



ÖFFENTLICHES BESCHAFFUNGSWESEN

LANDRATSBESCHLUSS ÜBER DEN BEITRITT ZUR INTERKANTONALEN VEREINBARUNG VOM 15. NOVEMBER 2019 ÜBER DAS ÖFFENTLICHE BESCHAFFUNGS WESEN (IVÖB)

GESETZ ZUR INTERKANTONALEN VEREINBARUNG ÜBER DAS ÖFFENTLICHE BESCHAFFUNGSWESEN (IVÖBG)

Bericht an den Landrat

Titel:	IVöBG	Typ:	Bericht Regierungsrat	Version:	
Thema:	Öffentliches Beschaffungswesen	Klasse:		FreigabeDatum:	06.03.23
Autor:	Rolf Brühwiler, Ladina Aregger, Milena Bächler	Status:		DruckDatum:	
Ablage/Name:	Bericht IVöBG IVöBV externe Vernehmlassung			Registratur:	2019.NWBD.52

Inhalt

1	Übersicht	4
2	Ausgangslage	4
2.1	Gesetzliche Grundlagen	4
2.2	Revision der internationalen Grundlage	5
3	Ziele der IVöB 2019	6
3.1	Umsetzung des GPA	6
3.2	Harmonisierung von nationalem und kantonalem Beschaffungsrecht	6
3.3	Begriffliches	6
3.4	Paradigmenwechsel	6
3.5	Handlungsspielraum	7
3.6	Geltungsbereich	7
3.7	Abbau Administrativaufwand	8
3.8	Wichtigste Neuerungen	8
4	Beitritt zur neuen IVöB	9
5	Auswertung der Vernehmlassungen	9
5.1	Allgemeines	9
5.2	Besondere Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmenden	10
5.2.1	Preisniveau-Klausel	10
5.2.2	Verlässlichkeit des Preises	12
6	Erläuterungen zu einzelnen Bestimmungen	14
6.1	Gesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG)	14
6.2	Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBV, <i>Information</i>)	17
7	Auswirkungen	20
7.1	Allgemein	20
7.2	Finanzielles	20
7.3	Personelles	21
7.4	Wirtschaft	21
7.5	Gemeinden	21
8	Terminplan	21

1 Übersicht

Das öffentliche Beschaffungsrecht – auch Submissionsrecht genannt – ordnet ein wesentliches Segment der Schweizerischen Volkswirtschaft. Öffentliche Beschaffungen der Schweiz betragen derzeit schätzungsweise rund 41 Milliarden Franken jährlich (davon rund 20 % durch den Bund und rund 80 % durch die Kantone und die Gemeinden). Die Baudirektion als grösste Beschaffungsstelle des Kantons Nidwalden hat in den Jahren 2020 und 2021 Beschaffungen von 35.7 Mio. Franken beziehungsweise 27.3 Mio. Franken getätigt.

Die Landsgemeinde hat bereits am 28. April 1996 den Beitritt des Kantons Nidwalden zur Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen beschlossen, die am 15. März 2001 massgeblich revidiert wurde (IVöB 1994/2001). Dieser IVöB sind sämtliche Kantone beigetreten. Am 15. November 2019 wurde die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen durch die Sonderplenarversammlung der Bau-, Planungs- und Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) totalrevidiert. Der Konkordats-Text (nachfolgend als «IVöB 2019» bezeichnet), die Anhänge 1 - 4 sowie die Musterbotschaft, welche insbesondere zur Auslegung der einzelnen Bestimmungen dient, sind unter www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019 elektronisch abrufbar.

Gestützt auf Art. 63 Abs. 1 IVöB 2019 kann jeder Kanton der Vereinbarung durch Erklärung gegenüber dem Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB) beitreten. Die Kantone können unter Beachtung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz Ausführungsbestimmungen insbesondere zu den Art. 10, 12 und 26 erlassen. Für Kantone, welche der IVöB 2019 nicht beitreten, gilt weiterhin die Vereinbarung vom 25. November 1994 (IVöB 1994).

Mit der vorliegenden Vorlage soll einerseits der Beitritt zur IVöB 2019 beschlossen sowie andererseits das kantonale Einführungsrecht dazu erlassen werden.

2 Ausgangslage

2.1 Gesetzliche Grundlagen

Die (internationalen) Grundlagen des öffentlichen Beschaffungsrechts sind insbesondere das Übereinkommen der Welthandelsorganisation (World Trade Organization [WTO]) über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA, SR 0.632.231.422) sowie das Bilaterale Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68).

Diese Staatsvertragsrechte und -verpflichtungen werden auf Bundesebene – d.h. für Beschaffungen des Bundes – durch das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB, SR 172.056.1) und der zugehörigen Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) umgesetzt.

Für Beschaffungen von Kantonen und Gemeinden sowie weiterer dem öffentlichen Beschaffungsrecht Unterstellter (nachfolgend Auftraggeberinnen und Auftraggeber genannt) wurde ursprünglich die Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen geschaffen und vom InöB am 15. März 2001 angepasst (IVöB 1994/2001, NG 612.2). Dieser Vereinbarung sind alle Kantone beigetreten. Hierzu haben sie entsprechende kantonale Ausführungsbestimmungen erlassen. Im Kanton Nidwalden sind dies das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsgesetz, SubmG; NG 612.1) und die Vollzugsverordnung zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsverordnung; NG 612.11).

Aufgrund der 2012 abgeschlossenen Revision des GPA sind Anpassungen im nationalen Recht über das öffentliche Beschaffungswesen, das heisst sowohl in der Bundesgesetzgebung (BöB / VöB) als auch der kantonalen Gesetzgebung (IVöB 1994/2001 sowie kantonale Ausführungserlasse [SubmG und Submissionsverordnung]), erforderlich geworden. Die zuständigen Behörden haben in der Folge beschlossen, die Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen einander inhaltlich soweit möglich und sinnvoll anzugleichen, so dass die Erarbeitung des BöB und der IVöB 2019 gemeinsam in Angriff genommen worden sind.

In der Folge hat eine paritätisch zusammengesetzte Arbeitsgruppe mit dem Namen AURORA Vorschläge für die Revision der einschlägigen Erlasse von Bund (BöB) und Kantonen (IVöB 2019) erarbeitet bzw. eine übereinstimmende Vorlage ausgearbeitet (vgl. diesbezüglich die Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851, welche somit zu weiten Teilen auch als Auslegungshilfe der einzelnen Bestimmungen der IVöB 2019 beigezogen werden kann). Anschliessend wurde die Vorlage den ordentlichen Gesetzgebungsprozessen zugeführt.

Am 21. Juni 2019 hat das Bundesparlament die – leicht abgeänderte – Vorlage als neues Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) verabschiedet. Dieses wurde nach Anpassung der zugehörigen Verordnung (VöB) auf den 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt.

Die IVöB 2019 – die ebenfalls gewisse Abänderungen zur ursprünglichen Vorlage beinhaltet – wurde am 15. November 2019 von der Sonderplenarversammlung der BPUK einstimmig verabschiedet (www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019). Damit die Vereinbarung in den Kantonen Anwendung findet, hat jeder Kanton die entsprechenden Ausführungsbestimmungen zu schaffen und den Beitritt zur IVöB 2019 zu beschliessen. Für Kantone, welche der Vereinbarung nicht beitreten, gilt weiterhin die IVöB 1994/2001.

2.2 Revision der internationalen Grundlage

Das GPA ist ein multilaterales Übereinkommen innerhalb der Welthandelsorganisation (WTO). Dies bedeutet, dass es nicht alle WTO-Mitglieder unterzeichnet haben. Zurzeit zählt das Übereinkommen 48 WTO-Mitglieder, darunter die 27 EU-Staaten. Das Hauptziel des GPA ist die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs und des gegenseitigen, diskriminierungsfreien, gleichrangigen, gleichwertigen Zugangs zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten unter den Vertragsparteien ab bestimmten im Übereinkommen festgelegten Schwellenwerten.

Das revidierte GPA wurde am 30. März 2012 verabschiedet und trat am 6. April 2014 für diejenigen Länder in Kraft, die das Übereinkommen bereits ratifiziert hatten. Für die Vertragsparteien erweitert es den Umfang des Marktzugangs gestützt auf das Prinzip der Gegenseitigkeit. Gemäss Schätzungen der WTO hat die Revision des GPA insgesamt einen erweiterten Marktzugang im Wert von 80-100 Milliarden US-Dollar pro Jahr zur Folge.

