16.1.2023

Stellungnahme

Weko zur Verlässlichkeit des Preises (Schreiben 043-00001)

verfasst von Dr. Mario Marti, Rechtsanwalt Kellerhals Carrard, Geschäftsführer suisse.ing und Stammgruppe Planung Bauenschweiz / verabschiedet von der Arbeitsgruppe Beschaffungsrecht

Am 31. Oktober 2022 schrieb das Sekretariat der WEKO der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) einen Brief. Das Sekretariat diskutiert darin das Zuschlagskriterium der «Verlässlichkeit des Preises», welches im Rahmen der jüngsten Totalrevision des öffentlichen Beschaffungsrechts neu in den Gesetzestext aufgenommen wurde, und kommt zum Schluss, dass dieses im angedachten Sinne («Tessiner Modell») nicht empfohlen werden könne.

Was bedeutet das und wie kommt es dazu?

Rückblick

Im Juni 2019 verabschiedete das Eidgenössische Parlament ohne Gegenstimme das totalrevidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB). Dieses wurde in Einklang mit der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), welches die Vergaben auf kantonaler Stufe regelt, erarbeitet. Das Bundesgesetz (nicht aber die IVöB) sehen im Katalog der Zuschlagskriterien (Art. 29) ein neues Zuschlagskriterium «Verlässlichkeit des Preises» vor. Dieses wurde vom Bundesrat ursprünglich nicht vorgeschlagen, sondern wurde erst im Verlauf der parlamentarischen Debatte in das Gesetz aufgenommen (sowohl im BöB wie auch in der IVöB wird das Zuschlagskriterium der «Plausibilität des Angebots» genannt, welches vergleichbare Beurteilungen zulässt).

Was steht hinter diesem Kriterium?

Die Botschaft des Bundesrates gibt dazu keine Auskunft. Seit der parlamentarischen Debatte standen aber Modelle im Raum, die zum Beispiel im Kanton Tessin («Tessiner Modell») angewendet werden. Der Präsident des Baumeisterverbandes präsentierte das Modell anlässlich der Infra Tagung 2016 in Luzern unter dem Namen «Zwillingsmodell».

Worum geht es?

Beim Tessiner oder Zwillingsmodell wird der Preis in zweifacher Hinsicht bewertet: Zum einen traditionell, d.h. mittels einer linearer Preiskurve: Das tiefste Angebot erhält die höchste Punktzahl (z.B. Note 5). Die teureren Angebote entsprechend tiefere. Parallel dazu wird der Preis auch in Relation zum Median der Angebote bewertet: Das Median-Angebot erhält die höchste Punktzahl, die günstigeren und teureren Angebot erhalten weniger Punkte. Damit wird der vermutungsweise «verlässlichste» Preis begünstigt. Tief- und Höchstpreise werden notenmässig schlechter bewertet.

Hinter diesem Modell steht die Überlegung, dass Tiefpreisangebote nicht «verlässlich» sind, sondern in aller Regel mit Nachträgen und Streitigkeiten weitere Kosten generieren. Das Kriterium der «Verlässlichkeit des Preises» will damit einen Beitrag leisten zur neuen Vergabekultur. Denn eine solche hat der Gesetzgeber bewusst eingeleitet: Er hat die traditionelle Zielsetzung des Beschaffungsrechts – Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit – um ein weiteres, gleichrangiges Ziel ergänzt: Der Nachhaltigkeit. Damit und mit vielen anderen Anpassungen des Gesetzestextes hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er den Qualitätswettbewerb stärken und über den Preiswettbewerb stellen will.

Wie wurde die Umsetzung sichergestellt?

