



Botschaft

der Standeskommission an den Grossen Rat des Kantons Appenzell I.Rh. zum

Einführungsgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (EGöB)

1. Ausgangslage

Bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen zur Erfüllung einer Aufgabe durch die öffentliche Hand sind gewisse Regeln zu beachten. Im Gegensatz zu privaten Beschaffenden dürfen die Herstellerinnen und Hersteller, Handwerkerinnen und Handwerker, Lieferantinnen und Lieferanten oder Dienstleisterinnen und Dienstleister nicht einfach nach Gutdünken ausgewählt werden. Die Beschaffungen der öffentlichen Hand werden in der Regel mit Steuergeldern oder mit anderen, durch die Bevölkerung geleisteten Gelder getätigt. Die Ausgaben müssen daher möglichst im Interesse der ganzen Bevölkerung vorgenommen werden. Insbesondere soll verhindert werden, dass die Beschaffung unter Einbezug von persönlichen Präferenzen vorgenommen wird, welche zwar etwas teurer, aber von weichen Faktoren beeinflusst sind. Private dürfen solche weichen Faktoren nach ihrer freien Entscheidung miteinbeziehen. Die Gesamtheit dieser Regeln und Vorschriften werden das «öffentliche Beschaffungswesen» genannt. Es umfasst nicht nur Regeln zur Bestimmung der Beschaffungskriterien, sondern auch Rechts- und Verfahrensregeln. Bei Verletzung dieser Regeln besteht für die Anbietenden sodann eine Rechtsschutzmöglichkeit.

Der Bund hat für seine Beschaffungen das Bundesgesetz über die öffentlichen Beschaffungen (BöB) erlassen. Dieses wurde komplett überarbeitet und ist per 1. Januar 2021 in Kraft getreten. Auf kantonaler Ebene haben sich die Kantone bislang in einem Konkordat, das heisst unter Abschluss einer interkantonalen Vereinbarung zusammengeschlossen. Die bisherige Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen wurde 2001 erlassen, der Kanton Appenzell I.Rh. ist diesem Konkordat im Jahr 2005 beigetreten. Diese Vereinbarung ist bekannt als die IVöB 2001. Die Details und der Vollzug dieser Vereinbarung waren bislang im Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB, GS 726.000) sowie in der zugehörigen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, GS 726.010) geregelt.

Mit der Anpassung des Gesetzes auf Bundesebene wurde durch die Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz (BPUK) und dem daraus entstandenen Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) ebenfalls eine neue Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) ausgearbeitet. Die IVöB 2019 ist ebenfalls moderner und weitestgehend analog zum Bundesgesetz ausgestaltet. Die Regelungen sind sehr viel umfassender als in der bisherigen IVöB 2001. Der aktualisierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 ist der Kanton Appenzell I.Rh. am 8. Februar 2021 beigetreten. Dieser Beitritt hat zur Folge, dass die Ausführungsgesetzgebung ebenfalls angepasst werden muss.

Aufgrund der dichteren Regelung in der IVöB 2019 sind weniger Details auf kantonaler Ebene zu regeln. Damit eine klare Abgrenzung zwischen der bisherigen Vereinbarung und der aktualisierten Vereinbarung vorgenommen werden kann, sollen die Details des Vollzugs neu mit dem Einführungsgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (EGöB) sowie mit der Verordnung zum Einführungsgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (VEGöB) geregelt werden.

Abhängig vom Wert der Beschaffung sind unterschiedliche Verfahrensarten anwendbar. Es gilt somit nicht für jede Beschaffung der gleich dichte Kreis an Regelungen: Es wird unterschieden zwischen dem offenen Verfahren, dem selektiven Verfahren, dem Einladungsverfahren und dem freihändigen Verfahren. Zudem liegt eine Beschaffung ab einem gewissen Schwellenwert im Staatsvertragsbereich. Im offenen Verfahren ist der Auftrag öffentlich auszuschreiben, wobei jede oder jeder Anbietende ein Angebot einreichen kann. Im selektiven Verfahren ist der Auftrag ebenfalls öffentlich auszuschreiben, allerdings müssen die Anbietenden vorab einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Die oder der Auftraggebende wählt sodann die Anbietenden aus, welche ein Angebot einreichen dürfen. Im Einladungsverfahren wählt die oder der Auftraggebende direkt aus, welche Anbietenden ein Angebot einreichen dürfen. Im freihändigen Verfahren wählt sodann die oder der Auftraggebende direkt aus, wem sie oder er den Auftrag erteilen will. Die Details hierzu sind der IVöB 2019 zu entnehmen.

