

**Zeitschrift:** Schweizer Ingenieur und Architekt  
**Herausgeber:** Verlags-AG der akademischen technischen Vereine  
**Band:** 115 (1997)  
**Heft:** 50

**Artikel:** Öffentliches Beschaffungswesen. Teil 9: Schluss  
**Autor:** Rechsteiner, Peter  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-79358>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

**Download PDF:** 30.01.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

Peter Rechsteiner, Zürich

# Öffentliches Beschaffungswesen

## Teil 9: Schluss

**Allmählich werden Gerichtsurteile publiziert, die auf der Basis des neuen schweizerischen Beschaffungsrechts gefällt wurden. Der vorliegende Artikel befasst sich deshalb auszugsweise mit einem dieser Entscheide, der einerseits das bestätigt, was in vorangegangenen Artikeln bereits erwähnt wurde (Geltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen), der andererseits teilweise darüber hinausgeht (Thema: Dumping bzw. Unterangebote).**

### Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Freiburg vom 25. Juni 1997

Was ist passiert?

In einer Ausschreibung war verlangt worden, dass die offerierenden Unternehmer mit ihrem Angebot eine Offertgarantie in der Höhe von 5% der Offertsumme einzureichen hatten. Unter Ziffer 2 der Ausschreibungsunterlagen hielt der Auftraggeber u.a. fest, dass zu spät eingegangene oder unvollständige Offerten nicht berücksichtigt würden. Der Auftrag wurde in der Folge an die Unternehmung X AG vergeben, welche die Offertgarantie erst nach Ablauf der Eingabefrist abgab. Eine Mitkonkurrentin erhob Beschwerde gegen diesen Vergabeentscheid, und zwar mit folgenden Begründungen:

- Die X AG habe die Offertgarantie zu spät geliefert und dürfe deshalb nicht berücksichtigt werden.
- Die X AG habe einen Dumping-Preis eingegeben, was ebenfalls zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen müsse.

### Das Urteil und seine Begründung

Zur zu spät eingereichten Offertgarantie

Das freiburgische Verwaltungsgericht fragte sich zunächst, ob die Vergabeinstanz angesichts der von ihr formulierten Offertbedingungen die Offerte der X AG überhaupt habe berücksichtigen dürfen, ohne den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anbieter zu verletzen.

Es stellte dazu fest, dass die X AG die erforderlichen Massnahmen getroffen hatte, um die Offertgarantie rechtzeitig zu erhalten und dass der Verzug bei der Ab-

gabe dieser Garantie auf einer Reihe von Umständen basiere, die das Verschulden der X AG relativiere, wenn auch nicht ganz ausschliesse. Gestützt darauf hielt das Verwaltungsgericht fest, dass der von der X AG begangene Formfehler als sehr leicht einzustufen sei. Die Offertgarantie sei dem Auftraggeber nachträglich zugestellt worden, und dieser habe alsbald gewusst, dass er diese noch erhalten werde. Im übrigen könne man die praktische Bedeutung einer solchen Offertgarantie bezweifeln, denn der Auftraggeber müsse sich auf jeden Fall durch andere Mittel über die Kapazität des in Betracht gezogenen Unternehmers, die ausgeschriebenen Arbeiten ausführen zu können, vergewissern.

Die Berücksichtigung der X AG im Vergabeverfahren habe diese nicht bevorteilt. Zudem hätte der Ausschluss der X AG aufgrund des Formfehlers (zu späte Einreichung der Offertgarantie) den Grundsatz des wirksamen Wettbewerbs verletzt. Es dürfe nicht aus den Augen verloren werden, dass die von der X AG eingereichte Offerte preislich mehr als 20% (rund 300 000 Franken) unter derjenigen der nächstbilligeren gelegen habe. Der Grundsatz der Vergabe nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot wäre konterkariert worden, wenn der Auftraggeber aufgrund eines formalistischen Arguments akzeptiert hätte, rund 300 000 Franken mehr zu bezahlen.

Es sei, fuhr das Verwaltungsgericht fort, sicherlich nötig, dass ein gewisser Formalismus bei den Vergabeverfahren eingehalten werde, um nicht in Anarchie zu verfallen oder dem Missbrauch Vorschub zu leisten. Andererseits sei festzuhalten, dass die (kantonalen) öffentlichen Auftraggeber dem (kantonalen) Verwaltungsrechtspflegegesetz unterstehen würden. Dies bedeute insbesondere, dass die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts zu beachten seien, im besonderen die Prinzipien der Verhältnismässigkeit, von Treu und Glauben, des Verbotes der Willkür und des überspitzten Formalismus.

