

## Öffentliche Beschaffung: Es gewinnt das „wirtschaftlich günstigste“ Angebot... oder nicht?



Ein gewichtiges Beschaffungsobjekt der Kategorie KOMPLEX mit Geschichte kurz vor der Fertigstellung anfangs 2011: Das INO Intensivbehandlungs-, Notfall- und Operationszentrum der Insel.

### Öffentliche Beschaffung – um was es geht

Die öffentliche Hand ist ein gewichtiger Mitspieler in der Volkswirtschaft. Diese Teilnahme wird mit der sogenannten Staatsquote – dem Anteil der staatlichen Ausgaben am gesamten Volkseinkommen – bemessen. In der Schweiz beträgt die Staatsquote zurzeit rund 38 %; d.h. die öffentlichen Hände der 3 Ebenen Gemeinden, Kantone und Bund partizipieren mit rund 152 Mia. CHF am gesamten

#### Staatsquoten

Die Staatsquoten sind von Land zu Land verschieden. Zum Beispiel betrug diese in den früheren kommunistischen Staaten theoretisch 100 %. Entsprechend hoch ist dieser Wert in Ländern mit starker staatlicher Präsenz... z. B. China, Russland, Burma, Kuba usw. In Europa liegen die Staatsquoten in Frankreich, Finnland und Schweden über 55 %; in den meisten westeuropäischen Ländern zwischen 45 und 54 %. Die Schweiz weist mit ihren 38 % in diesem ordnungspolitischen Aspekt ein mustergültiges Ranking aus.

Volkseinkommen von ca. 400 Mia. CHF. Für die Region Bern könnte diese Quote wegen der Präsenz aller drei Verwaltungsebenen gar noch etwas höher liegen.

Nun verhält es sich so, dass nur ein Teil dieser Summe sich in Aufträgen an die Privatwirtschaft ausdrückt. Der grössere Teil fliesst in Bildungs-, Gesundheits-, Sozial-, Ordnungswesen und die weiteren Staatsaufgaben. Diese durch die staatlichen Institutionen erbrachten Leistungen betragen rund 116 Mia. CHF.

Es verbleiben für Beschaffungen auf dem privaten Markt demnach rund 36 Mia. CHF. Das sind immerhin gegen 10 % des Volkseinkommens. Von den öffentlichen Beschaffungen entfallen 16 % auf den Bund, 38 % auf die Kantone und 43 % auf die Gemeinden. Diese 36 Mia. CHF sollen durch eine korrekte, marktneutrale und transparente Beschaffungsweise vergeben werden.

## **Etwas zur Geschichte des öffentlichen Beschaffungswesens**

Die Geschichte der öffentlichen Auftragsvergabe ist geprägt durch das Problem der Bevorzugung und der Günstlingswirtschaft. Vielleicht finden die modernen Untaten diskreter statt – verschwunden sind sie keineswegs.

Mitte des 19. Jahrhunderts, der Zeit, wo die Industrien entstanden, herrschte diese „Kultur“ der intransparenten Auftragsvergabe ohne jegliche Leitplanken. Die noch wenig demokratisch kontrollierten Staatsorgane vergaben ihre Aufträge allesamt in einem „internen“ Verfahren. Dies führte zu einem starken Wachstum der begünstigten Unternehmen: Namen wie Escher, Lohr Winterthur, Hasler, aber auch Krupp, Porsche, P&O, Lloyds usw. sind interessante, historische Beispiele solcher Verflechtungen und Beschaffungsmethoden. Eine Art punktuelle Wirtschaftsförderung...

Dank wachsender Konkurrenz unter den Anbietern war es dann der „Neid“ der unterlegenen Mitbewerber, der zu ersten, eher fallweisen, Korrekturen und Regelungen führte.

Das öffentliche Beschaffungswesen ist auch heute ein Thema, das regelmässig für Schlagzeilen in der Presse sorgt.

