

Wie kann das öffentliche Beschaffungswesen
KMU-freundlicher werden?

Ein Merkblatt für Gemeinderäte und Gemeinde-
rätinnen aus Sicht des Baugewerbes

I. Einleitung

Im Verlauf der 90er Jahre wurden für die öffentlichen Beschaffungen neue Rechtsgrundlagen geschaffen. Wettbewerb, Gleichbehandlung, Transparenz und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel sind die Maximen. Die Entwicklung ist weiterhin im Fluss: Das öffentliche Beschaffungswesen des Bundes soll weiterentwickelt und das Beschaffungsrecht revidiert werden. Die Gemeinden werden mit der erfolgten Inkraftsetzung der bilateralen Verträge mit der EU noch stärker an übergeordnete Grundsätze des öffentlichen Beschaffungswesens gebunden.

Das Thema öffentliches Beschaffungswesen blieb im Schweizerischen Gewerbeverband, der Dachorganisation der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), stets aktuell. Eine Arbeitsgruppe der Gruppe Baugewerbe des SGV untersuchte aufgrund der weit verbreiteten Unzufriedenheit seitens der KMU die Probleme, stellte neun Thesen für ein KMU-freundliches Beschaffungswesen in Gemeinden und Kantonen auf und erarbeitete einen Aktionsplan, mit dem die Schlussfolgerungen umgesetzt werden sollen. Einen Teil des Aktionsplanes bildet das vorliegende Merkblatt, das in geraffter Form auf die wichtigsten Anliegen der KMU aufmerksam machen will.

Die folgenden Anregungen sind nicht als abschliessend zu verstehen. Auch bleiben die jeweils geltenden Rechtsvorschriften ausdrücklich vorbehalten. Nicht zuletzt wegen der Vielfalt rechtlicher Regelungen in Bund und Kantonen kann und will das vorliegende Merkblatt keinen Anspruch darauf erheben, ein rechtlicher Ratgeber zu sein, sondern ist als Meinungsäusserung des Baugewerbes zu verstehen¹.

Die Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK) wurde mit Schreiben vom 19. Dezember 2002 unter Beilage eines Entwurfes dieses Merkblattes über den geplanten Versand an die Gemeinden informiert. Die BPUK nahm davon Kenntnis und hielt in diesem Zusammenhang fest,

„dass bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen auch die gewerblichen Anliegen einbezogen werden können. Auch nach dem neuen Beschaffungsrecht soll das bei einer Gesamtbeurteilung günstigste Angebot, welches nicht immer das billigste ist, berücksichtigt werden. Die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen ist dabei unerlässlich für den Erhalt eines öffentlichen Auftrages. Möglich ist der Einbezug weiterer sachbezogener Kriterien wie Qualität, Ökologie, Service, Folgekosten etc., die aber in den Ausschreibungsunterlagen definiert sein müssen. Die Grundsätze wie Transparenz (inkl. Nachvollziehbarkeit), Gleichbehandlung/Nichtdiskriminierung etc. müssen indessen immer bei allen Beschaffungen befolgt werden.“

¹ Gute Hilfestellung, insbesondere auch zur Vermeidung formeller Fehler, können die Handbücher, Leitfäden und dergleichen verschiedener Kantone bieten. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf das Informationssystem der öffentlichen Hand über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, das Internetportal www.simap.ch, wo derartige Unterlagen aufgeschaltet sind oder werden.