Zudem sind in der IVöB 2019 mehrere sogenannte Vergabekriterien oder Zuschlagskriterien vorgesehen. Diese umschreiben abstrakt, unter welchen Gesichtspunkten ein Angebot bewertet und eine Beschaffung getätigt werden kann. Vorgesehen sind beispielsweise Kriterien wie der Preis, die Qualität der Leistung, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit, Ästhetik, Kundendienst oder Lieferbedingungen.

Bereits in der Beratung rund um den Beitritt zur IVöB 2019 wurde, vor allem von Seiten des Gewerbeverbands, die Aufnahme von weiteren Zuschlagskriterien verlangt. Insbesondere wurde gewünscht, dass Regelungen für die Berücksichtigung der unterschiedlichen Preisniveaus sowie der Verlässlichkeit des Preises aufgenommen werden sollen. Mit dem Zuschlagskriterium «unterschiedliche Preisniveaus» sollten die schweizerischen Unternehmen vor der ausländischen Konkurrenz im Preiskampf um öffentliche Aufträge geschützt werden. Es sollten bei der Angebotsbewertung die unterschiedlichen Preisniveaus der einheimischen und der ausländischen Anbietenden berücksichtigt und allenfalls bereinigt werden. Das Kriterium «Verlässlichkeit des Preises» soll bewirken, dass neben dem nominalen Preis neu auch die Verlässlichkeit des Preises miteinbezogen werden soll und so das vorteilhafteste Angebot gewählt werden kann. So sollten nicht mit der Eingabe eines «Dumpingangebots» Aufträge aufgrund des tiefen Preises vergeben werden, welche später erhebliche Mehrkosten nach sich ziehen. Diese beiden Vorschläge konnten im Beitrittsbeschluss nicht eingebracht werden, da eine Anpassung des Wortlauts der interkantonalen Vereinbarung nicht möglich war. Im Grossen Rat wurde darauf hingewiesen, dass diese Themen erst in der Erarbeitung der Ausführungsgesetzgebung behandelt werden können.

2. Zusätzliche Zuschlagskriterien

Gemäss Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019 dürfen die Kantone Ausführungsbestimmungen erlassen. Sie müssen sich dabei allerdings an den gesetzlichen Rahmen halten, und es dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften erlassen werden, welche die Rechte des Adressatenkreises beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen. Wenn im kantonalen Ausführungsgesetz weitere generell-abstrakte Zuschlagskriterien vorgesehen würden, müssten diese von den Vergabestellen umgesetzt werden. Den Vergabestellen der Auftraggebenden, welche gemäss Art. 8 IVöB 2019 zum Adressatenkreis der IVöB 2019 gehören, würden neue, kantonal-rechtliche Pflichten auferlegt. Dies widerspricht Art. 64 Abs. 4 IVöB 2019. Grundsätzlich sind somit weder eine Preisniveaunklausel noch eine Verlässlichkeitsklausel zulässig.

Selbst wenn man die grundsätzliche Unzulässigkeit gemäss Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019 ausser Acht lässt, bestehen zwingend zu beachtende Einschränkungen aus den Staatsverträgen und zusätzliche praktische Probleme.

a. Preisniveauklausel

Im Staatsvertragsbereich besteht kein Raum für die Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus, da ein solches Zuschlagskriterium im Widerspruch zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz steht. Im Binnenmarktbereich wäre eine Preisniveauklausel grundsätzlich anwendbar, jedoch praktisch ohne grosse Bedeutung: Im Einladungsverfahren kann die oder der Auftraggebende von Vorneherein ihre oder seine Auswahl auf schweizerische Anbietende beschränken, sodass kein Bedarf für eine Preisniveauklausel besteht. Somit wäre die Preisniveauklausel für Lieferungen und Dienstleistungen lediglich auf Aufträge im Wert von Fr. 250'000.-- bis Fr. 300'000.-- anwendbar. Bei Bauaufträgen wäre die Preisniveauklausel auf Aufträge von Fr. 250'000.-- (Baunebengewerbe) und Fr. 500'000.-- (Bauhauptgewerbe) bis Fr. 8.7 Mio. anwendbar. Da jedoch der Auftragswert grundsätzlich anhand des Gesamtwerts aller für ein Bauwerk massgeblichen Bauleistungen bestimmt wird, fallen auch kleinere Beschaffungen rasch in den Staatsvertragsbereich, wenn sie Teil eines Gesamtprojekts sind.