## **Die neuere Vergangenheit des Berner Vergabewesens**

1992 startete der Bund ein Programm „zur Revitalisierung der Wirtschaft und der Schaffung eines echten Binnenmarktes“. Gleichzeitig führte die „Uruguay-Runde“ von GATT/WTO zu einem globalen Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen. Dieses trat per 1.1.1996 in Kraft und bedingte für die Schweiz die Schaffung entsprechender neuer Gesetze. Der Bund erlässt das „Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen BoeB“; die Kantone sorgen mit der „Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB“ für einen einheitlichen Rahmen der anschliessend zu schaffenden kantonalen Gesetze.

### **Die heutige öffentliche Beschaffung**

Drei Begriffe gestalten die heutige Ordnung:

- die Schwellenwerte
- die Ausschreibung und die Vergabeweise
- der Rechtsschutz

**Die Schwellenwerte** legen fest, ab welcher Auftragsgrösse welches Vergebungsverfahren zur Anwendung kommt. Diese Schwellenwerte sind nach den Leistungsarten Bauleistungen, Güter und Dienstleistungen verschieden, ebenso variieren sie je nachdem, ob der Auftraggeber der Kanton oder die Gemeinde ist.

**Die Vergabeweise** unterscheidet die *direkte*, „freihändige“ Vergabe, die *eingeladene* und die *offene* und *selektive* Ausschreibung. Für die

freihändige Vergabe gilt kantonal der niedrigste Schwellenwert von CHF 100'000. —

Die *geladene, beschränkte* Ausschreibung betrifft mittlere Auftragsgrössen. Wie bei der direkten Vergabe ist der Auftraggeber frei in der Auswahl seiner Geschäftspartner. Und hier geht es doch bereits um Aufträge von bis zu CHF 250'000. — für Bau, Dienstleistungen und Güter bzw. 500'000. — für das Bauhauptgewerbe.

Das *offene* Verfahren für die Aufträge über CHF 250'000. — bzw. 500'000. — kennt die Unterform der *selektiven* Ausschreibung, welche durch einen Qualifikationsraster die fachlich in Frage kommenden Partner auswählt. Im normalen offenen Verfahren wird diese Auslese den Zuschlagskriterien „überlassen“.

**Der Rechtsschutz** schliesslich gibt dem einzelnen Beteiligten die Möglichkeit, den Zuschlag anzufechten und das Verfahren auf Beschwerde hin überprüfen zu lassen. Daher müssen die Beschaffungsverfahren transparent und nachvollziehbar abgewickelt werden.

Diese drei Hauptmerkmale: Schwellenwerte, Vergabeweise und Rechtsschutz prägen das moderne Beschaffungswesen. Die von der WTO ausgelöste Neuordnung hat wesentliche Missstände beseitigt sowie Transparenz und Konkurrenz massiv verbessert.

## **Es verbleibt noch Konfliktpotenzial**

Trotz den unbestritten positiven Auswirkungen der neuen Gesetze ist man auch heute noch weit von einem Idealzustand entfernt. Zu häufig sind Reklamationen von Benachteiligten, zu oft sorgen öffentliche Ausschreibungen für Schlagzeilen und Unmut bei den Steuerzahlenden...

An welchen Punkten, welchen Regelungen lassen sich diese Fehlleistungen festmachen?

### **Die Schwellenwerte sind breit akzeptiert**

Interessant ist die Tatsache, dass im Kanton Bern „vor WTO“ praktisch alle Aufträge über CHF 50'000. — öffentlich im Amtsblatt ausgeschrieben wurden. Die WTO-Regelung bedeutete also einen Abbau des Wettbewerbs. Allerdings galten die früheren Ausschreibungen lediglich für Bauleistungen.

Die heute gültigen Schwellenwerte scheinen von Gewerbe und Politik breit akzeptiert zu sein. Allenfalls könnten Probleme bei den tiefsten Schwellenwerten von CHF 100'000. — und der freihändigen Vergabe auftauchen. So kann sich die wiederholte Vergabe von kleinen Aufträgen im Jahreslauf zu namhaften Summen kumulieren...

