

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich

KR-Nr. 260/2007

Sitzung vom 28. November 2007

1764. Anfrage (Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung bei kantonalen Submissionen)

Kantonsrätin Carmen Walker Späh, Zürich, sowie die Kantonsräte Josef Wiederkehr, Dietikon, und Ruedi Menzi, Rüti, haben am 10. September 2007 folgende Anfrage eingereicht:

Der Kantonsrat hat sich mehrfach dafür ausgesprochen, dass der Kanton bei seinen eigenen Vergaben das Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung vorsieht (vgl. z.B. überwiesenes dringliches Postulat KR-Nr. 78/2003). Es ist denn heute auch explizit in der kantonalen Submissionsverordnung aufgeführt (§33). Trotzdem kommt es offensichtlich immer wieder vor, dass bei kantonalen Submissionen der Preis als einziges Zuschlagskriterium aufgeführt wird, auch bei aktuellen Vergaben.

In diesem Zusammenhang bitten wir den Regierungsrat um die Beantwortung der nachfolgenden Fragen:

1. Warum wurde z. B. bei den Baumeisterarbeiten beim Objekt Universitätsspital Zürich-Irchel (Objektbezeichnung Y36 Winterthurerstrasse 190, 8057 Zürich) der Preis als einziges Zuschlagskriterium aufgeführt?
2. Warum wurde bei dieser Ausschreibung das Kriterium Lehrlingsausbildung nicht erwähnt?
3. Gibt es – trotz Beteuerungen seitens der Regierung – keine interne Weisung, wonach das Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung immer zur Anwendung kommen soll, es sei denn, die Schwellenwerte befinden sich im Staatsvertragsbereich?
4. Was gedenkt die Regierung zu tun, um das Kriterium – soweit möglich – bei allen kantonalen Submissionen endlich aufzuführen?

Auf Antrag der Baudirektion

beschliesst der Regierungsrat:

I. Die Anfrage Carmen Walker Späh, Zürich, Josef Wiederkehr, Dietikon, und Ruedi Menzi, Rüti, wird wie folgt beantwortet:

Zu Frage 1:

Zurzeit laufen die Vergabeverfahren für die Bauaufträge zur Erneuerung und Anpassung von zwei Stockwerken im Gebäude Y 36 der Universität Zürich Irchel. Das Gebäude Y 36 ist vom Grundrisskonzept her gesehen ein Laborgebäude. Es wurde für das Mathematische Institut, welches das Gebäude bis vor Kurzem nutzte, jedoch nur als Büros ausgebaut. Nun sollen die beiden Stockwerke L und M für die Bedürfnisse des Instituts für Virologie zu Labors umgebaut werden. Einen entsprechenden Projektkredit von Fr. 1 750 000 bewilligte der Regierungsrat am 23. Mai 2007.

Die Baumeisterarbeiten wurden im kantonalen Amtsblatt und auf der Internetplattform www.simap.ch ausgeschrieben. Der Zuschlag vom 1. Oktober 2007 an die BWT Bau AG wurde am 12. Oktober 2007 in denselben Publikationsorganen veröffentlicht. Es ist zutreffend, dass bei dieser Submission der Preis das einzige Zuschlagskriterium war. Aus nachfolgenden rechtlichen und tatsächlichen Überlegungen erweist sich dieser Umstand als sachgerecht.

Das Verwaltungsgericht hat festgehalten, dass, ist die Vergabe von genau definierten Bauaufträgen nach dem alleinigen Kriterium des niedrigsten Preises nicht zu beanstanden ist (VGr ZH, 11. September 2003, VB.2003.00116 [www.vgrzh.ch]). Gemäss § 33 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SVO, LS 720.11) kann für weitgehend standardisierte Güter der Zuschlag nach dem ausschliesslichen Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen. Sind die Voraussetzungen einer weitgehenden Standardisierung erfüllt, so steht der Entscheid darüber, ob die Vergabe tatsächlich nach dem alleinigen Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen oder aber zusätzliche Zuschlagskriterien im Sinn von § 33 Abs. 1 SVO festgelegt werden sollen, im Ermessen der vergebenden Behörde. Der Begriff der weitgehend standardisierten Güter wird in § 33 Abs. 2 SVO nicht umschrieben. Auf Grund des verwendeten Ausdrucks «Güter» läge es nahe, darunter nur die von Lieferaufträgen über die Beschaffung beweglicher Güter erfassten Leistungen zu verstehen. Damit kämen Bau- und Dienstleistungsaufträge für eine Vergabe nach dem alleinigen Kriterium des Preises nicht in Frage. Diese enge Betrachtungsweise ist jedoch nicht gerechtfertigt. Aus den Materialien lassen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass der Ver-