Zudem bestünden praktische Probleme bei der Anwendung. Die Vergabestellen müssten für jede Beschaffung einen internationalen Preisvergleich vornehmen, um feststellen zu können, welches Angebot das finanziell günstigste ist. Hierfür müssten zur Feststellung des inländischen Preisniveaus vorgängig branchen- oder sektorspezifische Preisvergleiche herangezogen werden, was sehr gute Kenntnis der betroffenen Märkte voraussetzt. Die Ausschreibung müsste sich auf Hypothesen abstützen, welche sich nach der Öffnung und Bewertung auch als falsch erweisen können. Die Erhebung und laufende Aktualisierung zuverlässiger Daten in diesem Kontext hätte bei den Auftraggebern einen erheblichen bürokratischen Aufwand zur Folge. Der Nachweis der Herkunft jeglicher verwendeter Rohstoffe und Fertigprodukte würde zudem auch den Aufwand der Anbietenden massiv erhöhen.

Schliesslich würde mit einem Korrekturfaktor, der gewisse Standortvorteile in anderen Produktionsländern, beispielsweise tieferes Lohnniveau oder weniger strenge Umweltvorschriften, ausgleichen soll, zwar eine - praktisch kaum erreichbare - Chancengleichheit angestrebt. Damit würden jedoch strukturelle Ziele verfolgt, was nicht im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung erfolgen kann. Dem Ziel des öffentlichen Beschaffungswesens, mit Steuergeldern sorgsam umzugehen und das finanziell günstigste Angebot zu wählen, würde einer Preisniveauklausel entgegenlaufen.

b. Verlässlichkeitsklausel

Die Verlässlichkeitsklausel hängt grundsätzlich nicht von der anzuwendenden Verfahrensart ab und könnte wohl für jede Beschaffung zur Anwendung gebracht werden. Jedoch hätte auch dieses Zuschlagskriterium erhebliche praktische Unsicherheiten zur Folge. Die Frage, wie verlässlich der offerierte Preis ist, kann vorgängig kaum für einzelne Anbietende unterschiedlich bewertet werden. Der offerierte Preis ist verbindlich und seine Verlässlichkeit wird mit dem Zuschlag fixiert. Es ist selbstverständlich bei der Bewertung der Angebote sicherzustellen, dass die ausgeschriebenen Leistungen vollständig enthalten sind. Dass für nachträgliche Projektänderungen auch zusätzlich zu vergütende Mehrkosten anfallen können, ist ebenfalls bei allen Anbietenden gleichermassen der Fall. Mit diesem Kriterium könnten somit höchstens Hypothesen angestellt werden, wie kulant jede oder jeder Anbietende auf der späteren Geltendmachung berechtigter Mehrkosten bestehen wird. Das ist willkürfrei kaum möglich. Unberechtigte Mehrkosten würden ebenfalls bei allen Anbietenden gleichermassen abgelehnt.

Ausserdem sieht Art. 38 Abs. 3 IVöB 2019 vor, dass die oder der Auftraggebende nachfragen muss, wenn ein Angebot mit einem ungewöhnlich niedrigen Preis eingeht. Abs. 2 sieht vor, dass von den Anbietenden verlangt werden kann, dass sie ihre Angebote erläutern müssen.

