

Auszug aus dem Protokoll des Stadtrates von Zürich

08.12.2004

2321. Interpellation von Niklaus Scherr betreffend Submissions-Verordnung, uneinheitliche Praxis der Anwendung

Am 9. Juni 2004 reichte Gemeinderat Niklaus Scherr folgende Interpellation GR Nr. 2004/306 ein:

Anscheinend besteht eine uneinheitliche Praxis bezüglich der Anwendung der Submissions-Verordnung bei rechtlich selbständigen städtischen Institutionen wie Stiftung Alterswohnungen, Stiftung für kinderreiche Familien, PWG. Ferner stellt sich die Frage, wann die Submissions-Verordnung bei Bauvorhaben Dritter, die mehrheitlich von der öffentlichen Hand mitfinanziert werden, zum Zuge kommt (Beispiele Hallenstadion-Sanierung, zsc-Trainingshalle).

In Abweichung von der Praxis des Kantons und vieler Gemeinden gibt die Stadt Zürich bei der Publikation der Submissionsergebnisse im Amtsblatt lediglich den Preis der ausgewählten Offerte, nicht aber Anzahl und Preis-Bandbreite der eingereichten Angebote an.

In diesem Zusammenhang bitte ich den Stadtrat um Beantwortung folgender Fragen:

1. Seit wann gilt die interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) resp. die kantonale Submissionsverordnung für die Stadt Zürich? Sah die alte städtische Submissionsverordnung einen anderen Geltungskreis vor als die heute gültige kantonale Norm?
2. Welche als städtisches Sondervermögen ausgeschiedenen Institutionen - Stiftung Alterswohnungen, Stiftung Wohnungen für kinderreiche Familien, Stiftung PWG, Versicherungskasse - wenden heute die Submissionsverordnung an, welche nicht?
3. Wie und wann hat der Stadtrat die Einhaltung der Submissionsvorschriften bei diesen Institutionen überprüft?
4. Ist der Stadtrat auch der Meinung, bei allen vier genannten Stiftungen handle es sich um öffentlich-rechtliche Institutionen, die gemäss Art. 8 lit. 1 c IVöB ("Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler und kommunaler Ebene") unterliegen?
5. Falls einzelne von ihnen die Submissionsvorschriften nicht anwenden, hält der Stadtrat dies für vertretbar? Wenn ja: aus welchem Grund?
6. Bei der Sanierung des Hallenstadions trug die öffentliche Hand (Stadt, Kanton, Bund) rund 80 Mio Franken an die gesamten Investitionskosten (ohne Contracting, mit Anrechnung des reduzierten Landwerts) von 138 Mio. Franken bei. Das sind rund 58 Prozent. Obwohl laut Art. 8 IVöB für "Objekte, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden" die Submissionsvorschriften für zwingend erklärt, wurde die Sanierung offenbar nicht ausgeschrieben und freihändig an die Karl Steiner AG vergeben. Wie beurteilt der Stadtrat dieses Vorgehen? Hält er es für rechters? Wenn nein: was gedenkt er zu unternehmen?
7. Der Bau der zsc-Trainingshalle mit Baukosten von 11,5 Mio. Franken (ohne Contracting) wird von der Stadt mit einem Darlehen von 5,5 Mio. Franken, vom Kanton mit 1,0 Mio aus dem Sporttoto-Fonds, ferner mit dem Erlass von Fr. 40 000.-- Baurechtszinsen durch die Stadt mitfinanziert. Damit ist die 50%-Schwelle der Finanzierung durch die öffentliche Hand überschritten. Wie aus der Weisung hervorgeht, ist eindeutig nicht vorgesehen, die Submissions-VO anzuwenden; schon allein die Klausel, wonach die beauftragten Baufirmen sich mit 10% der Auftragssumme am Aktienkapital beteiligen müssen, ist mit der Submissions-VO nicht vereinbar. Departementssekretär und Rechtskonsulent des Gemeinderats kommen hier zu unterschiedlichen Beurteilungen der Anwendbarkeit der Submissions-VO. Ist der Stadtrat bereit, die Frage der Anwendbarkeit bezüglich zsc-Trainingshalle resp. generell bei städtisch mitfinanzierten Bauvorhaben durch ein unabhängiges Rechtsgutachten klären zu lassen? Wenn nein: warum nicht?
8. Gemäss § 9 Submissions-VO sind Personen, die mit der Ausschreibung vorbefasst waren, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Wie beurteilt der Stadtrat diesbezüglich die Problematik der Übernahme von Aufträgen durch Ausschuss- oder Stiftungsratsmitglieder der eingangs erwähnten städtischen Stiftungen? Hält er einen generellen oder einen teilweisen Ausschluss für gegeben? Wenn ja: unter welchen Rahmenbedingungen?

