

Vorlage an den Landrat des Kantons Basel-Landschaft

Titel: Beantwortung Interpellation 2009/242 von Landrat Rolf Richterich betreffend "Wie interpretiert der Regierungsrat das geltende öffentliche Beschaffungsgesetz?"

Datum: 3. November 2009

Nummer: 2009-242

Bemerkungen: [Verlauf dieses Geschäfts](#)

Links:

- [Übersicht Geschäfte des Landrats](#)
- [Hinweise und Erklärungen zu den Geschäften des Landrats](#)
- [Landrat / Parlament des Kantons Basel-Landschaft](#)
- [Homepage des Kantons Basel-Landschaft](#)



2009/242

Kanton Basel-Landschaft

Regierungsrat

Vorlage an den Landrat

Beantwortung Interpellation 2009/242 von Landrat Rolf Richterich betreffend "Wie interpretiert der Regierungsrat das geltende öffentliche Beschaffungsgesetz?"

vom 3. November 2009

Am 10. September 2009 reichte Landrat Rolf Richterich die Interpellation [2009/242](#) "Wie interpretiert der Regierungsrat das geltende öffentliche Beschaffungsgesetz?" mit folgendem Wortlaut ein:

- 1. Welchen Spielraum sieht der Regierungsrat bei der Anwendung des öffentlichen Beschaffungsgesetzes und der Verordnung hinsichtlich Zuschlag und Zuschlagskriterien?*
- 2. In wie vielen Fällen hat das Kantonsgericht in den letzten 10 Jahren einer Beschwerde bei öffentlichen Beschaffungen die aufschiebende Wirkung erteilt?*
- 3. Wie versucht der Regierungsrat das Risiko von Erteilung der aufschiebenden Wirkung auszuschliessen?*
- 4. Wie beurteilt der Regierungsrat die Befürchtungen von (potentiellen) Beschwerdeführern, bei späteren öffentlichen Ausschreibungen nicht mehr berücksichtigt zu werden?*
- 5. Wie können im Kanton ansässige Unternehmungen unter Berücksichtigung der Gesetzgebung zur öffentlichen Beschaffung berücksichtigt werden?*
- 6. Inwieweit werden Unternehmen der Nordwestschweiz durch die geltende Gesetzgebung zur öffentlichen Beschaffung in Ihrer Wettbewerbsfähigkeit beeinflusst?*

1. Einleitende Bemerkungen

Das kantonale Gesetz über öffentliche Beschaffungen sowie die Verordnung zum Beschaffungsgesetz sind seit dem 1. Februar 2000 in Kraft und lösten den Landratsbeschluss vom 22. August 1887 betreffend das Submissionswesen ab. Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVÖB ist seit dem 1. Januar 2003 in Kraft und dem Konkordat sind mittlerweile alle Kantone beigetreten.

Die im öffentlichen Beschaffungswesen viel zitierte und diskutierte Möglichkeit, Beschwerde gegen einen Zuschlagsentscheid einzureichen, ist in Art. 9 *Rechtsschutz* des Binnenmarktgesetzes (Bundesgesetz über den Binnenmarkt) stipuliert und seit dem Jahre 1998 zu gewähren. Dieses Be-

schwerderecht wurde in der kantonalen Gesetzgebung umgesetzt (Beschaffungsgesetz und Verordnung) und per 1. Februar 2000 in Kraft gesetzt.

Eine Eigenheit des öffentlichen Beschaffungswesens ist, im Gegensatz zum privatrechtlichen Beschaffungswesen, dass ein nicht berücksichtigter Anbietender gegen den Zuschlagsentscheid Beschwerde einreichen kann. Ob diese nun begründet ist oder nicht, spielt zum Zeitpunkt der Eingabe noch keine Rolle.

Nebst der Bau- und Umweltschutzdirektion agieren auf Stufe Kanton die Kantonsspitäler (VGD) sowie die Schul- und Büromaterialverwaltung (BKSD) als gewichtige Auftraggeber im öffentlichen Beschaffungswesen. Im weiteren sind auch die Gemeinden sowie weitere Auftraggebende wie zum Beispiel die Baselland Transport AG, die Waldenburgerbahn und weitere Träger kantonalen oder kommunaler Aufgaben dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstellt.

2. Der Regierungsrat nimmt zu den einzelnen Fragen wie folgt Stellung

1. Welchen Spielraum sieht der Regierungsrat bei der Anwendung des öffentlichen Beschaffungsgesetzes und der Verordnung hinsichtlich Zuschlag und Zuschlagskriterien?