II. Die Merkmale

Klären Sie Ihren Ermessensspielraum ab und nutzen Sie ihn

- **Wird Wettbewerb als reiner Preiswettbewerb verstanden, berücksichtigt dies die Bedürfnisse von Wirtschaft, Gesellschaft, aber auch der Auftraggeberinnen und Auftraggeber zu wenig.** Ein reiner Preiswettbewerb wird von den Rechtsvorschriften in der Regel aber auch nicht verlangt. Nur bei weitgehend standardisierten Gütern sehen die einschlägigen Bestimmungen häufig ausdrücklich vor, dass der Zuschlag auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen kann. Abgesehen davon soll der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen.
- Mit **sachgerechten Ausschreibungen** im konkreten Fall, der Durchsetzung der gesetzlich vorgesehenen Ausschlussgründe und der entsprechenden Wahl der Eignungs- und Zuschlagskriterien haben Sie Instrumente in der Hand, um legitime Anliegen, die über das Preiskriterium hinausgehen, zu verfolgen.
- **Nutzen Sie den gesetzlichen Ermessensspielraum.** Er ist im Grundsatz relativ gross, wenn er sachgerecht, diskriminierungsfrei, transparent und unter Einhaltung des Gebots der Gleichbehandlung ausgeübt wird.

Vergewissern Sie sich, welches Verfahren gilt

- Beim **offenen** und **selektiven Verfahren** wird öffentlich ausgeschrieben, beim **Einladungs-** und **freihändigen Verfahren** nicht.
- Ob öffentlich auszuschreiben ist, hängt bei den in den Geltungsbereich der Gesetzgebungen über das öffentliche Beschaffungswesen fallenden Aufträgen grundsätzlich von den so genannten **Schwellenwerten** ab. Vorbehalten bleibt der Katalog von genau umschriebenen Ausnahmen, die unabhängig vom Auftragswert unter bestimmten Voraussetzungen eine direkte Vergabe ohne Ausschreibung gestatten.
- **Schreiben Sie**, wenn dies rechtlich nicht vorgeschrieben ist, **nur dann freiwillig öffentlich aus, wenn klare Gründe dafür sprechen**, welche insbesondere die damit verbundenen hohen Kosten bei Auftraggeberinnen bzw. Auftraggebern wie Anbieterinnen und Anbietern rechtfertigen.
- **Hinweis:** Für die Berechnung des Auftragswertes bei Baufträgen besteht in vielen Kantonen ein **duales System** (die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. März 1994/15. März 2001 verankert dieses System, welches Rücksicht auf die in der Schweiz bestehenden Verhältnisse nimmt): Hinsichtlich der Schwellenwerte ist im Bereich internationaler Verpflichtungen bei der Realisierung eines Bauwerkes der **Gesamtwert** aller Bauaufträge massgebend, wobei eine so genannte Bagatellklausel zur Anwendung kommen kann. Im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich gilt demgegenüber als massgebender Wert derjenige des **einzelnen Auftrages**. Das Nähere ist den einschlägigen Rechtsvorschriften zu entnehmen.

Nehmen Sie eine sorgfältige Auswahl der Anbieterin oder des Anbieters vor

- **Wer nach den massgebenden Vorschriften zur Auftragserfüllung nicht geeignet ist**, weil er beispielsweise die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht

mehr erfüllt, die geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen² nicht einhält oder Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt hat etc., **ist im Rahmen der anwendbaren Bestimmungen vom Verfahren auszuschliessen.**

- Denken Sie daran, dass **das wirtschaftlich günstigste Angebot** nicht einfach dasjenige mit dem **niedrigsten Preis ist**. Je nach anwendbarem Recht können und müssen auch andere Kriterien wie etwa Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Infrastruktur etc. eine wichtige Rolle spielen.

Hinweis: Nicht abschliessend geklärt ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch gesamtwirtschaftliche und gesellschaftliche Interessen in den Vergabeentscheid einbezogen werden dürfen, d.h. inwieweit sich die Vergabebehörde an allgemeinen Interessen orientieren darf, die über den Nutzen der angebotenen Leistung für das auftraggebende Gemeinwesen selber hinausgehen. Dass solche Kriterien gegebenenfalls eine Rolle spielen sollten, sofern sie ohne Diskriminierung, transparent und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit gehandhabt werden, zeigt das Beispiel der Lehrlingsausbildung. Diese liegt in einem eminenten öffentlichen Interesse und wird denn auch als Zuschlagskriterium von einzelnen Kantonen in ihren Rechtsgrundlagen aufgeführt. Prüfen Sie daher Ihre diesbezüglichen rechtlichen Möglichkeiten!