Die Vergabebehörde könne deshalb nicht unbedeutende Details ins Feld führen, um einen Anbieter aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen. Ein Ausschluss der X AG hätte, nach Meinung des freiburgischen Verwaltungsgerichts, dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, aber auch dem Grundsatz des wirksamen Wettbe-

werbs, widersprochen. Letzteres deshalb, weil der Ausschluss aufgrund des Formfehlers der X AG dazu geführt hätte, dass die wirtschaftlich günstigste Offerte nicht hätte berücksichtigt werden können. Aufgrund dieser Überlegungen kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Vergabeinstanz weder die Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen noch die Ausschreibungsbedingungen verletzt habe, indem sie die (zu spät) gelieferte Offertgarantie nicht zum Anlass genommen habe, die X AG aus dem Verfahren auszuschliessen.

Zum Vorwurf des Dumping-Preises

Dazu führte das Verwaltungsgericht zunächst aus, dass ein Preis, der erheblich unter denjenigen der übrigen Angebote liege, nicht notwendigerweise bedeute, dass der entsprechende Offerent verbotenes Dumping betreibe. Art. XII Ziff. 4 des Gatt/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen sehe vor, dass eine Vergabeinstanz, die ein ungewöhnlich niedriges Angebot erhalte, bei der betreffenden Unternehmung Erkundigungen einziehen und sicherstellen könne, dass diese die Teilnahmebedingungen einhalte und sie fähig sei, den Auftrag auszuführen. Erst wenn sich herausstelle, dass dies nicht der Fall sei, oder sich ergebe, dass der tiefe Preis aufgrund einer Rechtsverletzung zustande gekommen sei (zum Beispiel: Verletzung von Steuer- oder Zollvorschriften; Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen), sei ein Ausschluss aus dem Vergabeverfahren gerechtfertigt.

Im vorliegenden Fall habe die Vergabeinstanz die nötigen Abklärungen vorgenommen. Das beauftragte Architekturbüro habe bereits über Erfahrungen mit der Zusammenarbeit der X AG verfügt. Diese habe zudem eine Referenzliste eingegeben, aus welcher hervorgehe, dass sie bereits vergleichbare Aufträge ausgeführt habe. In finanzieller Hinsicht habe die X AG die geforderten Bankgarantien erhalten und eine Bescheinigung der Betriebsbehörden eingereicht, die attestierte, dass gegenüber der X AG keine Beteiligungen im Gange waren. Die X AG habe auch eine Bestätigung des kantonalen Baumeisterverbandes vorgelegt, wonach sie die Gesamtarbeitsverträge beachte. Zudem habe die zuständige Versicherung bestätigt, dass die X AG pünktlich ihre Prämien bezahle. Eine andere Bestätigung habe aufgezeigt, dass die X AG auch die übrigen Sozialbeiträge regelmässig bezahle. Insgesamt könne der X AG deshalb nicht vorgeworfen werden, dass ihr eingebener Preis auf Rechtsverletzungen

zurückzuführen sei, weshalb sie zu Recht nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei.

### Schlussbemerkungen

Der Entscheid ist nach meiner Meinung im Ergebnis richtig. Die Begründung könnte man sich in Einzelfragen anders vorstellen. Der Text des Urteils vermittelt u.a. den Eindruck, dass das Verwaltungsgericht das tiefste Angebot mit dem wirtschaftlich günstigsten gleichsetzt, was klar gesetzeswidrig wäre. Jedenfalls enthält der Entscheid keine Anhaltspunkte darüber, dass ausser dem Preis auch andere Zuschlagskriterien geprüft worden wären.

Deutlich hat das Verwaltungsgericht aufgezeigt, dass die öffentlichen Auftraggeber über die in den Spezialgesetzen zum öffentlichen Beschaffungswesen verankerten Grundsätze hinaus auch weitere allgemeine Rechtsprinzipien einhalten müssen, auf die sich Anbieter im übrigen in einem Beschwerdeverfahren auch berufen können. Dass das Verhältnismässigkeitsprinzip dabei eine gewisse Rolle spielt, ist in

Teil vier dieser Artikelserie bereits dargestellt worden. Dies wurde jetzt, unerwartet schnell, gerichtlich bestätigt. Die Anwendung und Abwägung dieses Prinzips mit andern allgemeinen Grundsätzen kann für öffentliche Auftraggeber im Einzelfall allerdings zu einer heiklen Gratwanderung werden. Dies ist eine der Folgen der Verrechtlichung des Beschaffungswesens.

Der Entscheid deutet auch an, dass zwischen den im Beschaffungsrecht verankerten Prinzipien der wirtschaftlichen Vergabe, des wirksamen Wettbewerbs einerseits und der Gleichbehandlung aller Anbieter andererseits, Zielkonflikte entstehen können. Man darf gespannt sein, wie sich die Praxis zu dieser Frage entwickeln wird. Schliesslich zeigt der Entscheid auch, dass es für Unternehmungen von ausschlaggebender Bedeutung sein kann, dass sie ihren finanziellen Verpflichtungen, insbesondere der Bezahlung der Sozialbeiträge (AHV, BVG usw.), nachkommen.

Mit diesen Bemerkungen schliesse ich - mindestens vorläufig - die Artikelreihe zum öffentlichen Beschaffungswesen, da

ich Ende Jahr das SIA-Generalsekretariat verlassen und als Partner in ein Advokaturbüro eintreten werde. Der SIA wird die neun Beiträge dieser Artikelserie, die noch ergänzt und leicht überarbeitet werden, zu Beginn des nächsten Jahres in einer Sammeldokumentation herausgeben.

