

Beschluss Nr. 435/2006

Schwyz, 28. März 2006 / bz

Submissionsverordnung

Beantwortung der Interpellation I 30/05

1. Wortlaut der Interpellation

Am 23. November 2005 hat Kantonsrat Rochus Freitag folgende Interpellation eingereicht:

„Der Kantonsrat hat der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen am 15. Dezember 2004 zugestimmt. Anschliessend wurde sie durch den Regierungsrat am 1. März 2005 in Kraft gesetzt.

Es ist heute ein offenes Geheimnis, dass Kleinunternehmen bei einer ordentlichen Ausschreibung, unter anderem auf Grund ihrer Grösse und demzufolge ihres kleinen Referenzstamms Mühe bekunden, eine Submission zu gewinnen. Es wäre also gesellschaftlich und sachlich vernünftig, wenn diese Unternehmen im Bereich der Submissionsvorbereitungsarbeiten entsprechend berücksichtigt werden könnten.

Mit Erstaunen habe ich jedoch festgestellt, dass Submissionsunterlagen ausserkantonale Firmenabsender tragen. Auf Grund der neuen Submissionsverordnung wäre es heute möglich, solche Arbeiten in Abhängigkeit der Schwellenwerte im freihändigen oder im Einladungsverfahren kantonal zu vergeben und somit einheimisches Schaffen entsprechend zu berücksichtigen.

Auf Grund der politischen Auslegungsmöglichkeiten (Unternehmerwahl) im freihändigen und im Einladungsverfahren gehe ich davon aus, dass der Regierungsrat künftige Vergaben nicht willkürlich tätig beziehungsweise tätigen lässt und hierfür entsprechende Weisungen bezüglich Kompetenz und Unternehmerberücksichtigung erlassen hat.

Es drängen sich deshalb folgende Fragen auf:

1. Wie sind die Vergabekompetenzen der verschiedenen Submissions-Verfahrensarten innerhalb der kantonalen Organe geregelt?

2. Welche Kriterien bestimmen die Unternehmerauswahl im freihändigen und Einladungsverfahren und wie wird deren Abwechslung sichergestellt?
3. Ist es die Absicht der Regierung, wenn immer möglich kantonseigene Unternehmen bei öffentlichen Ausschreibungen zu berücksichtigen?“

2. Antwort des Regierungsrates

2.1 Allgemeines

2.1.1 Mit Beschluss vom 17. Dezember 2003 (KRB IVöB, SRSZ 430.120) hat der Kantonsrat der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB, SRSZ 430.120.1) zugestimmt. In der Folge gab der Kantonsrat am 15. Dezember 2004 die Zustimmung zur Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (VIVöB, SRSZ 430.130). Am 1. März 2005 traten der Kantonsratsbeschluss und die VIVöB in Kraft. Mit Inkrafttreten des Kantonsratsbeschlusses wurde die Verordnung über die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen (Submissionsverordnung) aufgehoben.

2.1.2 Da der Staat nicht alle Bauten, Güter und Dienstleistungen, die er für seine Aufgabenerfüllung braucht, selbst herstellen kann, muss er sich einen Grossteil der Leistungen auf dem freien Markt beschaffen. Die Regeln für diese öffentlichen Beschaffungen sind mit dem Konkordat (IVöB) und dem Beitritt der Schweiz zu den Staatsverträgen (WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen [GPA] und Bilaterales Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft [Bilat Abk]) national und international harmonisiert worden. Diese einheitlichen Vergaberegeln im gesamtschweizerischen Wirtschaftsraum tragen zu einer Stärkung des Wettbewerbs und zur Sicherstellung der Transparenz bei Vergabeverfahren bei. Es wird damit eine freiheitliche und liberale Wirtschaftsordnung angestrebt.

Der Zweck der IVöB liegt in der Öffnung des Marktes der öffentlichen Beschaffungen der Kantone, Gemeinden und anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben. Das Ziel der Vereinbarung ist unter anderem die Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen und Anbietern sowie die unparteiische Vergabe (Art. 1 Abs. 3 Bst. a IVöB). Die Verfahren für öffentliche Beschaffungen gemäss IVöB werden durch wichtige Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts beherrscht. Zu diesen Grundsätzen zählen insbesondere: die Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter (Art. 1 Abs. 3 Bst. b IVöB, Art. 8 Abs. 1 Bundesverfassung [BV]); das Diskriminierungsverbot, nach welchem die Wettbewerbsbedingungen so auszugestalten sind, dass nicht gewisse Anbieterinnen und Anbieter zum Vornherein daraus Wettbewerbsnachteile erfahren (Art. 1 Abs. 3 Bst. b sowie Art. 11 Bst. a IVöB); Treu und Glauben in der Verfahrensabwicklung, das heisst, es dürfen keine Änderungen der Spielregeln während des laufenden Verfahrens vorgenommen werden (Art. 5 Abs. 3 BV); der Grundsatz der Transparenz und Rationalität, nach welchem alle Entscheidungen nachvollziehbar und rational begründbar sein müssen (Art. 1 Abs. 3 Bst. c IVöB).