Dieses Abkommen soll auch die internationale Transparenz bei den öffentlichen Beschaffungsverfahren verbessern. Es stärkt den Kampf gegen missbräuchliche Praktiken, insbesondere zur Korruptionsbekämpfung und zur Verhinderung von Interessenkonflikten; gleichzeitig trägt es dem technologischen Wandel Rechnung und sieht ausserdem die Möglichkeit zur Umsetzung von Umweltzielen vor. Wie bereits das GPA von 1994 stützt sich auch das revidierte Übereinkommen unverändert auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung, wonach ausländische Anbieterinnen und Anbieter aus WTO-Staaten, die dem GPA beigetreten sind, nicht anders behandelt werden dürfen als inländische Anbieterinnen und Anbieter.

3 Ziele der IVöB 2019

3.1 Umsetzung des GPA

Mit der IVöB 2019 wird das GPA 2012 auf der Stufe der Kantone umgesetzt. Die bisherigen Ziele des Beschaffungswesens – wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieterinnen und Anbieter, Förderung des Wettbewerbs sowie Transparenz der Verfahren – werden beibehalten. Ein besonderes Augenmerk der Vorlage gilt den Massnahmen gegen Kollusion und Korruption sowie der ausdrücklichen Anerkennung nachhaltiger Beschaffungen. Zu den weiteren Grundzügen des GPA 2012, den Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen und den Auswirkungen wird auf die Botschaft zur Genehmigung des Protokolls zur Änderung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (BBI 2017 2053) verwiesen.

3.2 Harmonisierung von nationalem und kantonalem Beschaffungsrecht

Die Umsetzung des GPA 2012 ins nationale Recht wurde zum Anlass genommen, eine Harmonisierung der Beschaffungsordnungen beim Bund (BöB / VöB) und bei den Kantonen (IVöB 1994/2001 sowie kantonale Ausführungsbestimmungen) herbeizuführen. Verschiedene Regelungen, die sich bisher für den Bund, die Kantone oder beide bewährt haben, werden in die IVöB 2019 übernommen. Dabei wird insbesondere der Schwellenwert für die Lieferungen im freihändigen Verfahren von CHF 100'000.- auf CHF 150'000.- angehoben, damit die Harmonisierung mit dem Bund vollzogen werden kann. Betreffend Rechtsschutz ändert sich auf kantonaler Stufe, abgesehen von der 20-tägigen Beschwerdefrist (bisher 10 Tage), nur wenig, vielmehr hat der Bund diesbezüglich die Regelungen der Kantone analog übernommen, damit eine Angleichung stattfinden konnte.

3.3 Begriffliches

Die Erfahrungen und Entwicklungen seit Inkrafttreten der submissionsrechtlichen Bestimmungen auf Bundes- und auf kantonaler Ebene wurden im Zuge der Erarbeitung der IVöB 2019 mitberücksichtigt und gaben wertvolle Impulse für die Optimierung der gesetzlichen Grundlagen. So zeigte sich bei der praktischen Anwendung, dass gewisse Sachverhalte und Begriffe der Klarstellung bedürfen.

In Anlehnung an das GPA 2012 wurden BöB und IVöB 2019 mit Begriffsdefinitionen ergänzt und terminologisch angepasst. Insbesondere die Neuregelung des subjektiven Geltungsbereichs (Art. 4 ff. IVöB 2019) beziehungsweise die Definition des «öffentlichen Auftrags» (Art. 8 und 9 IVöB 2019) dient dazu, bisher unterschiedlich beantwortete Fragen zum Geltungsbereich des Beschaffungsrechts (beispielsweise in Bezug auf bestimmte Konzessionen und die Übertragung öffentlicher Aufgaben) zu klären.

Im Verhältnis zum GPA 1994 sieht das GPA 2012 eine andere Struktur vor. Der Aufbau der IVöB 2019 orientiert sich an der Struktur des GPA 2012 sowie am Ablauf eines Vergabeverfahrens. Die Vorlage besteht aus 65 Artikeln, verteilt auf zehn Kapitel, sowie aus vier Anhängen.

3.4 Paradigmenwechsel

Im Rahmen der parlamentarischen Beratung der BöB sowie der Ausarbeitung der IVöB 2019 war immer wieder die Rede von einem Paradigmenwechsel: weg vom reinen Preiswettbewerb hin zum Qualitätswettbewerb. Preis-Dumping soll nicht mehr möglich sein, soziale und ökologische Standards müssen eingehalten werden. Zudem wird mehr Nachhaltigkeit und mehr Innovation gefordert. In der IVöB 2019 kommt dies insofern zum Ausdruck, als dass neu das vorteilhafteste (Art. 41 IVöB 2019) und nicht mehr das wirtschaftlich günstigste (Art. 7 SubmG) Angebot den Zuschlag erhält.

Bereits bisher konnten Zuschlagskriterien wie beispielsweise Qualität, Ästhetik, Nachhaltigkeit, Kreativität und weitere, vorgängig definierte Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Es handelt sich somit primär nicht um eine gesetzliche Anpassung, sondern um eine neue Vergabekultur. Wo immer möglich, sind die Vollkosten über den ganzen Lebenszyklus zu rechnen. Beschaffungen werden inhaltlich tendenziell komplexer. Ausschreibungen erfordern mehr Know-how, Ressourcen und Zeit. Für eine erfolgreiche Umsetzung werden Beschaffungsstellen sowie Anbieterinnen und Anbieter gleichermaßen gefordert sein.

3.5 Handlungsspielraum

BöB und IVöB 2019 wollen den öffentlichen Auftraggeberinnen und Auftraggeber – unter Vorbehalt der beschaffungsrechtlichen Grundsätze – möglichst grossen Handlungsspielraum gewähren und gleichzeitig den Einsatz moderner Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen fördern. Materiell betreffen die vorgeschlagenen Änderungen von BöB und IVöB 2019 insbesondere die Einführung flexibler Beschaffungsinstrumente, die wiederum die Schaffung innovativer Lösungen ermöglichen. Damit soll für künftige Entwicklungen, etwa im Bereich der Beschaffung intellektueller Dienstleistungen, der grösstmögliche Handlungsspielraum geschaffen werden. So werden die für den Bund seit 2010 vorgesehenen Instrumente wie Folgebeschaffungen, aber auch der Dialog zwischen Anbieterinnen bzw. Anbietern und Auftraggeberinnen bzw. Auftraggebern die in der Praxis schon länger genutzte Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenverträgen (mit sogenannten Abrufverfahren) jetzt auf Gesetzesstufe für den Bund im BöB beziehungsweise für die Kantone in der IVöB 2019 verankert.

Der Handlungsspielraum für eigene, kantonale Bestimmungen wird mit der IVöB 2019 hingegen eingeschränkt. So können die Kantone gestützt auf Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019 zwar insbesondere zu den Art. 10, 12 und 26 IVöB 2019 Ausführungsbestimmungen erlassen. Sie können den Anwendungsbereich der IVöB 2019 aber durch kantonale Bestimmungen bei einem Beitritt weder einschränken noch abändern. Zulässig ist aber beispielsweise eine Ausweitung des Geltungsbereichs, wovon im Kanton Nidwalden jedoch kein Gebrauch gemacht werden soll (vgl. die nachfolgenden Ausführungen zum Geltungsbereich).

3.6 Geltungsbereich

Der subjektive Geltungsbereich der IVöB 2019 – also insbesondere welche Auftraggeberinnen und Auftraggeber der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungsrecht unterliegen – wird in Art. 4 ff. IVöB 2019 umschrieben. Er bestimmt sich indessen grundsätzlich nach Massgabe der staatsvertraglichen Verpflichtungen. Mithin erfolgt keine autonome Ausdehnung des subjektiven Geltungsbereichs gegenüber den massgeblichen Beschaffungsübereinkommen der Schweiz (vgl. S. 27 der Musterbotschaft zur IVöB 2019).

In Art. 8 ff. IVöB 2019 wird der objektive Geltungsbereich geregelt, also insbesondere, was als öffentlicher Auftrag gilt, welcher nach den Verfahrensvorschriften der IVöB 2019 zu vergeben ist. Gemäss Art. 10 IVöB 2019 sind insbesondere Verträge über Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Ankauf, Verkauf, Übertragung oder Verwaltung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten und Dienstleistungen der Zentralbanken (Bst. d), Aufträge an Behinderteninstitutionen, Organisationen der Arbeitsintegration, Wohltätigkeitseinrichtungen und Strafanstalten (Bst. e) sowie die öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen der Kantone und Gemeinden (Bst. g) von der IVöB 2019 ausgenommen. Mit anderen Worten würden die Dienstleistungen der Nidwaldner Kantonalbank, Aufträge an die job-vision ob/nidwalden oder die Pensionskasse des Kantons Nidwalden nur dann der IVöB 2019 unterliegen, wenn dies im Einführungsgesetz des Kanton Nidwaldens (EG IVöB) so festgelegt würde. Solcherlei ist vorliegend jedoch nicht vorgesehen.

