbsvorteil verschaffen kann. Ist ein Unternehmen oder sind Personen vorbefasst, bedeutet dies, dass sie zur Angebotsabgabe nicht mehr zugelassen werden dürfen.

Die Vorbefassung ist begrifflich in den geltenden Rechtsgrundlagen bisher nicht ausdrücklich erwähnt, wird aber aus den allgemeinen Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz und der im Verwaltungsrecht generell geltenden Ausstandspflicht (§ 5a VRG; vgl. Kasten, S. 2) hergeleitet. § 18 der Zürcher Submissionsverordnung (SVO) trifft – im Umsetzung des GPA-

Abkommens der WTO – jedoch eine ausdrückliche Regelung mit Bezug auf Technische Spezifikationen. Sodann enthält § 8 der neuen Vergaberichtlinien (VRöB) zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) nunmehr eine ausdrückliche Regelung des Themas Vorbefassung (vgl. Kasten S. 2 und Hinweise zum neuen Recht auf S. 4).

Vorbefassung und Ausstandspflicht

Der Begriff der Vorbefassung ist eng mit jenem der Ausstandspflicht verbunden: Wer ein Angebot einreichen will, darf bei der Vorbereitung einer Submission nicht mitwirken – und umgekehrt: Wer bei der Vorbereitung einer Ausschreibung involviert war, muss in der Offertphase in

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Seit dem 1. Januar 1999 ist die Submissionsverordnung (SVO) für den ganzen Kanton Zürich gültig. Alle Gemeinden im Kanton Zürich müssen sich seit nun über 3 Jahren an diese Verordnung halten. Aber halten sich denn auch alle Gemeinden daran? Grosse Gemeinden kommen nicht um die Einhaltung der Submissionsverordnung herum. Zu gross sind der politische Druck und die internen und externen Kontrollen. Aber wie sieht es bei mittleren und kleinen Gemeinden aus, und wie verhalten sich die Schul- und Kirchenbehörden? Sind sie bereit und in der Lage, die komplexe und nicht ganz einfache SVO einzuhalten? In kleinen Gemeinden übt das lokale Gewerbe einen gewissen Druck aus. Oftmals sind gerade Gewerbetreibende in der Gemeinde sehr engagierte Leute. Häufig haben sie ein politisches Amt inne oder beteiligen sich sehr stark am Vereinsleben. Sie tragen mit ihrem Engagement zu einem aktiven Gemeinwesen bei. Liegt es dann nicht nahe, dass gerade solche Personen möglichst viele Aufträge der Gemeinde erhalten sollten? Die Submissionsverordnung schliesst das lokale Gewerbe nicht zum vornherein aus. Mit dem Einladungsverfahren und dem freihändigen Verfahren kann das lokale Gewerbe ohne Verletzung des Binnenmarktgesetzes und der Submissionsverordnung berücksich-

tigt werden. Wichtig ist jedoch, dass der Wettbewerb eingehalten wird und das Vergabeverfahren transparent bleibt. Dafür sorgen die Bestimmungen der Submissionsverordnung. Ich arbeite selber auf einer kleinen Gemeinde im Zürcher Weinland und habe 25 kleinere und mittlere Gemeinden angefragt, welche Erfahrungen sie bis heute mit der SVO gemacht haben. Die ersten Antworten haben gezeigt, dass die grosse Mehrheit sich an die SVO hält. Bei den mittleren Gemeinden (ab 1'000 Einwohner) steht ein Abweichen von der Submissionsverordnung ausser Diskussion. Hingegen kann es bei den kleineren vorkommen, dass hin und wieder von der Verordnung abgewichen wird. Dies geschieht aber nicht aus bösem Willen, sondern deswegen, weil die Handhabung der SVO den kleinen Gemeinden Mühe bereitet. Wenn die Gerichtsentscheide nicht ständig verfolgt werden, kommt schnell Unsicherheit auf. Mit KRITERIUM wollen wir versuchen, auch den kleinen und mittleren Gemeinden eine grössere Sicherheit in der Anwendung der SVO zu bieten. Aus diesem Grund werden wir in einer der nächsten Ausgaben die Erfahrungen dieser Gemeinden näher betrachten.

Für das Redaktionsteam
Cyrill Bühler

den Ausstand treten, darf also kein Angebot einreichen.