Zu den erwähnten Rechtsgrundlagen des Submissionswesens kommt das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02) hinzu, welches den innerstaatlichen Beschaffungsmarkt regelt. Das Gesetz soll gewährleisten, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben. Für öffentliche Beschaffungen nach der IVöB untersagt das Gesetz eine diskriminierende Marktbeschränkung (Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 BGBM), das heisst, für ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter darf der

freie Zugang zum Markt nur dann nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsortes eingeschränkt werden, wenn diese Beschränkungen gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Entscheidend ist allerdings, dass Beschränkungen des freien Marktzugangs in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten dürfen (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

2.1.3 Vor diesem Hintergrund und insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter ist es den Vergabestellen im öffentlichen Beschaffungswesen nicht gestattet, einzelne Unternehmer in irgendeiner Art und Weise zu bevorzugen bzw. besonders zu berücksichtigen. Es sind alle Wettbewerbsteilnehmer oder potenziellen Wettbewerbsteilnehmer gleich zu behandeln. Dies gilt für alle Verfahrensarten des öffentlichen Beschaffungswesens. Bietet die Vergabestelle einzelnen Unternehmen im Hinblick auf die geplante Beschaffung bessere Ausgangslagen, verhält sich die Beschaffungsstelle rechtswidrig. Im Rahmen der Submissionsvorbereitung dürfen sich ausserdem Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, am Verfahren nicht beteiligen (§ 8 VIVöB). Wird somit ein Unternehmen im erwähnten Ausmass in die Vorbereitungshandlungen miteinbezogen, ist es wegen Vorbefassung vom Wettbewerb auszuschliessen. Auf Grund des Diskriminierungsverbots ergibt sich ausserdem das Verbot, durch zu enge Umschreibungen von technischen Spezifikationen den Markt übermässig einzuschränken und so einzelne Bewerberinnen und Bewerber zu diskriminieren. Die Vergabestelle darf auch nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einem Unternehmen, das ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können (§ 15 Abs. 4 VIVöB). Eine Missachtung dieser Bestimmungen zieht bei Anfechtung des Zuschlags in der Regel dessen Aufhebung nach sich.

Wie eingangs erwähnt, ist der Zweck des öffentlichen Beschaffungswesens die Stärkung des wirksamen Wettbewerbs. Dazu gehört unter anderem die Öffnung des Marktes, das heisst, der freie und gleichberechtigte Zugang der Anbieterinnen und Anbieter auf dem gesamten Gebiet der Schweiz. Das freihändige Verfahren und das Einladungsverfahren lassen bei der Auswahl der Anbieter zwar einen gewissen Spielraum offen, wodurch einheimische Unternehmen vermehrt berücksichtigt werden können, die Grundsätze des Binnenmarktgesetzes, die Ziele der IVöB sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts sind bei diesen Verfahren allerdings ebenso wie beim offenen und selektiven Verfahren zu beachten. Eine ausschliessliche oder überwiegende Berücksichtigung von einheimischen Anbietern widerspricht diesen Grundsätzen. Es gilt zudem der Grundsatz, dass der Kanton mit seinen finanziellen Mitteln haushälterisch umzugehen hat (Art. 1 Abs. 3 Bst. d IVöB). Da aber gerade bei den freihändigen Vergaben die Gefahr besteht, dass der Markt betreffend preislich interessanter Angebote nicht ausgeschöpft wird und so Preise, die über dem Marktniveau liegen, bezahlt werden, erliess der Regierungsrat im Rahmen der revidierten IVöB mit Beschluss vom 28. Juni 2005 (RRB Nr. 852) die Weisungen, dass unter anderem bei Direktvergaben ab Fr. 50 000.-- (Lieferungen, Dienstleistungen und Baunebengewerbe) bzw. Fr. 100 000.-- (Bauhauptgewerbe) in der Regel mindestens drei Konkurrenzofferten einzuholen sind. Wenn von der Einholung von Konkurrenzofferten in Ausnahmefällen abgesehen werden soll, so ist für dieses Vorgehen die Bewilligung des Departementsvorstehers einzuholen, wobei unter gleich geeigneten potenziellen Offertstellern abzuwechseln ist - dies ganz im Sinne der Förderung des wirksamen Wettbewerbs. Beim Einladungsverfahren wird in den Weisungen darauf hingewiesen, dass bei der Auswahl der Einzuladenden, wenn möglich, immer auch ein auswärtiger Anbieter eingeladen werden sollte.