3.7 Abbau Administrativaufwand

Die Harmonisierung der Beschaffungsordnungen von Bund und Kantonen ermöglicht es den Anbieterinnen und Anbietern, ihre Prozesse bei der Einreichung von Offerten weiter zu standardisieren. Sie dürfen – auch zufolge der zu erwartenden einheitlicheren Rechtsprechung sowie der verbesserten Klarheit der gesetzlichen Grundlagen, mit einem geringerem Abklärungsaufwand rechnen. Gewisse Bestimmungen zielen zudem direkt auf einen Abbau des Administrativaufwands seitens der Anbieterinnen und Anbieter ab. So können die Vergabestellen beispielsweise erst zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt die Nachweise im Zusammenhang mit den Teilnahmebedingungen von Anbieterinnen und Anbietern einholen. Auch die verstärkte Nutzung der modernen Informationstechnologien im öffentlichen Beschaffungswesen, namentlich die gemeinsame Beschaffungsplattform von Bund und Kantonen (www.simap.ch), dürfte den administrativen Aufwand der Anbieterinnen und Anbieter senken. Diese wird derzeit im Rahmen des Projektes Kissimap (vgl. unter www.kissimap.ch) neu entwickelt, damit die Bedienung intuitiver und einfacher, die Handhabung effizienter und die Anbindung an die Um-systeme (d.h. es werden Schnittstellen zu anderen Informatiksystemen geschaffen), vereinfacht wird.

3.8 Wichtigste Neuerungen

Als wichtige Neuerungen sind insbesondere zu erwähnen:

- Paradigmenwechsel bei den Zuschlagskriterien infolge Stärkung des Qualitätswettbewerbs;
- Unterstellung der Verleihung von Dienstleistungskonzessionen, sofern die Anbieterinnen und Anbieter mit der Verleihung Rechte erhalten, die ihnen vorher nicht zustanden (z.B. zur Entsorgung bestimmter Abfälle) und soweit keine anderslautenden spezialgesetzlichen Regelungen bestehen (wie z.B. Art. 60 Abs. 3^{bis} und Art. 62 Abs. 2^{bis} des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte [Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80]);
- Einführung flexibler Instrumente wie Dialog, Rahmenverträge, elektronische Auktionen sowie verkürzte Fristen für Offerteingaben und den Antrag um Teilnahme im selektiven Verfahren;
- Stärkung der Kontrolle über die Einhaltung der Vergabebestimmungen sowie systematische Regelung der Ausschluss- und Sanktionstatbestände;
- Einführung einer zentralen – nicht öffentlichen – Liste mit Anbieterinnen bzw. Anbietern und Subunternehmerinnen bzw. Subunternehmern, die von künftigen Beschaffungsvorhaben ausgeschlossen sind;
- Publikation des Verfahrensabbruchs zur Stärkung der Transparenz;
- Möglichkeit der Erledigung von zivilrechtlichen Schadenersatzbegehren durch die Beschwerdeinstanz;
- Verlängerung der Rechtsmittelfrist von 10 auf 20 Tage;
- zwingende Veröffentlichung von Publikationen auf einer Internetplattform von Bund und Kantonen für öffentliche Beschaffungen;
- weitestgehende Integration der bisherigen kantonalen Ausführungsgesetzgebung in die revidierte Vereinbarung.

Darüber hinaus ist die bewährte Praxis und die Rechtsprechung von Bund und Kantonen in die IVöB 2019 eingeflossen. All dies soll Anbieterinnen und Anbietern den Marktzutritt erleichtern und damit den Wettbewerb sowie die Wirtschaftlichkeit stärken. Im Übrigen war die Revision vom Ziel geleitet, Bewährtes zu bewahren und zum Abbau des Administrativaufwands bei den Anbieterinnen und Anbietern beizutragen.

4 Beitritt zur neuen IVöB

Für die detailliertere Ausgangslage und die Erläuterungen zu den Bestimmungen der revidierten IVöB 2019 wird auf die Musterbotschaft der BPUK zur IVöB 2019 verwiesen. Diese ergibt sich aus dem Anhang sowie unter www.bpuk.ch/bpuk/konkordate/ivoeb/ivoeb-2019. An der Vereinbarung selbst können keine inhaltlichen Änderungen vorgenommen werden, was bedeutet, dass der Beitritt zur IVöB 2019 vorbehaltlos zu erfolgen hat. Auch kantonale Ausführungsbestimmungen sind nur beschränkt möglich und bewegen sich in einem untergeordneten Rahmen. Der vorliegende Bericht befasst sich sodann nur mit den Auswirkungen der kantonalen Umsetzung der IVöB 2019.

Der Kanton Nidwalden ist – wie alle anderen Kantone auch – bereits Mitglied der IVöB 1994/2001. Am 15. März 2001 erfuhr diese Vereinbarung erhebliche Änderungen. Sie wurde in der Folge – auch teils in der IVöB 2019 – als IVöB 2001 bezeichnet, was eigentlich nicht korrekt ist. Die IVöB 1994 wurde bislang nicht aufgehoben, sondern «nur» geändert. Ursprüngliches Beschlusdatum (Jahr) ist somit korrekt nach wie vor 1994. In der Nidwaldner Gesetzessammlung werden jeweils beide Jahrzahlen aufgeführt (IVöB 1994/2001).

Diese Vereinbarung harmonisierte bereits bestimmte Grundzüge des öffentlichen Beschaffungsrechts der Kantone, liess aber noch vermehrt Spielraum für kantonales Recht. Daher bestehen mit dem kantonalen Gesetz vom 7. Februar 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsgesetz, SubmG, NG 612.1) und der kantonalen Vollzugsverordnung vom 6. Juli 2004 zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionverordnung, NG 612.11) auch umfangreichere kantonale Erlasse zum öffentlichen Beschaffungsrecht. Dazu ist zu erwähnen, dass auch diese beiden kantonalen Erlasse auf einem Mustererlass, sogenannten Vergaberichtlinien zur IVöB 1994/2001 (VRöB), beruhen, welche die Kantone gemeinsam ausgearbeitet hatten. Die Unterschiede in den einzelnen Kantonen waren deshalb – im Gegensatz zum öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes – bereits bisher nicht allzu gross. Die IVöB 2019 regelt neu grundsätzlich ein umfassendes öffentliche Beschaffungsrecht. Für das bestehende kantonale Submissionsgesetz und die kantonale Submissionsverordnung besteht daher kein Raum mehr; sie sind deshalb aufzuheben.

Gemäss Art. 61 Abs. 1 IVöB 2019 bilden die Mitglieder der an der Vereinbarung beteiligten Kantone in der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) das Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen (InöB). Die Erklärung über den Beitritt zur IVöB 2019 ist durch den Kanton gegenüber dem InöB abzugeben (vgl. Art. 63 Abs. 1 IVöB 2019). Mit dem Vollzug ist der Regierungsrat zu beauftragen.

Tritt ein Kanton der IVöB 2019 bei, ist er sowohl Vertragspartei der IVöB 1994 als auch der revidierten Vereinbarung (IVöB 2019). Im Verhältnis zu den Kantonen, die dem revidierten Konkordat beigetreten sind, gilt die neue Vereinbarung, im Verhältnis zu den (noch) nicht beigetretenen Kantonen gilt die IVöB 1994/2001 (vgl. Art. 64 Abs. 2 IVöB 2019). Entsprechend tritt der Kanton Nidwalden aus der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (erst) aus, wenn sämtliche Kantone der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) beigetreten sind.

5 Auswertung der Vernehmlassungen

5.1 Allgemeines

Keiner der Vernehmlassungsteilnehmenden hat sich gegenüber einem Beitritt zur IVöB 2019 negativ geäussert. Vielmehr wird grösstenteils – insbesondere von allen im Landrat vertretenen Parteien und politischen Gemeinden – der Beitritt explizit begrüsst.

Der mit der Revision einhergehende Paradigmawechsel, weg vom reinen Preisfokus und hin zu einem Qualitätswettbewerb, wird unterstützt bzw. gar als grosse Chance gewertet. Auch

wird darauf verwiesen, dass mit der parallelen Revision von BÖB und IVÖB 2019 das Bundesgesetz und die kantonalen Bestimmungen aufeinander abgestimmt und einander angeglichen wurden, was den Schweizer Binnenmarkt stärkt. Zudem wird als positiv gewertet, dass die Zuschlagskriterien «Lebenszykluskosten» und «Nachhaltigkeit» – in ihren drei Dimensionen Wirtschaftlichkeit, Ökologie und Soziales – in Art. 29 Abs. 1 IVöB Eingang gefunden haben.