Die Vorbefassung kann zu Wettbewerbsvorteilen, also ungleich langen Spiessen der Anbietenden führen, zum Beispiel dadurch, dass

- die Ausschreibung auf ein bestimmtes Produkt oder ein Verfahren ausgerichtet wird, welches das vorbefasste Unternehmen sehr gut kennt, herstellt oder vertreibt bzw. mit dessen Herstellerfirma es wirtschaftlich oder persönlich – z. B. durch Beteiligungen – verbunden ist;
- die Ausschreibungsunterlagen kalkulatorischen Spielraum enthalten, der es den vorbefassten Anbietenden ermöglicht, ein preislich knapp kalkuliertes Angebot abzugeben;
- ein vorbefasstes Unternehmen oder eine vorbefasste Person wegen des bestehenden Kontaktes zur Vergabestelle ein ausgereifteres, qualitativ besseres, innovativeres oder den Bedürfnissen der Vergabestelle ideal angepasstes Angebot einreichen kann (insbesondere auch bei komplexen, technisch hoch spezialisierten Aufträgen);
- ein vorbefasstes Unternehmen oder eine Person in der zur Verfügung stehenden, evtl. knapp bemessenen Zeit für die Angebotsabgabe ein materiell und formell besseres Angebot erstellen kann;
- die Beratung der Vergabestelle im Vorfeld einer Ausschreibung dazu führt, dass rechtlich oder wirtschaftlich verbundene oder persönlich bekannte Anbietende einen Wettbewerbsvorteil haben.

Strenge Gerichtspraxis

Die Gerichte haben bereits eine beachtliche Anzahl von Entscheidungen zur Problematik der Vorbefassung gefällt. Die Praxis ist generell streng. Insbesondere ist in Analogie zur Rechtsprechung zur Ausstandspflicht bereits der objektiv begründete Anschein eines möglichen Wettbewerbsvorteils für eine Vorbefassung ausreichend. Ein tatsächlicher, also nachweisbarer Wettbewerbsvorteil ist nicht erforderlich.

Generell gilt, dass Anbieterinnen und Anbieter, die bei der Vorbereitung einer Ausschreibung direkt und konkret beteiligt

§ 5a VRG Ausstand

Personen, die Anordnungen zu treffen, dabei mitzuwirken oder sie vorzubereiten haben, treten in den Ausstand, wenn sie in der Sache persönlich befangen erscheinen, insbesondere:

- a) in der Sache ein *persönliches Interesse* haben;
- b) mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade *verwandt oder verschwägert* oder durch Ehe, Verlobung oder Kindesannahme verbunden sind;
- c) *Vertreter einer Partei* sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren.
.....

§ 18 Abs. 4 SVO Technische Spezifikationen

Die Auftraggeberinnen und Auftraggeber dürfen *nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise* von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, *Hinweise einholen oder annehmen*, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können.

§ 8 VRöB Vorbefassung

Personen und Unternehmen, die an der *Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens* derart mitgewirkt haben, dass sie die *Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können*, dürfen sich am Verfahren nicht beteiligen.

waren, z. B. durch Ausarbeitung des Devis, des Pflichtenheftes oder durch ausschreibungsbezogene Beratung der Vergabestelle, immer wegen Vorbefassung auszuschliessen sind.

Folgende Konstellationen wurden u.a. vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich als Vorbefassung, die keine Angebotsabgabe mehr zulässt, beurteilt:

- Die Unternehmung, die das der Ausschreibung zugrunde liegende Konzept für den Internet-Auftritt einer Stadt verfasst hat, darf nicht als Anbieterin bei der Ausschreibung der Realisierung teilnehmen (VB.2001.00332 vom 19. April 2002; siehe www.vgrzh.ch).
- Ein Ingenieur, der die Arbeiten zur Einleitung des Quartierplanverfahrens erbracht hat (Plan des Bezugsgebietes, Technischer Bericht etc.), darf bei den Ausführungsleistungen (technische Ausführung) für den Quartierplan nicht mitoffertieren (VB.2001.00261 vom 8. Mai 2002; siehe www.vgrzh.ch).
- Ein Architekturbüro, das im Vorfeld einer Schulhaussanierung den Sanierungsbedarf festgestellt und aufgelistet hat, das Vorschläge für die Umsetzung einzelner Räume gemacht sowie Projektskizzen, Pläne für den zu erstellenden Anbau und Kostenvoranschlä-

ge erstellt hat, ist vom Verfahren für die Ausschreibung der weiteren Architekturleistungen auszuschliessen. Dies auch wenn die Ausschreibungsunterlagen an sich von einem Dritten erstellt wurden, den Mitbietenden die Beteiligung des Architekturbüros transparent gemacht sowie die vorhandenen Unterlagen ausgehändigt worden sind (VB.2002.00104 vom 24. September 2002; siehe www.vgrzh.ch).

