



SPIELRAUM FÜR LOKALES GEWERBE NUTZEN

Die Bahntechnik im Gotthard-Basistunnel, das extern beschaffte Datenverarbeitungsprogramm eines Kantons oder das Kommunalfahrzeug einer Gemeinde. Alle diese Dienstleistungen und Güter kann die öffentliche Hand nur im Rahmen des Submissionsrechts beschaffen. Dem Submissionsrecht kommt damit eine grosse wirtschaftliche Bedeutung zu. Gemeinden können ihren Freiraum zu Gunsten des lokalen Gewerbes nutzen.

«Fenster aus dem Osten für Bundeshaus Ost», schrieb der «Blick» 2012. Bei der Sanierung des Bundeshauses Ost würden Fenster eingebaut, die nicht in der Schweiz, sondern in Tschechien produziert würden. In diesem und in anderen Fällen wird gefordert, dass öffentliche Aufträge an regionale oder zumindest nationale Unterneh-



lic. iur. Thierry Burkart

Rechtsanwalt, LL.M., Voser Rechtsanwältin, Baden, Konsulent AGV



lic. iur. Christian Munz

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Voser Rechtsanwältin, Baden



Die Beschaffung von Kommunalfahrzeugen untersteht ebenso dem Submissionsrecht wie beispielsweise der Bau einer Brücke.

men vergeben werden sollen. Die Behörden beantworten solche Forderungen regelmässig mit dem Hinweis auf das Submissionsrecht, dem man unterworfen sei.

Ziele und Eckpfeiler des Submissionsrechts

Die Beschaffung von Dienstleistungen und Gütern durch die öffentliche Hand erfolgt im Rahmen des Submissionsrechts. Man spricht von «öffentlicher Beschaffung», «Submission» oder «Vergabe». Ziel des Submissionsrechts ist namentlich die Transparenz bei Beschaffungen der öffentlichen Hand und die Gleichbehandlung der Anbieter. Gerade das Prinzip der Gleichbehandlung aller ortsfremden und ortsansässigen Anbieter (Nichtdiskriminierung) ist zentral für einen funktionierenden Wettbewerb und das Bestehen einer tatsächlichen Konkurrenzsituation.

Einen der Eckpfeiler des Submissionsrechts bilden die öffentlichen Ausschreibungen der geplanten Aufträge. Nur dadurch kommen potentielle Anbieterinnen und Anbieter überhaupt in die Lage, ein Angebot (im offenen Verfahren) oder einen Antrag auf Teilnahme (im selektiven Verfahren) einzureichen. Eine Ausschreibungspflicht besteht nur inso-

fern, als dass der konkrete Auftrag nicht freihändig oder im Einladungsverfahren vergeben werden darf.

Die Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung bleiben Worthülsen, wenn sie nicht durchgesetzt werden können. Dazu dient der öffentliche Beschwerdeschutz, der es den Anbietern erlaubt, Fehlentscheidungen der Vergabebehörden (namentlich einen widerrechtlichen Zuschlag) beschwerdeweise anzufechten.

Komplexes Recht über das öffentliche Beschaffungswesen

Das Submissionsrecht ist in der Schweiz im Vergleich mit anderen Rechtsgebieten wie dem Zivilrecht ein junges Rechtsgebiet. Erst Mitte der 1990er-Jahre erfuhr das öffentliche Beschaffungswesen einen grundlegenden Wandel. Die Impulse für die damals stattfindende Verrechtlichung des Submissionsrechts kamen weitgehend von aussen (Nachteile auf dem europäischen Binnenmarkt nach dem EWR-Nein, Internationalisierung der Wirtschaft). So trat die Schweiz Mitte der 1990er-Jahre dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA, Government Procurement Agreement) bei, auch behandelt eines der sieben bilatera-

len Abkommen mit der EU den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens.

Auf Bundesebene gilt das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) und das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BÖB) mit den dazugehörigen Verordnungen. Durch das BGBM werden Kantone und Gemeinden verpflichtet, umfangreiche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge öffentlich auszuschreiben und den Zugang für schweizerische Unternehmen zu diesem Markt nicht ungerechtfertigt zu erschweren. Die Kantone haben zudem die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVÖB) vom 25. November 1994 abgeschlossen. Die Kantone und Gemeinden müssen Vorschriften erlassen, um das Verfahren im Detail zu regeln. Der Kanton Aargau hat das Submissionsrecht im Submissionsdekret (SubmD) geregelt.

Nach wie vor untersteht die Vergabe eines öffentlichen Auftrages somit entweder dem eidgenössischen oder dem kantonalen Vergaberecht, allenfalls dem Vergaberecht einer Gemeinde. Das internationale Recht regelt, welche Aufträge weltweit oder europaweit ausgeschrieben werden müssen. Eine Vereinheitlichung oder Zen-



Abteilung Tiefbau

Brücke über die SBB-Gleise in Boswil-Bünzen, Blickrichtung nach Westen

tralisierung des schweizerischen Vergaberechts durch die Schaffung eines für alle Vergabefälle anwendbaren Bundesgesetzes besteht somit nicht.