ordnungsgeber den Anwendungsbereich von § 33 Abs. 2 SVO von vornherein derart beschränken wollte, zumal sowohl das GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA, SR 0.632.231.422; vgl. Art. XIII Ziff. 4 lit. b GPA) als auch die massgebende Richtlinie der Europäischen Gemeinschaften (Art. 53 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/18/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge) eine Vergabe allein auf Grund des niedrigsten Preises auch für Bau- und Dienstleistungsaufträge vorsehen. Die Zulässigkeit einer Vergabe auf Grund des niedrigsten Preises hängt somit nicht von der nachgefragten Leistungsart, sondern vielmehr von der Möglichkeit ihrer Standardisierung ab.

Nach Sinn und Zweck der Bestimmung muss die Standardisierung der Leistung so weit gehen, dass die Vergabestelle auch ohne Verwendung der in § 33 Abs. 1 SVO genannten weiteren Zuschlagskriterien mit einer ihren Bedürfnissen genügenden Leistung rechnen kann. Für die Standardisierung kommen naturgemäss nur Gesichtspunkte in Frage, welche – wie etwa die Qualität, Ästhetik und Ökologie – die offerierte Leistung selber prägen. Der gemeinsame Standard kann dabei die Folge verschiedener Umstände sein, sei es, dass die qualitativen Anforderungen durch Normen der einschlägigen Branche oder aber durch die Vergabebehörde in der Ausschreibung genau umschrieben werden. Sodann muss die Standardisierung nach dem Wortlaut von § 33 Abs. 2 SVO keineswegs vollständig, sondern nur weitgehend vorhanden sein. Damit wird nicht ausgeschlossen, dass untergeordnete Teilaspekte der nachgefragten Leistung oder nicht ins Gewicht fallende Teilleistungen unterschiedlich ausfallen können und damit theoretisch einer Bewertung nach anderen Vergabekriterien als dem Preis zugänglich wären.

Zu beachten ist ferner, dass Zuschlagskriterien nach § 33 Abs. 1 SVO bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen oft Qualitätsanforderungen umschreiben, die sich nicht direkt an der (noch gar nicht erbrachten) Leistung, sondern nur indirekt, anhand der Qualifikationen des anbietenden Unternehmens (z. B. Betriebsorganisation, Fähigkeiten des Schlüsselpersonals und technische Mittel), beurteilen lassen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2002, BEZ 2003 Nr. 13, E. 2). Anforderungen dieser Art können auch als Eignungskriterien verwendet werden, gemäss denen ein bestimmtes Mindestmass nicht unterschritten werden darf. Wird die geforderte Eignung der Anbietenden auf diese Weise in ausreichendem Mass definiert, kann auf entsprechende Zuschlagskriterien verzichtet werden.

Bei den Baumeisterarbeiten für die eingangs geschilderte Erneuerung und Anpassung des Gebäudes Y 36 handelt es sich um detailliert umschriebene Bauleistungen. Trotz ihres beachtlichen Umfangs von knapp Fr. 700 000 weisen sie eine bloss geringe Komplexität auf, zumal es vorab um den Rückbau bis zur Grundstruktur und den Einbau von neuen Trennwänden geht. Die Anbietenden haben mit Bezug auf die zu erbringende Leistung, die Qualität, die Materialisierung oder die Ökologie kaum Spielräume; diese Gesichtspunkte sind abschliessend als Rahmenbedingungen des Vergabeverfahrens definiert. Unter diesen Umständen ist die ausgeschriebene Leistung als «weitgehend standardisiert» im Sinn der wiedergegebenen zürcherischen Rechtsprechung zu bezeichnen und die Zuschlagserteilung nach dem alleinigen Kriterium des niedrigsten Preises somit sachgerecht.