9. Hat er diese Frage vor Einreichung dieser Interpellation schon einmal geprüft? Kann er Angaben machen, in welchem Umfang solche Aufträge in den letzten sechs Jahren bei den genannten Stiftungen vorgekommen sind (Beträge, Anzahl involvierte Personen, Angaben pro Stiftung)?
10. Ist der Stadtrat bereit, künftig wie der Kanton und viele Gemeinden, bei der Publikation der Submissionsergebnisse nicht nur den Preis des ausgewählten Angebots, sondern auch Anzahl der eingegangenen Offerten und die Preis-Bandbreite der eingegangenen Angebote zu publizieren? Sieht er darin auch einen Beitrag zu mehr Transparenz? Falls er eine Publikation weiterhin ablehnt: warum?

Auf den Antrag der Vorsteherin des Hochbaudepartements beantwortet der Stadtrat die Interpellation wie folgt:

Zu Frage 1: Die Gemeinden und damit auch die Stadt Zürich sind der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IvöB) bzw. der kantonalen Submissionsverordnung (SVO) seit dem 1. Januar 1999 unterstellt.

Die alte städtische Submissionsverordnung (städt. SubmVO) gelangte ausschliesslich für die Stadtverwaltung und ihre Betriebe zur Anwendung (Art. 1 Ziff. 1 SubmVO) und hatte damit einen anderen Geltungsbereich als die heute gültige Regelung. Zwar sah Art. 1 Ziff. 3 städt. SubmVO vor, dass Leistungen von "Drittinstitutionen mit massgebenden Beiträgen der Stadt" durch Beschluss des Gemeinderates der Submissionsverordnung unterstellt werden konnten. Indessen hat der Gemeinderat - soweit ersichtlich - keinen derartigen Beschluss gefasst.

Zu Frage 2: Die Stiftung Alterswohnungen wendet die kantonale Submissionsverordnung seit dem 1. Januar 1999 an. Die Stiftungen Wohnungen für kinderreiche Familien, PWG und Pensionskasse Stadt Zürich wenden diese Verordnung nicht an.

Zu Frage 3: Die erwähnten Stiftungen handeln operativ eigenverantwortlich unter Aufsicht des jeweiligen Stiftungsrates. Als oberstes Stiftungsorgan ist der Stiftungsrat verantwortlich für die Rechtmässigkeit des Handelns der Stiftung. Der Stadtrat hat die Einhaltung der Submissionsvorschriften bei den Stiftungen Wohnungen für kinderreiche Familien, PWG und Pensionskasse Stadt Zürich nicht überprüft. In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Aufsicht im Falle der Stiftung PWG nicht dem Stadtrat, sondern dem Gemeinderat obliegt (Art. 13 des Stiftungsstatuts).

Zu Frage 4: Der Stadtrat teilt die Auffassung des Interpellanten, dass die genannten Stiftungen grundsätzlich als Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kommunaler Ebene im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB zu qualifizieren sind. Inwieweit diese bei ihrer Tätigkeit die Submissionsvorschriften zu beachten haben, ist im Rahmen der Beantwortung von Frage 5 näher darzulegen.

Zu Frage 5: Nach Art. 8 Abs. 1 lit. a IVöB unterstehen Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kommunaler Ebene mit Bezug auf ihre "kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten" den Submissionsvorschriften nicht. Über die genaue Abgrenzung dieser Tätigkeiten existiert - soweit ersichtlich - keine Gerichtspraxis.

Die Stiftungen Wohnungen für kinderreiche Familien und PWG arbeiten eigenwirtschaftlich und verfolgen insbesondere den Zweck, Immobilien zu vermieten und - soweit es die Stiftung PWG angeht - auch Liegenschaften zu erwerben. Aufgrund einer näheren Überprüfung ist der Stadtrat heute dennoch der Auffassung, dass diese Stiftungen bei der Vergabe von Aufträgen die Submissionsvorschriften zu beachten haben.

