

Stellungnahme der Publicom AG zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13.4.2016
Geschäfts-Nr. B-3797/2015

Bundesverwaltungsgerichts untersagt Hochschulen wettbewerbs- verzerrende Quersubventionierung von Drittmittelprojekten

Kilchberg/ZH, 13. April 2016

Die Schweizer Hochschulen müssen für Projekte externer Auftraggeber künftig kostendeckende Preise verrechnen. Dieses Urteil mit Präzedenzwirkung fällte das Bundesverwaltungsgericht gestern zur Vergabe des BAKOM-Auftrags für die Analyse des SRG-Onlineangebots an die Universität Zürich. Das Gericht stellt ein wettbewerbsverzerrendes Verhalten des öffentlichen Anbieters zulasten der Privatwirtschaft fest. Der verbreiteten Praxis an Hochschulen, ihre Drittmittelprojekte mit Steuergeldern zu subventionieren, dürfte damit ein Ende gesetzt sein.

Die Schweizer Hochschulen bestreiten einen immer grösser werdenden Teil ihrer Budgets mit **Auftragsforschung** und sogenannten **Drittmittelprojekten**. Nicht selten profitieren dabei die Auftraggeber, Private oder öffentliche Institutionen, von nicht kostendeckenden Tarifen, d.h. ihre Projekte werden vom Steuerzahler quersubventioniert. Besonders fragwürdig ist diese Praxis, wenn die Hochschulen bei der Auftragsvergabe mit Anbietern aus der Privatwirtschaft konkurrieren und diese dank ihren subventionierten Angeboten aus dem Markt drängen. Erstmals in der Schweizer Rechtsprechung wurde vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer) am gestrigen 13. April ein solcher Fall verhandelt. Mit dem Urteil stoppt das Gericht die **wettbewerbswidrige Praxis** der Hochschulen und ermöglicht der Privatwirtschaft eine Marktteilnahme mit gleich langen Spiessen.

Streitfall: Analyse des SRG-Onlineangebots

Im konkreten Fall geht es um den Auftrag zur **Analyse der SRG-Onlineangebote** der Jahre 2015 bis 2018, den das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) Ende Januar 2015 in einem Verfahren nach WTO-Richtlinien öffentlich ausgeschrieben hat. Die **Publicom AG**, ein privates Medienforschungsunternehmen aus Kilchberg/ZH, reichte Anfang März 2015 ein Angebot ein, das auf einer laufenden Vollerhebung sämtlicher neu publizierten SRG-Onlineinhalte basiert (siehe Kasten). Neben Publicom reichte auch die Universität Zürich (UZH) (IPMZ, Prof. Latzer), als bisherige Auftragnehmerin, ein Angebot ein und erhielt am 26. Mai 2015 den **Zuschlag**. Allerdings war der Bewertungsunterschied minim: Die UZH erreichte 9'700 von 10'000 möglichen Punkten, Publicom 9'511.

60 Franken/Stunde: Wissenschaftliche Dienstleistungen zum Lehrlingstarif

Ausschlaggebend war vor allem der um **drei Prozent tiefere** Gesamtpreis des UZH-Angebots. Publicom bewältigt das 4 Jahres-Projekt in gut 7'300 Arbeitsstunden und kalkuliert einen Stundenansatz von durchschnittlich knapp CHF 100.-, welcher die entstehenden Kosten nur ganz knapp deckt. Die UZH deklariert dagegen einen Projektaufwand von etwa 11'500 Stunden, also rund 4'200 Stunden mehr als Publicom. Dennoch veranschlagt die öffentliche Anbieterin einen um 3 Prozent tieferen Gesamtpreis und generiert einen durchschnittlichen **Stundenansatz von nicht einmal CHF 60.-**.

Es ist selbstverständlich **illusorisch**, dass hochqualifiziertes akademisches Personal zu einem Stundenansatz von knapp CHF 60.- kostendeckend arbeiten kann. Zum Vergleich: Der Schweizer Malerunternehmerverband empfiehlt schon für einen Maler-Lehrling im 3. Lehrjahr einen Regie-Studententarif von CHF 60.25. Bereits eine grobe Einschätzung hat ergeben, dass die UZH den Zuschlag für das SRG Online-Projekt nur deshalb erhalten konnte, weil in der Kalkulation für das BAKOM tatsächlich anfallende Projektkosten im Betrag von rund einer **halben Million Schweizer Franken** nicht berücksichtigt wurden.

Dieses für Schweizer Hochschulen nicht unübliche Verhalten ist zum gravierenden **Nachteil der privaten Mitbewerber**. Private müssen es sich deshalb gut überlegen, ob sie überhaupt noch ein aufwändiges und kostspieliges Ausschreibungsverfahren durchlaufen wollen, um schliesslich wiederholt aus Kostengründen zu unterliegen – gegen öffentliche Institutionen mit Zugriff auf scheinbar unversiegbare Quellen an Steuereinnahmen. Der Preis als Zuschlagskriterium verkommt damit zur Farce.

