

Die schwierige Umsetzung einer guten Idee

Das Prinzip klingt einleuchtend: Um die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel und einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten, muss die öffentliche Hand Aufträge in Submissionsverfahren vergeben. Doch in der Praxis lauern viele Stolpersteine. Wie sich diese vermeiden lassen, wollte «Fokus Rechtsguide» von Dr. Michael Lips, Rechtsanwalt und Partner bei Pestalozzi Rechtsanwälte AG, Zürich erfahren.

Michael Lips, warum ist die Auseinandersetzung mit dem Submissionsrecht so wichtig?

Dafür gibt es mehrere Gründe. Zum einen nimmt das Marktvolumen für öffentliche Beschaffungen, sprich die Anzahl der durch Bund und Kantone vergebenen Aufträge, zu. Zum anderen beobachten wir ein zunehmendes Compliance-Bewusstsein bei Vergabestellen, Aufsichtsbehörden und politischen Instanzen. Hinzu kommt die Tatsache, dass die Pflicht des öffentlichen Ausschreibens nicht nur bei Grossprojekten greift: Die geltenden Schwellenwerte sind relativ tief, weshalb bei korrekter Berechnung auch viele scheinbar «kleine» Beschaffungen submissionspflichtig sind.

Wie darf man sich eine öffentliche Ausschreibung vorstellen – und worin liegen die Herausforderungen?

Hier müssen wir unterscheiden zwischen Vergabestellen, also den Auftraggebern der öffentlichen Hand, sowie Anbietern, die sich für die Aufträge bewerben. Wenn man die Situation der Vergabestellen betrachtet, liegen die ersten Hürden im Erkennen der Ausschreibungspflicht und in der Wahl der richtigen Verfahrensart. Das eigentliche Submissionsverfahren lässt den Vergabestellen dann nur wenig Flexibilität – auch sie sind an ihre Ausschreibungen gebunden, insbesondere bezüglich Beschaffungsobjekt und Zuschlagskriterien. Hinzu kommt, dass ein Verfahrensabbruch nur aus wichtigen Gründen möglich ist.

Sie haben den öffentlichen Druck und damit die Compliance angesprochen. Welche Herausforderungen ergeben sich in diesem Zusammenhang?

Noch immer beliebt bei vielen Vergabestellen sind Freihandvergaben. Das bedeutet, die betreffenden Aufträge werden ohne öffentliche Ausschreibung direkt vergeben.

“ **Entscheidend ist, dass Firmen die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Ausschreibung vollumfänglich erfüllen.**

– DR. MICHAEL LIPS

Das ist ab gewissen Beträgen heikel, weil nur ausnahmsweise, unter restriktiven Voraussetzungen zulässig. Zwar sind diesbezüglich die Beschwerderisiken in der Praxis eher gering, aber es handelt sich um ein erhebliches Compliance-Thema. Zudem wird ein solches Handeln von der Öffentlichkeit als intransparent wahrgenommen und zunehmend kritisiert. Ebenfalls beliebt sind Hersteller- und Produktstrategien, was aus submissionsrechtlicher Sicht problematisch ist, weil dadurch in der Regel ein wirksamer Wettbewerb ausgehebelt wird. Diesen zu gewährleisten, ist letztlich einer der Hauptzwecke öffentlicher Ausschreibungen.

Worauf sollten Vergabestellen beim Vertragsabschluss achten?

Der Vertragsschluss erfolgt zwar erst nach dem Abschluss des Submissionsverfahrens und der Vertrag darf nicht wesentlich vom Zuschlag abweichen. Im Hinblick auf einen reibungslosen Vertragsabschluss empfehlen wir bei grösseren Projekten dennoch, den Vertrag schon in die Ausschreibung aufzunehmen. Zudem sollen Leistungen erst nach der Unterzeichnung des Vertrags bezogen werden.



Was fällt Ihnen in der Praxis besonders auf?

Die öffentliche Vergabe von Aufträgen in Submissionsverfahren wirkt sich sicher positiv auf den Wettbewerb und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel aus. Und dennoch: In der Praxis sehen wir auch die Nachteile von formalisierten Submissionsverfahren. Dazu gehören etwa die Kosten, der Zeitbedarf sowie die beschränkte Wahlfreiheit bezüglich der Beschaffungsobjekte. Dies kann bisweilen zur paradoxen Situation führen, dass das Submissionsrecht zwar den Wettbewerb fördern will, im Ergebnis aber auch zu Wettbewerbsverzerrungen und -nachteilen führt – zum Beispiel für submissionierende, öffentlich-rechtliche Spitäler gegenüber Privatspitalern. Dies ist umso stossender, als Privatspitäler im Bereich der Spitalisten eigentlich ebenfalls ausschreiben müssten, dies aber bis heute unterlassen.

TEXT SMA

Welche Stolperfallen lauern auf Anbieter-Seite?

Entscheidend ist, dass Firmen «richtig» anbieten, also die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Ausschreibung vollumfänglich erfüllen. Zu beachten ist, dass bei kantonalen Submissionen noch immer ein striktes Verhandlungsverbot gilt. Das heisst, die offerierten Preise sollen keine Verhandlungsreserve enthalten. Auch ist die Kommunikation mit Vergabestellen, im Unterschied zu privaten Auftraggebern, nur beschränkt möglich. Es findet kein beliebiger Informationsaustausch statt, sondern Fragen können in der Regel nur während einer bestimmten Frist gestellt werden.

Welche Möglichkeiten bietet der Rechtsweg?

Dieser steht bei Submissionen beschränkt offen – es gibt keine Ermessenskontrolle und oft ist nur eine einzige kantonale gerichtliche Instanz zuständig. Ein Weiterzug ans Bundesgericht wiederum ist nur unter restriktiven Voraussetzungen möglich. Gewisse Bundesvergaben bieten überhaupt keinen Rechtsschutz, was angesichts rechtsstaatlicher Prinzipien fragwürdig ist.

Über Pestalozzi Rechtsanwälte AG.

Pestalozzi ist eine der führenden Schweizer Anwaltskanzleien mit Büros in Zürich und Genf und bietet in sämtlichen Gebieten des Wirtschaftsrechts massgeschneiderte und zielgerichtete Lösungen für schweizerische und internationale Klienten. Im Bereich öffentlicher Vergaben verfügen die ausgewiesenen Spezialistinnen und Spezialisten von Pestalozzi über langjährige, beratende und prozessierende Erfahrung. Sie begleiten Submissionen in Bund und Kantonen für Vergabestellen und für Anbieter.

www.pestalozzilaw.com