Bei der Stiftung Pensionskasse Stadt Zürich stellt sich die Frage der Anwendbarkeit der Submissionsvorschriften bei der Vergabe von Aufträgen an PortfoliomanagerInnen zur Bewirtschaftung einzelner Wertschriftenportfolios. Die Anlagekommission der Stiftung Pensionskasse Stadt Zürich hat sich 1998 der Auffassung angeschlossen, dass die internationalen und nationalen Submissionsvorschriften auf die Sozialversicherungen und die öffentlich-rechtlichen Pensionskassen nicht anwendbar sind. Die Grundzüge der Vermögensanlage der Stiftung Pensionskasse Stadt Zürich sind daher entsprechend den Anforderungen schweizerischer Vorsorgeeinrichtungen sowie des BVG und der zugehörigen Vollziehungsverordnung geregelt:

- Für die Auswahl der externen Spezialisten bzw. Spezialistinnen sind einzig die Interessen der Stiftung Pensionskasse Stadt Zürich massgebend. Das Auswahlverfahren basiert auf dem Prinzip der Konkurrenz und hat zum Ziel, für die zu vergebenden Teilaufgaben (z. B. Portfolios) die geeignetsten AnbieterInnen zu finden.
- Die Auswahl der PortfoliomanagerInnen erfolgt deshalb nach einem durch die Anlagekommission detailliert geregelten Verfahren. Dieses umfasst namentlich ein Offertverfahren unter geeigneten Anbietenden. Diese Vorgabe des Stiftungsrates wird von der Anlagekommission seit Jahren erfüllt, indem diese zur Selektion der PortfoliomanagerInnen ausführliche Subkonzepte erlassen hat.

Die dargestellte bundesrechtliche Regelung der Vermögensanlage von Pensionskassen gilt sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlich-rechtliche Pensionskassen. Die Anwendung der Submissionsvorschriften auf öffentlich-rechtliche Kassen würde für diese Institute eine Sonderordnung schaffen, was mit der Konzeption der bundesrechtlichen Vorschriften über die Vermögensanlage in der beruflichen Vorsorge nicht vereinbar ist. Sie wäre auch kaum vereinbar mit der Verpflichtung des obersten Organs bzw. des Stiftungsrates der Vorsorgeeinrichtung, die Vermögensanlage eigenverantwortlich zu regeln. Schliesslich würde die Anwendung der Submissionsvorschriften auch dem Grundsatz widersprechen, dass das paritätische Organ die Vermögensanlage zu regeln hat.

Die formelle Unterstellung unter die IVöB bzw. eine kommunale oder kantonale Submissionsverordnung würde es zudem verunmöglichen, Vermögensverwaltungsmandate innert nützlicher - und damit oftmals kurzer - Frist zu vergeben und an die bestgeeigneten PortfoliomanagerInnen zu übertragen. Sie hätte deshalb zur Folge, dass die gesetzliche Vorschrift der sorgfältigen Vermögensanlage und der bestmöglichen Wahrung der Interessen der Versicherten nicht mehr gewährleistet werden könnte.

Auch andere öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen wie z.B. die Pensionskasse der Kantone Baselland und Waadt sowie die SUVA betrachten die IVöB (sogar für Aufträge im Bereich des Bauwesens) als nicht anwendbar. Eine Umfrage der Caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève (CIA) bei einigen ausländischen beruflichen Vorsorgeeinrichtungen im öffentlich-rechtlichen Bereich hat ergeben, dass auch diese den internationalen Abkommen, die der IVöB entsprechen, nicht unterstellt sind.

Aufgrund all dieser Argumente erachtet es der Stadtrat als zumindest vertretbar, dass die Stiftung Pensionskasse Stadt Zürich die IVöB bzw. die kantonale Submissionsverordnung nicht anwendet. Hingegen wird er bei der Stiftung Wohnungen für kinderreiche Familien darauf hinwirken, dass diese inskünftig die Submissionsvorschriften zur Anwendung bringt. Bei der Stiftung PWG wäre dies Aufgabe des Gemeinderates, dessen Aufsicht sie unterstellt ist.

Zu Frage 6: Die Submissionsvorschriften sind nach Art. 8 Abs. 2 lit. b IVöB auch anwendbar auf "Objekte und Leistungen, die zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden".

An die Sanierung des Hallenstadions mit Gesamtkosten von rund 147 Mio. Franken (einschliesslich MwSt) steuert die öffentliche Hand (Bund, Kanton und Stadt) gemäss Finanzierungskonzept finanzielle Mittel im Umfang von rund 61 Mio. Franken (Investitionsbeitrag Stadt von 18 Mio. Franken, zwei Darlehen von Stadt und Kanton zu je 20 Mio. Franken, NAK-Sportanlagenbeitrag des Bundes von 3 Mio. Franken) bei. Davon sind 40 Mio. Franken niederverzinsliche rückzahlungspflichtige Darlehen, von denen als geldwerte Leistung nur der Zinsverlust als "öffentliche Subvention" anzurechnen wäre. Insgesamt ergibt sich somit, dass die Limite von 50 Prozent bei weitem nicht erreicht wird.