- Rufen Sie sich in Erinnerung, dass die öffentlichen Gemeinwesen mit ihrem Geld zwar sparsam umgehen müssen, seriöse Unternehmen aber einen Preis erzielen sollten, der ihnen auch die für eine nachhaltige Wirtschaftstätigkeit erforderlichen Rückstellungen erlaubt. **Seien Sie daher skeptisch gegenüber ungewöhnlich niedrigen Angeboten** und vergewissern Sie sich bei solchen Angeboten konsequent darüber, dass die entsprechende Anbieterin oder der entsprechende Anbieter die Teilnahmebedingungen einhält und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. Eine sorgfältige Prüfung kann Ihnen später überdies helfen, gegebenenfalls Ihren Entscheid zu verteidigen.

Hinweis: Was ein „ungewöhnlich niedriges“ Angebot ist, kann schwierig zu beurteilen sein und hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt sich aber die Annahme eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes jedenfalls dann, wenn sich bezüglich der offerierten Preise bei den Angeboten ein deutlicher Schwerpunkt ergibt und sich das fragliche Angebot klarerweise ausserhalb des Bereichs dieses Schwerpunktes befindet. Bei derartigen Angeboten sollte stets abgeklärt werden, ob die Teilnahmebedingungen gleichwohl eingehalten und die Auftragsbedingungen erfüllt werden können sowie Gewähr geboten ist, dass der Auftrag zu Ende geführt werden kann.

Behandeln Sie die Unternehmen fair

- Auch wenn Sie als öffentliche Hand allenfalls eine erhöhte Nachfragemacht haben, **sollten Sie den Unternehmen keine unangemessenen Vertragsbedingungen** wie beispielsweise einseitige Risikozuweisungen oder viel zu lange Zahlungsfristen **aufzwingen**.
- **Vermeiden Sie auch unnötige bzw. übertriebene Sicherheitsleistungen**, die kostspielig sind bzw. die Kreditlimiten der Unternehmen belasten. Unter Umständen schränken Sie damit die Zahl der möglichen Anbieterinnen und Anbieter unnötig ein und verteuern Sie Ihre Beschaffung.
- **Begleichen Sie Zahlungen fristgerecht** und vermeiden Sie damit, die Liquidität vor allem kleiner Unternehmen zu gefährden.

² vgl. dazu § 7 Abs. 2 der Mustervorlage für Vergaberichtlinien (in Kraft treten diese Richtlinien dann, wenn der jeweilige Kanton sie übernimmt) vom 2. Mai 2002 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. März 1994/15. März 2001: „Als Arbeitsbedingungen gelten die Vorschriften der Gesamt- und der Normalarbeitsverträge; wo diese fehlen, gelten die orts- und berufsüblichen Vorschriften. Alle in der Schweiz geltenden Bestimmungen werden als gleichwertig betrachtet.“

- Seien Sie **offen gegenüber Unternehmervarianten**. Diese können eine wichtige Möglichkeit zu einer Projektoptimierung darstellen, die im Rahmen des rechtlich Zulässigen ohne entgegenstehende sachliche Gründe erlaubt und bei der Frage des Zuschlages gebührend in Erwägung gezogen werden sollte. Prüfen Sie, ob sich eine **Entschädigung** rechtfertigt. Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn Unternehmervarianten in der Ausschreibung gewünscht wurden oder wenn Sie einen tatsächlichen Nutzen aus einer Unternehmervariante ziehen.