Für die einzelnen Bemerkungen der Vernehmlassungen wird auf den separaten Bericht verwiesen. Im Folgenden werden einzelne Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmenden erläutert.

5.2 Besondere Anliegen der Vernehmlassungsteilnehmenden

5.2.1 Preisniveau-Klausel

5.2.1.1 Inhalt

Mit der sogenannten Preisniveau-Klausel sollen unterschiedliche Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird, als Zuschlagskriterium bei der Bewertung eines Angebots berücksichtigt werden. Die Klausel bewirkt, dass bei ausländischen Firmen das im Vergleich zur Schweiz und unter den ausländischen Mitbewerberinnen und Mitbewerbern ebenfalls unterschiedliche Preisniveau in den jeweiligen Herkunftsändern berücksichtigt wird.

5.2.1.2 Gründe für eine Preisniveau-Klausel

Zur Begründung, weshalb die Preisniveau-Klausel eingeführt werden soll, machen die Befürworter zusammenfassend Folgendes geltend:

1. Nur mit der Preisniveau-Klausel werde **Gleiches mit Gleichem** verglichen und eine konkurrenzfähige Marktwirtschaft unterstützt. Das **Produktionskostenniveau** (z.B. Lohnniveau, Lohnnebenkosten, Beschaffungskosten, Infrastrukturkosten) sei **im Ausland oft deutlich tiefer als in der Schweiz** und werde bisher nicht berücksichtigt. Dies sei unfair gegenüber Schweizer Unternehmen, die in einem Land wie der Schweiz mit hohem Preisniveau nicht günstiger produzieren können, hier Arbeitsplätze und Lehrstellen anbieten und Steuern bezahlen.
2. Ohne Preisniveau-Klausel würden vermehrt Arbeitsplätze in Billigländer verlagert, das **Lohndumping** nehme zu, Arbeitsplätze und Steuereinnahmen gingen verloren und Leistungen würden aus dem fernen Ausland importiert, was auch ökologisch nicht sinnvoll sei.
3. Da nicht alle im Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) enthaltenen Zuschlagskriterien in die IVöB übernommen wurden, drohe ein **Regulierungsdschungel**.
4. Dass die in Art. 29 Abs. 1 IVöB enthaltene Liste der Zuschlagskriterien durch die kantonalen Parlamente ergänzt werden könne, hätten die **Kantone AG, AI, BL, LU, SO, SZ und TG** bewiesen.

5.2.1.3 Gründe gegen eine Preisniveau-Klausel

Gegen die Einführung der Preisniveau-Klausel sprechen vor allem rechtliche Probleme, Probleme der Umsetzung sowie die fehlende Notwendigkeit:

1. Die Preisniveau-Klausel ist mit den **Staatsverträgen** des öffentlichen Beschaffungsrechts **nicht vereinbar**. Anwendung finden könnte das Kriterium einzig bei Beschaffungen die unter dem Schwellenwert für den Staatsvertragsbereich (Lieferung und

Dienstleistungen von CHF 250'000.- bis CHF 350'000.- und Bauarbeiten von CHF 250'000.- [Baunebengewerbe] bzw. von CHF 500'000.- [Bauhauptgewerbe] bis CHF 8.7 Mio.) liegen und auch da – aufgrund des **Binnenmarktgesetzes** – nur in Bezug auf Leistungen, die in anderen Ländern erbracht werden.

2. Die Preisniveau-Klausel würde die Vergabestellen von Kantonen und Gemeinden wie auch die kantonalen Gerichte mit **schwierigen Wertungs- und Auslegungsfragen** konfrontieren. Nicht geklärt sind Fragen, wie beispielsweise, ob eine (**weitgehend**) **im Ausland produzierende Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz** anders zu behandeln wäre als eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland, ob an den **Grad der Wertschöpfung in der Schweiz** anzuknüpfen wäre und, falls ja, wie hoch der entsprechende Anteil sein müsste oder welchem Staat Produkte oder Dienstleistungen zuzuordnen wären, an denen **Arbeitsgemeinschaften** oder **Subunternehmen aus mehreren Staaten** beteiligt sind.
3. **Datengrundlagen** über branchen- oder sektorenspezifische Preisvergleiche zur Feststellung des inländischen Preisniveaus **fehlen**. Gegenüber den Vergabestellen müssten sodann die Anteile an der Wertschöpfungskette detailliert offengelegt und somit Einblick in die **interne Kalkulation und Produktion der Anbieter** gewährt werden.
4. Ebenfalls nicht geklärt ist die Frage, wie die «Berücksichtigung unterschiedlicher Preisniveaus» bei der **Angebotsbewertung in der Praxis** konkret stattfinden soll (Punkt- abzug, Ausschluss oder Bereinigung der Angebote). Falls das ausländische Preisniveau in einzelnen Bereichen über dem inländischen Niveau liegt (z.B. Energiekosten, elektronische Geräte, Möbel), müsste dies ebenfalls berücksichtigt werden.
5. Die Preisniveau-Klausel würde zu einem **bürokratischen Aufwand** führen, die Vergabestellen müssten sich die entsprechenden Kompetenzen und Ressourcen aneignen, das Vergabeverfahren würde verkompliziert und verlängert, und der Vergabebeschluss würde **fehler- und beschwerdeanfällig**.
6. Das InöB hat diejenigen Kantone, welche ein zusätzliches Zuschlagskriterium ins kantonale Recht aufgenommen haben, zwar nicht vom Beitritt zum Konkordats ausgeschlossen, diese aber abgemahnt. Es erachtet die allfällige Anwendung des Zuschlagskriteriums der Preisniveau-Klausel als rechtlich unzulässig und empfiehlt, auf die Verwendung zu verzichten. Ansonsten besteht für die Vergabebehörde infolge Nichtübereinstimmung des kantonalen Ausführungsrechts mit dem Konkordatsrecht die **Gefahr eines Beschwerdeverfahrens vor Gericht**, welches durch einen unterlegenen Anbieter ausgelöst werden könnte.
7. Das BöB und die IVöB wurden zwar gemeinsam ausgearbeitet. In der Folge vollzogen jedoch beide den ordentlichen Gesetzgebungsprozess, so dass einige **kleinere Differenzen** entstanden sind. Diese beziehen sich nicht nur auf die zwei Zuschlagskriterien "Preisniveau-Klausel" und "Verlässlichkeit des Preises". Ein "Regulierungsdschungel" droht dadurch nicht; für Beschaffungen des Bundes gilt die BöB und **für Beschaffungen der Kantone die IVöB**.

5.2.1.4 Alternative Ansätze zur zulässigen Stärkung inländischer Anbieter

Folgende alternative Ansätze zur zulässigen Stärkung inländischer Anbieter unterstreichen, weshalb eine Preisniveau-Klausel nicht nötig ist:

1. Bei Vergaben, welche die Vergabestellen im **Einladungsverfahren** durchführen, dürfen, z.B. bei Güter- oder Dienstleistungsbeschaffungen oder Beschaffungen im Baunebengewerbe bis CHF 250'000, sowie beim Bauhauptgewerbe bis CHF 500'000.- können sie direkt ausschliesslich schweizerische Anbieter zur Offerteinreichung einladen.

2. Im **Binnenbereich** müssen ausländische Anbieter nur insofern zum Verfahren zugelassen werden, als ihr (Sitz-)Staat Gegenrecht gewährt (Art. 6 IVöB).
3. Grössere Aufträge können in **mehrere Lose** aufgeteilt werden, um KMU den Marktauftritt zu erleichtern. Auch zulässig ist allenfalls die Vorgabe, dass ein einzelner Anbieter nur eine beschränkte Anzahl Lose erhalten kann (Art. 32 Abs. 2 und 3 IVöB).
4. Die Vergabekriterien gemäss der neuen IVöB begünstigen die angemessene Gewichtung von **Qualitätskriterien** sowie die Berücksichtigung von **Nachhaltigkeitsaspekten und Innovation**, was tendenziell Anbietern in der Schweiz zugutekommt. Letzteres schliesst produktbezogene Nachhaltigkeits- und Innovationskriterien mit ein (auch in Bezug auf **Transportart und -wege**, wobei solche Kriterien einer objektiven, sachlichen Begründung und Zweckmässigkeit angesichts des Beschaffungsgegenstandes bedürfen). Solche Kriterien sind Teil der neuen Vergabekultur, wonach künftig nicht mehr (bloss) das «wirtschaftlich günstigste» Angebot den Zuschlag erhalten soll, sondern das «vorteilhafteste Angebot» (Art. 41 IVöB). Zudem erhalten die Qualität und die anderen in der IVöB aufgeführten Zuschlagskriterien im Verhältnis zum Preis mehr Gewicht bzw. werden auf die gleiche Stufe gestellt, was die Unternehmen mit Sitz in der Schweiz stärkt.
5. Zu beachten ist Art. 12 IVöB, der für alle Anbieterinnen und Anbieter **die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen, Lohngleichheit und des Umweltrechts** fordert. Deren Nichteinhaltung kann zum Ausschluss aus dem Verfahren führen (vgl. Art. 44 Abs. 2 Bst. f IVöB) oder zu einer Sanktionierung gemäss Art. 45 Abs. 1 IVöB durch die IVöB-Aufsichtsbehörde führen.
6. Für den Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes stehen zudem die Instrumente des **Entsendegesetzes** zur Verfügung, die sich in der Praxis bewährt haben. Dazu gehören die Dokumentenprüfung, Inspektionen auf der Baustelle sowie Verwaltungsanktionen bei Nichteinhalten.
7. Das Hauptkriterium, weshalb die Preisniveau-Klausel nicht einzuführen ist, sind die Unklarheiten und Schwierigkeiten der Umsetzung. Sollten sich in Zukunft die rechtliche und praktischen Rahmenbedingungen ändern, kann das Kriterium in einer Ausschreibung auch ohne Anpassung des kantonalen Rechts angewendet werden. Dies weil die **Aufzählung der Zuschlagskriterien nicht abschliessend** ist. In einer Ausschreibung können deshalb auch andere leistungsbezogene, diskriminierungsfreie Zuschlagskriterien, die sich umsetzen lassen, gewählt werden.