Die in der Interpellation erwähnte Auftragsvergebung erfolgte durch die AG Hallenstadion in eigener Kompetenz und somit ohne Verletzung der Submissionsvorschriften, weshalb der Stadtrat nichts zu beanstanden hat.

Zu Frage 7: Wie in der Fragestellung zutreffend dargestellt, ergaben sich beim Bau der ZSC-Trainingshalle bezüglich der Anwendbarkeit der Submissionsvorschriften unterschiedli-

che Rechtsauffassungen, wobei diejenige der Stadtverwaltung auch seitens des Rechtskonsulenten des Stadtrates gestützt wurde. Wie selbst der Rechtskonsulent des Gemeinderates anlässlich der Vorberatung zu dieser Frage in der Spezialkommission des Finanzdepartementes einräumte, sind beide Rechtsmeinungen vertretbar und besteht dazu keine Rechtspraxis, welche die eine oder andere Meinung stützen oder ablehnen würde. Auch weitere seitens der Stadtverwaltung geführte Abklärungen mit Submissionsspezialisten führten zu keinem anderen Ergebnis. Der Stadtrat erachtet es unter diesen Umständen nicht als opportun, zu dieser Frage ein Rechtsgutachten einzuholen, könnte doch auch mit einem solchen Gutachten die Frage nicht endgültig geklärt werden. Vielmehr würde damit bestenfalls die eine oder die andere Auffassung unterstützt, allenfalls aber auch eine dritte Rechtsauffassung formuliert. Jedenfalls vermöchte auch ein Rechtsgutachten nicht den Anspruch auf absolute Rechtsgültigkeit zu erheben.

Zu Frage 8: Soweit die erwähnten Stiftungen den Submissionsvorschriften unterstehen, sind selbstverständlich auch die Bestimmungen über die Vorbefassung gemäss § 9 der Submissionsverordnung sowie die allgemein geltenden Ausstandsregeln anzuwenden. Danach dürfen Personen oder Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen könnten, sich nicht am Ausschreibungsverfahren beteiligen. Verschafft die Mitwirkung an der Submissionsvorbereitung ein solches Vorwissen, dass die betreffende Person/Firma gegenüber den Mitbietenden einen Wettbewerbsvorteil erhält, so muss sie wegen dieser "Vorbefassung" von der Submission ausgeschlossen werden. Wird durch eine Stiftung eine Submission durchgeführt, so sollten Stiftungsräte mit eigener Firma von der Teilnahme an dieser Submission grundsätzlich ausgeschlossen sein. Ausnahmsweise kann im Einzelfall eine Beteiligung gleichwohl in Frage kommen, wenn das betreffende Stiftungsratsmitglied nicht direkt an der Vorbereitung einer Submission beteiligt war und/oder im betreffenden Anbieterunternehmen in keiner Weise mit dieser Submission befasst ist. Allerdings müsste in diesen Fällen das betreffende Stiftungsratsmitglied beim Vergabeentscheid in den Ausstand treten. Auch wenn keine submissionsrechtlichen Anforderungen verletzt sind, ist in derartigen Konstellationen indessen generell grösste Vorsicht und Zurückhaltung geboten. Die stiftungsrechtliche Organ-Verantwortung, sich rechtskonform zu verhalten, liegt jedoch bei den betreffenden Stiftungsratsmitgliedern selbst.

Zu Frage 9: Für den Stadtrat bestand bislang keine Veranlassung, diese Frage bei den erwähnten Stiftungen zu prüfen, ganz abgesehen davon, dass wie vorstehend erwähnt, die Stiftungsorgane zu selbstverantwortlichem Handeln im Rahmen von Gesetz, Ordnung und Stiftungserlassen verpflichtet sind. Rückfragen bei den Stiftungen haben Folgendes ergeben:

Bei der Stiftung Alterswohnungen sind noch nie Konflikte im Zusammenhang mit Ausstandsfragen aufgetreten. Zwar hat momentan eine Architektin Einsitz im Stiftungsrat; sie ist gleichzeitig auch Mitglied des Bauausschusses. Sie hat jedoch noch nie ein eigenes Projekt im Rahmen einer Submission der Stiftung Alterswohnungen eingereicht. So wurde auch noch nie ein Auftrag an Mitglieder des Bauausschusses oder des Stiftungsrates vergeben.