Wirtschaftliche Bedeutung des Submissionsrechts

Bund, Kantone und Gemeinden stellen ein gewaltiges Wirtschaftspotential dar. Sie beschaffen Waren und Dienstleistungen, die auf dem Markt angeboten werden. Das Beschaffungsvolumen aller öffentlichen Verwaltungsstellen in der Schweiz beträgt je nach Quelle zwischen 35 Mrd. Franken und 41 Mrd. Franken pro Jahr. Diese Zahlen zeigen die grosse Bedeutung des Submissionswesens. Für die beteiligten Unternehmen stellt das Submissionswesen einen wichtigen Beschäftigungsfaktor dar.

Spannungsfeld zwischen einem wirksamen Wettbewerb und der Berücksichtigung ortsansässiger Unternehmen

Die ortsansässigen Unternehmen sind für eine funktionierende Gemeinde und gesunde Gemeindefinanzen von grösster Bedeutung. Sie schaffen Arbeitsplätze, bilden Lehrlinge aus, beschaffen selber Güter und Dienstleistungen und generieren Steuereinnahmen. Die Gemeinden stehen dabei aber stets im Spannungsfeld zwischen dem Wunsch nach gesunden Finanzen (wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel, attraktiver Steuerfuss) und wirtschafts- und standortpolitischen Überlegungen (Berücksichtigung ortsansässiger Unternehmen). Im Anwendungsbereich des Submissions-

rechts gilt dieses zwingend. Nur so ist ein wirksamer Wettbewerb unter den Anbietern und die wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel möglich. Die Vorschriften über das Beschaffungswesen eröffnen den ortsansässigen Unternehmen auch den Zugang zu neuen Märkten in anderen Gemeinden, Kantonen und Ländern.

Bei der Vergabe von Aufträgen kommt den Gemeinwesen, vor allem den Gemeinden, ein grosses Gewicht zu. Dabei können sie von den im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren zur Verfügung stehenden Freiräumen Gebrauch machen. In diesem Umfang können die Gemeinden Aufträge innerhalb der Gemeinde vergeben und damit auch wirtschafts- und standortpolitischen Überlegungen folgen.

Durch die Bildung von Losen können sodann anstelle eines grösseren Beschaffungsauftrages mehrere kleine ausgeschrieben werden. Es liegt weitgehend im Ermessen der Vergabestelle, ob sie einen Auftrag als Ganzes ausschreiben oder mehrere Einzelaufträge (so genannte «Lose») bilden will. Unter gewissen Umständen können so die relevanten Schwellwerte unterschritten werden.

Im offenen oder im selektiven Verfahren können weiter durch die Nennung und Gewichtung der Zuschlagskriterien lokale Anbieter bevorzugt werden. Anhand der Zuschlagskriterien wird gemessen, welches das wirtschaftlich günstigste Angebot ist. Die Vergabestelle muss sich also bei der Festsetzung der Kriterien überlegen, welche Kriterien für sie wichtig sind. Erfahrungsgemäss schöpfen die Ge-

meinden ihren Spielraum zu Gunsten des lokalen Gewerbes zu wenig aus.

Herausforderungen

Der Bundesrat hat am 15. Februar 2017 die Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen verabschiedet. Ein Hauptziel dieser Totalrevision ist es, die zersplitterten Beschaffungserlasse von Bund und Kantonen so weit wie möglich zu harmonisieren. Dies entspricht seit Jahren einem Anliegen der Wirtschaft. Die Stossrichtung ist zu begrüssen.

Vor allem die Gemeinden werden weiterhin vom Spannungsfeld zwischen einem wirksamen Wettbewerb und der Berücksichtigung ortsansässiger Unternehmen in Beschlag genommen. Das billigste Angebot er-

weist sich oftmals nicht als die beste Wahl. Es gilt Zuschlagskriterien so festzulegen, dass neben dem Preis auch die Qualität berücksichtigt wird. Die Qualität lässt sich beispielsweise an der Lebensdauer und der Zuverlässigkeit eines Produkts sowie am Service des Anbieters messen. Sodann gilt es der Komplexität des Submissionsrechts Rechnung zu tragen. Die Missachtung des Geltungsbereichs, die Falschanwendung des Submissionsrechts oder Verfahrensfehler können zu Gerichtsverfahren mit unangenehmen Konsequenzen wie Verzögerungen, Wiederholungen des Vergabeverfahrens und Kostenfolgen führen. Diese können durch die Beachtung des Submissionsrechts weitgehend vermieden werden.

UNTERNEHMER
SCHULE

Unternehmertipp #5

«Investieren Sie
in sich und Ihre
Zukunft. Es lohnt
sich.»

«Unternehmerschule KMU/Gewerbe»
Ab 3. Juli 2018 wieder in Lenzburg!

Sichern
Sie sich
jetzt Ihren
Platz!

Kooperationspartnerin

 Aargauische
Kantonalbank

unternehmerschule.ch

seit 1988