Eine derart ungleiche Konkurrenzsituation ist für die Privatwirtschaft eigentlich **nicht hinnehmbar**. Dennoch machen seit der Neuorganisation der schweizerischen Hochschullandschaft Mitte der 1990er Jahre viele betroffene Unternehmen die Faust im Sack – regelmässig damit konfrontiert, dass massgebliche Aufträge mit dem Preisargument an die "Profitcenter" staatlicher Bildungsinstitutionen vergeben werden. Im vorliegenden, besonders drastischen Fall entschied sich das unterlegene Privatunternehmen zu einer Klärung des juristischen Sachverhalts, als Präzedenzfall in der Schweizer Rechtsprechung. Am 15. Juni 2015 hat Publicom vor Bundesverwaltungsgericht **Beschwerde** gegen den Zuschlagsentscheid des BAKOM zugunsten der UZH und einen Antrag auf dessen **aufschiebende Wirkung** eingereicht (Geschäfts-Nr. B-3797/2015).

Die Beschwerde erachtet die Projektkalkulation der UZH als sogenanntes **Unterangebot**, welches gegen das Bundesgesetz gegen den **unlauteren Wettbewerb** (UWG) und den Verfassungsgrundsatz der **Wettbewerbsneutralität** staatlichen Handelns verstösst. Zudem verletzt die Kostenberechnung das Universitätsgesetz des Kantons Zürich, insbesondere den Artikel 40 Abs. 3, und

ebenso das Finanzreglement der Universität Zürich, dessen Artikel 15 unmissverständlich vorschreibt, die Entschädigung für Drittmittelprojekte sei "marktkonform und mindestens **kostendeckend** anzusetzen". Das BVGer hat am 13. Juli 2015 dem Antrag auf aufschiebende Wirkung für die Jahre 2016 bis 2018 stattgegeben.

Professor arbeitet "gratis"

Bei der Akteneinsicht in die Kostenaufstellung der UZH-Offerte bestätigten sich die anfänglichen Befürchtungen: So zeigt sich nicht nur, dass die Hochschule meilenweit von der geforderten **Kostenwahrheit** entfernt liegt, vielmehr muss auch infrage gestellt werden, ob überhaupt die nötigen Grundkenntnisse vorhanden sind, um eine marktfähige Projektkalkulation zu erstellen.

Zumindest ist die Mängelliste der Kostenberechnung lang und bemerkenswert: So berechnet die UZH für den **Gesamtprojektleiter** (Prof. Latzer) überhaupt keine Kosten. Der Stundenaufwand des teuersten Projektmitarbeiters ist zwar aufgeführt, er wird jedoch schlicht als "Eigenleistung" deklariert – was über die vier Jahre einem geschenkten Aufwandsposten von rund CHF 100'000.- entspricht. Ausserdem wird die Berechnung der gesamten übrigen Personalkosten auf der Grundlage einer völlig **realitätsfernen Jahresarbeitszeit von 2'200 Stunden** (= 42 Wochenstunden x 52 Wochen) vorgenommen, anstelle der üblicherweise maximal 1'900 Stunden nach Abzug von Ferien, Feiertagen und Krankheitsausfällen. Zusammen mit den Sozialleistungen, die ebenfalls etwas zu tief ausgewiesen werden, und dem darüber hinaus fehlenden Sekretariatsaufwand resultieren rund CHF 200'000.- an Personalkosten, die in der UZH-Kalkulation fehlen.

Ausserdem fehlen in der Offerte der UZH sämtliche übrigen **direkten Projektkosten**, die gemäss Finanzreglement zwingend auszuweisen sind. Das IPMZ berechnet dem BAKOM weder **Sachkosten** (z.B. für die – gemäss UZH – extra programmierte Crawler-Software), noch Akquisitions- und Projekteingabekosten oder Aufwände für besondere Risiken. Dadurch entlastet die UZH das Projekt, zuungunsten der Mitbewerber, um einen zusätzlichen Betrag von ca. CHF 100'000.-. Für den sogenannten **Overhead** – d.h. die **indirekten Kosten** für Mieten, Infrastruktur, zentrale Dienste u.ä. – setzt die UZH pauschal gut 13 Prozent der Gesamtkosten ein. Gemäss Jahresbericht der UZH beträgt der durchschnittliche Overhead der Universität jedoch über 36 Prozent. Geschätzt addieren sich so weitere rund CHF 200'000.-, die dem Steuerzahler belastet werden.

Steuerzahler subventioniert Projekt mit einer halben Million Franken

Summiert ergeben sich somit **reale Kosten von rund CHF 1'200'000.-**, die der UZH zur Durchführung der SRG Online-Analyse über die vier Jahre anfallen. Daraus resultiert ein Stundenansatz von durchschnittlich ca. CHF 98.- Dieser liegt rund CHF 38.- über dem eingereichten Angebot und erscheint um einiges realistischer. Eine kostendeckende Offerte, wie sie vom Gesetzgeber

gefordert ist, wäre demnach rund **eine halbe Million Schweizer Franken** bzw. 73 Prozent höher ausgefallen, als von der UZH tatsächlich ausgewiesen.