2.2 Antworten zu den konkreten Fragen

Zu Frage 1:

Grundsätzlich gilt hinsichtlich der Vergabekompetenz der kantonalen Ämter und Dienststellen die gesetzliche Regelung in der Verordnung über den Finanzhaushalt (SRSZ 144.110) sowie der Vollzugsverordnung zur Verordnung über den Finanzhaushalt (SRSZ 144.111). Seit Inkrafttreten der wirkungsorientierten Verwaltungsführung ist die Regelung der Vergabekompetenzen indessen differenzierter geregelt. Entscheidend ist, ob es sich bei der jeweiligen Vergabestelle um eine WOV-Einheit handelt, das heisst, eine Verwaltungseinheit, die ihre Aufgaben nach den Grundsätzen der wirkungsorientierten Verwaltungsführung zu erfüllen hat (WOV-Verordnung, SRSZ 143.210). Diesbezüglich erliess der Regierungsrat für jedes Departement einen separaten Beschluss, in welchem aufgeführt ist, welche Ämter und Dienststellen des Departementes eine WOV-Einheit darstellen und wo die Ausgaben- und Vergabungszuständigkeiten der WOV-Einheiten, des Departementes und des Regierungsrates in den einzelnen Verfahren des öffentlichen Beschaffungswesen geregelt sind. Für die Ämter und Dienststellen, die keine WOV-Einheiten sind, gilt die gesetzliche Regelung der erwähnten Erlasse. Mit der Umstellung der ganzen Verwaltung auf WOV können diese Regeln vereinheitlicht werden.

Zu Frage 2:

Für die Unternehmerwahl ist sowohl im freihändigen Verfahren wie auch im Einladungsverfahren primär die Eignung des Unternehmens entscheidend. Es sind grundsätzlich nur Anbieter zur Offertstellung einzuladen, welche die Arbeit einwandfrei erfüllen können. Dies erfordert von der Vergabestelle, dass sie die Anforderungen an die Unternehmer bzw. die Anforderungen an den Auftrag vor der Anfrage abschliessend klärt. Erfüllt ein Unternehmer die Anforderungen und wurde bereits vorgängig erfolgreich zusammengearbeitet, kann das mitunter ein Grund sein, den Unternehmer einzuladen. Gemäss den regierungsrätlichen Weisungen ist aber sowohl im freihändigen Verfahren wie auch im Einladungsverfahren unter gleich geeigneten potenziellen Offertstellern abzuwechseln. Beim Einladungsverfahren wird explizit erwähnt, dass, wenn möglich, immer auch ein auswärtiger Anbieter eingeladen werden sollte. Zur Gewährleistung der Abwechslung unter den Anbietern trägt ausserdem die vom Regierungsrat verlangte Einholung von Konkurrenzofferten bei den freihändigen Vergaben bei (beim Einladungsverfahren ist dies bereits in der IVöB verankert). Die Aufsicht wird durch den Departementsvorsteher und auch die Finanzkontrolle wahrgenommen. Auch beim freihändigen Verfahren und Einladungsverfahren gilt das Diskriminierungsverbot. Die Submissionen dürfen also nicht so gestaltet werden, dass auswärtige Anbieter von vornherein stets ausgeschlossen werden, da sie die spezifischen Kriterien nicht erfüllen. Ausserdem gelten auch bei diesen Verfahren die Grundsätze des Binnenmarktgesetzes (vgl. Erwägungen in Ziffer 2.1).

Zu Frage 3:

In diesem Zusammenhang sind auf die Ausführungen unter Ziffer 2.1 zu verweisen. Die Absicht, möglichst viele kantonseigene Unternehmen zu berücksichtigen, widerspricht dem Binnenmarktgesetz, welches den freien Marktzugang auf dem gesamten Gebiet der Schweiz fördern will. Eine solche Absicht ist mit den harmonisierten nationalen und internationalen Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens nicht vereinbar. Ausserdem würde sich eine solche Einschränkung des Marktes längerfristig zu Ungunsten des Kantons Schwyz auswirken, und die Umsetzung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in der Verwaltungsführung könnten in Frage gestellt sein.

Beschluss des Regierungsrates

1. Der Vorsteher des Baudepartementes wird beauftragt, die Antwort im Kantonsrat zu vertreten.

2. Zustellung: Mitglieder des Kantons- und Regierungsrates; Justizdepartement; Baudepartement; Departement des Innern; Erziehungsdepartement; Volkswirtschaftsdepartement; Finanzdepartement; Militär- und Polizeidepartement

Im Namen des Regierungsrates:

Werner Zwysig, Staatsschreiber-Stellvertreter