

Kreisschreiben an die Gemeinden und Bezirke zur Delegationsbefugnis der Vergebungskompetenz im öffentlichen Beschaffungswesen

(Fassung vom 21. Februar 2008)

Vorbemerkung

Die Delegation der Ausgabenkompetenz bedarf stets einer gesetzlichen Grundlage. Währenddem die Kompetenzdelegation des Kantons im öffentlichen Beschaffungswesen eindeutig geregelt ist, ist bei den Gemeinden und Bezirken eine entsprechende Gesetzesauslegung erforderlich. Das vorliegende Kreisschreiben wurde von der kantonalen Fachstelle Beschaffungswesen des Baudepartements in Absprache mit dem kantonalen Justiz- und Finanzdepartement verfasst und soll den gesetzlichen Handlungsspielraum der Gemeinde- und Bezirksräte in Bezug auf ihre Delegationsbefugnis im öffentlichen Beschaffungswesen aufzeigen. Eine Beurteilung durch das Verwaltungsgericht bleibt an dieser Stelle vorbehalten. Das Kreisschreiben ist in zwei Teile gegliedert: 1. Rechtsgrundlagen der Gemeinden und Bezirke, 2. Auslegung von § 40 lit. h Finanzhaushaltsgesetz. Das Dokument ist im Internet unter www.sz.ch/beschaffungen zu finden.

1. Rechtsgrundlagen der Gemeinden und Bezirke

a) Rechtsgrundlagen ohne wirkungsorientierte Verwaltungsführung (WOV)

Nach § 31 Abs. 1 Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969 (SRSZ 152.100, GOG) ist der Gemeinde-/Bezirksrat das vollziehende und verwaltende Organ der Gemeinde / des Bezirks. Sollen den Kommissionen Entscheidungsbefugnisse delegiert werden, erfordert dies gemäss § 47 Abs. 1 GOG eine gesetzliche Grundlage im Bundesrecht oder kantonalen Recht. Ansonsten haben die Kommissionen dem Gemeinde-/Bezirksrat Bericht und Antrag zu stellen. Für Vergabungen im öffentlichen Beschaffungswesen gibt es im Unterschied zum Kanton keine einschlägigen Bestimmungen zur Kompetenzdelegation des Gemeinde-/Bezirksrates. Ohne Delegationsnorm können indessen keine Kompetenzen abgetreten werden. Ein möglicher Anknüpfungspunkt ist in § 40 lit. h Gesetz über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden vom 27. Januar 1994 (SRSZ 153.100, Finanzhaushaltsgesetz, FhG) zu finden. Darin wird die Zuständigkeit des Gemeinde-/Bezirksrats für Ausgabenbeschlüsse festgelegt, sofern sie nicht Organen der Anstalten oder Kommissionen vorbehalten sind und soweit sie nicht delegiert worden sind. Die Anknüpfung liegt nun darin, dass man die Delegation der Vergabungskompetenz ebenfalls unter diese Bestimmung subsumiert. Dies erfordert allerdings eine genauere Gesetzesauslegung (siehe Ziffer 2).

b) Rechtsgrundlagen bei wirkungsorientierter Verwaltungsführung (WOV)

Am 1. Juli 2005 trat mit § 65 GOG die gesetzliche Grundlage für die versuchsweise Einführung der wirkungsorientierten Verwaltungsführung auf Gemeinde- und Bezirksstufe ein. Die Ausführungsbestimmungen wurden in der Verordnung über die versuchsweise Einführung der wirkungsorientierten Verwaltungsführung in den Gemeinden und Bezirken vom 7. Juni 2005 (SRSZ 152.112, WOV-VO) erlassen. Danach hat der Gemeinde-/Bezirksrat analog dem Regierungsrat die Möglichkeit unter Beachtung der entsprechenden Voraussetzungen (§ 5 und § 7 WOV-VO) WOV-Verwaltungseinheiten zu bestimmen, an die er mit der Erteilung von Leistungsaufträgen eigene Kompetenzen wie die Vergabe von Aufträgen, Arbeiten und Lieferungen delegieren kann (§ 13 lit. d WOV-VO). Es wird dem Gemeinde-/Bezirksrat dringend empfohlen mittels Reglement oder Weisungen die Rahmenbedingungen (z.B. Vergabekompetenzen, Kompetenzen bei Nachträgen, Stellvertreterregelung, Konkurrenzoffertenregelung etc.) für diese Verwaltungseinheiten festzulegen.