Zu Frage 2:

§ 33 Abs. 1 SVO sieht zwar ausdrücklich vor, dass die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium herangezogen werden darf. Eine diesbezügliche Pflicht besteht jedoch nicht. Vielmehr liegt es im pflichtgemässen Ermessen der Vergabebehörde, die Zuschlagskriterien im Einzelfall sachgerecht festzulegen. Die Zulässigkeit des Kriteriums Lehrlingsausbildung ist überdies nicht unumstritten. Es wird etwa geltend gemacht, dass es sich dabei um einen vergabefremden Gesichtspunkt handle, der den Wettbewerb verfälsche und es den Vergabestellen erschwere, sachgerechte Entscheide zu treffen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat sich aus diesem Grund gegen die Anwendung des Kriteriums ausgesprochen (vgl. Roger Zäch, Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen, in Nicolas Michel / Roger Zäch [Hrsg.], Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 59, 78), und auch der Regierungsrat wies gegenüber dem Kantonsrat mehrfach auf diese Problematik hin (Beantwortung der dringlichen Interpellation KR-Nr. 115/1996 und der Anfragen KR-Nrn. 189/1999, 211/1999 und 325/2002 sowie Stellungnahme zum dringlichen Postulat KR-Nr. 78/2003).

Das Verwaltungsgericht hat sich in einem Entscheid vom 9. Juli 2003 (VB.2002.00255) in grundsätzlicher Weise mit dieser Thematik befasst. Es erkannte, dass das Binnenmarktgesetz (BGBM, SR 943.02) Einschränkungen des Marktzugangs, die sich aus Massnahmen mit sozialpolitischer Zielsetzung ergeben, nicht von vornherein ausschliesst (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM). Vorausgesetzt wird jedoch, dass die Massnahmen für ortsansässige und ortsfremde Personen gleichermassen gelten und dass sie zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und überdies verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1

BGBM). Die Förderung der Lehrlingsausbildung ist angesichts des heutigen Mangels an Lehrstellen zweifellos ein sozialpolitisches Ziel, das im öffentlichen Interesse liegt. Zur Frage, wie weit mit der Anwendung des Kriteriums gegangen werden darf, ohne den freien Marktzugang im Sinn des Binnenmarktgesetzes übermässig zu beschränken, hielt das Verwaltungsgericht fest, dass es offensichtlich unzulässig wäre, öffentliche Beschaffungen ausschliesslich oder überwiegend nach dem Einsatz von Lehrlingen durch die beteiligten Anbieter zu vergeben. Die Vergabe ist vielmehr in erster Linie auf den Nutzen der beschafften Güter und Dienstleistungen für die auftraggebende Behörde auszurichten und muss einen wirksamen, gleichberechtigten Wettbewerb unter den Anbietern gewährleisten. Dem Kriterium der Lehrlingsausbildung darf daher im Rahmen der Zuschlagskriterien kein übermässiger Stellenwert zukommen. Im Sinn einer einfach anzuwendenden Regel hielt das Gericht fest, dass die Gewichtung des Kriteriums Lehrlingsausbildung 10% des Gesamtgewichts aller Zuschlagskriterien nicht überschreiten darf.

Das Verwaltungsgericht wies in seinem Grundsatzentscheid im Weiteren auf das GATT/WTO-Übereinkommen hin, das verlangt, dass Anbietende aus den Vertragsstaaten gleich behandelt werden wie jene aus dem Inland und diesen gegenüber nicht diskriminiert werden (Art. III Abs. 1; vgl. auch Art. VIII lit. b GPA). Da das Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung gegenüber Anbietenden aus Vertragsstaaten, die keine mit dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, zu einer nach dem Abkommen unzulässigen Diskriminierung führen kann, darf es gegenüber Anbietenden aus diesen Vertragsstaaten nicht angewandt werden.

Insgesamt erweist sich damit die Verwendung der Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium als nur beschränkt zulässig. Dem Kriterium muss einerseits im Vergleich zu den übrigen, am Nutzen der beschafften Güter und Dienstleistungen orientierten Kriterien eine klar untergeordnete Rolle zukommen. Andererseits ist zu beachten, dass das Kriterium keine Diskriminierung auswärtiger Anbietenden bewirken darf und insbesondere gegenüber Anbietenden aus Vertragsstaaten des GATT/WTO-Übereinkommens, die keine dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, nicht zur Anwendung gelangen kann. Mit anderen Worten darf im Staatsvertragsbereich die Lehrlingsausbildung nicht zu einem Zuschlagskriterium erhoben werden.