5.2.1.5 Zusammenfassend

Zusammenfassend ist auf die Einführung der Preisniveau-Klausel als zusätzliches kantonales Zuschlagskriterium zu verzichten.

5.2.2 Verlässlichkeit des Preises

Als zusätzliches Zuschlagskriterium soll nach einem Teil der Vernehmlassungsteilnehmenden die Verlässlichkeit des Preises berücksichtigt werden.

5.2.2.1 Inhalt

Neben der Bewertung des Angebotspreises soll auch dessen Verlässlichkeit beurteilt werden. Neben dem nominalen Preis soll die «Verlässlichkeit des Preises» als relativierende Grösse bei der Bewertung des Preises hinzugezogen werden. Ziel ist die Verhinderung von Dumping-Preisen mit späteren Nachforderungen bzw. Folgekosten zulasten der Vergabestelle.

5.2.2.2 Gründe für ein Zuschlagskriterium der Verlässlichkeit des Preises

Zur Begründung, weshalb die Verlässlichkeit des Preises als zusätzliches kantonales Zuschlagskriterium eingeführt werden soll, machen die Befürworter zusammenfassend Folgendes geltend:

1. Das Kriterium der «Verlässlichkeit des Preises» bewirke, dass nicht das Angebot mit dem tiefsten nominellen Preis, sondern dasjenige mit dem Median-Preis die höchste Punktzahl beim Preiskriterium erhalte (sog. Tessiner-Modell). Ein «Median»-Angebot sei verlässlicher als das billigste Angebot, weil es das **Risiko von unliebsamen Überraschungen in Form von Kostenüberschreitungen minimiere**.
2. Durch die Aufnahme der Verlässlichkeit des Preises als Kann-Kriterium werde verhindert, dass bei Aufträgen des Bundes andere Zuschlagskriterien gelten würden als bei Aufträgen des Kanton Nidwalden und deren Gemeinden.
3. Mit der Verankerung von „Verlässlichkeit des Preises“ in der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen wird nicht ein neues Zuschlagskriterium aufgestellt. Denn unter "Plausibilität des Angebots" kann ein Qualitäts- und Preiskriterium verstanden werden, weshalb "**Verlässlichkeit des Preises**" ohne Weiteres **als Teilaspekt des Zuschlagskriteriums "Plausibilität des Angebots"** betrachtet werden könne.

5.2.2.3 Gründe gegen ein Zuschlagskriterium der Verlässlichkeit des Preises

Gegen die Einführung der Verlässlichkeit des Preises als zusätzliches kantonales Zuschlagskriterium sprechen vor allem rechtliche Probleme, Probleme der Umsetzung sowie die fehlende Notwendigkeit:

1. Unternehmen, die neu in einen Markt eintreten, sowie Unternehmen deren Auftragsbücher zu wenig gefüllt sind, kalkulieren oftmals sehr knapp, um zumindest ihre Fixpreise decken zu können. Solche Angebote sind marktüblich und können nicht durch schematische Methoden zur Prüfung der Verlässlichkeit des Preises benachteiligt werden. Dies widerspricht dem Diskriminierungsverbot respektive Gleichbehandlungsgrundsatz.
2. Auch würden **Submissionsabreden gefördert** statt verhindert, da Kartellaussenseiter die regelmässig einen 10-30% tieferen Preis eingeben als diejenigen, welche sich abgesprochen haben, durch eine schlechtere Bewertung bestraft würde.
3. Beim Kriterium des Preises ist nach der (heutigen) Lehre und Rechtsprechung das preislich **tiefste Angebot** in Verhältnis zu den anderen Angeboten stets **am besten zu bewerten** (vgl. BGE 143 II 553, E. 7.1).
4. Mit Anwendung des zur Verfügung stehenden Zuschlagskriteriums «**Plausibilität des Angebots**» führen unplausible Angaben zu einer schlechteren Bewertung in der Benotung. Das kann auch Preisangaben oder preisbezogene Angebotsteile betreffen, sodass ein weiteres ähnliches Kriterium nicht nötig ist und eine Klärung des Verhältnisses dieser Kriterien untereinander unterbleiben kann. Die **Abgrenzung** in einer konkreten Bewertung im Verfahren wäre für die Vergabestelle **schwierig** und würde Fehlerrisiken bergen. Mithin ist die Seriosität und Qualität eines Angebots im Rahmen der qualitativen Zuschlagskriterien (und nicht beim Preis) zu berücksichtigen.
5. Die Anbieter könnten durch die separate Prüfung der Preisplausibilität gezwungen sein, nicht mehr knapp zu kalkulieren, da sie sonst Punktabzüge riskieren. Eine solche Vergabepaxis würde zu Effizienzverlusten führen und sich als innovationshemmend

erweisen. Dies steht im Widerspruch zur neuen Vergabekultur, welche **mehr Nachhaltigkeit, Qualitätswettbewerb und Innovation** im Beschaffungswesen anstrebt.

6. Das Zuschlagskriterium der Verlässlichkeit des Preises bringt **gegenüber der gesamthaften Angebotsplausibilisierung keinen Mehrwert**, sondern führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten. Die Vergabestellen verfügen über Instrumente, um unplausible Angebote abzuklären und notfalls auszuschliessen. Nicht plausible, preisrelevante Angaben im Angebot wie z.B. eine ungewöhnlich tiefe oder eine Nullposition im Leistungsverzeichnis können zu einem Ausschluss führen, wenn der Anbieter keine Erklärung dafür vorbringen kann und von einer Änderung der Ausschreibungsunterlagen ausgegangen werden muss (Art. 38 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 lit. c IVöB). Mithin kann ein Unternehmen ausgeschlossen werden, wenn bei eklatanten Unterschieden in preislichen Hauptpositionen nicht möglich ist, sich einen aussagekräftigen und umfassenden Überblick über das Preis-Leistungsverhältnis des Angebots zu verschaffen und dieses nicht mit den übrigen Angeboten verglichen werden kann, da es an der gebotenen Transparenz und Kostenwahrheit fehlt.

5.2.2.4 Alternativen zum Zuschlagskriterium der Verlässlichkeit des Preises

1. Nach dem neuen Beschaffungsrecht ist es ausdrücklich zulässig, die angebotene Leistung (nicht nur den Preis) im Rahmen des Zuschlagskriteriums «Plausibilität des Angebots» zu plausibilisieren und zu bewerten. Für die Praxis bedeutet dies beispielsweise, dass die Schätzung des Stundenaufwandes im Angebot entweder mit einer individuellen Qualitätsprognose oder durch eine Gegenüberstellung zu den Angeboten der Mitbewerber oder der internen Aufwandschätzung der Vergabestelle überprüft und verifiziert werden darf (vgl. dazu BGE 143 II 553, E. 7.5.2).
2. Die Gesamtprojektkosten von der Planung bis zur Entsorgung können mit dem Zuschlagskriterium «Lebenszykluskosten» bewertet werden.
3. Bei Verdacht auf Unterangebote besteht eine Abklärungspflicht der Vergabestellen (Art. 38 Abs. 3 IVöB).
4. Bei unplausibel scheinenden Angaben kann die Vergabestelle eine Bereinigung (Art. 39 IVöB) vornehmen oder direkt bewerten. Ergibt sich aufgrund der getroffenen Abklärungen, dass ein besonders niedriges Angebot tatsächlich Mängel aufweist, Vorgaben verletzt werden oder davon ausgegangen werden muss, dass die verlangte Leistungserbringung zum angebotenen Preis nicht gewährleistet ist, wird der Anbieter deswegen (und nicht wegen des niedrigen bzw. «nicht verlässlichen» Preises) ausgeschlossen (vgl. BGE 143 II 553 E. 7.1).

