

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich

Sitzung vom 10. Dezember 2014

1342. Vernehmlassung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)

Mit Schreiben vom 22. September 2014 hat das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) bei den Kantonen und interessierten Kreisen das Vernehmlassungsverfahren zur Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) eröffnet.

Das WTO-Übereinkommen (Government Procurement Agreement, GPA) vom 15. April 1994 setzt international den Standard für das öffentliche Beschaffungswesen und trat auf den 1. Januar 1996 in Kraft. Weiter gilt je ein bilaterales Abkommen mit den EU- und EFTA-Staaten über bestimmte Gesichtspunkte des öffentlichen Beschaffungswesens. Das GPA wird wegen der verfassungsmässigen Kompetenzverteilung auf Bundes- und Kantonsebene getrennt umgesetzt. Mit der IVöB vom 15. März 2001 regeln die Kantone ihr Beschaffungsrecht. Sie setzen mit diesem Konkordat die Verpflichtungen aus den internationalen Verträgen rechtskonform um. Der Bund regelt die in seinen Anwendungsbereich fallenden Beschaffungen mit dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) sowie der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB).

Am 30. März 2012 wurde das revidierte GPA formell durch die Mitgliedstaaten verabschiedet. Am 6. März 2014 trat es in Kraft, nachdem das erforderliche Quorum erreicht worden war. Die Schweiz wird das revidierte GPA erst ratifizieren, wenn die Anpassungen des innerstaatlichen Rechts auf Stufe Bund und Kantone abgeschlossen sind. Nachdem 2008 die Revision des BöB gescheitert war, setzte sich die Absicht durch, das öffentliche Beschaffungswesen auf Stufe Bund und Kantone im Interesse der Wirtschaft wenn möglich zu harmonisieren. Entsprechend sollten die Umsetzungen des revidierten GPA in die nationalen Rechtsordnungen von Bund und Kantonen – unter Beachtung der föderalen Kompetenzen – inhaltlich möglichst aneinander angeglichen werden. Der vorliegende Vorschlag wurde von einer paritätisch aus Bundes- und Kantonsvertretungen zusammengesetzten Arbeitsgruppe erarbeitet. Der Kanton Zürich war in dieser Arbeitsgruppe durch den Vorsitzenden der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen (KöB) vertreten.

In die Vorlage wurden die Vergaberichtlinien vom 15. März 2001 (VRöB) zur IVöB weitgehend aufgenommen. Der Text der IVöB wurde neu gegliedert, sprachlich angepasst und mit Begriffsdefinitionen ergänzt. Der Entwurf sieht neue Instrumente wie elektronische Auktionen und den Dialog vor. Zudem enthält er einen Kompromissvorschlag. Die Kantone lassen entgegen dem bisherigen Recht unter bestimmten Voraussetzungen Verhandlungen zu, während der Bund im Binnenmarktbereich neu ab Fr. 150 000 den Rechtsschutz vorsehen müsste. Dieser Vorschlag soll aber nur zum Tragen kommen, wenn ihn Bund und Kantone annehmen.

In die Vernehmlassung wurden neben den Direktionen des Regierungsrates und der Staatskanzlei der Gemeindepräsidentenverband des Kantons Zürich, die Städte Zürich und Winterthur sowie die Verwaltungskommission der obersten Gerichte einbezogen. Die Adressaten begrüßen mehrheitlich die neue Vorlage, insbesondere weil damit das Beschaffungswesen schweizweit harmonisiert werden soll. Der Gemeindepräsidentenverband und die Stadt Winterthur befürchten eine Verkomplizierung des Beschaffungsverfahrens.

Auf Antrag der Baudirektion

beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an das Interkantonale Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (Haus der Kantone, Speichergasse 7, 3000 Bern 7, auch per E-Mail an regina.fueeg@bpuk.ch):

Mit Schreiben vom 22. September 2014 haben Sie uns zur Vernehmlassung zur Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) eingeladen. Wir danken für diese Gelegenheit und äussern uns wie folgt:

A. Allgemeine Bemerkungen

Das Konzept für die parallele Revision des Beschaffungsrechts des Bundes und der Kantone hat sich das Ziel gesetzt, das revidierte GPA auf Stufe Bund und Kantone umzusetzen sowie gleichzeitig das Beschaffungsrecht in der Schweiz möglichst weitgehend zu vereinheitlichen.