Die Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) hat den Auftrag, Arbeitsinstrumente zur Anwendung des Beschaffungsrechts zu publizieren. Sie tut dies mit Leitfäden, Empfehlungen oder Musterdokumenten. Seit langem existieren Leitfäden für die Vergabe von Planerleistungen und Werkleistungen. Nach dem Verabschieden des neuen Rechts schickte sich die KBOB an, die beiden Leitfäden zu überarbeiten und an das neue Recht anzupassen. Sie tat dies – wie schon früher – in einer Arbeitsgruppe mit Vertreter/innen aus dem Kreis ihrer Mitglieder (vertreten waren: BBL, ASTRA, SBB, Kantone, Städteverband, Gewerbeverband) sowie Delegierte der Verbände der Anbieter unter der Leitung von Bauenschweiz, der Dachorganisation der Schweizer Bauwirtschaft.

Die Arbeitsgruppe diskutierte viele Anpassungen der beiden (inhaltlich weitgehend deckungsgleichen) Leitfäden. Viel Zeit in Anspruch nahmen die Zuschlagskriterien und hier vor allem das besagte Kriterium der «Verlässlichkeit des Preises». Die Arbeitsgruppe diskutierte intensiv das Tessiner Modell, die Kantone entsandten sogar den Kantonsarchitekten aus dem Tessin, welcher aus erster Hand berichten konnte. Im Ergebnis wurde das Modell beschrieben und für die Anwendung durch die Beschaffungsstellen zugänglich gemacht.

Schon damals war aber offenkundig, dass die öffentlichen Bauherren (ausser dem Kanton Tessin) Mühe haben mit dem «Tessiner Modell». Rechtliche Bedenken wurden vorgetragen und man konnte sich nur ungern vom traditionellen Verständnis des «Preises» verabschieden. Zum Ende der Arbeiten in der Arbeitsgruppe entbrannte eine Diskussion über die Art und Weise der Präsentation der erarbeiteten Grundlagen. Die Vertreter der Bauwirtschaft forderten eine aktive Empfehlung des Modells in den Leitfäden. Den Vertretern der öffentlichen Hand war das nicht «geheuer». Der Kompromiss bestand darin, dass die Beschreibung des Modells in einem Anhang 2 zu den Leitfäden publiziert wurde und zunächst in einem breit angelegten Programm von Pilotprojekten getestet werden sollte. Die Ausschreibungen in den Pilotprojekten erfolgten in den Jahren 2021 und 2022. Vereinbart war, dass die Auswertung und Analyse der Pilotprojekte in einem Bericht erfolgen sollen. Eine Diskrepanz besteht heute über die Rolle der Bauwirtschaft bei der Analyse der Pilotprojekte. Während diese selbstverständlich davon ausging, auch hier – wie bei der Erarbeitung der Leitfäden – mitdiskutieren zu dürfen und ihr auch schriftlich zumindest eine «Konsultation» in Aussicht gestellt wurde, erklärt die KBOB am jährlichen Treffen mit Planerverbänden vom 13. Dezember 2022, dass ein Mitwirken von Bauenschweiz «zu keinem Zeitpunkt» vorgesehen gewesen sei.

Am gleichen Treffen informierte die KBOB die Stammgruppe Planung von Bauenschweiz mündlich – und ohne Vorlage des nun offenbar bestehenden Analyseberichts – darüber, dass ihr Vorstand aufgrund der Analyse beschlossen habe, das Tessiner Modell künftig nicht mehr anzuwenden. Bauenschweiz wurde nicht über die Analyse und das Schreiben der WEKO sowie den Vorstandsentscheid informiert.

Analyse des Schreibens des Sekretariats der WEKO

Das Bild wird komplettiert durch das eingangs erwähnte Schreiben des Sekretariats der WEKO. Das Sekretariat führt darin – wohl einzig auf Wunsch der BPUK und der KBOB und ohne, dass aufgrund eines Verfahrens o.ä. hierzu eine Notwendigkeit bestehen würde – Folgendes aus:

— Das Tessiner Modell wird als «schematische, rechnerische Bewertungsmethode» qualifiziert, welche «kartell- und beschaffungsrechtlich unzulässige Submissionsabreden stabilisieren und fördern sowie den Wettbewerb hemmen» könne.
— Gleichzeitig sei das Tessiner Modell auch «aus binnenmarktrechtlicher Optik problematisch».
— Schliesslich spricht sich das Sekretariat der WEKO gegen einen «Automatismus durch schematische Bewertungen» aus, denn dadurch bestehe die «Gefahr, das eigentliche Ziel einer Beschaffung nicht zu erreichen und den wirksamen Wettbewerb zu schwächen».