Bei der in der Anfrage genannten Baumeistersubmission geht es um ein Vorhaben, für das der Regierungsrat am 14. November 2007 einen Objektkredit bewilligt hat. Gemäss Kostenvoranschlag des Hochbau-

amts vom Januar 2007 ist mit Anlagekosten von Fr. 23 815 000 zu rechnen. Demzufolge ist der massgebliche Schwellenwert (Fr. 9 575 000 für Bauarbeiten; vgl. Anhang 1 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, IVöB) deutlich überschritten. Das Vorhaben fällt mithin in den so genannten Staatsvertragsbereich, weshalb wie vorstehend erläutert die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium nicht in Frage kommt.

Zu Frage 3:

Die Bedeutung der Lehrlingsausbildung wurde in der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (in Kraft seit 1. Januar 2004) stark ausgebaut. So sind gemäss § 5 SVO bei der Auswahl im freihändigen Verfahren und im Einladungsverfahren nach Möglichkeit Anbietende zu berücksichtigen, die Lehrstellen in einem für die Branche und Betriebsgrösse angemessenen Umfang anbieten. Diese Bestimmung gelangt grundsätzlich auch ohne eine zusätzliche Weisung des Regierungsrates zur Anwendung. Der Inhalt von § 5 SVO sowie die dargelegte, stark eingeschränkte Bedeutung der Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium sind im Handbuch für Vergabestellen (das rechtlich als Weisung betrachtet werden könnte) wiedergegeben (Merkblatt 7; vgl. www.beschaffungswesen.zh.ch → Handbuch für Vergabestellen → Kapitel 8: Merkblätter).

Bei der konkreten Umsetzung ist indessen mit der Schwierigkeit umzugehen, dass eine regelmässig aktualisierte Übersicht über diejenigen Anbietenden, die Lehrlinge ausbilden, nicht verfügbar ist. Innerhalb der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) wurde im Jahr 2005 die Idee, eine im Internet abrufbare Liste zu führen, aus verschiedenen Gründen verworfen. Die KöB verfügt einerseits nicht über die nötigen Informationen, um selber eine solche Liste führen zu können; andererseits wäre eine mittels Selbstdeklaration geführte Liste zwangsläufig lückenhaft und von bloss beschränkter Aussagekraft. Um § 5 SVO Nachachtung verschaffen zu können, müsste stets im Einzelfall nachgefragt und verifiziert werden, in welchem Rahmen die angefragten Anbietenden zurzeit Lehrlinge ausbilden. Eine Weisung, wie diesbezüglich vorzugehen ist, besteht nicht.

Zu Frage 4:

Der Regierungsrat legt Wert auf eine kontinuierliche und qualitativ hoch stehende Lehrlingsausbildung. Gerade im Baugewerbe zeichnen sich zukünftige Engpässe an ausgebildeten Fachleuten ab. Der Regierungsrat ist über diese Entwicklung besorgt und begrüsst Massnahmen, die den Ausbildungsweg «Lehre» wirksam unterstützen. Die Lehrlingsausbildung ist, wie gesagt, ein vergabefremdes Zuschlagskriterium, das

im Staatsvertragsbereich gänzlich untersagt und im Nicht-Staatsvertragsbereich nur mit einer Gewichtung von höchstens 10% zulässig ist. Zum Teil ist die Anwendung des Lehrlingskriteriums auch nicht umsetzbar, weil z. B. die Submittenten gar keine Lehrlinge ausbilden dürfen (z. B. dürfen wegen des hohen Spezialisierungsgrades der Produktion keine Lehrlinge ausgebildet werden). Mit dem erwähnten § 5 SVO sind die bescheidenen Möglichkeiten, Anbietende, die Lehrlinge ausbilden, im Rahmen des rechtlich Zulässigen zu bevorzugen, weitestgehend ausgeschöpft. Eine allgemeine Verpflichtung, die Lehrlingsausbildung zwingend stets als Zuschlagskriterium aufzuführen, ist aus den vorstehend genannten Gründen nicht möglich. Vielmehr liegt der Entscheid darüber, welche Kriterien im Einzelfall angewendet werden, richtigerweise im Ermessen der Vergabestelle.

Der Regierungsrat betreibt in anderen Bereichen eine aktive Lehrlingspolitik.

II. Mitteilung an die Mitglieder des Kantonsrates und des Regierungsrates sowie an die Baudirektion.

Vor dem Regierungsrat

Der Staatsschreiber:

Husi