Durch die weitgehende Übernahme der bewährten VRöB in den Entwurf der IVöB sind kantonal unterschiedliche Ausführungsvorschriften künftig kaum mehr notwendig, was einen grossen Harmonisierungsschritt darstellt. Die neue Gliederung mit einer Unterteilung in zehn Kapitel ist anwenderfreundlich. Die Definition von Begriffen führt insgesamt zu mehr Klarheit und zu einer einheitlicheren Anwendung des Beschaf-

fungsrechts. Zudem regelt der Entwurf wichtige Institute wie die In-House, die In-State und die Quasi-in-House Vergaben sowie die in der Praxis vermehrt angewendeten Rahmenverträge. Schliesslich ist zu begrüessen, dass zahlreiche bewährte Regelungen aus der IVöB übernommen worden sind. Die materiellen Neuerungen beschränken sich im Wesentlichen auf die Einführung von neuen Instrumenten wie dem Dialog und der elektronischen Auktion. Diese Instrumente bringen den Beschaffungsstellen mehr Flexibilität und modernisieren den bestehenden Erlass der Kantone massvoll.

Insgesamt bildet der Entwurf damit eine gute Grundlage für eine schweizweite einheitliche Praxis des Vergaberechts. Davon werden nicht nur Unternehmen, die sich um Vergaben der öffentlichen Hand bemühen, sondern auch die Vergabestellen selbst profitieren.

Wie gewünscht, nehmen wir vorab ausdrücklich Stellung zum ausgearbeiteten Kompromissvorschlag betreffend die Themen «Verhandlungen» und «Rechtsschutz». Dieser sieht vor, dass die Kantone unter bestimmten Bedingungen Verhandlungen zulassen, während im Gegenzug der Bund für den Binnenmarktbereich den Rechtsschutz ab Fr. 150 000 vorsehen müsste.

Verhandlungen:

Wir lehnen den Vorschlag, neu Verhandlungen einzuführen, ab.

Die Kantone haben die Einführung der Verhandlungsmöglichkeit bisher entschieden und nahezu ausnahmslos abgelehnt. Die Argumente, die gegen Verhandlungen bei Beschaffungen der öffentlichen Hand sprechen, sind im Erläuternden Bericht eingehend und zutreffend dargelegt (S. 29 f.). Im Vordergrund steht einerseits die Befürchtung, dass Anbietende in ihren Offerten Verhandlungsmargen einbauen, die durch das Führen von im Voraus anzukündigenden Verhandlungen wieder ausgemerzt werden müssten. Andererseits sind Verhandlungen aufwendig und setzen grosse Anforderungen an die beteiligten Personen der Vergabestellen. Anbietende verweisen ferner auf die Gefahren fehlender Transparenz und des Missbrauchs der Nachfragemacht durch die Auftraggeber. Gerade auch in jüngster Zeit hat das Thema «Beziehungskorruption» wegen festgestellter Unregelmässigkeiten bei öffentlichen Beschaffungen grosse Bedeutung erlangt.

Für komplexe Aufträge und innovative Leistungen wird zudem neu der Dialog zur Verfügung gestellt.

Rechtsschutz:

Wir lehnen den Vorschlag, den Rechtsschutz erst ab Fr. 150 000 zu gewähren, ab.

Das bisherige System des durchgängigen Rechtsschutzes hat sich für den Kanton Zürich grundsätzlich bewährt. Es ist fraglich, ob die neu vorgesehene Schwelle für den Rechtsschutz verfassungskonform ist. Gemäss Art. 29a BV hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Allerdings können Bund und Kantone durch Gesetz die richterliche Beurteilung im Ausnahmefall ausschliessen. Art. 77 Abs. 1 der Kantonsverfassung des Kantons Zürich (KVZH) bestimmt sodann, dass das Gesetz für Anordnungen, die im Verwaltungsverfahren ergangen sind, die wirksame Überprüfung durch eine Rekursinstanz sowie den Weiterzug an ein Gericht zu gewährleisten hat. Das Gesetz sieht in begründeten Fällen Ausnahmen vor.

