



Protokollauszug vom

08.07.2020

Departement Finanzen / Immobilien:

Nichtanwendung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und der Submissionsverordnung für Liegenschaften des Finanzvermögens: Aufhebung der bisherigen Praxis

IDG-Status: öffentlich

SR.20.457-1

Der Stadtrat hat beschlossen:

1. Die mit SR.08.843 vom 21. September 2011 eingeführte Praxis der Nichtanwendung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und der Submissionsverordnung bei der Vergabe von Aufträgen betreffend die Sanierung von Liegenschaften im Finanzvermögen wird per 1. Januar 2021 aufgehoben.
2. Das Departement Bau, Amt für Städtebau, Abteilung Hochbau, wird als Baufachorgan der Stadt Winterthur beauftragt, die erforderlichen Grundlagen anzupassen sowie die Vertretung der Bauherrschaften in diesem Sinne vorzunehmen.
3. Das Departement Finanzen, Immobilien, wird beauftragt, die einzelnen Investitionsvorhaben in Bezug auf die terminlichen Konsequenzen zu überprüfen und die Investitionsplanung gegebenenfalls anzupassen.
4. Mitteilung an: Departement Finanzen, Immobilien, Finanzamt, Investitionsstelle; Departement Bau, Amt für Städtebau, Abteilung Hochbau, Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen; Departement Kulturelles und Dienste, Stadtentwicklung; Stadtkanzlei (zur Entfernung von SR.08.843 aus der WES); Finanzkontrolle.

Vor dem Stadtrat

Der Stadtschreiber:

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'A. Simon', with a stylized, cursive script.

A. Simon

Begründung:

1. Ausgangslage

Mit Beschluss SR.08.843-1 vom 11. Juni 2008 hat der Stadtrat entschieden, dass für die Sanierungen von zwölf ausgewählten Liegenschaften des Finanzvermögens die Vorschriften der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und die zugehörige Submissionsverordnung (SVO) unter Berufung auf die Ausnahmeklausel von Art. 8 lit. a IVöB nicht anwendbar sind. Mit Beschluss SR.08.843-2 vom 10. März 2010 hat der Stadtrat vom Bericht über den Stand des Versuchs Kenntnis genommen und den Bereich Immobilien beauftragt, bis zum 30. Juni 2011 einen Evaluationsbericht zuhanden des Stadtrates auszuarbeiten. Mit Beschluss SR.08.843-3 vom 21. September 2011 hat der Stadtrat diesen Bericht zustimmend zur Kenntnis genommen und entschieden, dass bei der Vergabe von Aufträgen betreffend die Sanierung von Liegenschaften im Finanzvermögen die submissionsrechtlichen Vorschriften aufgrund der Ausnahmeklausel von Art. 8 lit. a IVöB nicht anwendbar sind.

Auf diese Praxis ist künftig aufgrund der nachfolgenden Erwägungen zu verzichten.

2. Kein Anwendungsfall der Ausnahmeklausel bei der Vergabe von Aufträgen betreffend die Sanierung von Liegenschaften im Finanzvermögen durch eine Gemeinde, auch wenn es sich um eine so genannte «kommerzielle Tätigkeit» handelt

Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) unterstehen «Kantone, Gemeinden sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten» im Staatsvertragsbereich der Vereinbarung. Im Nicht-Staatsvertragsbereich unterstehen noch weitere Auftraggeberinnen und Auftraggeber der IVöB (vgl. Art. 8 Abs. 2 IVöB).

Fraglich ist, wie der Zusatz im Text der IVöB «mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten» zu verstehen ist. Bezieht sich der Text auf das Subjekt «Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene», oder auf die Subjekte «Kantone» und «Gemeinden», oder auf gar keinen dieser öffentlichen Auftraggeberinnen resp. Auftraggeber?

Die Antwort dazu befindet sich im Anhang I Annex 2 des übergeordneten GATT-WTO Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen Government Procurement Agreement (GPA; SR 0.632.231.422).

Laut dem offiziellen französischen Gesetzestext sind folgende Subjekte dem GPA unterstellt:

1. Les autorités publiques cantonales (d.h. die kantonalen Behörden)

2. Les organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel (d.h. die Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler Ebene, welche keinen kommerziellen oder industriellen Charakter haben)
3. Les autorités et organismes publics du niveau des districts et des communes (d.h. die Behörden und öffentliche Stellen auf Bezirks- und Gemeindeebene).

Im massgebenden GPA befindet sich der Text «welche keinen kommerziellen oder industriellen Charakter haben» nach dem Subjekt «Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler Ebene». Diese Formulierung erweckt den Eindruck, dass Einrichtungen des öffentlichen Rechts, welche einen kommerziellen oder industriellen Charakter haben, dem GPA nicht unterstellt wären.