### **Das Vergabeverfahren birgt Probleme**

Die freihändige Vergabe ohne Ausschreibung, Transparenz und Rechtsschutz kann Anlass zu Unstimmigkeiten bieten, wenn immer ein kleiner Kreis derselben Anbieter zum Zuge

kommt. Dabei lassen sich trotz geringer Auftragsgrößen für Anbieter von z. B. Baunebenleistungen recht erspriessliche Basis-Umsätze erzielen. Grund zu solchen „Hoflieferanten-Trends“ ist die zum Teil verständliche Neigung des Auftraggebers, kleinere Aufträge an bewährte und eingespielte Partner zu vergeben. Bei wiederholten kleinen Aufträgen, wie bei Unterhalt und Wartung von Anlagen wäre deshalb z. B. die periodische Ausschreibung von Jahresbudgets zu empfehlen.

#### **Probleme**

- Mangelnde Transparenz
- Keine Beschwerdemöglichkeit
- Hoflieferanten-Tendenz

---

**Die beschränkte Ausschreibung im Einladungsverfahren** betrifft die mittelgrossen Aufträge bis CHF 250'000. —. Es handelt es sich um Ausschreibungen, die dem Rechtsschutz unterstehen. In der Regel wendet sich hier der Auftraggeber meist an ihm bekannte Unternehmer – die Ausschreibung wird entsprechend weniger aufwändig formuliert. Dies spielt bei Bau- und Güterlieferungen mit klaren Leistungsdefinitionen z. B. nach BKP keine grosse Rolle. Bei Dienstleistungen mit grossem Anteil von Kreativität öffnen sich hier beträchtliche Spiel- und Interpretationsräume. Beim Auftraggeber ist die Neigung, bewährte Partner zu berücksichtigen, nachvollziehbar, aber gefährlich. Die sich ergebenden „guten Beziehungen“ zwischen den Partnern wollen plötzlich gepflegt werden! Der Rechtsschutz sollte hier eine präventive Wirkung erzielen.

#### **Probleme**

- Die geladene Ausschreibung ist aus ihrer Natur heraus eine Insider-Domäne.
- Nichtgeladene haben das Nachsehen. Der hier mögliche Rechtsweg könnte für den Benutzer zum Rohrkrepiere werden.

---

#### **Die offene Ausschreibung**

Diese ist das Instrument für die Vergabe der grossen öffentlichen Aufträge über CHF 250'000. — bzw. 500'000. —. Hier wird vollständige Markttransparenz geschaffen, wenn die Publikation – wie es im Kanton Bern der Fall ist – im Internet auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) stattfindet. Etliche Kantone „verstecken“ ihre Publikation immer noch im Amtsblättli; Lob für Bern. Die selektive, offene Ausschreibung definiert Qualifikationen und Voraussetzungen, die ein Unternehmer mitbringen muss, z. B. ISO-Zertifizierung usw. Sonst ist diese Ausschreibungsweise mit der offenen identisch.

Das erste Kernstück der offenen Vergabe ist die Definition des Auftrags, also die Ausschreibungsunterlage oder das Pflichtenheft. Je klarer die Vorstellungen des Auftraggebers oder Bauherrn sind, desto leichter und präziser wird die Angebotsberechnung ausfallen.

Bei „normalen“ Aufträgen, die keine besonderen Gestaltungsräume offen lassen, d.h. einen hohen Anteil von standardisierten Leistungen enthalten, sind wenige Probleme zu erwarten. Anders verhält es sich bei komplexeren Aufträgen.

Das zweite Kernstück ist die transparente Fassung der an sich recht frei gestaltbaren Zuschlagskriterien.

#### **Probleme**

- Hohe Anforderungen an die Ausschreibung und die Reife des Projekts.
- Wenig ausgereifte Projekte benötigen mehr „weiche“ Zuschlagskriterien.