- Wer als Gesellschafter einer GmbH für eine Audio-Videoeinrichtung das Projekt verfasst sowie die Fachplanung und Fachbauleitung übernimmt, gilt mit Bezug auf die Vergabe der Lieferungen bzw. Dienstleistungen zur Realisierung als vorbefasst. Die Projektplanung führte nämlich u.a. zur Empfehlung von gewissen Produkten, mit deren Lieferanten bzw. Leistungserbringern, die eigenständige juristische Personen waren, der Projektverfasser persönlich bzw. wirtschaftlich verflochten war (VB.2001.00219 vom 10. April 2002).

Nicht als Vorbefassung beurteilt wird Wissen, das eine Unternehmung in der generellen Zusammenarbeit mit der Vergabestelle oder aufgrund einer früheren Beschäftigung mit dem Projekt, die nichts mit der konkreten

Ausschreibung zu tun hat, erworben hat. Ebenso wenig werden Dienstleister, die evtl. schon während Jahren für eine Vergabestelle tätig gewesen sind, von der Angebotsabgabe ausgeschlossen, wenn dieser Dienstleistungsauftrag neu ausgeschrieben wird (z. B. Gemeindeingenieur, Friedhofsgärtner).

Folgen für die Vergabe

Die strenge Gerichtspraxis bringt viele, insbesondere auch kleinere Vergabestellen in Bedrängnis: Wenn bisher aufgrund von nicht vorhandenen oder knappen verwaltungsinternen Ressourcen (personell und finanziell) häufig Unternehmungen oder Personen zur Vorbereitung einer Beschaffung, zum Erarbeiten eines Devis oder zum Erstellen einer sogenannten «Richtofferte» beigezogen wurden, ist dies heute nicht mehr zulässig, wenn diese Anbietenden selbst mitoffertieren möchten. Für viele Auftragsarten lassen sich folglich kaum mehr Anbieterinnen oder Anbieter finden, die bereit sind, bei der Vorbereitung der Ausschreibung mitzuarbeiten, wenn sie wissen, dass sie kein Angebot mehr abgeben können. Der Ausschluss von vorbefassten Anbietenden kann so durchaus auch mit dem Grundsatz der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel kollidieren, insbesondere auch dann, wenn eine neue Anbieterin oder ein neuer Anbieter sich das Vorwissen zuerst mit relativ grossem Aufwand aneignen oder erarbeiten muss, und unter Umständen auch Know-How verlorren geht.

In der Fachliteratur und in der Rechtsprechung werden deshalb Ausnahmen diskutiert. Es soll danach keine Vorbefassung angenommen werden, wenn

- der für den konkreten Auftrag verfügbare Anbietermarkt sehr klein ist, wenn also durch den Ausschluss einer Anbieterin oder eines Anbieters kein wirksamer Wettbewerb mehr vorhanden wäre. Dies kann wohl nur bei einem Anbietermarkt von nicht mehr als etwa drei Konkurrenten angenommen werden und kommt am ehesten bei grossen, technisch hoch spezialisierten Aufträgen in Frage;
- die Vorarbeiten untergeordnet

sind und keinen Wissensvorsprung ermöglichen. Die Abgrenzung, wann Vorarbeiten in diesem Sinne untergeordnet sind, macht Schwierigkeiten und die Auslegung der Gerichte, die zu diesen Ausnahmen schon Stellung genommen haben, erweist sich zum Teil als nicht einheitlich.

In allen Ausnahmefällen muss als flankierende Massnahmen sicher gestellt werden, dass die Mitwirkung der vorbefassten Unternehmung transparent gemacht wird, dass die übrigen Anbietenden sämtliche Unterlagen (Studien, Pläne etc.) vollumfänglich zur Verwendung erhalten und dass die Zeit für die Angebotsabgabe grosszügig bemessen wird, damit die übrigen Anbietenden sich sachgerecht einarbeiten können.

Die Praxis zu den Ausnahmekategorien entwickelt sich zurückhaltend. Generell kann festgehalten werden, dass viele Vergabestellen den Wunsch nach einer klareren und weniger stringenten Regelung äussern. Die «Dunkelziffer» jener Fälle, in denen vorbefasste Anbieterinnen und Anbieter im Vergabealltag zur Angebotsabgabe zugelassen werden, ist erfahrungsgemäss hoch. Ob die Bestimmung der neuen VRöB (§ 8, siehe Kasten), zu einer Aufweichung der bisher strengen Gerichtspraxis führen wird, bleibt abzuwarten.