Martin Beyeler macht jedoch zu Recht darauf aufmerksam, dass eine Einrichtung des öffentlichen Rechts (EöR) nur als solche qualifiziert werden kann, wenn sie keinen kommerziellen oder industriellen Charakter hat, denn eine EöR hat den besonderen Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht-gewerblicher Art zu erfüllen. EöR haben – im Unterschied zu den öffentlichen Unternehmungen – alle ihre Aufträge nach den einschlägigen Normen des Vergaberechts zu vergeben, gleichviel ob diese gewerblichen Tätigkeiten dienen oder nicht (vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich Basel Genf 2012, S. 148, § 293).

Weiter sind gemäss Anhang I Annex 2 des GPA die Behörden und öffentliche Stellen auf Bezirks- und Gemeindeebene immer dem Vergaberecht unterstellt: *«Der Annex 2 Anhang I GPA erfasst alle staatlichen Behörden und Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler und kommunaler Ebene bei allen öffentlichen Aufträgen (...) ungeachtet der zur Frage stehenden Tätigkeit, selbst wenn diese gewerblich sein sollte (...). Darum unterstehen staatliche Stellen und EöR der kantonalen und kommunalen Ebene ausserhalb allfälliger Sektorentätigkeiten immer dem Vergaberecht (...)*» (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich Basel Genf 2012, S. 238, § 522).

Somit steht fest, dass der deutsche Text der IVöB dem GPA widerspricht: *«Soweit also Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB deutscher Fassung tatsächlich sagen wollte, eine bestimmte EöR unterliege dem Vergaberecht nicht, sobald sie einen kommerziell motivierten Auftrag vergibt, läge darin eine Verletzung höherrangigen Rechts, soweit der Auftrag in den Staatsvertragsbereich fällt (...). Diese Norm ist daher (...) in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH (...) schlechterdings ohne den Zusatz «mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten» zu lesen (...)*» (Martin Beyeler, der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich Basel Genf 2012, S. 149, § 294).

In einem neueren Urteil bestätigte das Bundesgericht das Urteil des Genfer Verwaltungsgerichts, dass eine Beschaffung nur dann dem Submissionsrecht unterstellt sei, wenn diese Beschaffung einem öffentlichen Interesse diene. Im konkreten Fall ging es um die Verpachtung eines Luxus-hotels an einen Privaten. In einem früheren Urteil (Urteil 2C_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.1) zog das Bundesgericht in Erwägung, dass der Entscheid, mit dem ein Gemeinwesen über die Benützung von öffentlichen Sachen befindet, eine öffentlich-rechtliche Frage darstelle, auch wenn die Zurverfügungstellung auf dem Wege eines privatrechtlichen Vertrags erfolge (Urteil 1C_312/2010 vom 8. Dezember 2010 E. 1.2 und E. 3.4, RDAF 2011 I S. 48; vgl. BGE 127 I 84 E. 4a). Die Verwaltung des Finanzvermögens erfolge demgegenüber nicht hoheitlich, sondern auf dem Wege des Privatrechts (BGE 97 II 371 E. 3c S. 377 f.; Urteil 2C_167/2012 vom 1. Oktober 2012 E. 4.2, SJ 2013 I S. 341; vgl. auch BGE 126 I 250 E. 2c und d S. 254 f.; Urteil 5A_550/2011 vom 24. Oktober 2011 E. 2; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A. 2010, S. 538 f.; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2011, S. 62 Rz. 184).

Ob dieser letzter Satz betreffend «die Verwaltung des Finanzvermögens» die aktuelle Praxis der Stadt Winterthur zu rechtfertigen vermag, wird im zitierten BGE nicht abschliessend beantwortet. Die Vergabe von Aufträgen betreffend Liegenschaften des Finanzvermögens war nicht Gegenstand der Sachverhalte, welche das Bundesgericht in den oben zitierten Fällen zu beurteilen hatte (Verpachtung von Liegenschaften des Finanzvermögens).

Ein Teil der Lehre (darunter M. Beyeler, Finanzvermögen: Freiheit oder Vergaberecht in Kriterium, Information zur Submissionspraxis, Hrsg. Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen, Nr. 45, Januar 2019¹) vertritt die Meinung, dass diese Vergaben dem Submissionsrecht unterstehen. Insbesondere wird ausgeführt, dass die geltenden Erlasse keine Ausnahme für mit dem Finanzvermögen zusammenhängende Auftragsvergaben vorsehen. Nur weil der Staat auf dem Markt Wirtschaftstätigkeiten entfaltet, heisse dies nicht notgedrungen, dass er unter Wettbewerbsdruck stehe, weshalb nicht jede Marktaktivität schon per se als wettbewerbsneutral gelten könne. Daraus ergibt sich, dass es im Lichte der vergaberechtlichen Ziele ungerechtfertigt wäre, alle mit solcher Aktivität verbundenen Aufträge von der Vergaberechtsgeltung auszunehmen:

«Eine generelle, von der Frage des Wettbewerbsdrucks unabhängig bleibende vergaberechtliche Freistellung sämtlicher Beschaffungen, welche öffentliche Stellen zur Unterstützung von Finanzvermögens-Tätigkeiten durchführen, verletzt demnach den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität. Denn das Vergaberecht hält die

¹ https://bd.zh.ch/internet/baudirektion/de/themen/oeffentliche_beschaffung/hilfsmittel_vorlagen/kriterium/_jcr_content/contentPar/downloadlist_5/downloaditems/kriterium_nr_45.spooler.download.1548318191337.pdf/GS_Kriterium_45_WEB.pdf

*öffentlichen Auftraggeberinnen dazu an, unpolitisch und damit wettbewerbsneutral zu vergeben; die Nichtanwendung der entsprechenden Formen und Bindungen rechtfertigt sich nur dort, wo effektiver Wettbewerbsdruck Platz greift. Das ist, wie bereits ausgeführt, nicht schon dann der Fall, wenn die öffentliche Stelle die beschaffungsgegenständlichen Leistungen für ein eigenes Angebot auf dem Markt verwendet, sondern erst dann, wenn die betreffende Markttätigkeit der öffentlichen Stelle **unter getrennter Buchhaltung sowie frei von Quersubventionen entfaltet wird, wenn zudem die Stelle die Konsequenzen allfälliger Rückschläge und Misserfolge im Markt selbst zu tragen hat, sie also im Fall der Illiquidität geschlossen wird**, und wenn sie ihre wirtschaftlichen Interessen nötigenfalls gegenüber allfälligem politischem Druck effektiv verteidigen kann. Solange demgegenüber die vergebende Stelle bei Ausübung ihrer Markttätigkeit im Genuss direkter oder indirekter Vorteile steht, die privaten Unternehmen nicht zukämen, kann nicht angenommen werden, sie werde durch Wettbewerbsdruck dazu angehalten, auf andere als auf wirtschaftliche Regeln und Kriterien der Vergabe zu verzichten, so dass auch nicht davon ausgegangen werden kann, die Vergaben dieser Stelle blieben auch ohne Anwendung des Vergaberechts wettbewerbsneutral (M. Beyeler, Finanzvermögen: Freiheit oder Vergaberecht in Kriterium, Information zur Submissionspraxis, Hrsg. Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen, Nr. 45, Januar 2019, S. 4 f.).*

Die erwähnten Voraussetzungen sind beim Bereich Immobilien nicht erfüllt, weshalb die Anwendung der Ausnahmeklausel von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB bei der Vergabe von Aufträgen betreffend die Sanierung von Liegenschaften im Finanzvermögen nicht aufrechterhalten werden kann.

Die revidierten Bundes- und kantonalen Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen (revBöB/revVöB, Inkrafttreten per 1.1.2021 und revIVöB, Inkrafttreten noch offen) erlauben keine andere Interpretation (M. Beyeler, op. cit., S. 5 f.).

3. Fazit und weiteres Vorgehen

Die Vergabe von Aufträgen an marktteilnehmende Unternehmungen untersteht aufgrund obiger Erwägungen somit immer dem Vergaberecht, auch wenn sie Liegenschaften im Finanzvermögen der Stadt Winterthur betreffen. Dementsprechend vergibt auch die Stadt Zürich ihre Aufträge, welche das Finanzvermögen betreffen, nach den Regeln des Vergaberechts.

Angesichts dieser Erkenntnisse ist der Beschluss des Stadtrates SR.08.843-3 vom 21. September 2011 ausser Kraft zu setzen und Aufträge, welche Liegenschaften des Finanzvermögens betreffen, sind künftig nach den Regeln des Vergaberechts zu vergeben. Damit fallen insbesondere die bisher durchgeführten Abgebotsrunden, welche bei freihändigen Verfahren zulässig sind, weg, da sie nicht mehr gesetzeskonform sind (§ 31 SVO).

Da die neu durchzuführenden Submissionsverfahren zu prozessualen Veränderungen und zu terminlichen Verzögerungen führen werden, ist insbesondere die Investitionsplanung des Finanzvermögens auf die terminlichen Konsequenzen zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen. Zur Vorbereitung der neuen Prozesse wird der Beschluss des Stadtrates SR.08.843-3 vom 21. September 2011 per 1. Januar 2021 aufgehoben.

4. Kommunikation

Die Medienmitteilung ist gemäss Beilage zu genehmigen.

Beilagen:

1. Beschluss SR.08.843-3 vom 21. September 2011
2. GPA, Anhang I Annex 2
3. Kriterium Nr. 45 vom Januar 2019
4. Medienmitteilung