2. Auslegung von § 40 lit. h Finanzhaushaltsgesetz

a) Gesetzgeberischer Sinn - Delegationsbedarf

In § 40 lit. h FhG wird der Gemeinde-/Bezirksrat ermächtigt Ausgabenbeschlüsse im Rahmen der budgetierten Ausgaben der laufenden Rechnung zu delegieren. Der gesetzgeberische Sinn dieser Norm lag ursprünglich darin, dass sich der Gemeinde-/Bezirksrat bei Bedarf entlasten und kleinere Bagatellausgaben (z.B. Vereinsbeitrag) abtreten kann. Vergabungen nach dem öffentlichen Beschaffungswesen fallen streng gesehen in die alleinige Kompetenz des Gemeinde-/Bezirksrats. Wie die Praxis aufzeigt, entspricht dies nicht mehr den Bedürfnissen der Gemeinden und Bezirke. Es wird verlangt, zumindest die Möglichkeit zu haben Vergabekompetenzen delegieren zu können.

b) Gesetzlicher Handlungsspielraum

Die offene Formulierung der Norm lässt eine weitergehende Auslegung der Delegationskompetenz grundsätzlich zu. Es stellt sich nur die Frage nach dem Ausmass der darunter subsumierbaren Delegationsbefugnis. Fest steht, dass der Gemeinde-/Bezirksrat mit der Delegation erhebliche Kompetenzen abgibt. Er gibt nicht nur die Verantwortung für die Submissionsverfahren, sondern auch sämtliche Mitsprache- und Entscheidungsbefugnisse über die Vergaben ab. Die Schranken der Delegationsbefugnis sind unseres Erachtens im öffentlichen Beschaffungsrecht zu finden. So ist eine Delegation zulässig, sofern der Zuschlagsentscheid nicht durch eine anfechtbare Verfügung erfolgen muss, sondern lediglich durch eine Mitteilung oder sogleich dem Vertragsabschluss. Sobald eine formelle Verfügung erforderlich ist, kann der Zuschlag nur mittels Gemeinde-/Bezirksratsbeschluss erteilt werden.

Konkret heisst das, eine Delegation der Vergabekompetenz ist für die Aufträge zulässig, die betragsmässig nach dem geltenden Beschaffungsrecht freihändig und damit in einem formlosen Verfahren vergeben werden können (Art. 12 Abs. 1 lit. c Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001, SRSZ 430.120, IVöB). Davon ausgenommen sind die Vergaben, die nach § 9 Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Dezember 2004 (SRSZ 430.130, VIVöB) freihändig zu vergeben sind. Die Schwellenwerte des freihändigen Verfahrens stellen damit die oberste Limite der delegierbaren Ausgabenkompetenz dar (siehe Anhang 2 IVöB).

c) Was zu beachten ist

Wie bereits erwähnt, gibt der Gemeinde-/Bezirksrat mit der Delegation von Vergabekompetenzen nicht nur die Verantwortung für das gesamte Submissionsverfahren, sondern auch sämtliche

Mitwirkungsbefugnisse ab. Bei der Festlegung der Höhe der abzutretenden Ausgabenkompetenz sollte dies unbedingt mitbedacht werden. Die Schwellenwerte des freihändigen Verfahrens sind unter diesem Aspekt sehr hoch! Wir empfehlen keine Delegationen in dieser Höhe. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass das freihändige Verfahren als einziges formloses Verfahren der Vergabebehörde speziell viele Freiheiten zulässt. Es gibt keine Selbstregulation im Verfahrensablauf bzw. indirekte Kontrolle, da keine zwingenden formellen Vorgaben einzuhalten sind und es keine Rechtsmittelmöglichkeit gibt. Deshalb muss bei diesen Verfahren besonders Wert auf die Einhaltung der submissionsrechtlichen Grundsätze wie Gleichbehandlung, Treu und Glauben, Beachtung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen, Vertraulichkeit der Informationen etc. (Art. 11 IVöB) gelegt werden. Zudem sollte auch im freihändigen Verfahren im Sinne der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel der Wettbewerb wirksam gefördert werden (Art. 1 IVöB). Vor allem muss berücksichtigt werden, dass das freihändige Verfahren wegen seiner Formlosigkeit die Gefahr in sich birgt, dass persönlichen Vorlieben und Verbindungen zwischen Vergabebehörde und einzelnen Unternehmen nachgekommen wird, ebenso aber auch Fehden ausgetragen werden, und dabei der objektive Blick für die Sache selbst in den Hintergrund rückt. Aus diesen Gründen wird den Gemeinde-/Bezirksräten dringend empfohlen Weisungen zu erlassen, in denen genauere Vorgaben zum Vorgehen (z.B. über die Einholung von Konkurrenzofferten), konkrete Angaben zu den Kompetenzen, der Stellvertreterregelung etc. vorgeschrieben werden. Dies entspricht auch der Praxis des Regierungsrats im Kanton Schwyz. Verbleibt doch, auch wenn die Verantwortung für das Submissionsverfahren abgetreten wird, die Aufsichtspflicht immer noch beim Gemeinde-/Bezirksrat.

Wichtig:

Die Weisungen und Delegation der Vergabekompetenz bedürfen für deren Rechtsgültigkeit einen Gemeinde-/Bezirksratsbeschluss. Eine Genehmigung des Regierungsrates nach § 88 ff. GOG ist nicht erforderlich.