

Fall Alptransit gegen Marti – zu lange und zu teuer

Das Vergaberecht soll Beschaffungen der öffentlichen Hand wirtschaftlicher machen, nicht teurer. Der Fall der Neat belegt die Notwendigkeit von Reformen, schreibt Hubert Stöckli

Beim Los 151 stockt der Bau der Neat, die Kosten steigen. Unmittelbar trifft dies die Alptransit Gotthard AG (ATG), die vom Bund mit der Erstellung der Neat betraut worden ist, mittelbar aber den Bund selber. Was ist geschehen?

Vor wenigen Tagen hat die zuständige Eidgenössische Rekurskommission zum zweiten Mal den Zuschlag aufgehoben, mit dem die ATG die Arbeitsgemeinschaft Murer-Strabag beauftragen wollte, den Tunnel Erstfeld zu bauen. Um diesen Auftrag hatte auch die Arge Marti gekämpft. Nachdem sie ein erstes Mal leer ausgegangen war, erhob sie im September 2005 Beschwerde, die von der Rekurskommission im Februar 2006 gutgeheissen wurde. Daraufhin wiederholte die ATG den Offertvergleich, schlug den Auftrag aber erneut der Murer-Strabag zu, worauf die Geschichte von vorne begann: Marti führte im Mai 2006 eine zweite Beschwerde, um den Auftrag doch noch zu erhalten. Dieser Rechtsstreit ist jetzt zu einem unbequemen, vorläufigen Ende gekommen: Als Folge des jüngsten Urteils hat die ATG die Offerten der beiden Kontrahenten ein drittes Mal zu evaluieren und sich für eine der beiden zu entscheiden, wobei auch dieser dritte Entscheid einem Beschwerderisiko ausgesetzt ist. Die Kosten sind enorm. Der Rechtsschutz in Vergabesachen stösst an seine Grenzen.

Übergangene Anbieter können gegen staatliche Auftragsvergaben Beschwerde führen und primär verlangen, dass die Offerten nochmals geprüft werden. Marti hat diesen Rechtsschutz beansprucht und schon zweimal gesiegt. Ob zu Recht oder zu Unrecht, mag dahingestellt bleiben. Misslich aber ist, dass die beiden Beschwerdeverfahren so lange gedauert haben. Natürlich ist nicht zu verkennen, dass sich der Rekurskommission komplexe Sach- und Rechtsfragen stellten, für die es keine Instant-Lösungen gibt. Allerdings lassen sich die damit verbundenen Bauverzögerungen und Mehrkosten in Millionenhöhe kaum mehr rechtfertigen, wenn man in Betracht zieht, dass das öffentliche Vergaberecht auch den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern soll. Wie der Fall Marti zeigt, bewirkt der Rechtsschutz zuweilen

das blanke Gegenteil. Für die anstehende Gesamtrevision des Vergaberechts ist zu klären, wann sich benachteiligte Anbieter mit blossem Schadenersatz und dementsprechend damit abfinden müssen, dass der Auftrag selber nicht mehr zu holen ist.

In eingeschränktem Mass besteht diese Möglichkeit heute schon: Die Rekurskommission hätte Martis Beschwerde die aufschiebende Wirkung verweigern und damit der ATG ermöglichen können, den Teilabschnitt Erstfeld trotz laufendem Beschwerdeverfahren mit Murer-Strabag voranzutreiben. Die Kommission aber gewährte die aufschiebende Wirkung. Damals ging sie davon aus, dass die streitigen, auf mehrere Jahre angelegten Bauarbeiten «durch einen um die Verfahrensdauer vor der Rekurskommission verspäteten Baubeginn nicht wesentlich beeinträchtigt» würden – ein kostenintensiver Fehlschluss.

Die beiden Urteile, die im Verlaufe dieses Rechtsstreits ergingen, bergen reichen Diskussionsstoff. Ein Punkt betrifft die Zulässigkeit von Varianten. Dabei handelt es sich um Offerten, die etwa in technischen Belangen vom öffentlich ausgeschriebenen Vertrag (der sogenannten Amtslösung) abweichen. Umstritten ist, ob auch Offerten, die eine von der Amtslösung abweichende Preisgestaltung vorsehen, als Varianten zuzulassen sind. Verneint man dies, hätte das Angebot der Murer-Strabag von vornherein nicht zum Zuge kommen dürfen. Für den Tunnel Erstfeld hatten Marti und Murer-Strabag – wie in der Amtslösung

vorgesehen – Einheitspreisofferten eingereicht, Murer-Strabag alternativ noch eine Offerte zu einem Gesamtpreis zuzüglich Teuerung. Der Unterschied: Bei Einheitspreisen wird für die Vergütung auf die Mengen (etwa Preis pro 100 Kubikmeter Kiessand) abgestellt, bei einem Gesamtpreis nicht. Die ATG nahm die Gesamtpreisofferte als Variante entgegen, was die Rekurskommission im ersten Verfahren schützte.

Allein schon die Berücksichtigung dieser alternativen Offerte wäre aber Grund genug gewesen, Martis Beschwerde gutzuheissen. Denn obwohl die Vergabeverordnung den Begriff der Variante nicht definiert, ist klar, dass Abweichungen mit der Amtslösung vergleichbar sein müssen, damit sie überhaupt als Variante berücksichtigt werden dürfen. Wenn anstelle von Einheitspreisen ein Gesamtpreis offeriert wird, fehlt es, zumal bei einem Grossprojekt mit instabilen Mengen, an der Vergleichbarkeit. Die Rekurskommission aber hat die Gesamtpreisofferte der Murer-Strabag als zulässige Variante anerkannt und damit den Streit in eine falsche Richtung geleitet. Hätte sie Martis erste Beschwerde mangels zulässiger Variante gutgeheissen, wäre der Fall wohl rascher erledigt gewesen: Die Gesamtpreisofferte der Murer-Strabag wäre als ausschreibungswidriges Angebot vom Verfahren ausgeschlossen und es wären nur die miteinander vergleichbaren Einheitspreisofferten gewertet worden. Wer dann obsiegt hätte, mag hier offen bleiben.

Bleiben die beschwerdebedingten Mehrkosten, die laut der Alptransit AG in die Millionen von Franken laufen. Für die Zukunft stellt sich die Frage, wie ein Beschwerdesystem, das eine solche Verschleuderung zulässt, zu modifizieren ist. Heute aber sind die Kosten da. Für die Finanzierung der Neat kommt der für den Bau und die Finanzierung von Infrastrukturvorhaben des öffentlichen Verkehrs geäußerte Fonds auf. Am Schluss trifft es so den Steuerzahler. Bleibt nur zu hoffen, dass der dritte Zuschlagsentscheid in Sachen Los 151 nicht auch noch bei der Rekurskommission des Bundes landet.

Hubert Stöckli



Hubert Stöckli, 40, ist Professor an der Universität Freiburg und Leiter der Schweizerischen Baurechtstagungen. Stöcklis Lehr- und Forschungsgebiete sind das Vertrags- und das Deliktsrecht, das private Baurecht und das öffentliche Vergaberecht.