5.2.2.5 Zusammenfassend

Zusammenfassend ist auf die Einführung des Verlässlichkeit des Preises als zusätzliches kantonales Zuschlagskriterium zu verzichten.

6 Erläuterungen zu einzelnen Bestimmungen

6.1 Gesetz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBG)

Ingress

Im Ingress wird nur die wichtigste gesetzliche Grundlage des Einführungsgesetzes zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen genannt. Daneben enthält

auch das GPA 2012 und das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) übergeordnete gesetzliche Grundlagen über den freien Marktzugang, die es zu beachten gilt (insbesondere Art. 2 Abs. 7, Art. 5 sowie Art. 9 Abs. 2 und 3 BGBM).

Art. 1 Gegenstand

Der Beitritt des Kantons Nidwalden zur Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) wird in einem separaten Landratsbeschluss festgelegt.

Im Kantonalen Einführungsgesetz sind lediglich einzelne Bestimmungen zu regeln, welche nicht bereits durch die IVöB 2019 abschliessend festgelegt sind. Gemäss Art. 63 Abs. 4 IVöB 2019 können die Kantone insbesondere zu den Art. 10, 12 und 26 Ausführungsbestimmungen erlassen. "Ausführungsbestimmungen" sind Normen, organisatorischer, vollziehender oder konkretisierender Natur. Sie dürfen keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Adressaten beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen. Es ist den Kantonen deshalb nicht gestattet, auf dem Weg des Ausführungsrechts weitere (generell-abstrakte) Bestimmungen in ihr Recht aufzunehmen. Zulässig wäre hingegen eine Ausweitung des Geltungsbereichs, sofern die IVöB 2019 dazu den entsprechenden Spielraum offenlässt (vgl. unter Ziff. 3.6 Geltungsbereich sowie unter Art. 4 Rechtsschutz).

Art. 2 IVöB-Aufsichtskommission

Gemäss Art. 62 Abs. 1 IVöB 2019 haben die Kantone die Einhaltung der IVöB zu überwachen. In Nidwalden war dies bereits bisher die Aufgabe der unabhängigen, vom Regierungsrat gewählten Kontrollkommission mit drei Mitgliedern (vgl. Art. 19 des kantonalen Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [Submissionsgesetz, SubmG; NG 612.1]). Dies soll beibehalten werden. Die bisherige Kontrollkommission ist indessen in «IVöB-Aufsichtskommission» umzubenennen. Wie bisher ist sie vom Regierungsrat zu wählen. Sie ist eine von der Verwaltung unabhängige Kommission, bei der auch das Sekretariat nicht wie bisher durch die kantonale Verwaltung geführt werden soll.

Der IVöB-Aufsichtskommission ist von den Strafbehörden Akteneinsicht zu gewähren, wenn ein Verdacht auf Beurteilung eines Falles nach Art. 44 Abs. 1 lit. c oder e oder Abs. 2 lit. b, f oder g IVöB gegeben ist (rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil der jeweiligen Auftraggeberin bzw. des jeweiligen Auftraggebers oder wegen eines Verbrechens; Verletzung der Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption, Treffen unzulässiger Wettbewerbsabreden, Missachten von Arbeitsschutzbestimmungen, Arbeitsbedingungen, Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit oder die Bestimmungen über die Vertraulichkeit, die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts oder die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt, Missachten von Meldepflichten nach dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit [Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA; SR 822.41]).

Art. 3 Eröffnung von Verfügungen

Die IVöB 2019 sieht gemäss Art. 48 eine einheitliche Publikationsplattform für das Beschaffungswesen vor. Diese Plattform (www.simap.ch) ist von allen Kantonen zwingend zu nutzen. Zwar könnten sie weiterhin eine zusätzliche Publikationsmöglichkeit vorsehen (vgl. Art. 48 Abs. 7 IVöB 2019). Rechtlich verbindlich ist jedoch die Internetpublikation. Auf eine zusätzliche Publikation wird deshalb verzichtet. Die IVöB 2019 geht als Spezialerlass den allgemeinen kantonalen Publikationsvorschriften vor (vgl. dazu auch Art. 7 Abs. 2 des regierungsrätlichen

Entwurfs vom 18. Oktober 2022 zu einem neuen Gesetz über die amtlichen Veröffentlichungen [neues Publikationsgesetz, nPuG, nNG 141.1).

Art. 4 Rechtsschutz

Gegen Verfügungen der Auftraggeberinnen und Auftraggeber ist mindestens ab dem für das Einladungsverfahren massgebenden Auftragswert die Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht als einzige Instanz zulässig (vgl. Art. 52 Abs. 1 IVöB 2019). Art. 4 IVöBG ist deshalb nur eine deklaratorische Bestimmung, welche nichts Anderes als die Vorgabe der IVöB 2019 wiederholt. Sie soll aber klarstellen, dass der Kanton Nidwalden im Gegensatz zu anderen Kantonen nicht davon Gebrauch macht, den Rechtsmittelweg weiter zu eröffnen, als es die IVöB 2019 vorgibt und was in Nidwalden grundsätzlich mit der verwaltungsrechtlichen Überprüfung beim Regierungsrat heute gilt.

Das Beschwerdeverfahren richtet sich, soweit es in der IVöB 2019 nicht spezialgesetzlich geregelt ist, nach dem Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; SR 265.1).

Art. 5 Vollzug

Diese Bestimmung regelt die Vollzugskompetenzen zu Gunsten des Regierungsrates. Geregelt werden muss indessen nur, was nicht bereits anderswo festgelegt ist. So braucht es beispielsweise keine weiteren Regelungen betreffend die spezialgesetzlichen Kontrollorgane sowie den Informationsaustausch der Auftraggeberinnen und Auftraggeber mit diesen (vgl. nachfolgende Ausführungen in den letzten vier Absätzen) sowie über die Anpassungen der Schwellenwerte (vgl. nachfolgende Ausführungen im letzten Absatz).

Ziff. 1: Wie bisher sind die für den Vollzug verantwortlichen Stellen zu bezeichnen.

Ziff. 2: Der Regierungsrat soll wie bisher die Zuständigkeiten für die Durchführung des Vergabeverfahrens sowie die Verfügungskompetenzen bei öffentlichen Beschaffungen des Kantons selbst bestimmen können. Je nach Höhe des Auftrags soll eine andere Behörde bzw. Verwaltungseinheit die entsprechende Verfügungskompetenz erhalten. Den anderen Auftraggeberinnen und Auftraggebern gemäss Art. 4 IVöB (wie z.B. den Gemeinden) bleibt es dabei unbenommen, entsprechende eigene Zuständigkeiten für die Durchführung des Vergabeverfahrens sowie die Verfügungskompetenzen generell oder im Einzelfall festzulegen. Ohne Spezialregelung gelangen die allgemeinen Kompetenzregelungen zur Anwendung.

Ziff. 3: Die Zeichnungsberechtigung für Verfügungen soll an eine untergeordnete Verwaltungseinheit delegiert werden können, wenn zuvor die zuständige Behörde bzw. Verwaltungseinheit inhaltlich entschieden hat. Gemäss Art. 51 Abs. 1 IVöB 2019 eröffnet die Auftraggeberin bzw. der Auftraggeber Verfügungen durch Veröffentlichung oder durch individuelle Zustellung an die Anbieterin bzw. den Anbieter. Bereits bisher sind die Verfügungen nach Zustimmung und im Auftrag der zuständigen Instanz von untergeordneten Organisationseinheiten unterzeichnet worden. Dies soll auch weiterhin so gehandhabt werden können. Vorausgesetzt wird aber, dass die Entscheidungskompetenz der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers unverändert bleibt. D.h. dass die Anbieterinnen bzw. Anbieter nicht zwingend ein von der Auftraggeberin bzw. vom Auftraggeber unterzeichnetes Dokument erhalten, sondern die Einhaltung der Kompetenzen rein verwaltungsintern sichergestellt wird. Dies ist wie gesagt bereits heute in allen Kantonen gängige Praxis.

Auftraggeberinnen und Auftraggeber können die Einhaltung der Anforderungen nach Art. 12 Abs. 1 - 3 IVöB 2019 selbst kontrollieren oder die Kontrolle Dritten übertragen, soweit diese Aufgabe nicht einer spezialgesetzlichen Behörde oder einer anderen geeigneten Instanz, insbesondere einem paritätischen Kontrollorgan, übertragen wurde (vgl. Art. 12 Abs. 5 IVöB 2019).