Wenn ein aussergewöhnlich günstiges Angebot eingeht, muss die oder der Auftraggebende somit nachfragen und sich das Angebot allenfalls erklären lassen. Art. 39 IVöB 2019 sieht zudem vor, dass eine Bereinigung der Angebote vorgenommen werden kann, damit die Angebote vergleichbar gemacht werden können. Dumpingangebote können also bereits ohne eine Verlässlichkeitsklausel ermittelt und aussortiert werden.

c. Fazit

Wie bereits festgehalten, ist die Aufnahme von zusätzlichen, generell-abstrakten Zuschlagskriterien aufgrund von Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019 nicht zulässig. Ausserdem sind sowohl die Preisniveau- als auch die Verlässlichkeitsklausel weder praktikabel noch zielführend, da sie einen Mehraufwand für die oder den Auftraggebenden sowie die oder den Anbietenden nach sich ziehen und dennoch mit erheblichen Unsicherheiten verbunden sind.

3. Vernehmlassung

...

4. Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln

Art. 1 Zweck

Der Zweck des Ausführungsgesetzes ist im Vergleich zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen unverändert geblieben: Es geht immer noch um das öffentliche Beschaffungswesen und um den Vollzug der zugehörigen Gesetzgebung und der Vereinbarung. Im Vollzug des öffentlichen Beschaffungswesens ist immer auch das Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02) zu beachten. Von besonderer Relevanz ist insbesondere Art. 5 BGBM, welcher sich mit den öffentlichen Beschaffungen befasst. Ein Verweis im Einführungsgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen soll daran erinnern, dass die Auftraggebenden mit ihren Verfügungen, beispielsweise der Zuschlagserteilung, einheimischen Anbietenden keinen Vorrang geben und keine protektionistischen Ziele verfolgen dürfen. Ansonsten verweist Art. 1 EGöB auf die IVöB 2019: Das Einführungsgesetz soll die Details für den Vollzug regeln. Es bleibt allerdings darauf hinzuweisen, dass die IVöB 2019 die Details bereits umfänglich regelt und daher auf kantonaler Ebene nur ein eingeschränkter Regelungsspielraum verbleibt.

Art. 2 Geltungsbereich

Dieser Artikel umschreibt den Geltungsbereich, auf welchen das Gesetz anwendbar ist. Es wird also umschrieben, wer sich an das Gesetz halten muss. Die IVöB 2019 befasst sich im 2. Kapitel (Art. 4 bis Art. 10) selber mit dem Geltungsbereich und der Anwendbarkeit. Sie regelt diesen Bereich abschliessend, weshalb kein Regelungsspielraum auf kantonaler Ebene vorhanden bleibt. Es ist nicht notwendig, dass im Einführungsgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen die gesamte Regelung wiederholt wird. Da ausserdem bei marginalen Anpassungen der IVöB 2019 nicht auch das Einführungsgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen angepasst werden soll, ist eine Wiederholung des Wortlauts zudem nicht sinnvoll. Ein Querverweis auf die Regelungen der IVöB 2019 reicht aus. Es handelt sich dabei um einen dynamischen Verweis, das heisst, wenn der Geltungsbereich in der IVöB 2019 ausgedehnt oder eingeschränkt würde, würde dieser auch automatisch für den Kanton Appenzell I.Rh gelten.

In der IVöB 2019 werden der subjektive und der objektive Geltungsbereich unterschieden. Der subjektive Geltungsbereich umschreibt, für wen das öffentliche Beschaffungswesen anwendbar

ist. Der objektive Geltungsbereich hingegen umschreibt, für welche Beschaffungen das öffentliche Beschaffungswesen angewendet werden muss.

Subjektiv gelten die IVöB 2019 und das Einführungsgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen für staatliche Behörden sowie zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten, zum Beispiel für den Kanton oder die Bezirke. Je nach Wert der Beschaffung können ebenfalls öffentliche und private Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen und die mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten ausgestattet sind und in bestimmten Sektoren tätig sind, unterstellt werden. Ausserdem sind auch andere Objekte und Leistungen unterstellt, wenn sie zu mehr als 50% der Gesamtkosten aus öffentlichen Geldern subventioniert sind. Es gilt also die Grundregel, dass wer eine öffentliche Aufgabe erfüllt, grundsätzlich dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt ist. Ob jemand dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt ist oder nicht, kann der IVöB 2019 entnommen werden.