Auch bei der Stiftung Wohnungen für kinderreiche Familien werden keine geschäftlichen Aufträge der Stiftung von Stiftungsratsmitgliedern übernommen.

Der Stiftungsrat der Stiftung PWG hat Richtlinien für die Vergabe erlassen. Den Organen wird jährlich eine Umsatzliste aller Aufträge, Werke und Dienstleistungen über Fr. 20 000.-- Umsatz pro Unternehmen abgegeben. Alle Aufträge der Stiftung PWG werden immer in Konkurrenz und nach transparenten Entscheidkriterien vergeben. Seit jeher kommt dabei der Preis als wichtigstes Entscheid-Kriterium zur Anwendung. Die Ausstandsregelung bei Ämterkumulation ist geklärt. Personen, die mit der Ausschreibung vorbefasst waren, sind von einem Vergabeverfahren zwingend ausgeschlossen.

Die Vergabe von Vermögensverwaltungsmandaten der Stiftung Pensionskasse Stadt Zürich fällt in die Zuständigkeit der Anlagekommission. Diese setzt sich aus Mitgliedern des Stiftungsrates zusammen und wird von diesem gewählt. Das Teilkonzept Anlageorganisation hält einerseits (im Anhang "Risikomanagement" unter dem Titel "Interessenkonflikte") fest,

dass in die Anlagekommission keine Mitglieder gewählt werden, welche in Banken arbeiten, die an Mandaten der Stiftung Pensionskasse Stadt Zürich interessiert sein könnten. Andererseits verpflichtet es die Mitglieder der Anlagekommission, mögliche Interessenkonflikte offen zu legen. Das Konzept bestimmt sodann, dass der Depotbank, welche in der Regel an den Sitzungen der Anlagekommission vertreten ist, nur passiv, nicht aber aktiv bewirtschaftete Mandate übertragen werden dürfen, und es ist zwecks Vermeidung von Interessenkonflikten die Depotbank von allen Beratungen der Anlagekommission über die Auswahl der PortfoliomanagerInnen ausgeschlossen.

Die vom Interpellanten anvisierten Konstellationen potentieller Interessenkonflikte werden somit in der Stiftung Pensionskasse Stadt Zürich durch deren konzeptionelle Grundlagen verhindert.

Zu Frage 10: § 35 lit. f. SVO verlangt nur, dass der Preis des berücksichtigten Angebots zu veröffentlichen ist. Es trifft zu, dass die Publikationspraxis von Gemeinden sowie kantonalen und städtischen Amtsstellen in diesem Punkt uneinheitlich ist. Einerseits rührt dies möglicherweise daher, dass die jüngste Revision der Submissionsvorschriften unter anderem genau in diesem Punkt eine Änderung gebracht hat. Andererseits kann es auch im Einzelfall durchaus einmal sinnvoll sein, über die gesetzliche Mindestanforderung hinauszugehen. Stadtintern generell höhere Anforderungen an die Zuschlagspublikation zu stellen ist aber nicht angezeigt, insbesondere weil der Grundsatz der Transparenz in erster Linie gegenüber den Anbietenden gewährleistet sein muss. Dies ist wiederum durch die Möglichkeit der Einsichtnahme ins Offertöffnungsprotokoll gemäss § 27 Abs. 4 SVO hinreichend sichergestellt. Zudem kann der zu beachtende Grundsatz eines wirksamen Wettbewerbs je nach betroffenem Marktsegment gerade auch verlangen, dass in der Zuschlagspublikation keine allzu detaillierten Angaben über die nicht berücksichtigten Angebote gemacht werden. Ein gewisser Spielraum der Vergabestellen für die Ausgestaltung der Zuschlagspublikation macht daher explizit auch aus submissionsrechtlicher Sicht Sinn.

Mitteilung an den Stadtpräsidenten, die Vorstehenden des Finanz-, des Gesundheits- und Umwelt-, des Tiefbau- und Entsorgungs- sowie des Hochbaudepartements, die übrigen Mitglieder des Stadtrates, den Stadtschreiber, den Rechtskonsulenten, die Stiftung Wohnungen für kinderreiche Familien, die Stiftung Pensionskasse Stadt Zürich, die Stiftung zur Erhaltung von preisgünstigen Wohn- und Gewerberäumen der Stadt Zürich (PWG) und den Gemeinderat.

Für getreuen Auszug
der Stadtschreiber