Im Kanton Nidwalden ist die Einhaltung der massgeblichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, des Entsendegesetzes sowie des Bundesgesetzes über die Schwarzarbeit der Tripartiten Arbeitsmarktkommission UR, OW, NW (TAK) übertragen worden. Das Arbeitsinspektorat wiederum ist für die Einhaltung von Vorgaben betreffend Arbeitszeit und Gesundheit der Arbeitnehmenden zuständig. Der Aufgabenbereich der Einhaltung der Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit ist beim Direktionssekretariat der Justiz- und Sicherheitsdirektion angegliedert (Gleichstellungsbüro). Die Kontrolle über die Einhaltung der geltenden Umweltschutzbestimmungen erfolgt durch das der Landwirtschaft- und Umweltdirektion unterstellten Amt für Umwelt.

Der Informationsaustausch zwischen der Auftraggeberin bzw. dem Auftraggeber und den diversen Kontrollorganen des Arbeitsmarkts sowie den spezialgesetzlichen Behörden wird in Art. 12 Abs. 6 IVöB 2019 geregelt.

Gemäss Art. 61 Abs. 2 lit. c IVöB kann das InöB (Interkantonales Organ für das öffentliche Beschaffungswesen, in welchem jeder Kanton mit ihrer Baudirektorin bzw. seinem Baudirektor vertreten ist) Anpassungen der Schwellenwerte vornehmen, wenn dies z.B. aufgrund der internationalen Abkommen der Schweiz notwendig werden sollte. Eine eigene kantonale Umsetzungsregelung braucht es dazu nicht.

Aufheben des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen

Mit dem Beitritt zur IVöB 2019 und der Verabschiedung des kantonalen Einführungsgesetzes kann das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsgesetz, SubmG) vom 7. Februar 2001 aufgehoben werden.

Referendumsvorbehalt und Inkrafttreten

Das IVöBG untersteht dem fakultativen Referendum.

Nach dem unbenutzten Ablauf der Referendumsfrist legt der Regierungsrat zusammen mit den Verordnungsbestimmungen und der rechtskräftigen Erklärung des Beitritts an die InöB zeitgleich das Inkrafttreten der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen fest.

6.2 Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöBV, *Information*)

Der Regierungsrat kann die Einführungsverordnung zur Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen erst nach dem Ablauf der Referendumsfrist zum Einführungsgesetz zur Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen verabschieden und in Kraft setzen. Nachstehend werden die einzelnen Paragraphen des neusten Entwurfs bereits in diesem Verfahren informationshalber erläutert.

§ 1 Aufgaben der Direktion

Gemäss Art. 50 Abs. 1 IVöB 2019 ist eine Stelle erforderlich, welche für den einheitlichen und gesetzeskonformen Vollzug sorgt, für Auskünfte zum öffentlichen Beschaffungsrecht zur Verfügung steht und die Meldungen der geforderten Statistiken vornimmt. Wie bisher sind diese Aufgaben durch die beim Direktionssekretariat der Baudirektion installierten Kompetenzstelle Beschaffungswesen wahrnehmen. Dadurch wird die Kontinuität des einheitlichen Vollzugs- und der Auskunftserteilung gewahrt. Die Baudirektion soll somit weiterhin die zentrale Stelle im Kanton im Hinblick auf das Beschaffungswesen bleiben. Um keine Zuständigkeitslücke zu generieren, ist sie für alle Aufgaben zuständig, soweit nicht eine andere Stelle damit betraut ist (sogeannter Auffangtatbestand).

- Ziff. 1: Das Direktionssekretariat als Kompetenzstelle für das öffentliche Beschaffungswesen erteilt sämtlichen Auftraggeberinnen bzw. Auftraggebern im Sinne von Art. 4 IVöB 2019 Auskunft über die Anwendung und den einheitlichen Vollzug der Vergabebestimmungen und wirkt als kantonale Anlaufstelle bezüglich der elektronischen Vergabeplattform (www.simap.ch).
- Ziff. 2: Die Kompetenzstelle unterstützt kantonale Auftraggeberinnen und Auftraggeber bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens, soweit dies in Anspruch genommen wird.
- Ziff. 3: Die Kompetenzstelle kümmert sich um administrative Belange im Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen und sorgt beispielsweise für die alljährliche Meldung an das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO.

§ 2 IVöB-Aufsichtskommission

Die IVöB-Aufsichtskommission (bisher Kontrollkommission) überwacht die Einhaltung der Vergabebestimmungen durch die Anbieterinnen und Anbieter und wird in der Regel auf Anzeige hin tätig. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben darf sie entsprechende Nachweise verlangen. Mindestens auf nicht offensichtlich unbegründete Anzeige hin hat sie tätig zu werden. Inwiefern sie darüber hinaus vorsorglich Kontrollen oder dergleichen vornehmen will, bleibt ihr selbst überlassen.

- Ziff. 1: Neu sollen der IVöB-Aufsichtskommission wesentliche Sanktionsmöglichkeiten gegen Anbieterinnen und Anbieter zukommen. Die Sanktionen reichen von Verwarnungen bei leichten Verstössen, bis hin zu einem Ausschluss von künftigen, öffentlichen Aufträgen für die Dauer von bis zu fünf Jahren oder Bussen von bis zu 10 % der bereinigten Angebotssumme (vgl. Art. 45 Abs. 1 IVöB 2019). Bei Verhängung einer Sanktion ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip und der Schwere der Verfehlung Rechnung zu tragen. Die Durchführung eines Sanktionsverfahrens erfolgt nach den Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, soweit die IVöB 2019 nicht spezialgesetzliche Regelungen aufstellt. Bei der Wahl der Mitglieder der IVöB-Aufsichtskommission ist diesem Umstand Rechnung zu tragen, indem mindestens ein Mitglied sowie das Sekretariat durch rechtlich versierte Personen besetzt sein sollten.
- Ziff. 2: Bei Verdacht auf unzulässige Wettbewerbsabreden hat die IVöB-Aufsichtskommission dies der Wettbewerbskommission zu melden (Art. 45 Abs. 2 letzter Satz IVöB 2019)
- Ziff. 3: Einen rechtskräftigen Ausschluss nach Art. 45 Abs. 1 IVöB hat die IVöB-Aufsichtskommission dem InöB zu melden (Art. 45 Abs. 3 IVöB 2019).
- Ziff. 4 In Art. 45 Abs. 4 IVöB 2019 ist explizit festgehalten, dass die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde gegenüber fehlbaren Auftraggeberinnen bzw. Auftraggebern angemessene Weisungen erlassen kann. Dies ist deshalb bei der IVöB-Aufsichtskommission anzugliedern, weil es nicht zweckmässig wäre, wenn dieselbe Behörde für solche Anordnungen zuständig wäre, welche den Auftraggeberinnen und Auftraggebern beratend zur Verfügung steht. Da theoretisch auch Weisungen gegenüber der Baudirektion möglich sind, muss die Kommission und insbesondere auch das Sekretariat zudem auch unabhängig von der Baudirektion sein (was bisher nicht

der Fall war). Die Durchsetzung der Weisungen erfolgt nach Massgabe des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; NG 265.1).

Ziff. 5: Auch die Anzeige des Kantons bei Nichteinhaltung der IVöB durch andere Kantone (vgl. Art. 45 Abs. 2 IVöB) soll durch die IVöB-Aufsichtskommission und nicht die Kantonsverwaltung selbst erfolgen, damit sich diese auf ihre Rolle als Auftraggeberin sowie die Beratung anderer Auftraggeberinnen und Auftraggeber konzentrieren kann.

Ziff. 6: Festgestellte Verstösse hat die IVöB-Aufsichtskommission an fehlbare Auftraggeberinnen und Auftraggeber oder an fehlbare Anbieterinnen und Anbieter mitzuteilen.

§ 3 Anzeigepflichten und -rechte

Die Auftraggeberinnen und Auftraggeber sind verpflichtet, der IVöB-Aufsichtskommission schwerwiegende Unregelmässigkeiten und insbesondere den Verdacht auf unzulässige Wettbewerbsabreden anzuzeigen, damit die IVöB-Aufsichtskommission überhaupt von allfälligen Unregelmässigkeiten erfährt und nicht nur auf die Anzeige von Privaten angewiesen ist. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Obliegenheit.

Zudem können Auftraggeberinnen bzw. Auftraggeber, Anbieterinnen bzw. Anbieter sowie Dritte der IVöB-Aufsichtskommission mutmassliche Verletzungen von Vergabebestimmungen anzeigen.