Achten Sie auf die Ausschreibungen

- **Beschreiben Sie die gewünschte Leistung so präzise wie möglich.** Die Qualität der Ausschreibung, beispielsweise die Vollständigkeit bezüglich der zu offerierenden Leistungen oder die richtige Erfassung der Mengen, ist für die Anbieterinnen und Anbieter von grosser Bedeutung.
- Dies gilt aber auch für die Auftraggeberinnen und Auftraggeber: Weil Offerten, die auf qualitativ ungenügenden Leistungsbeschreibungen basieren, nicht objektiv miteinander verglichen werden können, lässt sich das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht oder nur schwer evaluieren.
- **Machen Sie die nötigen Vorgaben**, wenn Sie für die Ausschreibung externe Fachpersonen beiziehen und achten Sie auf deren erforderliche Unabhängigkeit und Neutralität gegenüber den potentiellen Anbieterinnen und Anbietern.
- **Gewichten Sie die Zuschlagskriterien und geben Sie Ihre Gewichtung präzise im Voraus bekannt.** Wenn die Anbieterin oder der Anbieter weiss, welchen Merkmalen der ausgeschriebenen Leistung welches Gewicht zukommt, kann sie bzw. er bedarfsgerecht offerieren und auf die Zuschlagskriterien vertrauen.
- Wo nicht sachliche Gründe entgegenstehen, soll die Vielfalt der Anbieterinnen und Anbieter Gelegenheit erhalten, direkt von der Auftraggeberin oder vom Auftraggeber engagiert zu werden. Dies schliesst nicht aus, dass es je nach Fall Gründe geben kann, die Ausführung eines Projektes einem General- oder Totalunternehmer zu übertragen.
- Bedenken Sie bei den Fristansetzungen, dass KMU ihre Ressourcen öfters auf wenige Aufträge verteilt haben und dadurch über wenig Handlungsspielraum für Änderungen ihrer Dispositionen verfügen.

Nehmen Sie den Dialog mit der Wirtschaft auf

- Ausschreibungen müssen nicht nur rechtlich korrekt sein, sondern sollen auch dazu führen, dass im Ergebnis der richtige Kauf- oder Investitionsentscheid getroffen wird.
- Das Fachwissen sollte stetig verbessert werden, sowohl bei den Anbieterinnen und Anbietern, um sich Erfolg versprechend an Ausschreibungen beteiligen zu können, wie bei den Auftraggeberinnen und Auftraggebern, um die Ausschreibungen zu optimieren.
- Der Dialog nützt somit allen Beteiligten. Alle Möglichkeiten – dazu können auch etwa gemeinsame Gesprächsplattformen gehören - sollten daher benützt oder wenn nicht vorhanden geschaffen werden.
- Fachpersonen aus der Wirtschaft können – unter anderem als Mitglieder der Beschaffungsbehörden – mit ihrer Sachkunde einen sachdienlichen Beitrag zur Entscheidungsfindung liefern.
- Der Erfolg hängt von einer guten und fairen Partnerschaft zwischen Auftraggeberinnen oder Auftraggebern und Anbieterinnen oder Anbietern ab.

III. Die Verfasser dieses Merkblattes

Dieses Dokument wurde von der Arbeitsgruppe „öffentliches Beschaffungswesen“ der Gruppe Baugewerbe des SGV mit folgenden Mitgliedern verfasst:

Holinger Peter, Unternehmer, Landrat – Vorsitzender der Arbeitsgruppe, Liestal

Estermann Heinrich, Unternehmer, Nationalrat, Schenkon

Krauer Christian, Leiter Beschaffungs-, Vertrags- und Normenwesen, Schweizerischer Baumeisterverband, Zürich

Loward Edmond, Leiter Wirtschaftspolitik, Schweizerischer Baumeisterverband, Zürich

Meier Alfons, Unternehmer, Zentralpräsident Verband Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen, Würenlingen

Mühlemann Peter, Unternehmer, Präsident Gewerbeverband des Kantons Luzern, Ebikon

Rist Rudolf, beratender Baujurist, Präsident Verband schweizerischer Hartsteinbrüche, Oberhofen

Buser Charles, Politischer Sekretär im Schweizerischen Gewerbeverband (SGV) – Sekretär der Arbeitsgruppe, Bern