

Vertragsrecht

Übung 4

Exkurs: Submission

Eine wichtige Grundlage für den Handel ist die Vertragsfreiheit, die es den Vertragsparteien ermöglicht, zu bestimmen, mit wem, wann und wie sie einen Vertrag abschliessen wollen. Das gilt im Wesentlichen vor allem für den Abschluss von Verträgen zwischen Privaten, beispielsweise zwischen zwei privat geführten Unternehmen. Ist aber eine öffentliche Institution (Städte, Gemeinden, Staaten oder öffentliche Einrichtungen wie Spitäler, Militär oder Bahngesellschaften) Vertragspartei, gilt es ganz besondere Regeln zu beachten.

Es war lange Zeit üblich, dass öffentliche Institutionen bei der Vergabe von wichtigen Projekten oder beim Kauf von Waren, Firmen bevorzugten, die aus dem eigenen Land kamen. Wir sprechen dabei von Protektionismus. Nicht selten waren öffentliche Institutionen bereit, für eine inländische Ware oder Dienstleistung mehr zu bezahlen, nur um die Wirtschaft im eigenen Land zu fördern. Wenn man bedenkt, dass Staaten Milliarden an öffentlichen Geldern für Waren und Dienstleistungen ausgeben, kann man sich vorstellen, dass dieses Vorgehen zu grossen Wettbewerbsverzerrungen und Ungerechtigkeiten geführt hat. Die Geschichte zeigt, dass auch in der Schweiz im Beschaffungswesen oft der Schutz und die Förderung der heimischen Wirtschaft im Vordergrund standen.

Mit dem 1994 unterzeichneten und in der Schweiz 1996 in Kraft getretenen GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) wurde die völkerrechtliche Rahmenordnung für das öffentliche Beschaffungswesen geschaffen, die gewisse Minimalanforderungen regelt. Damit wurde sichergestellt, dass Aufträge einem internationalen Wettbewerb unterstehen müssen und nicht mehr nur an lokale oder nationale Anbieter verteilt werden dürfen. Mit dem Bilateralen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens soll eine grenzüberschreitende Konkurrenz bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen herbeigeführt werden. Das GATT/WTO-Übereinkommen und das Bilaterale Abkommen bilden die internationale Grundlage sowohl der nationalen wie der kantonalen und interkantonalen Gesetzgebung.

Auf nationaler Ebene gilt es das Binnenmarktgesetz (BGBM) und das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; für öffentliche Aufträge des Bundes) sowie die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; für öffentliche Aufträge des Bundes) zu beachten, die vorgeben, wie öffentliche Ausschreibungen ausgestaltet sein müssen, indem sie die grundsätzlichen Regeln des GPA in nationales Recht umsetzen. Schliesslich gibt es die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB (für Aufträge des Kantons) sowie die kantonale Gesetzgebung.

Generell wird zwischen der öffentlichen Ausschreibung und der nicht öffentlichen Ausschreibung unterschieden.

Zum ersten Verfahren gehören das offene und das selektive Verfahren. Die zu beschaffenden Leistungen müssen beim offenen Verfahren öffentlich ausgeschrieben werden, so dass alle Anbieter ein Angebot einreichen können. Beim selektiven Verfahren ist der Einladung zur Offertstellung ein Verfahren vorgelagert. Die interessierten Anbieter stellen Anträge auf Teilnahme am Ausschreibungsprozess. Der Auftraggeber bestimmt dann aufgrund der Eignung jene Anbieter (mind. drei), die ein Angebot einreichen können.

Zur nicht öffentlichen Ausschreibung gehören das Einladungsverfahren und das freihändige Verfahren. Beim Einladungsverfahren werden von der beschaffenden Stelle mindestens drei Anbieter direkt aufgefordert, ein Angebot abzugeben. Beim freihändigen Verfahren vergibt die beschaffende Stelle einen Auftrag direkt an einen Anbieter.

Nicht jeder Auftrag, den eine öffentliche Institution, etwa eine Gemeinde oder eine Stadt vergibt, muss gemäss den vorgegebenen Ausschreibungsmethoden vergeben werden. Wäre dem so, wäre eine solche öffentliche Institution nicht mehr handlungsfähig. Deshalb sind Schwellenwerte definiert worden, die beachtet werden müssen (vgl. Art. 6 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 3 VöB und Art. 7 IVöB i.V.m. Anhang 1 und 2 zum IVöB). Wird bei einem Auftrag ein Schwellenwert erreicht oder überschritten, muss der öffentliche Beschaffer sich regelkonform verhalten.

Welche Prinzipien sind bei Überschreitung des massgebenden Schwellenwertes im öffentlichen Beschaffungswesen zu beachten? Folgende Aufzählung soll, ohne abschliessend zu sein, eine allgemeine Idee vermitteln:

- Der Zugang zu den kompletten Ausschreibungsunterlagen muss gewährleistet sein.
- Der Wettbewerb muss funktionieren.
- Anbieter dürfen nicht diskriminiert werden.
- Anbieter müssen gleich behandelt werden.
- Es muss Transparenz herrschen.
- Die Auftragsvergabe sollte effizient sein.
- Die Vertraulichkeit muss gewährleistet sein.
- Der Zuschlag bei einer öffentlichen Ausschreibung erfolgt auf das „wirtschaftlich günstigste Angebot“, wobei natürlich der Preis beim Zuschlag eine ganz wesentliche Rolle spielt, es aber auch eine ganze Anzahl anderer Kriterien gibt, die ebenfalls zu beachten sind wie beispielsweise die Qualität, die Zweckmässigkeit, die Art des Services, das Vorliegen und die Qualität der Infrastruktur, der Aufwand für Pflege und Wartung bis hin zur Frage, ob ein Unternehmen Lehrlinge ausbildet und sich nachhaltig verhält.

Am 1. Januar 2010 ist eine Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) in Kraft getreten. Nebst weiteren Änderungen sollen Ausschreibungen in Zukunft auf der gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen elektronischen Plattform simap.ch publiziert werden. Sie ist seit 2010 das amtliche Publikationsorgan des Bundes im öffentlichen Beschaffungswesen. Damit sollen unter anderem die Kosten verringert und die Effizienz von öffentlichen Beschaffungen erhöht werden.