---

#### **Die Vergabe komplexer Projekte**

Schlagzeilen, hohe Kosten und gar juristisches Ungemach haben in der letzten Zeit besonders die grossen und komplexen Bauprojekte der öffentlichen Hand verursacht. Die Stichworte INO, Frauenspital, Feuerwehkasernen, Bärengraben usw. auf kantonaler und kommunaler Ebene; bei nationalen Projekten machten kürzlich die Entwässerungsrohre des NEAT-Tunnels Schlagzeilen. Sehr anfällig sind auch die Ausschreibungen im Bereiche der Dienstleistungen und der Beratung. Die Informatik der kantonalen Erziehungsdirektion ist dafür ein aktuelles Beispiel.

Bei den komplexen Projekten werden die Schwächen des Submissionsverfahrens sichtbar.

Die Bauherrschaft, z. B. die BVE des Kantons, betraut in solchen Fällen eine Planungsfirma mit der Entwicklung des Projekts und/oder veranstaltet einen Wettbewerb. Ist das Projekt so weit gediehen, schreitet die Bauherrschaft zur Ausschreibung.

---

#### **Spannungsfeld der öffentlichen Beschaffung**

**ZIEL** Ein transparenter Wettbewerb unter den Anbietern soll den „besten Gegenwert“ für den Steuerfranken sichern.

**RISIKEN** Ein anspruchsvoller schmaler Pfad für die Behörden: Einerseits die störende Einschränkung bei Wahl der Lieferanten und andererseits die Verlockung, diese zu umgehen, sowie die hohen Anforderungen an die Fachleute bei komplexen Ausschreibungen.

---

Zur Auswahl stehen dabei vor allem erfahrene General- und Totalunternehmer, allenfalls Arbeitsgemeinschaften mit eingespieltem Projektmanagement. Das Submissionsverfahren geht davon aus, das Projekt sei ausführungsfähig. Diese gesetzliche Fiktion und die Realität klaffen bei komplexen Beschaffungsvorhaben oft weit auseinander.

Die Beschaffungsordnung verlangt, dass der Bauherr die Spielregeln – so auch die Zuschlagsmodalitäten – festlegt. Er darf diese während dem Spiel nicht mehr ändern. Führt die Submission nicht zum Ziel, muss sie abge-

brochen werden. Gewinnt der Bauherr aus dem Verfahren aber wertvolle Hinweise, die er für die Ausführung nutzen will, steckt er im Dilemma: Abbruch und Neuausschreibung, oder Zuschlag und Weiterentwicklung des Projekts mit diesen Erkenntnissen. Nicht zu verantworten ist das Festhalten am bisherigen Projekt. Mit entsprechender Modifikation des ausgeschriebenen Werkvertrags lassen sich solche Situationen zumindest teilweise zurechtbiegen. Die grundsätzliche Problematik bleibt.

Die Beschaffung öffentlicher Güter verlangt deshalb eine interdisziplinäre Zusammenarbeit. Gefragt sind technische Kenntnisse in Bezug auf das zu beschaffende Gut, Kenntnis und Erfahrung in der Anwendung der Submissionsvorschriften sowie vertragsrechtliche Sicherheit.

### **Ausschreibung und Zuschlag als kritische Disziplinen**

Die Ausschreibung fordert kompetente Fachleute. Die vorstehenden Ausführungen haben bereits Hinweise auf die herausragende Bedeutung der Ausschreibung geliefert. Insbesondere im Bereich der komplexen Projekte sind die Anforderungen sehr hoch.

#### **Insel-Backwaren – eine Pilot-Ausschreibung**

Transparenz in der Beschaffung „Lebensmittel“ – 10 Mio. CHF jährlich – ist das Ziel der Ausschreibung der Abteilung GASTRO an der Berner Insel. Als schweizweit erste derartige Ausschreibung soll sehr sorgfältig gearbeitet werden. Dabei geht, ob den Details, die Sicht aufs Ganze etwas verloren. Der Stolperstein ist der Schwellenwert von CHF 250'000. —; bei 1 Mio. CHF Gesamtwert einleuchtend.