Aus ***formeller*** Sicht ist es – in der Betrachtung der Bauwirtschaft – natürlich äusserst sonderbar, dass die KBOB und die BPUK gemeinsam mit dem Sekretariat der WEKO offenbar bereits seit Herbst 2021 die (Nicht-)Anwendbarkeit des Tessiner Modells diskutierten, während sie gleichzeitig dazu Pilotprojekte durchführten und die Vertreter/innen von Bauenschweiz im Glauben liessen, man sei ernsthaft an einer Analyse der Pilotprojekte interessiert.

Dass die Bauwirtschaft quasi zufällig von der Existenz des Schreibens des Sekretariats der WEKO erfährt, sorgt für verständliche Irritationen und lässt Zweifel aufkommen an der Ernsthaftigkeit der partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Bauherren und den Anbieter/innen.

Auch interessant aus ***formeller*** Sicht ist der Umstand, dass das Sekretariat der WEKO nicht kartellrechtlich argumentiert. Das Schreiben ist eine blosse Empfehlung. Das Sekretariat der WEKO schreibt nicht, das Tessiner Modell würde zu einem Verstoss gegen das Kartellgesetz führen. Keine Vergabebehörde muss also mit kartellrechtlichen Massnahmen rechnen, falls sie das Tessiner Modell anwendet.

Das Schreiben des Sekretariats der WEKO überzeugt auch in ***materieller*** Hinsicht nicht:

— **Zunächst fällt auf, dass das Sekretariat der WEKO ausschliesslich auf der Basis der Doktrin zum alten Beschaffungsrecht argumentiert.** Das Sekretariat zeigt dies exemplarisch, indem es ausführt, dass das Kartellgesetz den wirksamen Wettbewerb fördert, «auf welchen das Beschaffungsrecht baut». Tatsache ist aber, dass das neue Beschaffungsrecht nicht mehr nur den «wirksamen, fairen Wettbewerb» bezweckt, sondern neu explizit auch «den wirtschaftlichen und den volkswirtschaftlich, ökologisch und sozial nachhaltigen Einsatz der öffentlichen Mittel» (Art. 2 BöB). Das Beschaffungsrecht baut damit nicht nur auf dem Wettbewerbsgedanken, sondern auch auf den Prinzipien der Nachhaltigkeit. Damit einher geht ein eigentlicher Paradigmenwechsel im öffentlichen Beschaffungsrecht, welcher eine deutliche, vom Gesetzgeber explizit geforderte Stärkung des Qualitätswettbewerbs zu Lasten des Preiswettbewerbs fordert. Das Sekretariat der WEKO erwähnt diesen vom Gesetzgeber bewusst geforderte Kurswechsel mit keinem Wort. Im Gegenteil verweist das Sekretariat der WEKO auf Rechtsprechung zum alten Recht, ohne auch nur ansatzweise zu begründen, inwiefern diese Rechtsprechung auch unter neuem Recht noch Geltung beanspruchen kann.

— Das Hauptargument des Sekretariats der WEKO zur Ablehnung des Tessiner Modells liegt in der Befürchtung, es würde zu mehr Submissionsabreden führen. Das ist eine unzulässige Argumentation. Das ist, wie wenn man Self-Scanning Kassen verbieten würde, weil sie Ladendiebstähle erleichtern können. **Die alleinige Tatsache, dass ein Zuschlagskriterium möglicherweise eine – notabene in keiner Art und Weise nachgewiesene – erhöhte Gefahr schafft, dass sich Anbieter unrechtmässig verhalten könnten, kann nicht die Unrechtmässigkeit dieses Kriteriums zur Folge haben. Eine Submissionsabsprache ist und bleibt unzulässig und es ist an den Behörden, diese zu ahnden.** Selbstredend kann auch die Anwendung anderer Kriterien zu einem erhöhten Risiko von Submissionsabreden führen, z.B. bei zu hohen Anforderungen an Referenzangaben oder Schlüsselpersonen etc., welche dazu führen, dass nur noch sehr wenige Anbieter ein Angebot einreichen können (was direkte Abredeben stark erleichtert).

