

**Beschluss Nr. 692/2008**

Schwyz, 24. Juni 2008 / bz

**Submissionsrecht im Kanton Schwyz: Wird der Spielraum zugunsten der ansässigen Unternehmen voll ausgeschöpft?**

Beantwortung der Interpellation I 11/08

**1. Wortlaut der Interpellation**

Am 11. April 2008 hat Kantonsrätin Marianne Betschart-Kälin folgende Interpellation eingereicht:

*„Am 17. Dezember 2003 hat der Kantonsrat der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) zugestimmt und am 15. Dezember 2004 der Verordnung zu dieser Vereinbarung (VIVöB). Gemäss § 5 VIVöB sind Arbeits- oder Bietergemeinschaften zugelassen, soweit diese in der Ausschreibung nicht ausdrücklich ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Gemäss § 31 VIVöB erhält das günstige Angebot den Zuschlag, wobei zur Ermittlung des günstigsten Angebotes neben der Qualität und dem Preis noch weitere Kriterien berücksichtigt werden können, so z.B. insbesondere auch Nachhaltigkeit und Lehrlingsausbildung usw.*

*Im Amtsblatt Nr. 2 vom 11. Januar 2008 erfolgten Ausschreibungen für die Sanierung und die räumliche Neukonzeption Kantonsschule Kollegium Schwyz in den Arbeitsgattungen "Abbruch-, Aushub- und Baumeisterarbeiten", "Elektroinstallationen", "Starkstrom-Verteilanlage", "Lüftungsanlagen", "Sanitäranlagen" und "Heizungsanlagen". Obwohl es bei allen Arbeitgattungen um erhebliche Auftragsvolumen geht, welche durch einen kleineren Gewerbebetrieb allein nicht bewältigt werden können, wurden Arbeits- und Bietergemeinschaften in allen Arbeitsgattungen (trotz gegenteiliger Grundregel in § 5 VIVöB) ausdrücklich nicht zugelassen. Auf Nachfrage hin wurde die Nichtzulassung von Arbeits- und Bietergemeinschaften durch den Projektleiter des kantonalen Hochbauamtes damit begründet, dass der Kanton nur einen Vertragspartner wolle und keinen Vertrag mit einer einfachen Gesellschaft.*

*Abgesehen davon, dass auch im Falle einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft nur ein Vertrag zwischen dem Kanton und der Gemeinschaft abgeschlossen wird, die Begründung mithin falsch ist, wird auch übersehen, dass sich das Haftungsrisiko des Kantons bei der Zulassung von Arbeits- und Bietergemeinschaften massiv verringert, weil alle Gesellschafter dem Kanton gegenüber vollumfänglich haften. Es ist daher zu vermuten, dass die Nichtzulassung von Arbeits- und Bietergemeinschaften, welche faktisch zu einem Ausschluss kleinerer Gewerbebetriebe führt, auf einer*

unzutreffenden Rechtsauffassung der Vergabebehörde basiert oder bewusst den Ausschluss kleinerer Gewerbebetriebe bezweckt.

Die Arbeitsgattung "Lüftungsanlagen" wurde in der Folge an die Walter Hirsiger AG in Root (LU) vergeben zum Preis von Fr. 799 236.10. Die Offerte der Firma Annen + Schibig AG, Ibach, welche um nur Fr. 471.35, entsprechend 0.06 % (!!!), teurer war, wurde nicht berücksichtigt, obwohl die Annen + Schibig AG in der Vergangenheit verschiedenste Arbeiten für den Kanton in bester Qualität ausgeführt hat, ihren Betrieb in nächster Nähe hat, mithin deutlich weniger Fahrten und damit Umweltbelastung produziert, obwohl die Annen + Schibig AG im Kanton Schwyz Steuern bezahlt und damit faktisch günstiger ist, als die berücksichtigte Firma und obwohl die Annen + Schibig AG nicht weniger als 42 Angestellte beschäftigt, davon neun Lehrlinge im Kanton Schwyz ausbildet (die berücksichtigte Firma bildet offenbar nur einen Lehrling im Kanton Luzern aus).

Aufgrund der Erfahrung in anderen Kantonen ist offensichtlich, dass bei gleicher Konstellation in keinem der umliegenden Kantone ein ausserkantonaler Bewerber berücksichtigt worden wäre. Es ist darum zu vermuten, dass der Kanton Schwyz hier seinen gemäss Submissionsrecht zulässigen Spielraum zugunsten des hiesigen Gewerbes in keiner Weise ausschöpft.