Die von der Bundesverfassung gewährleistete Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) kann nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden. Im Zusammenhang mit dem Ausschluss der Rechtswegmöglichkeit bei Vergabeentscheiden öffentlicher Vergabestellen bei Auftragswerten bis Fr. 150 000 wird im Erläuternden Bericht nicht dargelegt, inwiefern hier ein Ausnahmefall im Sinne von Art. 29a BV vorliegen soll. Es sind denn auch keine sachlichen Gründe ersichtlich, die den Ausschluss des Zugangs zum Gericht bei Vergabeentscheiden mit Auftragswerten bis Fr. 150 000 rechtfertigen würden. Dabei ist zu beachten, dass durch den Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeit von Vergabeentscheiden bis zum besagten Auftragswert die Rechtsposition der Rechtsunterworfenen erheblich berührt wird, wird ihnen doch der verfassungsrechtlich grundsätzlich garantierte Rechtsschutz vollständig verwehrt. Dies ist nicht leichthin hinzunehmen. Nur gewichtige Gründe vermögen deshalb eine Ausnahme zu rechtfertigen.

Noch strenger sind die Anforderungen der Kantonsverfassung, damit ein Gesetz die Möglichkeit einer Überprüfung durch eine Rechtsmittelinstanz ausschliessen kann. Hierzu bedarf es gemäss Art. 77 KVZH ausdrücklich «begründeter Fälle». Eine Begründung für die Ausnahme von Vergabeentscheiden mit Auftragswerten bis Fr. 150 000 wird nicht vorgebracht und ist auch nicht ersichtlich. Dass der Bund keinen Rechtsschutz für seine Vergaben will und die Kantone deshalb ebenfalls den Rechtsschutz für ihre Vergaben einschränken sollen, um die Harmonisierung der beiden Vergabeordnungen zu erreichen, kann für die Kantone jedenfalls nicht als Grund angeführt werden, um den sowohl von der Bundesverfassung als auch von der KVZH garantierten Anspruch auf Zugang zum Gericht auszuhebeln.

B. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

Art. 1

Im Sinne einer Verdeutlichung sollte in den Erläuterungen erwähnt werden, dass der Begriff «Nachhaltigkeit» sowohl im ökonomischen, ökologischen wie auch im sozialen Sinne verstanden wird.

Art. 2

Legaldefinitionen sollten nur mit Zurückhaltung eingeführt werden. Notwendig sind sie grundsätzlich nur dann, wenn der Begriff im Erlass genauer als im Artikel verwendet, definiert werden muss. In diesem Sinne sollte der umfangreiche Katalog von Begriffsdefinitionen überprüft und gegebenenfalls angepasst werden.

Art. 4 Abs. 2

Der Begriff öffentlicher Verkehr bezüglich des Verkehrs in der Luft ist nicht üblich. Wir regen deshalb an, in den Erläuterungen die Begriffe Luftverkehr und See- oder Binnenschiffsverkehr zu verwenden.

Art. 4 Abs. 4

Diese Bestimmung kann weggelassen werden, da sie eine Selbstverständlichkeit ausdrückt.

Art. 6 Abs. 4

Der Gegenstand solcher Vereinbarungen, die Festlegung des Anwendungsbereichs, sollte genannt werden.

Art. 8

Es ist zu prüfen, ob das Erfordernis der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe zwingende Voraussetzung eines öffentlichen Auftrags darstellt. Beispielsweise kann alleine die Finanzierung von (auch privaten) Vorhaben mehrheitlich aus Mitteln der öffentlichen Hand zu einer Unterstellung unter das Vergaberecht führen.

Art. 10 Abs. 1

Abs. 1 ist missverständlich formuliert bzw. legt nahe, dass die Vereinbarung nur dann anwendbar ist, wenn die Schwellenwerte erreicht sind. Wir bevorzugen deshalb die Formulierung gemäss Art. 7 IVöB.