Gemäss den gesetzlichen Grundlagen im öffentlichen Beschaffungswesen sowie der Rechtsprechung des Kantonsgerichts und des Bundesgerichts sind die für den Zuschlag massgebenden Kriterien (Zuschlagskriterien) in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen im voraus bekannt zu geben.

In der Bewertung der Zuschlagskriterien steht dem Regierungsrat ein gewisser Ermessensspielraum zu, unter Wahrung der Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbietenden, der Transparenz sowie der Rechtssicherheit. Auch hat das Kantonsgericht bislang der zuschlagserteilenden Stelle attestiert, dass diese einen Ermessensspielraum in der Bewertung der Zuschlagskriterien hat, solange die Punkteverteilung sachlich gerechtfertigt ist.

2. In wie vielen Fällen hat das Kantonsgericht in den letzten 10 Jahren einer Beschwerde bei öffentlichen Beschaffungen die aufschiebende Wirkung erteilt?

Das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht, hat in den vergangenen zehn Jahren bei 51 von total 77 Fällen betreffend öffentliche Beschaffungen die aufschiebende Wirkung erteilt.

Das Gericht muss in jedem Einzelfall das Rechtsschutzinteresse der beschwerdeführenden Partei beurteilen und entgegenstehende öffentliche und private Interessen gegenüberstellen. Wenn eine Beschwerde als nicht ausreichend begründet erscheint oder überwiegende öffentliche oder private Interessen gegenüberstehen, wird die aufschiebende Wirkung nicht erteilt (§ 32 Abs.2 Beschaffungsgesetz BL). Das Gericht ist dabei in seiner Praxis sehr zurückhaltend, negative finanzielle Auswirkungen eines längeren Beschwerdeverfahrens als überwiegende öffentliche Interessen anzuerkennen, obwohl dies gerade bei grösseren Projekten den Steuerzahler teuer zu stehen kommen kann (vergl. etwa auf Bundesebene das NEAT-Verfahren).

3. *Wie versucht der Regierungsrat das Risiko von Erteilung der aufschiebenden Wirkung auszuschliessen?*

Ein schwieriges Unterfangen, da jeder nicht berücksichtigte Anbietende das Recht auf das Einreichen einer Beschwerde hat und erst im Verlauf des Verfahrens die Frage der Berechtigung seiner Beschwerde geprüft wird. Auch wenn in den gesetzlichen Grundlagen (IVÖB und kantonales Beschaffungsgesetz) des öffentlichen Beschaffungswesens explizit festgehalten ist, dass die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat, so pflegen die Gerichte eine eigene Praxis, die sich stark am Rechtsschutzinteresse der beschwerdeführenden Partei orientiert. Dies ergibt sich daraus, dass bei Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung die auftraggebende Partei den Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger abschliessen kann und die beschwerdeführende Partei selbst bei erfolgreicher Prozessführung materiell ohne etwas dasteht, weil sie den Auftrag nicht ausführen kann und nach Gesetz auch nur ihre Aufwendungen geltend machen kann, ohne Anspruch auf Schadenersatz für entgangenen Gewinn o.ä. (vergl. § 33 Abs.2 des kantonalen Beschaffungsgesetzes).

Wenn Dringlichkeit einer Beschaffung nachgewiesen werden kann (im Sinne eines öffentlichen Interesses), so wird dies in aller Regel von den Gerichten akzeptiert und die aufschiebende Wirkung nicht erteilt, aber nur dann, wenn die Dringlichkeit nicht selbst verschuldet war. Es muss somit bei der Terminierung einer Beschaffung das Bestreben sein, durch eine allfällige Beschwerde mit aufschiebender Wirkung nicht gravierende Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Die Gerichte gehen oft davon aus, es sei möglich, die Dauer eines allfälligen Beschaffungsbeschwerdeverfahrens jeweils in die zeitliche Planung der Beschaffung miteinbeziehen zu können. Dies ist allerdings gerade bei komplexeren Projekten mit ineinandergreifenden oder voneinander abhängigen Arbeitsgattungen illusorisch, muss doch in einem Beschwerdefall in aller Regel mit einer Verfahrensdauer von sicher über einem halben Jahr gerechnet werden.

4. *Wie beurteilt der Regierungsrat die Befürchtungen von (potentiellen) Beschwerdeführern, bei späteren öffentlichen Ausschreibungen nicht mehr berücksichtigt zu werden?*

Dem Regierungsrat sind diesbezüglich bislang keine Befürchtungen zur Kenntnis gebracht worden.

