

Recht informiert.

Der Newsletter von Pfisterer Rechtsanwälte, November 2015

Aktuelle Rechtsfrage: Kauf von „Ikea-Häusern“ durch den Kanton Aargau ohne öffentliche Ausschreibung

Die aktuelle Flüchtlingswelle stellt die öffentliche Hand vor grosse Herausforderungen. Die vielen Flüchtlinge müssen ein Dach über dem Kopf haben. Gemäss aktuellen Medienberichten will der Kanton Aargau einen Teil der Flüchtlinge in Selbstbau-Hütten der IKEA-Stiftung unterbringen (Bild: Quelle Kanton Aargau). Er hat kürzlich offenbar 100 Stück zu je 1'200 Franken beschafft. Später sollen insgesamt 200 Stück für die Flüchtlinge bereitstehen. Der Kanton hat die «Shelters» direkt bei der Stiftung bestellt, ohne öffentliche Ausschreibung. Das verletzt die Vorschriften über öffentliche Beschaffungen.



Die Flüchtlingswelle trifft auch den Aargau. Bisher wurden die Flüchtlinge teilweise in Zelten untergebracht. Der bevorstehende Winter setzt einer solchen Unterbringung Grenzen. Im Aargau sollen die Zelte daher abgelöst werden durch die so genannten Flüchtlingshäuser der Ikea-Stiftung. Die gemeinnützige Stiftung des schwedischen

Möbelhauses hat das Fertighaus mit dem Flüchtlingshilfswerk der Vereinten Nationen (UNHCR) im Irak und in Äthiopien getestet. Der Kanton hat bei der Stiftung bisher 100 dieser Häuser bestellt. Die Frage, *ob* diese Häuser beschafft werden sollen, ist eine politische Frage. Eine rechtliche Frage ist hingegen, *wie* diese Häuser beschafft werden sollen, konkret, ob der Kanton die Häuser direkt bei der Stiftung bestellen durfte, ohne andere Anbieter anzufragen. Das ist eine Frage des öffentlichen Beschaffungswesens. Darum geht es hier.

In einem Medienbericht argumentierte der Kanton mit zwei Begründungen für die Direktbeschaffung. Erstens habe er die Bestellung nicht öffentlich ausschreiben müssen, weil es sich bei der IKEA-Stiftung um eine gemeinnützige Organisation handle, die nicht gewinnorientiert tätig sei. Das überzeugt nicht: Im Submissionsrecht kommt es nicht auf die Gewinnorientierung an. Es ist einem Anbieter grundsätzlich sogar erlaubt, seine Leistung zu einem Preis anzubieten, der unter den Gestehungskosten liegt (so genannter Verlustpreis). Es ist grundsätzlich Sache der Unternehmer, wie und mit welchem Risiko sie ihre Preise kalkulieren. Massgebend ist einzig, dass die Teilnahme- und Auftragsbedingungen des entsprechenden Vergabeverfahrens eingehalten werden. Beispielsweise ist es denkbar, dass ein Anbieter mit Hilfe eines sehr günstigen, die Selbstkosten nicht deckenden Angebots versucht, in einem neuen Geschäftsbereich Fuss zu fassen. Das Argument des Kantons der nicht gewinnorientierten gemeinnützige Organisation ist also eine falsche Begründung.

Ein zweites Argument des Kantons war, die Höhe der Beschaffungskosten lägen nicht im Bereich eines Verfahrens, das ausgeschrieben werden müsste. Das ist ebenso falsch: Der Kanton hat 100 fertige Ikea-Shelter-Einheiten zum Preis von rund 1'200 Franken pro Stück gekauft. Das ergibt einen Kaufpreis von 120'000 Franken. Ab einem Warenwert von 100'000 Franken (ohne MWSt.) bei Lieferungen muss das so genannte Einladungsverfahren durchgeführt werden (§ 8 Abs. 2 Submissionsdekret; SubmD). Das heisst der Kanton hätte mindestens drei Anbieter um eine Offerte anfragen müssen (§ 7 Abs. 3 SubmD). Jener Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot hätte den Zuschlag erhalten.

Bei einer grundsätzlich bestehenden Pflicht zur Ausschreibung darf ein Auftrag nur ausnahmsweise freihändig vergeben werden. Sie sind im Submissionsdekret erwähnt (vgl. § 8 Abs. 3 SubmD). Hier liegen keine Ausnahmegründe vor. So besteht namentlich keine zeitliche Dringlichkeit, die nicht durch rechtzeitiges Handeln hätte

vermieden werden können. Dies auch angesichts der Tatsache, dass die Unterkünfte erst im Frühjahr 2016 zum Einsatz kommen sollen. Weiter sind die Häuschen kein Prototyp, welchen der Kanton zu entwickeln beauftragt hatte. Schliesslich darf auch nicht argumentiert werden, es gäbe mit Sicherheit keine anderen Anbieter auf dem Markt. Solche gibt es. Dass diese möglicherweise höhere Preise verlangen dispensiert nicht von einer Offertanfrage. Allenfalls hätte ein Anbieter sogar einen Verlustpreis angeboten, um mit seinem Produkt in diesem Markt Fuss fassen zu können. Das hätte jedoch eine Offertrunde vorausgesetzt - den Preis kennt man erst nach dem Eingang der Offerte. Zudem muss nicht nur der Preis entscheidend sein. Es dürfen auch andere Kriterien angewendet werden, wie Qualität, Langlebigkeit, Isolation der Häuschen, Verarbeitung, Einfachheit der Handhabung, usw.

Die Lieferung der 100 Hütten an den Kanton ist also nicht gemäss den kantonalen Vorschriften über das Beschaffungswesen erfolgt. Der Kanton hätte zumindest ein Einladungsverfahren durchführen müssen. Es wird spannend werden, ob der Kanton weitere Hütten anschafft und in welchem Verfahren. Möglicherweise wird der Kanton argumentieren, er habe bereits eine erste Tranche beschafft, nun gehe es um eine zweite Tranche; es mache Sinn, die gleichen Shelters zu beschaffen. Das ist jedoch nicht ohne weiteres zulässig. Eine Bestellung von weiteren 100 Stück bei der Ikea-Stiftung könnte als weiterer Lieferauftrag verstanden werden. Dann würde sich der Auftragswert aufgrund des gesamten Warenwertes der vergangenen 12 Monate berechnen (§ 8a SubmD). Wir werden sehen; Fortsetzung folgt (möglicherweise).