Art. 10 Abs. 3

Die Formulierung des ersten Satzes erweckt den Eindruck, dass auch im Nichtstaatsvertragsbereich der Gesamtwert der Bauarbeiten massgebend ist. Wir bevorzugen die bisherige Formulierung gemäss Art. 7 Abs. 2 IVöB.

Art. 11 Abs. 1 lit. f

Die Anstellung von Personal ist allgemein vom Beschaffungsrecht auszunehmen. Es ist unerheblich, ob die Anstellung mittels Verfügung oder Vertrag begründet wird.

Art. 11 Abs. 2

Die ersatzlose Streichung des bisherigen Art. 10 Abs. 2 lit. e IVöB ist namentlich mit Blick auf Waffen- und Munitionseinkäufe durch die kantonalen und kommunalen Polizeikorps zu überprüfen (vgl. zum Ganzen M. Beyler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Randziffer 978). Sollte an einer Streichung dieser aus Sicht der Polizei wichtigen Bestimmung dennoch festgehalten werden, wäre in den Erläuterungen zu Art. 11 Abs. 2 lit. a explizit die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Munitions- und Waffeneinkäufe durch die kantonalen und kommunalen Polizeikorps zu erwähnen.

Art. 14

Diese Bestimmung weicht von den im allgemeinen Verwaltungsrecht geltenden Ausstandsregeln ab. Die Regelung des Kantons Zürich (§ 5 Verwaltungsrechtspflegegesetz VRG) kann ohne Probleme auch im Beschaffungswesen angewendet werden. Auf Art. 14 sollte deshalb verzichtet werden.

Art. 15 Abs. 1

Diese Bestimmung ist unklar formuliert. Kann daraus etwa geschlossen werden, dass eine an sich vorbefasste Anbieterin bzw. ein an sich vorbefasster Anbieter nicht ausgeschlossen werden muss, wenn ansonsten nur noch ein oder zwei Anbietende im Wettbewerb verbleiben?

Art. 16

Die Erläuterungen halten zu Abs. 5 und 6 fest, dass Verträge mit fester Laufzeit in der Regel auf vier Jahre zu begrenzen seien. Wir erachten die Grenze von vier Jahren als zu tief. Soll eine feste Grenze vorgegeben werden, so wäre diese im Gesetz zu verankern und nicht lediglich in den Erläuterungen zu erwähnen.

IV. Kapitel

Es sollte eine Regelung analog § 16 VRöB vorgesehen werden, welche die Auskünfte gegenüber Anbietenden regelt.

Art. 20 Abs. 1

Die Formulierung ist zu überprüfen, denn das Einladungsverfahren findet nicht «unter Beachtung der Schwellenwerte» statt, sondern es ist im Rahmen der vorgegebenen Schwellenwerte zulässig.

Art. 21 Abs. 1

Die Weisung hält zu Abs. 1 fest, dass das Einholen von Vergleichsofferten vorgängig klar zu kommunizieren sei. Diese Vorgabe ist weder praktikabel, noch entspricht sie der Rechtsprechung (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20 Mai 2009, VB.2008.00555, E. 1.4). Im unterschwelligen Bereich sollte es möglich sein, nach Eingang einer unbefriedigenden Offerte eine zweite einholen zu können, auch wenn dies im Voraus nicht bekannt gegeben worden ist. Ansonsten wäre die Vergabestelle zu formellen Leerläufen mit Abbruch und Wiederholung des Verfahrens gezwungen, was nicht Sinn und Zweck des im Vergleich zu Einladungsverfahren formloseren freihändigen Verfahrens sein kann.

Art. 21 Abs. 3

Dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 3 ist zu entnehmen, dass ein interner Bericht nicht (mehr) nur im Staatsvertragsbereich zu erstellen ist. Die Erläuterungen sind entsprechend zu präzisieren, da dort lediglich ein Bericht im Staatsvertragsbereich gefordert wird.

Art. 24 und 25

Es wird auf die allgemeinen Bemerkungen verwiesen.

Art. 27 Abs. 2

Gemäss Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich sind langfristige Verträge bis zu einer Laufzeit von sieben Jahren zulässig. Auch für die Rahmenverträge erscheint eine Frist von längstens vier Jahren als kurz. Wir regen an, dass die Höchstfrist auf mindestens fünf Jahre verlängert wird.