Ausstandspflicht

Das Problem der Ausstandspflicht im Zusammenhang mit Submissionsverfahren wird häufig zu wenig bemerkt. Abgesehen von direkten persönlichen Beziehungen, die einen Zuschlag beeinflussen können, sind unter diesem Aspekt auch Auftragserteilungen verwaltungs- bzw. behördenintern heikel, z.B. der Auftrag an einen Stadtrat, als Architekt eine Kostenschätzung zu erstellen, oder an einen Schreinermeister, der Mitglied einer Baukommission ist, ein Devis zu schreiben. Ein solches Behördenmitglied hat bei der anschliessenden Vergabe in den Ausstand zu treten.

Die wichtigsten Ratschläge für die Praxis

1. Dem Problem der Vorbefassung

ist bei jedem Vorhaben, frühzeitig und konstant Aufmerksamkeit zu schenken.

2. Vor Erteilung eines Auftrages für eine Projektstudie, eine Ideenskizze, eine Machbarkeitsstudie, ein Konzept, ein Strategiepapier, ein Vorprojekt, eine Kostenschätzung, einen Kostenvoranschlag oder eine generelle Beratung ist die Vorbefassung zu thematisieren: Dem für den Auftrag vorgesehenen Unternehmen ist transparent zu machen, dass es unter Vorbehalt der erwähnten Ausnahmegründe wegen Vorbefassung später nicht mitoffertieren kann, und dass es sämtliche Unterlagen für die Ausschreibung zur Verfügung stellen muss. Die Vergabestelle selbst muss sich im klaren darüber sein, dass ein solches Unternehmen grundsätzlich weder ein Angebot abgeben kann, noch dass ihm in der Regel weitere Aufträge freihändig erteilt werden können (insbesondere auch nicht gestützt auf eine Ausnahmebestimmung von § 11 SVO).

3. Bei «wachsenden Planungen» ist Vorsicht am Platz: Häufig beginnt ein Auftrag mit wenigen Vorabklärungen, die auch wenig kosten. Diese Arbeiten entwickeln sich im Verlaufe der Zeit z. B. zu einer Studie, einem Vorprojekt und zum Erstellen eines Kostenvoranschlages usw. Ganz abgesehen von der Problematik, dass solche Planerinnen oder Planer vielleicht über einige Jahre hinweg Honorar generieren, das über den Schwellenwerten für eine freihändige Vergabe liegt, ist mit Sicherheit eine Vorbefassung gegeben. Eine freihändige Vergabe für den Ausführungsauftrag lässt sich in der Regel nicht begründen, der Know-How-Verlust bei der Auftragsvergabe an eine neue Planerin oder einen neuen Planer kann gross sein. In solchen Fällen kann eine weit vorausschauende Planung helfen: Bereits beim ersten wichtigeren Planungsschritt ist bei der Auftragsvergabe jenes Vergabeverfahren zu wählen, das den Gesamtkosten des maximal vorgesehenen oder gewünschten Auftrages Rechnung trägt. Dies führt häufig zu

einem Einladungs- oder sogar zu einem offenen Verfahren. Realisiert wird vorerst zwar nur der erste Teilauftrag. Die weiteren Teilaufträge aber, die u.a. von den Ergebnissen der Vorarbeiten, politischen Entscheidungen und Kreditbegehren abhängen, sind in der Ausschreibung als Optionen zu formulieren und können bei Realisierung der ursprünglichen Auftragnehmerin oder dem ursprünglichen Auftragnehmer erteilt werden.

4. Kommt eine Vergabestelle zum Schluss, die Vorbefassung sei im Sinne der beschriebenen Ausnahmen auszuschliessen,

das vorbefasste Unternehmen sei also zur Angebotsabgabe zuzulassen, ist darauf in der Ausschreibung für den Vorbereitungsauftrag ebenso hinzuweisen wie in den Unterlagen für den Ausführungsauftrag. Die Vorarbeiten dürfen nicht auf ein Produkt oder Verfahren ausgerichtet sein, sind marktgerecht zu entschädigen und sämtliche Unterlagen sind allen Anbietenden umfassend und mit ausreichend Zeit für eine Angebotsabgabe zur Verfügung zu stellen. Den Anbietenden ist auch Gelegenheit zu geben, der vorbefassten Anbieterin oder dem vorbefassten Anbieter Fragen zu stellen. ■

das Konkordat erfasst waren (Telekom, Sektorenbetriebe unabhängig von der Rechtsform und Eisenbahnen, die mehrheitlich durch die öffentliche Hand subventioniert werden), ausser etwa den Bereichen Gas oder Seilbahnanlagen, ist vor allem die interkantonale *Harmonisierung im Bereich der Schwellenwerte* für unseren Kanton von Bedeutung. Dabei werden insbesondere die viel kritisierten *Schwellenwerte bei der freihändigen Vergabe massiv erhöht*:

Lieferungen:

Fr. 50'000 → Fr. 100'000

Dienstleistungen:

Fr. 50'000 → Fr. 150'000

Bauleistungen im Bauhauptgewerbe:

Fr. 100'000 → Fr. 300'000

Eine besondere Situation ergibt sich bei den neu in unserem Kanton unterschiedenen Bauleistungen im **Baunebengewerbe**, wo der Schwellenwert für das freihändige Verfahren von Fr. 100'000 auf Fr. 150'000 steigt, gleichzeitig aber jener für das offene oder selektive Verfahren von Fr. 500'000 auf Fr. 250'000 sinkt.

