

# Klarere und präzisere Verträge als Schlüssel

## Zur Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts

Von Alois Keel und Josua Raster\*

*Durch Streitigkeiten über die Vergabe von Aufträgen für den Gotthard-Basistunnel wurden die medialen Scheinwerfer jüngst auf das öffentliche Beschaffungswesen gerichtet. Mit Blick auf die gegenwärtigen Bestrebungen zur Revision des entsprechenden gesetzlichen Rahmens reflektieren die Autoren die Bedeutung präziser Ausschreibeunterlagen.*

In den neunziger Jahren ist das Beschaffungsrecht von Bund und Kantonen vollständig revidiert worden, unter anderem mit dem Ziel der marktwirtschaftlichen Erneuerung. Güter und Dienstleistungen sollen in einem transparenten und fairen Wettbewerb zu wirtschaftlichen Konditionen beschafft werden. Diese Ziele wurden nur teilweise erreicht. Deshalb soll nun das Beschaffungsrecht des Bundes revidiert werden. Die geplante Revision läuft jedoch Gefahr, den Bock zum Gärtner zu machen, da wesentliche Ursachen für das Nichterreichen der anvisierten Ziele nicht im Beschaffungsrecht, sondern im Vertragsrecht liegen.

### Unsicherheit als Crux

Im Bund wie auch auf Ebene der Kantone sind Revisionen der Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens im Gang. Das Beschaffungsrecht des Bundes sei zu wenig modern, zu wenig klar und zu wenig flexibel, stellt das Eidgenössische Finanzdepartement zur geplanten Revision fest (Faktenblätter EFD, Februar 2007). Deshalb soll der rechtliche Rahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge durch den Einsatz neuer Informationstechnologien, durch das Klären strittiger Fragen und durch mehr Dialog im Vergabeverfahren modernisiert werden. Überdies möchte die Bundesverwaltung auch harmonisierend wirken; sie gibt sich hier aber zurückhaltend. Es sei Sache der Politik, zu entscheiden, ob ein gesamtschweizerisch einheitliches Beschaffungsrecht oder die Angleichung der verschiedenen Normen die anzustrebende Lösung sei. Harmonisierungsbestrebungen sind auch auf kantonaler Ebene im Gang.

Die eingeschlagenen Wege mögen durchaus geeignet sein, um die dem Beschaffungsrecht zugrunde liegenden Zwecke, nämlich transparente Vergabeverfahren, Stärkung des Wettbewerbs, Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel und Gleichbehandlung der Anbietenden, besser zu erreichen. Die Revi-



War lange Juristenfutter statt Baustelle: die Neat-Baustelle in Erstfeld.

URS FLÜELER / KEYSTONE

sionsbemühungen können aber von vorneherein nur einen Teil der Ursachen für die Probleme im öffentlichen Beschaffungswesen beheben. Weshalb?

Wer eine Ware kaufen, einen Bau in Auftrag geben oder eine Dienstleistung beziehen will, muss wissen, was er beschaffen will. Das ist an sich trivial und beim Kauf standardisierter Güter oder Dienstleistungen in der Regel unproblematisch. Die Angebote können sich hier auf den Preis beschränken. Schwieriger wird es bei Bauvorhaben: Selbst bei weit fortgeschrittener Planung bestehen Unsicherheiten über Menge, Zeitpunkt und Qualität der zu beschaffenden Bauleistungen. Die Vergabestellen können versuchen – und tun dies auch in zunehmendem Masse –, Unsicherheiten in den Risikobereich der Anbietenden zu verschieben; beispielsweise indem sie in den Ausschreibungsunterlagen darauf hinweisen, dass die Angaben über Geologie, Sondierbohrungen und Wasserstände lediglich Informationscharakter haben. Damit soll das Risiko, das der Baugrund birgt, dem Unternehmer auferlegt werden. Dass solche Klauseln, wenn sich die Angaben zum Nachteil des Unternehmers als falsch erweisen, bei der Vertragserfüllung zu Streitigkeiten führen, liegt auf der Hand.

### Wissen, was man beschaffen will

Noch schwieriger gestaltet sich das bei geistig schöpferischen, also bei intellektuellen Dienstleistungen. Die Vergabestelle weiss zwar, welches Ziel sie erreichen möchte, der genaue Weg dort-

hin beziehungsweise die zu erbringenden Leistungen sind jedoch unklar. Intellektuelle Dienstleistungen lassen sich kaum im Voraus eindeutig und vollständig umschreiben; es gibt eine Vielzahl unterschiedlicher Lösungen.

Wenn die Vergabestelle nicht exakt weiss, was sie beschaffen will, wird der Kern jeder Beschaffung, nämlich die Beschreibung der Leistung, entsprechend unbestimmt ausfallen. Verträge, die Leistungen und Gegenleistungen nicht genau regeln, sind für die Vertragspartner von beschränktem Nutzen.

Dies lässt sich auch auf die Vergabeverfahren übertragen: Wenn die zu beschaffenden Leistungen nicht klar definiert sind, müssen zwangsläufig auch die Ausschreibungsunterlagen unklar bleiben, und die Angebote können im Rahmen der Bewertung nicht oder nur erschwert verglichen werden. Mithin ist die Erarbeitung tauglicher Ausschreibungsunterlagen nichts anderes als antizipierte Vertragsgestaltung. Folglich ist an diesem Punkt anzusetzen: Wer die Resultate öffentlicher Beschaffungen verbessern will, muss für klarere und präzisere Verträge sorgen.

Letztlich ist die Bedeutung des Vergaberechts für die Ziele, die mit ihm erreicht werden sollen, geringer, als allgemein angenommen wird. Ob öffentliche Mittel wirtschaftlich eingesetzt werden, ist vor allem auch eine Frage des Vertragsmanagements. Somit braucht es nicht nur Abhilfen im Vergaberecht, sondern vor allem auch Nachhilfe in der Vertragsgestaltung und im Vertragsvollzug.

\* Alois Keel und Josua Raster sind als Ingenieur und Jurist bzw. Jurist für das Zürcher Ingenieurbüro Basler & Hofmann tätig; sie beraten unter anderem Behörden, die öffentliche Aufträge vergeben.