Art. 27 Abs. 4

Die Frage des Rechtsschutzes bei einem Mini-Tender ist zu klären.

Art. 31

Die Erläuterungen zu Abs. 3 sind zu präzisieren. Bisher war es nicht notwendig, die Gewichtung der Zuschlagskriterien preiszugeben.

Art. 45 Abs. 2

Art. 44 weist nur einen Absatz auf. Entsprechend ist die Verweisung in Art. 45 Abs. 2 auf Art. 44 Abs. 2 lit. 1 zu berichtigen.

Art. 48 Abs. 1

Die Erläuterungen sind in dem Sinne anzupassen, als die Ausschreibungsunterlagen, die nicht öffentlich zugänglich gemacht werden, allen Anbietenden lediglich zeitgleich zur Verfügung stehen müssen. In der Praxis melden sich nicht alle Anbietenden zeitgleich bei der Vergabe-

stelle bzw. deren Beauftragten. Insbesondere kann es sein, dass eine Anbieterin oder ein Anbieter die Ausschreibungsunterlagen erst wenige Tage vor dem Abgabetermin verlangt. Dieser hat zwar tatsächlich einen Nachteil, den er jedoch selber zu verantworten hat.

Art. 49

Gemäss Art. 21 sind neu über sämtliche freihändigen Vergaben Berichte zu erstellen. Entsprechend sind auch sämtliche Berichte aufzubewahren. Die Einschränkung in Abs. 2 lit. i auf Berichte im Staatsvertragsbereich ist daher wegzulassen.

Art. 51

Abs. 1 ist so formuliert, dass sämtliche Verfügungen wahlweise durch Veröffentlichung oder durch individuelle Zustellung eröffnet werden können. Gemäss den Erläuterungen gilt dies aber nicht für die Eröffnung der Ausschreibung, des Zuschlags und des Abbruchs, die immer auch zu publizieren sind. Dieser Widerspruch ist zu beheben.

Die Ausführungen in den Erläuterungen zu Abs. 1 erwecken den Eindruck, dass sämtliche Zuschläge im freihändigen Verfahren aufgrund des Ausnahmetatbestands veröffentlicht werden müssen. Das trifft aber zwingend nur auf die freihändigen Vergaben im Staatsvertragsbereich zu. Die Erläuterungen sind insofern zu präzisieren.

Art. 52 Abs. 1

Es wird auf die allgemeinen Bemerkungen verwiesen.

Art. 52 Abs. 3

Die materiell-rechtlichen und die verfahrensrechtlichen Anforderungen an Beschaffungen sollen künftig in der IVöB kanalisiert werden, was zu begrüßen ist. Die revidierte IVöB setzt die Vorgaben des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) um. Doppelspurigkeiten zum BGBM sollten entsprechend aufgehoben werden, was in der Kompetenz des Bundesgesetzgebers liegt. Die Beschwerdemöglichkeit der WEKO hat bisher zwar keine grosse Bedeutung erlangt. Das Beschwerderecht der InöB halten wir aber nicht für zielführend.

Weitere Bemerkungen

Art. 60a (neu)

Wir unterstützen die Stellungnahme des Vereins simap.ch vom 19. November 2014 und schliessen uns dessen Antrag an, eine Rechtsgrundlage zu schaffen für die Erhebung massvoller Gebühren von den Zuschlagsempfängerinnen und -empfängern sowie für kostenpflichtige Zusatzdienstleistungen.

II. Mitteilung an die Geschäftsleitung des Kantonsrates, die Direktionen des Regierungsrates und die Staatskanzlei, den Verband der Gemeindepräsidenten des Kantons Zürich, Postfach 2336, 8022 Zürich, den Stadtrat Winterthur, Stadtkanzlei, Postfach, 8402 Winterthur, den Stadtrat von Zürich, Stadtkanzlei, Stadthaus, Postfach, 8022 Zürich, und die Verwaltungskommission der obersten Gerichte, c/o Obergericht des Kantons Zürich, Hirschengraben 15, 8001 Zürich.



Vor dem Regierungsrat
Der Staatsschreiber:

Husi