Ich bitte den Regierungsrat um die Beantwortung folgender Fragen:

1. Erachtet es der Regierungsrat als richtig, dass durch die Nichtzulassung von Arbeits- und Bietergemeinschaften alle kleineren Gewerbebetriebe ausgeschlossen werden? In welchen Fällen und aus welchem Grund sollen künftig Arbeits- und Bietergemeinschaften ausgeschlossen werden?
2. Sieht der Regierungsrat eine Möglichkeit, bei der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes, auch die Tatsache zu berücksichtigen, dass bei im Kanton Schwyz ansässigen Unternehmungen ein Teil des Auftragswertes via Steuern an den Kanton zurückfliesst?
3. Ist der Regierungsrat bereit, bei der Wahl der Zuschlagskriterien zu beachten, dass der Lehrlingsausbildung ein angemessenes Gewicht gegeben wird und dass diesbezüglich auch die Anzahl der Lehrstellen der Bewerber berücksichtigt wird?
4. Ist der Regierungsrat bereit, bei der Wahl der Zuschlagskriterien, unter dem Aspekt der Nachhaltigkeit, auch ökologische Aspekte (wie z.B. den Anfahrtsweg für die Arbeitsausführung) zu berücksichtigen?
5. Ist der Regierungsrat ganz grundsätzlich bereit, bei der Wahl der Zuschlagskriterien im Rahmen des gesetzlich Zulässigen den Spielraum zu Gunsten der ansässigen Unternehmungen künftig voll auszuschöpfen?"

## **2. Antwort des Regierungsrates**

### **2.1 Allgemeine Bemerkungen**

Im öffentlichen Beschaffungswesen wird der Handlungsspielraum der Vergabebehörden durch die gesetzlichen Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, SRSZ 430.120.1) und der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (VIVöB, SRSZ 430.130) begrenzt. Ausser bei weitgehend standardisierten Gütern und Dienstleistungen sind nebst dem Preis stets noch weitere Zuschlagskriterien zu bestimmen. Eine Norm, wonach einheimische Unternehmer bei annähernd gleich günstigen Angeboten bevorzugt werden können, gibt es nicht. Es gelten ausnahmslos die Grundsätze des Gleichbehandlungsgebots und Diskriminierungsverbots.

Die Interpellantin bezieht sich in der Interpellation auf eine konkrete Vergabe. Bei der Beurteilung der entsprechenden Angebote zählten neben dem Preis (Gewichtung 50 %) auch die Qualität (Gewichtung 25 %), die Termine (Gewichtung 20 %) sowie die Beschäftigung von Lehrlingen (Gewichtung 5 %). Die eingereichten Angebote wurden – soweit Angaben vorhanden waren – entsprechend beurteilt. In der Gesamtwertung war also der Preis nicht alleine ausschlaggebend. Im Rahmen des 1. Submissionspaketes der Sanierung und räumlichen Neukonzeption der Kantonschule Kollegium Schwyz wurden rund 87 % der gesamten Vergabesumme an einheimische Unternehmen vergeben.

## 2.2 Beantwortung der Fragen

*Frage 1: Erachtet es der Regierungsrat als richtig, dass durch die Nichtzulassung von Arbeits- und Bietergemeinschaften alle kleineren Gewerbebetriebe ausgeschlossen werden? In welchen Fällen und aus welchem Grund sollen künftig Arbeits- und Bietergemeinschaften ausgeschlossen werden?*

Das geltende Recht schreibt keine Arbeits- und Bietergemeinschaften vor, sondern überlässt den Entscheid über die Zulassung den Vergabebehörden (§ 5 VIVöB). Auch wenn nach der Praxis des Kantons Arbeits- und Bietergemeinschaften zugelassen sind, kann ein Ausschluss je nach Vergabesituation begründet sein. Grundsätzlich gibt es zwei Situationen, in denen ein Ausschluss begründet ist: Zum einen bei engen Zeitverhältnissen und Aufträgen mit komplexem Koordinationsgehalt, wo eine klare Verantwortlichkeit erforderlich ist, zum anderen wenn es sich um Arbeitsgattungen mit hohem Haftungsrisiko (z.B. hochkomplexe oder spezifizierte Leistungen) handelt. In beiden Fällen kann die Situation insbesondere dann kompliziert und zeitaufwändig werden, wenn ein Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ausfällt und für dieses ein adäquater Ersatz gefunden werden muss, zu dem der Kanton die Zustimmung geben kann.

Im Kanton Schwyz wird wie bisher die Zulassung der Arbeits- und Bietergemeinschaften die Regel sein und der Ausschluss die Ausnahme. Zentrale Anliegen bei Submissionen sind der haushalterische Umgang mit den Finanzen, ein zufrieden stellendes Submissionsergebnis mit anschliessender reibungsloser Auftragsabwicklung sowie die Einhaltung des Zeitplans. Die von der Interpellantin erwähnte Submission ist geprägt durch einen eng abgestimmten Zeitplan bei laufendem Betrieb mit hohem Koordinationsbedarf und dies erfordert klare Verantwortlichkeiten. Aus diesen Gründen wurden hier Arbeits- und Bietergemeinschaften ausgeschlossen.