Im kommenden Jahr werde ich übrigens im Rahmen der FORM, der Schule des SIA, zwei vertiefende Kurse zum öffentlichen Beschaffungswesen durchführen. Dabei werde ich anhand konkreter, teilweise kurioser Fälle die Grundzüge dieses nicht ganz einfachen Sachbereiches, der weit über das Recht hinaus Fragen aufwirft, darlegen und entsprechende Lösungen präsentieren bzw. zusammen mit den Kursteilnehmern erarbeiten. Anmeldungen können an das FORM-Sekretariat, Tel. 01/283 15 58, Fax 01/201 63 35, gerichtet werden.

Adresse des Verfassers:

*Peter Rechsteiner*, Fürsprecher, Generalsekretariat SIA, Selnastrasse 16, 8039 Zürich

## Zuschriften

### Von der Tyranis der Gebäudeversicherung

Mit der Baugenehmigung kommen auch feuerpolizeiliche und Sicherheitsauflagen, die von den kantonalen Gebäudeversicherungen formuliert werden. Sie stützen sich dabei auf die Brandschutznormen der Vereinigung kantonalen Feuerversicherer und die einzelnen Richtlinien. Wer einschlägige Erfahrungen mit grossen Bauten hat, weiss auch, wie nach der Gesamtbewilligung manche Einzelheiten erst während der Detailplanung und Bauausführung mit der Gebäudeversicherung abgesprochen werden können. Die Normen und Richtlinien lassen im Prinzip dabei relativ grossen Spielraum in der Interpretation. Ich verweise dabei nur auf Art. 3 der Brandschutznorm (Rücksicht auf schützenswerte Bauten) und Art. 13 (Abweichungen vom Normalfall nach unten und oben).

Nun hört man immer wieder Klagen, dass Bauherren und Architekten vor dem Dilemma stehen, entweder als unsinnig oder übertrieben beurteilte Auflagen zu akzeptieren oder einen zeitraubenden Rechtsweg mit Kosten und Bauverzögerung in Kauf zu nehmen. Manche Gebäudeversicherungen nutzen dabei ihre Macht-

position aus, weil die Bauherren in diesem terminlich bedingten Dilemma meist den kürzeren ziehen.

Schlimm wird es dann, wenn ein Bau im Vertrauen darauf voll im Gange ist, dass im Laufe der Ausführungsplanung akzeptable Detaillösungen ohne Einsprache und daraus resultierende Bauverzögerung mit der Gebäudeversicherung erarbeitet werden können.

Im konkreten Fall der Erneuerung des Grossen Saals des Goetheanums in Dornach sind rund 3 Mio. Franken für verbesserte Sicherheit in der Bausumme enthalten: Sprinkler mit eigenem Sprinklerwasserbecken, Brandmeldeanlage, neue Brandabschnittsbildung usw. Fünf Monate vor Eröffnung waren sich Bauherrschaft und Gebäudeversicherung über drei Details noch nicht einig. Erstens entstand ein Konflikt zwischen der künstlerischen Gestaltung und der Forderung der Versicherung, in bezug auf Grösse und Piktogramme der selbstleuchtenden Fluchtwegmarkierung im Saal, ohne dass die Notwendigkeit einer solchen Massnahme umstritten gewesen wäre. Zweitens hielt es die Bauherrschaft für unnötig, Fluchtwegmarkierungen in den künstlerisch gestalteten Treppenhäusern anzubringen, da die Wege aus sich selber heraus eindeutig sind.

Drittens hatte die Bauherrschaft aufgrund einer Brandsimulationsanalyse durch das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit beantragt, die Rauchentlüftung wegzulassen und die normale Entlüftung auch für den Brandfall zu verwenden.

Es geht hier nicht um die Frage, ob die Bauherrschaft oder die Gebäudeversicherung recht hat, sondern darum, ob für diese Fragen ein ordentlicher Rechtsweg begangen werden kann. In die Sackgasse geratene Verhandlungen müssen doch durch eine höhere Instanz geklärt werden können.

Statt nun eine rechtsfähige Verfügung zu den drei strittigen Punkten zu erlassen, kam - viereinhalb Monate vor Saaleröffnung - eine Verfügung auf sofortigen Baustopp ins Haus. Wohl konnte dieser bereits zwei Tage später durch die Rekursbehörde (Baudepartement) aufgehoben werden, ich kann dieses Vorgehen aber nicht anders als eine erpresserische Verweigerung des rechtlichen Gehörs qualifizieren.

Ich wäre nun sehr dankbar, von anderen Bauherren oder Architekten zu hören, ob es Präzedenzfälle in ähnlichen Situationen gibt und wie sie gelöst wurden, ob Rechtsentscheide vorliegen und wie sie lauten.

*Hans Hasler*, Dornach