Die Insel-GASTRO – ein Restaurationsunternehmen mit 5 Restaurants, rund 6000 Mahlzeiten/Tag, 250 Beschäftigten, 20 Mio. CHF Umsatz kann sich bei der erneuten Ausschreibung auf gemachte Erfahrung, Glaubwürdigkeit und Nachbesserung der Zuschlagskriterien konzentrieren.

Dabei stellen sich bestimmt auch personelle Probleme. Beim Kanton ist die Auftragsvergabe dezentral organisiert – jede Direktion nimmt ihre Beschaffungen selber vor. Anders in der Stadt Bern. Hier geschehen alle Beschaffungen zentral durch eine Stelle. Diese hat sich in der Verwaltung sehr gut etabliert und wird auch durch die wirtschaftlich selbständigen Stadtfirmen zur Beratung beigezogen – gegen Entschädigung natürlich. Auch in der Bundesverwaltung läuft der Trend zur Zentralisierung: Das BBL Bundesamt für Bauten und Logistik stellt ein Team von 5 Juristen für den Support in Beschaffungen an mehreren Ämtern zur Verfügung.

#### **Das Set der Zuschlagskriterien**

Die Artikel 30 und 31 der Verordnung ÖBV definieren die Kriterien des Zuschlags. Im Prinzip erhält das „wirtschaftlich günstigste“

Angebot den Zuschlag – also nicht das billigste! Die Bewertung der Angebote folgt den in der Ausschreibung bekannt gegebenen evtl. gewichteten Zuschlagskriterien und allfälligen Preisbewertungsregeln, also die Methode, wie der Preis gewichtet wird. Der Auftraggeber ist hier frei, innerhalb der „harten“, quantifizierbaren Kriterien seinen optimalen wirtschaftlichen Mix zu umschreiben, um so das optimal geeignete Produkt zum günstigsten Preis zu erhalten.

Die Gewichtung des Preises in der „Zuschlagsmatrix“ hat dem Grad der Standardisierung des Produkts zu folgen. Ein PC z. B. ist ein hoch standardisiertes Produkt; ein grosses Gebäude mit einer technisch komplexen Aufgabe ist immer ein Unikat. Entsprechend wird beim Standardprodukt (wichtig: Nennung Marke/Typ mit Zusatz „oder gleichwertig“ ist erlaubt!) der Preis das dominierende Kriterium sein; beim komplexen Bauwerk hingegen keineswegs!

Wichtig ist, dass die Zuschlagskriterien neben dem Preis objektiv bewertet werden können. Unklare Begriffe wie „Kreativität“ oder „Ästhetik“ müssen z. B. durch eine mehrköpfige Jury vor der Bewertung objektiviert werden.

Der Einbezug von immateriellen, ideellen Faktoren ist zu vermeiden. Je klarer die Produktschreibung, desto geringer ist die Bedeutung und der Raum für „weiche“ Bewertungskriterien.

Regeln über das Verhältnis der harten zu den weichen Faktoren gibt es nicht.

---

#### **Die Bilanz**

##### **der Entente Bernoise:**

- Risiko von „Hoflieferantentum“ bei den freihändigen Aufträgen.
- Die nicht anfechtbare „geladene Ausschreibung“ fördert die Insider-Wirtschaft.
- Der Rechtsschutz ist ein zweischneidiges Schwert. Seine Inanspruchnahme kann für den Benutzer „exklusive“ Folgen haben.
- Die komplexen Projekte stellen höchste Ansprüche an die Ausschreibung.

##### **Die Entente Bernoise fordert deshalb:**

- Schaffung einer Ombudsstelle für nicht anfechtbare Vergaben und Beschwerden gegen Ausschreibungen und Vergaben.
- Job-Rotation bei Stellen, die oft direkte und geladene Vergabungen durchführen.
- „Billige Abwechslung“ wieder einführen.
- Schaffung eines Kompetenzzentrums für Ausschreibungen auf Stufe Kanton.

6/2010