§ 4 Öffentliche Beschaffungen des Kantons

1. Vergabekommission

Für Vergaben, die einen gewissen Schwellenwert erreichen (vgl. § 5 Abs. 1 Ziff. 1 lit. c), soll wie bisher eine regierungsrätliche Vergabekommission zuständig sein. Wie bereits unter Art. 5 Ziff. 2 IVöBG erwähnt, bleibt es den anderen Auftraggeberinnen und Auftraggebern gemäss Art. 4 Abs. IVöB (wie z.B. den Gemeinden) unbenommen, entsprechende eigene Zuständigkeiten festzulegen.

§ 5 2. Durchführung des Vergabeverfahrens

Für die Durchführung des Vergabeverfahrens sind die beschaffende Direktion oder die Staatskanzlei je in ihrem Aufgabenbereich verantwortlich. Dabei beauftragen sie praxisgemäss das zuständige Amt mit der Ausführung der einzelnen Handlungen, wobei sie aber ihre Entscheidungskompetenz und Verantwortung nicht abgeben können. Die Gerichte ihrerseits können selbst Beschaffungen durchführen und werden deshalb neu ebenfalls genannt.

Zur administrativen Vereinfachung soll die Unterzeichnungsbefugnis – und nur diese – explizit an das beauftragte Amt delegiert werden. Mithin ergibt sich, dass die Einhaltung der Entscheidungskompetenz nach wie vor gewährleistet ist. Das Verfahren ist entsprechend intern zu dokumentieren.

§ 6 3. Verfügungskompetenz

Die bisherigen Zuschlagskompetenzen haben sich bewährt und sollen grundsätzlich beibehalten werden. Dies insbesondere um die Gefahr für vergaberechtliche Verfehlungen, Kollusion oder Korruption weiterhin tief zu halten. Mit der Zuschlagskompetenz einher geht die Verfügungskompetenz, was mit dem Titel und dem Einführungssatz festgehalten wird.

Neu soll bei einem Auftragswert bis Fr. 20'000.- (statt wie bisher bei Fr. 10'000.-) das beschaffende Amt selbständig zuständig sein können. Das Vieraugen-Prinzip bleibt ab diesem Betrag weiterhin verankert.

Für die Verhängung von Sanktionen ist gestützt auf § 2 die IVöB-Aufsichtskommission zuständig.

Nicht festgelegt wird die Zuständigkeit für die Führung der Verzeichnisse der Anbieterinnen und Anbieter, die aufgrund ihrer Eignung die Voraussetzungen zur Übernahme öffentlicher Aufträge erfüllen (sogenannte Positivlisten; vgl. Art. 28 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. c IVöB 2019). Dies, weil im Kanton Nidwalden zurzeit nicht geplant ist, solche Verzeichnisse zu führen. Zwar könnten Verzeichnisse der effizienten Abwicklung einer Ausschreibung dienen, indem die Eignung einer Anbieterin bzw. eines Anbieters nicht jedes Mal wieder von neuem geprüft werden muss. Gleichzeitig bergen Verzeichnisse aber die Gefahr der fehlenden Aktualität sowie eine Bevorzugung der verzeichneten Anbieterinnen und Anbieter. Die Eignung wird deshalb im Rahmen der jeweiligen öffentlichen Ausschreibung von der Auftraggeberin bzw. vom Auftraggeber geprüft.

Aufhebung der Submissionsverordnung

Auch die Vollzugsverordnung zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsverordnung) vom 6. Juli 2004 kann gleich wie das Submissionsgesetz aufgehoben werden.

Inkrafttreten

Der Regierungsrat verabschiedet – zeitgleich mit dem Inkrafttreten des IVöBG – die IVöBV und damit auch deren Inkrafttreten.

7 Auswirkungen

7.1 Allgemein

Die Harmonisierung der nationalen Beschaffungsrechtsordnungen bringt auch auf kantonaler und kommunaler Ebene Vorteile mit sich. Es wird erwartet, dass sich die angestrebte Rechtsangleichung einerseits im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen sowie andererseits auch im Verhältnis der Kantone und Gemeinden unter sich positiv auswirkt, sobald die neue IVöB 2019 für sie in Kraft getreten ist. Gründe dafür sind unter anderem eine einheitlichere Rechtsprechung, Erfahrungsaustausch, gemeinsame Vorlagen, ähnliche Hilfs- und Lehrmittel sowie abgestimmte Aus- und Weiterbildungen. Darüber hinaus ergibt das neue Recht auch für die Anbieterinnen und Anbieter eine administrative Vereinfachung, da überall im Schweizer Markt die gleichen Verfahrensbestimmungen gelten.

7.2 Finanzielles

Die Revision dürfte für die Schulung von kantonalen und kommunalen Stellen sowie für die Bereitstellung der Hilfsmittel geringfügige finanzielle Mehrausgaben zur Folge haben, die mit den vorhandenen Mitteln zu bewältigen sind. Mittel- und langfristig dürften aber die Änderungen der IVöB zu überschaubaren und vernachlässigbaren monetären Auswirkungen führen. Die Flexibilisierung des Vergabeprozesses, wie etwa die Einführung neuer Beschaffungsinstrumente, kann Kosten mit sich bringen. Da es sich meist um Kann-Bestimmungen handelt, entscheidet jeder Kanton eigenständig, ob und wie er diese Bestimmungen umsetzen will. Die aus der Revision resultierenden Kosten hängen damit stark vom konkreten Vollzug ab und sind demnach nicht genau quantifizierbar. Überdies ist vorgesehen, dass ein einheitlicher Leitfaden für alle Kantone geschaffen werden soll und die Zentralschweizer Kantone eine gemeinsame und einheitliche Weiterbildung anbieten werden, so dass sich keine wesentlichen Mehrausgaben ergeben sollten.

7.3 Personelles

Die IVöB 2019 führt bei den Auftraggeberinnen und Auftraggebern zu einem Einführungsaufwand in Form von Schulungen und Beratungen sowie der Anpassung von Vorlagen, welcher nicht zu unterschätzen ist. Zudem führt der unter Ziffer 3.4 dargelegte Paradigmenwechsel in der Vergabekultur zu einem deutlichen Mehraufwand bei den Ausschreibungen. Die Harmonisierung mit dem Bund vereinfacht demgegenüber die zukünftige Handhabung, indem von Bund und Kantonen erarbeitete Mustervorlagen und Leitfäden verwendet werden können und die Rechtsauslegung einheitlich erfolgt. Ob der Mehraufwand aufgrund des geforderten Paradigmenwechsels mit den bestehenden Ressourcen bewältigt werden kann, ist noch ungewiss. Des Weiteren könnte es auch bei der Kontrollkommission bzw. IVöB-Aufsichtskommission zu einem Mehraufwand kommen.

7.4 Wirtschaft

Es liegt im Interesse der Schweizer Wirtschaft, dass die Schweiz das revidierte GPA 2012 möglichst bald umsetzt und das erweiterte Marktzugangspotenzial erschliesst.

Zudem führt die Anwendung der GPA-Regeln zu mehr Wettbewerb unter den Anbieterinnen und Anbietern. Öffentliche Auftraggeberinnen und Auftraggeber haben eine noch grössere Auswahl an Angeboten. Dies erlaubt es unter anderem, die Kosten zu reduzieren.

Die verbesserte Anwenderfreundlichkeit, Klarheit und Rechtssicherheit versprechen auch bei den Anbieterinnen und Anbietern Sparpotenzial. Ein erheblicher Zusatznutzen dürfte den Anbieterinnen und Anbietern durch die Harmonisierung der nationalen Beschaffungsordnungen entstehen.

7.5 Gemeinden

Die Gemeinden haben sich mit einer neuen gesetzlichen Grundlage vertraut zu machen, was einen gewissen Initialaufwand mit sich bringt. Die angestrebte Rechtsangleichung einerseits im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen sowie andererseits auch im Verhältnis der Kantone und Gemeinden wird sich mittelfristig positiv auswirken. Gründe dafür sind zum Beispiel eine einheitlichere Rechtsprechung, Erfahrungsaustausch, gemeinsame Vorlagen, ähnliche Hilfs- und Lehrmittel sowie abgestimmte Aus- und Weiterbildungen.

8 Terminplan

Antrag an Landrat:	28. Februar 2023
Vorberatende Kommission BUL:	3. April und 1. Mai 2023
1. Lesung im Landrat:	31. Mai 2023
2. Lesung im Landrat:	28. Juni 2023
Referendumsfrist:	bis August 2023
Inkrafttreten:	Oktober 2023

REGIERUNGSRAT NIDWALDEN

Landammann

Joe Christen

Landschreiber

Armin Eberli