In objektiver Hinsicht gilt der Grundsatz, dass ein Vertrag zwischen Auftraggebenden und Anbietenden, welcher der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt ist, soweit er entgeltlich ist und wenn Leistung und Gegenleistung ausgetauscht wird, wobei die charakteristische Leistung durch die Anbietenden erbracht wird. Typischerweise wird dabei zwischen einer Bauleistung, einer Lieferung und einer Dienstleistung unterschieden. Die IVöB 2019 sieht Ausnahmen vor, welche Leistungen ohne Anwendung des öffentlichen Beschaffungswesens bezogen werden können.

Art. 3 Rechtsmittel

Art. 51 ff. IVöB 2019 befassen sich mit dem Rechtsschutz. Art. 53 IVöB 2019 regelt gleich auch, gegen welche Verfügungen die Erhebung einer Beschwerde möglich ist. Von praktischer Relevanz ist insbesondere die Möglichkeit, die Vergabe des Auftrags (sog. Zuschlag) anzufechten. Somit können andere Anbietende anfechten, wenn sie mit der Erteilung eines Auftrags an eine Konkurrentin oder einen Konkurrenten nicht einverstanden sind. Die IVöB 2019 sieht vor, dass «mindestens ab dem Einladungsverfahren» eine Beschwerdemöglichkeit geschaffen werden muss. Dem Kanton verbleibt Regelungsspielraum hinsichtlich des Einräumens einer Beschwerdemöglichkeit für die freihändigen Verfahren.

Im freihändigen Verfahren werden oftmals mehrere Offerten eingeholt, welche in der Regel dem Quervergleich der Angebote dienen. Der Sinn des freihändigen Verfahrens ist, dass Aufträge einfach und ohne Ausschreibung vergeben werden können. Die Vergabe geschieht somit ohne typische Zuschlagserteilung. Jedoch werden dadurch auch die Anbietenden, welche den Auftrag nicht erhalten, informiert, dass einer Konkurrentin oder einem Konkurrenten ein Auftrag des Staats erteilt wird. Diese Information soll gerade nicht mittels Beschwerde angefochten werden können, da sonst das freihändige Verfahren seines Sinnes entleert würde. Um Verwirrungen und unnötige Rechtsmittelerhebungen zu verhindern, wird im Einführungsgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen klar festgehalten, dass im freihändigen Verfahren keine Beschwerde möglich ist.

Im Weiteren wird lediglich auf die IVöB 2019 und auf das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 25. April 2010 (VerwGG, GS 173.400) verwiesen. Die Zuständigkeit sowie der genaue Verfahrensablauf im Rechtsmittelverfahren ergibt sich aus diesen beiden Gesetzen abschliessend und deutlich genug. Eine Wiederholung im Einführungsgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen ist nicht notwendig.

Art. 4 Ausführungsbestimmungen

Wie bereits in der bisherigen Ausführungsgesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen sollen die Details durch den Grossen Rat geregelt werden.

Art. 5 Aufhebung bestehenden Rechts

Das interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen gibt vor, dass die bestehende interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen aus dem Jahre 2001 (IVöB 2001) in jedem Kanton bestehen bleiben muss, bis alle Kantone die neue IVöB 2019 in Kraft gesetzt haben. Hiermit soll bewirkt werden, dass allfällige Streitigkeiten zwischen den Kantonen auf einer gemeinsamen Vereinbarung geklärt werden können. Es ist jedoch nicht notwendig, die bereits bestehende kantonale Ausführungsgesetzgebung bestehen zu lassen, da diese in einer interkantonalen Streitigkeit ohnehin nicht entscheidend ist. Mit dem Erlass des neuen Einführungsgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen wird das bestehende Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen hinfällig und kann aufgehoben werden.

Art. 6 Inkrafttreten

Damit die gesamten Verfahrensregeln gleichzeitig Geltung erlangen, soll mit Erlass der Verordnung auch das Gesetz in Kraft gesetzt werden. Hierfür soll in der Verordnung ein bestimmter Tag vorgesehen werden.

5. Antrag

Die Ständekommission beantragt dem Grossen Rat, von dieser Botschaft Kenntnis zu nehmen, auf die Beratung des Einführungsgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen einzutreten und diesen wie vorgelegt zu verabschieden.

Appenzell,

Namens Landammann und Ständekommission

Der reg. Landammann: Der Ratschreiber:

Roland Dähler

Markus Dörig