*Frage 2: Sieht der Regierungsrat eine Möglichkeit, bei der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes, auch die Tatsache zu berücksichtigen, dass bei im Kanton Schwyz ansässigen Unternehmungen ein Teil des Auftragswertes via Steuern an den Kanton zurückfliesst?*

Die Gesetzgebung im öffentlichen Beschaffungswesen lässt keine Möglichkeit offen, derartige Kriterien zugunsten der einheimischen Unternehmer aufzustellen. Ein Kriterium wie die Steuerpflicht im Kanton Schwyz ist den auswärtigen Unternehmern gegenüber diskriminierend und daher unzulässig.

*Frage 3: Ist der Regierungsrat bereit, bei der Wahl der Zuschlagskriterien zu beachten, dass der Lehrlingsausbildung ein angemessenes Gewicht gegeben wird und dass die bezuglich auch die Anzahl der Lehrstellen der Bewerber berücksichtigt wird?*

In § 31 VIVöB wird die Lehrlingsausbildung als mögliches Zuschlagskriterium aufgezählt. Das Kriterium ist nicht zwingend, es entspricht allerdings der Meinung des Regierungsrates, dass die Ausbildung der Lehrlinge in Abhängigkeit zum Vergabegegenstand und in angemessener Weise in die Submissionen aufgenommen werden soll, sofern es keine unverhältnismässige Wettbe-

werbseinschränkung darstellt. Da es sich bei der Lehrlingsausbildung um kein sachliches Zuschlagskriterium handelt, darf das Kriterium nur eine untergeordnete Rolle spielen und muss im Verhältnis zu den restlichen Zuschlagskriterien stehen. Eine übermässige Gewichtung kann auf eine Diskriminierung hinauslaufen. Im Kanton Schwyz hat sich die Praxis entwickelt, dass das Kriterium mit maximal 5 % im Verhältnis zum Gesamtgewicht der Zuschlagskriterien gewichtet werden darf. Bei der Bewertung der Lehrlingsausbildung wird auf eine Quantifizierung verzichtet. Eine Abstufung nach Lehrlingszahlen kann zu Diskriminierungen führen und erhöht den administrativen Abklärungsaufwand.

*Frage 4: Ist der Regierungsrat bereit, bei der Wahl der Zuschlagskriterien, unter dem Aspekt der Nachhaltigkeit, auch ökologische Aspekte (wie z.B. den Anfahrtsweg für die Arbeitsausführung) zu berücksichtigen?*

Mit den Zielen des öffentlichen Beschaffungswesens nicht vereinbar sind Kriterien, die auf eine Protektion einheimischer Anbieter hinauslaufen (vgl. Art. 1 Abs. 3 IVöB und Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 241). Gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM dürfen ortsfremde Anbietende bei einer öffentlichen Beschaffung nicht benachteiligt werden. Zulässig sind ihnen gegenüber nur Beschränkungen, welche gleichermassen auch für ortsansässige Anbieter gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen. Sie dürfen in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Der Transportweg, den ein Anbieter bis zum Verwendungsort bzw. Ort der Dienstleistung zurücklegen muss, ist als ökologisches Kriterium unter dem Aspekt der Gleichbehandlung aller Anbieter höchst problematisch. Dieses Kriterium führt zu einer direkten Benachteiligung der weiter entfernt gelegenen Anbieter und zwar innerhalb ausserkantonale. Damit wird der vom Binnenmarktgesetz angestrebte freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt weitgehend verunmöglicht.

*Frage 5: Ist der Regierungsrat ganz grundsätzlich bereit, bei der Wahl der Zuschlagskriterien im Rahmen des gesetzlich Zulässigen den Spielraum zugunsten der ansässigen Unternehmungen künftig voll auszuschöpfen?*

Die revidierten gesetzlichen Bestimmungen im öffentlichen Beschaffungswesen lassen grundsätzlich keinen Spielraum offen, um einheimische Unternehmen zu bevorzugen. Es ist unzulässig, Submissionen nach den ansässigen Anbietern auszurichten. Im Vordergrund stehen der wirksame Wettbewerb und die Gleichbehandlung aller Anbieter. Nur im freihändigen Verfahren sowie im Einladungsverfahren hat die Vergabebehörde die Möglichkeit, die einheimischen Unternehmen stärker zu berücksichtigen.

### **Beschluss des Regierungsrates**

1. Der Vorsteher des Baudepartements wird beauftragt, die Antwort im Kantonsrat zu vertreten.
2. Zustellung: Mitglieder des Kantons- und des Regierungsrates; Departemente.

Im Namen des Regierungsrates:

Peter Gander, Staatsschreiber