— **Es ist im Übrigen auch nicht nachvollziehbar, inwiefern die Anwendung des Tessiner Modells im Lichte des Binnenmarktgesetzes «diskriminierend» sein sollte. Wenn das Sekretariat der WEKO das mit dem unter altem Recht ergangenen Grundsatz, wonach das billigste Angebot stets die Höchstbewertung beim Preis erhalten solle, begründet, ignoriert es zum einen den durch das neue Recht geschaffene Paradigmenwechsel** und zum anderen verkennt es, dass bei der richtigen Anwendung des Tessiner Modells im Teil-Preiskriterium der linearen Preisbewertung das billigste Angebot immer noch die höchste Punktzahl erzielen wird. Zudem sind die Spielregeln für alle Anbieter/innen im Voraus bekannt und transparent; niemand wird ausgeschlossen oder diskriminiert.

Weiter sind auch ***methodische*** Mängel hervorzuheben:

Das Sekretariat kritisiert das «Tessiner Modell», ohne das Modell überhaupt zu beschreiben. So überrascht es nicht, dass das Sekretariat der WEKO stets nur die Bewertung anhand des Medians erwähnt, nicht aber das Zusammenspiel dieser Bewertung mit der parallel dazu erfolgenden «normalen», linearen Preisbewertung. In ihrem – arg konstruierten und realitätsfremden – Beispiel (vier Unternehmen sprechen sich mit hohen Preisen ab, der «Kartellaussenseiter» offeriert tiefer) würde die richtige Anwendung der «Verlässlichkeit des Preises» ja gerade dazu führen, dass der Tiefpreisanbieter in der linearen Preisbewertung wiederum begünstigt wird. Die beschriebene Gefahr der Kartellbildung ist damit realitätsfremd. Das Sekretariat der WEKO zeigt damit, dass es rein theoretisch argumentiert, ohne jeglichen Bezug zur Praxis und ohne Austausch mit der Praxis (die Praxis würde etwa zeigen, dass Anbieter heute teilweise bewusst sehr tiefe Angebote machen mit der festen Absicht, im Verlauf des Projektes den ursprünglichen Preis mittels Nachträge «aufzubessern»; der ursprüngliche Preis ist in diesem Fall offenkundig «nicht verlässlich» und dies zum Nachteil des Auftraggebers).

Das Kriterium ist weder diskriminierend noch fördert es Submissionsabreden

Der eidgenössische Gesetzgeber hat mit der Totalrevision des BöB einen Paradigmenwechsel eingeläutet: Im Zentrum des Beschaffungsrechts steht die Nachhaltigkeit und der Qualitätswettbewerb. Die Kantone haben diese neue Vergabekultur übernommen. Wer diesen Auftrag ernst nimmt, kann nicht in der Dogmatik des alten Rechts verhaftet bleiben. Damit der Paradigmenwechsel gelingen kann, sind neue Wege in der Beschaffung zu gehen. Dazu gehört – nebst vielen anderen Instrumenten – das neue Kriterium der «Verlässlichkeit des Preises». In der beschriebenen Methode (Medianbewertung als Teilkriterium neben der traditionellen, linearen Preisbewertung) wird der Preis differenziert betrachtet: Zum einen nach wie vor traditionell (Höchstnote für das billigste Angebot), zum anderen – im Sinne des Qualitätswettbewerbs – unter dem Gesichtspunkt der Verlässlichkeit. Die korrekte Anwendung dieses Kriteriums führt zu besseren Ergebnissen im Beschaffungsverfahren. Es dient damit allen Akteuren und ist volkswirtschaftlich sinnvoll.