Ohne das rechtswidrige Unterangebot hätte die UZH-Offerte gegen die Eingabe von Publicom – und möglicherweise auch gegen andere, korrekt kalkulierende Mitbewerber – in der Ausschreibung keine Erfolgchancen gehabt, womit sie im WTO-Verfahren schon früh ausgeschieden wäre.

Präjudiz-Urteil mit weitreichenden Konsequenzen

Nach einer Prozessdauer von zehn Monaten hat das BVGer am 13. April 2016 den Entscheid betreffend SRG Online-Analyse mündlich und öffentlich beraten. Aufgrund der mündlichen Beratung und der angeordneten Fünferbesetzung – statt üblicherweise drei Richter – war davon auszugehen, dass es sich um einen rechtlich bedeutsamen Fall handelt, der **Präjudizwirkung** hat.

Im Anschluss an die Beratung hat das BVGer den Parteien das Urteil mitgeteilt: Die Beschwerde von Publicom gegen die Quersubventionierung des SRG Online-Projekts durch das IPMZ wird gutgeheissen. Das Gericht geht davon aus, dass die UZH ein **verfassungswidriges Unterangebot** eingereicht hat, das den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlichen Verhaltens verletzt. Zudem verstösst das Angebot gegen vergaberechtliche Grundsätze - und wohl auch gegen Bestimmungen des kantonalen Universitätsgesetzes und des Finanzreglements der UZH.

Die Mängel in der Kalkulation der UZH sind derart offensichtlich, dass die Vergabestelle von sich aus an der Korrektheit der Angaben hätte zweifeln und weitere Erkundigungen einholen müssen. Infolgedessen hat das BVGer die **Zuschlagsverfügung** zugunsten der UZH **aufgehoben** und dem BAKOM zur Neuurteilung zurückgewiesen.

Vergabestellen und öffentliche Anbieter sind nun angehalten, die nötigen Vorkehrungen zu treffen, damit diese Quersubventionierungs-Praxis **in Zukunft unterlassen** wird. Denn sobald das Urteil rechtskräftig ist, müssen Schweizer Hochschulen für Drittmittelprojekte **kostendeckende Kalkulationen** erstellen, was weitreichende Konsequenzen für zukünftige Vergaben haben wird. Eine schriftliche Begründung des BVGer steht noch aus. Das Urteil kann beim Bundesgericht angefochten werden.

Online-Inhaltsanalyse: Untersuchungsanlage und Methodik

Für den BAKOM-Auftrag hat Publicom, in Kooperation mit der Eurospider Information Technology AG, eine innovative **computergestützte Methodik** entwickelt, die auch grösste Mengen von Webinhalten direkt nach ihrem Erscheinen erfasst und hinsichtlich der Anforderungen der SRG-Konzession überprüft. Auf diese Weise ist Publicom in der Lage, sämtliche rund **150'000 Online-Beiträge** zu analysieren, welche die SRG innerhalb eines Jahres in den vier Landessprachen publiziert. Die **laufende Vollerhebung** geschieht zum Zeitpunkt der hauptsächlichen Nutzung des relevanten Newscontents. Das Instrument liefert dadurch eine völlig verzerrungsfreie, da **maximalrepräsentative** Grundlage zur Beurteilung der **Konzessionskonformität** der SRG-Webangebote – und zwar für beliebige Inhaltsbereiche und jeden möglichen Zeitraum.

Das IPMZ untersuchte das viersprachige SRG Online-Angebot bisher mittels **Stichproben** von insgesamt maximal 2'400 Beiträgen pro Jahr. Gerade solchen stichprobenbasierten Ansätzen ist der Publicom-Ansatz dank der laufenden Vollerhebung – nicht nur wegen der **60-fachen Analysebasis** – methodisch weit überlegen: Weil einmal eingestellte Webinhalte jederzeit wieder gelöscht oder verändert werden können, liefern statische Momentaufnahmen der dynamischen Grundgesamtheit zwangsläufig Ergebnisse von **zweifelhafter Gültigkeit**. Zudem bietet die computergestützte Analyse eminente Vorteile für eine optimale **Ergebnisqualität**. Die grösstenteils rein strukturellen Konformitätsindikatoren sind für Computer-Messungen prädestiniert, da diese zuverlässig dieselben Messwerte derselben Objekte liefern. Schwierige Fälle und vereinzelte qualitative Indikatoren werden ins **manuelle Lektorat**, das eine systematische Qualitätssicherung garantiert, weitergeleitet.

Um die Tauglichkeit des Konzepts zu belegen, musste Publicom zwei umfangreiche **Referenzstudien** vorlegen, die speziell zu diesem Zweck erstellt wurden. Dabei wurde bereits eine 93-prozentige Übereinstimmung der Analyseentscheidungen von Maschine und Mensch erreicht (sogenannte Intercoder-Reliabilität) – ein für rein manuelle Ansätze kaum erreichbarer Benchmark.

Kontakt Publicom: Stefan Thommen, 044 716 55 11, stommen@publicom.ch