Diese Neuerung der IVöB wurde angesichts der kleineren Auftragsvolumina im Baunebengewerbe im Interesse der Transparenz, des Marktzutritts und eines wirksamen Wettbewerbs eingeführt.

• Weiteres Vorgehen

Die Gesetzesvorlage «Beitritts-gesetz» geht nun in die Beratung der zuständigen kantonsrätlichen Kommission und des Kantonsrats. Parallel dazu wird – wie oben erwähnt – eine auf die VRöB abgestimmte Neufassung der Submissionsverordnung zum Beschluss durch den Regierungsrat vorbereitet. Der Beitritt zu IVöB und die Inkraftsetzung des neuen Rechts sollen möglichst im 2. Halbjahr 2003 erfolgen. ■

Herbert Lang

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Fred Hütschi, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Herbert Lang, Baudirektion, Zürich; Daniela Lutz, Stadt Winterthur; René Manz, Stadt Zürich;

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

Layout: Andreas Walker, BDkom

Bezug: Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ; Räfjelstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 01/468 68 68, Fax: 01/468 68 77; E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

Neues Vergaberecht – Stand der Umsetzung im Kanton Zürich

• Aktuelle Situation

In KRITERIUM Nr. 5 vom November 2001 wurde dargestellt, welche Auswirkungen das Bilaterale Abkommen CH-EU auf den Kanton Zürich hat und wie die Änderungen im Kanton Zürich umgesetzt werden sollen. Inzwischen ist die Entwicklung weiter gegangen, so dass es sich lohnt, wieder einmal einen Blick darauf zu werfen. Bei den seinerzeit erwähnten fünf Anpassungsschritten präsentiert sich die Situation heute wie folgt:

1. Für den *Beitritt zur geänderten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)* hat der Regierungsrat am 11. Dezember 2002 einen Antrag an den Kantonsrat gerichtet, der ein *neues Beitritts-gesetz* zum Inhalt hat (vgl. www.kanton.zh.ch – Links – Kantonsrats-Versand, 8.1.2003, Vorlage 4036). Bereits haben die Kantone FR, SG, BE und BS den Beitritt beschlossen und auch in allen anderen Kantonen sind Aktivitäten im Gang, um den Beitritt so bald als möglich vollziehen zu können. Ein Mitziehen des Kantons Zürich ist daher angezeigt.

2. Die *Vergaberichtlinien* zur revidierten IVöB sind am 2. Mai 2002 vom Interkantonalen Organ (InöB) des Konkordats ebenfalls neu erlassen worden. (Die Texte beider Erlasse sind unter «www.bpuk.ch/index/extern/index_dt.htm» zu fin-

den.) In enger Anlehnung an diese Vorgabe sind zur Zeit die Arbeiten an einer neuen Submissionsverordnung für den Kanton Zürich im Gang.

3. Der Aufbau der Schweizer *Internetplattform SIMAP.CH* ist soweit vorangeschritten, dass die Pilot-Kantone VD, GE, FR und TI noch im vergangenen November aufgeschaltet werden konnten. Weitere Teilnehmer, insbesondere die Deutschschweizer Kantone und der Bund werden folgen. KRITERIUM wird in der nächsten Nummer speziell über SIMAP und GIMAP berichten.

4. Die Totalrevision des *Handbuchs für Vergabestellen* konnte soweit vorangetrieben werden, dass der Inhalt des neuen Handbuchs inzwischen in einer Rohfassung vorliegt. Die Fertigstellung soll auf die Inkraftsetzung des neuen Rechts erfolgen.

5. Die *Information und Schulung* der kantonalen und kommunalen Vergabestellen ist ebenfalls in Vorbereitung und soll rechtzeitig zur Einführung des neuen Rechts erfolgen.

• Wichtigste Punkte der Neuerungen

Da die Gemeinden im Kanton Zürich schon heute der kantonalen Regelung unterstehen und die weiteren durch das Bilaterale Abkommen hinzugekommenen Vergabestellen bereits z. T. durch