Grundsätzlich gilt für das offene Verfahren, dass

- die Zahl der Teilnehmenden unbeschränkt ist und alle Unternehmungen, die sich befähigt fühlen, ein Angebot einzureichen, an einem offenen Verfahren teilnehmen können.
- die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben sind und die Bewertung derselben unter Beachtung der Gewährleistung der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Rechtsgleichheit zu erfolgen hat. Der Umstand, dass ein Anbietender in einem anderen Verfahren, welches durch die ausschreibende Stelle durchgeführt wurde, als Beschwerdeführer in Erscheinung trat, darf keinen Eingang in die Bewertung seines Angebots finden. Dies wäre diskriminierend und eine Missachtung des Gleichbehandlungsgebots.
- der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt, welches mittels Bewertung der Zuschlagskriterien ermittelt wird.

Auf Grund der vorgenannten Punkte darf festgehalten werden, dass bei Ausschreibungen im offenen Verfahren alle interessierten Unternehmungen teilnehmen können und für alle Teilnehmenden ein und dieselbe Ausgangslage sowie einheitliche Rahmenbedingungen bestehen.

Es hat auf kantonaler Ebene schon etliche beschwerdeführende Unternehmungen gegeben, welche trotz den Beschwerden wieder Aufträge erhalten haben, und zwar in offenen Verfahren und in Einladungsverfahren. Man ist somit auf Beschaffungsseite sehr wohl in der Lage, sachlich-professionell mit Beschwerdeverfahren umzugehen.

5. *Wie können im Kanton ansässige Unternehmungen unter Berücksichtigung der Gesetzgebung zur öffentlichen Beschaffung berücksichtigt werden?*

Den Auftraggebern (ausschreibende Stellen) stehen als Instrumente das freihändige und das Einladungsverfahren zur Verfügung. In Anwendung eines dieser Verfahren, unter Berücksichtigung der massgebenden Schwellenwerte sowie der Wahrung des Wettbewerbs und Berücksichtigung der eignen volkswirtschaftlichen Bedürfnisse und Gegebenheiten, kann die ausschreibende Stelle im voraus eine Unternehmung (freihändiges Verfahren) oder mehrere Unternehmungen (Einladungsverfahren) auswählen, welche zur Angebotserstellung eingeladen werden.

Es gilt aber zu beachten, dass die Postleitzahl im Einladungsverfahren kein Zuschlagskriterium sein darf; das würde gegen das Diskriminierungsverbot verstossen.

6. *Inwieweit werden Unternehmen der Nordwestschweiz durch die geltende Gesetzgebung zur öffentlichen Beschaffung in ihrer Wettbewerbsfähigkeit beeinflusst?*

Diese Frage kann nicht abschliessend beantwortet werden, da nur die Einschätzung des Regierungsrates sowie der ausschreibenden Stellen der kantonalen Verwaltung wiedergegeben werden kann. Die Sicht der Unternehmungen müsste bei den Branchenverbänden in Erfahrung gebracht werden.

Bis anhin sind dem Regierungsrat aber keine Informationen bezüglich Wettbewerbsbeeinflussung infolge der Gesetzgebung im öffentlichen Beschaffungswesen bekannt. Vielmehr darf davon ausgegangen werden, dass mit den seit 1. Februar 2000 in Kraft stehenden gesetzlichen Bestimmungen im öffentlichen Beschaffungswesen für alle Beteiligten definierte und verbindliche Rahmenbedingungen geschaffen wurden.

Der Regierungsrat ist sich auch bewusst, dass in einzelnen Branchen, wie zum Beispiel im Strassen- und Tiefbau oder im Bereich der Medizinaltechnik, die öffentliche Hand (Bund, Kanton, Gemeinden, Spitäler, Transportunternehmungen etc.) gewichtige Auftraggeber sind, und insbesondere im Strassen- und Tiefbau das Auftragsvolumen der Unternehmungen zu ca. 70 % durch die öffentliche Hand generiert wird. Aus Sicht des Regierungsrates haben sich die Unternehmungen auf die Rahmenbedingungen des öffentlichen Beschaffungswesens eingestellt und können gut mit diesen umgehen.

Liestal, 3. November 2009

Im Namen des Regierungsrates
der Präsident:

Wüthrich

der Landschreiber:

Mundschin